

Brussel, **XXX**
[...](2021) **XXX** draft

ANNEX

SENSITIVE*
UNTIL ADOPTION

BIJLAGE

bij

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

Goedkeuring van de inhoud van een ontwerp voor een

**MEDEDELING VAN DE COMMISSIE
BEKENDMAKING VAN DE COMMISSIE
Richtsnoeren inzake verticale beperkingen**

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

BIJLAGE
MEDEDELING VAN DE COMMISSIE
BEKENDMAKING VAN DE COMMISSIE
Richtsnoeren inzake verticale beperkingen
ONTWERP

BEKENDMAKING VAN DE COMMISSIE
Richtsnoeren inzake verticale beperkingen

Inhoud

1.	Inleiding	4
1.1.	Doel en structuur van deze richtsnoeren	4
1.2.	Toepasselijkheid van artikel 101 op verticale overeenkomsten.....	5
2.	Effecten van verticale overeenkomsten	7
2.1.	Positieve effecten	7
2.2.	Negatieve effecten.....	11
3.	Verticale overeenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen.....	12
3.1.	Geen beïnvloeding van de handel, overeenkomsten van geringe betekenis en overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen.....	12
3.2.	Agentuurovereenkomsten	14
3.2.1.	Definitie van agentuurovereenkomsten.....	14
3.2.2.	Toepassing van artikel 101, lid 1, op agentuurovereenkomsten	19
3.2.3.	Agentuur en de onlineplatformeconomie	21
3.3.	Toeleveringsovereenkomsten.....	21
4.	Toepassingsgebied van de VBER	22
4.1.	Door de VBER gecreëerde “veilige zone”	22
4.2.	Definitie van verticale overeenkomst.....	22
4.2.1.	Eenzijdige gedragingen vallen buiten het toepassingsgebied van de VBER.....	23
4.2.2.	De ondernemingen zijn werkzaam in verschillende stadia van de productie- of distributieketen.....	24
4.2.3.	De overeenkomsten hebben betrekking op de koop, verkoop of wederverkoop van goederen of diensten	24
4.3.	Verticale overeenkomsten in de onlineplatformeconomie.....	25
4.4.	Beperkingen op de toepassing van de VBER	26
4.4.1.	Verenigingen van detailhandelaren.....	26

4.4.2.	Verticale overeenkomsten met bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten.....	27
4.4.3.	Verticale overeenkomsten tussen concurrenten	31
4.5.	Relatie met andere groepsvrijstellingsverordeningen	34
4.6.	Belangrijkste soorten distributiestelsels	35
4.6.1.	Exclusieve distributiestelsels	36
4.6.2.	Selectieve distributiestelsels.....	43
4.6.3.	Franchising.....	50
5.	Marktbepaling en berekening van het marktaandeel	52
5.1.	Bekendmaking marktbepaling	52
5.2.	De berekening van marktaandelen overeenkomstig de VBER	53
5.3.	Berekening van marktaandelen overeenkomstig de VBER	54
6.	Toepassing van de VBER	54
6.1.	Hardcorebeperkingen in het kader van de VBER	54
6.1.1.	Verticale prijsbinding.....	57
6.1.2.	Hardcorebeperkingen overeenkomstig artikel 4, punten b), c) en d), VBER	63
6.1.3.	Beperkingen op de verkoop van vervangingsonderdelen	75
6.2.	Beperkingen die van de VBER zijn uitgesloten.....	75
6.2.1.	Non-concurrentiebedingen met een looptijd van meer dan vijf jaar.....	75
6.2.2.	Non-concurrentiebedingen na het verstrijken van de overeenkomst	76
6.2.3.	Non-concurrentiebedingen opgelegd aan leden van een selectief distributiestelsel ..	76
6.2.4.	Pariteitsverplichtingen.....	77
7.	Intrekking en niet-toepassing	77
7.1.	Intrekking van het voordeel van de VBER (artikel 29 van Verordening 1/2003)	77
7.2.	Verordening waarbij wordt verklaard dat de VBER niet van toepassing is (artikel 6 VBER).....	81
8.	Handhavingsbeleid in individuele zaken	82
8.1.	Kader van de analyse	82
8.1.1.	Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 101, lid 1	83
8.1.2.	Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 101, lid 3.....	86
8.2.	Analyse van specifieke verticale beperkingen	88
8.2.1.	Merkexclusiviteit.....	88
8.2.2.	Exclusieve levering	94
8.2.3.	Beperkingen op het gebruik van onlinemarktplaatsen	96
8.2.4.	Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingstools.....	99
8.2.5.	Pariteitsverplichtingen.....	102

8.2.6.	Vooraf te betalen toegangsvergoedingen.....	107
8.2.7.	Categoriemanagementovereenkomsten.....	109
8.2.8.	Koppelverkoop.....	110

1. INLEIDING

1.1. Doel en structuur van deze richtsnoeren

- (1) In deze richtsnoeren worden de beginselen uiteengezet voor de toetsing van verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen aan artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna “artikel 101” genoemd)¹ en Verordening (EU) [nr. [X]/2022] van de Commissie van [[X] 2022] betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (Vertical Block Exemption Regulation – hierna “VBER”)². Gemakshalve wordt in deze richtsnoeren, tenzij anders vermeld, onder de term “overeenkomst” ook onderling afgestemde feitelijke gedragingen verstaan.
- (2) Met de publicatie van deze richtsnoeren wenst de Commissie ondernemingen te helpen bij hun eigen toetsing van verticale overeenkomsten aan de mededingingsregels van de EU. Elke overeenkomst moet echter worden beoordeeld tegen de achtergrond van de eigen feitelijke toedracht ervan³. Deze richtsnoeren kunnen derhalve niet automatisch worden toegepast. Ze laten ook de rechtspraak van het Gerecht en het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna “HvJ-EU”) onverlet.
- (3) Verticale overeenkomsten kunnen betrekking hebben op zowel intermediaire als finale goederen en diensten. Tenzij anders vermeld, gelden deze richtsnoeren voor alle soorten goederen en diensten en voor alle handelsniveaus.
- (4) De richtsnoeren zijn als volgt gestructureerd:
 - De eerste afdeling is een inleiding, waarin wordt toegelicht waarom en in welke mate de Commissie richtsnoeren inzake verticale overeenkomsten verstrekt. Voor het overige wordt in deze inleiding de context geschetst waarin artikel 101 van toepassing is op verticale overeenkomsten.
 - De tweede afdeling biedt een overzicht van de positieve en negatieve effecten van verticale overeenkomsten. Bij de vaststelling van de VBER in haar geheel, deze richtsnoeren en het handhavingsbeleid van de Commissie in individuele zaken zijn deze effecten in aanmerking genomen.
 - De derde afdeling heeft betrekking op verticale overeenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen. Hoewel de VBER niet van toepassing is op deze overeenkomsten, is het noodzakelijk om toe te lichten onder welke voorwaarden verticale overeenkomsten buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen.
 - In de vierde afdeling wordt nadere leidraden gegeven over het toepassingsgebied van de VBER. Daarin zijn toelichtingen opgenomen over de door de VBER gecreëerde “veilige zone” en de definitie van een verticale overeenkomst. In deze afdeling wordt ook meer specifiek ingegaan op verticale overeenkomsten in verband met de onlineplatformeconomie, die een steeds

¹ Deze richtsnoeren vervangen de bekendmaking van de Commissie “Richtsnoeren inzake verticale beperkingen” (PB C 130 van 19.5.2010, blz. 1).

² PB L [X] van [X].[X].[X], blz. [X].

³ De Commissie zal blijven toezien op de werking van de VBER en deze richtsnoeren en zij kan deze bekendmaking herzien in het licht van toekomstige ontwikkelingen.

belangrijkere rol speelt in de distributie van goederen en diensten en waar verticale overeenkomsten tussen ondernemingen wellicht niet eenvoudig zijn in te delen aan de hand van de concepten die traditioneel met verticale overeenkomsten samenhangen. Voorts bevat deze afdeling een toelichting over de grenzen van de toepassing van de VBER, zoals bepaald in artikel 2, leden 2, 3 en 4, VBER, alsook een uiteenzetting van de relatie met andere groepsvrijstellingsverordeningen, zoals vastgesteld in artikel 2, lid 8, VBER. Daarnaast worden in deze afdeling ook de belangrijkste soorten distributiestelsels beschreven. Deze beschrijving is relevant voor een aantal bepalingen van de VBER, met name de lijst van hardcorebeperkingen in artikel 4, punt b), VBER.

- De vijfde afdeling betreft de bepaling van de relevante markten en de berekening van de marktaandelen van de ondernemingen die partij zijn bij een verticale overeenkomst. Aan de hand daarvan wordt beoordeeld of er sprake is van een overschrijding van de marktaandeeldrempels van artikel 3 VBER, die bepalend zijn voor de toepasselijkheid van de VBER.
- De zesde afdeling heeft betrekking op de hardcorebeperkingen van artikel 4 VBER en de uitgesloten beperkingen van artikel 5 VBER, en bevat tevens een toelichting waarom de kwalificatie als hardcorebeperking of uitgesloten beperking relevant is.
- De zevende afdeling bevat leidraden over de intrekking van het voordeel van een verticale groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (hierna “Verordening 1/2003” genoemd)⁴ en verordeningen waarbij de verticale groepsvrijstellingsverordening buiten toepassing wordt verklaard overeenkomstig artikel 6 VBER.
- In de achtste afdeling wordt het handhavingsbeleid van de Commissie in individuele zaken beschreven. Daartoe wordt uitgelegd hoe verticale overeenkomsten buiten het toepassingsgebied van de VBER aan artikel 101, leden 1 en 3, worden getoetst, en worden leidraden gegeven over een niet-limitatieve lijst van specifieke verticale overeenkomsten.

1.2. Toepasselijkheid van artikel 101 op verticale overeenkomsten

- (5) Artikel 101 heeft tot doel te voorkomen dat ondernemingen tot uiteindelijk nadeel van de consument gebruikmaken van — horizontale of verticale⁵ — overeenkomsten om de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen. Artikel 101 streeft voorts de algemenere doelstelling na om een geïntegreerde interne markt tot stand te

⁴ PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.

⁵ Voor de toepassing van de VBER wordt overeenkomstig artikel 1, lid 1, punt a), VBER onder “verticale overeenkomst” verstaan “een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer ondernemingen partij zijn die, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn en die betrekking heeft op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen”. Nadere leidraden omtrent deze definitie zijn te vinden in afdeling 4.2 van deze richtsnoeren.

brenge⁶ die de mededinging in de Europese Unie bevordert. Ondernemingen mogen geen verticale overeenkomsten gebruiken om opnieuw particuliere barrières tussen lidstaten op te werpen waar barrières van overheidswege met succes zijn weggenomen.

- (6) Artikel 101 is van toepassing op verticale overeenkomsten en beperkingen in verticale overeenkomsten die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en die de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen⁷. Deze bepaling biedt een wettelijk kader voor de beoordeling van verticale beperkingen⁸, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen mededingingsversturende en mededingingsbevorderende effecten. Artikel 101, lid 1, verbiedt overeenkomsten die de mededinging op merkbare wijze beperken of vervalsen, terwijl artikel 101, lid 3, voorziet in een vrijstelling voor overeenkomsten die onder artikel 101, lid 1, vallen maar voldoende voordelen bieden om de mededingingsversturende effecten te compenseren⁹.
- (7) Hoewel er geen verplichte werkvolgorde is voor de beoordeling van verticale overeenkomsten, omvat deze over het algemeen de volgende stappen:
- (a) Allereerst moeten de betrokken ondernemingen vaststellen welk marktaandeel de leverancier en de afnemer hebben op de markten waarop zij de contractgoederen of -diensten verkopen, respectievelijk kopen.
 - (b) Als het relevante marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer de drempel van 30 % niet overschrijdt, valt de verticale overeenkomst onder de door de VBER gecreëerde “veilige zone”, voor zover zij geen hardcorebeperkingen of uitgesloten beperkingen omvat die niet van de rest van de verticale overeenkomst kunnen worden gescheiden.
 - (c) 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 101, lid 1, valt.
 - (d) Als de verticale overeenkomst onder artikel 101, lid 1, valt, moet worden onderzocht of zij aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, voldoet.

⁶ Zie bijvoorbeeld de arresten van het Hof van Justitie van 21 februari 1973, *Europemballage Corporation en Continental Can Company/Commissie*, 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, punten 25 en 26; 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, punt 22; 27 maart 2012, *Post Danmark*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, punten 20-24, en 6 september 2017, *Intel/Commissie*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, punt 133.

⁷ Zie onder meer arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 1966, *Grundig-Consten/Commissie*, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, ECLI:EU:C:1966:41; arrest van het Hof van Justitie van 30 juni 1966, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, 56/65, ECLI:EU:C:1966:38, en arrest van het Gerecht van 14 juli 1994, *Parker Pen/Commissie*, T-77/92, ECLI:EU:T:1994:85.

⁸ Voor de toepassing van de VBER wordt overeenkomstig artikel 1, lid 1, punt b), VBER onder “verticale beperking” verstaan “een beperking van de mededinging in een verticale overeenkomst die *binnen* het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt [cursivering toegevoegd]”. Nadere leidraden over verticale overeenkomsten die over het algemeen *buiten* het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen, zijn opgenomen in afdeling 3 van deze richtsnoeren.

⁹ Zie voor de algemene methode van de Commissie en haar interpretatie van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 101, lid 1, en met name artikel 101, 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).

2. EFFECTEN VAN VERTICALE OVEREENKOMSTEN

- (8) Bij de toetsing van verticale beperkingen aan artikel 101 en de toepassing van de VBER moet rekening worden gehouden met alle relevante concurrentieparameters, zoals prijzen, productie wat betreft producthoeveelheden, productkwaliteit en -verscheidenheid, en innovatie. Voorts moet er rekening mee worden gehouden dat verticale overeenkomsten tussen ondernemingen die in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn, over het algemeen minder schadelijk zijn dan horizontale overeenkomsten tussen concurrenten die substitueerbare goederen of diensten aanbieden. In beginsel is dit het gevolg van het complementaire karakter van de activiteiten van de partijen bij een verticale overeenkomst, hetgeen normaliter inhoudt dat concurrentiebevorderende acties van een van de ondernemingen ten goede komen aan de andere partij bij de overeenkomst, en uiteindelijk aan de consument. In tegenstelling tot horizontale overeenkomsten bestaat voor de partijen bij een verticale overeenkomst meestal een stimulans om overeenstemming te bereiken over lagere prijzen en een hoger niveau van dienstverlening, hetgeen eveneens de consument ten goede komt. Het complementaire karakter van de activiteiten van de partijen bij een verticale overeenkomst inzake het op de markt brengen van goederen of diensten impliceert ook dat verticale beperkingen aanzienlijke efficiëntieverbeteringen kunnen opleveren, bijvoorbeeld door de productie- of distributieprocessen en -diensten te optimaliseren.
- (9) Ondernemingen met marktmacht kunnen proberen verticale beperkingen te gebruiken om mededingingsversturende doeleinden na te streven die uiteindelijk de consument schaden. 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 producthoeveelheden, productkwaliteit en -verscheidenheid of innovatie beneden het concurrerende niveau ligt. Voor de vaststelling van een schending van artikel 101, lid 1, is doorgaans een geringere mate van marktmacht vereist dan voor de vaststelling van een machtspositie overeenkomstig artikel 102. Gezien het complementaire karakter van de activiteiten van de partijen bij een verticale overeenkomst, zal de uitoefening van marktmacht door een upstream- of downstreamonderneming in de regel een ongunstige invloed hebben op de vraag naar de contractgoederen of -diensten van de andere bij de verticale overeenkomst betrokken onderneming. Voor de bij een verticale overeenkomst betrokken ondernemingen bestaat er dus doorgaans een stimulans om de andere partij bij die overeenkomst te beletten marktmacht uit te oefenen.

2.1. Positieve effecten

- (10) Verticale overeenkomsten kunnen positieve effecten hebben, bijvoorbeeld lagere prijzen, de bevordering van niet-prijsconcurrentie of betere dienstverlening. Zakelijke transacties tussen een leverancier en een afnemer, waarbij enkel de prijs en de hoeveelheid worden vastgesteld, kunnen vaak leiden tot een suboptimaal investerings- en omzetniveau, omdat geen rekening wordt gehouden met neveneffecten die voortvloeien uit het complementaire karakter van de activiteiten van de leverancier en zijn distributeurs. Deze neveneffecten vallen onder twee categorieën: verticale neveneffecten en horizontale neveneffecten.
- (11) Verticale neveneffecten ontstaan omdat de beslissingen en acties in verschillende stadia van de toeleverings- en distributieketen bepalend zijn voor aspecten van de

verkoop van goederen of diensten, zoals prijs, kwaliteit, aanverwante diensten en marketing, die niet alleen gevolgen hebben voor de onderneming die de beslissingen neemt, maar ook voor andere ondernemingen in andere stadia van de toeleverings- en distributieketen. Zo is het mogelijk dat een distributeur niet profiteert van alle voordelen van zijn inspanningen om de verkoop te verhogen, omdat een deel van deze voordelen naar de leverancier kan gaan. Als de groothandelsprijs van de leverancier hoger is dan zijn marginale productiekosten, profiteert de leverancier namelijk van elke extra eenheid die een distributeur verkoopt door zijn wederverkoopprijs te verlagen of zijn verkoopinspanningen op te voeren. De leverancier kan dus positieve neveneffecten ondervinden van dergelijke acties van de distributeur. Omgekeerd kunnen er situaties zijn waarin de distributeur, uit het oogpunt van de leverancier, te hoge prijzen vraagt¹⁰ en/of te weinig verkoopinspanningen levert.

- (12) Horizontale neveneffecten kunnen zich tussen distributeurs van dezelfde goederen of diensten voordoen wanneer een distributeur niet volledig kan profiteren van de voordelen van zijn verkoopinspanningen. Zo kunnen de vraagbevorderende presalediensten van een distributeur, zoals gepersonaliseerd advies met betrekking tot bepaalde goederen of diensten, leiden tot een hogere verkoop bij concurrerende distributeurs die dezelfde goederen of diensten aanbieden, en aldus distributeurs ertoe aanzetten om mee te liften met dure diensten die door anderen worden verleend. In een omgeving van meer-kanalendistributie (online en offline) kan meeliftgedrag in beide richtingen voorkomen¹¹. Klanten kunnen bijvoorbeeld een fysieke winkel bezoeken om goederen of diensten te testen of om andere nuttige informatie te verkrijgen waarop zij hun aankoopbeslissing baseren, maar vervolgens het product online bestellen bij een andere distributeur. Omgekeerd kunnen klanten in de fase voorafgaand aan de aankoop informatie verzamelen (met inbegrip van inspiratie, informatie en beoordelingen) in een onlinewinkel, en vervolgens een fysieke winkel bezoeken, op basis van deze informatie naar bepaalde goederen of diensten vragen en deze testen, en ten slotte de aankoop offline doen in een fysieke winkel. Wanneer dergelijk meeliftgedrag mogelijk is en de distributeur die de presalediensten verleent, niet in staat is zelf volledig van de voordelen te profiteren, kan dit leiden tot een suboptimale verlening van dergelijke diensten wat betreft kwantiteit of kwaliteit.
- (13) Als er zich dergelijke neveneffecten voordoen, hebben leveranciers een stimulans om bepaalde aspecten van de activiteiten van hun distributeurs te controleren. In het bijzonder kunnen verticale overeenkomsten de leveranciers in staat stellen de bovengenoemde neveneffecten te internaliseren en de gezamenlijke winst van de verticale toeleverings- en distributieketen te verhogen alsmede, onder bepaalde omstandigheden, het welzijn van de consument.
- (14) Hoewel wordt getracht een alomvattend 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 hierna uiteengezette redenen gerechtvaardigd zijn.

¹⁰ Dit wordt soms aangeduid als het probleem van “dubbele marginalisatie”.

¹¹ Zie het werkdokument van de diensten van de Commissie “Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation”, SWD(2020) 172 final van 10.5.2017, blz. 31-42, en het daarin vermelde evaluatieonderzoek; Commissie, Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce, COM(2017) 229 final, 10 mei 2017, punt 11.

- (a) Het vraagstuk van “verticale neveneffecten” of het probleem van “dubbele marginalisatie”: door de distributeur een maximumprijs voor wederverkoop op te leggen, kan de leverancier voorkomen dat de distributeur een te hoge prijs vaststelt en geen rekening houdt met de effecten van zijn beslissingen voor de leverancier. Om de verkoopinspanningen van een distributeur te verhogen, kan de leverancier bijvoorbeeld gebruikmaken van selectieve distributie of exclusieve distributie.
- (b) Het meeliftprobleem (“free-rider problem”): meeliftgedrag tussen afnemers kan zich op groothandels- of detailhandelsniveau voordoen, met name wanneer het voor de leverancier niet mogelijk is alle afnemers doeltreffende promotie- of serviceverplichtingen op te leggen. Afnemers kunnen uitsluitend met andere afnemers meeliften wanneer het gaat om presalediensten en andere promotieactiviteiten, maar niet bij service na verkoop, die de distributeur individueel aan zijn klanten in rekening kan brengen. Presale-inspanningen waarbij meeliftgedrag kan optreden, kunnen belangrijk zijn, bijvoorbeeld wanneer de goederen of diensten betrekkelijk nieuw, technisch ingewikkeld of van hoge waarde zijn, of wanneer de reputatie van de goederen of diensten een belangrijke bepalende factor voor de vraag ernaar is. Beperkingen in de vorm van een non-concurrentiebeding kunnen meeliftgedrag tussen leveranciers helpen ondervangen.
- (c) Om nieuwe markten toegankelijk te maken of te betreden: wanneer een leverancier een nieuwe geografische markt wenst te betreden, bijvoorbeeld door naar een ander land te exporteren, kan dit speciale verzonken 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. Dit kan een rechtvaardiging zijn om distributeurs die op andere geografische markten zijn gevestigd, te verbieden op de nieuwe markt te verkopen (zie ook punt 167 van deze richtsnoeren). Dit is een bijzonder geval van het in punt b) beschreven meeliftprobleem.
- (d) Het “certification free-riding”-probleem: in sommige sectoren hebben bepaalde distributeurs de reputatie alleen kwaliteitsproducten te verkopen of kwaliteitsdiensten te verlenen (de zogenaamde “premiumdistributeurs”). In een dergelijk geval kan het met name voor de succesvolle lancering van een nieuw product van cruciaal belang zijn dat het door deze distributeurs wordt verkocht. Indien de leverancier zijn verkoop niet kan beperken tot dergelijke premiumdistributeurs, loopt hij het risico dat zijn product uit het assortiment wordt verwijderd. Er kunnen dus redenen zijn om exclusieve distributie of selectieve distributie toe te staan.
- (e) Het “hold-up”-probleem: soms zijn klantspecifieke investeringen door ofwel de leverancier ofwel de afnemer noodzakelijk, bijvoorbeeld in speciale uitrusting of opleiding. Zo kan het gebeuren dat een producent van componenten nieuwe machines en gereedschappen moet vervaardigen om aan bepaalde eisen van een van zijn klanten te kunnen voldoen. Wanneer dergelijke klantspecifieke investeringen niet direct contractueel kunnen worden vastgelegd of wanneer deze contractuele vastlegging onvolledig is, is het mogelijk dat de betrokken onderneming geen toezeggingen kan doen betreffende het – uit het oogpunt van de leverancier – optimale investeringsniveau en dat de afnemer, zodra deze door de leverancier geselecteerd is, slechts suboptimale investeringen kan

doen. Verticale overeenkomsten kunnen een dergelijk toezeggingsprobleem helpen wegnemen of verlichten.

- (f) Het specifieke “hold-up”-probleem dat zich kan voordoen in geval van overdracht van wezenlijke knowhow: de knowhow kan na overdracht niet worden teruggenomen en de overdrager van de knowhow zal allicht niet willen dat deze ten behoeve van of door zijn concurrenten wordt gebruikt. Indien de knowhow niet gemakkelijk verkrijgbaar was voor de afnemer en deze wezenlijk en onmisbaar is voor de uitvoering van de overeenkomst, kan een beperking in de vorm van een non-concurrentiebeding gerechtvaardigd zijn. Artikel 101, lid 1, is normaliter niet van toepassing op dergelijke gevallen.
 - (g) Schaalvoordelen bij de distributie: om van schaalvoordelen te profiteren, zodat zijn goederen of diensten tegen een lagere detailhandelsprijs worden verkocht, kan de producent besluiten de wederverkoop van zijn goederen of diensten aan een beperkt aantal distributeurs toe te vertrouwen. Hij kan daartoe gebruikmaken van exclusieve distributie, afnamequotering in de vorm van een verplichting om een minimumhoeveelheid af te nemen, selectieve distributie die een dergelijke verplichting omvat, of exclusieve afname.
 - (h) Eenvormigheid 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 de betrokken goederen of diensten aantrekkelijker worden voor de consument en de verkoop stijgt. Dit geldt onder meer voor selectieve distributie en franchising.
 - (i) Onvolkomenheden van de kapitaalmarkt: het kan voorkomen dat de terbeschikkingstelling van kapitaal door geldverschaffers zoals banken en kapitaalmarkten suboptimaal is wanneer zij over onvolmaakte informatie over de solventie van de leningnemer beschikken of wanneer er een ontoereikende basis is om zekerheid voor de lening te stellen. Soms is de afnemer of de leverancier beter geïnformeerd en in staat om door middel van een exclusieve relatie extra zekerheid voor zijn investering te verkrijgen. Wanneer de leverancier de afnemer een lening verstrekt, kan dit tot het opleggen van een non-concurrentiebeding of afnamequotering leiden. Wanneer de afnemer de leverancier een lening verstrekt, kan dit een reden zijn voor het opleggen van exclusieve levering of leveringsquotering aan de leverancier.
- (15) Uit de in het vorige punt beschreven negen situaties blijkt dat verticale overeenkomsten over het algemeen kunnen helpen efficiëntieverbeteringen te realiseren en nieuwe markten te ontwikkelen, hetgeen tegen mogelijke negatieve effecten kan opwegen. Dit geldt doorgaans het sterkst voor verticale beperkingen die de introductie van nieuwe en complexe goederen of diensten vergemakkelijken of relatiegebonden investeringen beschermen. Soms is een verticale beperking noodzakelijk zolang de leverancier zijn goederen of diensten aan de afnemer verkoopt (zie in het bijzonder de situaties die in het vorige punt in de punten a), b), f), g) en h) zijn beschreven).
- (16) De verschillende verticale beperkingen zijn in ruime mate substitueerbaar. Dit betekent dat hetzelfde inefficiëntieprobleem door middel van verschillende verticale beperkingen kan worden verholpen. Het kan bijvoorbeeld mogelijk zijn schaalvoordelen bij de distributie te realiseren door gebruik te maken van exclusieve distributie, selectieve distributie, afnamequotering of exclusieve afname. De verschillende verticale beperkingen kunnen evenwel uiteenlopende negatieve

effecten op de mededinging hebben. Dit speelt een rol in de beoordeling van de onmisbaarheid in de zin van artikel 101, lid 3.

2.2. Negatieve effecten

- (17) De mogelijke negatieve markteffecten van verticale beperkingen, die het EU-mededingingsrecht beoogt te verhinderen, zijn met name de volgende:
- (a) mededingingsverstorende uitsluiting van andere leveranciers of andere afnemers door het opwerpen van barrières voor toetreding of uitbreiding;
 - (b) afzwakking van de concurrentie tussen de leverancier en zijn concurrenten en/of vergemakkelijking van (uitdrukkelijke of stilzwijgende) collusie¹² tussen deze leveranciers, vaak vermindering van de concurrentie tussen merken genoemd;
 - (c) afzwakking van de concurrentie tussen de afnemer en zijn concurrenten of vergemakkelijking van (uitdrukkelijke of stilzwijgende) collusie tussen deze afnemers. De vermindering van concurrentie binnen een merk (d.w.z. concurrentie tussen distributeurs van de goederen of diensten van dezelfde leverancier) zal op zich echter waarschijnlijk niet tot negatieve effecten voor de consument leiden, indien de concurrentie tussen merken (d.w.z. concurrentie tussen distributeurs van de goederen of diensten van verschillende leveranciers) sterk is;
 - (d) belemmering van de marktintegratie, waaronder met name beperking van de keuzemogelijkheden van de consument om goederen of diensten in een lidstaat te kopen.
- (18) Marktafscherming, afzwakking van concurrentie en collusie op het niveau van de leverancier kunnen de consument met name benadelen door hogere groothandelsprijzen voor goederen of diensten (die op hun beurt kunnen leiden tot hogere detailhandelsprijzen), beperktere keuze van goederen of diensten, lagere kwaliteit van goederen of diensten, of minder innovatie op het niveau van de leverancier. Marktafscherming, afzwakking van concurrentie en collusie op het niveau van de distributeur kunnen de consument met name benadelen door hogere detailhandelsprijzen voor goederen of diensten, beperktere keuze aan prijs-servicecombinaties en distributiemodellen, geringere beschikbaarheid en kwaliteit van de detailhandelsdiensten en minder innovatie op het niveau van de distributie.
- (19) Op een markt waarop individuele detailhandelaren slechts het merk of de merken van één leverancier 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 sterk is, is het onwaarschijnlijk dat een afname van de concurrentie binnen een merk negatieve gevolgen heeft voor de consument.

¹² Zie met betrekking tot de begrippen uitdrukkelijke en stilzwijgende collusie arrest van het Hof van Justitie van 31 maart 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*, gevoegde zaken 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85 tot en met 129/85, ECLI:EU:C:1993:120.

- (20) De mogelijke negatieve effecten van verticale beperkingen worden versterkt wanneer meerdere leveranciers en hun afnemers op dezelfde wijze zaken doen, waardoor zogenoemde cumulatieve effecten ontstaan¹³.

3. VERTICALE OVEREENKOMSTEN DIE OVER HET ALGEMEEN BUITEN HET TOEPASSINGSGBIED VAN ARTIKEL 101, LID 1, VALLEN

3.1. Geen beïnvloeding van de handel, overeenkomsten van geringe betekenis en overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen

- (21) Alvorens in te gaan op het toepassingsgebied van de VBER, de toepassing ervan en meer in het algemeen de toetsing van verticale overeenkomsten aan artikel 101, lid 1, en artikel 101, lid 3, is het nodig eraan te herinneren dat de VBER alleen van toepassing is op overeenkomsten die *binnen* het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen.
- (22) Overeenkomsten die de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden (geen beïnvloeding van de handel) of die de mededinging niet merkbaar beperken (overeenkomsten van geringe betekenis), vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1¹⁴. De Commissie heeft omtrent het ontbreken van beïnvloeding van de handel leidraden gegeven in de richtsnoeren van de Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (hierna “richtsnoeren beïnvloeding van de handel”)¹⁵, en omtrent overeenkomsten van geringe betekenis in de mededeling van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna “de-minimismededeling”)¹⁶. Deze richtsnoeren laten de richtsnoeren beïnvloeding van de handel en de de-minimismededeling, alsmede eventuele toekomstige richtsnoeren van de Commissie in dit verband onverlet.
- (23) In de richtsnoeren beïnvloeding van de handel worden de beginselen uiteengezet die de Unierechter heeft ontwikkeld in verband met de uitlegging van het begrip “beïnvloeding van de handel” en wordt aangegeven wanneer het onwaarschijnlijk is dat overeenkomsten de handel tussen lidstaten merkbaar beïnvloeden. Ze omvatten een weerlegbaar negatief vermoeden dat geldt voor alle overeenkomsten in de zin van artikel 101, lid 1, ongeacht de aard van de in die overeenkomsten vervatte beperkingen, en dat dus ook van toepassing is op overeenkomsten die hardcorebeperkingen bevatten¹⁷. Volgens dit vermoeden kunnen verticale overeenkomsten in beginsel de handel tussen lidstaten niet merkbaar beïnvloeden wanneer i) het geaggregeerde marktaandeel van de partijen op relevante markten binnen de Unie waarop de overeenkomst van invloed is, niet meer dan 5 % bedraagt, en ii) de totale jaaromzet binnen de Unie van de leverancier voor de onder de overeenkomst vallende producten niet meer dan 40 miljoen EUR bedraagt¹⁸. De

¹³ Cumulatieve effecten kunnen met name een reden zijn om een verticale groepsvrijstelling in te trekken, zie afdeling 7.1 van deze richtsnoeren.

¹⁴ Zie arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, punten 16 en 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

¹⁵ PB C 101 van 27.4.2004, blz. 81.

¹⁶ PB C 291 van 30.8.2014, blz. 1.

¹⁷ Richtsnoeren beïnvloeding van de handel, punt 50.

¹⁸ Richtsnoeren beïnvloeding van de handel, punt 52.

Commissie kan dit vermoeden weerleggen indien een analyse van de kenmerken van de overeenkomst en de economische context ervan het tegendeel aantoonst.

- (24) Zoals in de de-minimisededeling is uiteengezet, worden verticale overeenkomsten die door niet-concurrenten zijn gesloten, over het algemeen geacht buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, te vallen indien het marktaandeel van elk van de partijen bij de overeenkomst op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter is dan 15 %¹⁹. Op deze algemene regel bestaan twee uitzonderingen. Ten eerste is artikel 101, lid 1, op hardcorebeperkingen van toepassing ongeacht de marktaandelen van de partijen²⁰. Een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsverstoringe strekking heeft, kan namelijk naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormen²¹. Ten tweede wordt de marktaandeedrempel van 15 % verlaagd tot 5 % wanneer op een relevante markt de mededinging wordt beperkt door de cumulatieve werking van naast elkaar bestaande netwerken van overeenkomsten. In de punten 241, 242 en 243 van deze richtsnoeren wordt ingegaan op de cumulatieve werking in de context van de intrekking van een verticale groepsvrijstelling. In de de-minimisededeling wordt verduidelijkt dat individuele leveranciers of distributeurs met een marktaandeel van niet meer dan 5 % over het algemeen niet worden geacht in aanzienlijke mate bij te dragen tot een cumulatief marktafslermingseffect²².
- (25) Voorts bestaat er geen vermoeden dat verticale overeenkomsten die worden gesloten door ondernemingen waarvan er een of meer een individueel marktaandeel van meer dan 15 % heeft, automatisch onder artikel 101, lid 1, vallen. Ook bij dergelijke overeenkomsten kan het voorkomen dat deze de handel tussen lidstaten niet merkbaar ongunstig beïnvloeden, noch de mededinging merkbaar beperken²³. Ze moeten derhalve met inachtneming van de juridische en economische context ervan worden beoordeeld. Deze richtsnoeren bevatten criteria voor de individuele beoordeling van dergelijke overeenkomsten.
- (26) Bovendien is de Commissie van oordeel dat verticale overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen²⁴ zelden van dien aard zijn dat ze de handel tussen lidstaten op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden. De Commissie is ook van oordeel dat dergelijke overeenkomsten zelden de mededinging merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, tenzij ze beperkingen omvatten die ertoe strekken de mededinging te verminderen in de zin van artikel 101, lid 1. Verticale overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen vallen dus over het

¹⁹ De-minimisededeling, punt 8, waarin ook een marktaandeedrempel is opgenomen voor overeenkomsten tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten, volgens welk dergelijke overeenkomsten de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, indien het geaggregeerde marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter is dan 10 %.

²⁰ Zie arresten van het Hof van Justitie van 9 juli 1969, *Völk/Vervaecke*, 5/69, ECLI:EU:C:1969:35; 6 mei 1971, *Cadillon/Höss*, 1/71, ECLI:EU:C:1971:47, en 28 april 1998, *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, punten 16 en 17.

²¹ Arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012, *Expedia*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, punt 37.

²² De-minimisededeling, punt 8.

²³ Zie arrest van het Gerecht van 8 juni 1995, *Langnese-Iglo/Commissie*, T-7/93, ECLI:EU:T:1995:98, punt 98.

²⁴ Zoals gedefinieerd in de bijlage bij de aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36).

algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1. In gevallen waarin dergelijke overeenkomsten wel aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 101, lid 1, voldoen, zal de Commissie er in de regel van afzien een procedure in te leiden aangezien het belang van de Unie onvoldoende wordt geraakt, tenzij de ondernemingen collectief of individueel een machtspositie op een wezenlijk deel van de interne markt innemen.

3.2. Agentuurovereenkomsten

3.2.1. Definitie van agentuurovereenkomsten

- (27) Een agent is een natuurlijke of rechtspersoon die bevoegd is tot het onderhandelen over en/of het sluiten van contracten voor rekening van een andere persoon (de principaal), hetzij op eigen naam van de agent hetzij op naam van de principaal, betreffende de koop van goederen of diensten door de principaal of de verkoop van door de principaal geleverde goederen of diensten.
- (28) In bepaalde omstandigheden kan de relatie tussen een agent en zijn principaal worden aangemerkt als een relatie waarin de agent niet langer als een onafhankelijke marktdeelnemer optreedt. Dit is het geval wanneer de agent geen of slechts een onbeduidend financieel of commercieel risico draagt in verband met de contracten die hij sluit of waarover hij onderhandelt namens de principaal, zoals hieronder nader wordt toegelicht²⁵. In dat geval valt de agentuurovereenkomst buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1. De kwalificatie die door de partijen of in de nationale wetgeving aan hun overeenkomst wordt gegeven, is niet van belang voor de beoordeling. Aangezien ze een uitzondering vormen op de algemene toepasselijkheid van artikel 101 op overeenkomsten tussen ondernemingen, moeten de voorwaarden om een overeenkomst als agentuurovereenkomst aan te merken voor de toepassing van artikel 101, lid 1, eng worden uitgelegd.
- (29) Voor de kwalificatie van een overeenkomst als een agentuurovereenkomst met het oog op de toepassing van artikel 101, 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 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 risico's die verband houden met andere activiteiten op dezelfde productmarkt, voor zover de principaal in het kader van de

²⁵ Zie arrest van het Gerecht van 15 september 2005, Daimler Chrysler/Commissie, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, alsmede arresten van het Hof van Justitie van 14 december 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, en 11 september 2008, CEPESA, C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485.

agentuurverhouding verlangt dat de agent dergelijke activiteiten verricht, maar niet als agent namens de principaal, doch op eigen risico.

- (30) Voor de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU wordt een overeenkomst als agentuurovereenkomst aangemerkt indien de agent geen of slechts onbeduidende risico's van de drie voornoemde soorten draagt. Het belang van dergelijke door de agent gedragen risico's moet over het algemeen worden beoordeeld aan de hand van de inkomsten die de agent ontvangt uit de verlening van de agentuurdiensten en niet aan de hand van de inkomsten uit de verkoop van de goederen of diensten die onder de agentuurovereenkomst vallen. Risico's die met de activiteit 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 bedrijfsruimten of personeel die voor elk type activiteiten kunnen worden ingezet, zijn echter niet relevant voor deze beoordeling.
- (31) In het licht van het bovenstaande bevat de volgende lijst, met het oog op de toepassing van artikel 101, lid 1, voorbeelden van kenmerken die doorgaans in agentuurovereenkomsten worden aangetroffen. Van een agentuurovereenkomst is sprake wanneer de agent:
- (a) de eigendom van de krachtens de agentuurovereenkomst gekochte of verkochte goederen niet verwerft en de contractdiensten niet zelf verleent. Het feit dat de agent tijdelijk, voor een zeer korte periode, de eigendom van de contractgoederen kan verkrijgen terwijl hij deze voor rekening van de principaal verkoopt, staat niet in de weg aan een agentuurovereenkomst, mits de agent geen kosten of risico's in verband met deze eigendomsoverdracht draagt;
 - (b) 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;
 - (c) 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);
 - (d) geen aansprakelijkheid aanvaardt voor het geval dat de klant het contract niet naleeft (bijvoorbeeld wanbetaling door de klant), 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);
 - (e) geen aansprakelijkheid jegens klanten of andere derden aanvaardt voor verlies of schade als gevolg van de levering van de contractgoederen of -diensten, tenzij de agent in dit verband zelf schuld treft;

- (f) direct noch indirect verplicht is te investeren in verkoopbevordering, onder meer door bij te dragen in het reclamebudget van de principaal of aan reclame- of promotieactiviteiten die specifiek verband houden met de contractgoederen of -diensten;
 - (g) niet overgaat tot marktspecifieke investeringen in uitrusting, lokalen, personeelsopleiding of specifieke reclame voor de contractgoederen of -diensten, zoals bijvoorbeeld investeringen in de opslagtank voor de detailverkoop van benzine, de aanschaf van speciale software voor de verkoop van polissen door verzekeringsagenten, of reclame voor reizen en bestemmingen in het geval van reisbureaus die vluchten en hotelaccommodatie verkopen, tenzij deze kosten volledig worden vergoed door de principaal;
 - (h) in het kader van de agentuurverhouding geen andere door de principaal verlangde activiteiten op dezelfde productmarkt verricht (bv. de levering van goederen), tenzij deze activiteiten volledig worden vergoed door de principaal.
- (32) Wanneer de agent een of meerdere van de in de punten 28 tot en met 31 van deze richtsnoeren 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 die niet onbeduidend zijn, volstaat dit om te concluderen dat hij een onafhankelijke distributeur is. Als de agent 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 in het kader van de agentuurverhouding verlangde activiteiten op dezelfde productmarkt worden beoordeeld.
- (33) Een principaal kan verschillende methoden gebruiken om de desbetreffende risico's te vergoeden, zolang deze methoden waarborgen dat de agent geen of slechts onbeduidende risico's van de in de punten 28 tot en met 31 van deze richtsnoeren beschreven soorten draagt. De principaal kan er bijvoorbeeld voor kiezen de gemaakte kosten precies te vergoeden, of hij kan de kosten dekken door middel van een vast bedrag, of hij kan de agent een vast percentage betalen van de inkomsten uit de goederen of diensten die in het kader van de agentuurovereenkomst worden verkocht. Om ervoor te zorgen dat alle relevante risico's gedekt zijn, kan het nodig zijn te voorzien in een eenvoudige methode voor de agent om alle kosten die het overeengekomen vaste bedrag of het vaste percentage overschrijden, te declareren en te laten vergoeden. Ook kan het nodig zijn dat de principaal systematisch toeziet op wijzigingen in de relevante kosten en het vaste bedrag of het vaste percentage dienovereenkomstig aanpast. Indien de relevante kosten worden vergoed door middel van een percentage van de prijs van de producten die in het kader van de agentuurovereenkomst worden verkocht, moet de principaal er ook rekening mee houden dat de agent mogelijk relevante marktspecifieke investeringskosten maakt, zelfs indien hij gedurende een bepaalde periode weinig of geen verkopen realiseert. Deze kosten moeten door de principaal worden vergoed.
- (34) Een onafhankelijke distributeur van bepaalde goederen of diensten van een leverancier kan ook optreden als agent voor andere goederen of diensten van

diezelfde leverancier, mits de activiteiten en risico's die onder de agentuurovereenkomst vallen, effectief kunnen worden afgebakend (bijvoorbeeld omdat het gaat om goederen of diensten met extra functies of nieuwe kenmerken). Voor de toepassing van artikel 101 kan een overeenkomst enkel als agentuurovereenkomst worden aangemerkt, indien de onafhankelijke distributeur werkelijk vrij is om de agentuurovereenkomst aan te gaan (de agentuurverhouding mag bijvoorbeeld niet de facto door de principaal worden opgelegd door middel van een dreiging om de voorwaarden van de distributieverhouding te beëindigen of te verslechteren) en, zoals vermeld in de punten 28 tot en met 31 van deze richtsnoeren, alle relevante risico's in verband met de verkoop van de onder de agentuurovereenkomst vallende goederen of diensten, met inbegrip van marktspecifieke investeringen, door de principaal worden gedragen.

- (35) Wanneer een agent op eigen risico andere activiteiten voor dezelfde of andere leveranciers onderneemt, bestaat het risico dat de voorwaarden die aan de agent voor zijn activiteiten als agent zijn opgelegd, op zijn stimulansen van invloed zijn en zijn beslissingsvrijheid beperken wanneer hij producten verkoopt in het kader van een onafhankelijke activiteit. Met name bestaat het risico dat het prijsstellingsbeleid van de principaal voor de producten die in het kader van de agentuurovereenkomst worden verkocht, van invloed zal zijn op de stimulansen van de agent/distributeur om de prijzen van de producten die hij als onafhankelijke distributeur verkoopt, onafhankelijk vast te stellen. Bovendien leidt de gecombineerde hoedanigheid van agent en onafhankelijke distributeur voor dezelfde leverancier tot moeilijkheden bij het maken van een onderscheid tussen investeringen en kosten die verband houden met de functie als agent, waaronder marktspecifieke investeringen, en die welke alleen verband houden met de onafhankelijke activiteit. In dergelijke gevallen kan het dus bijzonder ingewikkeld zijn om te beoordelen of een agentuurverhouding voldoet aan de voorwaarden van de punten 28 tot en met 31 van deze richtsnoeren²⁶.
- (36) De in de punten 28 tot en met 31 van deze richtsnoeren beschreven risico's zijn met name van belang indien de agent voor dezelfde principaal en op dezelfde productmarkt andere activiteiten ontplooit als onafhankelijk distributeur. De kans dat deze risico's zich voordoen, is daarentegen kleiner indien de andere activiteiten die de agent als onafhankelijke distributeur ontplooit, betrekking hebben op een andere productmarkt²⁷. Meer in het algemeen geldt dat hoe minder de producten onderling verwisselbaar zijn, hoe kleiner de kans is dat deze risico's zich voordoen. Op productmarkten met producten die geen objectief verschillende kenmerken hebben, zoals een hogere kwaliteit, nieuwe kenmerken of extra functies, lijkt een dergelijke afbakening moeilijker en kan er dus een aanzienlijk risico bestaan dat de agent vanwege de voorwaarden van de agentuurovereenkomst, met name wat betreft de prijsstelling, invloed ondervindt met betrekking tot de producten die hij onafhankelijk distribueert.
- (37) Om te bepalen welke marktspecifieke investeringen moeten worden vergoed wanneer een agentuurovereenkomst wordt gesloten met een van zijn onafhankelijke distributeurs die reeds actief is op de relevante markt, moet de principaal uitgaan van de hypothetische situatie van een agent die op de relevante markt nog niet actief is,

²⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, gevoegde zaken 40 tot en met 48, 50, 54 tot en met 56, 111, 113 en 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, punten 537-557.

²⁷ Arrest van het Gerecht van 15 september 2005, Daimler Chrysler/Commissie, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, punten 100 en 113.

teneinde te beoordelen welke investeringen relevant zijn voor het type activiteit waarvoor de agent is aangesteld. De enige marktspecifieke investeringen die de principaal niet zou hoeven dekken, zouden de investeringen zijn die uitsluitend betrekking hebben op de verkoop van gedifferentieerde producten op dezelfde productmarkt die niet in het kader van de agentuurovereenkomst worden verkocht maar onafhankelijk worden gedistribueerd; dit in tegenstelling tot de marktspecifieke investeringen die noodzakelijk zijn om op de relevante productmarkt actief te zijn en die de principaal in alle gevallen zou moeten vergoeden. De agent zou immers niet de marktspecifieke kosten dragen die verband houden met de gedifferentieerde producten indien hij niet ook optrad als onafhankelijke distributeur van die producten naast de producten die hij als agent distribueert, op voorwaarde dat hij op de relevante markt actief kan zijn zonder de eerstgenoemde producten te verkopen. Voor zover de desbetreffende investeringen reeds zijn afgeschreven (bv. investeringen in specifiek meubilair voor die activiteit), kan de vergoeding naar evenredigheid worden aangepast.

- (38) Ter verduidelijking volgt een voorbeeld van hoe de kosten kunnen worden toegerekend in het geval van een distributeur die voor bepaalde producten ook als agent optreedt voor dezelfde leverancier.

Een onafhankelijke distributeur verkoopt producten A, B en C. De producten A en B behoren tot dezelfde productmarkt, die gedifferentieerde producten met objectief verschillende kenmerken omvat. Product C behoort tot een andere productmarkt.

Een leverancier van product B distribueert zijn producten over het algemeen via onafhankelijke distributeurs. Voor de distributie van een bepaald type van hetzelfde product, namelijk product A met een nieuwe functionaliteit, wenst deze leverancier echter gebruik te maken van een agentuurovereenkomst, die hij aanbiedt aan zijn bestaande onafhankelijke distributeurs op dezelfde productmarkt zonder hen rechtens of feitelijk te verplichten deze overeenkomst aan te gaan.

Om te voorkomen dat de agentuurovereenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt en ervoor te zorgen dat die overeenkomst aan de voorwaarden van de punten 28 tot en met 31 van deze richtsnoeren voldoet, moet de principaal alle relevante investeringen voor de verkoop van zowel product A als product B (en niet alleen product A) dekken, aangezien ze tot dezelfde productmarkt behoren. Zo zullen bijvoorbeeld alle kosten die worden gemaakt om een winkel aan te passen of in te richten met het oog op het uitstellen en verkopen van product A en product B waarschijnlijk marktspecifiek zijn. Ook de kosten voor de opleiding van personeel met het oog op de verkoop van product A en product B en de kosten in verband met specifieke opslaguitrusting, die nodig kan zijn voor product A en product B, zullen waarschijnlijk marktspecifiek zijn. Deze relevante investeringen, die een agent normaal gesproken zou moeten maken om de markt te betreden en te beginnen met de verkoop van product A en product B, moeten door de principaal worden gedragen, zelfs indien de specifieke agent reeds als onafhankelijke distributeur op die markt is gevestigd.

De principaal zou echter geen investeringen hoeven dekken voor de verkoop van product C, dat niet tot dezelfde productmarkt behoort als de producten A en B. Bovendien zouden investeringen die specifiek vereist zijn voor de verkoop van product B maar niet noodzakelijk zijn voor de verkoop van product A (bijvoorbeeld speciaal meubilair of personeelsopleiding), niet relevant zijn en derhalve niet door de principaal hoeven te worden gedekt, op voorwaarde dat een distributeur op de

relevante markt, die de producten A en B omvat, actief kan zijn door alleen product A te verkopen.

Wat reclame betreft, zouden investeringen in reclame voor de winkel van de agent (en niet specifieke reclame voor product A) ten goede komen van zowel de winkel van de agent in het algemeen als de verkoop van de producten A, B en C, terwijl alleen product A in het kader van de agentuurovereenkomst wordt verkocht. Deze kosten zouden dus gedeeltelijk relevant zijn voor de beoordeling van de agentuurovereenkomst, voor zover ze verband houden met de verkoop van product A dat wordt verkocht in het kader van de agentuurovereenkomst. Tegelijk zouden deze kosten ook relevant zijn voor de algemene activiteit van het verkopen van de producten A en B. De kosten van een reclamecampagne die uitsluitend betrekking heeft op de producten B of C, zouden daarentegen niet relevant zijn en zouden derhalve niet door de principaal hoeven te worden gedekt, mits een distributeur op de relevante markt actief kan zijn door uitsluitend product A te verkopen.

Dezelfde beginselen gelden voor investeringen in een website of een onlinewinkel, aangezien deze investeringen voor een deel niet relevant zouden zijn, omdat ze zouden moeten worden gedaan ongeacht de producten die in het kader van de agentuurovereenkomst worden verkocht. Daarom zouden algemene investeringen in het ontwerp van een website niet hoeven te worden vergoed, voor zover de structuur van de website zelf kan worden gebruikt om andere producten te verkopen dan de producten die tot de relevante productmarkt behoren (bijvoorbeeld product C of, meer in het algemeen, andere producten dan de producten A en B). Wel relevant zouden investeringen zijn in verband met de activiteit van het verkopen van of reclame maken voor producten op de relevante productmarkt (d.w.z. zowel product A als product B) op de website. Afhankelijk van de hoogte van de investering die nodig is om op de website reclame te maken voor de producten A en B en deze te verkopen, zou de principaal dus een deel van de kosten voor het opzetten van de website of de onlinewinkel moeten dekken. Specifieke investeringen met het oog op het maken van reclame voor of het verkopen van product B alleen hoeven niet te worden gedekt, op voorwaarde dat een distributeur op de relevante markt actief kan zijn door alleen product A te verkopen.

3.2.2. *Toepassing van artikel 101, lid 1, op agentuurovereenkomsten*

- (39) Wanneer een overeenkomst voldoet aan de voorwaarden om voor de toepassing van artikel 101, lid 1, als agentuurovereenkomst te worden aangemerkt, 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 of -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 101, lid 1. Het aannemen door de agent van de aan het einde van dit punt opgesomde verplichtingen wordt als een inherent onderdeel van een agentuurovereenkomst beschouwd, omdat deze verplichtingen betrekking hebben op de mogelijkheid voor de principaal om de activiteit van de agent in verband met de contractgoederen of -diensten af te bakenen. Dit is van essentieel belang wil de principaal de risico's op zich nemen met betrekking tot de contracten die de agent heeft gesloten en/of waarover hij heeft onderhandeld namens de principaal. Zo is de principaal in staat om de commerciële strategie te bepalen omtrent:

- (a) beperkingen met betrekking tot het grondgebied waarop de agent de betrokken goederen of diensten mag verkopen;
 - (b) beperkingen met betrekking tot de groepen klanten aan wie de agent de contractgoederen of -diensten mag verkopen; of
 - (c) de prijs waarvoor en de voorwaarden waaronder de agent de contractgoederen of -diensten moet kopen of verkopen.
- (40) Wanneer de agent een of meerdere van de in de punt 28 tot en met 31 van deze richtsnoeren beschreven risico's draagt, is de overeenkomst tussen de agent en de principaal met het oog op de toepassing van artikel 101, lid 1, echter geen agentuurovereenkomst. In dat geval wordt de agent behandeld als een onafhankelijke onderneming en is artikel 101, lid 1, op de overeenkomst van toepassing, zoals op elke andere verticale overeenkomst. Daarom wordt in artikel 1, lid 1, punt j), VBER verduidelijkt dat een onderneming die op grond van een overeenkomst die onder artikel 101, lid 1, valt, voor rekening van een andere onderneming goederen of diensten verkoopt, een afnemer is.
- (41) Zelfs indien de agent geen of slechts onbeduidende risico's draagt als beschreven in de punten 28 tot en met 31 van deze richtsnoeren, blijft hij een van de principaal gescheiden onderneming en kunnen de bepalingen betreffende de relatie tussen de agent en de principaal derhalve in strijd zijn met artikel 101, lid 1, ongeacht of ze deel uitmaken van de overeenkomst betreffende de aan- of verkoop van de contractproducten, dan wel van een afzonderlijke overeenkomst. Dergelijke bepalingen kunnen onder de VBER vallen, met name wanneer aan de voorwaarden van artikel 5 VBER wordt voldaan, of kunnen – buiten de VBER om – in individuele gevallen voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zoals beschreven in afdeling 8.1.2 van deze richtsnoeren. Zo kunnen agentuurovereenkomsten bepalingen bevatten die de principaal verbieden met betrekking tot een bepaald type transactie, klant of grondgebied andere agenten aan te wijzen (exclusieve-agentuurbepalingen), en/of een bepaling die de agent verbiedt te handelen als agent of distributeur van ondernemingen die met de principaal concurreren (merkexclusiviteitsbepalingen). Exclusieve-agentuurbepalingen hebben over het algemeen geen mededingingsversturende effecten. Merkexclusiviteitsbepalingen en na het einde van de overeenkomst geldende non-concurrentiebedingen, die de concurrentie tussen merken betreffen, kunnen evenwel in strijd zijn met artikel 101, lid 1, indien ze bijdragen tot een (cumulatieve) afscherming van de relevante markt waarop de contractgoederen of -diensten worden gekocht of verkocht (zie met name de afdelingen 8.2.1 en 6.2.2 van deze richtsnoeren).
- (42) Een agentuurovereenkomst kan ook binnen het toepassingsgebied van artikel 101, 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.
- (43) In het geval van een onafhankelijke distributeur die ook optreedt als agent voor bepaalde goederen of diensten van dezelfde leverancier, moet de naleving van de in de punten 34 tot en met 37 van deze richtsnoeren vastgestelde eisen strikt worden beoordeeld. Dit is noodzakelijk om misbruik van het agentsysteem te voorkomen

in scenario's waarin de leverancier niet werkelijk actief wordt op detailhandelniveau, alle gerelateerde distributiebeslissingen neemt en alle daarmee gerelateerde risico's op zich neemt overeenkomstig de in de punten 28 tot en met 31 uiteengezette beginselen, maar veeleer een gemakkelijke manier creëert om de detailhandelsprijzen te controleren voor de producten waarvoor hoge wederverkoopmarges mogelijk zijn. Aangezien verticale prijsbinding een hardcorebeperking is in de zin van artikel 4 VBER, zoals uiteengezet in afdeling 6.1.1 van deze richtsnoeren, mag het agentsysteem niet door leveranciers worden misbruikt om de toepassing van artikel 101, lid 1, te omzeilen.

3.2.3. *Agentuur en de onlineplatformeconomie*

- (44) Ondernemingen die onlinetussenhandelsdiensten verlenen, worden in de zin van de VBER als leverancier aangemerkt (zie ook de punten 60 tot en met 64 van deze richtsnoeren) en kunnen derhalve voor de toepassing van artikel 101, lid 1, in beginsel niet als agent worden aangemerkt. Bovendien treden aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten doorgaans op als onafhankelijke marktdeelnemers en niet als onderdeel van de ondernemingen van de verkopers aan wie zij onlinetussenhandelsdiensten verlenen. Sterke netwerkeffecten en andere kenmerken van de onlineplatformeconomie kunnen bijdragen tot aanzienlijke onevenwichtigheden in de omvang en de onderhandelingsmacht van de contractpartijen en leiden tot een situatie waarin de verkoopvoorwaarden van de contractgoederen of -diensten en de commerciële strategie worden bepaald door de verlener van onlinetussenhandelsdiensten en niet door de verkopers van de goederen of diensten die middels tussenhandelsdiensten worden geleverd. Voorts bedienen aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten vaak tegelijkertijd een zeer groot aantal verkopers, waardoor zij niet daadwerkelijk geen onderdeel kunnen zijn van een van de ondernemingen van de verkopers. Daarnaast doen aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten doorgaans aanzienlijke marktspecifieke investeringen, bijvoorbeeld in software, reclame en service na verkoop, hetgeen erop wijst dat deze ondernemingen aanzienlijke financiële of commerciële risico's dragen in verband met de contracten waarover wordt onderhandeld namens de verkopers die gebruikmaken van hun onlinetussenhandelsdiensten.

3.3. **Toeleveringsovereenkomsten**

- (45) Toeleveringsovereenkomsten, zoals omschreven in de bekendmaking van de Commissie van 18 december 1978 betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (hierna "toeleveringsbekendmaking")²⁸, vallen over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1. De toeleveringsbekendmaking blijft van toepassing en bevat nadere leidraden over de toepassing van deze algemene regel. In de toeleveringsbekendmaking staat met name dat wanneer een opdrachtgever beperkingen oplegt aan het gebruik van technologie of uitrusting die hij aan een toeleverancier ter beschikking stelt, deze technologie of uitrusting noodzakelijk moet

²⁸ PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2, waarin toeleveringsovereenkomsten worden gedefinieerd als overeenkomsten krachtens welke een onderneming, de "opdrachtgever", al of niet in aansluiting op een bestelling van een derde partij een andere onderneming, de "toeleverancier", belast met het volgens zijn richtsnoeren vervaardigen van producten, verlenen van diensten of uitvoeren van werken, welke bestemd zijn om te worden geleverd aan de opdrachtgever, dan wel voor zijn rekening moeten worden verricht.

zijn om de toeleverancier in staat te stellen de betrokken producten te vervaardigen²⁹. Ook wordt het toepassingsgebied van deze algemene regel verduidelijkt, met name dat andere aan de toeleverancier opgelegde beperkingen over het algemeen binnen het toepassingsgebied van artikel 101 vallen, zoals het verbod op het verrichten of exploiteren van eigen onderzoek en ontwikkeling of het verbod om voor derden te produceren³⁰.

4. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE VBER

4.1. Door de VBER gecreëerde “veilige zone”

- (46) De groepsvrijstelling in artikel 2, lid 1, VBER, creëert een veilige zone voor verticale overeenkomsten in de zin van de VBER, mits de marktaandelen van de leverancier en de afnemer op de respectieve relevante markt(en) de drempels van artikel 3 van de VBER niet overschrijden (zie afdeling 5.2 van deze richtsnoeren)³¹ en de overeenkomst geen hardcorebeperkingen bevat overeenkomstig artikel 4 van de VBER (zie afdeling 6.1 van deze richtsnoeren)³². Deze veilige zone is van toepassing zolang het voordeel van de groepsvrijstelling in een bepaald geval niet is ingetrokken door de Commissie of de nationale mededingingsautoriteit overeenkomstig artikel 29 van Verordening 1/2003 (zie afdeling 7.1 van deze richtsnoeren).
- (47) Artikel 2, lid 1, van de VBER voorziet ook in een veilige zone wanneer een leverancier dezelfde overeenkomst(en) gebruikt om verschillende soorten goederen of diensten te distribueren. Bij een dergelijke distributie van een assortiment is de VBER van toepassing op de verticale overeenkomst voorzover en met betrekking tot die goederen of diensten waarvoor aan de voorwaarden voor de toepassing van de VBER is voldaan. Omgekeerd is artikel 101 van toepassing op de verticale overeenkomsten met betrekking tot die goederen of diensten die niet onder de VBER vallen. Dit houdt in dat er geen sprake is van groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 2, lid 1, VBER, maar evenmin bestaat er een vermoeden van onwettigheid van dergelijke overeenkomsten.

4.2. Definitie van verticale overeenkomst

- (48) Artikel 101, lid 1, heeft betrekking op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Er wordt geen onderscheid gemaakt in het feit of deze ondernemingen in hetzelfde stadium dan wel in verschillende stadia van de productie- of distributieketen werkzaam zijn. Artikel 101, lid 1, is dus zowel van toepassing op horizontale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als op verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen³³.

²⁹ Zie punt 2 van de toeleveringsbekendmaking waarin nadere toelichtingen worden gegeven, met name over het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten en knowhow.

³⁰ Zie punt 3 van de toeleveringsbekendmaking.

³¹ Boven de marktaandeeldrempel van 30 % is er geen vermoeden dat verticale overeenkomsten binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen of niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

³² Zie voor de uitgesloten beperkingen en de betekenis van artikel 5 VBER, afdeling 6.2 van deze richtsnoeren.

³³ Zie arrest van het Hof van Justitie van 30 juni 1966, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, 56/65, ECLI:EU:C:1966:38, blz. 240.

- (49) Op grond van Verordening nr. 19/65/EEG van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen³⁴, gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1215/1999 van de Raad van 10 juni 1999³⁵ (hierna “machtigingsverordening”), is de Commissie bevoegd, overeenkomstig artikel 101, lid 3, om verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen bij verordening als groep vrij te stellen.
- (50) Overeenkomstig de artikelen 1 en 3 van de machtigingsverordening wordt een verticale overeenkomst in artikel 1, lid 1, punt a), VBER, gedefinieerd als “een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer ondernemingen partij zijn die, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn en die betrekking heeft op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen”³⁶. Deze definitie weerspiegelt ten minste drie belangrijke vereisten, die hieronder worden behandeld.

4.2.1. *Eenzijdige gedragingen vallen buiten het toepassingsgebied van de VBER.*

- (51) De VBER is van toepassing op verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Zij is niet van toepassing op eenzijdige gedragingen van ondernemingen. Dergelijke eenzijdige gedragingen kunnen onder artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna “artikel 102”) vallen, dat misbruik van een machtspositie verbiedt³⁷. Er is sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 101 wanneer de partijen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen (zogenoemde wilsovereenstemming). Het maakt niet uit in welke vorm die wilsovereenstemming tot uitdrukking wordt gebracht, als de wilsovereenstemming van de partijen maar getrouw wordt weergegeven.
- (52) Wanneer de wilsovereenstemming van de partijen niet in een expliciete overeenkomst tot uitdrukking wordt gebracht, moet de Commissie voor de toepassing van artikel 101 aantonen dat het eenzijdige beleid van de ene partij de instemming van de andere partij heeft. Voor verticale overeenkomsten kan de instemming met een specifiek eenzijdig beleid op twee manieren worden vastgesteld.
- (a) Ten eerste kan de expliciete instemming worden afgeleid uit de bevoegdheden die aan de partijen worden toegekend in een tevoren gesloten algemene overeenkomst. Als in een dergelijke 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 partij³⁸.

³⁴ PB 36 van 6.3.1965, blz. 35.

³⁵ PB L 148 van 15.6.1999, blz. 1.

³⁶ Net als in artikel 1, lid 1, punt a), VBER omvat de term “verticale overeenkomst” in deze richtsnoeren de verticale onderling afgestemde feitelijke gedragingen, tenzij anders vermeld.

³⁷ Indien er daarentegen sprake is van een verticale overeenkomst in de zin van artikel 101, laten de VBER en deze richtsnoeren de mogelijke parallelle toepassing van artikel 102 op deze verticale overeenkomst onverlet.

³⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 2006, Commissie/Volkswagen, C-74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460.

- (b) Ten tweede moet voor stilzwijgende instemming eerst worden aangetoond dat de ene partij expliciet of impliciet van de andere partij verlangt dat zij medewerking aan de uitvoering van het eenzijdige beleid verleent en vervolgens dat de andere partij aan die eis heeft voldaan door het eenzijdige beleid daadwerkelijk uit te voeren³⁹. 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. Deze conclusie geldt evenwel niet indien de distributeurs parallelhandel blijven drijven of nieuwe manieren trachten te vinden om de parallelhandel verder te zetten.
- (53) In het licht van het bovenstaande vormen algemene verkoopvoorwaarden, zelfs indien ze door de ene partij worden opgelegd en stilzwijgend door de andere partij worden aanvaard, een overeenkomst voor de toepassing van artikel 101, lid 1, van het Verdrag⁴⁰.
- 4.2.2. *De ondernemingen zijn werkzaam in verschillende stadia van de productie- of distributieketen*
- (54) De VBER is van toepassing op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen twee of meer ondernemingen, ongeacht hun bedrijfsmodel. Aangezien eindgebruikers niet als ondernemingen werkzaam zijn, vallen verticale overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met consumenten niet onder de VBER.
- (55) Om onder de definitie van artikel 1, lid 1, punt a), VBER te vallen, moeten bij een overeenkomst bovendien ondernemingen partij zijn die, met het oog op de toepassing van de overeenkomst, in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn. Er is bijvoorbeeld sprake van een verticale overeenkomst wanneer een van de ondernemingen een grondstof produceert of een dienst verleent, en deze verkoopt aan een andere onderneming die deze grondstof of dienst als input gebruikt. Evenzo is er sprake van een verticale overeenkomst wanneer een producent een product verkoopt aan een groothandelaar die het doorverkoopt aan een detailhandelaar.
- (56) Aangezien de definitie in artikel 1, lid 1, punt a), VBER naar het doel van de specifieke overeenkomst verwijst, sluit het feit dat een onderneming die partij is bij de overeenkomst werkzaam is in meer dan één stadium van de toeleverings- of distributieketen, de toepassing van de VBER niet uit. In het geval van overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen moet echter rekening worden gehouden met artikel 2, lid 4, VBER. Zie voor leidraden over artikel 2, lid 4, VBER, afdeling 4.4.3 van deze richtsnoeren.
- 4.2.3. *De overeenkomsten hebben betrekking op de koop, verkoop of wederverkoop van goederen of diensten*
- (57) In artikel 1, lid 1, punt a), VBER is bepaald dat verticale overeenkomsten, om binnen het toepassingsgebied van de VBER te vallen, betrekking moeten hebben op de voorwaarden waaronder de leverancier en afnemer “bepaalde goederen of diensten

³⁹ Arrest van het Gerecht van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242.

⁴⁰ Zie de besluiten van de Commissie van 17 december 2018 in Guess, AT.40428, punt 97, onder verwijzing naar vaste rechtspraak.

kunnen kopen, verkopen of doorverkopen”. Overeenkomstig het algemene doel van een groepsvrijstellingsverordening, namelijk het bieden van rechtszekerheid, moet artikel 1, lid 1, punt a), VBER aldus ruim worden uitgelegd dat het van toepassing is op alle verticale overeenkomsten, ongeacht of ze betrekking hebben op intermediaire of op eindgoederen of -diensten. Zowel de geleverde goederen of diensten als, in het geval van intermediaire goederen of diensten, de daaruit voortvloeiende eindgoederen of -diensten, worden voor de toepassing van de VBER op de respectieve overeenkomsten beschouwd als contractgoederen of -diensten.

- (58) Verticale overeenkomsten in de onlineplatformeconomie, met inbegrip van overeenkomsten die zijn gesloten met aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten als bedoeld in artikel 1, lid 1, punt d), VBER, vallen onder artikel 1, lid 1, punt a), VBER. Zowel de verstrekking van onlinetussenhandelsdiensten als de goederen of diensten waarop de hierdoor gefaciliteerde transacties betrekking hebben, worden beschouwd als contractgoederen of -diensten voor de toepassing van de VBER op de overeenkomst op basis waarvan onlinetussenhandelsdiensten worden verstrekt en de overeenkomst op grond waarvan de betrokken goederen of diensten middels tussenhandelsdiensten worden geleverd.
- (59) Verticale beperkingen die geen betrekking hebben op de voorwaarden voor de koop, verkoop of wederverkoop van bepaalde contractgoederen of -diensten vallen niet onder de VBER. Deze overeenkomsten moeten individueel worden beoordeeld, namelijk of ze in het individuele geval binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen, en zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, wordt voldaan. De VBER is bijvoorbeeld niet van toepassing op een bepaling die partijen verbiedt op onafhankelijke wijze aan onderzoek en ontwikkeling te doen, die de partijen eventueel in hun verticale overeenkomst hebben opgenomen. Een ander voorbeeld betreft huur- en leasingovereenkomsten. Hoewel de VBER van toepassing is op goederen die worden verkocht en gekocht om aan derden te worden verhuurd, vallen huur- en leasingovereenkomsten als zodanig niet onder de verordening omdat er daarbij geen sprake is van verkoop van een goed of dienst door de leverancier aan de afnemer.

4.3. Verticale overeenkomsten in de onlineplatformeconomie

- (60) De onlineplatformeconomie speelt een steeds grotere rol in de distributie van goederen en diensten. Dankzij ondernemingen die in de onlineplatformeconomie actief zijn, worden nieuwe vormen van zakendoen mogelijk, waarvan sommige niet eenvoudig zijn in te delen aan de hand van de concepten die van oudsher met verticale betrekkingen tussen leveranciers en distributeurs in de fysieke wereld samenhangen.
- (61) In het kader van de VBER worden ondernemingen die werkzaam zijn in de toeleverings- en distributieketen ingedeeld als leveranciers of afnemers. Afhankelijk van de vraag of een onderneming onder de ene dan wel de andere categorie valt, kan de VBER op verschillende wijzen van toepassing zijn, met name op de volgende gebieden:
- (a) de vrijstelling van niet-wederkerige verticale overeenkomsten tussen concurrenten op grond van artikel 2, lid 4, VBER (zie afdeling 4.4 van deze richtsnoeren);
 - (b) de berekening van de marktaandelen voor de toepassing van de drempels van artikel 3, lid 1, VBER (zie afdeling 5 van deze richtsnoeren);

- (c) de intrekking van het voordeel van de VBER op grond van artikel 4 VBER (zie afdeling 6.1 van deze richtsnoeren); en
 - (d) de uitsluiting van bepaalde beperkingen van de door de VBER geboden veilige zone, op grond van artikel 5 VBER (zie afdeling 6.2 van deze richtsnoeren).
- (62) De VBER omvat definities van de begrippen leverancier, namelijk artikel 1, lid 1, punt d), VBER, en afnemer, namelijk artikel 1, lid 1, punt j), VBER. Om de moeilijkheid om deze begrippen uitputtend te definiëren te doen rijmen met de doelstelling van de VBER om voor een zo groot mogelijke rechtszekerheid te zorgen, beperken deze bepalingen zich ertoe te verduidelijken of bepaalde ondernemingen onder de ene dan wel de andere categorie vallen.
- (63) Artikel 1, lid 1, punt d), VBER bepaalt dat een onderneming die onlinetussenhandelsdiensten aanbiedt, in het kader van de VBER als leverancier wordt aangemerkt. Dit betekent dat de onderneming, overeenkomstig het door de VBER gemaakte onderscheid tussen leveranciers en afnemers, niet tegelijkertijd kan worden aangemerkt als afnemer in de zin van artikel 1, lid 1, punt j), VBER met betrekking tot de transactie die zij faciliteert. Daarnaast wordt in artikel 1, lid 1, punt d), VBER verduidelijkt dat een aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten een leverancier is op grond van de VBER, ook wanneer hij partij is bij een transactie die hij faciliteert. Dit betekent dat wanneer een onderneming onlinetussenhandelsdiensten aanbiedt en derhalve onder de definitie van artikel 1, lid 1, punt d), VBER valt, deze onderneming haar kwalificatie als leverancier met betrekking tot de verstrekte onlinetussenhandelsdiensten niet kan omzeilen, door bijvoorbeeld partij te worden bij de transactie die zij faciliteert of contractueel vast te leggen dat zij een afnemer is van de op basis van een dergelijke transactie geleverde goederen of diensten.
- (64) De definities van “leverancier” en “onlinetussenhandelsdiensten” die in artikel 1, lid 1, punt d), VBER worden gegeven, zijn gebaseerd op de definitie (“aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten”) die wordt gehanteerd in Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (hierna “P2B-verordening”)⁴¹. Zij bouwt voort op de gedachte dat een onderneming die onlinetussenhandelsdiensten aanbiedt dergelijke diensten aanbiedt met het oog op het faciliteren van rechtstreekse transacties tussen verkopers en kopers, of tussen verkopers en consumenten die gebruikmaken van haar onlinetussenhandelsdiensten. Artikel 1, lid 1, punt d), VBER is gebaseerd op de overweging dat een aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten over het algemeen een infrastructuur aanbiedt die ondernemingen in staat stelt elkaar te ontmoeten en te handelen met andere ondernemingen of consumenten online, zonder juridisch of feitelijk verantwoordelijk te zijn voor hun transacties.

4.4. Beperkingen op de toepassing van de VBER

4.4.1. Verenigingen van detailhandelaren

- (65) Ingevolge artikel 2, lid 2, VBER 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 de veilige zone zijn uitgesloten. Dit houdt in dat

⁴¹ PB L 186 van 11.7.2019, blz. 57.

verticale overeenkomsten gesloten tussen een vereniging en haar afzonderlijke leden of tussen een vereniging en haar afzonderlijke leveranciers, alleen onder de VBER vallen indien alle leden van de vereniging detailhandelaren zijn die goederen (geen diensten) aan de consument verkopen, en mits geen enkel individueel lid een omzet van meer dan 50 miljoen EUR behaalt⁴². Wanneer echter slechts een klein aantal leden van de vereniging een omzet van meer dan 50 miljoen EUR behaalt, en deze leden tezamen minder dan 15 % van de gezamenlijke omzet van alle leden vertegenwoordigen, zal dit normaliter niets aan de beoordeling op grond van artikel 101 veranderen.

- (66) 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 die in de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (hierna “horizontale richtsnoeren”)⁴³ zijn uiteengezet. Indien deze beoordeling tot de conclusie leidt dat een bepaalde vorm van samenwerking tussen ondernemingen op het gebied van koop of verkoop aanvaardbaar is omdat zij voldoet aan de specifieke voorwaarden van die richtsnoeren met betrekking tot inkoop- en/of commercialiseringsovereenkomsten, zal een tweede beoordeling noodzakelijk zijn, namelijk een onderzoek naar de verticale overeenkomsten die de vereniging met haar individuele leveranciers of met haar individuele leden sluit overeenkomstig de bepalingen van de VBER, met name de voorwaarden van de artikelen 3, 4 en 5, 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 grondgebieden aan de leden, moeten eerst als een horizontale overeenkomst worden beoordeeld. Slechts indien die beoordeling tot de conclusie leidt dat de horizontale overeenkomst niet mededingingsverstoring is, is een beoordeling van de verticale overeenkomsten tussen de vereniging en individuele leden of tussen de vereniging en individuele leveranciers noodzakelijk.

4.4.2. *Verticale overeenkomsten met bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten*

- (67) Artikel 2, lid 3, VBER bepaalt dat verticale overeenkomsten die zekere bepalingen betreffende de overdracht of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten bevatten, binnen het toepassingsgebied van de VBER kunnen vallen. Omgekeerd sluit artikel 2, lid 3, VBER alle andere verticale overeenkomsten die bepalingen inzake intellectuele-eigendomsrechten bevatten, uit van het toepassingsgebied van de VBER.
- (68) De VBER is van toepassing op verticale overeenkomsten met bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten, indien aan vijf voorwaarden is voldaan:
- (a) de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten moeten deel uitmaken van een verticale overeenkomst, d.w.z. een overeenkomst die

⁴² De jaarlijkse omzetrempel van 50 miljoen EUR is gebaseerd op de omzetrempel voor kmo's van artikel 2 van de bijlage bij de aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 39).

⁴³ PB C 11 van 14.1.2011, blz. 1, als gewijzigd bij rectificatie (PB C 33 van 2.2.2011, blz. 20). Een herziening van die richtsnoeren is in voorbereiding.

- betrekking heeft op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen;
- (b) de intellectuele-eigendomsrechten moeten worden overgedragen of met het oog op gebruik in licentie worden gegeven aan de afnemer;
 - (c) de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten mogen niet het hoofdonderwerp van de overeenkomst vormen;
 - (d) 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; en
 - (e) 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 VBER geen vrijstelling geldt.
- (69) Deze voorwaarden zorgen ervoor dat de VBER 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. Dit betekent dat beperkingen met betrekking tot de overdracht of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten onder de VBER kunnen vallen wanneer het hoofdonderwerp van de overeenkomst de koop of distributie van goederen of diensten is.
- (70) 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 VBER is bijvoorbeeld niet van toepassing op:
- (a) 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;
 - (b) een overeenkomst waarbij de ene partij de andere partij een matrix of origineel ter beschikking stelt en haar een licentie op de productie en distributie van kopieën verleent;
 - (c) een zuivere licentieovereenkomst betreffende het gebruik van een merk of embleem met het oog op merchandising;
 - (d) een sponsorcontract, waarbij de betrokkene het recht verkrijgt in zijn reclame te vermelden dat hij de officiële sponsor van een evenement is;
 - (e) een licentieovereenkomst betreffende auteursrechten, zoals een overeenkomst betreffende het recht tot opname en/of uitzending van een evenement.
- (71) De tweede voorwaarde maakt duidelijk dat de VBER niet van toepassing is wanneer de afnemer de intellectuele-eigendomsrechten ter beschikking van de leverancier

stelt, ongeacht of ze betrekking hebben op de wijze van productie of distributie. Een overeenkomst betreffende de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten aan de leverancier, die mogelijkwerwijs beperkingen inzake de verkoop door de leverancier omvat, valt niet onder de VBER. Dit betekent in het bijzonder dat de VBER niet geldt bij uitbesteding waarbij knowhow aan een toeleverancier wordt overgedragen (zie ook afdeling 3.3 van deze richtsnoeren). Verticale overeenkomsten waarbij de afnemer de leverancier slechts specificaties met betrekking tot de te leveren goederen of diensten verstrekt, vallen echter wel binnen het toepassingsgebied van de VBER.

- (72) De derde voorwaarde maakt duidelijk dat, wil de VBER 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.
- (73) 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.
- (74) Met de vijfde voorwaarde wordt in het bijzonder benadrukt dat de bepalingen betreffende de intellectuele-eigendomsrechten niet hetzelfde doel mogen hebben als een van de hardcorebeperkingen die in artikel 4 van de VBER worden genoemd, of als een van de beperkingen waarop de VBER volgens artikel 5 daarvan niet van toepassing is (zie afdeling 6 van deze richtsnoeren).
- (75) Intellectuele-eigendomsrechten die van belang zijn voor de uitvoering van verticale overeenkomsten in de zin van artikel 2, lid 3, van de VBER, hebben voornamelijk betrekking op drie grote gebieden: merken, auteursrechten en knowhow.

4.4.2.1. Merken

- (76) 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 exclusieve distributieovereenkomst.

4.4.2.2. Auteursrecht

- (77) De auteursrechthebbende kan wederverkopers van auteursrechtelijk beschermde goederen en diensten (bv. boeken en software) de verplichting opleggen deze slechts door te verkopen op voorwaarde dat de afnemer — hetzij een andere wederverkoper, hetzij de eindgebruiker — ertoe wordt verplicht geen inbreuk op het auteursrecht te plegen. Voor zover dergelijke verplichtingen opgelegd aan de wederverkoper binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen, is de VBER erop van toepassing.

- (78) Overeenkomsten krachtens welke harde kopieën van software met het oog op wederverkoop worden geleverd en 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 VBER 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.
- (79) 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 gebruiksbeperkingen binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen, is de VBER erop van toepassing.

4.4.2.3. Knowhow

- (80) Franchiseovereenkomsten, met uitzondering van industriële franchisingovereenkomsten, zijn het duidelijkste voorbeeld van de mededeling van knowhow aan de afnemer voor marketingdoeleinden⁴⁴. 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 en financiële planning. De licentie en de verstrekte bijstand vormen integrerende bestanddelen van het in franchise gegeven bedrijfsconcept.
- (81) Licenties in franchiseovereenkomsten vallen onder de VBER indien aan alle vijf voorwaarden van punt 70 van de richtsnoeren is voldaan. Aan deze voorwaarden wordt gewoonlijk voldaan, aangezien de franchisegever in de meeste franchiseovereenkomsten, waaronder master-franchiseovereenkomsten, goederen of diensten, met name commerciële of technische bijstand, aan de franchisenemer levert. 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 VBER, maar de Commissie zal er in de regel de in de VBER en in deze richtsnoeren uiteengezette beginselen op toepassen.
- (82) 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 101, lid 1, erop van toepassing is, eveneens binnen het toepassingsgebied van de VBER:

⁴⁴ De punten 43, 44 en 45 zijn door analogie van toepassing op andere soorten distributieovereenkomsten waarbij sprake is van de overdracht van wezenlijke knowhow van de leverancier aan de afnemer.

- (a) een verplichting van de franchisenemer om direct noch indirect een soortgelijke bedrijfsactiviteit uit te oefenen;
- (b) de verplichting van de franchisenemer om geen financiële belangen in een concurrerende onderneming te verwerven, die hem de macht te 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) de verplichting van de franchisenemer om de franchisegever en andere franchisenemers 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) de 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.

4.4.3. *Verticale overeenkomsten tussen concurrenten*

- (83) Hoewel overeenkomstig artikel 2, lid 8, VBER, waarvoor in afdeling 4.5 van deze richtsnoeren leidraden worden geboden, de VBER niet van toepassing is op verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsgebied van andere groepsvrijstellingsverordeningen valt, tenzij in een dergelijke verordening anders is bepaald, sluit de eerste zin van artikel 2, lid 4, VBER ook uitdrukkelijk verticale overeenkomsten gesloten tussen concurrerende ondernemingen van het toepassingsgebied van de VBER uit, tenzij de verticale overeenkomsten onder de uitzonderingen van artikel 2, lid 4, punten a) en b), VBER vallen. Daarom moeten verticale overeenkomsten die uitgesloten zijn van de toepassingsgebied van de VBER beoordeeld worden aan de hand van de horizontale richtsnoeren, met inbegrip van de leidraden voor de uitwisseling van informatie in het kader van verticale overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen. Wanneer een verticale overeenkomst binnen het toepassingsgebied van een uitzondering van artikel 2, lid 4, punt a) of b), VBER valt en geen horizontale beperking omvat die ertoe strekt de concurrentie te verminderen, moet deze overeenkomst alleen aan de hand van deze richtsnoeren worden beoordeeld.
- (84) Een concurrerende onderneming wordt in artikel 1, lid 1, punt c), VBER gedefinieerd als “een daadwerkelijke of potentiële concurrent”. Twee ondernemingen worden als daadwerkelijke concurrenten behandeld indien zij actief zijn op dezelfde relevante (product- en geografische) markt. Een onderneming wordt als potentiële concurrent van een andere onderneming behandeld indien zij, zonder verticale overeenkomst, in geval van een geringe maar duurzame relatieve prijsstijging, wellicht binnen een korte tijd — normaal niet langer dan één jaar — de vereiste extra investeringen doet of andere noodzakelijke omschakelingskosten maakt om de relevante markt waarop

de andere onderneming actief is, te betreden. Deze beoordeling moet op realistische gronden berusten, met inachtneming van de structuur van de betrokken markt en de economische en juridische context. Dit betekent dat de louter theoretische mogelijkheid om een markt te betreden ontoereikend is. Er moeten reële en concrete mogelijkheden voor die onderneming bestaan om de markt zonder onoverkomelijke barrières te betreden. Omgekeerd hoeft niet met zekerheid te worden aangetoond dat de onderneming de betrokken markt daadwerkelijk zal betreden en, a fortiori, dat zij in staat zal zijn haar positie aldaar te behouden.⁴⁵

- (85) Een distributeur die een producent specificaties verstrekt voor de productie van bepaalde goederen onder de merknaam van de distributeur, mag niet als de producent van deze onder zijn huismerk verkochte goederen en dus niet als concurrent van de producent worden beschouwd. Bijgevolg is de vrijstelling van artikel 2, lid 1, VBER van toepassing op overeenkomsten tussen een distributeur die dergelijke door een derde vervaardigde goederen onder zijn huismerk verkoopt en een leverancier van merkgoederen op dezelfde relevante markt. Distributeurs die intern goederen onder hun merknaam produceren, worden daarentegen als producenten beschouwd. Dit houdt in dat de vrijstelling van artikel 2, lid 1, VBER niet van toepassing is op overeenkomsten tussen die distributeurs en leveranciers van merkgoederen op dezelfde relevante markt. Bijgevolg moeten dergelijke overeenkomsten aan de hand van de horizontale richtsnoeren worden beoordeeld.
- (86) De tweede zin van artikel 2, lid 4, VBER bevat twee uitzonderingen op de algemene regel dat verticale overeenkomsten tussen concurrenten zijn uitgesloten van de door de VBER geboden veilige zone. Beide uitzonderingen, namelijk artikel 2, lid 4, punten a) en b), VBER, hebben betrekking op overeenkomsten inzake duale distributie tussen een leverancier van goederen of diensten die ook actief is op de detailhandelsmarkt en zijn distributeurs. Dit zijn meestal scenario's waarbij de leverancier voornamelijk actief is op de upstreammarkt en beperkte nevenactiviteiten op de retailmarkt uitoefent. Indien het geaggregeerde marktaandeel van de leverancier en de afnemer op detailhandelsniveau op de betrokken markt niet meer bedraagt dan [10] %, zal dit waarschijnlijk geen aanleiding geven tot horizontale bezwaren en worden mogelijke gevolgen voor de horizontale concurrentie tussen de partijen op detailhandelsniveau als minder belangrijk beschouwd dan de potentiële gevolgen van de verticale overeenkomst tussen de partijen voor de algemene mededinging op het aanbod- of distributieniveau.
- (87) Daarom is een verticale overeenkomst tussen concurrenten die onder artikel 2, lid 4, punten a) en b), VBER valt, vrijgesteld uit hoofde van artikel 2, lid 1, VBER indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:
- (a) het onderwerp van de overeenkomst valt niet binnen het toepassingsgebied van een andere groepsvrijstellingsverordening, zoals bepaald in artikel 2, lid 8, VBER;

⁴⁵ Zie de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5, punten 20 tot en met 24). Een herziening van de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt is in voorbereiding. Zie ook het dertiende verslag over het mededingingsbeleid van de Commissie, punt 55, en het arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punten 36 tot en met 45; arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Lundbeck/Commissie, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, punten 54-57.

- (b) het geaggregeerde marktaandeel van de leverancier en de afnemer op detailhandelsniveau op de betrokken markt bedraagt niet meer dan [10] %, waardoor de mededinging niet merkbaar wordt beperkt in de zin van artikel 101, lid 1⁴⁶, en de overeenkomst bevat geen hardcorebeperkingen overeenkomstig artikel 4, VBER;
- (c) er is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2, lid 4, punt a) of b), VBER; en
- (d) de overeenkomst omvat geen horizontale beperkingen die ertoe strekken de concurrentie te verminderen, zoals bepaald in artikel 2, lid 6, VBER.

Deze vrijstelling heeft betrekking op alle aspecten van niet-wederkerige verticale overeenkomsten en op alle horizontale beperkingen die daarvan het gevolg zijn, met inbegrip van die welke voortvloeien uit de informatie-uitwisseling tussen de concurrerende ondernemingen. Horizontale beperkingen die ertoe strekken de concurrentie te verminderen, vallen niet onder de uitzonderingen van artikel 2, lid 4, punt a) of b)⁴⁷. De vraag of een overeenkomst voor de toepassing van artikel 2, lid 4, punt a) of b), VBER als een overeenkomst van duale distributie kan worden beschouwd, moet eng worden uitgelegd vanwege de uitzonderlijke aard van deze bepaling.

- (88) De uitzondering van artikel 2, lid 4, punt a), VBER heeft betrekking op situaties waarin de leverancier een producent, groothandelaar, of importeur en tevens een distributeur van de goederen is, terwijl de afnemer slechts een distributeur is die niet concurreert met de producent op upstreamniveau.
- (89) De uitzondering van artikel 2, lid 4, punt b), VBER heeft betrekking op situaties waarin de leverancier een aanbieder van diensten is die op verschillende handelsniveaus werkzaam is, terwijl de afnemer slechts actief is op het detailhandelsniveau en niet met de leverancier concurreert op het handelsniveau waar hij de contractdiensten koopt.
- (90) Artikel 2, lid 5, VBER bepaalt dat een verticale overeenkomst tussen concurrerende ondernemingen waarvan het geaggregeerde marktaandeel op detailhandelsniveau meer dan [10] % bedraagt, nog steeds een groepsvrijstelling krachtens artikel 2, lid 1, VBER geniet indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:
 - (a) het onderwerp van de overeenkomst valt niet binnen het toepassingsgebied van een andere groepsvrijstellingsverordening, zoals bepaald in artikel 2, lid 8, VBER;
 - (b) aan de marktaandeeldrempel van artikel 3, VBER is voldaan en de overeenkomst bevat geen hardcorebeperkingen overeenkomstig artikel 4, VBER;
 - (c) er is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2, lid 4, punt a) of b), VBER;
 - (d) alle informatie-uitwisseling tussen de partijen is verenigbaar met het betrokken hoofdstuk van de horizontale richtsnoeren inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling in het kader van de mededinging; en

⁴⁶ De-minimismedelung, punt 8.

⁴⁷ Zie arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, punt 37.

- (e) de overeenkomst omvat geen horizontale beperkingen die ertoe strekken de concurrentie te verminderen, zoals bepaald in artikel 2, lid 6, VBER.
- (91) Artikel 2, lid 7, VBER bepaalt dat leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten in de zin van artikel 1, lid 1, punt d), VBER die een hybride functie hebben, namelijk wanneer zij onlinetussenhandelsdiensten aanbieden en goederen of diensten verkopen in concurrentie met ondernemingen waaraan zij dergelijke diensten aanbieden, niet in aanmerking kunnen komen voor de uitzonderingen inzake duale distributie. Aangezien de detailhandelsactiviteiten van leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten met een dergelijke hybride functie doorgaans aanleiding geven tot niet-geringe horizontale bezwaren, stemmen ze niet overeen met de ratio van de uitzondering inzake duale distributie, die hoe dan ook eng moet worden uitgelegd. Om dezelfde reden vallen beperkingen met betrekking tot de mate waarin of de voorwaarden waaronder onlinetussenhandelsdiensten aan derden kunnen worden verleend, niet onder de VBER. Dit geldt niet alleen voor beperkingen die zijn vastgelegd in een overeenkomst met een afnemer van onlinetussenhandelsdiensten, maar ook voor overeenkomsten betreffende de aankoop van de goederen of diensten die worden verkocht door de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten die een hybride functie heeft.
- (92) Verticale overeenkomsten met hybride aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten moeten per geval worden beoordeeld, met name aan de hand van deze richtsnoeren (zie afdeling 8 van deze richtsnoeren) en de horizontale richtsnoeren. Deze beoordeling moet betrekking hebben op alle aspecten van de relaties tussen aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten met een hybride functie en de ondernemingen waaraan zij onlinetussenhandelsdiensten aanbieden, met inbegrip van, bijvoorbeeld, de informatie-uitwisseling tussen de ondernemingen.

4.5. Relatie met andere groepsvrijstellingsverordeningen

- (93) Zoals uiteengezet in de afdelingen 4.1 en 4.2 van deze richtsnoeren, is de VBER van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen die actief zijn in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen. Dergelijke verticale overeenkomsten worden uitsluitend beoordeeld overeenkomstig de VBER en deze richtsnoeren, ongeacht de uitkomst van een dergelijke beoordeling. Ze zullen profiteren van de door de VBER gecreëerde veilige zone indien de marktaandeeldrempels niet worden overschreden en de overeenkomsten geen hardcorebeperkingen bevatten.
- (94) Artikel 2, lid 8, VBER bepaalt echter dat de VBER “niet van toepassing [is] op verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsgebied van andere groepsvrijstellingsverordeningen valt, tenzij in die verordening anders is bepaald”. Daarom is het van belang om van meet af aan na te gaan of een verticale overeenkomst binnen het toepassingsgebied van een andere groepsvrijstellingsverordening valt. Zo zijn bijvoorbeeld, zoals bepaald in artikel 2, lid 4, VBER, verticale overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen in beginsel uitgesloten van het toepassingsgebied van de VBER en moeten ze aan de regels die van toepassing zijn op horizontale overeenkomsten worden getoetst. Artikel 2, lid 4, punten a) en b), VBER voorziet in uitzonderingen op dit beginsel, die in samenhang met artikel 2, lid 5, VBER moeten worden gelezen indien de marktaandeeldrempel van artikel 2, lid 4, punten a) en b), VBER wordt overschreden, maar de marktaandeeldrempel van artikel 3, VBER niet wordt

overschreden. In deze bepalingen wordt er rekening mee gehouden dat de gevolgen van overeenkomsten inzake duale distributie voor de markt en de mogelijke mededingingsbezwaren vergelijkbaar kunnen zijn met horizontale overeenkomsten.

- (95) De VBER geldt derhalve niet voor verticale overeenkomsten die binnen het toepassingsgebied vallen van de volgende groepsvrijstellingsverordeningen of toekomstige groepsvrijstellingsverordeningen met betrekking tot de soorten overeenkomsten die in de volgende alinea's worden genoemd, tenzij in de desbetreffende verordening anders is bepaald:
- Verordening (EU) nr. 316/2014 van de Commissie van 21 maart 2014 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht⁴⁸;
 - Verordening (EU) nr. 1217/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten⁴⁹;
 - Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten⁵⁰.
- (96) De VBER is evenmin van toepassing op de soorten overeenkomsten tussen concurrenten die in de horizontale richtsnoeren worden genoemd, tenzij in het desbetreffende hoofdstuk van de horizontale richtsnoeren anders is bepaald.
- (97) De VBER is van toepassing op verticale overeenkomsten betreffende de aankoop, verkoop of wederverkoop van vervangingsonderdelen voor motorvoertuigen en het verrichten van herstellings- en onderhoudsdiensten voor motorvoertuigen. Dergelijke overeenkomsten komen alleen in aanmerking voor de VBER indien ze niet alleen aan de in de VBER vastgestelde vrijstellingsvoorwaarden voldoen, maar ook aan de aanvullende vereisten van Verordening (EU) nr. 461/2010 van de Commissie van 27 mei 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, en de bijbehorende richtsnoeren.

4.6. Belangrijkste soorten distributiestelsels

- (98) Het staat een leverancier vrij zijn distributiestelsel naar eigen goeddunken op te zetten. De leverancier kan bijvoorbeeld kiezen voor verticale integratie, hetgeen inhoudt dat zijn goederen of diensten rechtstreeks aan eindgebruikers worden verkocht dan wel via zijn verticaal geïntegreerde distributeurs, die verbonden ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, lid 2, VBER, worden gedistribueerd. Een dergelijk distributiestelsel heeft alleen betrekking op de organisatie binnen één specifieke onderneming en valt dus buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1.

⁴⁸ PB L 93 van 28.3.2014, blz. 17.

⁴⁹ PB L 335 van 18.12.2010, blz. 36.

⁵⁰ PB L 335 van 18.12.2010, blz. 43.

- (99) De leverancier kan ook besluiten onafhankelijke distributeurs aan te wijzen. Daartoe kan de leverancier één distributiestelsel of een combinatie van andere distributiestelsels opzetten. De meest voorkomende zijn exclusieve distributie, selectieve distributie en franchising. Aangezien de verticale overeenkomsten die vereist zijn om dergelijke distributiestelsels op te zetten, worden gesloten tussen onafhankelijke ondernemingen, kunnen ze binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen en in aanmerking komen voor de VBER of voor een individuele vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, mits aan de respectieve voorwaarden is voldaan.

4.6.1. *Exclusieve distributiestelsels*

4.6.1.1. Definitie van exclusieve distributiestelsels

- (100) In een exclusief distributiestelsel wijst de leverancier een grondgebied of een klantenkring exclusief toe aan één afnemer of een beperkt aantal afnemers en/of aan zichzelf, waarbij hij de andere afnemers in de Unie beperkt om actief te verkopen naar het exclusieve grondgebied of aan de exclusieve klantenkring⁵¹.
- (101) Leveranciers maken vaak gebruik van dit type stelsel om distributeurs ertoe aan te zetten de financiële en niet-financiële investeringen te doen die nodig zijn om hun merk te ontwikkelen in een gebied waar het niet algemeen bekend is, om een nieuw product te verkopen naar een bepaald grondgebied of aan een bepaalde klantenkring, of om de activiteiten van de distributeurs meer op een bepaald product toe te spitsen (bv. marketing of inspanningen op het gebied van uitstalling). Distributeurs streven er op hun beurt naar, door middel van de omvang van het grondgebied of de klantenkring die hun exclusief is toegewezen en de door de exclusiviteit geboden bescherming, een bepaald volume van activiteiten en een marge die hun investeringsinspanningen rechtvaardigt, veilig te stellen.
- (102) Volgens deze redenering moet het aantal exclusieve distributeurs worden beperkt tot één of een beperkt aantal (d.w.z. gedeelde exclusiviteit) voor een bepaald grondgebied of een bepaalde klantenkring. Exclusieve distributie mag niet worden gebruikt om een groot aantal distributeurs te beschermen tegen concurrentie die buiten het exclusieve grondgebied gevestigd is, aangezien dit zou leiden tot compartimentering van de interne markt. Daarom moet het aantal aangewezen distributeurs worden vastgesteld in verhouding tot het toegewezen grondgebied of de toegewezen klantenkring, zodat een bepaald volume van activiteiten waarmee hun investeringsinspanningen worden beschermd, wordt veiliggesteld.
- (103) De aangewezen distributeurs worden beschermd tegen actieve verkoop naar het exclusieve grondgebied of aan de exclusieve klantenkring door andere afnemers van de leverancier. Wanneer een leverancier een exclusief grondgebied of een klantenkring aan meer dan één distributeur toewijst, genieten al deze distributeurs dezelfde bescherming tegen actieve verkoop door andere afnemers, terwijl de actieve en passieve verkoop tussen deze distributeurs niet kan worden beperkt.
- (104) De verticale overeenkomsten die voor het exclusieve distributiestelsel worden gebruikt, moeten de omvang bepalen van het grondgebied dat of de klantenkring die exclusief aan de distributeurs is toegewezen. Het exclusieve grondgebied kan het grondgebied van een lidstaat of een kleiner of groter gebied bestrijken. De exclusieve klantenkring kan bijvoorbeeld worden gedefinieerd op basis van beroepsbezigheid of

⁵¹ Zie artikel 1, lid 1, punt g), VBER.

aan de hand van een lijst van specifieke klanten die geselecteerd werden op basis van een of meer objectieve criteria. Afhankelijk van die criteria kan de klantenkring tot één klant worden beperkt.

- (105) Wanneer een grondgebied of een klantenkring nog niet exclusief aan een of meer distributeurs is toegewezen, kan de leverancier een dergelijk grondgebied of een dergelijke klantenkring aan zichzelf toewijzen en moet hij zijn andere distributeurs daarvan in kennis stellen. Dit betekent niet dat de leverancier commercieel actief moet zijn in het aan hem voorbehouden grondgebied of ten aanzien van de aan hem voorbehouden klantenkring, omdat het kan zijn dat de leverancier deze wil voorbehouden om ze in de toekomst aan andere distributeurs toe te wijzen.

4.6.1.2. Toepassing van artikel 101 op exclusieve distributiestelsels

- (106) In een distributiestelsel waarin de leverancier een grondgebied of een klantenkring exclusief aan een of meer afnemers toewijst, zijn de belangrijkste mogelijke risico's voor de mededinging compartimentering van de markt, wat kan leiden tot prijsdiscriminatie, en een verminderde concurrentie binnen een merk, met name in de context van exclusiviteit in de vorm van één afnemer. Wanneer de meeste, alle of de sterkste leveranciers die actief zijn op een markt, een exclusief distributiestelsel hanteren, kan dit ook de concurrentie tussen merken verminderen en tot collusie op zowel het niveau van aanbod als dat van distributie leiden. Ten slotte kan exclusieve distributie leiden tot de uitsluiting van andere distributeurs, waardoor de concurrentie binnen een merk op distributieniveau wordt beperkt.
- (107) Exclusieve distributieovereenkomsten worden door de VBER vrijgesteld wanneer zowel het marktaandeel van de leverancier als dat van de afnemer elk niet meer dan 30 % bedraagt en ze geen hardcorebeperkingen bevatten. Een exclusieve distributieovereenkomst kan nog steeds profiteren van de door de VBER geboden veilige zone indien zij wordt gecombineerd met andere verticale beperkingen die niet tot de hardcorebeperkingen behoren, zoals een tot vijf jaar beperkt non-concurrentiebeding, afnamequotering of exclusieve afname. Wanneer het aantal exclusieve distributeurs echter niet beperkt is en niet is vastgesteld in verhouding tot het toegewezen grondgebied of de toegewezen klantenkring op zodanige wijze dat een bepaald volume van zaken wordt veiliggesteld waarmee hun investeringsinspanningen worden beschermd, is het onwaarschijnlijk dat een dergelijk distributiestelsel efficiëntiebevorderende effecten zal sorteren. Indien zich merkbare mededingingsverstoringen voordoen, zal het voordeel van de VBER waarschijnlijk worden ingetrokken.
- (108) Boven de marktaandeedrempel van 30 % gelden de in het resterende gedeelte van deze afdeling vervatte leidraden voor het beoordelen van exclusieve distributieovereenkomsten in individuele gevallen.
- (109) Het aantal distributeurs waaraan een grondgebied of een klantenkring exclusief is toegewezen, is van belang voor de beoordeling van het exclusieve distributiestelsel. Hoe groter het aantal distributeurs, hoe kleiner de vermindering van de concurrentie binnen een merk, maar ook hoe kleiner de kans dat de exclusieve distributeurs gestimuleerd worden om te investeren om dat merk te ontwikkelen en het product of de producten van de leverancier te promoten.
- (110) 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 zal doen rijzen indien de concurrentie tussen merken beperkt is. Hoe

sterker de positie van de leverancier is, met name boven de drempel van 30 %, des te groter is de kans dat de concurrentie tussen merken zwak is en des te groter is het risico voor de mededinging als gevolg van de vermindering van concurrentie binnen een merk.

- (111) De positie van de concurrenten van de leverancier kan in tweeërlei opzicht van betekenis zijn. De aanwezigheid van sterke concurrenten zal er over het algemeen op wijzen dat elke vermindering van concurrentie binnen een merk, die in het kader van volledige exclusiviteit van de distributeur bijzonder belangrijk kan zijn, wordt gecompenseerd door voldoende concurrentie tussen merken. Wanneer het aantal leveranciers op een markt vrij beperkt is 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, vooral wanneer verschillende leveranciers soortgelijke distributiestelsels toepassen. Bij meervoudig exclusief distributeurschap, d.w.z. wanneer meerdere leveranciers in een bepaald gebied dezelfde exclusieve distributeur(s) aanwijzen, kan het risico van collusie en/of afzwakking van de concurrentie zowel op het niveau van de leverancier als op dat van de distributeur nog groter zijn. Wanneer een of meer distributeurs het exclusieve recht verkrijgen om twee of meer belangrijke concurrerende producten in hetzelfde gebied te distribueren, kan de concurrentie tussen die merken aanzienlijk worden beperkt, vooral in het geval van lineaire groothandelsprijzen. 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 of meer detailhandelaren voor een aantal merken de exclusieve distributeur zijn, bestaat het risico dat zij, wanneer één leverancier de groothandelsprijs van zijn merk verlaagt, niet gauw geneigd zullen zijn deze prijsverlaging aan de consument door te geven, omdat in dat geval hun omzet van de andere merken en de winst die zij daarmee maken, zouden afnemen. Ten opzichte van de situatie zonder meervoudig exclusief distributeurschap zullen de leveranciers bijgevolg minder gestimuleerd zijn tot onderlinge prijsconcurrentie. Het zich voordoen van dergelijke cumulatieve effecten kan een reden zijn om het voordeel van de VBER in te trekken wanneer de marktaandelen van de leveranciers en afnemers beneden de drempel van 30 % van de VBER liggen.
- (112) Toetredingsdrempels, die het voor leveranciers moeilijk kunnen maken hun eigen geïntegreerd distributienet op te zetten of alternatieve distributeurs te vinden, zijn een minder belangrijke factor voor het beoordelen van de mogelijke mededingingsverstoringen van exclusieve distributie, vooral in de context van gedeelde exclusiviteit. Uitsluiting van andere leveranciers doet zich niet voor zolang exclusieve distributie niet wordt gecombineerd met merkexclusiviteit, wat de distributeur ertoe verplicht of ertoe aanzet zijn bestellingen voor een bepaald type product bij één leverancier te plaatsen. Hoewel merkexclusiviteit niet vereist dat de distributeur de producten van de leverancier zelf koopt, kan de combinatie van exclusieve distributie en merkexclusiviteit het voor andere leveranciers moeilijker maken om alternatieve distributeurs te vinden.
- (113) Uitsluiting van andere distributeurs is geen probleem wanneer de leverancier die het exclusieve distributiestelsel toepast, op dezelfde markt een groot aantal exclusieve distributeurs aanwijst en die exclusieve distributeurs geen beperkingen oplegt met betrekking tot verkoop aan niet-aangewezen distributeurs. Uitsluiting van andere

distributeurs kan echter een probleem zijn wanneer er op de downstreammarkt sprake is van marktmacht, in het bijzonder wanneer in zeer grote gebieden een 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 een meervoudig exclusief distributeurschap.

- (114) Afnemersmacht kan ook het risico van collusie aan de vraagzijde verhogen wanneer de exclusieve distributieregelingen door belangrijke, mogelijkterwijs in dezelfde of verschillende gebieden gevestigde afnemers aan een of meer leveranciers worden opgelegd.
- (115) Het beoordelen van de dynamiek van de markt is belangrijk omdat er zich in een context van groeiende vraag, veranderende technologieën en veranderende marktposities waarschijnlijk minder negatieve effecten voordoen dan op rijpe markten.
- (116) Het handelsniveau is een belangrijke factor, omdat mogelijke negatieve effecten verschillend kunnen zijn op het groothandelsniveau en op het detailhandelsniveau. Exclusieve distributie wordt voornamelijk bij de distributie van eindgoederen of -diensten 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.
- (117) Een producent die een groothandelaar als exclusieve distributeur uitkiest, doet dit gewoonlijk voor een vrij groot gebied, bijvoorbeeld voor een hele lidstaat. Zolang de groothandelaar de producten zonder enige beperking downstream aan detailhandelaren kan verkopen, zullen er waarschijnlijk geen merkbare mededingingsversturende effecten optreden. Een mogelijke vermindering van de concurrentie binnen een merk op het groothandelsniveau kan gemakkelijk door efficiëntieverbeteringen op het gebied van logistiek en promotie worden gecompenseerd, vooral wanneer de producent in een andere lidstaat gevestigd is. De mogelijke risico's van meervoudig exclusief distributeurschap voor de concurrentie tussen merken zijn echter groter 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 groeit het risico dat de markt op groothandelsniveau wordt afgeschermd.
- (118) Bij de beoordeling van een exclusief distributiestelsel waarbij een klantenkring door een leverancier exclusief aan een of meer afnemers wordt toegewezen, gelden dezelfde factoren als die welke in de punten 100 tot en met 117 van deze richtsnoeren worden genoemd, en moet ook rekening worden gehouden met de hierna volgende leidraden.
- (119) Wat de exclusieve toewijzing van een gebied betreft, maakt de exclusieve toewijzing van een klantenkring gewoonlijk arbitrage door de klanten moeilijker. Omdat aan elke aangewezen distributeur een eigen categorie klanten wordt toegewezen, kan het bovendien voor distributeurs waaraan niet exclusief een klantenkring is toegewezen, moeilijk zijn de producten van de leverancier te verkrijgen. Hierdoor zal de mogelijkheid van arbitrage door andere distributeurs worden beperkt.

- (120) Een exclusief distributiestelsel dat de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, kan niettemin voor efficiëntieverbeteringen zorgen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, en derhalve op individuele basis worden vrijgesteld van de toepassing van artikel 101.
- (121) Zoals in punt 112 van deze richtsnoeren is uiteengezet, is het onwaarschijnlijk dat andere leveranciers worden uitgesloten, tenzij de exclusieve distributie wordt gecombineerd met merkexclusiviteit. Maar zelfs wanneer exclusieve distributie met merkexclusiviteit wordt gecombineerd, lijkt mededingingsverstoringe 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. In een dergelijk scenario moeten de in afdeling 8.2.1 van deze richtsnoeren uiteengezette beginselen inzake merkexclusiviteit worden toegepast. Wanneer de combinatie van exclusieve distributie met merkexclusiviteit echter niet tot aanzienlijke marktafscherming leidt, kan zij bevorderlijk voor de mededinging zijn, omdat de prikkels voor de exclusieve distributeur om zijn inspanningen op het betrokken merk toe te spitsen, sterker worden. Mits geen dergelijk probleem van aanzienlijke marktafscherming rijst, is het bijgevolg heel goed mogelijk dat de combinatie van exclusieve distributie met merkexclusiviteit voor de volledige looptijd van de overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet, in het bijzonder op het groothandelsniveau.
- (122) De combinatie van exclusieve distributie met exclusieve afname, waardoor de exclusieve distributeurs verplicht zijn hun leveringen voor het merk van de leverancier rechtstreeks bij de leverancier in te kopen, vergroot de risico's voor de mededinging die gepaard gaan met een verminderde concurrentie binnen een merk en compartimentering van de markt, hetgeen met name prijsdiscriminatie in de hand kan werken. Exclusieve distributie betekent al een beperking voor arbitrage door klanten, aangezien zij het aantal distributeurs beperkt en doorgaans wordt gecombineerd met beperkingen van de actieve verkoop die aan andere distributeurs worden opgelegd om de investeringen van exclusieve distributeurs in het exclusieve grondgebied te beschermen. Exclusieve afname maakt daarnaast arbitrage tussen de exclusieve distributeurs onmogelijk, omdat zij niet van andere distributeurs binnen het exclusieve distributiestelsel mogen kopen. Hierdoor heeft de leverancier meer mogelijkheden om de concurrentie binnen een merk te beperken door ten koste van de consument ongelijke verkoopvoorwaarden toe te passen, tenzij door de combinatie van exclusieve distributie en exclusieve afname efficiëntieverbeteringen kunnen worden verwezenlijkt waardoor de prijzen dalen.
- (123) De aard van het product kan relevant zijn bij de beoordeling van mogelijke mededingingsverstoringe effecten van exclusieve distributie. Dergelijke effecten zullen minder uitgesproken zijn in sectoren waar onlineverkoop vaker voorkomt. Ook is de aard van het product belangrijk bij het beoordelen van mogelijke efficiëntieverbeteringen, hetgeen het geval is nadat een merkbaar mededingingsverstoringe effect is vastgesteld.
- (124) Exclusieve distributie kan tot efficiëntieverbeteringen leiden, vooral wanneer investeringen door de distributeurs noodzakelijk zijn om het merkimago op te bouwen of te beschermen en diensten te verstrekken die de vraag naar het product verhogen. 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 waarbij dat zelfs na consumptie het geval is (zogenoemde vertrouwensproducten). Bovendien kan exclusieve distributie vanwege schaalvoordelen bij het transport en de distributie tot besparingen op de logistieke kosten leiden.

- (125) De efficiëntieverbeteringen die uit gedeelde exclusiviteit kunnen voortvloeien, kunnen worden geacht zwaarder te wegen dan de mogelijke negatieve effecten die een dergelijk stelsel kan voortbrengen, mits de leverancier kan aantonen dat het aantal exclusieve distributeurs in verhouding tot het toegewezen grondgebied of de toegewezen klantenkring zodanig is bepaald dat een bepaald volume van activiteiten wordt veiliggesteld waarmee de investeringsinspanningen van de distributeurs in stand worden gehouden.
- (126) Exclusieve distributiestelsels op basis van de toewijzing van exclusieve klantenkringen die beperkend zijn in de zin van artikel 101, lid 1, kunnen ook voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, en derhalve op individuele basis worden vrijgesteld van de toepassing van artikel 101. Klantenexclusiviteit kan leiden tot efficiëntieverbeteringen wanneer de investeringen van de distributeurs noodzakelijk zijn om het merkimage op te bouwen of wanneer de distributeurs moeten investeren in bijvoorbeeld specifieke apparatuur, vaardigheden of knowhow om zich aan te passen aan de behoeften van de exclusieve klantenkring die hun is toegewezen, of wanneer deze investeringen leiden tot schaal- of toepassingsvoordelen op logistiek gebied (bijvoorbeeld wanneer een specifieke detailhandelaar zich bezighoudt met aanbestedingen van overheidsdiensten voor computers of kantoorbenodigdheden). Het hangt van de duur van de afschrijvingsperiode van deze investeringen af, voor hoelang een exclusief distributiestelsel op basis van toewijzing van exclusieve klantenkringen gerechtvaardigd is. In het algemeen kan worden gesteld dat de rechtvaardiging van exclusieve klantenkringen 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 die aan verschillende typen professionele afnemers worden verkocht. Het is minder waarschijnlijk dat de toewijzing van consumenten tot efficiëntieverbeteringen leidt.
- (127) 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 detailhandelniveau. Aan de detailhandelaren wordt op basis van exclusiviteit een gebied toegewezen, dat de stad of in grote steden het stadsdeel waar zij gevestigd zijn, bestrijkt. In de meeste gebieden wijzen de vier marktleiders dezelfde detailhandelaar als 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 detailhandelniveau 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 101, lid 3, wordt voldaan en kan het noodzakelijk zijn de groepsvrijstelling in te trekken voor de overeenkomsten die gesloten werden met distributeurs waarvan het marktaandeel kleiner is dan 30 % van de inkoopmarkt.

(128) 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 naargelang van het soort gebouw waarin het wordt geïnstalleerd en het gebruik waarvoor het gebouw bestemd is (bv. kantoorgebouw, chemische fabriek of ziekenhuis). De onderneming heeft een aantal distributeurs aangewezen om de geavanceerde 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 geavanceerde 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 exclusieve 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. De concurrenten hebben marktaandelen die tussen 5 % en 25 % liggen en werken ook 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 mededingingsversturende effecten op een dynamische markt gering lijken, is het waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, wordt voldaan.

4.6.2. *Selectieve distributiestelsels*

4.6.2.1. Definitie van selectieve distributiestelsels

- (129) Zoals bepaald in artikel 1, lid 1, punt f), VBER, verbindt de leverancier in een selectief distributiestelsel zich ertoe de contractgoederen of -diensten — direct of indirect — slechts te verkopen aan distributeurs die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd, en verbinden deze distributeurs zich ertoe om deze goederen of diensten niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen binnen het grondgebied waarop de leverancier heeft besloten dat stelsel toe te passen.
- (130) De criteria die de leverancier bij de selectie van de distributeurs hanteert, kunnen kwalitatief en/of kwantitatief van aard zijn. Kwalitatieve criteria zijn objectieve criteria die voortvloeien uit de aard van het product, zoals de opleiding van het verkooppersoneel, de op het verkooppunt verleende dienst en het productassortiment dat wordt verkocht⁵². Kwantitatieve criteria beperken het potentiële aantal wederverkopers op directere wijze, bijvoorbeeld doordat een minimum- of maximumomzet wordt geëist of het aantal wederverkopers wordt vastgelegd. Deze criteria kunnen gedurende de gehele looptijd van de selectieve distributieovereenkomst worden gewijzigd.
- (131) Selectieve distributiestelsels zijn vergelijkbaar met exclusieve distributiestelsels in de zin dat ze het aantal erkende distributeurs en de wederverkoopmogelijkheden beperken. Het verschil met exclusieve distributie is de beperking van het aantal wederverkopers op basis van specifieke selectiecriteria. Een ander verschil met exclusieve distributie is dat het bij de beperking van de wederverkoop in het kader van selectieve distributie niet gaat om een beperking van de actieve verkoop naar een exclusief grondgebied of aan een exclusieve klantenkring, maar om een beperking van actieve en passieve verkoop aan niet-erkende distributeurs, zodat alleen erkende distributeurs en consumenten als mogelijke afnemers overblijven.

4.6.2.2. Toepassing van artikel 101 op selectieve distributiestelsels

- (132) De mogelijke risico's voor de mededinging van selectieve distributiestelsels zijn een vermindering van de concurrentie binnen een merk en, vooral in het geval van een cumulatief effect, uitsluiting van een bepaald type of bepaalde typen distributeurs, evenals afzwakking van de concurrentie en potentiële vergemakkelijking van collusie tussen afnemers, als gevolg van een vermindering van hun aantal.
- (133) Bij de beoordeling van de mogelijke mededingingsversturende effecten van selectieve distributie moet in de eerste plaats worden nagegaan of het selectieve distributiestelsel in overeenstemming is met artikel 101, lid 1. Daartoe moet onderscheid worden gemaakt tussen zuiver kwalitatieve selectieve distributie en kwantitatieve selectieve distributie.

⁵² Zie bijvoorbeeld arrest van het Gerecht van 12 december 1996, *Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commissie*, T-88/92, ECLI:EU:T:1996:192, punten 125 e.v.

- (134) Zuiver kwalitatieve selectieve distributie waarbij de wederverkopers slechts worden geselecteerd op basis van objectieve criteria die door de aard van het product zijn vereist, stelt als zodanig geen limiet aan het aantal wederverkopers. Mits is voldaan aan de drie voorwaarden die door het Europese Hof van Justitie in het arrest Metro⁵³ zijn vastgesteld (de zogenoemde “Metro-criteria”), wordt zuiver kwalitatieve selectieve distributie over het algemeen geacht buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, te vallen, aangezien kan worden aangenomen dat de beperking van de concurrentie binnen een merk in het kader van selectieve distributie wordt gecompenseerd door een verbetering van de concurrentie tussen merken⁵⁴. Ten eerste moet het betrokken product van zodanige aard zijn dat een selectief distributiestelsel noodzakelijk is. Dit betekent 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. Zo kan een selectief distributiestelsel dat buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt, worden gebruikt voor producten van hoge kwaliteit of technologisch hoogwaardige producten⁵⁵. Het hanteren van een selectief distributiestelsel kan ook noodzakelijk zijn voor luxegoederen. De kwaliteit van deze goederen mag niet alleen het gevolg zijn van hun materiële kenmerken, maar ook van de luxueuze uitstraling ervan. Daarom kan het noodzakelijk zijn een selectief distributiestelsel in te voeren dat ervoor moet zorgen dat de goederen op zodanige wijze worden uitgesteld dat deze luxueuze uitstraling, en zo hun kwaliteit, behouden blijft⁵⁶. 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. Hoewel de rechtspraak niet vereist dat de kwalitatieve criteria aan alle potentiële wederverkopers bekend moeten worden gemaakt, kan een dergelijke transparantie de kans vergroten dat aan de Metro-criteria wordt voldaan⁵⁷. Ten derde mogen de vastgestelde criteria niet verder gaan dan wat noodzakelijk is⁵⁸.
- (135) De beoordeling van selectieve distributie in het kader van artikel 101, lid 1, vereist ook een afzonderlijke analyse van elke potentieel beperkende bepaling van de

⁵³ Zie arrest van het Hof van Justitie van 11 december 1980, L'Oréal/De Nieuwe AMCK, 31/80, ECLI:EU:C:1980:289, punten 15 en 16; arrest van 25 oktober 1977, Metro/Commissie (“Metro I”), 26/76, ECLI:EU:C:1977:167, punten 20 en 21; arrest van 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, punt 41; arrest van 6 december 2017, Coty Germany, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, punt 24.

⁵⁴ Zie arrest van het Hof van Justitie van 25 oktober 1977, Metro/Commissie (“Metro I”), 26/76, ECLI:EU:C:1977:167, punten 20, 21 en 22; arrest van 25 oktober 1983, AEG/Commissie, 107/82, ECLI:EU:C:1983:293, punten 33, 34 en 73; arrest van 22 oktober 1986, Metro/Commissie (“Metro II”), 75/84, ECLI:EU:C:1986:399, punt 45; arrest van het Gerecht van 12 december 1996, Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commissie, T-88/92, ECLI:EU:T:1996:192, punt 106.

⁵⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 25 oktober 1977, Metro/Commissie (“Metro I”), 26/76, ECLI:EU:C:1977:167; arrest van 25 oktober 1983, AEG/Commissie, 107/82, ECLI:EU:C:1983:293.

⁵⁶ Zie arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2017, Coty Germany, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, punten 25 tot en met 29.

⁵⁷ Zie ook, mutatis mutandis, arrest van het Hof van Justitie van 14 juni 2012, Auto 24, C-158/11, ECLI:EU:C:2012:351.

⁵⁸ Zie arrest van het Hof van Justitie van 11 december 1980, L'Oréal/De Nieuwe AMCK, 31/80, ECLI:EU:C:1980:289, punten 15 en 16; arrest van 25 oktober 1977, Metro/Commissie (“Metro I”), 26/76, ECLI:EU:C:1977:167, punten 20 en 21; arrest van 25 oktober 1983, AEG/Commissie, 107/82, ECLI:EU:C:1983:293, punt 35; arrest van het Gerecht van 27 februari 1992, Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy/Commissie, T-19/91, ECLI:EU:T:1992:28, punt 65.

overeenkomst aan de hand van de Metro-criteria⁵⁹. Dit houdt met name in dat moet worden nagegaan of de beperkende bepaling evenredig is in het licht van het door het selectieve distributiestelsel nagestreefde doel en of zij verder gaat dan nodig is om dit doel te bereiken⁶⁰. Het is niet waarschijnlijk dat aan dergelijke vereisten wordt voldaan door middel van hardcorebeperkingen. Omgekeerd kan bijvoorbeeld een verbod op het gebruik van onlineplatforms van derden dat op geschikte wijze door een leverancier van luxegoederen aan zijn erkende distributeurs wordt opgelegd, passend worden geacht, mits het de erkende distributeurs de mogelijkheid biedt via het internet reclame te maken op platforms van derden en onlinezoekmachines te gebruiken, zodat klanten normalerwijs het onlineaanbod van erkende distributeurs kunnen vinden door dergelijke machines te gebruiken, en er niet verder wordt gegaan dan wat nodig is om het luxe-imago van die producten te behouden⁶¹. Wanneer dit het geval is, valt dit buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, en is er geen verdere analyse vereist.

- (136) Zelfs wanneer ze niet aan de Metro-criteria voldoen, kunnen kwalitatieve en/of kwantitatieve selectieve distributiestelsels profiteren van de veilige zone, mits het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer elk niet meer dan 30 % bedraagt en de overeenkomst geen hardcorebeperking bevat⁶². Het voordeel van vrijstelling blijft gelden wanneer de selectieve distributie wordt gecombineerd met andere verticale niet-hardcorebeperkingen, zoals een non-concurrentiebeding. De groepsvrijstelling is van toepassing ongeacht de aard van het betrokken product en de aard van de selectiecriteria. Wanneer evenwel vanwege de kenmerken van het product geen selectieve distributie⁶³ of geen toepassing van de criteria is vereist, zoals wanneer van distributeurs wordt verlangd dat zij een of meer fysieke winkels hebben of specifieke diensten verrichten, brengt een dergelijk distributiestelsel over het algemeen onvoldoende efficiëntieverbeteringen met zich mee om een belangrijke vermindering van de concurrentie binnen een merk te compenseren. Indien zich merkbare mededingingsverstoringen voordoet, zal het voordeel van de VBER waarschijnlijk worden ingetrokken.
- (137) Het resterende gedeelte van deze afdeling omvat leidraden voor de individuele beoordeling van selectieve distributiestelsels die niet aan de Metro-criteria voldoen en niet onder de VBER vallen, of voor een situatie van cumulatieve effecten van naast elkaar bestaande selectieve distributienetten op dezelfde markt.
- (138) De marktpositie van de leverancier en van zijn concurrenten is zeer belangrijk voor het beoordelen van mogelijke mededingingsverstoringen, 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

⁵⁹ Zie punt 134 van deze richtsnoeren.

⁶⁰ Zie arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, punten 43 e.v.

⁶¹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, punten 43 e.v., en met name punt 67.

⁶² Zie arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649; zie ook, *mutatis mutandis*, arrest van het Hof van Justitie van 14 juni 2012, *Auto 24*, C-158/11, ECLI:EU:C:2012:351.

⁶³ Zie o.m. de arresten van het Gerecht van 12 december 1996, *Groupement d'achat Edouard Leclerc/Commissie*, T-19/92, ECLI:EU:T:1996:190, punten 112 tot en met 123; 12 december 1996, *Groupement d'achat Edouard Leclerc/Commissie*, T-88/92, ECLI:EU:T:1996:192, punten 106 tot en met 117, en de in de vorige voetnoot aangehaalde rechtspraak.

leverancier is, met name boven de drempel van 30 %, des te groter is het risico voor de mededinging als gevolg van een toenemende 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. In de praktijk wordt selectieve distributie echter vaak door meerdere leveranciers op een bepaalde markt toegepast.

- (139) De positie van concurrenten kan in tweeërlei opzicht van betekenis zijn. Enerzijds zal de aanwezigheid van sterke concurrenten er over het algemeen op wijzen dat elke vermindering van concurrentie binnen een merk, die in het kader van volledige exclusiviteit van de distributeur bijzonder belangrijk kan zijn, wordt gecompenseerd door voldoende concurrentie tussen merken. Anderzijds zou er in het geval van een cumulatief effect, wanneer een meerderheid van de belangrijkste leveranciers op een markt selectieve distributie toepast, sprake kunnen zijn van uitsluiting van bepaalde typen distributeurs (namelijk prijsdiscounters). Het risico dat efficiëntere distributeurs worden uitgesloten, is groter bij selectieve distributie dan bij exclusieve distributie, vanwege de beperking bij selectieve distributie van de verkoop aan niet-erkende wederverkopers. Die beperking is bedoeld om selectieve distributiestelsels een gesloten karakter te verlenen waarin uitsluitend de erkende distributeurs die aan de criteria voldoen toegang tot het product hebben, zodat niet-erkende wederverkopers het product onmogelijk geleverd kunnen krijgen. Hierdoor is selectieve distributie een probaat middel om neerwaartse druk door prijsdiscounters (offline- dan wel zuiver onlinedistributeurs) op de marge van de producent en op de marge van de erkende distributeurs te vermijden. De uitsluiting van dergelijke distributiemodellen, of dit nu het gevolg is van het cumulatieve gebruik van selectieve distributie of van het gebruik ervan door één enkele leverancier met een marktaandeel van meer dan 30 %, vermindert de mogelijkheden van de consument om profijt te trekken uit de specifieke voordelen die verbonden zijn aan deze distributiemodellen, zoals lagere prijzen, meer transparantie en een ruimere toegang tot het product.
- (140) Wanneer de VBER van toepassing is op individuele selectieve distributienetten, kan in geval van cumulatieve effecten worden overwogen de groepsvrijstelling in te trekken of de VBER buiten toepassing te verklaren. Er zal zich echter waarschijnlijk geen probleem van cumulatieve effecten voordoen wanneer het door selectieve distributie bestreken deel van de markt niet meer dan 50 % bedraagt. Er zullen waarschijnlijk evenmin bezwaren uit het oogpunt van de mededinging rijzen wanneer de marktdekking meer dan 50 %, maar het geaggregeerde marktaandeel van de vijf grootste leveranciers minder dan 50 % is. Wanneer zowel het geaggregeerde 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 is van de concurrenten die geen selectieve distributie toepassen, des te minder waarschijnlijk het is dat andere distributeurs worden uitgesloten. Er kunnen mededingingsbezwaren rijzen wanneer elk van de vijf grootste leveranciers selectieve distributie toepast. Dit zou vooral het geval zijn wanneer in de door de grootste leveranciers gesloten overeenkomsten kwantitatieve selectiecriteria worden gehanteerd die op directe wijze het aantal erkende wederverkopers beperken of wanneer de toegepaste kwalitatieve selectiecriteria bepaalde distributiemodellen uitsluiten, zoals de eis om over een of meer fysieke winkels te beschikken of specifieke diensten te verrichten, die

doorgaans alleen in een bepaald distributiemodel kunnen worden verstrekt. De voorwaarden van artikel 101, lid 3, zijn over het algemeen waarschijnlijk niet vervuld wanneer de selectieve distributiestelsels die bijdragen tot het cumulatieve effect, de markt afschermen voor nieuwe distributeurs die de betrokken producten adequaat kunnen verkopen. Met name is het onwaarschijnlijk dat de consument van efficiëntieverbeteringen zal profiteren wanneer de distributiestelsels alleen bepaalde bestaande kanalen omvatten, terwijl prijsdiscounters of zuiver onlinedistributeurs die de consument lagere prijzen aanbieden, van de markt worden uitgesloten. Meer indirecte vormen van kwantitatieve selectieve distributie, zoals die bijvoorbeeld voortvloeien uit de combinatie van zuiver kwalitatieve selectiecriteria met een verplichting voor de wederverkopers 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 wederverkoper 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. Er wordt over het algemeen van uitgegaan dat een leverancier met een marktaandeel van minder dan 5 % niet in noemenswaardige mate tot een cumulatief effect bijdraagt.

- (141) Toetredingsdrempels zijn vooral van belang wanneer de markt voor niet-erkende distributeurs wordt afgesloten. Toetredingsdrempels kunnen van groot belang zijn wanneer selectieve distributie wordt toegepast door producenten van merkproducten, aangezien het doorgaans tijd en aanzienlijke investeringen vergt voor de distributeurs die van het selectieve distributiestelsel zijn uitgesloten om hun eigen merken te lanceren of elders concurrerende leveringen te verkrijgen.
- (142) Afnemersmacht kan het risico van collusie tussen distributeurs doen toenemen. Distributeurs met een sterke marktpositie kunnen de leveranciers ertoe aanzetten selectieve criteria toe te passen die de toegang tot de markt voor nieuwe en efficiëntere distributeurs zouden verhinderen. Bijgevolg kan afnemersmacht de analyse van mogelijke mededingingsverstoringen van selectieve distributie aanzienlijk wijzigen. Er kan vooral van afscherming van de markt voor efficiëntere distributeurs 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.
- (143) In artikel 5, lid 1, punt c), VBER is bepaald dat de leverancier geen verplichting mag opleggen die er direct of indirect toe leidt dat de erkende distributeurs de merken van bepaalde concurrerende leveranciers niet verkopen. Deze bepaling heeft specifiek tot doel te voorkomen dat het door het in het leven roepen van een selectieve groep merken door de leidende leveranciers tot horizontale collusie komt waardoor bepaalde merken worden uitgesloten. Een dergelijke verplichting komt waarschijnlijk niet voor een vrijstelling in aanmerking wanneer het 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.
- (144) Mededingingsbezwaren in verband met de uitsluiting van andere leveranciers zullen normaal gesproken niet rijzen zolang andere leveranciers niet worden belet dezelfde distributeurs te gebruiken, bijvoorbeeld wanneer selectieve distributie wordt gecombineerd met merkexclusiviteit. 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 non-concurrentiebeding een risico van afscherming

van de markt voor andere leveranciers doen ontstaan. In dat geval zijn de beginselen met betrekking tot merkexclusiviteit van afdeling 2.1 van deze richtsnoeren van toepassing. Wanneer selectieve distributie niet met een non-concurrentiebeding wordt gecombineerd, kan afscherming van de markt voor concurrerende leveranciers toch een bezwaar zijn indien de leidende leveranciers niet alleen zuiver kwalitatieve selectiecriteria toepassen, maar aan hun distributeurs 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 distributeur door de verkoop van 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 niet meer dan 50 % bedraagt of indien, wanneer dit dekkingspercentage wordt overschreden, het marktaandeel van de vijf grootste leveranciers niet hoger is dan 50 %.

- (145) Het beoordelen van de dynamiek van de markt is belangrijk omdat er zich in een context van groeiende vraag, veranderende technologieën en veranderende marktposities waarschijnlijk minder negatieve effecten voordoen dan op rijpe markten.
- (146) 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 (zie punt 14, g), van deze richtsnoeren). Bij selectieve distributiestelsels gaat het hier echter meestal slechts om een marginale efficiëntieverbetering. Om te beoordelen of selectieve distributie gerechtvaardigd is om een meeliftprobleem tussen de distributeurs te helpen oplossen (zie punt 14, b), van deze richtsnoeren) of om een merkimago te helpen creëren of behouden (zie punt 14, h), van deze richtsnoeren), is de aard van het product belangrijk. Het gebruik van selectieve distributie om deze typen efficiëntieverbeteringen te behalen is over het algemeen waarschijnlijk het meest gerechtvaardigd bij nieuwe producten, complexe producten, producten waarvan de kwaliteiten vóór consumptie moeilijk te beoordelen zijn (zogenoemde ervaringsproducten) en producten waarvan dat zelfs na consumptie het geval is (zogenoemde vertrouwensproducten). De combinatie van selectieve distributie met een vestigingsbeding, teneinde erkende distributeurs te beschermen tegen concurrentie van andere erkende distributeurs die zich met winkels in de nabijheid vestigen, kan met name aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen als deze combinatie onmisbaar is om aanzienlijke en relatiegebonden investeringen van de erkende distributeur te beschermen (zie punt 14, e), van deze richtsnoeren). 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.
- (147) Voorbeeld van kwantitatieve selectieve distributie

Op een markt voor duurzame consumentenproducten verkoopt de producent van merk A, die marktleider is met een marktaandeel van 35 %, zijn product via een selectief distributiestelsel aan de consument. Om tot het stelsel te worden toegelaten, 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 stelsel 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. De producenten van de merken B, C en D zijn de belangrijkste concurrenten van producent A en hebben marktaandeel van respectievelijk 25 %, 15 % en 10 %, terwijl 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 distributiestelsel van producent A behoren. Er zijn 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 distributiestelsel 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 distributeurs 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 101, lid 3, is voldaan.

(148) 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 distributiestelsels toepassen, hetgeen tot een dekkingsgraad van selectieve distributie van 85 % leidt. De criteria voor toelating tot de selectieve distributiestelsels zijn bij de verschillende producenten gelijk: de distributeurs moeten een of meer fysieke winkels hebben, deze winkels moeten over opgeleid personeel beschikken en presaleservice verlenen en er moet in de winkel een speciale afdeling voor de verkoop van het product zijn, waarvan de minimumafmetingen zijn vastgesteld. Er moet in de winkel een breed assortiment van het betrokken merk worden verkocht en het product moet op een aantrekkelijke wijze worden tentoongesteld, de winkel moet in een winkelstraat gelegen zijn en het product moet ten minste 30 % van de totale omzet van de winkel uitmaken. Meestal wordt dezelfde distributeur voor alle vijf merken als erkende 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 er is

een hoge mate van productdifferentiatie waarbij het merkimage van belang is. De vijf marktleiders hebben door middel van reclame en sponsoring een sterk merkimage verkregen terwijl de strategie van de twee kleinere producenten erin bestaat goedkopere producten zonder een sterk merkimage aan te bieden.

Op de betrokken markt wordt aan algemene prijsdiscounters en zuiver onlinedistributeurs de toegang tot de vijf leidende merken ontzegd. Het vereiste dat dit product ten minste 30 % van de omzet van de distributeurs 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 distributeurs in aanmerking komen. Daarnaast maakt het vereiste om over een of meer fysieke winkels te beschikken, dat de zuiver onlinedistributeurs van het netwerk uitgesloten worden. 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 merkimage van de vijf marktleiders veel beter is. De concurrentie tussen merken wordt ook beperkt door meervoudig distributeurschap. Hoewel er een zekere mate van concurrentie binnen een merk bestaat en het aantal distributeurs niet direct wordt beperkt, zijn de toelatingscriteria zo streng dat er in elk gebied slechts een klein aantal distributeurs 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 distributiestelsel duidelijk efficiëntieverbeteringen oplevert, is het waarschijnlijk dat de groepsvrijstelling zal moeten worden ingetrokken omdat cumulatieve beperkende effecten optreden die tot gevolg hebben dat de consument minder keuze heeft en hogere prijzen moet betalen.

4.6.3. *Franchising*

- (149) 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 eenvormig 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, non-concurrentiebedingen, exclusieve distributie of een zwakkere vorm daarvan.
- (150) Franchising (met uitzondering van industriële franchiseovereenkomsten) heeft een aantal specifieke kenmerken, zoals het gebruik van eenzelfde handelsnaam, de toepassing van eenvormige bedrijfsconcepten (met inbegrip van licentiëring voor intellectuele-eigendomsrechten) en de betaling van royalty's in ruil voor de

toegekende voordelen. In het licht van deze specifieke kenmerken kunnen bepalingen die strikt noodzakelijk zijn voor de werking van dergelijke distributiestelsels, worden geacht buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, te vallen. Deze bepalingen kunnen bijvoorbeeld beperkingen inhouden die verhinderen dat de door de franchisegever verstrekte knowhow en bijstand zijn concurrenten ten goede komen⁶⁴, en een non-concurrentiebeding met betrekking tot de door de franchisenemer aangekochte goederen of diensten, dat noodzakelijk is om de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van het franchisenetwerk in stand te houden. In het laatste geval is de duur van het non-concurrentiebeding irrelevant, zolang hij niet de looptijd van de franchiseovereenkomst zelf overschrijdt.

- (151) Franchiseovereenkomsten vallen onder de VBER wanneer het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer niet meer dan 30 % bedraagt⁶⁵. De licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten in franchiseovereenkomsten is behandeld in de punten 67 tot en met 82 van deze richtsnoeren. Verticale beperkingen in franchiseovereenkomsten worden beoordeeld volgens de regels die van toepassing zijn op het distributiestelsel dat het best aansluit op de aard van de specifieke franchiseovereenkomst. Zo wordt bijvoorbeeld een franchiseovereenkomst die aanleiding geeft tot een gesloten netwerk, doordat het de leden verboden is aan niet-leden te verkopen, beoordeeld aan de hand van de regels die van toepassing zijn op selectieve distributie. Daarentegen wordt een franchiseovereenkomst die territoriale exclusiviteit en bescherming tegen actieve verkoop door andere franchisenemers verleent, beoordeeld volgens de regels die van toepassing zijn op exclusieve distributie.
- (152) Franchiseovereenkomsten die hardcorebeperkingen omvatten, met inbegrip van verticale prijsbinding⁶⁶, vallen niet onder de VBER. De overeenkomsten die niet onder de VBER vallen, vereisen een individuele beoordeling op grond van artikel 101. Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met het feit dat hoe belangrijker de overdracht van knowhow is, des te waarschijnlijker het is dat de verticale beperkingen efficiëntieverbeteringen opleveren en/of onmisbaar zijn om de knowhow te beschermen, en dat ze dus aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.
- (153) 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 kan worden gekleurd. De producent heeft ook machines ontwikkeld om het snoepgoed te kleuren en de kleurvloeistoffen te produceren. De kwaliteit en versheid van de vloeistof zijn van vitaal belang voor het verkrijgen van goed snoepgoed. De producent heeft van zijn snoep een succes gemaakt door dit te verkopen in een aantal eigen detailhandelsverkooppunten die allemaal dezelfde naam dragen en er hetzelfde uitzien (bv. winkels en reclame in dezelfde stijl). Om zijn verkoop uit te breiden, is de snoepproducent met een franchisesysteem begonnen. Om een eenvormige productkwaliteit en een gelijk winkelbeeld te waarborgen, zijn de franchisenemers

⁶⁴ Zie arrest van het Hof van Justitie van 28 januari 1986, Pronuptia, 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, punt 16.

⁶⁵ Zie ook de punten 86 tot en met 95, in het bijzonder punt 92.

⁶⁶ Zie arrest van het Hof van Justitie van 28 januari 1986, Pronuptia, 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, punt 23.

verplicht het snoepgoed, de vloeistof en de kleurmachine van de producent te kopen, moeten zij onder dezelfde handelsnaam werken, een franchisevergoeding betalen, in de gemeenschappelijke reclame bijdragen en de door de franchisegever opgestelde handleiding geheimhouden. Daarnaast mogen de franchisenemers alleen vanuit de goedgekeurde winkel aan eindgebruikers of andere franchisenemers verkopen. Zij mogen geen ander snoepgoed in hun winkels verkopen. De franchisegever is verplicht in een bepaald contractgebied geen andere franchisenemer aan te wijzen, noch zelf een detailhandelsverkooppunt te exploiteren. De franchisegever is ook verplicht zijn producten, het 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 snoepgoed 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 snoep van binnenlandse producenten verkopen. Op deze markt concurreren de producten van de franchisegever met een aantal nationale en internationale merken snoepgoed, ten dele van grote gediversifieerde levensmiddelenbedrijven. Op de markt van machines voor het kleuren van levensmiddelen heeft de franchisegever een marktaandeel van minder dan 10 %. De franchisegever heeft een marktaandeel van 30 % op de markt voor aan detailhandelaren verkocht snoepgoed. Er zijn talrijke verkooppunten voor snoep: tabakswinkels, kruidenierswinkels, cafetaria's en gespecialiseerde snoepwinkels.

De meeste van de in de franchiseovereenkomsten opgenomen verplichtingen kunnen worden geacht noodzakelijk te zijn om intellectuele-eigendomsrechten te beschermen of om de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van het franchisenet in stand te houden, en dus buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, te vallen. De beperkingen van de verkoop (d.w.z. de vaststelling van een contractgebied en selectieve distributie) vormen een prikkel voor de franchisenemers om in het franchiseconcept en de kleurmachine te investeren en helpen de gemeenschappelijke identiteit in stand te houden, zodat daardoor de vermindering van de concurrentie binnen een merk wordt gecompenseerd. Het non-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 verkooppunten die voor andere producenten van snoep beschikbaar zijn, leidt het beding niet in noemenswaardige mate tot marktafscherming. De franchiseovereenkomsten voldoen derhalve waarschijnlijk aan de voorwaarden voor een vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, voorzover ze onder het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen.

5. MARKTBEPALING EN BEREKENING VAN HET MARKTAANDEEL

5.1. Bekendmaking marktbe­paling

- (154) In de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (hierna “bekendmaking marktbe­paling”) 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 markt⁶⁷. De relevante markt voor de toepassing van artikel 101 op verticale overeenkomsten moet derhalve worden bepaald op basis van die leidraden en eventuele toekomstige leidraden met betrekking tot de bepaling van de relevante markt voor de toepassing van het EU-mededingingsrecht. In deze richtsnoeren wordt slechts stilgestaan bij enkele specifieke problemen die zich in verband met de toepassing van de VBER voordoen en die niet in de bekendmaking marktbe­paling aan de orde komen.

5.2. De berekening van marktaandelen overeenkomstig de VBER

- (155) Op grond van artikel 3 VBER is het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer bepalend om vast te stellen of de groepsvrijstelling van toepassing is. De VBER 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 waarop hij de contractproducten koopt, niet hoger dan 30 % is. Voor overeenkomsten tussen kmo's is het over het algemeen niet nodig om de marktaandelen te berekenen (zie punt 26 van deze richtsnoeren).
- (156) Op het niveau van de distributie hebben 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 distributiemodellen gewoonlijk concurrentie bestaat, worden markten over het algemeen niet bepaald door de vorm van distributie waarvan gebruik wordt gemaakt, namelijk exclusieve, selectieve of vrije distributie. Wanneer leveranciers over het algemeen een assortiment producten verkopen, kan het volledige assortiment bepalend zijn voor de definitie van de productmarkt indien de afnemers het assortiment in zijn geheel en niet de producten in het assortiment afzonderlijk als substituten beschouwen.
- (157) Wanneer bij een verticale overeenkomst drie partijen betrokken zijn die elk op een verschillend handelsniveau werkzaam zijn, mag, om binnen het toepassingsgebied van de VBER te vallen, elk van hun marktaandelen niet hoger zijn dan 30 %. Zoals bepaald in artikel 3, lid 2, VBER, is, wanneer in een meerzijdige overeenkomst een onderneming de contractgoederen of -diensten koopt van één onderneming die partij is bij de overeenkomst en de contractgoederen of -diensten verkoopt aan een andere onderneming die ook partij is bij de overeenkomst, de VBER alleen van toepassing indien haar marktaandeel, zowel als afnemer én als leverancier, de drempelwaarde van 30 % niet overschrijdt. Wanneer bijvoorbeeld in een overeenkomst tussen een producent, een groothandelaar (of een vereniging van detailhandelaren) en een detailhandelaar een non-concurrentiebeding wordt opgenomen, mogen de marktaandelen van de producent en de groothandelaar (of de vereniging van detailhandelaren) op hun respectieve verkoopmarkten om van de VBER gebruik te kunnen maken, niet groter zijn dan 30 %, en mag het marktaandeel van de groothandelaar (of de vereniging van detailhandelaren) en dat van de detailhandelaar niet groter zijn dan 30% op hun respectieve inkoopmarkten.
- (158) Wanneer de verticale overeenkomst naast bepalingen betreffende de levering van de contractgoederen of -diensten ook bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten — zoals een bepaling betreffende het gebruik van het merk van de leverancier — omvat, die de marketing van de contractgoederen of -diensten door de afnemer vergemakkelijken, is het marktaandeel van de leverancier op de markt waarop hij de contractgoederen of -diensten verkoopt van belang voor de toepassing

⁶⁷ PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5.

van de VBER. Wanneer een franchisegever geen goederen of diensten voor de wederverkoop van deze goederen of diensten levert, maar een geheel van goederen of diensten die in combinatie met de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten het in franchise gegeven bedrijfsconcept vormen, moet de franchisegever rekening houden met zijn marktaandeel als verstrekker van een bedrijfsconcept ten behoeve van de levering van specifieke goederen of diensten aan eindgebruikers. Daartoe moet de franchisegever zijn marktaandeel berekenen op de markt waarop door de franchisenemers van het bedrijfsconcept gebruik wordt gemaakt om goederen of diensten aan eindgebruikers te leveren. Bijgevolg moet de franchisegever 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, door concurrenten van de franchisegever in franchise gegeven bedrijfsconcepten concurrentie uitgaan, maar ook van leveranciers van substitueerbare goederen of diensten die geen franchising toepassen. Gesteld bijvoorbeeld dat er een markt voor fastfooddiensten bestaat, en onder voorbehoud van de omschrijving van een dergelijke markt, zou een franchisegever die op die markt werkzaam is, zijn marktaandeel moeten berekenen op basis van de relevante omzet van zijn franchisenemers op die markt.

5.3. Berekening van marktaandelen overeenkomstig de VBER

- (159) Zoals bepaald in artikel 7, punt a), VBER, moeten de marktaandelen van de leverancier en de afnemer in beginsel op basis van gegevens betreffende de waarde worden berekend. Wanneer er geen gegevens betreffende de waarde beschikbaar zijn, kunnen onderbouwde ramingen worden gemaakt op basis van andere betrouwbare marktinformatie, zoals omvang van de verkochte hoeveelheden.
- (160) De interne levering van intermediaire goederen of diensten voor eigen gebruik van de leverancier kan in een bepaald geval relevant zijn voor het onderzoek uit het oogpunt van de mededinging, maar zal niet in aanmerking worden genomen voor de bepaling van de markt of voor de berekening van marktaandelen in het kader van de VBER. Op grond van artikel 7, punt c), VBER moeten daarentegen, in het geval van duale distributie van eindproducten, d.w.z. wanneer de producent van eindproducten ook als distributeur van die eindproducten op de markt optreedt, bij de marktbevestiging en de berekening van het marktaandeel de eigen goederen worden meegeteld die de producent via zijn verticaal geïntegreerde distributeurs en agenten verkoopt. Geïntegreerde distributeurs zijn verbonden ondernemingen in de zin van artikel 1, lid 2, VBER⁶⁸.

6. TOEPASSING VAN DE VBER

6.1. Hardcorebeperkingen in het kader van de VBER

- (161) Artikel 4 VBER bevat een lijst van hardcorebeperkingen, die worden beschouwd als ernstige beperkingen van de mededinging die in de meeste gevallen verboden zouden moeten worden vanwege de schade die ze de consument berokkenen. Verticale overeenkomsten die een of meer hardcorebeperkingen bevatten, worden volledig uitgesloten van het toepassingsgebied van de VBER.

⁶⁸ Voor de marktbevestiging en de berekening van het marktaandeel is het niet relevant of de geïntegreerde distributeur daarnaast ook goederen of diensten van concurrenten verkoopt.

- (162) De hardcorebeperkingen in artikel 4 VBER, zijn van toepassing op verticale overeenkomsten die betrekking hebben op de handel *binnen* de Unie. Wat betreft verticale overeenkomsten die betrekking hebben op uitvoer naar landen buiten de Unie of invoer/wederinvoer van buiten de Unie, kan uit de rechtspraak van het HvJ-EU worden opgemaakt dat dergelijke overeenkomsten niet kunnen worden geacht tot doel te hebben de mededinging binnen de Unie merkbaar te beperken of als zodanig de handel tussen lidstaten ongunstig te kunnen beïnvloeden⁶⁹.
- (163) Hardcorebeperkingen in de zin van artikel 4 VBER zijn doorgaans beperkingen die ertoe strekken de mededinging te verminderen in de zin van artikel 101, lid 1⁷⁰. Beperkingen die ertoe strekken de mededinging te verminderen in de zin van artikel 101, lid 1, zijn overeenkomsten die door hun aard de mededinging kunnen verminderen⁷¹. In dit verband blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet hoeven te worden onderzocht⁷². De vaststelling van een beperking die tot strekking heeft de mededinging te beperken, vereist een individuele beoordeling van de betrokken verticale overeenkomst. Hardcorebeperkingen komen daarentegen overeen met een categorie beperkingen in het kader van de VBER waarvan wordt aangenomen dat ze over het algemeen de mededinging schaden, zodat een verticale overeenkomst die een dergelijke hardcorebeperking bevat, niet op grond van artikel 2, lid 1, VBER kan worden vrijgesteld.
- (164) Toch vallen hardcorebeperkingen niet noodzakelijkerwijs binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1. Wanneer een hardcorebeperking in het kader van de VBER objectief noodzakelijk is voor een verticale overeenkomst van een bepaald type of een bepaalde aard, bijvoorbeeld om de naleving te waarborgen van een publiek verbod op de verkoop van gevaarlijke stoffen aan bepaalde klanten om redenen van veiligheid of gezondheid, valt deze overeenkomst bij wijze van uitzondering buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1. In het licht van het bovenstaande, met name dat hardcorebeperkingen over het algemeen van mededingingsversturende strekking zijn, zal de Commissie bij de beoordeling van een verticale overeenkomst de volgende beginselen toepassen:
- (a) wanneer een hardcorebeperking in de zin van artikel 4 VBER in een verticale overeenkomst is opgenomen, valt deze overeenkomst waarschijnlijk onder artikel 101, lid 1;
 - (b) een overeenkomst die een hardcorebeperking in de zin van artikel 4 VBER bevat, voldoet waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3⁷³.
- (165) Ondernemingen kunnen in individuele gevallen krachtens artikel 101, lid 3, concurrentiebevorderende effecten inroepen⁷⁴. Daartoe moet de onderneming

⁶⁹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 28 april 1998, *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, punt 20.

⁷⁰ Zie Commissie “Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice”, SWD(2014) 198 final, blz. 4.

⁷¹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2004, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 31.

⁷² Zie arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, *CB/Commissie*, C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204, punt 49.

⁷³ Zie arrest van het Hof van Justitie van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, punt 57.

bewijzen, wanneer zij aantoonst dat aan alle voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan, dat efficiëntieverbeteringen waarschijnlijk zijn en dat deze efficiëntieverbeteringen waarschijnlijk zullen voortvloeien uit de opname van de hardcorebeperking in de overeenkomst. In dat geval zal de Commissie een beoordeling maken van de negatieve effecten voor de mededinging die waarschijnlijk voortvloeien uit de opname van de hardcorebeperking in de overeenkomst, alvorens definitief te beoordelen of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, wordt voldaan⁷⁵.

- (166) De voorbeelden in de volgende drie punten van deze richtsnoeren zijn bedoeld om aan te geven onder welke uitzonderlijke omstandigheden een hardcorebeperking buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, kan vallen.
- (167) Voorbeeld van feitelijke toetreding

Een distributeur die als eerste een nieuw merk gaat verkopen of een bestaand merk op een nieuwe markt gaat verkopen en dus feitelijk zorgt voor een toetreding tot de markt, moet wellicht aanzienlijke investeringen doen, indien voordien geen vraag naar dat specifieke type product in het algemeen of naar dat type product van de specifieke producent bestond. Aangezien dergelijke uitgaven veelal verzonken kosten zijn, is het in dergelijke omstandigheden 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 klantenkring door andere distributeurs.

Een dergelijke situatie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een op een bepaalde nationale markt gevestigde producent tot een andere nationale markt toetreedt en zijn producten introduceert met behulp van een exclusieve distributeur, die moet investeren in de lancering en bekendmaking van het merk op deze nieuwe markt. Wanneer de distributeur aanzienlijke investeringen moet doen om de nieuwe markt op te zetten en/of te ontwikkelen, vallen beperkingen van de passieve verkoop door andere distributeurs in een dergelijk grondgebied of aan een dergelijke klantenkring (omdat deze beperkingen noodzakelijk zijn voor de distributeur om deze investeringen terug te verdienen) gedurende de eerste twee jaar waarin de distributeur de contractgoederen of -diensten naar dat grondgebied of aan die klantenkring verkoopt, over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, ook al worden dergelijke beperkingen over het algemeen beschouwd als hardcorebeperkingen, die worden geacht onder artikel 101, lid 1, te vallen.

- (168) Voorbeeld van onderlinge leveringen tussen erkende distributeurs

⁷⁴ Zie met name punt 14, a) tot en met i), van deze richtsnoeren, waarin een algemene beschrijving wordt gegeven van de mogelijke efficiëntieverbeteringen in verband met verticale beperkingen, en afdeling 6.1.1 van deze richtsnoeren betreffende wederverkooprijksbeperkingen. Zie voor algemene leidraden hieromtrent 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).

⁷⁵ Een dergelijke beoordeling laat onverlet dat een specifieke beperking niettemin van rechtswege nietig kan zijn indien zij in strijd is met de verbodsbepalingen inzake passieve verkoop van de geoblockingverordening, zie artikel 6, lid 2, van Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2018 inzake de aanpak van ongerechtvaardigde geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op grond van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt, en tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 2006/2004 en (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG.

In het geval van een selectief distributiestelsel moeten de onderlinge leveringen tussen erkende distributeurs normaal gezien vrij blijven (zie punt 187 van deze richtsnoeren). Indien erkende groothandelaren die in verschillende gebieden gevestigd zijn evenwel moeten investeren in promotieactiviteiten in het gebied waarin zij de betrokken goederen of diensten distribueren, ter ondersteuning van de verkoop door erkende distributeurs, en het niet praktisch is om de effectieve vereiste promotieactiviteiten in een contract te vermelden, kunnen beperkingen die, om een mogelijk meeliftprobleem (“free-riding”) te vermijden, worden opgelegd met betrekking tot de actieve verkoop door deze groothandelaren aan erkende distributeurs in de gebieden van andere groothandelaren, in individuele gevallen voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

(169) Voorbeeld van werkelijk testen

Ingeval het gaat om het werkelijk testen van een nieuw product binnen een bepaald grondgebied of een bepaalde klantenkring of in het geval van een gespreide introductie van een nieuw product, kunnen aan de distributeurs die zijn aangewezen om het nieuwe product op de testmarkt te verkopen of om deel te nemen aan de eerste ronde(s) van de gespreide introductie, gedurende een periode die noodzakelijk is voor het testen of de introductie van het product, beperkingen worden opgelegd met betrekking tot hun actieve verkoop buiten de testmarkt of de markt(en) waar het product eerst werd geïntroduceerd, zonder dat dit binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt.

6.1.1. *Verticale prijsbinding*

- (170) De in artikel 4, punt a), VBER vastgestelde hardcorebeperking 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 leggen⁷⁶. Een verticale overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die betrekking heeft op een bepaald bereik waarbinnen de afnemer de prijs moet bepalen, is derhalve niet in overeenstemming met artikel 4, punt a), VBER.
- (171) Verticale prijsbinding kan op directe wijze worden vastgesteld. Dit is het geval voor contractuele bepalingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij de detailhandelsprijs direct wordt vastgesteld en die derhalve tot duidelijke beperkingen leiden⁷⁷. Dergelijke beperkingen omvatten contractuele bepalingen die de leverancier in staat stellen de prijs vast te stellen die de afnemer zijn klant in rekening moet brengen, of die de afnemer verbieden onder een bepaald prijsniveau te verkopen. De beperking is ook evident wanneer een leverancier om een prijsverhoging verzoekt en de afnemer aan een dergelijk verzoek voldoet.

⁷⁶ Zie voor het onderscheid tussen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen de punten 48 tot en met 51 van deze richtsnoeren. Dit onderscheid heeft tot dusver echter geen belangrijke rol gespeeld in de handhavingspraktijk, aangezien het niet nodig is een onderscheid tussen beide te maken om een inbreuk op artikel 101 vast te stellen. Voorts wordt erop gewezen dat verticale prijsbinding kan worden gekoppeld aan andere beperkingen, met inbegrip van horizontale collusie in de vorm van “hub-and-spoke”-regelingen, die worden behandeld in de horizontale richtsnoeren, punt 55.

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld de besluiten van de Commissie van 17 december 2018 in Guess, AT.40428, punten 84, 86, en 137.

- (172) Verticale prijsbinding kan ook indirect worden bereikt, zoals door stimulansen om een minimumprijs in acht te nemen of door negatieve prikkels om van een minimumprijs af te wijken. De volgende voorbeelden zijn bedoeld om een niet-uitputtende lijst van dergelijke indirecte middelen te geven:
- het vaststellen van de marge van de distributeur;
 - het vaststellen van het maximumniveau van de kortingen die de distributeur ten opzichte van een bepaald prijsniveau mag toekennen;
 - het toekennen van kortingen of het afhankelijk stellen van de terugbetaling van promotiekosten door de leverancier van de inachtneming van een bepaald prijsniveau;
 - het koppelen van de opgelegde wederverkoopprijs aan de wederverkooprijzen van concurrenten; en
 - bedreigingen, intimidaties, waarschuwingen, sancties, vertraging of opschorting van leveringen of beëindiging van overeenkomsten, wanneer dit verband houdt met de inachtneming van een bepaald prijsniveau.
- (173) Zoals echter in artikel 4, punt a), VBER is bepaald, komt het opleggen van een maximumdetailhandelsprijs of het vaststellen van een aanbeveling inzake de wederverkoopprijs door de leverancier op zich echter niet neer op verticale prijsbinding. Wanneer de leverancier een dergelijke maximumprijs of een aanbeveling inzake de wederverkoopprijs echter combineert met stimulansen om een bepaald prijsniveau toe te passen of negatieve prikkels om de verkoopprijs te verlagen, kan er sprake zijn van verticale prijsbinding. Een voorbeeld van stimulansen om een bepaald prijsniveau toe te passen is de terugbetaling van promotiekosten in geval van naleving van de maximumwederverkoopprijs of de aanbevolen wederverkoopprijs. Een voorbeeld van negatieve prikkels om de verkoopprijs te verlagen zou een tussenkomst van de leverancier zijn indien de afnemer afwijkt van de maximumwederverkoopprijs of de aanbevolen wederverkoopprijs, bijvoorbeeld door te dreigen verdere leveringen te staken.
- (174) Evenzo kan een minimumprijsbeleid dat detailhandelaren verbiedt met prijzen te adverteren die lager zijn dan een bepaald door de leverancier vastgesteld bedrag, neerkomen op verticale prijsbinding, bijvoorbeeld in gevallen waarin de leverancier de detailhandelaren sancties oplegt voor de verkoop onder de respectieve minimumprijzen, hen verplicht geen kortingen aan te bieden of hen belet mee te delen dat de uiteindelijke prijs kan afwijken van de minimumprijs waarmee is geadverteerd.
- (175) Directe of indirecte maatregelen om prijsbinding te bewerkstelligen, kunnen doeltreffender worden gemaakt 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 detailhandelaren van de verplichting om te melden wanneer andere leden van het distributienet van het standaardprijsniveau afwijken. Deze maatregelen zijn op zich echter niet voldoende om vast te stellen of er sprake is van verticale prijsbinding, aangezien ze door leveranciers kunnen worden gebruikt om de efficiëntie van de toeleverings- of distributieketen te verhogen of voor andere doeleinden die geen verband houden met directe of indirecte middelen om verticale prijsbinding te bereiken.

- (176) Prijscontrolle wordt steeds meer gebruikt in e-commerce, waar zowel producenten als detailhandelaren vaak specifieke software voor prijscontrole gebruiken⁷⁸. Een dergelijke prijscontrole vormt op zich geen verticale prijsbinding. Zij vergroot echter de prijstransparantie op de markt, waardoor producenten de wederverkoopprijzen in hun distributienet doeltreffend kunnen volgen en snel kunnen ingrijpen in geval van prijsdalingen. Ook stelt zij detailhandelaren in staat om de prijzen van hun concurrenten doeltreffend te volgen en prijsdalingen aan de producent te melden, samen met een verzoek om tegen dergelijke prijsdalingen in te grijpen⁷⁹.
- (177) Bij agentuurovereenkomsten stelt de principaal gewoonlijk de verkoopprijs vast, omdat hij degene is op wie de commerciële en financiële risico's in verband met de verkoop rusten. Wanneer een dergelijke overeenkomst echter met het oog op de toepassing van artikel 101, lid 1, niet als agentuurovereenkomst kan worden beschouwd (zie met name de punten 40 tot en met 43 van deze richtsnoeren), vormt een bepaling die de agent verbiedt, of diens mogelijkheid beperkt, om zijn provisie met zijn klant te delen, ongeacht of het om een vaste of variabele provisie gaat, een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punt a), VBER. Om het gebruik van deze hardcorebeperking te voorkomen, moet het de agent daarom blijven vrijstaan de daadwerkelijk aan zijn klant aangerekende prijs te verlagen, zonder dat hierdoor de inkomsten van de principaal dalen⁸⁰.
- (178) De vaststelling van de wederverkoopprijs in een verticale overeenkomst tussen een leverancier en een afnemer die een voorafgaande overeenkomst tussen de leverancier en een specifieke eindgebruiker uitvoert (hierna "uitvoeringsovereenkomst"), vormt geen verticale prijsbinding wanneer de eindgebruiker afstand heeft gedaan van zijn recht om de onderneming te kiezen die de overeenkomst moet uitvoeren. In een dergelijk geval is de vaststelling van de wederverkoopprijs geen beperking in de zin van artikel 101, lid 1, aangezien er niet langer sprake is van prijsconcurrentie ten aanzien van de betrokken eindgebruiker. Dit geldt echter alleen wanneer de uitvoeringsovereenkomst geen agentuurovereenkomst vormt die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt, zoals met name beschreven in de punten 40 tot en met 43 van deze richtsnoeren, bijvoorbeeld omdat de afnemer de eigendom verwerft van de voor wederverkoop bestemde contractgoederen of omdat hij meer dan onbeduidende risico's met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst draagt. Wanneer de eindgebruiker daarentegen geen afstand heeft gedaan van zijn recht om de onderneming te kiezen die de overeenkomst moet uitvoeren, kan de leverancier de wederverkoopprijs niet vaststellen zonder inbreuk te maken op artikel 4, punt a), VBER. Hij kan evenwel een maximumwederverkoopprijs vaststellen om prijsconcurrentie voor de uitvoering van de overeenkomst mogelijk te maken.
- (179) Artikel 4, punt a), VBER is volledig van toepassing in de onlineplatformeconomie. Met name wanneer een onderneming een aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten is overeenkomstig artikel 1, lid 1, punt d), VBER, is zij een leverancier en moet zij

⁷⁸ Zie het werkdokument van de diensten van de Commissie bij het eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce, document SWD(2017) 154 final van 10.5.2017, punten 602 en 603.

⁷⁹ Zie besluit van de Commissie van 24 juli 2018, Pioneer, AT.40182, punten 136 en 155; besluit van 24 juli 2018, Denon & Marantz, AT.40469, punt 95; besluit van 24 juli 2018, Philips, AT.40181, punt 64; Zie besluit van de Commissie van 24 juli 2018, Pioneer, AT.40182, punt 136; besluit van 24 juli 2019, Asus, AT.40465, punt 27.

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld besluit van de Commissie van 18 oktober 1991 in zaak nr. IV/32.737, Eirpage, met name punt 6.

derhalve voldoen aan artikel 4, punt a), VBER om een hardcorebeperking met betrekking tot de middelen tussenhandelsdiensten geleverde producten of diensten te vermijden. Hoewel dit niet belet dat een aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten de gebruikers van de onlinetussenhandelsdiensten stimuleert om hun goederen of diensten op een concurrerend niveau te verkopen of hun prijzen te verlagen, verbiedt artikel 4, punt a), VBER de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten om een vaste of minimumverkoopprijs op te leggen voor de transactie die hij faciliteert.

- (180) Het HvJ-EU heeft herhaaldelijk geoordeeld dat een overeenkomst waarin vaste of minimumdetailhandelsprijzen worden vastgesteld, waardoor de afnemer zijn wederverkoopprijzen niet onafhankelijk kan vaststellen, ertoe strekt de mededinging te verminderen in de zin van artikel 101, lid 1⁸¹. Zoals vermeld in de punten 163, 164 en 165 van deze richtsnoeren, betekent het aanmerken van een beperking als hardcorebeperking en als beperking naar strekking echter niet dat overeenkomsten die neerkomen op verticale prijsbinding als zodanig een inbreuk op artikel 101 vormen. Wanneer ondernemingen van mening zijn dat verticale prijsbinding in een individueel geval efficiëntiebevorderend is, kunnen zij zich beroepen op efficiëntieverbeteringen overeenkomstig artikel 101, lid 3.
- (181) Verticale prijsbinding wordt over het algemeen beschouwd als een ernstige beperking van de mededinging, aangezien dit de concurrentie binnen een merk of de concurrentie tussen merken op verschillende manieren kan verminderen:
- (a) Het rechtstreekse gevolg van verticale prijsbinding is dat de concurrentie binnen een merk wordt uitgeschakeld doordat alle of bepaalde distributeurs worden belet hun verkoopprijs voor het betrokken merk te verlagen, wat dus leidt tot een prijsverhoging voor dat merk.
 - (b) Verticale prijsbinding kan collusie tussen leveranciers vergemakkelijken, met name op markten die vatbaar voor collusie zijn, bijvoorbeeld wanneer leveranciers een hecht oligopolie vormen en een aanzienlijk deel van de markt door verticaleprijsbindingsovereenkomsten wordt bestreken. Dit kan ook het geval zijn wanneer leveranciers hun goederen of diensten via dezelfde distributeurs distribueren, waardoor zij laatstgenoemden kunnen gebruiken als middel om het collusie-evenwicht tot stand te brengen. Verticale prijsbinding maakt het over het algemeen gemakkelijker om na te gaan of een leverancier van het collusie-evenwicht afwijkt door zijn prijzen te verlagen. Dit betekent dat wanneer een leverancier besluit zijn beleid inzake verticale prijsbinding niet op te leggen met het oog op de verhoging van zijn detailhandelsverkoop, de andere leveranciers door verticale prijsbinding in staat zouden zijn de daaruit voortvloeiende daling van de detailhandelsprijs gemakkelijker op te sporen en dienovereenkomstig te reageren.
 - (c) Verticale prijsbinding kan collusie tussen afnemers op distributieniveau vergemakkelijken. Dit verlies aan prijsconcurrentie lijkt vooral een probleem wanneer de verticale prijsbinding plaatsvindt op initiatief van de afnemers. Sterke of goed georganiseerde afnemers kunnen in staat zijn een of meer leveranciers te dwingen of te overtuigen hun wederverkoopprijs boven het door

⁸¹ Arrest van het Hof van Justitie van 3 juli 1985, Binon/AMP, 243/83, ECLI:EU:C:1985:284, punt 44; arrest van 1 oktober 1987, VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, 311/85, ECLI:EU:C:1987:418, punt 17; arrest van 19 april 1988, Erauw-Jacquery/La Hesbignonne, 27/87, ECLI:EU:C:1988:183, punt 15.

concurrentie bepaalde niveau vast te stellen en de afnemers zo te helpen een stabiel collusie-evenwicht te bereiken of in stand te houden. Verticale prijsbinding fungeert als een middel van zelfbinding (“commitment device”) voor detailhandelaren om niet af te wijken van het collusie-evenwicht door kortingen te verlenen.

- (d) Verticale prijsbinding kan de druk op de marge van de leverancier verlagen, in het bijzonder wanneer de leverancier 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 leverancier er de voorkeur aan geven met verticale prijsbinding in te stemmen, waardoor hij zich ertoe kan verbinden de prijs voor volgende distributeurs niet te verlagen en zijn eigen marge minder onder druk komt te staan.
 - (e) Door prijsconcurrentie tussen distributeurs te vermijden, kan verticale prijsbinding de toetreding en uitbreiding van efficiëntere of nieuwe distributiemodellen voorkomen of belemmeren, waardoor innovatie op distributieniveau wordt verminderd.
 - (f) Verticale prijsbinding kan worden toegepast door een leverancier met marktmacht om kleinere concurrenten uit te sluiten. De hogere marge die verticale prijsbinding voor distributeurs kan meebrengen, kan deze laatsten ertoe brengen het merk van de leverancier eerder aan de klanten aan te bevelen dan concurrerende merken, zelfs indien dit advies niet in het belang is van deze klanten, of om deze concurrerende merken helemaal niet te verkopen.
- (182) Verticale prijsbinding kan echter ook tot efficiëntieverbeteringen leiden, met name wanneer zij door de leverancier wordt aangestuurd. Wanneer ondernemingen zich beroepen op artikel 101, lid 3, waarbij zij stellen dat verticale prijsbinding efficiëntieverbeteringen kan opleveren, is het aan hen om dit argument met concreet bewijs te onderbouwen en aan te tonen dat in het individuele geval inderdaad aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, wordt voldaan. Hieronder worden drie voorbeelden van een dergelijk beroep op efficiëntieverbetering gegeven.
- (a) Wanneer een producent een nieuw product op de markt brengt, kan verticale prijsbinding een efficiënt middel zijn om distributeurs ertoe aan te zetten beter rekening te houden met het belang van de producent om dit product te promoten, met name als het een volledig nieuw product is, en om de verkoopinspanningen te verhogen. Als de distributeurs op deze markt concurrentiedruk ondervinden, kunnen zij ertoe worden aangezet de algehele vraag naar het product te vergroten en de lancering van het product tot een succes te maken, wat ook in het belang van de consument is. Artikel 101, lid 3, vereist dat er geen minder beperkende middelen bestaan. Om aan deze eis te voldoen, kunnen leveranciers bijvoorbeeld aantonen dat het in de praktijk niet haalbaar is om aan alle afnemers contractueel doeltreffende promotieverplichtingen op te leggen. In dergelijke omstandigheden kan het opleggen van vaste of minimumdetailhandelsprijzen voor een beperkte periode om de introductie van een nieuw product te vergemakkelijken, al met al als concurrentiebevorderend worden beschouwd.
 - (b) Vaste wederverkoopprijzen, in plaats van maximumwederverkoopprijzen, kunnen nodig zijn om een gecoördineerde kortlopende prijsverlagingsactie op te zetten (meestal twee tot zes weken), wat ook in het belang van de consument is. Ze kunnen met name nodig zijn om een dergelijke actie te organiseren in

een distributiestelsel waarin de leverancier een eenvormig distributiemodel hanteert, zoals een franchisesysteem. Gezien het tijdelijke karakter ervan kan het opleggen van vaste detailhandelsprijzen al met al worden beschouwd als concurrentiebevorderend.

- (c) Soms kan de door verticale prijsbinding ontstane extra marge de detailhandelaar in staat stellen om (bijkomende) presaleservice aan te bieden, in het bijzonder in het geval van ervaringsproducten of complexe producten. Indien voldoende klanten gebruik maken van deze service om hun keuze te maken, maar vervolgens tegen een lagere prijs het product aankopen bij detailhandelaren die deze service niet aanbieden (en derhalve deze kosten niet moeten dragen), kunnen detailhandelaren die een hoog serviceniveau aanbieden deze dienstverlening, welke de vraag naar het product van de leverancier verhoogt, verminderen of niet langer aanbieden. Verticale prijsbinding kan helpen om een dergelijk meeliftprobleem op het distributieniveau te vermijden. De leverancier zal op overtuigende wijze moeten aantonen dat de verticale prijsbindingsovereenkomst noodzakelijk is om meeliftproblemen tussen detailhandelaren met betrekking tot deze diensten te voorkomen. In dit geval is het waarschijnlijker dat verticale prijsbinding als concurrentiebevorderend wordt beschouwd wanneer er sprake is van hevige concurrentie tussen leveranciers en de leverancier een beperkte marktmacht heeft.
- (183) De door de VBER geboden veilige zone bestrijkt het vaststellen van adviesprijzen voor of het opleggen van maximumprijzen aan de wederverkoper wanneer het marktaandeel van elk van de partijen bij de overeenkomst de drempel van 30 % niet overschrijdt, mits dit niet neerkomt op een vaste of minimumverkoopprijs als gevolg van druk vanwege een van de partijen of stimulansen aangeboden door een van de partijen, zoals uiteengezet in de punten 172 en 173 van deze richtsnoeren. Boven de marktaandeedrempel gelden de in het resterende gedeelte van deze afdeling vervatte leidraden voor het beoordelen van adviesprijzen of maximumprijzen.
- (184) Het mogelijke risico voor de mededinging van adviesprijzen en maximumprijzen is dat die prijzen als referentiepunt voor de wederverkopers gaan fungeren en wellicht door de meesten of door allen van hen worden toegepast. Bovendien kunnen adviesprijzen en maximumprijzen de concurrentie afzwakken of collusie tussen leveranciers vergemakkelijken.
- (185) Een belangrijke factor voor het beoordelen van de mogelijke mededingingsversturende effecten van advies- of maximumprijzen voor de wederverkoop is de marktpositie van de leverancier. Hoe sterker de marktpositie van de leverancier is, des te groter is het risico dat een advies- of maximumprijs voor de wederverkoop 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.
- (186) Wanneer merkbare mededingingsversturende effecten voor advies- of maximumprijzen voor de wederverkoop zijn vastgesteld, rijst de vraag of een vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, mogelijk is. Voor maximumwederverkoopprijzen kan het voorkomen van dubbele marginalisatie van bijzonder belang zijn. Een maximumprijs voor wederverkoop kan ook helpen om

ervoor te zorgen dat het betrokken merk beter kan concurreren met andere merken (met inbegrip van de eigen merken van de distributeur) die afgezet worden door dezelfde distributeur.

6.1.2. *Hardcorebeperkingen overeenkomstig artikel 4, punten b), c) en d), VBER*

6.1.2.1. Algemene beginselen overeenkomstig artikel 4, punten b), c) en d), VBER

(187) Artikel 4, punten b), c) en d), VBER bevat een lijst van hardcorebeperkingen en uitzonderingen die van toepassing zijn afhankelijk van het distributiestelsel van de leverancier: exclusieve distributie, selectieve distributie of vrije distributie. De in artikel 4, punt b), artikel 4, punt c), i), en artikel 4, punt d), VBER vastgestelde hardcorebeperkingen betreffen overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, ertoe strekken de verkoop door een afnemer of zijn klanten te beperken, voor zover deze beperkingen verband houden met het grondgebied waarin of de klanten waaraan de afnemer of zijn klanten de contractgoederen of -diensten mogen verkopen. Artikel 4, punt c), ii) en iii), VBER bepaalt dat in een selectief distributiestelsel de beperking van onderlinge leveringen tussen de leden van het selectieve distributiestelsel die op hetzelfde of op verschillende handelsniveaus werkzaam zijn, alsmede de beperking van de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door de op het detailhandelsniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel, hardcorebeperkingen zijn.

(188) Artikel 4, punten b), c) en d), VBER is van toepassing ongeacht het gebruikte verkoopkanaal. Verticale overeenkomsten die direct of indirect, op zich of in combinatie met andere factoren, ertoe strekken de afnemers of hun klanten te beletten het internet doeltreffend te gebruiken om hun goederen of diensten online te verkopen, beperken het grondgebied waarin of de klantenkring waaraan de afnemers de contractgoederen of -diensten mogen verkopen, aangezien ze de verkoop beperken aan klanten die buiten het fysieke handelsgebied van de afnemers of hun klanten zijn gevestigd⁸². Een verbod op onlineverkoop en beperkingen die onlineverkoop feitelijk verbieden of beperken in die mate dat ze afnemers en hun klanten hierdoor feitelijk beletten het internet doeltreffend te gebruiken om hun goederen of diensten online te verkopen, strekken ertoe te voorkomen dat de afnemers of hun klanten het internet doeltreffend gebruiken om hun goederen of diensten online te verkopen. Bijgevolg is een beperking die de totale omvang van de onlineverkoop op de markt aanzienlijk kan verminderen, een hardcorebeperking van actieve of passieve verkoop in de zin van artikel 4, punten b), c) en d), VBER. De beoordeling of een beperking een hardcorebeperking is, kan niet afhangen van marktspecifieke omstandigheden of van de individuele omstandigheden van een of meer specifieke afnemers. Beperkingen die het doeltreffende gebruik van een of meer onlineadvertentiekanaalen door de afnemers of hun klanten beletten⁸³, strekken ertoe te voorkomen dat de afnemers of hun klanten het internet doeltreffend gebruiken om hun goederen of diensten online te verkopen, en beperken dus de verkoop aan klanten die online willen kopen en zich buiten het fysieke handelsgebied van de afnemers of hun klanten bevinden, aangezien ze het vermogen van de

⁸² Zie ook arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, punt 54.

⁸³ Zie de besluiten van de Commissie van 17 december 2018 in *Guess*, AT.40428, punten 118 tot en met 126.

afnemers of hun klanten verminderen om zich op hen te richten, hen in kennis te stellen van hun aanbod en hen aan te trekken naar hun onlinewinkel of andere kanalen.

- (189) Deze hardcorebeperkingen kunnen 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. Ze kunnen ook het gevolg zijn van indirecte maatregelen die erop gericht zijn de distributeur ertoe aan te zetten niet aan dergelijke klanten te verkopen, zoals:
- (a) de verplichting om de leverancier voorafgaand om toestemming te vragen⁸⁴;
 - (b) de weigering of verlaging van bonussen of kortingen⁸⁵, en compenserende betalingen door de leverancier indien de distributeur de verkoop aan dergelijke klanten staakt;
 - (c) de beëindiging van levering;
 - (d) de beperking of vermindering van de geleverde hoeveelheden, bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag binnen het toegewezen grondgebied of de toegewezen klantenkring;
 - (e) het dreigen met opzegging van het contract⁸⁶ of niet-hernieuwing van het contract;
 - (f) het dreigen met of het uitvoeren van controles om na te gaan of wordt voldaan aan het verzoek om niet aan bepaalde klantenkringen of aan klanten in bepaalde gebieden te verkopen;
 - (g) het verlangen van een hogere prijs voor producten die aan bepaalde klantenkringen of aan klanten in bepaalde gebieden worden verkocht;
 - (h) de beperking van het aandeel van de verkoop aan bepaalde klantenkringen of aan klanten in bepaalde gebieden;
 - (i) de beperking van de talen die op de verpakking of voor de promotie van de producten moeten worden gebruikt;
 - (j) de levering van een ander product in ruil voor beëindiging van dergelijke verkopen;
 - (k) betalingen in ruil voor het beëindigen van dergelijke verkopen;
 - (l) de verplichting om de uit dergelijke verkopen verkregen winst aan de leverancier over te dragen.
- (190) Ze kunnen voorts het resultaat zijn van het feit dat de leverancier geen garantiedienst verleent die in de gehele Unie geldt en de leverancier normaal gesproken alle

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld arrest van het Gerecht van 14 juli 1994, Parker Pen/Commissie, T-77/92, ECLI:EU:T:1994:85, punt 37.

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld arrest van het Gerecht van 9 juli 2009, Peugeot Nederland/Commissie, T-450/05, ECLI:EU:T:2009:262, punt 47.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld arrest van het Gerecht van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie, T-62/98, ECLI:EU:T:2000:180, punt 44.

distributeurs vergoedt voor het verlenen van een verplichte garantiedienst, zelfs als het om producten gaat die door andere distributeurs in hun gebied zijn verkocht⁸⁷.

- (191) Deze in de punten (187) en (189) van deze richtsnoeren genoemde praktijken zullen met nog grotere waarschijnlijkheid als een beperking van de verkoop door de afnemer worden aangemerkt wanneer ze gepaard gaan met de toepassing door de leverancier van een controlesysteem dat erop gericht is de daadwerkelijke bestemming van de geleverde goederen te traceren, zoals door het gebruik van verschillende etiketten, specifieke talenclusters of serienummers.
- (192) Naast de directe en indirecte verplichtingen die zijn vastgelegd in de punten 187 tot en met 190 van deze richtsnoeren, kunnen hardcorebeperkingen die specifiek verband houden met onlineverkoop ook het gevolg zijn van directe of indirecte verplichtingen. Naast een direct verbod op het gebruik van het internet als verkoopkanaal volgen hieronder verdere voorbeelden van verplichtingen die, direct of indirect, ertoe strekken te voorkomen dat distributeurs het internet doeltreffend gebruiken om hun goederen of diensten online waar dan ook, in bepaalde gebieden of aan bepaalde klantengroepen te verkopen:
- (a) een bepaling dat de distributeur, ongeacht het door hem toegepaste distributiestelsel, moet verhinderen dat in een ander gebied gevestigde klanten zijn website bezoeken of dat hij klanten via een automatische procedure op zijn website moet doorsturen naar de websites van de producent of die van andere distributeurs. Dit sluit geen verplichting voor de distributeur uit om op zijn website links naar de websites van andere distributeurs en/of de leverancier aan te bieden⁸⁸;
 - (b) een bepaling dat de distributeur, ongeacht het door hem toegepaste distributiestelsel, onlinetransacties van klanten moet afbreken zodra uit de creditcardgegevens blijkt dat hun adres niet binnen het gebied van de distributeur valt⁸⁹;
 - (c) een bepaling dat de distributeur alleen in een fysieke ruimte of in de fysieke aanwezigheid van gespecialiseerd personeel mag verkopen⁹⁰;

⁸⁷ Indien de leverancier beslist zijn distributeurs niet te vergoeden voor diensten die worden verricht onder de in de Unie geldende garantie, kan tussen deze distributeurs worden overeengekomen dat een distributeur zich in het geval van een verkoop buiten het toegewezen gebied ertoe verbindt aan de in het gebied erkende distributeur een servicevergoeding te betalen, op basis van de kosten van de te verrichten dienst en een redelijke winstmarge. Dit soort regeling mag niet worden gezien als een beperking van de verkopen van de distributeur buiten contractgebied (zie het arrest van het Gerecht van 13 januari 2004 in zaak T-67/01, JCB Service/Commissie, ECLI:EU:T:2004:3, punten 136 tot en met 145).

⁸⁸ Artikel 3 van Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2018 inzake de aanpak van ongerechtvaardigde geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op grond van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt, en tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 2006/2004 en (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG (PB L 60I van 2.3.2018, blz. 1).

⁸⁹ Artikel 5 van Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2018 inzake de aanpak van ongerechtvaardigde geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op grond van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt, en tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 2006/2004 en (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG (PB L 60I van 2.3.2018, blz. 1).

⁹⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, punten 36 en 37;

- (d) een bepaling dat de distributeur om voorafgaande toestemming van de leverancier voor onlineverkoop moet vragen;
 - (e) een bepaling dat de distributeur de handelsmerken of merknamen van de leverancier niet op zijn website mag gebruiken;
 - (f) een direct of indirect verbod op het gebruik van een specifiek onlineadvertentiekanaal, zoals instrumenten voor prijsvergelijking of reclame op zoekmachines, of andere beperkingen op het gebied van onlinereclame die indirect het gebruik van een specifiek onlineadvertentiekanaal verbieden, zoals een verplichting voor de distributeur om de handelsmerken of de merknamen van de leveranciers niet te gebruiken voor inschrijving in het kader van verwijzingen op een zoekmachine, of een beperking om prijsgerelateerde informatie te verstrekken aan instrumenten voor prijsvergelijking. Hoewel een verbod op het gebruik van één specifiek instrument voor prijsvergelijking of één specifieke zoekmachine doorgaans geen belemmering vormt voor het doeltreffende gebruik van het internet voor onlineverkoop, aangezien er andere prijsvergelijkingstools of zoekmachines beschikbaar zijn om de onlineverkoopactiviteiten van een afnemer bekend te maken, zou een verbod op het gebruik van alle meest gebruikte reclamediensten in het respectieve onlineadvertentiekanaal een dergelijke belemmering kunnen inhouden wanneer de resterende prijsvergelijkingstools of zoekmachines feitelijk niet in staat zijn klanten aan te trekken naar de onlinewinkel van de afnemer.
- (193) Volgens de VBER mogen leveranciers hun distributeurs wel bepaalde instructies geven over de wijze waarop hun producten moeten worden verkocht. Het is een leverancier toegestaan om aan distributeurs kwaliteitseisen op te leggen, ongeacht het toegepaste distributiemodel. De verkoopmodaliteiten die er niet toe strekken het grondgebied waarin en de klantenkringen waaraan het product en de dienst kunnen worden verkocht, te beperken, kunnen door de leveranciers en hun distributeurs worden overeengekomen. Verticale overeenkomsten die kwaliteitseisen bevatten, met name in het kader van selectieve distributie, zoals de minimumafmetingen van de winkel, kwaliteitseisen voor het opzetten van de winkel (bv. met betrekking tot inrichting, meubilair, design, verlichting en vloerbedekking), kwaliteitseisen voor het aanzien en de uitstraling van de website, vereisten met betrekking tot productpresentatie (bv. het minimumaantal kleuropties dat naast elkaar wordt weergegeven of het minimumaantal tentoongestelde producten van het merk, en de minimale ruimte tussen producten, productlijnen en merken in de winkel), vallen bijvoorbeeld onder de VBER⁹¹.
- (194) Verticale overeenkomsten die een beperking bevatten van het gebruik van een specifiek onlineverkoopkanaal, zoals onlinemarktplaatsen, of die kwaliteitsnormen voor onlineverkoop vaststellen, kunnen voor de groepsvrijstelling in aanmerking komen, ongeacht het door de leverancier gebruikte distributiestelsel, voor zover een dergelijke beperking, direct of indirect, op zich of in combinatie met andere factoren, er niet toe strekt de afnemers of hun klanten te beletten doeltreffend gebruik te maken van het internet voor de onlineverkoop van hun goederen of diensten of doeltreffend gebruik te maken van een of meer onlineadvertentiekanaalen, zoals uiteengezet in punt 188 hierboven. Deze beperkingen hebben geen gevolgen voor

⁹¹ Zie voor enkele voorbeelden het werkdokument van de diensten van de Commissie bij het eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce, document SWD(2017) 154 final van 10.5.2017, punt 241.

een groep klanten die binnen alle potentiële klanten kan worden afgebakend, noch voor het vermogen van de afnemers of hun klanten om hun eigen websites te gebruiken en via het internet reclame te maken op prijsvergelijkingstools of onlinezoekmachines, zodat afnemers of hun klanten meer bekendheid kunnen geven aan hun onlineactiviteiten en potentiële klanten kunnen aantrekken. Tenzij deze beperkingen indirect tot doel hebben het doeltreffende gebruik van het internet voor de onlineverkoop te verhinderen, vormen dergelijke verkoopbeperkingen derhalve geen beperking van de gebieden waarin of de klanten waaraan de distributeurs of hun klanten de contractgoederen of -diensten kunnen verkopen. Dergelijke door de VBER vrijgestelde beperkingen omvatten in beginsel:

- (a) een direct of indirect verbod op de verkoop op onlinemarktplaatsen⁹²;
 - (b) een bepaling dat de afnemer een of meer fysieke winkels of showrooms heeft als voorwaarde om lid te worden van het distributiestelsel van de afnemer;
 - (c) een bepaling dat de afnemer ten minste een bepaalde absolute hoeveelheid contractgoederen of -diensten (uitgedrukt in waarde of in volume, maar niet in verhouding tot zijn totale omzet) offline verkoopt om een doeltreffende werking van zijn fysieke winkel te waarborgen. 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.
- (195) Een vereiste dat dezelfde afnemer een andere prijs betaalt voor producten die bestemd zijn om online te worden doorverkocht dan voor producten die bestemd zijn om offline te worden doorverkocht, kan binnen de veilige zone van de VBER vallen, voor zover dit tot doel heeft het passende niveau van investeringen die respectievelijk online en offline worden gedaan, te stimuleren of te belonen. Dit prijsverschil moet verband houden met de verschillen in de kosten die de distributeurs in elk kanaal op detailhandelniveau maken. Daartoe moet bij het verschil in groothandelsprijs rekening worden gehouden met de verschillende investeringen en kosten die een hybride distributeur heeft gemaakt, om hem te stimuleren of te belonen voor het passende niveau van investeringen die respectievelijk online en offline worden gedaan, aangezien wanneer het verschil in groothandelsprijs volledig losstaat van het verschil in kosten die in elk kanaal worden gemaakt, een dergelijk prijsverschil waarschijnlijk geen efficiëntieverbeteringen zal voortbrengen. Wanneer het verschil in groothandelsprijs ertoe strekt het doeltreffende gebruik van het internet voor onlineverkoop te verhinderen, vormt het derhalve een hardcorebeperking, zoals uiteengezet in punt 188 van deze richtsnoeren. Dit zou met name het geval zijn wanneer het prijsverschil het doeltreffende gebruik van het internet voor de onlineverkoop niet winstgevend of financieel niet houdbaar maakt.
- (196) Beperkingen op het gebied van onlinereclame in verticale overeenkomsten genieten de groepsvrijstelling zolang ze niet, direct of indirect, ertoe strekken te beletten dat afnemers of hun klanten het internet doeltreffend kunnen gebruiken om hun goederen of diensten online te verkopen, met name dat ze het doeltreffende gebruik van een of meer specifieke onlinereclamekanalen niet direct of indirect beletten. Voorbeelden van beperkingen op onlinereclame die de veilige zone van de VBER kunnen

⁹² Arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2017, Coty Germany, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, punten 64 tot en met 69; zie ook afdeling 8.2.3 van deze richtsnoeren.

benutten zijn onder meer de bepaling dat onlinereclame aan bepaalde kwaliteitsnormen moet voldoen of specifieke inhoud of informatie moet bevatten, of een bepaling dat de afnemer geen gebruik mag maken van de diensten van individuele aanbieders van onlinereclame die niet aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoen.

6.1.2.2. Onderscheid tussen actieve en passieve verkoop

- (197) Een beperking van het grondgebied waarin of de klantenkring waaraan een afnemer of zijn klanten de contractgoederen of -diensten kunnen verkopen, kan betrekking hebben op actieve of passieve verkoop in dat grondgebied of aan die klanten. Artikel 1, punten l) en m), VBER bevat de definities van actieve en passieve verkoop.
- (198) Artikel 1, punt m), VBER bepaalt dat de verkoop aan klanten die niet actief zijn benaderd door het opzetten van een eigen website of onlinewinkel, ongeacht of deze op een eigen server dan wel op een server van een derde wordt gehost, als passieve verkoop wordt aangemerkt, aangezien het een manier is om potentiële klanten in staat te stellen een bepaalde distributeur te bereiken. Het gebruik van een website kan effecten hebben die verder reiken dan het eigen grondgebied of de eigen klantenkring van de distributeur, bijvoorbeeld door onlineaankopen mogelijk te maken voor klanten die zich buiten het fysieke handelsgebied van de distributeur bevinden. Wanneer er geen actieve targeting door de distributeur voor een specifiek grondgebied of een specifieke klantenkring plaatsvindt en een klant uit dat grondgebied of die klantenkring 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, aangezien de toegang van de klant tot de website van de distributeur voortvloeit uit het doeltreffende gebruik van het internet door de klant. Hetzelfde geldt wanneer een klant ervoor kiest automatisch op de hoogte te worden gehouden door de distributeur en deze informatie tot een verkoop leidt. Evenzo is het gebruik van technieken voor zoekmachineoptimalisatie op een website, met name het gebruik van instrumenten of technieken om de ranking van die website op zoekmachines te verbeteren, een vorm van passieve verkoop.
- (199) Het aanbieden op een website of in een onlinewinkel van andere taalopties dan die welke gewoonlijk worden gebruikt in het gebied waar de distributeur is gevestigd, is daarentegen doorgaans een aanwijzing dat de activiteiten van de distributeur zijn gericht op het gebied waar die taal algemeen wordt gesproken en is dus een vorm van actieve verkoop⁹³. Het aanbieden van een Engelse taaloctie op een website of in een onlinewinkel wordt niet beschouwd als een aanwijzing dat de activiteiten van de distributeur zijn gericht op Engelstalige gebieden, aangezien het Engels een gangbare taal is in de EU-lidstaten. Ook het opzetten van een eigen website of onlinewinkel met een domeinnaam die overeenkomt met een ander gebied dan dat waar de distributeur is gevestigd, is een vorm van actieve verkoop in dat gebied. Het aanbieden van een website of onlinewinkel met een generieke en niet-landspecifieke domeinnaam wordt daarentegen beschouwd als een vorm van passieve verkoop.

⁹³ Arrest van het Hof van Justitie van 7 december 2010, Pammer en Hotel Alpenhof, gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740, punt 93.

- (200) Gerichte onlinereclame of -promotie is een vorm van actieve verkoop. In veel gevallen stelt onlinereclame de distributeur met name in staat om vooraf het publiek te bepalen dat zijn onlinereclame te zien zal krijgen en dus om de gebieden of klantenkringen te selecteren waarop zijn reclame is gericht. Gerichte onlinereclame die klanten in een aan andere distributeurs toegewezen exclusief verkoopgebied of exclusieve klantenkring bereikt, kan dus worden beperkt. Dit omvat bijvoorbeeld gepersonaliseerde reclame die op klanten in het exclusieve verkoopgebied of de exclusieve klantenkring is gericht, inschrijving voor betaalde verwijzingen op een zoekmachine die op een exclusief verkoopgebied of een exclusieve klantenkring is gericht, en andere vormen van onlinereclame die de distributeur in staat stellen de reclame zodanig te ontwerpen dat klanten in exclusieve verkoopgebieden of klantenkringen worden benaderd of uitgesloten. Daarentegen wordt onlinereclame of -promotie die voor klanten in het eigen grondgebied of de eigen klantenkring van een distributeur is bedoeld, maar die niet tot dat grondgebied of die klantenkring kan worden beperkt, als een vorm van passieve verkoop beschouwd voor zover de reclame of promotie niet op klanten in specifieke grondgebieden of klantenkringen is gericht. Voorbeelden van dergelijke algemene reclame zijn gesponsorde inhoud op een website van een lokale of nationale krant die toegankelijk is voor elke bezoeker van die website, of het gebruik van prijsvergelijkingstools met generieke en niet-landspecifieke domeinnamen. Wanneer een dergelijke algemene reclame daarentegen wordt gemaakt in talen die niet gangbaar zijn in het gebied waar de distributeur is gevestigd of op websites met een domeinnaam die overeenkomt met een ander gebied dan dat waar de distributeur is gevestigd, is er sprake van een vorm van actieve verkoop in dat gebied, aangezien de reclame niet langer is bedoeld voor klanten in het eigen gebied van de distributeur. Deelname aan overheidsopdrachten wordt aangemerkt als een vorm van passieve verkoop, ongeacht het type aanbestedingsprocedure (bv. openbare procedure, niet-openbare procedure). Deze kwalificatie is in overeenstemming met de wetgeving inzake overheidsopdrachten. Indien deelname aan een openbare aanbesteding als actieve verkoop zou worden aangemerkt, zou de concurrentie tussen merken op dergelijke markten aanzienlijk worden verminderd. Dit zou in strijd zijn met de ratio van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, die onder meer tot doel heeft concurrentie tussen merken te bevorderen. Bijgevolg is het beperken van de deelname van een afnemer aan overheidsopdrachten een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punten b), c) en d), VBER. Ook inschrijving op onderhandse aanbestedingen is een vorm van passieve verkoop. Een onderhandse aanbesteding is een ongevraagd verzoek tot verkoop dat is gericht aan meerdere potentiële leveranciers. Bij het indienen van een offerte in het kader van een onderhandse aanbesteding is derhalve sprake van passieve verkoop.
- (201) Zoals vastgesteld in artikel 1, lid 1, punt n), VBER worden in het kader van beperkingen die een “beperking van actieve of passieve verkoop” in de zin van artikel 4 VBER inhouden, alle andere vormen van verkoop dan die welke in de VBER als passieve verkoop zijn gedefinieerd en in deze richtsnoeren nader worden toegelicht, als actieve verkoop beschouwd.

6.1.2.3. Toepassing van de algemene beginselen

- (202) Artikel 4, punten b), c) en d), VBER bevat een lijst van hardcorebeperkingen en uitzonderingen die van toepassing zijn afhankelijk van het distributiestelsel van de leverancier: exclusieve distributie, selectieve distributie of vrije distributie.

6.1.2.4. Wanneer de leverancier een exclusief distributiestelsel hanteert

- (203) De in artikel 4, punt b), VBER vastgestelde hardcorebeperking betreft overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die er direct of indirect toe strekken het grondgebied waarin of de klantenkring waaraan een afnemer aan wie een exclusief grondgebied of een exclusieve klantenkring is toegewezen, de contractgoederen of -diensten actief of passief mag verkopen, te beperken.
- (204) Er zijn vijf uitzonderingen op de hardcorebeperking van artikel 4, punt b), VBER.
- (205) Ten eerste voorziet artikel 4, punt b), i), VBER in de mogelijkheid voor de leverancier om de actieve verkoop door een exclusieve distributeur in een grondgebied dat of aan een klantenkring die exclusief aan andere afnemers is toegewezen of voor de leverancier is gereserveerd, te beperken. Om hun investeringsstimulansen te behouden, moeten de exclusief aangestelde distributeurs voldoende worden beschermd tegen actieve verkoop, met inbegrip van onlinereclame, in het grondgebied dat of aan de klantenkring die exclusief aan hen is toegewezen door de andere afnemers van de leverancier in de Unie, met inbegrip van afnemers aan wie de leverancier exclusief andere grondgebieden of klantenkringen heeft toegewezen. Wanneer de aan andere afnemers van de leverancier opgelegde beperkingen op de actieve verkoop geen passend beschermingsniveau bieden om de stimulansen voor de erkende distributeur om in het exclusieve verkoopgebied te investeren, in stand te houden en dus om de oprichting van een exclusief distributiestelsel te rechtvaardigen, zal het voordeel van de VBER waarschijnlijk worden ingetrokken.
- (206) De verkoop door klanten van een exclusieve distributeur in een grondgebied dat of aan een klantenkring die de leverancier exclusief aan andere distributeurs heeft toegewezen, kan ook de stimulansen voor laatstgenoemde distributeurs aantasten om in kwaliteits- of vraagbevorderende diensten te investeren. Om de investeringsstimulansen voor exclusief aangestelde distributeurs te beschermen, kan de leverancier eisen dat die andere distributeurs en hun klanten die een distributieovereenkomst hebben gesloten met de leverancier of met een partij aan wie de leverancier distributierechten heeft verleend, beperkingen opgelegd krijgen met betrekking tot de actieve verkoop in het exclusief toegewezen grondgebied of aan de exclusief toegewezen klantenkring (d.w.z. de beperkingen op de actieve verkoop worden overgedragen aan de klanten van de afnemer)⁹⁴.
- (207) De leverancier mag de toewijzing van een exclusief grondgebied en de toewijzing van een exclusieve klantenkring met elkaar combineren en bijvoorbeeld in een specifiek gebied een exclusieve distributeur voor een specifieke klantenkring aanwijzen.
- (208) De bescherming van exclusief toegewezen gebieden of klantenkringen is niet absoluut. Om compartimentering van de markt te voorkomen, kan passieve verkoop in dergelijke gebieden of aan dergelijke klantenkringen niet worden verboden. Artikel 4, punt b), VBER heeft echter uitsluitend betrekking op beperkingen betreffende de verkoop door de afnemer of zijn klanten, hetgeen betekent dat de leverancier niet wordt belet om een volledige of gedeeltelijke beperking te

⁹⁴ De overdracht is op grond van de VBER toegestaan wanneer het marktaandeel van de leverancier die partij is bij de overeenkomst, op de markt waarop hij de goederen of diensten aan de afnemer verkoopt, niet meer dan 30 % bedraagt en wanneer het marktaandeel van de afnemer op de markt waarop hij de contractgoederen of -diensten koopt, niet meer dan 30 % bedraagt.

aanvaarden, noch online, noch offline, betreffende zowel de actieve als de passieve verkoop in het exclusieve grondgebied of aan (alle of enkele van) de klanten die een exclusieve klantenkring vormen.

- (209) Ten tweede voorziet artikel 4, punt b), ii), VBER in de mogelijkheid voor de leverancier die de toepassing van een exclusief distributiestelsel en een selectief distributiestelsel in verschillende gebieden combineert, om een exclusieve afnemer beperkingen op te leggen met betrekking tot de actieve of passieve verkoop aan niet-erkende distributeurs die zijn gevestigd in een gebied waar de leverancier een selectief distributiestelsel hanteert, hetgeen betekent dat de leverancier geselecteerde distributeurs heeft aangewezen of het gebied voor de toepassing van een dergelijk selectief distributiestelsel heeft gereserveerd. De bescherming van het selectieve distributiestelsel strekt zich uit tot de actieve en passieve verkoop door de klanten van de exclusieve afnemer, die ook kunnen worden belet te verkopen aan niet-erkende distributeurs binnen het selectieve distributiestelsel.
- (210) Ten derde voorziet artikel 4, punt b), iii), VBER in de mogelijkheid voor een leverancier om de plaats van vestiging van de afnemer aan wie een exclusief grondgebied of een exclusieve klantenkring is toegewezen, te beperken (“vestigingsbeding”). Dit betekent dat het voordeel van de VBER blijft gelden indien is overeengekomen dat de afnemer zijn verkooppunt(en) en opslagplaats(en) tot een bepaald adres, een bepaalde plaats of een bepaald gebied beperkt. Voor een mobiel verkooppunt kan een gebied worden afgebakend waarbuiten het niet kan worden geëxploiteerd. Het gebruik door een distributeur van zijn eigen website mag niet worden gelijkgesteld aan de opening van een nieuw verkooppunt op een andere locatie en kan dus niet worden beperkt⁹⁵.
- (211) Ten vierde voorziet artikel 4, punt b), vi), VBER in de mogelijkheid voor een leverancier om de actieve en passieve verkoop door een exclusieve groothandelaar aan eindgebruikers te beperken, aangezien de leverancier de groothandels- en detailhandelsniveaus gescheiden kan houden. Deze uitzondering sluit echter niet een regeling uit waarbij de groothandelaar aan bepaalde (bv. enkele grote) eindgebruikers mag verkopen, terwijl de verkoop aan (alle) andere eindgebruikers niet is toegestaan.
- (212) Ten vijfde staat artikel 4, punt b), v), VBER beperkingen toe waarmee een leverancier aan afnemers een verbod oplegt om voor verwerking geleverde componenten door te verkopen aan concurrenten van de leverancier die de componenten zouden gebruiken om hetzelfde soort goederen te produceren als door de leverancier wordt geproduceerd. Onder de term “component” vallen alle intermediaire goederen en de term “verwerking” duidt op het gebruik van een goed voor de productie van een ander goed.

6.1.2.5. Wanneer de leverancier een selectief distributiestelsel hanteert

- (213) De in artikel 4, punt c), i), VBER vastgestelde hardcorebeperking betreft overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben het grondgebied waarin of de klantenkringen waaraan een selectieve distributeur de contractgoederen of -diensten actief of passief mag verkopen, te beperken.
- (214) Er zijn vijf uitzonderingen op de hardcorebeperking van artikel 4, punt c), i), VBER.

⁹⁵ Zie arrest van het Hof van Justitie van 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, punten 56 en 57.

- (215) De eerste uitzondering betreft de beperking van de actieve verkoop door erkende distributeurs buiten het selectieve distributiestelsel. Zij houdt in dat de leverancier de actieve verkoop, met inbegrip van onlinereclame, door erkende distributeurs in andere grondgebieden of aan klantenkringen die exclusief aan een of meer distributeurs zijn toegewezen of exclusief voor de leverancier zijn gereserveerd, mag verbieden. De leverancier kan verlangen dat de beperking van de actieve verkoop in een exclusief grondgebied of aan een exclusieve klantenkring door de afnemer wordt overgedragen aan zijn klanten die een distributieovereenkomst hebben gesloten met een leverancier of met een partij aan wie de leverancier distributierechten heeft verleend.
- (216) De tweede uitzondering staat een leverancier toe erkende distributeurs en klanten van deze distributeurs beperkingen op te leggen met betrekking tot de verkoop aan niet-erkende distributeurs die zijn gevestigd in elk gebied waar de leverancier een selectief distributiestelsel hanteert, hetgeen betekent dat de leverancier geselecteerde distributeurs heeft aangewezen of het gebied voor de toepassing van een dergelijk selectief distributiestelsel heeft gereserveerd. De beperking kan betrekking hebben op actieve of passieve verkoop op elk handelsniveau.
- (217) De derde uitzondering biedt de leverancier de mogelijkheid erkende distributeurs te beletten hun activiteiten vanuit verschillende vestigingen uit te oefenen of een nieuw verkooppunt op een andere locatie te openen (“vestigingsbeding”). Dit betekent dat het voordeel van de VBER blijft gelden indien is overeengekomen dat de afnemer zijn verkooppunt(en) en opslagplaats(en) tot een bepaald adres, een bepaalde plaats of een bepaald gebied beperkt. Voor een mobiel verkooppunt kan een gebied worden afgebakend waarbuiten het niet kan worden geëxploiteerd. Het gebruik door een distributeur van zijn eigen website mag niet worden gelijkgesteld aan de opening van een nieuw verkooppunt op een andere locatie en kan dus niet worden beperkt.
- (218) De vierde uitzondering biedt een leverancier de mogelijkheid om de actieve en passieve verkoop door een erkende groothandelaar aan eindgebruikers te beperken, aangezien de leverancier de groothandels- en detailhandelsniveaus gescheiden kan houden. Deze uitzondering sluit echter niet een regeling uit waarbij de groothandelaar aan bepaalde (bv. enkele grote) eindgebruikers mag verkopen, terwijl de verkoop aan (alle) andere eindgebruikers niet is toegestaan.
- (219) De vijfde uitzondering staat beperkingen toe waarmee een leverancier aan erkende afnemers een verbod oplet om voor verwerking geleverde componenten door te verkopen aan concurrenten van de leverancier die de componenten zouden gebruiken om hetzelfde soort goederen te produceren als door de leverancier worden geproduceerd. Onder de term “component” vallen alle intermediaire goederen en de term “verwerking” duidt op het gebruik van een goed voor de productie van een ander goed.
- (220) De in artikel 4, punt c), iii), VBER vastgestelde hardcorebeperking 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 (zie de derde uitzondering op artikel 4, punt c), i), en punt 217 van deze richtsnoeren). Dit betekent dat erkende distributeurs geen beperkingen mogen worden opgelegd met betrekking tot de keuze van de gebruikers, noch met betrekking tot de namens die gebruikers als koper handelende agenten, aan wie zij mogen verkopen, behalve om een exclusief distributiestelsel dat elders wordt

gehanteerd, te beschermen (zie de eerste uitzondering op artikel 4, punt c), i), en punt 215 van deze richtsnoeren). Binnen een selectief distributiestelsel moet het de erkende distributeurs vrijstaan zowel actief als passief aan alle eindgebruikers te verkopen.

- (221) Aangezien onlinekanalen en offlinekanalen verschillende kenmerken hebben, kan een leverancier met een selectief distributiestelsel zijn erkende distributeurs criteria voor onlineverkoop opleggen die niet identiek zijn aan die welke gelden voor de verkoop in fysieke winkels, voor zover de voor onlineverkoop opgelegde criteria direct of indirect, op zich of in combinatie met andere factoren, niet tot doel hebben de afnemers of hun klanten te beletten het internet doeltreffend te gebruiken om hun goederen of diensten online te verkopen. Een leverancier kan bijvoorbeeld specifieke eisen vaststellen om bepaalde dienstkwaliteitsnormen te waarborgen voor gebruikers die online kopen, zoals het opzetten en exploiteren van een online after-sales helpdesk, het terugbetalen van de kosten van klanten die het product terugsturen of het toepassen van beveiligde betalingssystemen. Deze beperkingen hebben geen gevolgen voor een groep klanten die binnen alle potentiële klanten kan worden afgebakend, noch voor de mogelijkheid van de afnemers of hun klanten om hun eigen websites te exploiteren en om via het internet reclame te maken op platforms van derden of onlinezoekmachines, waardoor afnemers of hun klanten in staat worden gesteld hun onlineactiviteiten onder de aandacht te brengen en potentiële klanten aan te trekken.
- (222) Een selectief distributiestelsel kan niet worden gecombineerd met een exclusief distributiestelsel, zoals gedefinieerd in artikel 1, lid 1, punt g), VBER, binnen hetzelfde gebied, aangezien dit zou leiden tot een hardcorebeperking van de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door de erkende distributeurs overeenkomstig artikel 4, punt c), i), VBER. De leverancier kan zich er echter wel toe verbinden in een specifiek deel van het gebied waar het selectieve distributiestelsel wordt gehanteerd, slechts aan één of een beperkt aantal erkende distributeurs te leveren. De leverancier kan zich er tevens toe verbinden zelf geen rechtstreekse verkopen in dat gebied te verrichten. Daarnaast kan de leverancier, zoals toegestaan door de tweede uitzondering op artikel 4, punt c), i), VBER, zijn erkende distributeurs een vestigingsbeding opleggen.
- (223) De in artikel 4, punt c), ii), VBER vastgestelde hardcorebeperking betreft de beperking van onderlinge leveringen tussen erkende distributeurs binnen een selectief distributiestelsel. Dit betekent dat de leverancier actieve of passieve verkoop tussen zijn erkende distributeurs niet kan beletten. Het moet de erkende distributeurs vrijstaan de contractproducten te betrekken van andere erkende distributeurs binnen het net die op hetzelfde of op een ander handelniveau werkzaam zijn⁹⁶. Selectieve distributie mag derhalve niet worden gecombineerd met verticale beperkingen die erop gericht zijn distributeurs te dwingen de contractproducten uitsluitend uit een bepaalde bron te betrekken. Dit betekent ook dat binnen een selectief distributienet aan erkende groothandelaren geen beperkingen mogen worden opgelegd met betrekking tot hun verkoop aan erkende distributeurs.

⁹⁶ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie van 17 december 2018 in Guess, AT.40428, punten 65 tot en met 78.

6.1.2.6. Wanneer de leverancier een stelsel van vrije distributie hanteert

- (224) De in artikel 4, punt d), VBER vastgestelde hardcorebeperking betreft overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben het grondgebied waarin of de klantenkringen waaraan een afnemer de contractgoederen of -diensten actief of passief mag verkopen, te beperken.
- (225) Er zijn vijf uitzonderingen op de hardcorebeperking van artikel 4, punt d), VBER.
- (226) Ten eerste biedt artikel 4, punt d), i), VBER de leverancier de mogelijkheid om de actieve verkoop, met inbegrip van onlinereclame, door een afnemer in een grondgebied dat of aan een klantenkring die exclusief voor de leverancier is gereserveerd of exclusief aan andere afnemers is toegewezen, te beperken. De leverancier kan verlangen dat de beperking van de actieve verkoop in een exclusief grondgebied of aan een exclusieve klantenkring door de afnemer wordt overgedragen aan zijn klanten die een distributieovereenkomst hebben gesloten met een leverancier of met een partij aan wie de leverancier distributierechten heeft verleend. De bescherming van op basis van exclusiviteit toegewezen gebieden of klantenkringen is echter niet absoluut, aangezien passieve verkoop in die gebieden of aan die klantenkringen niet kan worden verboden.
- (227) Ten tweede biedt artikel 4, punt d), ii), VBER de leverancier de mogelijkheid om een afnemer en zijn klanten beperkingen op te leggen met betrekking tot de actieve of passieve verkoop aan niet-erkende distributeurs die zijn gevestigd in een gebied waar de leverancier een selectief distributiestelsel hanteert of dat de leverancier voor de toepassing van een dergelijk selectief distributiestelsel heeft gereserveerd. De beperking kan betrekking hebben op actieve of passieve verkoop op elk handelsniveau.
- (228) Ten derde biedt artikel 4, punt d), iii), VBER een leverancier de mogelijkheid om de plaats van vestiging van een afnemer te beperken (“vestigingsbeding”). Dit betekent dat het voordeel van de VBER blijft gelden indien is overeengekomen dat de afnemer zijn verkooppunt(en) en opslagplaats(en) tot een bepaald adres, een bepaalde plaats of een bepaald gebied beperkt. Voor een mobiel verkooppunt kan een gebied worden afgebakend waarbuiten het niet kan worden geëxploiteerd. Het gebruik door een distributeur van zijn eigen website mag niet worden gelijkgesteld aan de opening van een nieuw verkooppunt op een andere locatie en kan dus niet worden beperkt⁹⁷.
- (229) Ten vierde biedt artikel 4, punt d), vi), VBER een leverancier de mogelijkheid om de actieve en passieve verkoop door een groothandelaar aan eindgebruikers te beperken, aangezien de leverancier de groothandels- en detailhandelsniveaus gescheiden kan houden. Deze uitzondering sluit echter niet de mogelijkheid uit om de groothandelaar toe te staan aan bepaalde (bv. enkele grote) eindgebruikers te verkopen, maar hem te verbieden aan andere eindgebruikers te verkopen.
- (230) Ten vijfde staat artikel 4, punt d), v), VBER beperkingen toe waarmee een leverancier aan afnemers een verbod oplegt om voor verwerking geleverde componenten door te verkopen aan concurrenten van de leverancier die de componenten zouden gebruiken om hetzelfde soort goederen te produceren als door de leverancier worden geproduceerd. Onder de term “component” vallen alle

⁹⁷ Zie arrest van het Hof van Justitie van 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, punten 56 en 57.

intermediaire goederen en de term “verwerking” duidt op het gebruik van een goed voor de productie van een ander goed.

6.1.3. *Beperkingen op de verkoop van vervangingsonderdelen*

- (231) De in artikel 4, punt e), VBER vastgestelde hardcorebeperking betreft overeenkomsten die het eindgebruikers, onafhankelijke herstellere, groothandelaren en dienstverrichters bemoeilijken of verhinderen vervangingsonderdelen rechtstreeks van de producent van die vervangingsonderdelen te kopen. Een overeenkomst tussen een producent van vervangingsonderdelen en een afnemer die deze onderdelen in zijn eigen producten verwerkt, zoals “original equipment manufacturers” (OEM-producenten), mag direct noch indirect de verkoop van die vervangingsonderdelen door de OEM-producent aan eindgebruikers, onafhankelijke herstellere, groothandelaren of dienstverrichters beperken of verbieden. Er kan vooral 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 herstellere of dienstverrichters nodig hebben om die vervangingsonderdelen te gebruiken. Het is echter wel toegestaan in de overeenkomst te verhinderen dat de vervangingsonderdelen worden geleverd aan die herstellere of dienstverrichters aan wie de OEM-producent de reparatie of het onderhoud van zijn eigen producten heeft toevertrouwd. Dit betekent dat de OEM-producent van de leden van zijn eigen reparatie- en onderhoudsnet kan eisen dat zij alleen bij hem of bij andere leden van zijn selectief distributiestelsel vervangingsonderdelen kopen wanneer hij een dergelijk stelsel hanteert.

6.2. **Beperkingen die van de VBER zijn uitgesloten**

- (232) Artikel 5 VBER sluit bepaalde verplichtingen in verticale overeenkomsten van het toepassingsgebied van de VBER uit, ongeacht of de marktaandeeldrempel van artikel 3, lid 1, VBER al dan niet wordt overschreden. In artikel 5 VBER worden verplichtingen omschreven waarvan niet met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat ze aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen. Er bestaat geen vermoeden dat de in artikel 5 VBER genoemde verplichtingen binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen of niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 voldoen. De uitsluiting van deze verplichtingen van de VBER betekent alleen dat ze aan een individuele beoordeling op grond van artikel 101 zijn onderworpen. Bovendien is de uitsluiting van de groepsvrijstelling van artikel 5 VBER, anders dan artikel 4 VBER, beperkt tot de specifieke verplichting, indien die verplichting kan worden gescheiden van de rest van de verticale overeenkomst. Dit betekent dat de rest van de verticale overeenkomst nog steeds in aanmerking komt voor de groepsvrijstelling.

6.2.1. *Non-concurrentiebedingen met een looptijd van meer dan vijf jaar*

- (233) Overeenkomstig artikel 5, lid 1, punt a), VBER zijn non-concurrentiebedingen met een looptijd van meer dan vijf jaar uitgesloten van het voordeel van de VBER. Non-concurrentiebedingen zijn regelingen die bepalen dat de afnemer meer dan 80 % van de totale hoeveelheid contractgoederen en -diensten en substituten daarvan die hij het voorgaande kalenderjaar heeft gekocht, bij de leverancier of een door de leverancier aangewezen onderneming betreft, zoals gedefinieerd in artikel 1, lid 1, punt e), VBER. Dit betekent dat de afnemer geen concurrerende goederen of diensten mag kopen dan wel tot ten hoogste 20 % van de totale door hem gekochte hoeveelheid goederen of diensten. Indien voor het aan de sluiting van de verticale overeenkomst voorafgaande kalenderjaar 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. Zodra de werkelijke aankoopgegevens beschikbaar zijn, moeten deze echter worden gebruikt.

- (234) Non-concurrentiebedingen vallen niet onder de groepsvrijstelling indien ze van onbepaalde duur zijn of de duur ervan vijf jaar overschrijdt. Non-concurrentiebedingen die na een periode van vijf jaar stilzwijgend kunnen worden verlengd, vallen onder de groepsvrijstelling mits de afnemer daadwerkelijk opnieuw over de verticale overeenkomst met het non-concurrentiebeding kan onderhandelen of deze kan beëindigen met een redelijke opzegtermijn en tegen redelijke kosten. Zo kan de afnemer na het verstrijken van de periode van vijf jaar daadwerkelijk van leverancier veranderen. Wanneer bijvoorbeeld in een verticale overeenkomst een vijf jaar geldend non-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 non-concurrentiebeding te maken. Voorts moet, wanneer de leverancier de afnemer uitrusting ter beschikking heeft gesteld die niet relatiegebonden is, de afnemer bij het verstrijken van de geldigheidsduur van het non-concurrentiebeding de kans krijgen die uitrusting tegen de marktwaarde over te nemen.
- (235) Overeenkomstig artikel 5, lid 2, VBER is de beperking tot vijf jaar echter niet van toepassing wanneer de wederverkoop van de contractgoederen of -diensten door de afnemer geschiedt “in ruimten en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of door de leverancier worden gehuurd van een derde die niet met de afnemer is verbonden”. In dit geval mag de looptijd van het non-concurrentiebeding gelijk zijn aan de periode gedurende welke de afnemer het verkooppunt in gebruik heeft. De reden voor deze uitzondering is dat van een leverancier redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat hij in ruimten en op terreinen waarvan hij eigenaar is, de afnemer zonder zijn instemming concurrerende producten laat verkopen. Naar analogie gelden dezelfde principes wanneer de afnemer een mobiel verkooppunt exploiteert dat eigendom van de leverancier is of door de leverancier wordt gehuurd van een derde die niet met de afnemer is verbonden. Kunstmatige eigendomsconstructies, zoals de overdracht door de distributeur van zijn eigendomsrechten op de ruimten en terreinen aan de leverancier voor een beperkte periode, opgezet met de bedoeling de beperking tot vijf jaar te ontlopen, kunnen niet voor deze uitzondering in aanmerking komen.

6.2.2. *Non-concurrentiebedingen na het verstrijken van de overeenkomst*

- (236) Overeenkomstig artikel 5, lid 1, punt b), in samenhang met artikel 5, lid 3, VBER, zijn non-concurrentiebedingen die voor de afnemer gelden na het verstrijken van de overeenkomst uitgesloten van de VBER, tenzij het beding 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. Dit is alleen het geval wanneer de knowhow wezenlijk is in de zin van artikel 1, lid 1, punt h), VBER. Dit betekent dat de knowhow informatie moet omvatten die voor de afnemer belangrijk en nuttig is voor het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van de contractgoederen of -diensten.

6.2.3. *Non-concurrentiebedingen opgelegd aan leden van een selectief distributiestelsel*

- (237) Artikel 5, lid 1, punt c), VBER betreft de verkoop van concurrerende goederen of diensten in een selectief distributiestelsel. De VBER is van toepassing op de

combinatie van selectieve distributie met een non-concurrentiebeding dat erkende distributeurs de wederverkoop van concurrerende merken verbiedt. De groepsvrijstelling geldt echter niet, wanneer de leverancier zijn erkende distributeurs direct of indirect belet van een of meer specifieke concurrerende leveranciers producten voor wederverkoop te kopen. De uitsluiting van een beding van dit type heeft tot doel te voorkomen dat een aantal leveranciers die dezelfde selectieve verkooppunten gebruiken, een of meer specifieke concurrenten verhinderen zich voor de distributie van hun producten van diezelfde verkooppunten te bedienen. Een dergelijk scenario zou erop neerkomen dat een concurrerende leverancier wordt uitgesloten door een vorm van collectieve boycot.

6.2.4. *Pariteitsverplichtingen*

- (238) De vierde uitsluiting van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling, die is vastgelegd in artikel 5, lid 1, punt d), VBER, betreft door leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten opgelegde verplichtingen inzake retailpariteit op grond waarvan afnemers van die diensten geen goederen of diensten onder gunstigere voorwaarden aan eindgebruikers mogen aanbieden, verkopen of doorverkopen met gebruikmaking van concurrerende onlinetussenhandelsdiensten. De eindgebruikers kunnen ondernemingen of consumenten zijn. De voorwaarden kunnen betrekking hebben op prijzen, voorraden, beschikbaarheid of andere aanbiedings- of verkoopvoorwaarden. De pariteitsverplichting kan uitdrukkelijk worden opgelegd of met andere directe of indirecte middelen worden toegepast, met inbegrip van het gebruik van differentiële prijsstelling of andere stimulansen of maatregelen waarvan de toepassing afhangt van de voorwaarden waaronder de afnemer van de onlinetussenhandelsdiensten goederen of diensten aan eindgebruikers aanbiedt via concurrerende leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten. Zo kan een leverancier van onlinetussenhandelsdiensten afnemers stimuleren om hem pariteit te verlenen ten opzichte van concurrerende leveranciers van deze diensten door de goederen of diensten van de afnemer op zijn website beter zichtbaar te maken of door lagere provisie tarieven in rekening te brengen.
- (239) Alle andere soorten pariteitsverplichtingen vallen onder de groepsvrijstelling van de VBER. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om verplichtingen inzake retailpariteit met betrekking tot de kanalen voor rechtstreekse verkoop of de marketingkanalen van leveranciers van goederen of diensten (zogenoemde pariteit “in enge zin”), pariteitsverplichtingen met betrekking tot de voorwaarden waaronder goederen of diensten worden aangeboden aan ondernemingen die geen eindgebruikers zijn, en pariteitsverplichtingen met betrekking tot de voorwaarden waaronder producenten, groothandelaren of detailhandelaren goederen of diensten als inputs kopen (zie afdeling 8.2.5 van deze richtsnoeren voor de beoordeling van pariteitsverplichtingen in individuele gevallen waarin de VBER niet van toepassing is).

7. INTREKKING EN NIET-TOEPASSING

7.1. **Intrekking van het voordeel van de VBER (artikel 29 van Verordening 1/2003)**

- (240) De Commissie kan het voordeel van de VBER intrekken op grond van artikel 29, lid 1, van Verordening 1/2003, indien zij vaststelt dat in een specifiek geval een verticale overeenkomst waarop de VBER van toepassing is, bepaalde gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3. Indien een dergelijke overeenkomst in een specifiek geval met artikel 101, lid 3, onverenigbare gevolgen heeft op het grondgebied of op een gedeelte van het grondgebied van een lidstaat dat alle

kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont, kan de nationale mededingingsautoriteit van die lidstaat bovendien het voordeel van de VBER intrekken op grond van artikel 29, lid 2, van Verordening 1/2003. In artikel 29 van Verordening 1/2003 worden de rechterlijke instanties van de lidstaten niet genoemd. Zij zijn dus niet bevoegd om het voordeel van de VBER in te trekken⁹⁸, tenzij de betrokken rechterlijke instantie een aangewezen mededingingsautoriteit van een lidstaat is in de zin van artikel 35 van Verordening 1/2003.

- (241) De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten kunnen het voordeel van de VBER intrekken in twee scenario's. Ten eerste kunnen zij het voordeel van de VBER intrekken indien een verticale overeenkomst die binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt, *op zich* gevolgen heeft op de relevante markt die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3. Ten tweede kunnen zij, zoals vermeld in overweging 18 van de VBER, ook het voordeel van de VBER intrekken indien de verticale overeenkomst deze gevolgen heeft *in samenhang* met soortgelijke overeenkomsten die door concurrerende leveranciers of afnemers zijn gesloten. De reden hiervoor is dat naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke verticale overeenkomsten cumulatieve effecten kunnen hebben die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3. De beperking van de toegang tot de relevante markt en de beperking van de mededinging op die markt zijn voorbeelden van dergelijke cumulatieve effecten die een intrekking van het voordeel van de VBER kunnen rechtvaardigen⁹⁹.
- (242) Naast elkaar bestaande netwerken van verticale overeenkomsten moeten als soortgelijk worden beschouwd, wanneer ze hetzelfde type beperkingen omvatten die soortgelijke effecten op de markt hebben. Dergelijke cumulatieve effecten kunnen bijvoorbeeld optreden in het geval van gedeelde exclusiviteit of selectieve distributie, of kunnen het gevolg zijn van pariteitsverplichtingen of non-concurrentiebedingen. Wat selectieve distributie betreft, kan er sprake zijn van naast elkaar bestaande netwerken die in voldoende mate soortgelijk zijn wanneer op een gegeven markt bepaalde leveranciers zuiver kwalitatieve selectieve distributie toepassen en andere leveranciers kwantitatieve selectieve distributie, met soortgelijke effecten op de markt. Dergelijke cumulatieve effecten kunnen zich ook voordoen wanneer op een gegeven markt naast elkaar bestaande selectieve distributienetten kwalitatieve criteria hanteren die distributeurs van de markt afschermen. Onder deze omstandigheden moet bij de beoordeling rekening worden gehouden met de mededingingsverstoringen die aan elk individueel netwerk van overeenkomsten kunnen worden toegerekend. Waar passend, kan de intrekking van het voordeel van de VBER worden beperkt tot bepaalde kwalitatieve criteria of bepaalde kwantitatieve criteria die bijvoorbeeld het aantal erkende distributeurs beperken.
- (243) De verantwoordelijkheid voor een mededingingsverstoring cumulatieve werking kan slechts worden gelegd bij die ondernemingen welke hiertoe wezenlijk bijdragen. Overeenkomsten die worden gesloten door ondernemingen waarvan de bijdrage tot

⁹⁸ De rechterlijke instanties van de lidstaten mogen evenmin de draagwijdte van de VBER wijzigen door het toepassingsgebied ervan uit te breiden tot overeenkomsten die niet onder de VBER vallen. Door een dergelijke uitbreiding zou immers, ongeacht de omvang ervan, in de wetgevende bevoegdheid van de Commissie worden getreden (zie arrest van het Hof van Justitie van 28 februari 1991, *Delimitis/Henninger Bräu*, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, punt 46).

⁹⁹ Het is echter weinig waarschijnlijk dat een cumulatief marktafschermingseffect optreedt indien minder dan 30 % van de relevante markt wordt bestreken door naast elkaar bestaande netwerken van verticale overeenkomsten (zie de de-minimisededeling, punt 10).

de cumulatieve werking onbeduidend is, vallen niet onder het verbod van artikel 101, lid 1¹⁰⁰. Ze worden derhalve niet met intrekking bedreigd¹⁰¹.

- (244) Overeenkomstig artikel 29, lid 1, van Verordening 1/2003 kan de Commissie het voordeel van de VBER ambtshalve of naar aanleiding van een klacht intrekken. Dit omvat de mogelijkheid voor nationale mededingingsautoriteiten om de Commissie te verzoeken het voordeel van de VBER in een specifiek geval in te trekken, onverminderd de toepassing van de regels inzake de toewijzing van zaken en het verlenen van bijstand binnen het Europees Mededingingsnetwerk¹⁰², en onverminderd hun eigen intrekkingsbevoegdheid overeenkomstig artikel 29, lid 2, van Verordening 1/2003. Indien ten minste drie nationale mededingingsautoriteiten de Commissie verzoeken artikel 29, lid 1, van Verordening 1/2003 in een specifiek geval toe te passen, zal de Commissie de zaak in het kader van het Europees Mededingingsnetwerk bespreken om tot een eventuele intrekking van het voordeel van de VBER te beslissen. In dit verband zal de Commissie zoveel mogelijk rekening houden met de standpunten van de nationale mededingingsautoriteiten die de Commissie hebben verzocht het voordeel van de VBER in te trekken om tijdig te kunnen vaststellen of in het specifieke geval aan de voorwaarden voor intrekking is voldaan.
- (245) Uit artikel 29, leden 1 en 2, van Verordening 1/2003 volgt dat de Commissie de uitsluitende bevoegdheid bezit om het voordeel van de VBER in de hele Unie 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 enkele lidstaat, terwijl nationale mededingingsautoriteiten deze voordelen alleen met betrekking tot het grondgebied van hun respectieve lidstaat kunnen intrekken.
- (246) De intrekkingsbevoegdheid van een individuele nationale mededingingsautoriteit heeft derhalve betrekking op gevallen waarin de relevante markt één enkele lidstaat bestrijkt, of een regio die in haar geheel in de betrokken lidstaat is gelegen. In een dergelijk geval is de nationale mededingingsautoriteit van die lidstaat bevoegd om het voordeel van de VBER in te trekken met betrekking tot een verticale overeenkomst die gevolgen heeft die op deze nationale of regionale markt onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3. Dit is een parallelle bevoegdheid omdat artikel 29, lid 1, VBER de Commissie ook de bevoegdheid verleent om het voordeel van de VBER met betrekking tot een nationale of regionale markt in te trekken, mits de betrokken verticale overeenkomst de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.
- (247) Wanneer het om verschillende afzonderlijke nationale of regionale markten gaat, kunnen verschillende bevoegde nationale mededingingsautoriteiten tegelijkertijd het voordeel van de VBER intrekken.
- (248) Uit de bewoordingen van artikel 29, lid 1, van Verordening 1/2003 blijkt dat de Commissie, wanneer zij het voordeel van de VBER intrekt, ten eerste moet bewijzen

¹⁰⁰ Individuele leveranciers of distributeurs met een marktaandeel van niet meer dan 5 % worden over het algemeen niet geacht in aanzienlijke mate bij te dragen tot een cumulatief marktafschermingseffect (zie de de-minimismededeling, punt 10, en arrest van het Hof van Justitie van 28 februari 1991, Delimitis/Henninger Bräu, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, punten 24 tot en met 27).

¹⁰¹ De mate van verantwoordelijkheid zal in individuele gevallen worden beoordeeld aan de hand van de criteria die zijn vastgelegd in het handavingsbeleid, zoals uiteengezet in afdeling 8 van deze richtsnoeren.

¹⁰² Zie hoofdstuk IV van Verordening 1/2003.

dat de VBER van toepassing is op de betrokken verticale overeenkomst, hetgeen betekent dat de overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, moet vallen¹⁰³, en ten tweede dat deze overeenkomst gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3, hetgeen betekent dat de overeenkomst ten minste aan een van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, niet voldoet¹⁰⁴. Op grond van artikel 29, lid 2, van Verordening 1/2003 zijn dezelfde vereisten van toepassing wanneer een nationale mededingingsautoriteit het voordeel van de VBER met betrekking tot haar lidstaat intrekt. Met name wat betreft de last om te bewijzen dat aan het tweede vereiste is voldaan, bepaalt artikel 29 dat de bevoegde mededingingsautoriteit moet aantonen dat aan ten minste een van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, niet is voldaan¹⁰⁵.

- (249) Indien aan de vereisten van artikel 29, lid 1, van Verordening 1/2003 is voldaan, kan de Commissie in een individueel geval het voordeel van de VBER intrekken. Een dergelijke intrekking en de daarvoor geldende vereisten zoals uiteengezet in de vorige punten, moeten worden onderscheiden van de bevindingen in een besluit van de Commissie op grond van hoofdstuk III van Verordening 1/2003. Een intrekking kan echter bijvoorbeeld worden gecombineerd met het vaststellen van een inbreuk en het opleggen van een corrigerende maatregel, en zelfs met voorlopige maatregelen, zoals het geval was in eerdere besluiten van de Commissie¹⁰⁶.
- (250) Indien de Commissie het voordeel van de VBER intrekt op grond van artikel 29, lid 1, van Verordening 1/2003, moet zij er rekening mee houden dat de intrekking slechts gevolgen ex nunc kan hebben, dat wil zeggen dat de vrijgestelde status van de betrokken overeenkomsten ongewijzigd blijft gedurende de periode voorafgaand aan de datum waarop de intrekking van kracht wordt. In het geval van een intrekking overeenkomstig artikel 29, lid 2, van Verordening 1/2003 moeten de betrokken nationale mededingingsautoriteiten ook rekening houden met hun verplichtingen uit

¹⁰³ Indien een verticale overeenkomst buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt, zoals uiteengezet in afdeling 3 van deze richtsnoeren, is de vraag van de toepasselijkheid van de VBER niet aan de orde, omdat de VBER erop gericht is de categorieën verticale overeenkomsten te definiëren die gewoonlijk aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen. Dit veronderstelt dat een verticale overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt (zie de uitdrukkelijke verwijzing in artikel 101, lid 3, naar overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, alsmede artikel 101, lid 1).

¹⁰⁴ Het volstaat dat de Commissie bewijst dat aan een van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, niet is voldaan. Om een beroep te kunnen doen op de uitzondering van artikel 101, lid 3, moet namelijk aan alle vier de voorwaarden worden voldaan.

¹⁰⁵ Het vereiste van artikel 29 van Verordening 1/2003 betreffende de bewijslast van de bevoegde mededingingsautoriteit heeft betrekking op de situatie waarin de VBER niet van toepassing is en een onderneming zich in een individueel geval op artikel 101, lid 3, beroept. In een dergelijke situatie rust op de onderneming de bewijslast van artikel 2 van Verordening 1/2003 om aan te tonen dat aan alle vier de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. Daartoe moet zij haar stellingen bewijzen (zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in zaak AT.39226, Lundbeck, bevestigd in het arrest van het Gerecht van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, ECLI:EU:T:2016:449, en het arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Lundbeck/Commissie, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243).

¹⁰⁶ De Commissie heeft van haar bevoegdheid gebruikgemaakt door het voordeel van een van de voorheen geldende groepsvrijstellingsverordeningen in te trekken in de besluiten van de Commissie van 25 maart 1992 (voorlopige maatregelen) en van 23 december 1992 betreffende een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-verdrag in zaak IV/34.072, Mars/Langnese en Schöller, bevestigd bij arrest van het Hof van Justitie van 1 oktober 1998, Langnese-Iglo/Commissie, C-279/95 P, ECLI:EU:C:1998:447, en in de besluiten van de Commissie van 4 december 1991 (voorlopige maatregelen) en van 4 december 1991 betreffende een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-verdrag in zaak IV/33.157, Eco System/Peugeot.

hoofde van artikel 11, lid 4, van Verordening 1/2003, met name met de verplichting om de Commissie alle relevante beoogde beslissingen ter beschikking te stellen.

7.2. Verordening waarbij wordt verklaard dat de VBER niet van toepassing is (artikel 6 VBER)

- (251) Overeenkomstig artikel 1 bis van de machtigingsverordening verleent artikel 6 VBER de Commissie de bevoegdheid om naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke verticale beperkingen bij verordening van het toepassingsgebied van de VBER uit te sluiten, wanneer ze meer dan 50 % van de relevante markt bestrijken. Een dergelijke maatregel is niet gericht tot individuele ondernemingen, maar raakt alle ondernemingen waarvan de overeenkomsten voldoen aan de voorwaarden die in een in artikel 6 VBER bedoelde verordening zijn vastgesteld. Bij de beoordeling of het noodzakelijk is een dergelijke verordening vast te stellen, zal de Commissie nagaan of een individuele intrekking een betere oplossing zou zijn. Het aantal concurrerende ondernemingen die tot een cumulatieve werking op de markt bijdragen en het aantal betrokken geografische markten binnen de Unie zijn twee aspecten die bij deze beoordeling van bijzonder belang zijn.
- (252) De Commissie zal overwegen om een verordening in de zin van artikel 6 VBER vast te stellen indien soortgelijke beperkingen die meer dan 50 % van de relevante markt bestrijken, de toegang tot deze markt of de mededinging op die markt waarschijnlijk merkbaar zouden beperken. 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 of diensten vereist zijn of die discriminerend zijn voor bepaalde distributievormen die voor de afzet van die goederen of diensten kunnen worden gebruikt. Bij de berekening van de marktdekkingsgraad van 50 % moet rekening worden gehouden met elk afzonderlijk netwerk van verticale overeenkomsten die beperkingen of combinaties van beperkingen bevatten welke soortgelijke effecten op de markt hebben. Artikel 6 VBER vereist echter niet dat de Commissie optreedt wanneer de marktdekkingsgraad van 50 % wordt overschreden.
- (253) Een overeenkomstig artikel 6 VBER vastgestelde verordening heeft tot gevolg dat de VBER voor de betrokken beperkingen en de betrokken markten niet langer van toepassing is en dat artikel 101, leden 1 en 3, derhalve volledig van toepassing zijn.
- (254) In elke in artikel 6 VBER bedoelde verordening moet het toepassingsgebied ervan duidelijk worden afgebakend. Dit betekent dat de Commissie ten eerste de relevante geografische en productmarkt(en) moet omschrijven en ten tweede moet aangeven voor welk type verticale beperkingen de VBER niet langer van toepassing zal zijn. Wat dit laatste aspect betreft, kan de Commissie het toepassingsgebied van de verordening aanpassen naargelang van het mededingingsbezwaar dat zij met de verordening wil aanpakken. Hoewel bijvoorbeeld alle naast elkaar bestaande netwerken van merkexclusiviteitsregelingen in aanmerking kunnen worden genomen voor het bepalen van de marktdekkingsgraad van 50 %, kan de Commissie het toepassingsgebied van een overeenkomstig artikel 6 VBER vastgestelde verordening desondanks beperken tot non-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 marktafscherpende werking uitgaat. Evenzo kan, wanneer ondernemingen op een bepaalde markt selectieve distributie in combinatie met bijkomende beperkingen zoals non-concurrentiebedingen of

afnamequotering toepassen, een overeenkomstig artikel 6 VBER vastgestelde verordening uitsluitend op die bijkomende beperkingen van toepassing zijn. Zo nodig kan de Commissie ook het marktaandeelniveau specificeren dat in de specifieke marktcontext onvoldoende kan worden geacht om een individuele onderneming in staat te stellen in wezenlijke mate tot de cumulatieve werking bij te dragen.

- (255) Artikel 1 bis van de machtigingsverordening schrijft voor dat een overeenkomstig artikel 6 VBER vastgestelde verordening voorziet in een overgangperiode van ten minste zes maanden voordat zij van toepassing wordt. Deze periode is bedoeld om de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun verticale overeenkomsten dienovereenkomstig aan te passen.
- (256) Een op grond van artikel 6 VBER vastgestelde verordening laat de vrijstelling ten aanzien van de betrokken overeenkomsten gedurende de periode voorafgaand aan de datum van toepassing van deze verordening onverlet.

8. HANDHAVINGSBELEID IN INDIVIDUELE ZAKEN

8.1. Kader van de analyse

- (257) Wanneer de door de VBER geboden veilige zone niet van toepassing is op een verticale overeenkomst, is het van belang te onderzoeken of de verticale overeenkomst in het individuele geval binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt en, zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. Als een verticale overeenkomst die buiten het toepassingsgebied van de VBER valt omdat de marktaandeeldrempels zijn overschreden, geen beperkingen omvat die ertoe strekken de concurrentie te verminderen, en met name geen hardcorebeperkingen, bestaat er geen vermoeden dat die overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt of niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet. Dergelijke overeenkomsten vereisen een individuele beoordeling. Overeenkomsten die hetzij de mededinging niet beperken in de zin van artikel 101, lid 1, hetzij aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen, zijn rechtsgeldig en afdwingbaar.
- (258) Overeenkomstig artikel 1, lid 2, van Verordening 1/2003 hoeven ondernemingen een verticale overeenkomst niet aan te melden om in aanmerking te komen voor een individuele vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3. Wanneer de Commissie een individueel onderzoek instelt, rust de bewijslast dat de betrokken verticale overeenkomst een inbreuk op artikel 101, lid 1, vormt, op de Commissie. De ondernemingen die zich op artikel 101, lid 3, beroepen, dragen de bewijslast dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan. Wanneer wordt aangetoond dat mededingingsversturende effecten waarschijnlijk zijn, worden de betrokken ondernemingen in de gelegenheid gesteld veronderstelde efficiëntievoordelen te onderbouwen en toe te lichten waarom een bepaald distributiestelsel onmisbaar is om waarschijnlijke voordelen voor de consument te verwezenlijken zonder de mededinging uit te schakelen, alvorens de Commissie besluit of de overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet.
- (259) Om te beoordelen of een verticale overeenkomst tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, wordt de situatie op de relevante markt, met de geldende verticale beperkingen, vergeleken met de situatie die zich zonder de verticale beperkingen in de verticale overeenkomst zou voordoen. Bij de beoordeling van individuele gevallen houdt de Commissie, waar nodig, rekening met zowel feitelijke als waarschijnlijke gevolgen. Om tot gevolg te hebben dat de mededinging wordt beperkt, moeten verticale overeenkomsten de daadwerkelijke 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 of diensten kunnen worden verwacht. De waarschijnlijke negatieve gevolgen voor de mededinging moeten merkbaar zijn¹⁰⁷. Het is waarschijnlijker dat merkbare mededingingsversturende effecten optreden wanneer ten minste een van de partijen bij de overeenkomst 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 bij de overeenkomst 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 producthoeveelheden, productkwaliteit en -verscheidenheid of innovatie beneden het concurrerende niveau ligt. Voor de vaststelling van een schending van artikel 101, lid 1, is doorgaans een geringere mate van marktmacht vereist dan voor de vaststelling van een machtspositie overeenkomstig artikel 102.

8.1.1. *Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 101, lid 1*

- (260) Bij de beoordeling van individuele verticale overeenkomsten tussen ondernemingen met een marktaandeel boven de drempel van 30 % zal de Commissie overgaan tot een volledige toetsing uit het oogpunt van de mededinging. Om te bepalen of een verticale overeenkomst een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, teweegbrengt, zijn de volgende factoren van bijzonder belang:
- (a) de aard van de overeenkomst;
 - (b) de marktpositie van de partijen;
 - (c) de marktpositie van de concurrenten (upstream en downstream);
 - (d) de marktpositie van de afnemers van de contractgoederen of -diensten;
 - (e) het betrokken handelsniveau;
 - (f) de aard van het product, en
 - (g) de dynamiek van de markt.
- (261) Andere factoren kunnen ook in aanmerking worden genomen, afhankelijk van hun relevantie voor de beoordeling van de betrokken verticale overeenkomst.
- (262) Het belang van elke factor afzonderlijk hangt af van de omstandigheden van het geval. Zo is bijvoorbeeld een groot marktaandeel van de partijen doorgaans een goede indicator van marktmacht, maar wordt het in het geval van lage toetredingsdrempels mogelijk voldoende beperkt door daadwerkelijke of potentiële toetreding. Het is bijgevolg niet mogelijk om met betrekking tot het belang van de afzonderlijke factoren strikte regels op te stellen die algemeen van toepassing zijn.
- (263) 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 die beperkingen en het percentage van de totale verkoop op de (downstream)markt waarop die beperkingen van invloed zijn. Het kan nodig zijn deze analyse niet tot de expliciete voorwaarden van de overeenkomst te beperken.

¹⁰⁷ Zie afdeling 3.1 van deze richtsnoeren.

Het bestaan van impliciete beperkingen kan worden afgeleid uit de manier waarop de overeenkomst door de partijen wordt uitgevoerd en uit de stimulansen die zij krijgen.

- (264) 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. De mate van productdifferentiatie kan ook een relevante indicator voor de aanwezigheid van marktmacht zijn.
- (265) Ook de marktpositie van concurrenten is belangrijk. Hoe sterker de concurrentiepositie van de concurrenten en hoe talrijker qua aantal, 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 ondernemingen op de markt vrij klein is en hun marktpositie (bv. wat betreft omvang, kosten en O&O-potentieel) min of meer dezelfde is, kunnen verticale beperkingen echter het risico van collusie verhogen. Fluctuerende of snel veranderende marktaandelen zijn over het algemeen een indicatie van hevige concurrentie.
- (266) De marktpositie van de downstreamklanten van de partijen bij de overeenkomst vormt een aanwijzing of een of meer van deze klanten over afnemersmacht beschikken. De eerste indicator van afnemersmacht is het marktaandeel van de klant op de inkoopmarkt. Dat marktaandeel geeft aan hoe belangrijk de vraag van de klant voor mogelijke leveranciers is. Andere indicatoren betreffen de positie van de klant op de wederverkoopmarkt waarop hij actief is, waarbij factoren zoals een brede geografische spreiding van zijn verkooppunten, huismerken — inclusief private labels — en zijn merkimago in de ogen van de consument een rol spelen. In sommige omstandigheden kan afnemersmacht voorkomen dat de consument schade ondervindt van een anders problematische verticale overeenkomst. 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.
- (267) 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. In het algemeen kan worden gesteld dat de toetredingsdrempels laag zijn wanneer de uitoefening van marktmacht door gevestigde ondernemingen naar verwachting wordt voorkomen of bemoeilijkt doordat het waarschijnlijk is dat daadwerkelijk binnen een of twee jaar nieuwkomers hun intrede maken op de markt. Toetredingsdrempels kunnen het gevolg zijn van een breed scala van factoren, zoals schaalvoordelen en meerproductvoordelen (waaronder netwerkeffecten van meerzijdige bedrijven), overheidsvoorschriften (vooral wanneer die exclusieve rechten in het leven roepen), overheidssteun, invoertarieven, intellectuele-eigendomsrechten, het bezit van grondstoffen wanneer de voorraden gelimiteerd zijn (bv. wegens natuurlijke beperkingen), essentiële faciliteiten, het voordeel om de eerste speler op een markt te zijn geweest en merktrouw van de consumenten die is

opgebouwd door langdurige en uitgebreide reclame. Of sommige van de genoemde factoren moeten worden beschouwd als toetredingsdrempels, hangt vooral af van de vraag of ze “verzonken kosten” met zich meebrengen. Verzonken kosten zijn kosten die moeten worden gemaakt om de markt te betreden of op een markt werkzaam te zijn, maar die bij uittreding uit de markt niet kunnen worden gerecupereerd. Reclamekosten die worden gemaakt om getrouwheid bij de consument te creëren, zijn gewoonlijk verzonken kosten, tenzij de onderneming bij het verlaten van de markt zonder verlies haar merknaam kan verkopen of hem elders kan gebruiken. Wanneer de toetreding hoge verzonken kosten met zich meebrengt, kan de dreiging van hevige concurrentie van gevestigde ondernemingen na toetreding tot de markt de toetreding ontmoedigen, aangezien potentiële nieuwkomers niet het risico kunnen rechtvaardigen dat zij hun verzonken investeringen verliezen. Toetredingsdrempels kunnen alleen op het niveau van de leverancier of van de afnemer of op beide niveaus bestaan.

- (268) Aangezien toetreding over het algemeen ten minste enige verzonken kosten met zich meebrengt, is feitelijke concurrentie in het algemeen effectiever en zal zij bij het beoordelen van een concreet geval zwaarder wegen dan potentiële concurrentie.
- (269) Ook verticale beperkingen en verticale integratie kunnen als een toetredingsdrempel werken, doordat de toegang wordt bemoeilijkt en (potentiële) concurrenten worden uitgesloten. Een non-concurrentiebeding dat distributeurs aan een producent bindt, kan bijvoorbeeld een sterk marktafschermend effect hebben indien met het opzetten van een eigen distributienet door de potentiële toetreder verzonken kosten gemoeid zijn.
- (270) Het handelsniveau houdt verband met het onderscheid tussen intermediaire en eindgoederen of -diensten. Intermediaire goederen of diensten worden aan ondernemingen verkocht om als input voor de productie van andere goederen of diensten te worden gebruikt, en zijn meestal niet herkenbaar in de eindgoederen of -diensten. De afnemers van intermediaire goederen of diensten zijn gewoonlijk goed geïnformeerde klanten, die in staat zijn de kwaliteit te beoordelen en bijgevolg minder op merk en imago afgaan. Eindgoederen of -diensten worden direct of indirect verkocht aan consumenten, die zich vaak meer door merk en imago laten leiden.
- (271) De aard van het product speelt met name bij eindgoederen of -diensten voor het beoordelen van zowel de waarschijnlijke negatieve als de waarschijnlijke positieve effecten een rol. Bij de beoordeling van de waarschijnlijke negatieve effecten is het van belang of de op de relevante markt verkochte goederen of diensten homogeen of eerder gedifferentieerd 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.
- (272) De dynamiek van de markt moet per geval zorgvuldig worden beoordeeld. Hoewel op sommige dynamische markten de potentiële negatieve effecten van bepaalde verticale beperkingen onproblematisch kunnen zijn, doordat deze voldoende worden geremd door de concurrentie tussen merken die uitgaat van dynamische en innoverende concurrenten, kunnen verticale beperkingen in andere gevallen een gevestigde exploitant op een dynamische markt een duurzaam concurrentievoordeel verschaffen en derhalve tot langetermijneffecten op de mededinging leiden. Dit kan het geval zijn wanneer een verticale beperking verhindert dat concurrenten profiteren van netwerkeffecten of wanneer een markt vatbaar is voor een kanteleffect.

(273) Bij het beoordelen van een bepaalde verticale beperking overeenkomstig artikel 101 kan het noodzakelijk zijn ook andere factoren in aanmerking te nemen. Tot deze factoren behoren cumulatieve effecten die voortvloeien uit de dekking van de markt door soortgelijke overeenkomsten van andere leveranciers; de vraag of de overeenkomst is “opgelegd” in die zin dat de restricties of verplichtingen hoofdzakelijk op één partij bij de overeenkomst rusten dan wel is “overeengekomen” in die zin dat beide partijen bij de overeenkomst de restricties of verplichtingen aanvaarden; het regelgevend kader; en gedrag dat op collusie kan wijzen of collusie kan vergemakkelijken, zoals prijsleiderschap, het vooraf aankondigen van prijswijzigingen en prijsbesprekingen, prijsrigiditeit in geval van overcapaciteit, prijsdiscriminatie en heimelijke gedragsafstemming in het verleden.

8.1.2. *Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 101, lid 3*

(274) Beperkende verticale overeenkomsten kunnen ook concurrentiebevorderende effecten in de vorm van efficiëntieverbeteringen hebben, die zwaarder kunnen wegen dan de mededingingsversturende effecten. Deze afweging wordt gemaakt in het kader van artikel 101, lid 3, waarin een individuele uitzondering op het verbod van artikel 101, lid 1, is opgenomen. Deze uitzondering geldt alleen als een verticale overeenkomst aan de vier volgende voorwaarden voldoet: i) de overeenkomst moet objectieve economische voordelen opleveren, ii) de mededingingsbeperkingen moeten onmisbaar zijn voor het realiseren van deze efficiëntieverbeteringen, iii) een billijk aandeel in de efficiëntievoordelen moet de consument ten goede komen, en iv) de overeenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen of diensten de mededinging uit te schakelen¹⁰⁸.

(275) De toetsing van verticale overeenkomsten aan artikel 101, lid 3, vindt plaats in de feitelijke context van de overeenkomst¹⁰⁹, en op basis van de op een bepaald tijdstip bestaande feiten. Deze toetsing is gevoelig voor substantiële veranderingen in de feiten. De individuele uitzondering van artikel 101, lid 3, is van toepassing zolang aan de vier voorwaarden wordt voldaan, en is niet meer van toepassing wanneer dat niet langer het geval is¹¹⁰. Bij de toepassing van artikel 101, lid 3, overeenkomstig deze beginselen moet rekening worden gehouden met de investeringen die de partijen bij de overeenkomst 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.

(276) Met het oog op de eerste voorwaarde van artikel 101, lid 3, moeten de objectieve voordelen van de verticale overeenkomst, namelijk de efficiëntieverbeteringen, worden beoordeeld. Zoals uiteengezet in afdeling 2.1 van deze richtsnoeren, kunnen verticale overeenkomsten in dit opzicht veelal efficiëntieverbeteringen opleveren doordat de wijze waarop de partijen bij de overeenkomst hun complementaire activiteiten verrichten, wordt verbeterd.

(277) Bij de beoordeling van het in de tweede voorwaarde van artikel 101, lid 3, vervatte onmisbaarheids criterium zal de Commissie met name nagaan of individuele

¹⁰⁸ Zie 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).

¹⁰⁹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 17 september 1985, Ford/Commissie, gevoegde zaken 25/84 en 26/84, ECLI:EU:C:1985:340, punten 24 en 25.

¹¹⁰ Zie in dit verband bijvoorbeeld beschikking 1999/242/EG van de Commissie (zaak nr. IV/36.237 — TPS) (PB L 90 van 2.4.1999, blz. 6). Evenzo geldt het verbod van artikel 101, lid 1, enkel zolang de overeenkomst mededingingsbeperking tot doel of tot gevolg heeft.

bepkeringen 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 marktvoorwaarden en de feitelijke situatie waarmee de partijen bij de overeenkomst te maken hebben. Ondernemingen die zich op artikel 101, 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 niet dezelfde efficiëntieverbeteringen zouden genereren. 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.

- (278) De derde voorwaarde van artikel 101, lid 3, vereist dat een billijk aandeel in de voordelen de consument ten goede moet komen. Dit impliceert dat consumenten van de in het kader van de verticale overeenkomst gekochte en/of (door)verkochte goederen of diensten ten minste gecompenseerd moeten worden voor de negatieve gevolgen van de overeenkomst¹¹¹. Met andere woorden, de efficiëntieverbeteringen moeten volledig opwegen tegen de negatieve gevolgen die de verticale overeenkomst waarschijnlijk zal hebben voor de prijzen, de output en andere relevante factoren.
- (279) De vierde voorwaarde van artikel 101, lid 3, vereist dat de verticale overeenkomst de partijen bij de overeenkomst niet de mogelijkheid mag geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen of diensten de mededinging uit te schakelen. Dit vergt een analyse van de resterende mededingingsdruk op de markt en de gevolgen van de overeenkomst voor deze resterende bronnen van mededinging. Bij de beoordeling van deze voorwaarde moet rekening worden gehouden met de samenhang tussen artikel 101, lid 3, en artikel 102. Volgens vaste rechtspraak staat de toepassing van artikel 101, lid 3, niet in de weg aan de toepassing van artikel 102¹¹². Aangezien voorts zowel artikel 101 als artikel 102 tot doel hebben de daadwerkelijke mededinging op de markt te behouden, moet artikel 101, lid 3, omwille van de samenhang aldus worden uitgelegd dat deze uitzondering niet mag worden toegepast op beperkende verticale overeenkomsten die misbruik van een machtspositie inhouden¹¹³. Deze voorwaarde vereist dat de verticale overeenkomst de daadwerkelijke mededinging niet mag 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. Een beperkende overeenkomst die leidt tot het ontstaan, de

¹¹¹ Zie punt 85 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).

¹¹² Zie arrest van het Hof van Justitie van 16 maart 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commissie*, gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, punt 130. Evenmin staat de toepasselijkheid van artikel 101, lid 3, in de weg aan de toepasselijkheid van de bepalingen van het 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 101, lid 1 (zie hiervoor het arrest van het Hof van Justitie van 19 februari 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, blz. 120).

¹¹³ Zie in dit verband het arrest van het Gerecht van 10 juli 1990, *Tetra Pak (I)*, T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41. Zie ook punt 106 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).

instandhouding of de versterking van een marktpositie die in de buurt komt van een monopolie, is normaliter niet te rechtvaardigen op grond van efficiëntieverbeteringen.

8.2. Analyse van specifieke verticale beperkingen

(280) Terwijl in de vorige afdelingen van deze richtsnoeren, met name in de zesde afdeling, leidraden zijn opgenomen voor de beoordeling van verticale beperkingen die neerkomen op hardcorebeperkingen in de zin van artikel 4 VBER, uitgesloten beperkingen in de zin van artikel 5 VBER en daarmee samenhangende beperkingen, worden in de volgende punten leidraden gegeven met betrekking tot andere specifieke verticale beperkingen. Verticale beperkingen die in deze richtsnoeren niet specifiek aan bod komen, zal de Commissie volgens dezelfde beginselen behandelen, rekening houdend met de relevante factoren, zoals uiteengezet in deze achtste afdeling van deze richtsnoeren.

8.2.1. Merkexclusiviteit

(281) 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 vereiste komt onder meer voor bij non-concurrentiebedingen en bij afnamequoteringen die aan de afnemer worden opgelegd. Een non-concurrentiebeding is gebaseerd op een verplichting of een systeem van stimulansen 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 de facto geen concurrerende goederen of diensten koopt en doorverkoopt of verwerkt. Afnamequotering is een zwakkere vorm van een non-concurrentiebeding, waarbij ten gevolge van tussen de leverancier en de afnemer overeengekomen stimulansen 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, vooral wanneer de afnemer verplicht is bekend te maken van wie het gunstiger aanbod afkomstig is.

(282) De mogelijke risico's van merkexclusiviteit voor de mededinging zijn afscherming van de markt voor concurrerende leveranciers en potentiële leveranciers, afzwakking van de concurrentie en 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. Dergelijke restrictieve effecten hebben directe gevolgen voor de concurrentie tussen merken.

(283) Merkexclusiviteit is krachtens de VBER vrijgesteld indien elk van de marktaandeelen van zowel de leverancier als de afnemer niet meer dan 30 % bedraagt en mits de duur van het non-concurrentiebeding niet langer dan vijf jaar is. Boven de marktaandeeldrempel of in geval van overschrijding van de maximale looptijd van vijf jaar vallen merkexclusiviteitsovereenkomsten niet langer onder de groepsvrijstelling en moeten ze derhalve individueel worden beoordeeld. Boven de

marktaandeeldrempel of in geval van overschrijding van de maximale looptijd van vijf jaar gelden de in het resterende gedeelte van deze afdeling vervatte leidraden voor het beoordelen van individuele gevallen.

- (284) Merkexclusiviteitsverplichtingen van een specifieke leverancier kunnen met name tot mededingingsversturende uitsluiting leiden wanneer, zonder die verplichtingen, belangrijke concurrentiedruk zou uitgaan 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 zijn mogelijk 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 consumenten, of omdat de andere leveranciers zodanige capaciteitsbeperkingen ondervinden dat aan een deel van de vraag alleen door de desbetreffende leverancier kan worden voldaan¹¹⁴. De marktpositie van de leverancier is dus van groot belang voor het beoordelen van mogelijke mededingingsversturende effecten van merkexclusiviteitsverplichtingen.
- (285) 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 het gedeelte van zijn marktaandeel dat hij met een merkexclusiviteitsverplichting verkoopt en/of hoe langer de duur van de merkexclusiviteitsverplichtingen, des te signifikanter zal de marktafscherming waarschijnlijk zijn. Merkexclusiviteitsverplichtingen die voor minder dan een jaar worden aangegaan door ondernemingen die geen machtspositie innemen, worden over het algemeen geacht geen merkbare mededingingsversturende 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 mededingingsbevorderende en de mededingingsversturende 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 aangevoerde 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 mededingingsversturende afscherming waarschijnlijker.
- (286) Bij de beoordeling van de marktmacht van de leverancier is de marktpositie van zijn concurrenten belangrijk. Zolang die concurrenten voldoende talrijk en sterk zijn, vallen geen merkbare mededingingsversturende 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

¹¹⁴ Arrest van het Gerecht van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281, punten 104 en 156.

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 die leveranciers individueel onder toepassing van de VBER vallen, kan een intrekking van de groepsvrijstelling noodzakelijk zijn om iets aan dat negatief cumulatief effect te doen. 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.

- (287) 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 mededingingsverstoring effect. Indien een potentiële toetredster 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.
- (288) Toetredingsdrempels zijn een belangrijke factor om vast te stellen of er werkelijk sprake is van mededingingsverstoringe marktafscherming. Zolang het voor concurrerende leveranciers betrekkelijk gemakkelijk is om hun eigen geïntegreerde distributienetwerk op te zetten of alternatieve distributeurs voor hun product te vinden, is marktafscherming waarschijnlijk geen echt probleem. Er bestaan echter vaak toetredingsdrempels, zowel op het productie- als op het distributieniveau.
- (289) 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 om hieruit te concluderen dat alle merkexclusiviteitsverplichtingen gunstig zijn voor alle klanten op die markt en voor de consument. Het is met name onwaarschijnlijk dat alle consumenten zullen profiteren wanneer er veel klanten zijn en het geheel van merkexclusiviteitsverplichtingen tot gevolg heeft dat de toetreding of uitbreiding van concurrerende ondernemingen wordt belet.
- (290) Ten slotte is het handelsniveau een relevante factor. Marktafscherming is minder waarschijnlijk in het geval van een intermediair product. Wanneer de leverancier van een intermediair product geen machtspositie inneemt, blijft er voor de concurrerende leveranciers een aanzienlijk gedeelte van de vraag over dat vrij is. Beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie kan zich, wanneer er een cumulatief effect optreedt, echter een mededingingsverstoringe marktafschermend effect voordoen. Een cumulatief mededingingsverstoringe effect is onwaarschijnlijk zolang minder dan 50 % van de markt gebonden is.
- (291) 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 marktafscherming, wanneer concurrerende producenten gemakkelijk hun eigen groothandel kunnen opzetten. Of de toetredingsdrempels laag zijn, hangt ten dele af van het type groothandelssysteem dat de leverancier efficiënt kan opzetten. Op een markt waar groothandelaren

efficiënt kunnen opereren wanneer zij slechts handel drijven in het product waarop de overeenkomst betrekking heeft (bijvoorbeeld roomijs), heeft de producent er belang bij zijn eigen groothandelssysteem op te zetten en is het onwaarschijnlijk dat hij van die markt wordt afgeschermd. Wanneer het daarentegen op een markt efficiënter is handel te drijven in een heel gamma van producten (bijvoorbeeld diepvrieslevensmiddelen) is het voor een producent die slechts één product verkoopt, inefficiënt zijn eigen groothandel op te zetten. Zonder toegang tot gevestigde groothandelaren zal de producent waarschijnlijk van die markt worden uitgesloten. In dat geval kunnen er mededingingsversturende effecten optreden. Bovendien kunnen zich problemen in verband met cumulatieve effecten voordoen wanneer verschillende leveranciers de meeste van de beschikbare groothandelaren aan zich binden.

- (292) Wat eindproducten betreft, is marktafsluiting over het algemeen waarschijnlijker op het detailhandelniveau, omdat de meeste producenten die alleen voor hun eigen producten detailhandelsverkooppunten willen oprichten, op belangrijke toetredingsdrempels stuiten. Op het detailhandelniveau kunnen merkexclusiviteitsovereenkomsten 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 detailhandelniveau belangrijke mededingingsversturende 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 mededingingsversturende effecten optreden.
- (293) Op het detailhandelniveau kan er ook sprake zijn van een cumulatief marktafsluitend effect. Wanneer alle leveranciers een marktaandeel van minder dan 30 % hebben, is een cumulatief mededingingsversturend marktafsluitend 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 VBER hebben, maar geen van hen een machtspositie inneemt, is een cumulatief mededingingsversturend marktafsluitend effect onwaarschijnlijk indien het totale gebonden marktaandeel minder dan 30 % bedraagt.
- (294) Wanneer de afnemer zijn bedrijf uitoefent in ruimten en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of die de leverancier van niet met de afnemer verbonden derden huurt, zal de mogelijkheid om maatregelen op te leggen die het probleem van een eventueel marktafsluitend effect daadwerkelijk verhelpen, beperkt zijn. In dat geval is het onwaarschijnlijk dat de Commissie optreedt beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie.
- (295) In bepaalde sectoren kan het moeilijk zijn in één verkooppunt meer dan één merk te verkopen; in een dergelijk geval kan een probleem van marktafsluiting beter worden verholpen door de looptijd van de contracten te beperken.
- (296) Wanneer merkbare mededingingsversturende effecten zijn vastgesteld, rijst de vraag of een vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, mogelijk is. Met betrekking tot non-concurrentiebedingen kunnen in het bijzonder de in punt 14, a) (meeliftproblemen tussen leveranciers), e), f) (“hold-up”-problemen) en i)

(onvolkomenheden van de kapitaalmarkt), van deze richtsnoeren beschreven efficiëntieverbeteringen van belang zijn.

- (297) In het geval van een efficiëntieverbetering zoals beschreven in punt 14, b), e) en i), van deze richtsnoeren zou afnamequotering misschien een minder restrictief alternatief kunnen zijn. Een non-concurrentiebeding kan de enige realistische manier zijn om een efficiëntieverbetering zoals beschreven in punt 14, f), van deze richtsnoeren (“hold-up”-probleem in verband met de overdracht van knowhow) te verwezenlijken.
- (298) In het geval van een relatiegebonden investering door de leverancier (zie punt 14, e), van deze richtsnoeren) zal een overeenkomst die voor de duur van de afschrijving van de investering voorziet in een non-concurrentiebeding of een clause inzake afnamequotering, over het algemeen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen. In het geval van hoge relatiegebonden investeringen kan een non-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 — bijvoorbeeld 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.
- (299) 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 mededingingsverstoring marktafschermend effect te rechtvaardigen. In gevallen waarin er sprake is van onvolkomenheden van de kapitaalmarkt, kan het efficiënter zijn wanneer de leverancier van een product een lening verstrekt dan wanneer een bank dat doet (zie punt 14, h), van deze richtsnoeren). In een dergelijk geval moet de lening evenwel op de minst beperkende wijze worden verschaft en mag het de afnemer in het algemeen 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.
- (300) De overdracht van wezenlijke knowhow (punt 14, e), van deze richtsnoeren) rechtvaardigt gewoonlijk een non-concurrentiebeding gedurende de volledige looptijd van de leveringsovereenkomst, zoals bijvoorbeeld bij franchising.
- (301) Voorbeeld van een non-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 101, lid 3, is voldaan.

(302) 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; zij hebben een geaggregeerd 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 afnamequotering van 75 % aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet.

8.2.2. *Exclusieve levering*

- (303) Bij exclusieve levering gaat het om bepalingen die de leverancier ertoe verplichten of aanzetten 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 verplichting 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 een leverancier en een afnemer afspraken maken over stimulansen voor de leverancier om hoofdzakelijk aan deze afnemer te leveren. Bij intermediaire goederen of diensten wordt exclusieve levering soms “industriële levering” genoemd.
- (304) Exclusieve levering is krachtens de VBER 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 hardcorebeperkingen behoren, zoals een non-concurrentiebeding. Boven de marktaandeeldrempel gelden de in het resterende gedeelte van deze afdeling vervatte leidraden voor het beoordelen van exclusieve levering in individuele gevallen.
- (305) Het grootste risico van exclusieve levering voor de mededinging is mededingingsverstoringe 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 met name punt 113 van deze richtsnoeren). 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 belangrijkste 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 zowel op de downstreamverkoopmarkt als 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 marktafschermende effecten optreden, vooral 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 zal elke verplichting om de producten uitsluitend of voornamelijk aan de dominante afnemer te leveren, waarschijnlijk belangrijke mededingingsverstoringe effecten hebben.

- (306) Naast de marktpositie van de afnemer op de upstream- en downstreammarkt zijn ook de draagwijdte en de duur van de verplichting tot exclusieve levering van belang. Hoe hoger het aandeel van de gebonden leveringen is en hoe langer de verplichting tot exclusieve levering duurt, des te belangrijker is waarschijnlijk het marktafscherpende effect. 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 mededingingsbevorderende en de mededingingsversturende effecten, terwijl overeenkomsten met een looptijd van meer dan vijf jaar voor de meeste soorten investeringen niet noodzakelijk worden geacht om de aangevoerde efficiëntieverbeteringen te realiseren, of de efficiëntieverbeteringen zijn ontoereikend om het marktafscherpende effect van dergelijke langlopende overeenkomsten inzake exclusieve levering te compenseren.
- (307) De marktpositie van de concurrerende afnemers op de upstreammarkt is eveneens een belangrijke factor, omdat overeenkomsten inzake exclusieve levering concurrerende afnemers waarschijnlijk om mededingingsversturende redenen, zoals de verhoging van hun kosten, zullen uitsluiten, vooral 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 als de afnemer die partij is bij de overeenkomst en zij dezelfde afzetmogelijkheden kunnen bieden aan de leveranciers. 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 het voordeel van de VBER in te trekken.
- (308) Het bestaan en de omvang van toetredingsdrempels op het niveau van de leveranciers zijn van belang om te beoordelen of er werkelijk sprake is van marktafscherming. Zolang het voor concurrerende afnemers efficiënt is om zich door middel van opwaartse verticale integratie zelf de goederen of diensten te verschaffen, vormt marktafscherming waarschijnlijk geen echt probleem. Er bestaan echter vaak belangrijke toetredingsdrempels.
- (309) Ook met de tegenmacht van de leveranciers moet rekening worden gehouden, omdat belangrijke leveranciers zich niet gemakkelijk de toegang tot alternatieve afnemers zullen laten afsnijden door één afnemer. Er bestaat dus vooral een risico van marktafscherming wanneer de leveranciers zwak en de afnemers sterk zijn. Wanneer de leveranciers sterk zijn, wordt exclusieve levering soms met een non-concurrentiebeding gecombineerd. Bij een dergelijke combinatie zijn tevens de regels betreffende merkexclusiviteit van toepassing. Wanneer er aan beide zijden sprake is van relatiegebonden investeringen (“hold-up”-probleem), kan de combinatie van exclusieve levering met een non-concurrentiebeding, d.w.z. wederzijdse exclusiviteit bij industriële leveringsovereenkomsten, in veel gevallen gerechtvaardigd zijn, met name beneden het niveau van een machtspositie.
- (310) Ten slotte zijn het handelsniveau en de aard van het product relevant om een eventueel marktafscherpend effect te beoordelen. Mededingingsversturende marktafscherming is minder waarschijnlijk wanneer het om een intermediair product gaat of wanneer het product homogeen is. Ten eerste kan een uitgesloten producent die een bepaalde input gebruikt, gewoonlijk soepeler op de vraag van zijn klanten reageren dan een groothandelaar/detailhandelaar op de vraag van de 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 mededingingsverstoringen 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.

- (311) Efficiëntieverbeteringen zijn te verwachten in het geval van een “hold-up”-probleem (punt 14, e) en f), van deze richtsnoeren), en ze zijn waarschijnlijker bij intermediaire producten dan bij eindproducten. Andere efficiëntieverbeteringen zijn minder waarschijnlijk. Mogelijke schaalvoordelen bij de distributie (punt 14, g), van deze richtsnoeren) lijken exclusieve levering niet te kunnen rechtvaardigen.
- (312) In het geval van een “hold-up”-probleem, en nog meer in het geval van schaalvoordelen bij de distributie, zou leveringsquotering, bijvoorbeeld in de vorm van een verplichting tot het leveren van minimumhoeveelheden, zeer wel een minder restrictief alternatief kunnen vormen.

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 een verschillende versie van de component zal ontwikkelen met gebruikmaking van zijn eigen knowhow, middels belangrijke investeringen in nieuwe machines en met behulp van de door afnemer B verstrekte specificaties. Afnemer B zal belangrijke investeringen moeten doen om de nieuwe component te kunnen verwerken. Overeengekomen wordt dat leverancier 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. Afnemer B is gedurende dezelfde periode van vijf jaar verplicht het nieuwe product uitsluitend van leverancier A te kopen. Leverancier A en afnemer 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 101, 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, maar 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.

8.2.3. *Beperkingen op het gebruik van onlinemarktplaatsen*

- (313) Onlinemarktplaatsen zijn onlineplatforms die handelaren en potentiële klanten met elkaar in verbinding brengen om rechtstreekse aankopen mogelijk te maken. Onlineplatforms die geen functie voor directe aankoop bieden, maar klanten doorleiden naar andere websites waar goederen en diensten kunnen worden gekocht,

worden voor de toepassing van deze richtsnoeren niet als onlinemarktplaatsen beschouwd, maar als advertentieplatforms.

- (314) Onlinemarktplaatsen zijn een belangrijk verkoopkanaal geworden voor leveranciers en detailhandelaren, omdat ze hun toegang verschaffen tot een groot aantal klanten, en ze zijn tevens van belang voor eindgebruikers. Onlinemarktplaatsen maken het detailhandelaren mogelijk om goederen en diensten online te gaan verkopen met lagere initiële investeringen. Ze kunnen ook grensoverschrijdende verkoop vergemakkelijken en de zichtbaarheid vergroten van met name kleine en middelgrote detailhandelaren die geen eigen onlinewinkel hebben of die niet goed bekend zijn bij eindgebruikers.
- (315) Leveranciers willen mogelijk het gebruik van onlinemarktplaatsen door hun afnemers beperken¹¹⁵, bijvoorbeeld om het imago en de positionering van hun merk te beschermen, de verkoop van namaakproducten te ontmoedigen, te zorgen voor voldoende pre- en aftersalesdiensten of ervoor te zorgen dat de detailhandelaar een directe relatie met de klanten onderhoudt. De beperkingen kunnen gaan van een totaalverbod op het gebruik van onlinemarktplaatsen tot het opleggen van bepaalde kwaliteitseisen waaraan de marktplaatsen moeten voldoen. Leveranciers kunnen bijvoorbeeld het gebruik verbieden van marktplaatsen waarop producten per opbod worden verkocht, of zij kunnen verlangen dat afnemers gebruikmaken van gespecialiseerde marktplaatsen, teneinde bepaalde kwaliteitsnormen te waarborgen met betrekking tot de omgeving waarin en de parameters waarmee hun goederen of diensten worden verkocht. Sommige kwaliteitseisen kunnen het gebruik van onlinemarktplaatsen de facto verbieden, omdat geen enkele onlinemarktplaats aan die eis kan voldoen, bijvoorbeeld wanneer de leverancier eist dat het logo van de onlinemarktplaats niet zichtbaar is of eist dat de domeinnaam van een door de detailhandelaar gebruikte website de naam van het bedrijf van de detailhandelaar bevat.
- (316) Een in een verticale overeenkomst opgenomen beperking van de verkoop op onlinemarktplaatsen wordt door de VBER vrijgesteld wanneer de respectieve marktaandelen van de leverancier en de afnemer niet meer dan 30 % bedragen en de verticale overeenkomst geen hardcorebeperking in de zin van de VBER of een uitgesloten beperking in de zin van de VBER bevat die niet van de rest van de verticale overeenkomst kan worden gescheiden. Zoals in artikel 1 VBER en afdeling 6.1.2 van deze richtsnoeren is uiteengezet, heeft een beperking van of een verbod op de verkoop op onlinemarktplaatsen betrekking op de voorwaarden waaronder de onlineverkoop van de afnemer plaatsvindt en houdt een dergelijke beperking of een dergelijk verbod niet in dat de verkoop op een specifiek grondgebied of een specifieke klantenkring moet zijn gericht. Hoewel het gebruik van een specifiek onlinekanaal wordt beperkt, blijven andere onlinekanalen beschikbaar voor de afnemer¹¹⁶. Zo kan de afnemer, ondanks een beperking of een verbod van de verkoop op onlinemarktplaatsen, de contractgoederen of -diensten toch via zijn eigen website verkopen en onlineadvertentiekkanalen gebruiken om klanten naar zijn website te lokken¹¹⁷.

¹¹⁵ Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce, COM(2017) 229 final, 10 mei 2017; afdeling 4.4.

¹¹⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2017, Coty Germany, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, punten 64-69.

¹¹⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2017, Coty Germany, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, punten 52-54.

- (317) Hoewel elke beperking van onlineverkoop die direct of indirect tot doel heeft de afnemer of zijn klanten te beletten het internet doeltreffend te gebruiken om hun goederen of diensten online te verkopen, een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punten b), c) en d), VBER en een beperking naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, is, kan een beperking van het gebruik van onlinemarktplaatsen over het algemeen onder de veilige zone van de VBER vallen. Zoals in punt 194 is uiteengezet, heeft een beperking van het gebruik van onlinemarktplaatsen over het algemeen geen gevolgen voor een groep onlinegebruikers die binnen de groep onlinekopers kan worden afgebakend, en verhindert deze de afnemer niet om de contractgoederen of -diensten via zijn eigen website te verkopen of om onder bepaalde omstandigheden via het internet te adverteren op platforms van derden en gebruik te maken van onlinezoekmachines om klanten naar zijn website te lokken; een dergelijke beperking vormt derhalve geen hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punten b), c) en d), VBER, voor zover deze de afnemers of hun klanten de facto niet belet het internet doeltreffend te gebruiken om online te verkopen.
- (318) Boven de marktaandeeldrempel van 30 % gelden de in het resterende gedeelte van deze afdeling vervatte leidraden voor het beoordelen van beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen in individuele gevallen. De in afdeling 8.1 uiteengezette algemene beginselen vormen het relevante kader voor deze beoordeling. Beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen voor verkopen in grondgebieden of aan klantenkringen die uitsluitend aan de leverancier zijn voorbehouden of uitsluitend aan andere distributeurs zijn toegewezen, maken deel uit van een exclusief distributiestelsel en moeten samen met dat stelsel worden beoordeeld.
- (319) Beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen worden vaak opgelegd in selectieve distributiestelsels. In afdeling 4.6.2 worden de criteria uiteengezet op grond waarvan een selectief distributiestelsel buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt, namelijk wanneer i) de wederverkopers worden gekozen op grond van objectieve criteria van kwalitatieve aard die op eenvormige wijze worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast, ii) de eigenschappen van de contractgoederen of -diensten een netwerk voor selectieve distributie noodzakelijk maken teneinde de kwaliteit ervan te behouden en het goed gebruik ervan te verzekeren, en iii) de vastgestelde criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is¹¹⁸. Vooral in gevallen waarin de leverancier geen overeenkomst sluit met de onlinemarktplaats en dus niet kan waarborgen dat de marktplaats aan zijn selectiecriteria voldoet, kan een beperking van of een verbod op het gebruik van onlinemarktplaatsen de bovengenoemde criteria vervullen en dus geschikt zijn en niet verder gaan dan noodzakelijk is om de kwaliteit van de contractgoederen of -diensten te behouden en het goed gebruik ervan te verzekeren. In gevallen waarin een leverancier de exploitant van een onlinemarktplaats als erkende distributeur in zijn selectieve distributiestelsel opneemt, of waarin hij het gebruik van onlinemarktplaatsen voor sommige erkende distributeurs maar niet voor andere beperkt, of waarin hij het gebruik van een onlinemarktplaats beperkt maar die marktplaats zelf gebruikt om de contractgoederen of -diensten te distribueren, lijkt het echter onwaarschijnlijk dat beperkingen van het gebruik van dergelijke onlinemarktplaatsen voldoen aan de vereisten van geschiktheid en noodzakelijkheid.

¹¹⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2017, Coty Germany, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, punten 24-36.

- (320) Tot de mogelijke risico's voor de mededinging die voortvloeien uit beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen behoren een vermindering van de concurrentie binnen een merk op distributieniveau en een zodanige uitsluiting van distributeurs, met name kleine en middelgrote distributeurs, dat hun een potentieel belangrijk verkoopkanaal wordt ontnomen.
- (321) Om de mogelijke mededingingsversturende gevolgen van beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen te beoordelen, moet ten eerste de mate van concurrentie tussen merken worden beoordeeld. Zoals in afdeling 8.1.1 van deze richtsnoeren wordt uiteengezet, kan een voldoende mate van concurrentie tussen merken in beginsel een vermindering van de concurrentie binnen een merk beperken. Daartoe moet rekening worden gehouden met de marktpositie van de leverancier en van zijn concurrenten. Ten tweede moet rekening worden gehouden met het type en de reikwijdte van de beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen. Zo is een verbod op alle verkopen via onlinemarktplaatsen restrictiever dan een beperking van het gebruik van bepaalde onlinemarktplaatsen of een verplichting om alleen gebruik te maken van marktplaatsen die aan bepaalde kwaliteitscriteria voldoen. Ten derde moet rekening worden gehouden met het relatieve belang van de aan de beperking onderworpen onlinemarktplaatsen als verkoopkanaal op de relevante product- en geografische markten. Ten slotte moet rekening worden gehouden met het cumulatieve effect van andere door de leverancier opgelegde beperkingen van de onlineverkoop of van reclame.
- (322) Zoals in punt 314 van deze richtsnoeren is uiteengezet, kunnen beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen leiden tot efficiëntieverbeteringen, met name in verband met het waarborgen van merkbescherming of een bepaald kwaliteitsniveau van de dienstverlening of het inperken van de mogelijkheden voor namaking. Voor zover de beperkingen niet reeds buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen, moet bij de beoordeling worden nagegaan of dergelijke efficiëntieverbeteringen met minder restrictieve middelen kunnen worden bereikt overeenkomstig de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer de onlinemarktplaats detailhandelaren de mogelijkheid biedt hun eigen merkwinkel binnen de marktplaats te creëren. Eventuele kwaliteitsgerelateerde rechtvaardigingsgronden die door de leverancier worden aangevoerd, zullen waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen wanneer de leverancier zelf gebruikmaakt van de onlinemarktplaatsen waarop de beperkingen betrekking hebben, of wanneer de leverancier de beperking alleen aan bepaalde distributeurs oplegt maar niet aan andere, of wanneer de exploitant van de onlinemarktplaats zelf een erkend lid van het selectieve distributiestelsel is.

8.2.4. *Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingstools*

- (323) Met prijsvergelijkingstools, zoals prijsvergelijkingswebsites of -apps, kunnen detailhandelaren hun zichtbaarheid vergroten en verkeer naar hun website genereren en kunnen potentiële klanten detailhandelaren vinden, verschillende producten vergelijken en aanbiedingen voor hetzelfde product vergelijken. Prijsvergelijkingstools vergroten de prijstransparantie en intensiveren op detailhandelniveau de prijsconcurrentie binnen een merk en mogelijk ook tussen merken.
- (324) In tegenstelling tot onlinemarktplaatsen bieden prijsvergelijkingstools doorgaans geen verkoop- en aankoopfunctie, maar leiden ze klanten door naar de website van de detailhandelaar, zodat een directe transactie tussen de klant en de detailhandelaar

mogelijk is¹¹⁹. Prijsvergelijkingstools zijn derhalve geen afzonderlijk onlineverkoopkanaal, maar veeleer een onlineadvertentiekanaal.

- (325) Leveranciers willen mogelijk het gebruik van prijsvergelijkingstools beperken¹²⁰, bijvoorbeeld om hun merkimage te beschermen, aangezien prijsvergelijkingstools doorgaans op de prijs zijn gericht en detailhandelaren wellicht niet de mogelijkheid bieden zich te onderscheiden door andere kenmerken, zoals het assortiment of de kwaliteit van de contractgoederen of -diensten. Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingstools kunnen voorts worden opgelegd om de mogelijkheden voor namaking in te perken, of om bedrijfsmodellen te beschermen die bijvoorbeeld op specialisatie of kwaliteit en niet op prijs gebaseerd zijn.
- (326) Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingstools kunnen gaan van een direct of indirect verbod tot beperkingen op basis van kwaliteitseisen of vereisten om specifieke inhoud op te nemen in de aanbiedingen die via de prijsvergelijkingstool worden geadverteerd. Zo kan een beperking in verband met de verstrekking van prijsinformatie aan prijsvergelijkingstools, of een vereiste om de toestemming van de leverancier te verkrijgen alvorens gebruik te maken van prijsvergelijkingstools, of een beperking van het gebruik van het merk van de leverancier op prijsvergelijkingstools, neerkomen op een indirecte belemmering van het gebruik van prijsvergelijkingstools.
- (327) Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingstools kunnen de zoekkosten voor de consument verhogen en daardoor de concurrentie op het gebied van detailhandelsprijzen afzwakken. Net als bij andere beperkingen op het gebied van onlinereclame kunnen beperkingen van de mogelijkheid van de afnemer om prijsvergelijkingstools te gebruiken, de afnemer verhinderen om te verkopen aan klanten die zich buiten zijn fysieke handelsgebied bevinden en die online willen kopen. Een verbod op het gebruik van prijsvergelijkingstools in een verticale overeenkomst beperkt de mogelijkheid van de afnemer om potentiële klanten te werven, hen over zijn aanbod te informeren en hen naar zijn website te leiden. Zolang het gebruik van prijsvergelijkingstools als zodanig geen gerichte vorm van reclame is, zoals uiteengezet in punt 200 van deze richtsnoeren, kan een verbod op het gebruik van prijsvergelijkingstools als onlineadvertentiekanaal een beperking vormen van de passieve verkoop aan klanten die online willen kopen en zich buiten het fysieke handelsgebied van de distributeur bevinden, en vormt dit verbod een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punten b), c) en d), VBER. De belangrijkste mogelijke risico's voor de mededinging zijn in een dergelijk geval de compartimentering van de markt, waardoor prijsdiscriminatie kan worden vergemakkelijkt, en de vermindering van de concurrentie binnen een merk. Indien de beperking daarentegen beperkt is tot het gebruik van prijsvergelijkingstools om klanten te werven in een grondgebied dat of klantenkring die uitsluitend aan de leverancier is voorbehouden of uitsluitend aan andere distributeurs is toegewezen (exclusieve distributie), bijvoorbeeld omdat de prijsvergelijkingstool in een taal is die

¹¹⁹ Voor de toepassing van deze richtsnoeren wordt onder prijsvergelijkingstools verstaan onlineplatforms die gebruikers niet de mogelijkheid bieden op het platform aankooptransacties te verrichten. Platformen die gebruikers in staat stellen aankooptransacties op het platform af te sluiten, worden voor de toepassing van deze richtsnoeren als onlinemarktplaatsen beschouwd. Beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen worden behandeld in afdeling 8.2.3 van deze richtsnoeren.

¹²⁰ Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce, COM(2017) 229 final, 10 mei 2017; afdeling B.4.5.

niet gebruikelijk is in het grondgebied waar de afnemer is gevestigd of een domeinnaam heeft die niet wordt gebruikt in het grondgebied waar de afnemer is gevestigd, zou de beperking onder de uitzondering van artikel 4, punt b), i), VBER vallen.

- (328) Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingstools die het gebruik ervan niet direct of indirect beletten, bijvoorbeeld de eis dat prijsvergelijkingstools aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoen, beperken niet de verkoop aan afnemers in een specifiek grondgebied of een specifieke klantenkring, maar bepalen veeleer de verkoopmethoden en komen derhalve in aanmerking voor de groepsvrijstelling waarin de VBER voorziet. De volgende leidraden worden verstrekt voor het beoordelen van deze beperkingen wanneer de VBER niet van toepassing is.
- (329) Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingstools worden vaak opgelegd in selectieve distributiestelsels. In afdeling 4.6.2 van deze richtsnoeren worden de criteria uiteengezet op grond waarvan een selectief distributiestelsel buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt. Het is echter onwaarschijnlijk dat een verbod op het gebruik van prijsvergelijkingstools geschikt of noodzakelijk zal zijn om de kwaliteit van contractgoederen of -diensten te behouden of het goed gebruik ervan te verzekeren, omdat deze tools potentiële klanten doorgaans naar de website van de erkende distributeur doorleiden met het oog op de aankoop. De leverancier kan controle over de website van de distributeur uitoefenen door middel van zijn selectiecriteria en door eisen te stellen in zijn verticale overeenkomst met de distributeur.
- (330) Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingstools die het gebruik ervan niet direct of indirect beletten, bijvoorbeeld een eis om alleen prijsvergelijkingstools te gebruiken die aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoen, kunnen, wanneer ze niet onder de VBER vallen, aanzienlijke beperkingen meebrengen voor de mogelijkheid van de afnemer om prijsvergelijkingstools te gebruiken. In die gevallen moet wellicht worden beoordeeld of de beperking leidt tot effecten die vergelijkbaar zijn met het verhinderen van het gebruik van prijsvergelijkingstools, namelijk schade voor de consument in de vorm van hogere zoekkosten en een afzwakking van de prijsconcurrentie, dan wel compartimentering van de markt, waardoor prijsdiscriminatie kan worden vergemakkelijkt, met uiteindelijk gevolgen voor de concurrentie tussen merken en mogelijk ook voor de concurrentie binnen een merk. Dergelijke beperkingen kunnen ook de concurrentie binnen een merk beperken, bijvoorbeeld wanneer een leverancier de beperkingen niet aan al zijn distributeurs oplegt of wanneer de leverancier zelf gebruikmaakt van de prijsvergelijkingstools die onder de beperking vallen. Voor zover distributeurs worden belet gebruik te maken van een potentieel belangrijk onlineadvertentiekanaal, zouden ze slechts beperkte concurrentiedruk uitoefenen op de leverancier of eventuele andere distributeurs aan wie deze beperking niet is opgelegd.
- (331) Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 101, lid 1, zijn onder meer de marktpositie van de leverancier en zijn concurrenten; het belang van prijsvergelijkingstools als advertentiekanaal op de product- en geografische markten van de contractgoederen of -diensten; het soort en de reikwijdte van de beperkingen en het relatieve belang van specifieke prijsvergelijkingstools waarvan het gebruik wordt beperkt of verboden, alsmede het feit of de leverancier ook de mogelijkheid van de distributeur beperkt om andere vormen van onlinereclame te gebruiken. Het cumulatieve effect van dergelijke andere beperkingen met de beperking van het gebruik van prijsvergelijkingstools moet in aanmerking worden genomen.

- (332) Zoals in punt 323 van deze richtsnoeren is uiteengezet, kunnen beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingstools leiden tot efficiëntieverbeteringen, met name in verband met het waarborgen van merkbescherming of een bepaald kwaliteitsniveau van de dienstverlening of het inperken van de mogelijkheden voor namaking. Overeenkomstig de voorwaarden van artikel 101, lid 3, moet bij de beoordeling worden nagegaan of dergelijke efficiëntieverbeteringen ook met minder restrictieve middelen kunnen worden bereikt. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer de prijsvergelijkingstool ook voorziet in vergelijkingen of beoordelingen in verband met de kwaliteit van de betrokken goederen of diensten, de klantenservice, de betrouwbaarheid van de distributeur of andere kenmerken van het aanbod van de distributeurs. Bij de toetsing van kwaliteitsgerelateerde rechtvaardigingsgronden aan artikel 101, lid 3, moet er rekening mee worden gehouden dat de verkoop niet plaatsvindt via de prijsvergelijkingstool zelf, maar via de website van de distributeur, die op grond van de met de leverancier gesloten distributieovereenkomst aan de kwaliteitseisen van de leverancier moet voldoen.

8.2.5. *Pariteitsverplichtingen*

- (333) Pariteitsverplichtingen, ook wel meestbegunstigingsclausules of platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen genoemd, verplichten een leverancier van goederen of diensten om deze diensten of goederen aan een andere partij aan te bieden onder voorwaarden die niet minder gunstig zijn dan de voorwaarden die de leverancier aan bepaalde andere partijen of op bepaalde andere kanalen aanbiedt. De voorwaarden kunnen betrekking hebben op prijzen, voorraden, beschikbaarheid of andere aanbiedings- of verkoopvoorwaarden. De verplichting kan uitdrukkelijk zijn of met andere directe of indirecte middelen worden toegepast, zoals gedifferentieerde prijsstelling of andere stimulansen of maatregelen waarvan de toepassing afhankelijk is van de voorwaarden waaronder de leverancier zijn goederen of diensten aan bepaalde partijen of via bepaalde kanalen aanbiedt.
- (334) Pariteitsverplichtingen die worden opgelegd door leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten (bijvoorbeeld marktplaatsen of prijsvergelijkingstools) met betrekking tot de voorwaarden waaronder goederen of diensten worden aangeboden aan eindgebruikers (consumenten of andere ondernemingen) worden over het algemeen pariteitsverplichtingen voor de detailhandel genoemd. Dit soort verplichting kan slechts effect sorteren indien de leverancier van goederen of diensten die de verplichting aanvaardt, over het algemeen in staat is controle uit te oefenen over de prijs en andere voorwaarden waaronder zijn goederen of diensten worden aangeboden in de detailhandelskanalen waarop de verplichting betrekking heeft. Vergelijkbare pariteitsverplichtingen kunnen worden gebruikt door upstreamleveranciers van onlinetussenhandelsdiensten met betrekking tot de voorwaarden waaronder goederen of diensten worden aangeboden aan ondernemingen die geen eindgebruikers zijn (bijvoorbeeld aan detailhandelaren). Bij de door afnemers gehanteerde pariteitsverplichtingen gaat het onder meer om verplichtingen die door producenten, groothandelaren of detailhandelaren worden opgelegd in verband met de voorwaarden waaronder zij inputs van leveranciers kopen.
- (335) Een ander onderscheid betreft de kanalen die onder de pariteitsverplichting vallen. De verplichting kan betrekking hebben op verkoopkanalen die door een leverancier van goederen of diensten worden geëxploiteerd (directe kanalen); op kanalen die door derden worden geëxploiteerd (indirecte kanalen), of op alle kanalen. Pariteitsverplichtingen die alleen betrekking hebben op directe kanalen worden vaak

verplichtingen “in enge zin” genoemd, terwijl verplichtingen die betrekking hebben op alle kanalen vaak verplichtingen “in ruime zin” worden genoemd.

- (336) Met uitzondering van de in artikel 5, lid 1, punt d), VBER omschreven platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel is de groepsvrijstelling van toepassing op alle soorten pariteitsverplichtingen in verticale overeenkomsten, mits de marktaandeelen van de leverancier en de afnemer niet meer dan 30 % bedragen. De volgende leidraden worden gegeven voor het beoordelen van de in artikel 5, lid 1, punt d), VBER omschreven platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel en voor andere soorten pariteitsverplichtingen in individuele gevallen boven de marktaandeedrempel.

8.2.5.1. Platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel

- (337) Bij pariteitsverplichtingen voor de detailhandel die tot gevolg hebben dat een afnemer van onlinetussenhandelsdiensten via concurrerende onlinetussenhandelsdiensten aan eindgebruikers geen goederen of diensten tegen gunstigere voorwaarden kan aanbieden, verkopen of doorverkopen, zoals omschreven in artikel 5, lid 1, punt d), VBER, is het waarschijnlijker dan bij andere soorten pariteitsverplichtingen dat ze per saldo mededingingsverstorende effecten hebben. Platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel kunnen de mededinging als volgt beperken:
- (a) Ze kunnen de concurrentie afzwakken en collusie tussen leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten vergemakkelijken. Met name is het waarschijnlijker dat een leverancier die dit soort pariteitsverplichting oplegt, de prijs kan verhogen of de kwaliteit van zijn tussenhandelsdiensten kan verlagen zonder marktaandeel te verliezen. Ongeacht de prijs of de kwaliteit van zijn diensten zijn verkopers van goederen of diensten die ervoor kiezen zijn platform te gebruiken, verplicht om op het platform voorwaarden aan te bieden die ten minste even gunstig zijn als de voorwaarden die zij op concurrerende platforms aanbieden.
 - (b) Zij kunnen de toetreding of uitbreiding van nieuwe of kleinere leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten voorkomen door hun mogelijkheden te beperken om afnemers en eindgebruikers gedifferentieerde prijs-servicecombinaties aan te bieden.
- (338) Van doorslaggevend belang voor de beoordeling van dit soort pariteitsverplichtingen zijn het aandeel van de afnemers van onlinetussenhandelsdiensten die onder de verplichtingen vallen; het “homing”-gedrag van de afnemers van de onlinetussenhandelsdiensten en van de eindgebruikers (hoeveel tussenhandelsplatforms zij gebruiken); de marktpositie van de leverancier die de verplichting oplegt en die van zijn concurrenten; het bestaan van toetredingsdrempels op de relevante markt voor onlinetussenhandelsdiensten, en het effect van directe verkoop door afnemers van de diensten.
- (339) Het aandeel van de afnemers van onlinetussenhandelsdiensten waarop de pariteitsverplichtingen van toepassing zijn en het “homing”-gedrag van deze afnemers zijn belangrijk, omdat deze erop kunnen wijzen dat de pariteitsverplichtingen van een leverancier de mededinging beperken voor een gedeelte van de vraag dat groter is dan het marktaandeel van de leverancier. Een leverancier van onlinetussenhandelsdiensten kan bijvoorbeeld een aandeel van 20 % hebben in het totale aantal transacties dat door middel van dergelijke diensten wordt

verricht, maar de afnemers aan wie hij platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen oplegt, kunnen – omdat zij van meerdere platforms gebruikmaken – meer dan 50 % van het totale aantal platformtransacties voor hun rekening nemen. In dat geval beperken de pariteitsverplichtingen van de leverancier de mededinging voor meer dan de helft van de totale relevante vraag.

- (340) Afnemers van onlinetussenhandelsdiensten doen vaak aan multi-homing om klanten te bereiken die slechts één platform gebruiken (single-homing) en niet van het ene op het andere platform overstappen. Multi-homing door afnemers wordt gestimuleerd door bedrijfsmodellen van platforms waarbij de afnemer alleen hoeft te betalen voor het gebruik van de tussenhandelsdienst wanneer deze een transactie tot stand brengt. Zoals hierboven uiteengezet, kan multi-homing door afnemers van onlinetussenhandelsdiensten het aandeel verhogen van de totale vraag naar dergelijke diensten dat wordt beïnvloed door de pariteitsverplichtingen van een leverancier. Voorts kan single-homing door eindgebruikers betekenen dat elke leverancier van tussenhandelsdiensten de toegang tot een afzonderlijke groep eindgebruikers controleert. Dit kan de onderhandelingspositie van de leverancier versterken en zijn vermogen om pariteitsverplichtingen op te leggen, vergroten.
- (341) De beperkende effecten van platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel zullen over het algemeen het sterkst zijn wanneer ze worden toegepast door een of meer toonaangevende leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten. Wanneer dergelijke leveranciers een soortgelijk bedrijfsmodel hebben, zullen de pariteitsverplichtingen de ruimte voor verstoring van het model waarschijnlijk verkleinen. Dit soort verplichting kan een marktleider ook in staat stellen zijn positie ten opzichte van kleinere leveranciers te handhaven.
- (342) Markten voor onlinetussenhandelsdiensten worden vaak gekenmerkt door aanzienlijke barrières voor toetreding en uitbreiding, die de negatieve effecten van pariteitsverplichtingen kunnen verergeren. Deze markten worden vaak gekenmerkt door positieve indirecte netwerkeffecten: nieuwe of kleinere leveranciers van dergelijke diensten hebben het moeilijk om afnemers aan te trekken omdat hun platforms toegang bieden tot onvoldoende eindgebruikers. Wanneer de eindgebruikers consumenten zijn, kunnen merkgetrouwheid, single-homing en de lock-instrategieën van gevestigde leveranciers van tussenhandelsdiensten eveneens barrières opwerpen.
- (343) Afnemers van onlinetussenhandelsdiensten kunnen hun goederen of diensten ook direct aan eindgebruikers verkopen. Een dergelijke rechtstreekse verkoop kan de leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten beperken in hun mogelijkheid om de prijs van hun diensten te verhogen. Daarom moet het aandeel van de verkoop van de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten die via de directe en indirecte kanalen wordt gerealiseerd, alsmede de substitueerbaarheid van deze kanalen, worden beoordeeld uit het oogpunt van de leveranciers van goederen of diensten en van de eindgebruikers.
- (344) Platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel kunnen merkbare beperkende effecten hebben wanneer ze worden opgelegd aan afnemers die een aanzienlijk deel van de totale vraag naar de betrokken onlinetussenhandelsdiensten vertegenwoordigen. In het geval van een cumulatief effect zullen de beperkende effecten over het algemeen slechts worden toegeschreven aan de pariteitsverplichtingen van leveranciers van wie het marktaandeel meer dan 5 % bedraagt.

(345) In beginsel kunnen pariteitsverplichtingen voor de detailhandel ook door detailhandelaren worden opgelegd met betrekking tot de voorwaarden waaronder de goederen of diensten van een leverancier door concurrerende detailhandelaren aan eindgebruikers worden aangeboden. Wanneer dit soort pariteitsverplichting echter betrekking heeft op de prijs, wordt over het algemeen van de leverancier van goederen of diensten die de verplichting aanvaardt, verlangd dat hij een minimale verticale prijsbinding oplegt aan de concurrerende detailhandelaren die onder de verplichting vallen. Verticale prijsbinding is een hardcorebeperking in de zin van de VBER en een beperking naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1. In gevallen waarin ondernemingen in staat zijn dergelijke pariteitsverplichtingen voor de detailhandel uit te voeren in overeenstemming met de regels inzake minimale verticale prijsbinding, vallen de verplichtingen onder de groepsvrijstelling. Boven de marktaandeeldrempel van de groepsvrijstelling zijn de in de punten 337 tot en met 344 van deze richtsnoeren vervatte leidraden van overeenkomstige toepassing.

8.2.5.2. Pariteitsverplichtingen voor de detailhandel met betrekking tot directe verkoopkanalen

(346) Pariteitsverplichtingen voor de detailhandel die door leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten worden opgelegd met betrekking tot de voorwaarden waaronder afnemers van de diensten goederen of diensten aan eindgebruikers mogen aanbieden via hun directe verkoopkanalen (pariteit “in enge zin”) voorkomen dat dergelijke afnemers eindgebruikers ertoe kunnen aanzetten over te schakelen op het directe kanaal door gunstiger voorwaarden aan te bieden (prijsonderbieding). Onder bepaalde omstandigheden, met name wanneer de concurrentie voor de levering van onlinetussenhandelsdiensten beperkt is, kunnen de leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten door de pariteitsverplichtingen “in enge zin” in staat worden gesteld een hogere prijs voor hun diensten te handhaven, hetgeen leidt tot hogere detailhandelsprijzen voor de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten op alle verkoopkanalen. Voor de beoordeling van dit soort beperking behoren tot de relevante factoren onder meer de marktpositie van de leverancier die de pariteitsverplichting oplegt, de relatieve omvang van de directe verkoopkanalen waarop de verplichting betrekking heeft, de substitueerbaarheid van de directe en indirecte kanalen uit het oogpunt van de leveranciers van de goederen of diensten en van de eindgebruikers, en de vraag of de beperkingen worden opgelegd door meerdere leveranciers van tussenhandelsdiensten (cumulatieve effecten).

(347) Bovendien kunnen pariteitsverplichtingen voor de detailhandel met betrekking tot directe verkoopkanalen onder bepaalde omstandigheden indirect een beperkend effect teweegbrengen dat gelijkwaardig is aan het effect van platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel. In beginsel kan een afnemer van onlinetussenhandelsdiensten die aan een pariteitsverplichting in enge zin voor de detailhandel onderworpen is, zijn aanbiedingen differentiëren tussen de tussenhandelsplatforms waarvan hij gebruikmaakt (multi-homing). Daartoe moet hij echter op zijn directe kanalen voorwaarden aanbieden die niet gunstiger zijn dan de voorwaarden die hij aanbiedt op het “duurste” tussenhandelsplatform waarmee hij een overeenkomst betreffende de pariteit van directe kanalen heeft gesloten. Afhankelijk van factoren zoals het aandeel van de via elk kanaal gerealiseerde verkopen, de kosten van het gebruik van elk kanaal en de elasticiteit van de vraag naar de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten over de verkoopkanalen heen, kunnen er voor afnemers en leveranciers van

onlinetussenhandelsdiensten onvoldoende stimulansen zijn om afwegingen te maken met betrekking tot de prijs van deze diensten en de voorwaarden waaronder goederen of diensten middels de tussenhandelsdienst worden aangeboden. Deze uitkomst is doorgaans waarschijnlijker wanneer een aanzienlijk deel van de verkoop via het directe kanaal verloopt en wanneer pariteitsverplichtingen voor de detailhandel met betrekking tot directe kanalen worden opgelegd door meerdere leveranciers.

- (348) Pariteitsverplichtingen voor de detailhandel die door leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten worden opgelegd met betrekking tot directe verkoopkanalen kunnen aanzienlijke beperkende effecten hebben wanneer afnemers die een aanzienlijk deel van de totale vraag naar de onlinetussenhandelsdiensten vertegenwoordigen, aan dergelijke verplichtingen of aan platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel onderworpen zijn. Het is mogelijk dat de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit na een beoordeling van de intrekking van de verticale groepsvrijstelling een soortgelijke beoordeling zal moeten uitvoeren wanneer de marktaandelen van de betrokken leveranciers onder de drempel van 30 % liggen.

8.2.5.3. Pariteitsverplichtingen met betrekking tot andere dan detailhandelsvoorwaarden

- (349) Pariteitsverplichtingen die worden opgelegd door upstreamleveranciers van onlinetussenhandelsdiensten met betrekking tot de voorwaarden waaronder goederen of diensten worden aangeboden aan ondernemingen die geen eindgebruikers zijn, vallen onder de groepsvrijstelling. Dit soort verplichting kan de concurrentie tussen leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten op dezelfde wijze ontmoedigen als pariteitsverplichtingen voor de detailhandel, en daarom blijven de leidraden in de punten 337 tot en met 348 van deze richtsnoeren relevant. Dit geldt met name wanneer er geen significant verschil is tussen de prijzen of andere voorwaarden waaronder de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten op upstream- en detailhandelniveau worden aangeboden, zoals het geval kan zijn wanneer de tussenhandelsdienst betrekking heeft op eindgoederen of -diensten¹²¹. Voor de beoordeling van dit soort pariteitsverplichting moet echter ook rekening worden gehouden met de mededingingsvoorwaarden downstream, d.w.z. tussen de ondernemingen die de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten kopen.
- (350) Daarentegen hebben pariteitsverplichtingen met betrekking tot de voorwaarden waaronder goederen of diensten door producenten, groothandelaren of detailhandelaren als input worden aangekocht, geen directe gevolgen voor de voorwaarden waaronder deze ondernemingen downstream concurreren. De leidraden voor de beoordeling van pariteitsverplichtingen voor de detailhandel zijn daarom waarschijnlijk minder relevant. Het voornaamste bezwaar in verband met pariteitsverplichtingen met betrekking tot de voorwaarden waaronder goederen of diensten als input worden aangekocht, is dat ze de stimulans voor leveranciers van inputs om te concurreren, kunnen verminderen en zo de inputprijzen kunnen verhogen. Relevante factoren voor de beoordeling zijn onder meer de relatieve omvang en marktmacht van de leverancier en de afnemer die de pariteitsverplichting overeenkomen, het aandeel van de relevante markt dat door soortgelijke

¹²¹ In sommige gevallen kan de pariteitsverplichting betrekking hebben op voorwaarden die zowel op upstream- als op detailhandelniveau worden aangeboden.

verplichtingen wordt bestreken, en de kosten van de betrokken input ten opzichte van de totale kosten van de afnemers.

8.2.5.4. Toetsing aan artikel 101, lid 3

- (351) Wanneer pariteitsverplichtingen merkbaar beperkende effecten hebben, moeten mogelijke rechtvaardigingsgronden uit het oogpunt van efficiëntieverbeteringen aan artikel 101, lid 3, worden getoetst. De meest gebruikelijke rechtvaardiging voor het gebruik van deze verplichtingen door leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten is het aanpakken van een meeliftprobleem. Zo is het mogelijk dat de leveranciers geen stimulans hebben om in de ontwikkeling van hun platform, in presaleservice of in vraagbevorderende promotie te investeren, indien de voordelen van dergelijke investeringen in de vorm van een grotere verkoop terechtkomen bij concurrerende platforms of directe verkoopkanalen die dezelfde goederen of diensten tegen gunstigere voorwaarden kunnen aanbieden.
- (352) Tot de relevante factoren behoren onder meer het feit of de investeringen door de leverancier van onlinetussenhandelsdiensten objectieve voordelen opleveren, dat wil zeggen of ze waarde toevoegen voor de consument; of het risico van meeliftgedrag reëel en wezenlijk is, en of het specifieke soort en de omvang van de pariteitsverplichting onmisbaar zijn om de beoogde voordelen te bereiken. Het waarschijnlijke niveau van meeliftgedrag moet voldoende hoog zijn om van aanzienlijke invloed te zijn op de stimulans om in de onlinetussenhandelsdienst te investeren. Bewijs van de mate waarin gebruikers van de tussenhandelsdiensten aan multi-homing doen is van bijzonder belang, hoewel ook moet worden nagegaan of hun gedrag wordt beïnvloed door de effecten van de pariteitsverplichtingen. Indien de leverancier van onlinetussenhandelsdiensten of zijn concurrenten op andere vergelijkbare markten met minder restrictieve of zonder pariteitsverplichtingen actief zijn, kan dit erop wijzen dat de verplichtingen niet onmisbaar zijn. Wanneer de levering van onlinetussenhandelsdiensten sterk geconcentreerd is en aanzienlijke toetredingsdrempels kent, kan de noodzaak om de resterende concurrentie te beschermen zwaarder wegen dan de mogelijke efficiëntieverbeteringen. Andere rechtvaardigingsgronden die verband houden met de algemene voordelen van transactieplatforms, zoals het bundelen van de promotie-uitgaven van leveranciers, grotere prijstransparantie of lagere transactiekosten, voldoen alleen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, als de leverancier van onlinetussenhandelsdiensten kan aantonen dat er sprake is van een direct causaal tussen het aangevoerde voordeel en het gebruik van het specifieke soort pariteitsverplichting.
- (353) Doorgaans is het waarschijnlijker dat pariteitsverplichtingen voor de detailhandel met betrekking tot directe verkoopkanalen voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Dit is hoofdzakelijk zo omdat de beperkende effecten ervan over het algemeen minder ernstig zijn dan die van de platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen en daarom waarschijnlijk eerder door efficiëntieverbeteringen zullen worden gecompenseerd. Bovendien kan het risico van meeliftgedrag van leveranciers van goederen of diensten via hun directe verkoopkanalen groter zijn, omdat deze leveranciers over het algemeen een hogere marge per eenheid op de verkoop in hun directe kanaal dan op de indirecte verkoop verdienen.

8.2.6. *Vooraf te betalen toegangsvergoedingen*

- (354) 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”)¹²², om in de schappen te blijven (“pay-to-stay fees”)¹²³ of om toegang te krijgen tot promotiecampagnes van een distributeur. Deze afdeling bevat leidraden voor de beoordeling van vooraf te betalen toegangsvergoedingen in individuele gevallen boven de marktaandeeldrempel zoals vastgesteld in artikel 3 VBER.

- (355) Vooraf te betalen toegangsvergoedingen kunnen soms resulteren in mededingingsversturende uitsluiting van andere distributeurs. Zo kan een hoge vergoeding een leverancier ertoe aanzetten een aanzienlijk volume van zijn verkopen via één of een beperkt aantal distributeurs te verspreiden om de kosten van de vergoeding te dekken. In dat geval kunnen vooraf te betalen toegangsvergoedingen hetzelfde afscherpende effect hebben op de downstreammarkt als verplichtingen tot exclusieve levering. Om de waarschijnlijkheid van dit soort negatieve effecten te beoordelen, kunnen de leidraden betreffende exclusieve-leveringsverplichtingen naar analogie worden toegepast (met name de punten 305 tot en met 310).
- (356) Bij wijze van uitzondering kunnen vooraf te betalen toegangsvergoedingen resulteren in mededingingsversturende afscherpende effecten in de upstreammarkt. Indien de distributeur bijvoorbeeld een sterke onderhandelingspositie heeft, of wanneer het gebruik van vooraf te betalen toegangsvergoedingen wijdverbreid is, kunnen dergelijke vergoedingen de toetredingsdrempels voor kleine leveranciers verhogen. Om de waarschijnlijkheid van dit soort negatieve effecten te beoordelen, kunnen de leidraden betreffende merkexclusiviteitsverplichtingen naar analogie worden toegepast (met name de punten 284 tot en met 293 van deze richtsnoeren). Bij de beoordeling moet ook rekening worden gehouden met de vraag of de betrokken distributeur concurrerende producten onder zijn eigen merknaam verkoopt. In dat geval kunnen ook horizontale bezwaren rijzen, met als gevolg dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is op grond van artikel 2, lid 4, VBER (zie afdeling 4.4.3 van deze richtsnoeren).
- (357) Behalve dat ze marktafscherpende effecten kunnen hebben, kunnen vooraf te betalen toegangsvergoedingen ook de concurrentie afzwakken en 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 in rekening brengt om de kosten van deze vergoedingen te dekken. Hogere leveringsprijzen kunnen de stimulans 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 vermindering van de concurrentie tussen distributeurs door het cumulatieve gebruik van vooraf te betalen toegangsvergoedingen moet de distributiemarkt normaliter zeer geconcentreerd zijn.
- (358) Het gebruik van vooraf te betalen toegangsvergoedingen kan echter in veel gevallen bijdragen tot een efficiënte toewijzing van schapruimte aan nieuwe producten. Wanneer leveranciers nieuwe producten lanceren, hebben distributeurs vaak minder

¹²² Vaste vergoedingen die producenten aan detailhandelaren betalen om toegang tot hun schapruimte te krijgen.

¹²³ De betaling van een vast bedrag om te waarborgen dat een bestaand product nog een bepaalde tijd in de schappen aanwezig blijft.

informatie dan de leverancier over de kans dat het nieuwe product succesvol zal zijn, met als gevolg dat zij mogelijk suboptimale hoeveelheden van het product in voorraad hebben. 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 dus van tevoren in kennis worden gesteld van de producten die het meeste kans van slagen hebben, omdat een leverancier normaliter alleen bereid zal zijn vooraf een toegangsvergoeding te betalen indien hij de kans klein acht dat de productlancering zal mislukken.

- (359) Bovendien kunnen leveranciers door de in het vorige punt genoemde 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 productlanceringen.

8.2.7. *Categoriemanagementovereenkomsten*

- (360) 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 category captain kan dus bijvoorbeeld invloed hebben op de productplaatsing en productpromotie in de winkel en de productselectie voor de winkel. Categoriemanagementovereenkomsten vallen onder de groepsvrijstelling wanneer noch het marktaandeel van de category captain, noch dat van de distributeur meer dan 30 % bedraagt, en mits een dergelijke overeenkomst geen hardcorebeperkingen bevat, bijvoorbeeld beperkingen van de mogelijkheid van de distributeur om zijn verkoopprijs vast te stellen in de zin van artikel 4, punt a), VBER.
- (361) In de meeste gevallen geven categoriemanagementovereenkomsten geen aanleiding tot bezwaren uit het oogpunt van artikel 101. Ze kunnen de mededinging tussen leveranciers echter soms vervalsen en tot mededingingsversturende uitsluiting van andere leveranciers leiden, 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.
- (362) Over het algemeen zullen de distributeurs er geen belang bij hebben hun keuze van producten te beperken. Zij kunnen evenwel stimulansen hebben om bepaalde leveranciers uit te sluiten, met name wanneer de distributeur ook concurrerende producten onder zijn eigen merknaam verkoopt. Om de waarschijnlijkheid van een dergelijk afschermend effect upstream te beoordelen, kunnen de leidraden betreffende merkexclusiviteitsverplichtingen naar analogie worden toegepast (met name de punten 284 tot en met 293 van deze richtsnoeren). Bij deze beoordeling moet met name rekening worden gehouden met, enerzijds, de marktdekking van de categoriemanagementovereenkomsten en het mogelijke cumulatieve gebruik van dergelijke overeenkomsten en, anderzijds, de marktpositie van concurrerende leveranciers en de distributeur.
- (363) Daarnaast kunnen categoriemanagementovereenkomsten collusie tussen distributeurs in de hand werken wanneer dezelfde leverancier als “category captain” voor alle of

de meeste concurrerende distributeurs op de markt optreedt, en deze distributeurs een gemeenschappelijk referentiepunt voor hun marketingbeslissingen biedt.

- (364) 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 reclamecampagnes. De VBER is niet van toepassing op dergelijke directe informatie-uitwisselingen tussen concurrenten (zie punt 83 van deze richtsnoeren).
- (365) Categoriemanagementovereenkomsten kunnen echter ook efficiëntieverbeteringen opleveren. Distributeurs kunnen als gevolg van categoriemanagementovereenkomsten toegang krijgen tot de marketingervaring die de leverancier heeft met bepaalde groepen producten, of zij kunnen schaalvoordelen behalen, doordat zij de optimale hoeveelheid op het juiste moment direct in de schappen kunnen leggen. 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.

8.2.8. *Koppelverkoop*

- (366) 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 102 inhouden¹²⁴. Koppelverkoop kan ook een verticale beperking in de zin van artikel 101 vormen, wanneer deze in een merkexclusiviteitsverplichting (zie de punten 281 tot en met 302 van deze richtsnoeren) voor het gekoppelde product resulteert. Slechts deze laatste situatie wordt in deze richtsnoeren behandeld.
- (367) Of producten als afzonderlijke producten worden beschouwd, is afhankelijk van de vraag van klanten. Twee producten zijn afzonderlijke producten wanneer, zonder koppelverkoop, een substantieel aantal klanten het koppelende product bij dezelfde leverancier 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 maken¹²⁵. Het bewijs dat twee producten afzonderlijke producten zijn, kan onder meer rechtstreeks bewijs zijn dat afnemers, wanneer zij de keuze krijgen, het koppelende product en het gekoppelde product 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 product¹²⁶, of bewijs waaruit blijkt dat ondernemingen met geringe marktmacht, vooral op concurrerende markten, dergelijke producten doorgaans niet koppelen of bundelen. Zo is het, omdat klanten schoenen met veters wensen te kopen

¹²⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 14 november 1995, Tetrapak/Commissie, C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, 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).

¹²⁵ Arrest van het Gerecht van 17 september 2007, Microsoft/Commissie, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, punten 917, 921 en 922.

¹²⁶ Zie arrest van het Gerecht van 12 december 1991, Hilti/Commissie, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, punt 67.

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.

- (368) Koppelverkoop kan leiden tot mededingingsversturende marktafscherpende effecten op de gekoppelde markt, op de koppellende 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 101, 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 non-concurrentiebeding wordt overeengekomen, vergroot dit de kans dat het tot afscherming van 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 koppellende 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 koppellende product, kan een beperking van het aantal alternatieve leveranciers van het gekoppelde product, en dus een beperkte beschikbaarheid van dit product, de toetreding tot uitsluitend de koppellende markt moeilijker maken.
- (369) 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 koppellende en het gekoppelde product in uiteenlopende mate kunnen worden gebruikt als input voor een productieproces en de klanten op een prijsverhoging voor het koppellende product kunnen reageren door hun vraag naar het gekoppelde product op te drijven, terwijl zij hun vraag naar het koppellende 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 naargelang van het gebruik dat de klant van het koppellende 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.
- (370) Koppelverkoop valt onder de groepsvrijstelling wanneer het marktaandeel van de leverancier op zowel de markt van het gekoppelde product als de markt van het koppellende product en dat van de afnemer op de relevante upstreammarkten niet meer dan 30 % bedraagt. Koppelverkoop kan met andere verticale beperkingen die niet tot de hardcore beperkingen in de zin van de groepsvrijstellingsverordening behoren, zoals een non-concurrentiebeding of afnamequotering met betrekking tot het koppellende product, of exclusieve afname, worden gecombineerd. Boven de marktaandeeldrempel gelden de in het resterende gedeelte van deze afdeling vervatte leidraden voor het beoordelen van koppelverkoop in individuele gevallen.

- (371) De marktpositie van de leverancier op de markt voor het koppelende product is duidelijk van groot belang voor het beoordelen van mogelijke mededingingsversturende 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.
- (372) 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 mededingingsversturende 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 non-concurrentiebeding met betrekking tot het koppelende product wordt gecombineerd, versterkt dit in aanzienlijke mate de positie van de leverancier.
- (373) 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.
- (374) Wanneer merkbare mededingingsversturende effecten zijn vastgesteld, rijst de vraag of aan de voorwaarden van artikel 101, 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 101, 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 punt 14, h)). 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 binnen het toepassingsgebied van artikel 101, 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 101, lid 1, vallen, vooral wanneer het aanwijzen van de leveranciers van het gekoppelde product de leverancier van het koppelende product geen direct (financieel) voordeel oplevert.