

II

(Mededelingen)

MEDEDELINGEN VAN DE INSTELLINGEN, ORGANEN EN INSTANTIES VAN
DE EUROPESE UNIE

EUROPESE COMMISSIE

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

(2022/C 248/01)

INHOUDSOPGAVE

	<i>Bladzijde</i>
1. Inleiding	3
1.1. Doel en structuur van deze richtsnoeren	3
1.2. Toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op verticale overeenkomsten	4
2. Effecten van verticale overeenkomsten	6
2.1. Positieve effecten	6
2.2. Negatieve effecten	9
3. Verticale overeenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen	10
3.1. Geen gevolgen voor de handel, overeenkomsten van geringe betekenis en kleine en middelgrote ondernemingen.	10
3.2. Agentuurovereenkomsten	11
3.2.1. Agentuurovereenkomsten die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen	11
3.2.2. Toepassing van artikel 101, lid 1, van het Verdrag op agentuurovereenkomsten	15
3.2.3. Agentuur en de onlineplatformeconomie	16
3.3. Toeleveringsovereenkomsten	17
4. Toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720	17
4.1. Door de Verordening (EU) 2022/720 gecreëerde veilige zone	17
4.2. Definitie van verticale overeenkomsten	18
4.2.1. Eenzijdige gedragingen vallen buiten het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720	18
4.2.2. De ondernemingen zijn actief in verschillende stadia van de productie- of distributieketen	19
4.2.3. De overeenkomst heeft betrekking op de koop, verkoop of wederverkoop van goederen of diensten	19
4.3. Verticale overeenkomsten in de onlineplatformeconomie	20
4.4. Grenzen aan de toepassing van Verordening (EU) 2022/720	21

4.4.1. Verenigingen van detailhandelaren	21
4.4.2. Verticale overeenkomsten met bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten	22
4.4.3. Verticale overeenkomsten tussen concurrenten	25
4.4.4. Verticale overeenkomsten met aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten die een hybride functie hebben	28
4.5. Relatie met andere groepsvrijstellingsverordeningen	30
4.6. Specifieke soorten distributiestelsels	30
4.6.1. Exclusieve distributiestelsels	31
4.6.2. Selectieve distributiestelsels	35
4.6.3. Franchising	40
5. Marktbepaling en berekening van het marktaandeel	42
5.1. Bekendmaking marktbepaling	42
5.2. De berekening van marktaandelen op grond van Verordening (EU) 2022/720	42
5.3. Berekening van marktaandelen in het kader van Verordening (EU) 2022/720	43
6. Toepassing van Verordening (EU) 2022/720	43
6.1. Hardcorebeperkingen in Verordening (EU) 2022/720	43
6.1.1. Verticale prijsbinding	45
6.1.2. Hardcorebeperkingen als bedoeld in artikel 4, punten b), c), d) en e), van Verordening (EU) 2022/720	49
6.1.3. Beperkingen op de verkoop van vervangingsonderdelen	57
6.2. Beperkingen die van Verordening (EU) 2022/720 zijn uitgesloten	57
6.2.1. Concurrentiebedingen met een looptijd van meer dan vijf jaar	58
6.2.2. Concurrentiebedingen na het verstrijken van de overeenkomst	58
6.2.3. Concurrentiebedingen opgelegd aan leden van een selectief distributiestelsel	59
6.2.4. Platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel	59
7. Intrekking en buitentoepassingverklaring	59
7.1. Intrekking van het voordeel van Verordening (EU) 2022/720	59
7.2. Buitentoepassingverklaring van Verordening (EU) 2022/720	62
8. Handhavingsbeleid in individuele zaken	63
8.1. Kader van de analyse	63
8.1.1. Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 101, lid 1, van het Verdrag	64
8.1.2. Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 101, lid 3, van het Verdrag	66
8.2. Analyse van specifieke verticale beperkingen	67
8.2.1. Merkexclusiviteit	68
8.2.2. Exclusieve levering	72
8.2.3. Beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen	74
8.2.4. Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten	75
8.2.5. Pariteitsverplichtingen	77
8.2.6. Vooraf te betalen toegangsvergoedingen	82
8.2.7. Categoriemanagementovereenkomsten	83
8.2.8. Koppelverkoop	83

1. INLEIDING

1.1. Doel en structuur van deze richtsnoeren

- (1) In deze richtsnoeren worden de beginselen uiteengezet voor de beoordeling van verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ⁽¹⁾ en Verordening (EU) 2022/720 van de Commissie ⁽²⁾. Tenzij anders vermeld, dekt de term “overeenkomst” in deze richtsnoeren ook onderling afgestemde feitelijke gedragingen ⁽³⁾.
- (2) Met de bekendmaking van deze richtsnoeren wil de Commissie ondernemingen helpen verticale overeenkomsten zelf te beoordelen op grond van de mededingingsregels van de Unie en de handhaving van artikel 101 van het Verdrag te vergemakkelijken. Deze richtsnoeren mogen echter niet mechanisch worden toegepast, aangezien elke overeenkomst moet worden beoordeeld in het licht van haar eigen feiten ⁽⁴⁾. Deze richtsnoeren laten ook de rechtspraak van het Gerecht en het Hof van Justitie van de Europese Unie onverlet.
- (3) Verticale overeenkomsten kunnen betrekking hebben op intermediaire of finale goederen en diensten. Tenzij anders vermeld, gelden deze richtsnoeren voor alle soorten goederen en diensten en voor alle handelsniveaus. Voorts omvat de term “eindgebruiker”, tenzij anders vermeld, ondernemingen en eindconsumenten, namelijk natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van hun handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit.
- (4) Deze richtsnoeren zijn als volgt gestructureerd:
 - in deze eerste inleidende afdeling wordt uitgelegd waarom de Commissie leidraden over verticale overeenkomsten geeft en wat het toepassingsgebied van die leidraden is. Er wordt tevens uitgelegd wat de doelstellingen van artikel 101 van het Verdrag zijn, hoe artikel 101 van het Verdrag op verticale overeenkomsten wordt toegepast, en wat de voornaamste stappen zijn wanneer verticale overeenkomsten aan artikel 101 van het Verdrag worden getoetst.
 - de tweede afdeling biedt een overzicht van de positieve en negatieve effecten van verticale overeenkomsten. Bij Verordening (EU) 2022/720, 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, van het Verdrag vallen. Hoewel Verordening (EU) 2022/720 niet van toepassing is op die overeenkomsten, is het noodzakelijk om leidraden te bieden over de voorwaarden waaronder verticale overeenkomsten buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag kunnen vallen;
 - de vierde afdeling bevat nadere leidraden over het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720, met inbegrip van uitleg over de bij de verordening ingestelde veilige zone en de definitie van een verticale overeenkomst. Die afdeling bevat ook leidraden inzake verticale overeenkomsten in de onlineplatformeconomie, die een steeds belangrijkere rol speelt in de distributie van goederen en diensten. In die afdeling worden ook de grenzen van de toepassing van Verordening (EU) 2022/720 uiteengezet, zoals bepaald in artikel 2, leden 2, 3 en 4, van de verordening. Dit omvat de specifieke beperkingen die van toepassing zijn op de uitwisseling van informatie tussen een leverancier en een afnemer in scenario's van duale distributie, als bedoeld in artikel 2, lid 5, van de verordening, en de beperkingen die van toepassing zijn op overeenkomsten betreffende de levering van onlinetussenhandelsdiensten wanneer de aanbieder van die diensten een hybride functie vervult, als bedoeld in artikel 2, lid 6, van de verordening. In de vierde afdeling wordt ook uitgelegd hoe Verordening (EU) 2022/720 van toepassing is in gevallen waarin een verticale overeenkomst binnen het toepassingsgebied van een andere groepsvrijstellingsverordening valt, zoals uiteengezet in artikel 2, lid 7, van de verordening. Ten slotte bevat die afdeling een beschrijving van bepaalde gangbare typen distributiesystemen, met name die welke het voorwerp zijn van specifieke bepalingen in artikel 4 van de verordening met betrekking tot hardcorebeperkingen;

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

⁽²⁾ Verordening (EU) 2022/720 van de Commissie van 10 mei 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 (PB L 134, 11.5.2022, blz. 4).

⁽³⁾ Zie punt (51).

⁽⁴⁾ De Commissie zal blijven toezien op de werking van Verordening (EU) 2022/720 en deze richtsnoeren, en zij kan deze bekendmaking herzien in het licht van toekomstige ontwikkelingen.

- in de vijfde afdeling wordt ingegaan op de bepaling van de relevante markten en de berekening van de marktaandelen, onder verwijzing naar de bekendmaking marktbeoordeling ⁽⁷⁾. Dit is relevant omdat verticale overeenkomsten alleen onder de groepsvrijstelling van Verordening (EU) 2022/720 vallen indien de marktaandelen van de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst, de in artikel 3 van Verordening (EU) 2022/720 vastgestelde drempels niet overschrijden;
- de zesde afdeling behandelt de hardcorebeperkingen van artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720 en de uitgesloten beperkingen van artikel 5 van de verordening, en bevat tevens een toelichting waarom de kwalificatie als “hardcorebeperking” of “uitgesloten beperking” relevant is;
- de zevende afdeling bevat leidraden inzake de bevoegdheden van de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten (“NMA’s”) om in individuele gevallen de in Verordening (EU) 2022/720 vervatte vrijstelling in te trekken, zoals bepaald in artikel 29 van Verordening (EC) nr. 1/2003 ⁽⁸⁾ en artikel 6 van Verordening (EU) 2022/720, alsook leidraden inzake de bevoegdheid van de Commissie om verordeningen vast te stellen waarbij Verordening (EU) 2022/720 buiten toepassing wordt verklaard, overeenkomstig artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720;
- in de achtste afdeling wordt het handhavingsbeleid van de Commissie in individuele zaken beschreven. Daartoe wordt uitgelegd hoe verticale overeenkomsten die niet onder Verordening (EU) 2022/720 vallen, worden beoordeeld op grond van artikel 101, leden 1 en 3, van het Verdrag, en worden leidraden gegeven voor diverse gangbare soorten verticale beperkingen.

1.2. Toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op verticale overeenkomsten

- (5) Artikel 101 van het Verdrag heeft tot doel te voorkomen dat ondernemingen tot nadeel van de consument gebruikmaken van — horizontale of verticale ⁽⁷⁾ — overeenkomsten om de concurrentie te verhinderen, beperken of vervalsen ⁽⁸⁾. Artikel 101 van het Verdrag streeft voorts de algemenere doelstelling na om een geïntegreerde interne markt tot stand te brengen die de concurrentie in de Europese Unie bevordert. Ondernemingen mogen geen verticale overeenkomsten gebruiken om opnieuw particuliere barrières tussen lidstaten op te werpen waar van overheidswege ingevoerde barrières met succes zijn weggenomen.
- (6) Artikel 101 van het Verdrag is van toepassing op verticale overeenkomsten en beperkingen in verticale overeenkomsten die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en die de concurrentie verhinderen, beperken of vervalsen ⁽⁹⁾. Het biedt een wettelijk kader voor de beoordeling van verticale beperkingen ⁽¹⁰⁾, waarbij rekening wordt gehouden met het onderscheid tussen concurrentieverstorende en concurrentiebevorderende effecten. Artikel 101, lid 1, van het Verdrag verbiedt overeenkomsten die de concurrentie merkbaar beperken of vervalsen. Dat verbod geldt echter niet voor overeenkomsten die aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen, met name wanneer de overeenkomst voldoende voordelen biedt om op te wegen tegen de concurrentieverstorende effecten ervan, zoals aangegeven in de richtsnoeren overeenkomstig artikel 101, lid 3 ⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ Bekendmaking van de Commissie betreffende de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372, 9.12.1997, blz. 5) of alle toekomstige leidraden van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie, met inbegrip van eventuele leidraden die de bekendmaking marktbeoordeling vervangen.

⁽⁸⁾ Verordening (EC) 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 (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).

⁽⁹⁾ Verdere richtsnoeren inzake de definitie van “verticale overeenkomst” in de zin van artikel 1, lid 1, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 zijn te vinden in afdeling 4.2 van deze richtsnoeren.

⁽¹⁰⁾ Zie bijvoorbeeld de arresten van 21 februari 1973, *Europemballage Corporation en Continental Can Company/Commissie*, zaak 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, punten 25 en 26; 17 februari 2011, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, punten 20–24 en 18 november 2021, *SIA “Visma Enterprise”/Konkurences padome*, C-306/20, ECLI:EU:C:2021:935, punt 58 (“zaak C-306/20 – Visma Enterprise”).

⁽¹¹⁾ Zie bijvoorbeeld de arresten van 13 juli 1966, *Grundig-Consten en Grundig/Commissie van de EEG*, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, EU:C:1966:41; 30 juni 1966, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, 56/65, ECLI:EU:C:1966:38 (“zaak C-56/65 – Société Technique Minière”); en van het gerecht in eerste aanleg (Eerste kamer) van 14 juli 1994, *Parker Pen/Commissie van de Europese Gemeenschappen*, T-77/92, ECLI:EU:T:1994:85 (“zaak T-77/92 – Parker Pen”).

⁽¹⁰⁾ Voor de toepassing van Verordening (EU) 2022/720 wordt overeenkomstig artikel 1, lid 1, punt b), van Verordening (EU) 2022/720, 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 inzake verticale overeenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen, zijn opgenomen in afdeling 3 van deze richtsnoeren.

⁽¹¹⁾ Zie voor de algemene methode van de Commissie en haar interpretatie van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 101 van het Verdrag, en met name artikel 101, lid 3, 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).

- (7) Hoewel er geen verplichte werkvolgorde is voor de beoordeling van verticale overeenkomsten, omvat die beoordeling over het algemeen de volgende stappen:
- allereerst moeten de betrokken ondernemingen vaststellen welk marktaandeel de leverancier en de afnemer hebben op de relevante markten waarop zij de contractgoederen of -diensten verkopen, respectievelijk kopen;
 - indien noch het marktaandeel van de leverancier noch dat van de afnemer de in artikel 3 van Verordening (EU) 2020/720 vastgestelde marktaandeeldrempel van 30 % overschrijdt, valt de verticale overeenkomst onder de door de verordening vastgestelde veilige haven, op voorwaarde dat de overeenkomst geen hardcorebeperkingen in de zin van artikel 4 van de verordening bevat, noch uitgesloten beperkingen in de zin van artikel 5 van de verordening die niet van de rest van de overeenkomst kunnen worden gescheiden;
 - indien het relevante marktaandeel van de leverancier of de afnemer de drempel van 30 % overschrijdt of de overeenkomst één of meer hardcorebeperkingen of niet-scheidbare uitgesloten beperkingen bevat, moet worden beoordeeld of de verticale overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt;
 - indien de verticale overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, moet worden onderzocht of zij voldoet aan de voorwaarden voor de uitzondering van artikel 101, lid 3, van het Verdrag.
- (8) Duurzame ontwikkeling is een kernbeginsel van het Verdrag en een prioritaire doelstelling voor het beleid van de Europese Unie ⁽¹²⁾, samen met digitalisering en een veerkrachtige interne markt ⁽¹³⁾. Het begrip duurzaamheid omvat, maar is niet beperkt tot, de aanpak van de klimaatverandering (bijvoorbeeld door de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen), de beperking van het gebruik van natuurlijke hulpbronnen, de vermindering van afval en de bevordering van dierenwelzijn ⁽¹⁴⁾. De doelstellingen van de Europese Unie op het gebied van duurzaamheid, veerkracht en digitalisering worden bevorderd door efficiënte leverings- en distributieovereenkomsten tussen ondernemingen. Verticale overeenkomsten waarmee duurzaamheidsdoelstellingen worden nagestreefd of die bijdragen tot een digitale en veerkrachtige eengemaakte markt, vormen geen afzonderlijke categorie verticale overeenkomsten in het kader van het mededingingsrecht van de Europese Unie. Die overeenkomsten moeten derhalve worden beoordeeld aan de hand van de in deze richtsnoeren uiteengezette beginselen, waarbij rekening moet worden gehouden met het specifieke doel dat ermee wordt nagestreefd. Bijgevolg is de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 van toepassing op verticale overeenkomsten die gericht zijn op duurzaamheids-, veerkracht- en digitale doelstellingen, mits zij aan de voorwaarden van de verordening voldoen. Deze richtsnoeren bevatten voorbeelden ter illustratie van de beoordeling van verticale overeenkomsten waarmee duurzaamheidsdoelstellingen worden nagestreefd ⁽¹⁵⁾.
- (9) Wanneer een verticale overeenkomst de concurrentie beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag en Verordening (EU) 2022/720 niet van toepassing is, kan de overeenkomst niettemin voldoen aan de voorwaarden van de uitzondering van artikel 101, lid 3, ⁽¹⁶⁾. Dit geldt ook voor verticale overeenkomsten waarmee duurzaamheidsdoelstellingen worden nagestreefd of die bijdragen tot een digitale en veerkrachtige interne markt. Hoewel afdeling 8 leidraden bevat voor de beoordeling van dergelijke verticale overeenkomsten in individuele gevallen, kunnen ook andere richtsnoeren van de Commissie relevant zijn. Dat omvat de richtsnoeren op grond van artikel 101, lid 3, de horizontale richtsnoeren ⁽¹⁷⁾ en alle leidraden die in toekomstige versies van die richtsnoeren kunnen worden gegeven. Die richtsnoeren kunnen met name als leidraad dienen voor de omstandigheden waarin duurzaamheids-, digitale of veerkrachtvoordelen in aanmerking kunnen worden genomen als kwalitatieve of kwantitatieve efficiëntieverbeteringen in de zin van artikel 101, lid 3, van het Verdrag.

⁽¹²⁾ Zie artikel 3, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

⁽¹³⁾ Zie de mededeling van de Commissie van 5 mei 2021 — Actualisering van de nieuwe industriestrategie van 2020: een sterkere eengemaakte markt tot stand brengen voor het herstel van Europa (COM(2021/350) final).

⁽¹⁴⁾ Wanneer in het Unierecht definities van duurzaamheid, digitalisering of veerkracht zijn opgenomen, kan bij de beoordeling van verticale overeenkomsten rekening worden gehouden met die definities.

⁽¹⁵⁾ Zie de punten (144) en (316).

⁽¹⁶⁾ Deze richtsnoeren zijn niet van toepassing op overeenkomsten van producenten van landbouwproducten die vallen onder artikel 210 bis, van Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de Verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad (OJ L 347 20.12.2013, p. 671).

⁽¹⁷⁾ Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 11 van 14.1.2011, blz. 1).

2. EFFECTEN VAN VERTICALE OVEREENKOMSTEN

- (10) Bij de beoordeling van verticale overeenkomsten overeenkomstig artikel 101 van het Verdrag en de toepassing van Verordening (EU) 2022/720 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 concurrerende ondernemingen die substitueerbare goederen of diensten aanbieden ⁽¹⁸⁾. In beginsel is dit het gevolg van het complementaire karakter van de activiteiten die de partijen bij een verticale overeenkomst uitvoeren, hetgeen in het algemeen inhoudt dat concurrentiebevorderende acties van een van de partijen 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 prikkel om overeenstemming te bereiken over lagere prijzen en een hoger niveau van dienstverlening, hetgeen eveneens de consumenten ten goede komt. Evenzo heeft een partij bij een verticale overeenkomst gewoonlijk een prikkel om zich te verzetten tegen acties van de andere partij die de consumenten kunnen schaden, omdat dergelijke acties typisch ook de vraag naar de door de eerste partij geleverde goederen of diensten zullen doen afnemen. 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 meer efficiëntieverbeteringen kunnen opleveren, bijvoorbeeld door de productie- of distributieprocessen en -diensten te optimaliseren. In afdeling 2.1 worden voorbeelden van dergelijke positieve effecten gegeven.
- (11) Ondernemingen met marktmacht kunnen echter in sommige gevallen verticale beperkingen gebruiken om concurrentieverstorende doeleinden na te streven die uiteindelijk consumenten schaden. Zoals in afdeling 2.2 nader wordt toegelicht, kunnen verticale beperkingen met name leiden tot marktafsluiting, afzwakking van de concurrentie of collusie. 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 ⁽¹⁹⁾. De mate van marktmacht die vereist is om te spreken van een beperking van de concurrentie in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag is geringer dan de mate van marktmacht die vereist is om te spreken van een machtspositie in de zin van artikel 102 van het Verdrag.
- 2.1. **Positieve effecten**
- (12) Verticale overeenkomsten kunnen positieve effecten hebben, waaronder lagere prijzen, de bevordering van niet-prijsconcurrentie en betere dienstverlening. Eenvoudige contractuele regelingen tussen een leverancier en een afnemer, waarbij enkel de prijs en de hoeveelheid van een transactie 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. Die neveneffecten vallen onder twee categorieën: verticale neveneffecten en horizontale neveneffecten.
- (13) Verticale neveneffecten ontstaan omdat de beslissingen en acties in verschillende stadia van de productie- 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 productie- 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 die 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. Dat is een positief neveneffect voor de leverancier als gevolg van de verkoopbevorderende acties van de distributeur. Omgekeerd kunnen er situaties zijn waarin de distributeur, uit het oogpunt van de leverancier, te hoge prijzen vraagt ⁽²⁰⁾ of te weinig verkoopinspanningen levert, of beide.
- (14) Horizontale neveneffecten kunnen zich met name voordoen tussen distributeurs van dezelfde goederen of diensten wanneer een distributeur niet volledig kan profiteren van de voordelen van zijn verkoopinspanningen. Zo kunnen bijvoorbeeld de vraagbevorderende diensten van een distributeur voorafgaand aan de verkoop, zoals gepersonaliseerd advies met betrekking tot bepaalde goederen of diensten, leiden tot een hogere verkoop bij

⁽¹⁸⁾ Zie bijvoorbeeld zaak C-306/20 - *Visma Enterprise*, punt 78.

⁽¹⁹⁾ Zie punt 25 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽²⁰⁾ Dit wordt soms aangeduid als het probleem van "dubbele marginalisatie".

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 omnichannel-distributieomgeving kan meeliftgedrag tussen online- en offlinekanalen en in beide richtingen voorkomen ⁽²¹⁾. 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 in een onlinewinkel, en vervolgens een fysieke winkel bezoeken, op basis van de informatie die zij online hebben verzameld om bepaalde goederen of diensten te selecteren en te testen, en ten slotte de aankoop offline doen in een fysieke winkel. Wanneer dergelijk meeliftgedrag mogelijk is en de distributeur die de diensten voorafgaand aan de verkoop verleent, niet in staat is zelf volledig van de voordelen te profiteren, kan dit leiden tot een suboptimale verlening van dergelijke diensten voorafgaand aan de verkoop wat betreft kwantiteit of kwaliteit.

- (15) Als zich dergelijke neveneffecten voordoen, kunnen leveranciers ertoe aangemoedigd worden om bepaalde aspecten van de activiteiten van hun distributeurs te controleren en *vice versa*. In het bijzonder kunnen verticale overeenkomsten worden gebruikt om dergelijke neveneffecten te internaliseren en de gezamenlijke winst van de verticale toeleverings- en distributieketen te verhogen alsmede, onder bepaalde omstandigheden, het welzijn van de consument.
- (16) Hoewel in deze richtsnoeren wordt getracht een overzicht van de verschillende rechtvaardigingen voor verticale beperkingen te geven, wordt geen aanspraak gemaakt op volledigheid. De redenen die de toepassing van bepaalde verticale afspraken kunnen rechtvaardigen, zijn onder meer de volgende:
- (a) om het probleem van “verticale externaliteit” aan te pakken. 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. Evenzo kan, om de verkoopinspanningen van een distributeur te verhogen, de leverancier gebruikmaken van selectieve of exclusieve distributie;
 - (b) om het meeliftprobleem (“free-rider problem”) aan te pakken. 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 diensten voorafgaand aan de verkoop en andere promotieactiviteiten, maar niet bij service na verkoop, die de distributeur individueel aan zijn klanten in rekening kan brengen. Inspanningen voorafgaand aan de verkoop 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 ⁽²²⁾. Beperkingen in exclusieve- of selectieve-distributiestelsels, of andere beperkingen, kunnen nuttig zijn om dergelijk meeliftgedrag te voorkomen of te beperken. Ook tussen leveranciers kan er sprake zijn van meeliftgedrag, bijvoorbeeld wanneer een fabrikant investeert in promotie in de bedrijfsruimten van de afnemer, waardoor ook de concurrenten van die fabrikant klanten aantrekken. Beperkingen in de vorm van een concurrentiebeding kunnen meeliftgedrag tussen leveranciers helpen ondervangen ⁽²³⁾;
 - (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 die 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 punten (118), (136) en (137) van deze richtsnoeren). Dit is een bijzonder geval ten aanzien van het in punt b) beschreven meeliftprobleem;

⁽²¹⁾ Zie het werkdokument van de diensten van de Commissie – “Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation” (SWD2020) 172 final van 10 mei 2017, blz. 31-42 en het daarin vermelde evaluatieonderzoek; Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 10 mei 2017, “Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce” (COM(2017) 229 final) (hierna: “Verslag sectoronderzoek e-commerce”), punt 11.

⁽²²⁾ Of consumenten daadwerkelijk profijt trekken van extra promotie-inspanningen, hangt ervan af of met de extra promotie veel nieuwe klanten worden geïnformeerd en overtuigd, waardoor zij voordeel ondervinden, dan wel voornamelijk klanten worden bereikt die hun aankoopbeslissing al hebben gemaakt en voor wie de extra promotie uitsluitend of voornamelijk tot gevolg heeft dat de prijs stijgt.

⁽²³⁾ Zie met name de definitie van “concurrentiebeding” in artikel 1, lid 1, punt f, van Verordening (EU) 2022/720, waarvoor leidraden worden gegeven in afdeling 6.2 van deze richtsnoeren, en leidraden inzake “merkexclusiviteit” in afdeling 8.2 van deze richtsnoeren.

- (d) om het “certification free-riding”-probleem aan te pakken. 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 dat product door die distributeurs wordt verkocht. Indien de leverancier niet kan waarborgen dat de distributie van zijn producten beperkt blijft tot dergelijke premiumdistributeurs, loopt hij het risico niet door dergelijke distributeurs te worden opgenomen. In dat scenario kan het gebruik van exclusieve of selectieve distributie gerechtvaardigd zijn;
 - (e) om het “hold-up”-probleem aan te pakken. Het is mogelijk dat de leverancier of de afnemer relatiegebonden investeringen (bijvoorbeeld in specifieke uitrusting of opleiding) moeten doen, die verzonken investeringen zijn en buiten de specifieke verticale relatie weinig of geen waarde hebben. Zo kan het gebeuren dat een onderdelenfabrikant specifieke machines moet bouwen om aan de eisen van een van zijn afnemers te voldoen, maar dat de machines ongeschikt zijn voor gebruik bij andere afnemers en dat het onmogelijk is ze door te verkopen. Zonder overeenkomst zal de investerende partij zich in een zwakke onderhandelingspositie bevinden zodra zij de relatiegebonden investering heeft gedaan, aangezien zij het risico loopt te worden “gegjzeld” tijdens de onderhandelingen met haar handelspartner. De dreiging van een dergelijke opportunistische “hold-up” kan leiden tot suboptimale investeringen door de investerende partij. Verticale overeenkomsten kunnen de mogelijkheid tot “hold-up” wegnemen (met name wanneer de investering volledig contractueel kan worden vastgelegd en alle toekomstige onvoorziene gebeurtenissen kunnen worden voorzien) of zij kunnen de mogelijkheid tot “hold-up” verminderen. Zo kunnen concurrentiebedingen, afnamequotering of exclusieve afname het “hold-up”-probleem verminderen wanneer de relatiegebonden investering door de leverancier wordt gedaan, terwijl exclusieve distributie, klantenexclusiviteit of exclusieve levering het “hold-up”-probleem kunnen verminderen wanneer de investering door de afnemer wordt gedaan;
 - (f) om het specifieke “hold-up”-probleem aan te pakken dat zich kan voordoen bij overdracht van wezenlijke knowhow. De partij die de knowhow levert, kan weigerachtig staan tegenover gebruik van die knowhow door of ten behoeve van haar concurrenten wordt gebruikt, bijvoorbeeld bij franchising. Voor zover de knowhow niet gemakkelijk beschikbaar was voor de afnemer en die knowhow wezenlijk en onmisbaar is voor de uitvoering van de overeenkomst, kan een dergelijke overdracht een beperking rechtvaardigen in de vorm van een concurrentiebeding, waarbij artikel 101, lid 1, van het Verdrag op dergelijke gevallen normaliter niet van toepassing zou zijn ;
 - (g) om schaalvoordelen bij de distributie te realiseren. Om van schaalvoordelen te profiteren, zodat zijn goederen of diensten tegen een lagere detailhandelsprijs worden verkocht, kan de fabrikant besluiten de wederverkoop van zijn goederen of diensten aan een beperkt aantal distributeurs toe te vertrouwen. De fabrikant 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) om uniformiteit en kwaliteitsnormering te waarborgen. Een verticale beperking kan bijdragen tot het creëren of bevorderen van een merkimago, doordat aan de distributeurs een zekere mate van uniformiteit en kwaliteitsnormering wordt opgelegd. Dat kan de reputatie van het merk beschermen, de aantrekkelijkheid van de betrokken goederen of diensten voor de eindgebruikers vergroten en de verkoop doen stijgen. Een dergelijke normering kan bijvoorbeeld worden bereikt door selectieve distributie of franchising;
 - (i) om onvolkomenheden van de kapitaalmarkt aan te pakken. Het kan voorkomen dat de terbeschikkingstelling van kapitaal door geldverschaffers zoals banken en kapitaalmarkten suboptimaal is wanneer zij over onvolmaakte informatie beschikken over de solventie van de leningnemer of wanneer er een ontoereikende basis is om zekerheid voor de lening te stellen. Het is mogelijk dat de afnemer of de leverancier beter is 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 leiden tot het opleggen aan de afnemer van een concurrentiebeding of afnamequotering. Wanneer de afnemer de leverancier een lening verstrekt, kan dit een reden zijn voor het opleggen van exclusieve levering of leveringsquotering aan de leverancier.
- (17) De verschillende verticale beperkingen zijn in hoge mate substitueerbaar, hetgeen betekent dat hetzelfde inefficiëntieprobleem met verschillende verticale beperkingen kan worden aangepakt. 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 echter andere negatieve effecten op de concurrentie hebben. Hiermee wordt rekening gehouden bij de beoordeling van de onmisbaarheid als bedoeld in artikel 101, lid 3, van het Verdrag.

2.2. Negatieve effecten

- (18) De mogelijke negatieve markteffecten van verticale beperkingen, die het EU-mededingingsrecht beoogt te verhinderen, zijn met name de volgende:
- (a) concurrentieverstorende 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 collusie tussen concurrerende 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 concurrerende afnemers, vaak vermindering van de concurrentie binnen een merk genoemd, wanneer het distributeurs van de goederen of diensten van dezelfde leverancier betreft ⁽²⁴⁾;
 - (d) belemmering van de marktintegratie, waaronder met name beperking van de keuzemogelijkheden van de consument om goederen of diensten in een lidstaat te kopen.
- (19) Marktafscherming, afzwakking van de concurrentie en collusie op het niveau van de leveranciers kunnen de consumenten schaden, met name door:
- (a) het verhogen van de prijzen die de afnemers van goederen of diensten in rekening worden gebracht, hetgeen op zijn beurt kan leiden tot hogere detailhandelsprijzen;
 - (b) het beperken van de keuze van goederen of diensten;
 - (c) het verlagen van de kwaliteit van goederen of diensten;
 - (d) het verminderen van innovatie of dienstverlening op het niveau van de leverancier.
- (20) Marktafscherming, afzwakking van de concurrentie en collusie op het niveau van de distributeur kunnen de consumenten schaden, met name door:
- (a) het verhogen van de detailhandelsprijzen van goederen of diensten;
 - (b) het beperken van de keuze van prijs-servicecombinaties en distributievormen;
 - (c) het verlagen van de beschikbaarheid en kwaliteit van detailhandelsdiensten;
 - (d) het verminderen van het innovatieniveau op distributieniveau.
- (21) Het lijkt onwaarschijnlijk dat de vermindering van concurrentie binnen een merk (d.w.z. concurrentie tussen distributeurs van de goederen of diensten van dezelfde leverancier) tot negatieve effecten voor de consument leidt indien de concurrentie tussen merken (d.w.z. concurrentie tussen distributeurs van de goederen of diensten van verschillende leveranciers) sterk is ⁽²⁵⁾. Met name op een markt waar individuele detailhandelaren slechts het merk of de merken van één leverancier distribueren, zal een vermindering van de concurrentie tussen de distributeurs van hetzelfde merk tot gevolg hebben dat de concurrentie binnen een merk tussen die distributeurs afneemt, zonder dat dat negatieve gevolgen heeft voor de concurrentie tussen distributeurs in het algemeen.
- (22) De mogelijke negatieve effecten van verticale beperkingen worden versterkt wanneer meerdere leveranciers en hun afnemers op vergelijkbare wijze zaken doen, waardoor zogenoemde cumulatieve effecten ontstaan ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Zie met betrekking tot de begrippen uitdrukkelijke en stilzwijgende collusie het arrest van 31 maart 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e. a./Commissie*, gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85 tot en met C-129/85, ECLI:EU: C:1993:120.

⁽²⁵⁾ Zie het arrest in *Visma Enterprise*, C-306/20, punt 78.

⁽²⁶⁾ Cumulatieve concurrentieverstorende effecten kunnen met name een reden zijn om een vrijstelling krachtens Verordening (EU) 2022/720 in te trekken; zie afdeling 7.1 van deze richtsnoeren.

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

3.1. **Geen gevolgen voor de handel, overeenkomsten van geringe betekenis en kleine en middelgrote ondernemingen.**

- (23) Alvorens in te gaan op het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720, de toepassing ervan en meer in het algemeen de beoordeling van verticale overeenkomsten krachtens artikel 101, lid 1, en artikel 101, lid 3, van het Verdrag, is het nodig eraan te herinneren dat Verordening (EU) 2022/720 alleen van toepassing is op overeenkomsten die *binnen* het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen.
- (24) Overeenkomsten die de handel tussen lidstaten niet merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden (geen gevolgen voor de handel) of die de concurrentie niet merkbaar beperken (overeenkomsten van geringe betekenis), vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag ⁽²⁷⁾. De Commissie heeft leidraden gegeven over de gevolgen voor de handel in de richtsnoeren betreffende de beïnvloeding van de handel ⁽²⁸⁾ en over overeenkomsten van geringe betekenis in de de-minimisbepending ⁽²⁹⁾. De onderhavige richtsnoeren laten de richtsnoeren betreffende de beïnvloeding van de handel en de de-minimisededeling, alsmede enige toekomstige leidraden van de Commissie in dit verband, onverlet.
- (25) In de richtsnoeren betreffende de 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, van het Verdrag, ongeacht de aard van de in die overeenkomsten vervatte beperkingen, en dat dus ook van toepassing is op overeenkomsten die hardcorebeperkingen bevatten ⁽³⁰⁾. Volgens dat vermoeden kunnen verticale overeenkomsten in beginsel de handel tussen de lidstaten niet merkbaar ongunstig beïnvloeden wanneer:
- (a) het totale marktaandeel van de partijen op relevante markten binnen de Unie waarop de overeenkomst van invloed is, niet meer bedraagt dan 5 %, en
 - (b) de totale jaaromzet in de Unie van de leverancier die met de onder de overeenkomst vallende producten wordt behaald, niet meer bedraagt dan 40 miljoen EUR of, in het geval van overeenkomsten tussen een afnemer en verscheidene leveranciers, de totale aankoop door de afnemer van de onder de overeenkomsten vallende producten niet meer bedraagt dan 40 miljoen EUR ⁽³¹⁾. De Commissie kan dit vermoeden weerleggen indien een analyse van de kenmerken van de overeenkomst en de economische context ervan het tegendeel aantoon.
- (26) 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, van het Verdrag 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 % ⁽³²⁾. Op die algemene regel bestaan twee uitzonderingen. Ten eerste is, wat de concurrentiebeperkende strekking betreft, artikel 101, lid 1, van het Verdrag van toepassing, zelfs indien het marktaandeel van elk van de partijen niet meer dan 15 % bedraagt ⁽³³⁾. Een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een concurrentieverstorende

⁽²⁷⁾ Zie het arrest van 13 december 2012, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a.*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, punten 16 en 17 (“zaak C-226/11 – *Expedia*”).

⁽²⁸⁾ Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 81).

⁽²⁹⁾ Bekendmaking van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de concurrentie niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB C 291 van 30.8.2014, blz. 1). Verdere leidraden zijn te vinden in het werkdokument van de diensten van de 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).

⁽³⁰⁾ Zie punt 50 van de richtsnoeren betreffende de beïnvloeding van de handel.

⁽³¹⁾ Zie punt 52 van de richtsnoeren betreffende de beïnvloeding van de handel.

⁽³²⁾ Zie punt 8 van de de-minimisededeling, waarin ook een marktaandeeldrempel is opgenomen voor overeenkomsten tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten, volgens welk dergelijke overeenkomsten de concurrentie niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag 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 %.

⁽³³⁾ Zie het arrest in de zaak C-226/11 – *Expedia*, punten 21 tot en met 23 en 37, onder verwijzing naar het arrest van 9 juli 1969, *Völk/Vervaecke*, C-5/69, ECLI:EU:C:1969:35; zie ook de arresten van 6 mei 1971, *Cadillon/Höss*, C-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 (hierna: “zaak C-306/96 – *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*”).

strekking heeft, kan namelijk naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de concurrentie vormen ⁽³⁴⁾. Ten tweede wordt de marktaandeeldrempel van 15 % verlaagd tot 5 % wanneer op een relevante markt de concurrentie wordt beperkt door de cumulatieve werking van naast elkaar bestaande netten van overeenkomsten. De punten (257) tot en met (261) betreffen cumulatieve effecten in de context van de intrekking van de vrijstelling van Verordening (EU) 2022/720. In de de-minimisbekendmaking wordt verduidelijkt dat individuele leveranciers of distributeurs met een marktaandeel van niet meer dan 5 % in het algemeen niet worden geacht in aanzienlijke mate bij te dragen tot een cumulatief marktafslermend effect ⁽³⁵⁾.

- (27) Voorts bestaat er geen vermoeden dat verticale overeenkomsten die worden gesloten door ondernemingen waarvan er één of meer een individueel marktaandeel van meer dan 15 % heeft, automatisch onder artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen. Ook bij dergelijke overeenkomsten kan het voorkomen dat die de handel tussen lidstaten niet merkbaar ongunstig beïnvloeden, noch de concurrentie merkbaar beperken ⁽³⁶⁾. Zij moeten derhalve met inachtneming van de juridische en economische context ervan worden beoordeeld. Deze richtsnoeren bevatten criteria voor de individuele beoordeling van dergelijke overeenkomsten, zoals aangegeven in afdeling 8.
- (28) Bovendien is de Commissie van oordeel dat verticale overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's) ⁽³⁷⁾ zelden van dien aard zijn dat ze de handel tussen lidstaten op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden. De Commissie is ook van mening dat dergelijke overeenkomsten zelden de concurrentie merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie, tenzij zij strekken tot beperking van de concurrentie in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag. Verticale overeenkomsten tussen kmo's vallen dus over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag. In gevallen waarin dergelijke overeenkomsten wel aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 101, lid 1, van het Verdrag voldoen, zal de Commissie er in het algemeen van afzien een procedure in te leiden aangezien het belang van de Unie onvoldoende wordt geraakt, tenzij de ondernemingen individueel of collectief een machtspositie op een wezenlijk deel van de interne markt innemen.

3.2. Agentuurovereenkomsten

3.2.1. Agentuurovereenkomsten die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen

- (29) 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.
- (30) Artikel 101 van het Verdrag is van toepassing op overeenkomsten tussen twee of meer ondernemingen. 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 significant financieel of commercieel risico draagt in verband met de contracten die hij sluit of waarover hij onderhandelt namens de principaal, zoals nader wordt toegelicht in de punten (31) tot en met (34) ⁽³⁸⁾. In dat geval valt de agentuurovereenkomst geheel of gedeeltelijk buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag ⁽³⁹⁾. Aangezien dit een uitzondering vormt op de algemene toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op overeenkomsten tussen ondernemingen, moeten de voorwaarden om een overeenkomst in te delen als agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, eng worden uitgelegd. Het is bijvoorbeeld minder waarschijnlijk dat een agentuurovereenkomst wordt ingedeeld als overeenkomst buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag wanneer de agent namens een groot aantal principalen over contracten onderhandelt en/of contracten sluit ⁽⁴⁰⁾. De kwalificatie die door de partijen of in de nationale wetgeving aan hun overeenkomst wordt gegeven, is voor die indeling niet van belang.

⁽³⁴⁾ Zie zaak C-226/11 – *Expedia*, punt 37.

⁽³⁵⁾ Zie punt 8 van de de-minimisbekendmaking.

⁽³⁶⁾ Zie punt 3 van de de-minimisbekendmaking. Zie het arrest van 8 juni 1995, *Langnese-Iglo/Commissie*, T-7/93, ECLI:EU:T:1995:98, punt 98.

⁽³⁷⁾ Zoals bepaald 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).

⁽³⁸⁾ Zie het arrest van 15 september 2005, *DaimlerChrysler/Commissie*, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322 ("zaak T-325/01 – *DaimlerChrysler/Commissie*"); alsmede arresten van 14 december 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA*, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784; en van 11 september 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL*, C-279/06, ECLI:EU:2008:485.

⁽³⁹⁾ Zie afdeling 3.2.2 van deze richtsnoeren wat betreft bepalingen van de agentuurovereenkomst die nog steeds binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag kunnen vallen.

⁽⁴⁰⁾ Zie het arrest van 1 oktober 1987, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus tegen ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, zaak 311/85, ECLI:EU:C:1987:418, punt 20.

- (31) Er zijn drie soorten financiële of commerciële risico's die van wezenlijk belang zijn om een overeenkomst te kunnen aanmerken als een agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt:
- (a) 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;
 - (b) de risico's die verband houden met marktspecifieke investeringen. Dit zijn investeringen die specifiek vereist zijn voor het type activiteit waarvoor de agent door de principaal is aangesteld, d.w.z. die noodzakelijk zijn om de agent in staat te stellen tot het onderhandelen over en/of het sluiten van een specifiek type contract. 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;
 - (c) risico's die verband houden met andere activiteiten op dezelfde productmarkt, voor zover de principaal als onderdeel van de agentuurverhouding verlangt dat de agent dergelijke activiteiten verricht, maar niet als agent namens de principaal, doch op eigen risico van de agent.
- (32) Een overeenkomst zal worden aangemerkt als een agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt wanneer de agent geen van de in punt (31) opgesomde soorten risico's draagt of wanneer hij dergelijke risico's slechts in onbeduidende mate draagt. Het belang van dergelijke door de agent gedragen risico's moet over het algemeen worden beoordeeld aan de hand van de vergoeding die de agent ontvangt voor de verlening van de agentuurdiensten, bijvoorbeeld zijn provisie, 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 die, of personeel dat voor elk type activiteiten kunnen worden ingezet, zijn echter niet relevant voor de beoordeling.
- (33) In het licht van het voorgaande zal een overeenkomst over het algemeen worden aangemerkt als een agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, indien aan alle volgende voorwaarden is voldaan:
- (a) de agent verkrijgt niet het eigendom van de krachtens de agentuurovereenkomst gekochte of verkochte goederen en verricht niet zelf de krachtens de agentuurovereenkomst gekochte of verkochte diensten. Het feit dat de agent tijdelijk, gedurende een zeer korte periode, het eigendom van de contractgoederen kan verkrijgen terwijl hij die verkoopt voor rekening van de principaal, sluit niet uit dat er sprake is van een agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, op voorwaarde dat de agent geen kosten of risico's in verband met de overdracht van de eigendom draagt;
 - (b) de agent draagt niet bij in de kosten in verband met de levering of koop 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) de agent houdt de voorraden van de contractgoederen niet op eigen kosten of op eigen risico aan, met inbegrip van de kosten voor de financiering van de voorraden en de kosten van verloren gegane voorraden. De agent moet in staat zijn onverkochte goederen zonder kosten aan de principaal terug te geven, tenzij de agent in gebreke is gebleven, bijvoorbeeld omdat hij geen redelijke veiligheids- of antidiefstalmaatregelen heeft genomen om voorraadverlies te voorkomen;
 - (d) de agent aanvaardt geen aansprakelijkheid voor het geval dat de klant het contract niet naleeft, met uitzondering van het verlies van de provisie van de agent, tenzij de agent in gebreke is gebleven (bijvoorbeeld door geen redelijke veiligheids- of antidiefstalmaatregelen te nemen of door geen passende stappen te ondernemen om een diefstal aan de principaal of aan de politie te melden, of door de principaal niet alle aan de agent beschikbare noodzakelijke informatie te verstrekken betreffende de financiële betrouwbaarheid van de klant);
 - (e) de agent aanvaardt geen aansprakelijkheid jegens klanten of andere derden voor verlies of schade als gevolg van de levering van de contractgoederen of -diensten, tenzij de agent in gebreke is gebleven;
 - (f) de agent is niet, direct noch indirect, verplicht 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, tenzij dergelijke kosten volledig worden vergoed door de principaal;

- (g) de agent gaat niet over tot marktspecifieke investeringen in uitrusting, bedrijfsruimten, personeelsopleiding of reclame, zoals bijvoorbeeld de opslagtank voor de detailverkoop van benzine, 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 dergelijke kosten volledig worden vergoed door de principaal;
- (h) de agent verricht in het kader van de agentuurverhouding geen andere door de principaal verlangde activiteiten op dezelfde productmarkt (bijvoorbeeld de levering van goederen), tenzij die activiteiten volledig worden vergoed door de principaal.
- (34) Hoewel de in punt (33) opgenomen lijst niet-limitatief is, zal de overeenkomst tussen de agent en de principaal, niet worden aangemerkt als een agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt indien de agent één of meer van de in de punten (31) tot en met (33) genoemde risico's of kosten draagt ⁽⁴¹⁾. Het vraagstuk van het risico moet geval per geval worden beoordeeld, waarbij naar de economische realiteit moet worden gekeken in plaats van naar de rechtsvorm van de overeenkomst. 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 dat 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. Tot slot kan, als de agent geen contractspecifieke risico's draagt, en evenmin risico's in verband met marktspecifieke investeringen, gekeken worden naar de risico's in verband met andere als deel van de agentuurverhouding verlangde activiteiten op dezelfde productmarkt.
- (35) Een principaal kan verschillende methoden gebruiken om de relevante risico's en kosten te dekken, zolang dergelijke methoden waarborgen dat de agent geen significante risico's draagt van de soorten die in de punten (31) tot en met (33) zijn beschreven. 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 die zijn gegeneerd door de verkoop van de goederen of diensten in het kader van de agentuurovereenkomst. Om ervoor te zorgen dat alle relevante risico's en kosten zijn gedekt, moet de door de principaal gebruikte methode de agent in staat stellen gemakkelijk onderscheid te maken tussen het bedrag of de bedragen ter dekking van de relevante risico's en kosten en eventuele andere bedragen die aan de agent worden betaald, bijvoorbeeld bedoeld als vergoeding voor het leveren van de agentuurdiensten. Anders kan de agent misschien niet nagaan of de door de principaal gekozen methode de kosten van de agent dekken. Het kan ook nodig zijn te voorzien in een eenvoudige methode voor de agent om alle kosten te declareren en te laten terugbetalen die het overeengekomen vaste bedrag of het vaste percentage overschrijden. 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 ook rekening houden met het feit dat de agent misschien relevante marktspecifieke investeringskosten maakt, zelfs indien de agent gedurende een bepaalde periode weinig of geen verkopen realiseert. Dergelijke kosten moeten door de principaal worden vergoed.
- (36) 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. Om de overeenkomst te kunnen aanmerken als een agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, moet het de onafhankelijke distributeur werkelijk vrij staan om de agentuurovereenkomst aan te gaan (de agentuurovereenkomst mag bijvoorbeeld niet *de facto* door de principaal worden opgelegd door een dreiging om de voorwaarden van de distributieverhouding te beëindigen of te verslechteren). Evenmin mag de principaal de agent direct of indirect een activiteit als onafhankelijk distributeur opleggen, tenzij dergelijke activiteit volledig door de principaal wordt vergoed, zoals bepaald in punt (33)(h). Bovendien moeten, zoals vermeld in de punten (31) tot en met (33), alle relevante risico's in verband met de verkoop van de goederen of diensten waarop de agentuurovereenkomst betrekking heeft, met inbegrip van marktspecifieke investeringen, door de principaal worden gedragen.
- (37) Wanneer een agent op eigen risico andere activiteiten voor dezelfde leverancier onderneemt, die niet door die leverancier vereist zijn, bestaat het risico dat de verplichtingen die aan de agent zijn opgelegd in het kader van zijn activiteiten als agent zijn prikkels beïnvloeden en zijn mogelijkheid beperken om onafhankelijke beslissingen te nemen bij de verkoop van producten als onafhankelijke activiteit. Met name is er een mogelijkheid dat het prijsstellingsbeleid van de principaal voor de producten die in het kader van de agentuuro-

⁽⁴¹⁾ Zie ook punt (192). Met name bij een agentuurovereenkomst die binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, moet het de agent vrij blijven staan om de door de klant betaalde daadwerkelijke prijs te verlagen door zijn vergoeding met de klant te delen.

vereenkomst worden verkocht, de prikkels van de agent/distributeur beïnvloeden om onafhankelijk de prijzen vast te stellen van de producten die hij als onafhankelijke distributeur verkoopt. 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 ⁽⁴²⁾ om te beoordelen of een agentuurverhouding voldoet aan de voorwaarden van de punten (30) tot en met (33).

- (38) De in punt (37) beschreven bezwaren zullen zich eerder voordoen wanneer de agent als onafhankelijke distributeur voor dezelfde principaal op dezelfde relevante markt andere activiteiten verricht. Omgekeerd is het minder waarschijnlijk dat die bezwaren zullen rijzen indien de andere activiteiten die de agent als onafhankelijke distributeur verricht, betrekking hebben op een andere relevante markt ⁽⁴³⁾. Meer in het algemeen geldt dat hoe minder de in het kader van de agentuurovereenkomst verkochte producten en de door de agent onafhankelijk verkochte producten onderling verwisselbaar zijn, hoe kleiner de kans is dat die bezwaren zich zullen voordoen. Wanneer de objectieve verschillen tussen de kenmerken van de producten (bijvoorbeeld hogere kwaliteit, nieuwe kenmerken of extra functies) onbeduidend zijn, kan het moeilijker zijn om de twee soorten activiteiten van de agent af te bakenen, waardoor er een significant risico kan bestaan dat de agent zich laat beïnvloeden door de voorwaarden van de agentuurovereenkomst, met name wat betreft de prijsstelling, voor de producten die hij onafhankelijk distribueert.
- (39) Om te bepalen welke marktspecifieke investeringen moeten worden vergoed wanneer de principaal een agentuurovereenkomst sluit 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 nog niet actief is op de relevante markt om te beoordelen welke investeringen relevant zijn voor het type activiteit waarvoor de agent is aangesteld. De principaal zou marktspecifieke investeringen moeten dekken die vereist zijn om op de relevante markt actief te zijn, ook wanneer die investeringen ook betrekking hebben op gedifferentieerde producten die buiten het toepassingsgebied van de agentuurovereenkomst worden gedistribueerd maar niet uitsluitend verband houden met de verkoop van dergelijke gedifferentieerde producten. Het enige geval waarin de principaal op de relevante markt geen marktspecifieke investeringen zou hoeven te dekken zou zijn wanneer die investeringen uitsluitend betrekking hebben op de verkoop van gedifferentieerde producten die niet in het kader van de agentuurovereenkomst worden verkocht, maar onafhankelijk worden gedistribueerd. De reden hiervoor is dat de agent alle marktspecifieke kosten zou maken om op de markt actief te zijn, maar niet de marktspecifieke kosten zou maken die uitsluitend verband houden met de verkoop van de gedifferentieerde producten indien hij niet ook als onafhankelijke distributeur van die producten optreedt (mits de agent op de relevante markt actief kan zijn zonder de gedifferentieerde producten in kwestie te verkopen). Voor zover de relevante investeringen reeds zijn afgeschreven (bijvoorbeeld investeringen in specifieke uitrusting voor die activiteit), kan de terugbetaling naar evenredigheid worden aangepast. Evenzo kan de terugbetaling worden aangepast indien de marktspecifieke investeringen van de onafhankelijke distributeur aanzienlijk hoger liggen dan de marktspecifieke investeringen die noodzakelijk zijn voor een agent om op de relevante markt actief te worden, als gevolg van zijn activiteit als onafhankelijke distributeur.
- (40) 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.

De producten A, B en C worden in het algemeen door dezelfde distributeur(s) verkocht. De producten A en B behoren tot dezelfde product- en geografische markt, maar zijn gedifferentieerd en vertonen objectief verschillende kenmerken. Product C behoort tot een andere productmarkt.

Een leverancier die zijn producten gewoonlijk via onafhankelijke distributeurs distribueert, wenst een agentuurovereenkomst te gebruiken voor de distributie van zijn product A, dat een nieuwe functionaliteit bevat. De leverancier biedt die agentuurovereenkomst aan aan haar onafhankelijke distributeurs (voor product B) die reeds actief zijn op dezelfde product- en geografische markt, zonder hen wettelijk of feitelijk te verplichten die overeenkomst aan te gaan.

⁽⁴²⁾ Zie het arrest van 16 december 1975, "Suiker Unie"/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 tot en met 557.

⁽⁴³⁾ Zie zaak T-325/01 – DaimlerChrysler/Commissie, punten 100 en 113.

Om te voorkomen dat de agentuurovereenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt en aan de voorwaarden van de punten (30) tot en met (33) te voldoen, moet de principaal alle investeringen met betrekking tot de activiteit van het verkopen van elk van de producten A en B (en niet alleen product A) dekken, aangezien de twee producten tot dezelfde product- en geografische markt behoren. Zo zullen bijvoorbeeld de 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 zijn voor product A en product B, zullen waarschijnlijk marktspecifiek zijn. Die relevante investeringen, die een agent in het algemeen 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 de relevante 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 speciale uitrusting of personeelopleiding), 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 (in tegenstelling tot 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. Die kosten zouden derhalve gedeeltelijk relevant zijn voor de beoordeling van de agentuurovereenkomst, voor zover zij verband houden met de verkoop van product A dat in het kader van de agentuurovereenkomst wordt verkocht. De kosten van een reclamecampagne die uitsluitend betrekking heeft op product B of product C zouden echter niet relevant zijn en zouden derhalve niet door de principaal hoeven te worden gedragen, mits een distributeur op de relevante markt actief kan zijn door alleen product A te verkopen.

Dezelfde beginselen gelden voor investeringen in een website of een onlinewinkel, aangezien die 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 zou de principaal algemene investeringen in het ontwerp van de website van de agent niet hoeven vergoeden, voor zover 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. Investeringen in verband met de activiteit van het reclame maken voor of verkopen op de website van producten die tot de relevante productmarkt behoren, d.w.z. zowel producten A als B, zouden echter relevant zijn. Afhankelijk van de hoogte van de investering die nodig is om op de website reclame te maken voor de producten A en B en die te verkopen, zou de principaal dus een deel van de kosten voor het opzetten en/of exploiteren van de website of de onlinewinkel moeten dekken. Investeringen die specifiek betrekking hebben op de reclame voor of de verkoop van product B 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, van het Verdrag op agentuurovereenkomsten

- (41) Wanneer een overeenkomst voldoet aan de voorwaarden om als agentuurovereenkomst te worden aangemerkt dat buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, 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, van het Verdrag. 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 die 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. Dat 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 namens de principaal heeft onderhandeld. Zo is de principaal in staat om de commerciële strategie te bepalen omtrent:

- (a) beperkingen met betrekking tot het grondgebied waarop de agent de contractgoederen of -diensten mag verkopen;
 - (b) beperkingen met betrekking tot de klanten aan wie de agent de contractgoederen of -diensten mag verkopen;
 - (c) de prijs waarvoor en de voorwaarden waaronder de agent de contractgoederen of -diensten moet kopen of verkopen.
- (42) Wanneer de agent één of meerdere van de in de punten (31) tot en met (33) beschreven relevante risico's draagt, wordt de overeenkomst tussen de agent en de principaal echter niet aangemerkt als agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt. In dat geval wordt de agent behandeld als een onafhankelijke onderneming en is artikel 101, lid 1, van het Verdrag van toepassing op de overeenkomst tussen de agent en de principaal, zoals op elke andere verticale overeenkomst. Daarom wordt in artikel 1, lid 1, punt k), van Verordening (EU) 2022/720 verduidelijkt dat een onderneming die op grond van een overeenkomst die onder artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, voor rekening van een andere onderneming goederen of diensten verkoopt, een afnemer is.
- (43) Zelfs indien de agent geen significante risico's draagt als beschreven in de punten (31) tot en met (33), blijft hij een van de principaal gescheiden onderneming en kunnen bepalingen betreffende de relatie tussen de agent en de principaal derhalve onder artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen, ongeacht of die bepalingen deel uitmaken van de overeenkomst betreffende de koop of verkoop van goederen of diensten, dan wel van een afzonderlijke overeenkomst. Dergelijke bepalingen kunnen onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen, mits aan de voorwaarden van de verordening is voldaan. Buiten het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 moeten dergelijke bepalingen afzonderlijk worden beoordeeld op grond van artikel 101 van het Verdrag, zoals beschreven in afdeling 8.1, met name om na te gaan of zij beperkende effecten hebben in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag en, zo ja, of zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag. 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), 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 concurrentieverstorende effecten. Merkexclusiviteitsbepalingen en na het einde van de overeenkomst geldende concurrentiebedingen, die de concurrentie tussen merken betreffen, kunnen evenwel de concurrentie beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag, indien ze, op zichzelf of door de cumulatieve werking ervan, bijdragen tot afscherming van de relevante markt waarop de contractgoederen of -diensten worden gekocht of verkocht (zie met name de afdelingen 6.2.2 en 8.2.1).
- (44) Een agentuurovereenkomst kan ook binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag 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 zij tegelijkertijd collectief andere principalen 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.
- (45) 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 (36) tot en met (39) vastgestelde vereisten strikt worden beoordeeld. Dat is noodzakelijk om misbruik van het agentsysteem te voorkomen in scenario's waarin de leverancier niet werkelijk actief wordt op detailhandelsniveau via de agentuurovereenkomst en alle daarmee gerelateerde distributiebeslissingen neemt en alle gerelateerde risico's op zich neemt overeenkomstig de in de punten (30) tot en met (33) uiteengezette beginselen, maar veeleer het agentsysteem gebruikt als manier om de detailhandelsprijzen te controleren voor die producten waarvoor hoge doorverkoopmarges mogelijk zijn. Aangezien verticale prijsbinding een hardcorebeperking is in de zin van artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720, zoals uiteengezet in afdeling 6.1.1, en een beperking naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag, mag de agentuurverhouding niet door leveranciers worden misbruikt om de toepassing van artikel 101, lid 1, van het Verdrag te omzeilen.

3.2.3. *Agentuur en de onlineplatformeconomie*

- (46) Overeenkomsten die worden gesloten door ondernemingen die actief zijn in de onlineplatformeconomie, voldoen in het algemeen niet aan de voorwaarden om te worden aangemerkt als agentuurovereenkomsten die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen. Dergelijke ondernemingen treden in het algemeen op als onafhankelijke marktdeelnemers en niet als onderdeel van de ondernemingen waarvoor zij

diensten verrichten. Met name ondernemingen die actief zijn in de onlineplatformeconomie bedienen vaak een zeer groot aantal verkopers, waardoor zij niet daadwerkelijk deel kunnen uitmaken van een van de ondernemingen van de verkopers. Bovendien kunnen sterke neteffecten en andere kenmerken van de onlineplatformeconomie bijdragen tot een aanzienlijk onevenwicht in de omvang en de onderhandelingspositie van de contractspartijen. Dat kan leiden tot een situatie waarin de voorwaarden waaronder goederen of diensten worden verkocht en de commerciële strategie worden bepaald door de onderneming die actief is in de onlineplatformeconomie, en niet door de verkopers van de goederen of diensten. Bovendien doen ondernemingen die actief zijn in de onlineplatformeconomie doorgaans aanzienlijke marktspecifieke investeringen, bijvoorbeeld in software, reclame en klantenservice, hetgeen erop wijst dat die ondernemingen aanzienlijke financiële of commerciële risico's dragen in verband met de transacties die zij bemiddelen.

3.3. Toeleveringsovereenkomsten

- (47) Toeleveringsovereenkomsten worden in de toeleveringsbekendmaking ⁽⁴⁴⁾ gedefinieerd als overeenkomsten waarbij één onderneming, “de opdrachtgever” genoemd, al dan niet ingevolge een voorafgaande opdracht van een derde, aan een andere onderneming, “de toeleverancier” genoemd, de vervaardiging van goederen, de verrichting van diensten of de uitvoering van werken volgens de instructies van de opdrachtgever toevertrouwt, die aan de opdrachtgever moeten worden verstrekt of voor zijn rekening moeten worden verricht. Als algemene regel geldt dat toeleveringsovereenkomsten buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen. De toeleveringsbekendmaking bevat nadere leidraden over de toepassing van die algemene regel. In de toeleveringsbekendmaking wordt met name gesteld dat artikel 101, lid 1, van het Verdrag niet van toepassing is op clausules die het gebruik beperken van technologie of uitrusting die de opdrachtgever ter beschikking stelt van een toeleverancier, op voorwaarde dat de technologie of uitrusting noodzakelijk is om de toeleverancier in staat te stellen de betrokken producten te vervaardigen ⁽⁴⁵⁾. De toeleveringsbekendmaking verduidelijkt ook het toepassingsgebied van die algemene regel en met name dat andere aan de toeleverancier opgelegde beperkingen binnen het toepassingsgebied van artikel 101 van het Verdrag kunnen vallen, zoals het verbod op het verrichten van eigen onderzoek en ontwikkeling door de toeleverancier of op het exploiteren van de resultaten van die eigen onderzoeks- of ontwikkelingswerkzaamheden, of het verbod om in het algemeen voor derden te produceren ⁽⁴⁶⁾.

4. TOEPASSINGSGEBIED VAN VERORDENING (EU) 2022/720

4.1. Door de Verordening (EU) 2022/720 gecreëerde veilige zone

- (48) De vrijstelling in artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720, creëert een veilige zone voor verticale overeenkomsten in de zin van de verordening, mits de marktaandeelen van de leverancier en de afnemer op de relevante markten de drempels van artikel 3 van de verordening niet overschrijden (zie afdeling 5.2) en de overeenkomst geen hardcorebeperkingen bevat als bedoeld in artikel 4 van de verordening (zie afdeling 6.1) ⁽⁴⁷⁾. De veilige zone is van toepassing zolang de groepsvrijstelling niet in een specifiek geval is ingetrokken door de Commissie of een NMA op grond van artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003 (zie afdeling 7.1). Het feit dat een verticale overeenkomst buiten de veilige zone valt, betekent niet dat de overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt of dat zij niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoet.
- (49) Wanneer een leverancier dezelfde verticale overeenkomst gebruikt om verschillende soorten goederen of diensten te distribueren, kan de toepassing van de in artikel 3, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vastgestelde marktaandeeldrempels tot gevolg hebben dat de in artikel 2, lid 1, van de verordening vastgestelde vrijstelling van toepassing is op sommige goederen of diensten, maar niet op andere. Wat de goederen of diensten betreft waarop artikel 2, lid 1, van de verordening niet van toepassing is, is een individuele beoordeling overeenkomstig artikel 101 van het Verdrag noodzakelijk.

⁽⁴⁴⁾ 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 (PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2).

⁽⁴⁵⁾ Zie punt 2 van de toeleveringsbekendmaking waarin nadere toelichtingen worden gegeven, met name over het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten en knowhow.

⁽⁴⁶⁾ Zie punt 3 van de toeleveringsbekendmaking.

⁽⁴⁷⁾ Zie voor de uitgesloten beperkingen en de betekenis van artikel 5 van Verordening (EU) 2022/720, afdeling 6.2 van de onderhavige richtsnoeren.

4.2. Definitie van verticale overeenkomsten

- (50) Artikel 101, lid 1, van het Verdrag spreekt van overeenkomsten tussen ondernemingen. Er wordt geen onderscheid gemaakt naargelang die ondernemingen in hetzelfde stadium dan wel in verschillende stadia van de productie- of distributieketen actief zijn. Artikel 101, lid 1, van het Verdrag is dus van toepassing op zowel horizontale als verticale overeenkomsten ⁽⁴⁸⁾.
- (51) Op grond van de bij artikel 1 van Verordening nr. 19/65/EEG aan de Commissie verleende bevoegdheid om bij verordening artikel 101, lid 1, van het Verdrag buiten toepassing te verklaren voor bepaalde groepen overeenkomsten tussen ondernemingen, is een verticale overeenkomst in artikel 1, lid 1, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 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” ⁽⁴⁹⁾.

4.2.1. Eenzijdige gedragingen vallen buiten het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720

- (52) Verordening (EU) 2022/720 is niet van toepassing op eenzijdige gedragingen van ondernemingen. Eenzijdige gedragingen kunnen echter onder artikel 102 van het Verdrag vallen, dat misbruik van een machtspositie verbiedt ⁽⁵⁰⁾.
- (53) Verordening (EU) 2022/720 is van toepassing op verticale overeenkomsten. Er is sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 101 van het Verdrag wanneer de partijen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen (een 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 ⁽⁵¹⁾.
- (54) Wanneer de wilsovereenstemming van de partijen niet in een expliciete overeenkomst tot uitdrukking wordt gebracht, moet de partij of autoriteit die zich op een schending van artikel 101 van het Verdrag beroept, aantonen dat het eenzijdig beleid van de ene partij de instemming van de andere partij heeft. Wat verticale overeenkomsten betreft, kan de instemming met een specifiek eenzijdig beleid expliciet of stilzwijgend zijn:
- (a) expliciete instemming kan 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 partij ⁽⁵²⁾.
 - (b) voor stilzwijgende instemming moet 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 dat de andere partij aan die eis heeft voldaan door het eenzijdig beleid daadwerkelijk uit te voeren ⁽⁵³⁾. 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 eenzijdig beleid van de leverancier. Tot die conclusie kan evenwel niet worden gekomen indien de distributeurs parallelhandel blijven drijven of nieuwe manieren trachten te vinden om de parallelhandel verder te zetten.

⁽⁴⁸⁾ Zie het arrest, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, C-56/65, ECLI:EU:C:1966:38, blz. 249.

⁽⁴⁹⁾ Net als in artikel 1, lid 1, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 omvat de term “verticale overeenkomst” in de onderhavige richtsnoeren de verticale onderling afgestemde feitelijke gedragingen, tenzij anders vermeld.

⁽⁵⁰⁾ Omgekeerd laat, wanneer er sprake is van een verticale overeenkomst in de zin van artikel 101 van het Verdrag, de toepassing van Verordening (EU) 2022/720 en van deze richtsnoeren de mogelijke parallelle toepassing van artikel 102 van het Verdrag op de verticale overeenkomst onverlet.

⁽⁵¹⁾ Zie het arrest van 14 januari 2021, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, C-450/19, ECLI:EU:C:2021:10, punt 21.

⁽⁵²⁾ Zie het arrest van 13 juli 2006, *Commissie/Volkswagen*, C-74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460, punten 39 tot en met 42.

⁽⁵³⁾ Zie het arrest van 26 oktober 2000, *Bayer AG/Commissie*, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242, punt 120.

- (55) In het licht van het bovenstaande komt het opleggen van algemene voorwaarden door één partij neer op een overeenkomst in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag wanneer die voorwaarden expliciet of stilzwijgend door de andere partij zijn aanvaard ⁽⁵⁴⁾.

4.2.2. *De ondernemingen zijn actief in verschillende stadia van de productie- of distributieketen*

- (56) Verordening (EU) 2022/720 is van toepassing op overeenkomsten tussen twee of meer ondernemingen, ongeacht hun bedrijfsmodel. De verordening is niet van toepassing op overeenkomsten met natuurlijke personen die handelen om redenen buiten hun handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit, aangezien dergelijke personen geen ondernemingen zijn.
- (57) Om als verticale overeenkomst in de zin van artikel 1, lid 1, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 te worden aangemerkt, moet een overeenkomst zijn gesloten tussen ondernemingen die met het oog op de toepassing van de overeenkomst actief zijn in verschillende stadia van de productie- of distributieketen. Er is bijvoorbeeld sprake van een verticale overeenkomst wanneer een onderneming een grondstof produceert of een dienst verleent en die verkoopt aan een andere onderneming welke die grondstof als input gebruikt, of wanneer een fabrikant een product verkoopt aan een groothandelaar die het wederverkoopt aan een detailhandelaar. Evenzo is er sprake van een verticale overeenkomst wanneer een onderneming goederen of diensten verkoopt aan een andere onderneming die de eindgebruiker van de goederen of diensten is.
- (58) Aangezien de definitie in artikel 1, lid 1, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 verwijst naar het doel van de specifieke overeenkomst, sluit het feit dat een onderneming die partij is bij de overeenkomst actief is in meer dan één stadium van de productie- of distributieketen, de toepassing van Verordening (EU) 2022/720 niet uit. Wanneer echter een verticale overeenkomst wordt gesloten tussen concurrerende ondernemingen, is Verordening (EU) 2022/720 niet van toepassing, tenzij aan de voorwaarden van artikel 2, lid 4, van de verordening is voldaan (zie afdelingen 4.4.3 en 4.4.4).

4.2.3. *De overeenkomst heeft betrekking op de koop, verkoop of wederverkoop van goederen of diensten*

- (59) Om als verticale overeenkomst in de zin van artikel 1, lid 1, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 te kunnen worden aangemerkt, moet de overeenkomst betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen “bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen”. Overeenkomstig het algemene doel van een groepsvrijstellingsverordening, namelijk het bieden van rechtszekerheid, moet artikel 1, lid 1, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 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. Voor de toepassing van de verordening op een specifieke overeenkomst, worden zowel de geleverde goederen of diensten als, in het geval van intermediaire goederen of diensten, de daaruit voortvloeiende eindgoederen of -diensten, als contractgoederen of -diensten beschouwd.
- (60) Verticale overeenkomsten in de onlineplatformeconomie, met inbegrip van overeenkomsten die worden gesloten door verleners van onlinetussenhandelsdiensten als bedoeld in artikel 1, lid 1, punt d), van Verordening (EU) 2022/720, vallen onder artikel 1, lid 1, punt a), van Verordening (EU) 2022/720. In het geval van verticale overeenkomsten die betrekking hebben op de verlening van onlinetussenhandelsdiensten, worden zowel de onlinetussenhandelsdiensten als de goederen of diensten die via de onlinetussenhandelsdiensten worden verhandeld, beschouwd als contractgoederen of -diensten met het oog op de toepassing op de overeenkomst van Verordening (EU) 2022/720.
- (61) Verordening (EU) 2022/720 is niet van toepassing op verticale beperkingen die geen betrekking hebben op de voorwaarden waaronder goederen of diensten kunnen worden gekocht, verkocht of doorverkocht. Dergelijke beperkingen moeten dus individueel worden beoordeeld, d.w.z. dat moet worden nagegaan of zij binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen en, zo ja, of zij aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen. Verordening (EU) 2022/720 is bijvoorbeeld niet van toepassing op een bepaling die partijen verbiedt op onafhankelijke wijze onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten te

⁽⁵⁴⁾ Zie de beschikking van de Commissie in AT.40428 – Guess, overweging 97, onder verwijzing naar het arrest van 11 januari 1990, *Sandoz Prodotti Farmaceutici/Commissie*, C-277/87, ECLI:EU:C:1990:6, punt 2, en het arrest van 9 juli 2009, *Peugeot en Peugeot Nederland/Commissie*, T-450/05, ECLI:EU:T:2009:262, punten 168 tot en met 209.

ontplooiën, ook al hebben de partijen een dergelijk verbod in hun verticale overeenkomst opgenomen. Een ander voorbeeld betreft huur- en leasingovereenkomsten. Hoewel Verordening (EU) 2022/720 van toepassing is op overeenkomsten betreffende de koop en verkoop van goederen met het oog op verhuur ervan aan derden, vallen huur- en leasingovereenkomsten als zodanig niet onder de verordening, omdat er in dat geval geen sprake is van koop of verkoop van goederen.

4.3. Verticale overeenkomsten in de onlineplatformeconomie

- (62) Ondernemingen die actief zijn in de onlineplatformeconomie spelen een steeds grotere rol in de distributie van goederen en diensten. Zij maken nieuwe manieren van zakendoen mogelijk, waarvan sommige niet gemakkelijk te categoriseren zijn aan de hand van de concepten die worden toegepast op verticale overeenkomsten in de fysieke winkelomgeving.
- (63) Ondernemingen die actief zijn in de onlineplatformeconomie worden in het verbintenissen- of handelsrecht vaak als agenten aangemerkt. Die kwalificatie is echter niet van belang voor de indeling van hun overeenkomsten als vallend onder artikel 101, lid 1, van het Verdrag ⁽⁵⁵⁾. Verticale overeenkomsten die worden gesloten door ondernemingen die in de onlineplatformeconomie actief zijn, zullen alleen worden aangemerkt als agentuurovereenkomsten die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen wanneer zij aan de in afdeling 3.2 uiteengezette voorwaarden voldoen. Wegens de in afdeling 3.2.3 genoemde factoren zal aan die voorwaarden doorgaans niet zijn voldaan in het geval van overeenkomsten die worden gesloten door ondernemingen die actief zijn in de onlineplatformeconomie.
- (64) Wanneer een verticale overeenkomst die is gesloten door een onderneming die actief is in de onlineplatformeconomie niet voldoet aan de voorwaarden om te worden aangemerkt als een agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, moet worden nagegaan of de overeenkomst betrekking heeft op het verrichten van onlinetussenhandelsdiensten. In artikel 1, lid 1, punt e), van Verordening (EU) 2022/720 worden onlinetussenhandelsdiensten gedefinieerd als diensten van de informatiemaatschappij ⁽⁵⁶⁾ die ondernemingen in staat stellen goederen of diensten aan te bieden aan andere ondernemingen of aan eindconsumenten, met het oog op het faciliteren van directe transacties tussen die ondernemingen of tussen ondernemingen en eindconsumenten, ongeacht of en waar die transacties uiteindelijk worden uitgevoerd ⁽⁵⁷⁾. Voorbeelden van onlinetussenhandelsdiensten zijn onder meer e-commercemarkten, appwinkels, prijsvergelijkingsinstrumenten en door ondernemingen gebruikte socialemediadiensten.
- (65) Om als verlener van onlinetussenhandelsdiensten te kunnen worden aangemerkt, moet een onderneming directe transacties tussen twee andere partijen faciliteren. In beginsel moeten de door de onderneming vervulde functies afzonderlijk worden beoordeeld voor elke verticale overeenkomst die de onderneming sluit, met name omdat ondernemingen die actief zijn in de onlineplatformeconomie vaak verschillende bedrijfsmodellen toepassen in verschillende sectoren of zelfs binnen dezelfde sector. Naast het verlenen van onlinetussenhandelsdiensten kunnen dergelijke ondernemingen bijvoorbeeld ook goederen of diensten kopen en doorverkopen, waarbij zij in sommige gevallen beide functies jegens één tegenpartij vervullen.
- (66) De omstandigheid dat een onderneming betalingen int voor transacties waarbij zij als bemiddelaar optreedt, of naast haar tussenhandelsdiensten aanvullende diensten aanbiedt, bijvoorbeeld reclamediensten, ratingdiensten, verzekeringen of een garantie tegen schade, sluit niet uit dat zij wordt aangemerkt als een verlener van onlinetussenhandelsdiensten ⁽⁵⁸⁾.
- (67) Voor de toepassing van Verordening (EU) 2022/720 worden ondernemingen die partij zijn bij verticale overeenkomsten ingedeeld in de categorie leveranciers of afnemers. Overeenkomstig artikel 1, lid 1, punt d), van de verordening wordt een onderneming die onlinetussenhandelsdiensten in de zin van artikel 1, lid 1, punt e), van de verordening verleent, ten aanzien van die diensten als een leverancier aangemerkt, en wordt een

⁽⁵⁵⁾ Zie ook punt (30).

⁽⁵⁶⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt b), van Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB L 241 van 17.9.2015, blz. 1).

⁽⁵⁷⁾ Zie ook artikel 2, lid 2, van 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 (PB L 186 van 11.7.2019, blz. 57).

⁽⁵⁸⁾ Zie bijvoorbeeld arrest van 19 december 2019, X, zaak C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112, punten 58-69.

onderneming die via onlinetussenhandelsdiensten goederen of diensten aanbiedt of verkoopt ten aanzien van die onlinetussenhandelsdiensten als een afnemer aangemerkt, ongeacht of hij voor het gebruik van de onlinetussenhandelsdiensten betaalt ⁽⁵⁹⁾. Dit heeft de volgende gevolgen voor de toepassing van Verordening (EU) 2022/720:

- (a) de onderneming die de onlinetussenhandelsdiensten verricht, kan niet worden aangemerkt als koper in de zin van artikel 1, lid 1, punt k), van de verordening met betrekking tot goederen of diensten die door derden worden aangeboden met gebruikmaking van die onlinetussenhandelsdiensten;
- (b) voor de toepassing van de in artikel 3, lid 1, van de verordening genoemde marktaandeeldrempels wordt het marktaandeel van de onderneming die de onlinetussenhandelsdiensten verricht, berekend op de relevante markt voor de levering van die diensten. De omvang van de relevante markt hangt af van de feiten van de zaak, in het bijzonder van de mate van substitueerbaarheid tussen online- en offlinetussenhandelsdiensten, tussen tussenhandelsdiensten die worden gebruikt voor verschillende categorieën goederen of diensten en tussen tussenhandelsdiensten en directe verkoopkanalen;
- (c) beperkingen die door de onderneming die de onlinetussenhandelsdiensten verricht worden opgelegd aan de kopers van die diensten met betrekking tot de prijs waarvoor, de gebieden waaraan, of de klanten aan wie de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten mogen worden verkocht, met inbegrip van beperkingen betreffende onlinereclame en onlineverkoop, vallen onder de bepalingen van artikel 4 van de verordening (hardcorebeperkingen). Zo is overeenkomstig artikel 4, punt a), van de verordening de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening niet van toepassing op een overeenkomst op grond waarvan een aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten een vaste of minimumverkoopprijs oplegt voor een transactie die hij faciliteert;
- (d) overeenkomstig artikel 5, lid 1, punt d), van de verordening is de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening niet van toepassing op platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel die door de onderneming die de onlinetussenhandelsdiensten verricht, worden opgelegd aan de kopers van die diensten;
- (e) overeenkomstig artikel 2, lid 6, van de verordening is de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening niet van toepassing op overeenkomsten betreffende het verrichten van onlinetussenhandelsdiensten wanneer de aanbieder van die diensten een concurrerende onderneming is op de relevante markt voor de verkoop van de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten (hybride functie). Zoals in afdeling 4.4.4 wordt uiteengezet, moeten dergelijke overeenkomsten worden beoordeeld op grond van de horizontale richtsnoeren wat de mogelijke collusie-effecten betreft en op grond van afdeling 8 van de onderhavige richtsnoeren wat eventuele verticale beperkingen betreft.

- (68) Ondernemingen die actief zijn in de onlineplatformeconomie en die geen onlinetussenhandelsdiensten verrichten in de zin van artikel 1, lid 1, punt e), van Verordening (EU) 2022/720 kunnen voor de toepassing van de verordening worden aangemerkt als leveranciers of afnemers. Dergelijke ondernemingen kunnen bijvoorbeeld worden aangemerkt als leveranciers van inputdiensten upstream of als (door)verkopers van goederen of diensten downstream. Die indeling in groepen kan met name gevolgen hebben voor de bepaling van de relevante markt met het oog op de toepassing van de in artikel 3, lid 1, van de verordening genoemde marktaandeeldrempels, de toepasselijkheid van artikel 4 van de verordening (hardcorebeperkingen), en de toepasselijkheid van artikel 5 van de verordening (uitgesloten beperkingen).

4.4. **Grenzen aan de toepassing van Verordening (EU) 2022/720**

4.4.1. *Verenigingen van detailhandelaren*

- (69) Ingevolge artikel 2, lid 2, van Verordening (EU) 2022/720 kunnen verticale overeenkomsten gesloten door een ondernemersvereniging die aan bepaalde voorwaarden voldoet binnen de veilige zone vallen, hetgeen betekent dat door alle andere verenigingen gesloten verticale overeenkomsten van de veilige zone zijn uitgesloten. Dit houdt in dat verticale overeenkomsten gesloten tussen een vereniging en haar afzonderlijke leden, of tussen een

⁽⁵⁹⁾ De leidraden in deze afdeling 4 van de onderhavige richtsnoeren laten de indeling van ondernemingen die partij zijn bij overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 vallen onverlet.

vereniging en haar afzonderlijke leveranciers, alleen onder Verordening (EU) 2022/720 vallen indien alle leden van de vereniging detailhandelaren zijn die goederen (geen diensten) aan de eindconsument verkopen, en mits geen enkel individueel lid een omzet van meer dan 50 miljoen EUR behaalt ⁽⁶⁰⁾. Wanneer echter slechts een klein aantal leden van de vereniging een omzet van meer dan 50 miljoen EUR behaalt, en die leden tezamen minder dan 15 % van de gezamenlijke omzet van alle leden vertegenwoordigen, zal dat normaliter niets aan de beoordeling op grond van artikel 101 van het Verdrag veranderen.

- (70) 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 zijn vastgesteld in de horizontale richtsnoeren. Indien de conclusie van die beoordeling is dat een samenwerking tussen ondernemingen op het gebied van koop of verkoop geen bezwaren oplevert, met name omdat zij voldoet aan de voorwaarden van die richtsnoeren met betrekking tot koop- en/of commercialiseringsovereenkomsten, zal een tweede beoordeling noodzakelijk zijn om de verticale overeenkomsten te onderzoeken die de vereniging met haar individuele leveranciers of met haar individuele leden heeft gesloten. Die tweede beoordeling moet worden uitgevoerd in overeenstemming met de voorschriften van Verordening (EU) 2022/720, en in het bijzonder met de voorwaarden van de artikelen 3, 4 en 5, van die verordening, en met de onderhavige richtsnoeren. Bijvoorbeeld, horizontale overeenkomsten gesloten tussen de leden van de vereniging of besluiten van de vereniging, zoals het besluit de leden te verplichten van de vereniging te kopen of het besluit tot toewijzing van exclusieve gebieden aan de leden, moeten eerst als een horizontale overeenkomst worden beoordeeld. Slechts indien die beoordeling tot de conclusie leidt dat de horizontale overeenkomst of het besluit niet concurrentieverstorend 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*

- (71) Artikel 2, lid 3, van Verordening (EU) 2022/720 bepaalt dat verticale overeenkomsten die bepaalde bepalingen bevatten betreffende de overdracht of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten onder bepaalde voorwaarden onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening vallen. Verordening (EU) 2022/720 is derhalve niet van toepassing op andere verticale overeenkomsten die bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten bevatten.
- (72) Verordening (EU) 2022/720 is van toepassing op verticale overeenkomsten die bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten bevatten, indien aan alle onderstaande voorwaarden is voldaan:
- (a) de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten moeten deel uitmaken van een verticale overeenkomst, d.w.z. een overeenkomst met 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 doorverkoop 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;
 - (e) de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten mogen, wat de contractgoederen of -diensten betreft, geen concurrentiebeperkingen omvatten die hetzelfde doel hebben als verticale beperkingen waarvoor op grond van Verordening (EU) 2022/720 geen vrijstelling geldt.
- (73) Deze voorwaarden zorgen ervoor dat Verordening (EU) 2022/720 op verticale overeenkomsten van toepassing is indien het gebruik, de verkoop of de doorverkoop van goederen of diensten op efficiëntere wijze kan geschieden wanneer intellectuele-eigendomsrechten worden overgedragen aan de afnemer of met het oog op gebruik aan hem in licentie worden gegeven. Dat betekent dat beperkingen met betrekking tot de overdracht of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening kunnen vallen wanneer het hoofdonderwerp van de overeenkomst de koop of distributie van goederen of diensten is.

⁽⁶⁰⁾ Het plafond voor de jaaromzet van 50 miljoen EUR is gebaseerd op het omzetplafond voor kmo's in artikel 2 van de bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie.

- (74) De eerste voorwaarde, beschreven in punt (72)(a), maakt duidelijk dat de intellectuele eigendomsrechten ter beschikking moeten worden gesteld in de context van een overeenkomst betreffende de koop of distributie van goederen, of van 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. Verordening (EU) 2022/720 is bijvoorbeeld niet van toepassing op:
- (a) overeenkomsten waarbij de ene partij de andere partij een recept ter beschikking stelt en haar een licentie op de productie van een volgens dat recept bereide drank verleent;
 - (b) een zuivere licentieovereenkomst betreffende het gebruik van een merk of embleem met het oog op merchandising;
 - (c) een sponsorcontract, waarbij de betrokkene het recht verkrijgt in zijn reclame te vermelden dat hij de officiële sponsor van een evenement is;
 - (d) een licentieovereenkomst betreffende auteursrechten, zoals een overeenkomst betreffende het recht tot opname of uitzending van een evenement.
- (75) Uit de tweede voorwaarde, beschreven in punt (72)(b), volgt dat Verordening (EU) 2022/720 niet van toepassing is wanneer de intellectuele-eigendomsrechten door de afnemer ter beschikking worden gesteld van de leverancier, ongeacht of die rechten betrekking hebben op de wijze van productie of distributie. Een overeenkomst die betrekking heeft op de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten aan de leverancier en die de verkoopactiviteiten van de leverancier mogelijks beperkt, valt niet onder Verordening (EU) 2022/720. Dat betekent dat toelevering waarbij knowhow aan een onderaannemer wordt overgedragen, niet onder Verordening (EU) 2022/720 valt (zie ook afdeling 3.3). Verordening (EU) 2022/720 geldt echter wel voor verticale overeenkomsten waarbij de afnemer de leverancier slechts specificaties verstrekt met betrekking tot de te leveren goederen of diensten.
- (76) De derde voorwaarde, beschreven in punt (72)(c), vereist dat het hoofdonderwerp van de overeenkomst niet de overdracht of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten is. Het hoofdonderwerp moet de koop, verkoop of wederverkoop van goederen of diensten zijn en de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten moeten dienen ter uitvoering van de verticale overeenkomst.
- (77) De vierde voorwaarde, beschreven in punt (72)(d), houdt in 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 worden gewoonlijk geleverd door de licentiegever, maar kunnen ook door de licentienemer worden gekocht van een derde leverancier. De bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten zullen in doorgaans de marketing van goederen of diensten betreffen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een franchiseovereenkomst wanneer de franchisegever de franchisenemer goederen verkoopt voor doorverkoop en de franchisegever de franchisenemer een licentie verleent op het gebruik van het merk en knowhow voor marketingdoeleinden. Dat 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.
- (78) De vijfde voorwaarde, beschreven in punt (72)(e), vereist dat de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten niet hetzelfde doel mogen hebben als een van de in artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720 vermelde hardcorebeperkingen, of een van de beperkingen die – op grond van artikel 5 van de verordening – van de in die verordening vervatte vrijstelling zijn uitgesloten (zie afdeling 6).
- (79) Intellectuele-eigendomsrechten die van belang zijn voor de uitvoering van verticale overeenkomsten in de zin van artikel 2, lid 3, van Verordening (EU) 2022/720, hebben voornamelijk betrekking op drie grote gebieden: merken, auteursrechten en knowhow.

4.4.2.1. Merken

- (80) 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

- (81) De auteursrechthebbende kan wederverkopers van auteursrechtelijk beschermde goederen en diensten (bijvoorbeeld boeken en software) de verplichting opleggen die goederen en diensten slechts door te verkopen op voorwaarde dat de afnemer, hetzij een andere doorverkoper, hetzij de eindgebruiker, ertoe wordt verplicht geen inbreuk op het auteursrecht te plegen. Voor zover dergelijke verplichtingen van de wederverkoper binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen, vallen zij onder Verordening (EU) 2022/720.

- (82) Zoals vermeld in punt 62 van de richtsnoeren technologieoverdracht⁽⁶¹⁾, valt het in licentie geven van auteursrechten op software enkel met het oog op de reproductie en distributie van het beschermde werk niet onder Verordening (EU) nr. 316/2014 van de Commissie⁽⁶²⁾, maar in plaats daarvan naar analogie onder Verordening (EU) 2022/720 en deze richtsnoeren.
- (83) Voorts moeten overeenkomsten krachtens welke harde kopieën van software met het oog op wederverkoop worden geleverd en waarbij de wederverkoper geen licentie op rechten op de software verwerft maar slechts gerechtigd is de harde kopieën door te verkopen, voor de toepassing van Verordening (EU) 2022/720 worden beschouwd als overeenkomsten inzake de levering van goederen met het oog op wederverkoop. Bij die vorm van distributie vindt de licentieverlening van de software slechts plaats tussen de auteursrechthebbende en de gebruiker van de software. Dat 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.
- (84) Afnemers van hardware waarin auteursrechtelijk beschermde software is vervat, kunnen door de auteursrecht-hebbende 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 zij binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen, vallen dergelijke gebruiksbeperkingen onder Verordening (EU) 2022/720.

4.4.2.3. Knowhow

- (85) Franchiseovereenkomsten, met uitzondering van industriële franchiseovereenkomsten, zijn een voorbeeld van de mededeling van knowhow aan de afnemer voor marketingdoeleinden⁽⁶³⁾. Franchiseovereenkomsten omvatten licenties op intellectuele-eigendomsrechten met betrekking tot merken of emblemen, en knowhow voor het gebruik en de distributie van goederen of de verrichting van diensten. Behalve dat de franchisegever de franchisenemer licenties op intellectuele eigendomsrechten verleent, verstrekt de franchisegever de franchisenemer gewoonlijk voor 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.
- (86) Licenties in franchiseovereenkomsten vallen onder Verordening (EU) 2022/720 indien aan alle vijf in punt (72) genoemde voorwaarden is voldaan. Dat is gewoonlijk het geval, daar onder de meeste franchiseovereenkomsten, met inbegrip van master-franchiseovereenkomsten, de franchisegever de franchisenemer goederen en/of diensten verstrekt, in het bijzonder diensten op het gebied van commerciële of technische bijstand. De intellectuele-eigendomsrechten helpen de franchisenemer de door de franchisegever of een door hem aangewezen leverancier geleverde producten door te verkopen of die 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 Verordening (EU) 2022/720, maar de Commissie zal er in de regel de in Verordening (EU) 2022/720 en in deze richtsnoeren uiteengezette beginselen op toepassen.
- (87) 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, van het Verdrag van toepassing is, eveneens binnen het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720:
- (a) een verplichting van de franchisenemer om direct noch indirect een vergelijkbare 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 die knowhow niet tot het publieke domein is gaan behoren;

⁽⁶¹⁾ Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB C 89 van 28.3.2014, blz. 3).

⁽⁶²⁾ 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 technologieoverdracht (PB L 93 van 28.3.2014, blz. 17).

⁽⁶³⁾ De punten (85) tot en met (87) zijn naar analogie van toepassing op andere soorten distributieovereenkomsten waarbij sprake is van de overdracht van wezenlijke knowhow van de leverancier aan de afnemer.

- (d) de verplichting van de franchisenemer om de franchisegever alle bij de exploitatie van de franchise opgedane ervaring mede te delen en hem en andere franchisenemers een niet-exclusieve licentie te verlenen op de uit die ervaring voortvloeiende knowhow;
- (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 inbreukmakers of de franchisegever bijstand te verlenen bij rechtsvorderingen tegen inbreukmakers;
- (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) de verplichting van de franchisenemer 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

- (88) Met betrekking tot verticale overeenkomsten tussen concurrenten, zij in de eerste plaats opgemerkt dat, overeenkomstig artikel 2, lid 7, van Verordening (EU) 2022/720, waarvoor in afdeling 4.5 leidraden worden gegeven, de verordening niet van toepassing is op verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsgebied van een andere groepsvrijstellingsverordening valt, tenzij in die andere verordening anders is bepaald.
- (89) In artikel 2, lid 4, eerste zin, van Verordening (EU) 2022/720 is de algemene regel neergelegd dat de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening niet van toepassing is op verticale overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen.
- (90) Een concurrerende onderneming wordt in artikel 1, lid 1, punt c), van Verordening (EU) 2022/720 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 het, zonder verticale overeenkomst tussen de ondernemingen, waarschijnlijk is dat de eerste binnen een korte tijd (normaal niet langer dan één jaar) de vereiste extra investeringen doet of andere noodzakelijke kosten maakt om de relevante markt waarop de andere onderneming actief is, te betreden. Die beoordeling moet op realistische gronden berusten, met inachtneming van de structuur van de markt en de economische en juridische context. De louter theoretische mogelijkheid om een markt te betreden is ontoereikend. Er moeten reële en concrete mogelijkheden voor de onderneming bestaan om de markt te betreden en er mogen geen onoverkomelijke barrières voor toetreding zijn. Omgekeerd hoeft niet met zekerheid te worden aangetoond dat de onderneming de betrokken markt daadwerkelijk zal betreden en dat zij in staat zal zijn haar positie aldaar te behouden ⁽⁶⁴⁾.
- (91) Verticale overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen die niet onder de in artikel 2, lid 4, tweede zin, van Verordening (EU) 2022/720 beschreven uitzonderingen vallen, waarvoor in de punten (93) tot en met (95) leidraden worden gegeven, moeten individueel aan artikel 101 van het Verdrag worden getoetst. De onderhavige richtsnoeren zijn relevant voor de beoordeling van de verticale beperkingen in dergelijke overeenkomsten. De horizontale richtsnoeren kunnen relevante leidraden geven voor de beoordeling van mogelijke collusie-effecten.
- (92) Een groothandelaar of detailhandelaar die specificaties verstrekt aan een fabrikant om goederen te produceren voor verkoop onder de merknaam van die groothandelaar of detailhandelaar, wordt voor de toepassing van artikel 2, lid 4, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 niet beschouwd als fabrikant van dergelijke eigenmerkgooederen en bijgevolg niet als concurrent van de fabrikant. De vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening kan derhalve van toepassing zijn op een verticale overeenkomst tussen enerzijds een groothandelaar of detailhandelaar die eigen merkgooederen verkoopt die door een derde (d.w.z. niet intern) zijn vervaardigd, en anderzijds een fabrikant van concurrerende merkgooederen ⁽⁶⁵⁾. Daarentegen worden groothandelaren en detailhandelaren die zelf goederen vervaardigen voor verkoop onder hun eigen merknaam als fabrikanten beschouwd en derhalve is de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening niet van toepassing op verticale overeenkomsten welke die groothandelaren of detailhandelaren sluiten met fabrikanten van concurrerende merkgooederen.

⁽⁶⁴⁾ Zie het arrest van 30 januari 2020, *Generics (UK) e.a./Autoriteit Mededinging en markten*, zaak C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punten 36 tot en met 45; het arrest van 25 maart 2021, *H. Lundbeck A/S en Lundbeck Ltd/Europese Commissie*, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, punten 54 tot en met 57.

⁽⁶⁵⁾ Dit laat de toepassing van de toeleveringsbekendmaking onverlet, zie punt (47) van de onderhavige richtsnoeren.

- (93) Artikel 2, lid 4, tweede zin, van Verordening (EU) 2022/720 bevat twee uitzonderingen op de algemene regel dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is op overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen. Meer in het bijzonder wordt in artikel 2, lid 4, tweede zin, bepaald dat de in artikel 2, lid 1, van de verordening voorziene vrijstelling van toepassing is op niet-wederkerige verticale overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 2, lid 4, punt a), of punt b), van de verordening. Niet-wederkerig betekent met name dat de afnemer van de contractgoederen of -diensten niet tevens concurrerende goederen of diensten aan de leverancier levert.
- (94) De twee uitzonderingen in artikel 2, lid 4, tweede zin, van Verordening (EU) 2022/720 hebben beide betrekking op scenario's van duale distributie, namelijk waarin een leverancier van goederen of diensten ook actief is op het downstreamniveau en daarbij concurreert met zijn onafhankelijke distributeurs. Artikel 2, lid 4, punt a), van de verordening betreft het scenario waarin de leverancier de contractgoederen op verschillende handelsniveaus verkoopt, namelijk op het upstreamniveau als fabrikant, importeur of groothandelaar en op het downstreamniveau als importeur, groothandelaar of detailhandelaar, terwijl de afnemer de contractgoederen op een downstreamniveau verkoopt, namelijk als importeur, groothandelaar of detailhandelaar, en geen concurrerende onderneming is op het upstreamniveau waar hij de contractgoederen koopt. Artikel 2, lid 4, punt b), van de verordening betreft het scenario waarin de leverancier een aanbieder van diensten is die op verschillende handelsniveaus actief is, terwijl de afnemer slechts diensten levert op het detailhandelsniveau en niet met de leverancier concurreert op het handelsniveau waar hij de contractdiensten koopt.
- (95) De reden voor de in artikel 2, lid 4, punten a) en b), van Verordening (EU) 2022/720 beschreven uitzonderingen is dat, in een scenario van duale distributie, de potentiële negatieve impact van de verticale overeenkomst op de concurrentieverhouding tussen de leverancier en de afnemer op het downstreamniveau minder significant wordt geacht dan de potentiële positieve impact van de verticale overeenkomst op de concurrentie op het upstream- of downstreamniveau in het algemeen. Aangezien artikel 2, lid 4, punten a) en b), uitzonderingen bevat op de algemene regel dat Verordening (EU) 2022/720 niet van toepassing is op overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen, moeten die uitzonderingen eng worden uitgelegd.
- (96) Indien aan de voorwaarden van artikel 2, lid 4, punt a) of punt b), van Verordening (EU) 2022/720 is voldaan, is de in artikel 2, lid 1, van de verordening vervatte vrijstelling van toepassing op alle aspecten van de verticale overeenkomst in kwestie, waaronder doorgaans uitwisseling van informatie tussen de partijen die betrokken zijn bij de uitvoering van de overeenkomst⁽⁶⁶⁾. Informatie-uitwisseling kan bijdragen tot de concurrentiebevorderende effecten van verticale overeenkomsten, waaronder de optimalisering van productie- en distributieprocessen. Dit geldt ook in de scenario's van duale distributie. Niet alle uitwisselingen van informatie tussen een leverancier en een afnemer in een scenario van duale distributie zijn echter efficiëntiebevorderend. Daarom is in artikel 2, lid 5, van Verordening (EU) 2022/720 bepaald dat de uitzonderingen van artikel 2, lid 4, punten a) en b), niet van toepassing zijn op de uitwisseling van informatie tussen een leverancier en een afnemer die hetzij niet rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van de verticale overeenkomst, hetzij niet noodzakelijk is om de productie of distributie van de contractgoederen of -diensten te verbeteren, hetzij aan geen van beide voorwaarden voldoet. Artikel 2, lid 5, van de verordening en de leidraden in de punten (96) tot en met (103) hebben uitsluitend betrekking op informatie-uitwisseling in het kader van duale distributie, dat wil zeggen informatie-uitwisseling tussen de partijen bij een verticale overeenkomst die aan de voorwaarden van artikel 2, lid 4, punten a) of b), van de verordening voldoet.
- (97) Voor de toepassing van artikel 2, lid 5, van de verordening en de onderhavige richtsnoeren omvat informatie-uitwisseling elke mededeling van informatie door één partij bij de verticale overeenkomst aan de andere partij, ongeacht de kenmerken van de uitwisseling, bijvoorbeeld of de informatie door slechts één partij of door beide partijen wordt medegedeeld, dan wel of de informatie schriftelijk of mondeling wordt uitgewisseld. Het doet er evenmin toe of de vorm en de inhoud van de informatie-uitwisseling uitdrukkelijk is overeenkomen in de verticale overeenkomst, dan wel of die op informele basis plaatsvindt, bijvoorbeeld wanneer een partij bij de verticale overeenkomst informatie verstrekt zonder dat de andere partij daarom heeft verzocht.

⁽⁶⁶⁾ De leidraden in de onderhavige richtsnoeren doen geen afbreuk aan de toepassing van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PB L 119 van 4.5.2016, blz. 1) en andere wetgeving van de Unie die van toepassing is op de uitwisseling van informatie in de zin van lid (97) van de onderhavige richtsnoeren.

- (98) Of een uitwisseling van informatie in een scenario van duale distributie rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van de verticale overeenkomst en noodzakelijk is om de productie of distributie van de contractgoederen of -diensten in de zin van artikel 2, lid 5, van Verordening (EU) 2022/720 te verbeteren, kan afhangen van het specifieke distributiemodel. Zo kan het bijvoorbeeld in het kader van een exclusieve distributieovereenkomst noodzakelijk zijn dat de partijen informatie uitwisselen over hun respectieve verkoopactiviteiten in specifieke gebieden of met betrekking tot specifieke klantengroepen. In het kader van een franchiseovereenkomst kan het nodig zijn dat de franchisegever en de franchisenemer informatie uitwisselen met betrekking tot de toepassing van een uniform bedrijfsmodel in het gehele franchisenet ⁽⁶⁷⁾. In een stelsel van selectieve distributie kan het voor de distributeur noodzakelijk zijn om informatie te delen met de leverancier over zijn naleving van de selectiecriteria en van enige beperking op de verkoop aan niet-erkende distributeurs.
- (99) Hieronder volgt een niet-limitatieve lijst van voorbeelden van informatie die, afhankelijk van de specifieke omstandigheden, al dan niet rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van de verticale overeenkomst en noodzakelijk is om de productie of distributie van de contractgoederen of -diensten te verbeteren ⁽⁶⁸⁾:
- (a) technische informatie over de contractgoederen of -diensten, zoals informatie over de registratie, de certificering, de behandeling, het gebruik, het onderhoud, de reparatie, de opwaardering of de recycling van de contractgoederen of -diensten, met name wanneer die informatie aan wettelijke maatregelen moet voldoen, en informatie die de leverancier of afnemer in staat stelt de contractgoederen of -diensten aan de vereisten van de klant aan te passen;
 - (b) logistieke informatie met betrekking tot de productie en distributie van de contractgoederen of -diensten op upstream- of downstreamniveau, met inbegrip van informatie over productieprocessen, inventarisering, voorraden en, behoudens punt (100)(b), verkoopvolumes en retourzendingen;
 - (c) behoudens punt (100)(b), informatie over klantaankopen van de contractgoederen of -diensten, klantvoorkeuren en klantfeedback, op voorwaarde dat de uitwisseling van dergelijke informatie niet wordt gebruikt om het gebied te beperken waarin, of de klanten aan wie, de afnemer de contractgoederen of -diensten mag verkopen in de zin van artikel 4, punten b), c) of d), van Verordening (EU) 2022/720;
 - (d) informatie over de prijzen waartegen de contractgoederen of -diensten door de leverancier aan de afnemer worden verkocht;
 - (e) behoudens punt (100)(a), informatie over de aanbevolen of maximumwederkooprijzen van de leverancier voor de contractgoederen of -diensten, en informatie met over de prijzen waartegen de afnemer de goederen of diensten wederverkoopt, mits de uitwisseling van dergelijke informatie niet wordt gebruikt om de mogelijkheden van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs te beperken of om een vaste of minimumverkoopprijs af te dwingen in de zin van artikel 4, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 ⁽⁶⁹⁾;
 - (f) behoudens punt (100) en punt (e) van het onderhavige punt, informatie over de marketing van de contractgoederen of -diensten, met inbegrip van informatie over promotiecampagnes en informatie over nieuwe, in het kader van de verticale overeenkomst te leveren contractgoederen of -diensten;
 - (g) informatie over prestaties, met inbegrip van door de leverancier aan de afnemer meegedeelde geaggregeerde informatie over de marketing- en verkoopactiviteiten van andere afnemers van de contractgoederen of -diensten, mits de afnemer hierdoor niet in staat wordt gesteld de activiteiten van bepaalde concurrerende afnemers te identificeren, alsmede informatie met betrekking tot het volume of de waarde van de verkoop van de contractgoederen of -diensten door de afnemer in verhouding tot zijn verkoop van concurrerende goederen of diensten.
- (100) Hieronder volgen voorbeelden van informatie die over het algemeen wellicht niet voldoen aan de twee voorwaarden van artikel 2, lid 5, van Verordening (EU) 2022/720 wanneer die informatie wordt uitgewisseld tussen een leverancier en een afnemer in een scenario van duale distributie:

⁽⁶⁷⁾ Zie punt 31 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽⁶⁸⁾ Tenzij anders aangegeven, hebben de voorbeelden betrekking op informatie die door de leverancier of de afnemer wordt meegedeeld, ongeacht de frequentie van de mededeling en ongeacht of de informatie betrekking heeft op vroeger, huidig of toekomstig gedrag.

⁽⁶⁹⁾ Zie afdeling 6.1.1 voor verdere leidraden over verticale prijsbinding, met inbegrip van indirecte middelen om verticale prijsbinding toe te passen.

- (a) informatie over de toekomstige prijzen waartegen de leverancier of afnemer voornemens zijn de contractgoederen of -diensten downstream te verkopen;
 - (b) informatie over geïdentificeerde eindgebruikers van de contractgoederen of -diensten, tenzij de uitwisseling van dergelijke informatie noodzakelijk is:
 - (1) om de leverancier of afnemer in staat te stellen aan de vereisten van een specifieke eindgebruiker te voldoen, bijvoorbeeld om de contractgoederen of -diensten aan te passen aan de eisen van de eindgebruiker, om de eindgebruiker bijzondere voorwaarden toe te staan, onder meer in het kader van een klantenbindingsprogramma, of om te voorzien in diensten die vooraf gaan aan de verkoop of erna worden geleverd, inclusief garantiediensten,
 - (2) om uitvoering te geven aan of toezicht te houden op de naleving van een selectieve-distributieovereenkomst of een exclusieve distributieovereenkomst waarbij bepaalde eindgebruikers worden toegewezen aan de leverancier of afnemer;
 - (c) informatie met betrekking tot goederen die door een afnemer onder zijn eigen merknaam worden verkocht, uitgewisseld tussen de afnemer en een fabrikant van concurrerende merkgoederen, tenzij de fabrikant tevens de producent van die eigen merkgoederen is.
- (101) De voorbeelden in de punten (99) en (100) zijn bedoeld om ondernemingen te helpen bij hun zelfbeoordeling. De opname van een bepaald type informatie in lid (99) betekent echter niet dat de uitwisseling van dergelijke informatie in alle gevallen zal voldoen aan de twee voorwaarden zoals uiteengezet in artikel 2, lid 5, van Verordening (EU) 2022/720. De opname van een bepaald type informatie in lid (100) betekent evenmin dat de uitwisseling van dergelijke informatie nooit aan die twee voorwaarden zal voldoen. Ondernemingen moeten derhalve de voorwaarden van artikel 2, lid 5, van de verordening toepassen op de specifieke feiten van hun verticale overeenkomst.
- (102) Wanneer de partijen bij een verticale overeenkomst die aan de voorwaarden van artikel 2, lid 4, punt a) of b), van Verordening (EU) 2022/720 voldoet, informatie uitwisselen die hetzij niet rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van hun verticale overeenkomst, hetzij niet noodzakelijk is om de productie of distributie van de contractgoederen of -diensten te verbeteren, of aan geen van beide voorwaarden voldoet, moet de uitwisseling van informatie afzonderlijk aan artikel 101 van het Verdrag worden getoetst. Dergelijke uitwisselingen zijn niet noodzakelijk in strijd met artikel 101 van het Verdrag. Bovendien vallen de overige bepalingen van de verticale overeenkomst nog altijd onder de in artikel 2, lid 1, van de verordening vervatte vrijstelling, op voorwaarde dat de overeenkomst voor het overige voldoet aan de in de verordening vastgestelde voorwaarden.
- (103) Wanneer concurrerende ondernemingen een verticale overeenkomst sluiten en informatie uitwisselen die niet onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de Verordening ⁽⁷⁰⁾ valt, kunnen zij voorzorgsmaatregelen nemen om het risico te beperken dat de uitwisseling van informatie concurrentiebezwaren doet rijzen ⁽⁷¹⁾. Zij kunnen bijvoorbeeld alleen informatie in geaggregeerde vorm uitwisselen of zorgen voor een passende termijn tussen het genereren van de informatie en de uitwisseling ervan. Bovendien kunnen zij gebruikmaken van technische of administratieve maatregelen, zoals firewalls, om ervoor te zorgen dat de door de afnemer meegedeelde informatie alleen toegankelijk is voor het personeel dat verantwoordelijk is voor de upstreamactiviteiten van de leverancier en niet voor het personeel dat verantwoordelijk is voor de downstreamactiviteiten van de leverancier op het gebied van de directe verkoop. Het gebruik van dergelijke voorzorgsmaatregelen kan er echter niet voor zorgen dat informatie-uitwisselingen die anders buiten het toepassingsgebied van de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 zouden vallen, binnen het toepassingsgebied van die vrijstelling vallen.

4.4.4. Verticale overeenkomsten met aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten die een hybride functie hebben

- (104) Overeenkomstig artikel 2, lid 6, van Verordening (EU) 2022/720 zijn de uitzonderingen voor duale distributie in artikel 2, lid 4, punten a) en b), van de verordening niet van toepassing op verticale overeenkomsten betreffende het verrichten van onlinetussenhandelsdiensten wanneer de aanbieder van die diensten een hybride functie

⁽⁷⁰⁾ Bijvoorbeeld omdat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2, lid 4, artikel 2, lid 5, of artikel 3, lid 1, van de verordening.

⁽⁷¹⁾ Zie het hoofdstuk over informatie-uitwisseling in de horizontale richtsnoeren en alle toekomstige versies van die richtsnoeren.

heeft, namelijk ook een concurrerende onderneming is op de relevante markt voor de verkoop van de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten ⁽⁷²⁾. Artikel 2, lid 6, van Verordening (EU) 2022/720 is van toepassing op verticale overeenkomsten “betreffende” de levering van onlinetussenhandelsdiensten, ongeacht of de overeenkomst betrekking heeft op de levering van die diensten aan een partij bij de overeenkomst of aan derden.

- (105) Verticale overeenkomsten betreffende de levering van onlinetussenhandelsdiensten die worden gesloten door aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten met een dergelijke hybride functie, voldoen niet aan de motivering voor de uitzondering voor duale distributie in artikel 2, lid 4, punten a) en b), van Verordening (EU) 2022/720. Dergelijke aanbieders kunnen een prikkel hebben om hun eigen verkoop te bevoordelen en de uitkomst te beïnvloeden van de concurrentie tussen ondernemingen die hun onlinetussenhandelsdiensten gebruiken. Dergelijke verticale overeenkomsten kunnen derhalve aanleiding geven tot bezorgdheid over de concurrentie in het algemeen op de relevante markten voor de verkoop van de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten.
- (106) Artikel 2, lid 6, van Verordening (EU) 2022/720 is van toepassing op verticale overeenkomsten betreffende de levering van onlinetussenhandelsdiensten wanneer de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten een daadwerkelijke of potentiële concurrent is op de relevante markt voor de verkoop van de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten. In het bijzonder moet het waarschijnlijk zijn dat de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten binnen een korte periode (gewoonlijk niet langer dan een jaar) de vereiste extra investeringen doet of andere noodzakelijke kosten maakt om de relevante markt voor de verkoop van de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten te betreden ⁽⁷³⁾.
- (107) Overeenkomsten betreffende het verrichten van onlinetussenhandelsdiensten die overeenkomstig artikel 2, lid 6, van Verordening (EU) 2022/720 niet onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening vallen, moeten individueel aan artikel 101 van het Verdrag worden getoetst. Dergelijke overeenkomsten beperken niet noodzakelijkerwijs de concurrentie in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag, of zij kunnen voldoen aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, van het Verdrag. De de-minimisbepaling kan van toepassing zijn wanneer de partijen lage marktaandelen hebben op de relevante markt voor het verrichten van onlinetussenhandelsdiensten en de relevante markt voor de verkoop van de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten ⁽⁷⁴⁾. De horizontale richtsnoeren kunnen relevante leidraden geven voor de beoordeling van mogelijke collusie-effecten. Deze richtsnoeren kunnen als leidraad dienen voor de beoordeling van eventuele verticale beperkingen.
- (108) Wanneer er geen sprake is van concurrentiebeperkende strekking, zijn merkbare concurrentieverstorende effecten onwaarschijnlijk wanneer de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten geen marktmacht heeft op de relevante markt voor onlinetussenhandelsdiensten, bijvoorbeeld omdat hij die markt pas onlangs heeft betreden (start-upfase). In de onlineplatformeconomie kunnen de door een aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten gegenereerde inkomsten (bijvoorbeeld provisies) slechts een eerste maatstaf zijn voor de omvang van zijn marktmacht en kan het ook nodig zijn rekening te houden met alternatieve maatstaven, zoals het aantal door de aanbieder bemiddelde transacties, het aantal gebruikers van de onlinetussenhandelsdiensten (verkopers en/of kopers) en de mate waarin die gebruikers gebruikmaken van de diensten van andere aanbieders. Het is ook onwaarschijnlijk dat een aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten marktmacht heeft wanneer hij niet profiteert van merkbare positieve directe of indirecte neteffecten.
- (109) Wanneer er geen sprake is van concurrentiebeperkende strekking of aanzienlijke marktmacht, is het onwaarschijnlijk dat de Commissie prioriteit zal geven aan handhavingsmaatregelen ten aanzien van verticale overeenkomsten betreffende de levering van onlinetussenhandelsdiensten wanneer de aanbieder een hybride functie vervult. Dit is met name het geval wanneer een leverancier in een scenario van duale distributie kopers van zijn goederen of diensten toestaat zijn website te gebruiken om de goederen of diensten te distribueren, maar niet toestaat dat de website wordt gebruikt om concurrerende merken van goederen of diensten aan te bieden en niet anderszins actief is op de relevante markt voor het verrichten van onlinetussenhandelsdiensten met betrekking tot dergelijke goederen of diensten.

⁽⁷²⁾ De toepassing van artikel 2, lid 6, van Verordening (EU) 2022/720 veronderstelt dat de door de verlener van onlinetussenhandelsdiensten met een hybride functie gesloten verticale overeenkomst niet kan worden aangemerkt als een agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, zie de punten (46) en (63).

⁽⁷³⁾ Zie punt (90).

⁽⁷⁴⁾ Zie punt (26).

4.5. Relatie met andere groepsvrijstellingsverordeningen

- (110) Zoals in de afdelingen 4.1 en 4.2 is uiteengezet, is Verordening (EU) 2022/720 van toepassing op verticale overeenkomsten, die uitsluitend op grond van Verordening (EU) 2022/720 en de onderhavige richtsnoeren moeten worden beoordeeld, tenzij in de onderhavige richtsnoeren uitdrukkelijk anders is bepaald. Dergelijke overeenkomsten kunnen onder de bij Verordening (EU) 2022/720 ingestelde veilige zone vallen.
- (111) Artikel 2, lid 7, van Verordening (EU) 2022/720 bepaalt dat die verordening “niet van toepassing [is] op verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsbereik van andere groepsvrijstellingsverordeningen valt, tenzij in een dergelijke 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.
- (112) Verordening (EU) 2022/720 is niet van toepassing op verticale overeenkomsten die binnen het toepassingsgebied vallen van de volgende groepsvrijstellingsverordeningen of toekomstige groepsvrijstellingsverordeningen met betrekking tot de soorten overeenkomsten die in het onderhavige punt worden genoemd, tenzij in de desbetreffende verordening anders is bepaald:
- Verordening (EU) nr. 316/2014 van de Commissie;
 - Verordening (EU) nr. 1217/2010 van de Commissie ⁽⁷⁵⁾;
 - Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie ⁽⁷⁶⁾.
- (113) Verordening (EU) 2022/720 is evenmin van toepassing op de soorten overeenkomsten tussen concurrenten die in de horizontale richtsnoeren worden genoemd, tenzij in de horizontale richtsnoeren anders is bepaald.
- (114) Verordening (EU) 2022/720 is van toepassing op verticale overeenkomsten betreffende de koop, verkoop of doorverkoop van vervangingsonderdelen voor motorvoertuigen en het verrichten van herstellings- en onderhoudsdiensten voor motorvoertuigen. Dergelijke overeenkomsten vallen enkel onder de door Verordening (EU) 2022/720 ingestelde veilige zone indien zij, naast de voorwaarden van Verordening (EU) 2022/720, ook voldoen aan de voorwaarden van Verordening (EU) nr. 461/2010 van de Commissie ⁽⁷⁷⁾ en de begeleidende richtsnoeren.

4.6. Specifieke soorten distributiestelsels

- (115) Een leverancier is vrij om de distributie van zijn goederen of diensten naar eigen goeddunken te organiseren. De leverancier kan bijvoorbeeld kiezen voor verticale integratie, d.w.z. dat hij zijn goederen of diensten direct aan eindgebruikers verkoopt of distribueert via zijn verticaal geïntegreerde distributeurs, die verbonden ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, lid 2, van Verordening (EU) 2022/720. Bij dit soort distributiesysteem is er sprake van één enkele onderneming, zodat het buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt.
- (116) De leverancier kan ook besluiten onafhankelijke distributeurs te gebruiken. Daartoe kan de leverancier één of meer soorten distributiestelsels opzetten. Voor bepaalde soorten distributieovereenkomsten, met name selectieve distributie en exclusieve distributie, gelden specifieke definities in artikel 1, lid 1, punten g) en h), van Verordening (EU) 2022/720. In de afdelingen 4.6.1 en 4.6.2, worden leidraden gegeven voor exclusieve en selectieve distributie ⁽⁷⁸⁾. De leverancier mag zijn goederen of diensten ook distribueren zonder gebruikt te maken van selectieve of exclusieve distributie. Dor andere soorten distributie worden voor de toepassing van de verordening ingedeeld als vrijedistributiestelsels ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁵⁾ 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 ontwikkelingsovereenkomsten (PB L 335 van 18.12.2010, blz. 36).

⁽⁷⁶⁾ 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 specialisatieovereenkomsten (PB L 335 van 18.12.2010, blz. 43).

⁽⁷⁷⁾ 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 (PB L 129 van 28.5.2010, blz. 52).

⁽⁷⁸⁾ Zie ook de afdelingen 6.1.2.3.1 en 6.1.2.3.2.

⁽⁷⁹⁾ Zie ook afdeling 6.1.2.3.3.

4.6.1. Exclusieve distributiestelsels

4.6.1.1. Definitie van exclusief distributiestelsels

- (117) In een exclusief-distributiestelsel, zoals gedefinieerd in artikel 1, lid 1, punt h), van Verordening (EU) 2022/720, wijst de leverancier een grondgebied of een groep klanten exclusief toe aan één afnemer of een beperkt aantal afnemers, waarbij hij al zijn andere afnemers in de Unie beperkt om actief te verkopen naar het exclusieve grondgebied of aan de exclusieve klantengroep ⁽⁸⁰⁾.
- (118) Leveranciers maken vaak gebruik van exclusieve distributiestelsels om distributeurs ertoe aan te zetten de financiële en niet-financiële investeringen te doen die nodig zijn om hun merk te ontwikkelen in een grondgebied waar het merk niet algemeen bekend is, om een nieuw product te verkopen naar een bepaald grondgebied of aan een bepaalde klantengroep, of om distributeurs ertoe aan te zetten hun verkoop- en promotieactiviteiten op een bepaald product toe te spitsen. Voor de distributeurs kan de bescherming die de exclusiviteit biedt, hen in staat stellen een bepaald omzetvolume en een marge te behalen die hun investeringsinspanningen rechtvaardigen.

4.6.1.2. Toepassing van artikel 101 van het Verdrag op exclusieve distributiestelsels

- (119) In een distributiestelsel waarin de leverancier een grondgebied of een klantengroep exclusief aan één of meer afnemers toewijst, zijn de belangrijkste mogelijke concurrentierisico's compartimentering van de markt, wat kan leiden tot prijsdiscriminatie, en een verminderde concurrentie binnen een merk. Wanneer de meeste, of alle, sterkste leveranciers die actief zijn op een markt, een exclusief distributiestelsel hanteren, kan dit ook de concurrentie tussen merken verminderen en/of tot collusie op zowel het niveau van de aanbieder als dat van distributie leiden. Ten slotte kan exclusieve distributie leiden tot de uitsluiting van andere distributeurs, waardoor de concurrentie op distributieniveau wordt beperkt, zowel tussen merken als binnen een merk.
- (120) Exclusieve distributieovereenkomsten kunnen onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen op voorwaarde dat het marktaandeel van de leverancier en dat van de afnemer niet meer dan 30 % bedraagt, de overeenkomst geen hardcorebeperkingen in de zin van artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720 bevat, en het aantal distributeurs dat per exclusief grondgebied of exclusieve klantengroep wordt aangewezen niet meer dan vijf bedraagt. Een exclusieve distributieovereenkomst kan nog steeds onder de door Verordening (EU) 2022/720 ingestelde "veilige zone" vallen indien zij wordt gecombineerd met andere verticale beperkingen die niet tot de hardcorebeperkingen behoren, zoals een tot vijf jaar beperkt concurrentiebeding, afnamequotering of exclusieve afname.
- (121) De vrijstelling waarin artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 voorziet, is beperkt tot een maximum van vijf distributeurs per exclusief grondgebied of exclusieve klantengroep, teneinde de prikkel voor de distributeurs om te investeren in de promotie en de verkoop van de goederen of diensten van de leverancier in stand te houden, en de leverancier tegelijkertijd voldoende flexibiliteit te bieden om zijn distributiestelsel te organiseren. Boven dat aantal neemt het risico toe dat de exclusieve distributeurs op elkaars investeringen gaan meeliften ("free-riderprobleem"), waardoor de efficiëntie die met exclusieve distributie wordt beoogd, verloren gaat.
- (122) Opdat het exclusieve distributiestelsel onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 zou kunnen vallen, moeten de aangewezen distributeurs beschermd zijn tegen actieve verkoop naar het exclusieve grondgebied of aan de exclusieve klantengroep door alle andere afnemers van de leverancier. Wanneer een leverancier meer dan één distributeur aanwijst voor een exclusief grondgebied of een exclusieve klantengroep, moeten al die distributeurs eveneens worden beschermd tegen actieve verkoop naar het exclusieve grondgebied of aan de exclusieve klantengroep door alle andere afnemers van de leverancier, maar de actieve en passieve verkoop door die distributeurs binnen het exclusieve grondgebied of de exclusieve klantengroep mag niet worden beperkt. Wanneer het exclusieve grondgebied of de exclusieve klantengroep om praktische redenen en niet met het doel parallelhandel te voorkomen tijdelijk niet tegen actieve verkoop door bepaalde afnemers wordt beschermd, bijvoorbeeld wanneer de leverancier het exclusieve distributiestelsel wijzigt en tijd nodig heeft om met bepaalde afnemers opnieuw over beperkingen van de actieve verkoop te onderhandelen, kan het exclusieve distributiestelsel toch vallen onder de in artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 bedoelde vrijstelling.

⁽⁸⁰⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt h), van Verordening (EU) 2022/720.

- (123) De verticale overeenkomsten die voor het exclusieve distributiestelsel worden gebruikt, moeten de omvang bepalen van het grondgebied dat of de klantengroep die exclusief aan de distributeurs is toegewezen. Het exclusieve grondgebied kan bijvoorbeeld overeenkomen met het grondgebied van een lidstaat of met een groter of kleiner gebied. Een exclusieve klantengroep kan bijvoorbeeld worden bepaald aan de hand van één of meer criteria, zoals het beroep of de activiteit van de klanten of aan de hand van een lijst van geïdentificeerde klanten. Afhankelijk van die criteria kan de klantengroep tot één klant worden beperkt.
- (124) Wanneer een grondgebied of een klantengroep niet exclusief aan één of meer distributeurs is toegewezen, kan de leverancier het grondgebied of de klantengroep aan zichzelf toewijzen, in welk geval hij al zijn distributeurs daarvan in kennis moet stellen. Dit houdt niet in dat de leverancier commercieel actief moet zijn in het voorbehouden grondgebied of met betrekking tot de voorbehouden klantengroep. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de leverancier het grondgebied of de klantengroep wil voorbehouden om in de toekomst aan andere distributeurs toe te wijzen.

4.6.1.3. Leidraden voor de individuele beoordeling van exclusieve distributieovereenkomsten

- (125) Buiten het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 is de marktpositie van de leverancier en van zijn concurrenten een zeer belangrijke factor daar de vermindering van de concurrentie binnen een merk slechts een probleem zal doen rijzen indien de concurrentie tussen merken op het niveau van de leverancier of de distributeur beperkt is ⁽⁸¹⁾. Hoe sterker de positie van de leverancier, 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 concurrentierisico als gevolg van de vermindering van concurrentie binnen een merk.
- (126) De positie van de concurrenten van de leverancier kan in tweeërlei opzicht van betekenis zijn. Doorgaans duidt de aanwezigheid van sterke concurrenten erop dat elke vermindering van de concurrentie binnen een merk zal worden gecompenseerd door voldoende concurrentie tussen merken. Wanneer het aantal leveranciers op een markt echter vrij beperkt is en hun marktpositie uit het oogpunt van hun marktaandeel, hun capaciteit en hun distributienet min of meer dezelfde is, bestaat er een risico van collusie en/of afzwakking van de concurrentie. Een concurrentieverlies binnen een merk kan dat risico verhogen, in het bijzonder wanneer verschillende leveranciers soortgelijke distributiesystemen toepassen.
- (127) Bij meervoudig exclusief dealership, 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 één 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. Hoe hoger het cumulatieve marktaandeel van de merken die verkocht worden door exclusie distributeurs van verschillende merken, des te groter het risico van collusie en/of afzwakking van de concurrentie en des minder concurrentie tussen merken. Wanneer één of meer detailhandelaren voor een aantal merken exclusieve distributeurs zijn, bestaat het risico dat zij, wanneer één leverancier de groothandelsprijs van zijn merk verlaagt, niet gauw geneigd zullen zijn die 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 een situatie zonder meervoudig exclusief dealership zullen de leveranciers minder geprikkeld zijn tot onderlinge prijsconcurrentie. Wanneer de marktaandelen van de afzonderlijke leveranciers en afnemers beneden de drempel van 30 % liggen, kunnen dergelijke cumulatieve effecten een reden zijn om de vrijstelling van Verordening (EU) 2022/720 in te trekken.
- (128) 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 concurrentieverstorende effecten van exclusieve distributie. 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. De combinatie van exclusieve distributie met merkexclusiviteit kan het voor andere leveranciers moeilijker maken alternatieve distributeurs te vinden, met name wanneer merkexclusiviteit wordt toegepast op een dicht net van exclusieve distributeurs met kleine grondgebieden of in het geval van een cumulatief concurrentieverstorend effect. In een dergelijk scenario moeten de in afdeling 8.2.1 uiteengezette beginselen inzake merkexclusiviteit worden toegepast.

⁽⁸¹⁾ Zie zaak C-306/20 – *Visma Enterprise*, punt 78.

- (129) De combinatie van exclusieve distributie met exclusieve afname, waardoor exclusieve distributeurs verplicht zijn het merk van de leverancier rechtstreeks bij de leverancier in te kopen, vergroot de risico's voor verminderde concurrentie binnen een merk en compartimentering van de markt. Exclusieve distributie beperkt reeds arbitrage door klanten, omdat het aantal distributeurs per exclusief grondgebied wordt beperkt en er geen andere distributeurs actief in dat grondgebied mogen verkopen. 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 en ten koste van de consument ongelijke verkoopvoorwaarden toe te passen, tenzij door de combinatie van exclusieve distributie en exclusieve afname efficiëntieverbeteringen kunnen worden verwezenlijkt waarvan de klanten profiteren.
- (130) Uitsluiting van andere distributeurs vormt geen probleem wanneer de leverancier die het exclusieve distributiestelsel toepast op dezelfde relevante 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 vormen 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. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een supermarktketen op een nationale detailhandelsmarkt voor levensmiddelen de enige distributeur van een leidend merk wordt. De uitsluiting van andere distributeurs kan erger zijn in het geval van meervoudig exclusief dealership.
- (131) Afnemersmacht kan ook het risico van collusie aan de vraagzijde verhogen wanneer de exclusieve distributieregelingen door belangrijke, mogelijk zelfs in verschillende grondgebieden gevestigde afnemers aan één of meer leveranciers worden opgelegd.
- (132) Het beoordelen van de dynamiek van de markt is belangrijk omdat er zich in een context van groeiende vraag, veranderende technologieën en veranderende marktposities mogelijks minder negatieve effecten van exclusieve distributiestelsels voordoen dan op mature markten.
- (133) Ook de aard van het product kan relevant zijn bij de beoordeling van mogelijke concurrentieverstorende effecten van exclusieve distributie. Die effecten zullen minder acuut zijn in sectoren waar onlineverkoop meer voorkomt, omdat onlineverkoop aankopen bij distributeurs buiten het exclusieve grondgebied of de exclusieve klantengroep kan vergemakkelijken.
- (134) Het handelsniveau is een belangrijke factor omdat mogelijke negatieve effecten verschillend kunnen zijn op het groothandelsniveau en op het detailhandelsniveau. Exclusieve distributie wordt voornamelijk toegepast bij de distributie van eindgoederen of -diensten. Een vermindering van de concurrentie binnen een merk is vooral waarschijnlijk op het detailhandelsniveau wanneer de exclusieve grondgebieden groot zijn, daar de consumenten in dat geval voor een leidend merk weinig meer keuze hebben dan tussen een distributeur met hoge prijzen en een hoog serviceniveau en een distributeur met lage prijzen en een laag serviceniveau.
- (135) Een fabrikant die een groothandelaar als exclusieve distributeur uitkiest, doet dit gewoonlijk voor een vrij groot grondgebied, bijvoorbeeld voor een hele lidstaat. Zolang de groothandelaar de producten zonder enige beperking downstream aan detailhandelaren kan verkopen, zullen er waarschijnlijk geen merkbare concurrentieverstorende effecten optreden. Een mogelijke vermindering van de concurrentie binnen een merk op het groothandelsniveau kan gemakkelijk worden gecompenseerd door efficiëntieverbeteringen op het gebied van logistiek en promotie, vooral wanneer de fabrikant in een andere lidstaat is gevestigd. De risico's van meervoudig exclusief dealership voor de concurrentie tussen merken zijn echter hoger op het groothandelsniveau dan op het detailhandelsniveau. Als één groothandelaar voor een groot aantal leveranciers de exclusieve distributeur wordt, kan hierdoor niet alleen de concurrentie tussen die merken worden beperkt, maar groeit ook het risico van uitsluiting op groothandelsniveau.
- (136) Een exclusief distributiestelsel dat de concurrentie beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag kan niettemin voor efficiëntieverbeteringen zorgen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag. Exclusiviteit kan bijvoorbeeld noodzakelijk zijn om distributeurs ertoe aan te zetten te investeren in de ontwikkeling van het merk van de leverancier of in het aanbieden van diensten die de vraag stimuleren. Buiten het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 geldt dat hoe groter het aantal voor een bepaald grondgebied aangewezen exclusieve distributeurs is, des te kleiner de kans is dat zij voldoende worden geprikkeld om te investeren in de promotie van de producten van de leverancier en de ontwikkeling van zijn merk, daar de andere exclusieve distributeurs die het grondgebied delen mogelijks meeliften op hun investeringsinspanningen.

- (137) De aard van het product is relevant voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen. De kans op objectieve efficiëntieverbeteringen is groter bij nieuwe producten, complexe producten, producten waarvan de kwaliteit vóór consumptie moeilijk te beoordelen is (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. De combinatie van exclusieve distributie en merkexclusiviteit kan voor de exclusieve distributeur(s) de prikkel versterken om hun inspanningen op een bepaald merk toe te spitsen.
- (138) De in de punten (125) tot en met (137) genoemde factoren blijven relevant voor de beoordeling van exclusieve distributiestelsels waarbij de leverancier een klantengroep uitsluitend aan één of meer afnemers toewijst. Bij de beoordeling van dat type exclusieve distributiestelsel dient tevens rekening te worden gehouden met de in de punten (139) en (140) genoemde bijkomende factoren.
- (139) Zoals bij de exclusieve toewijzing van een grondgebied, maakt de exclusieve toewijzing van een klantengroep arbitrage door de klanten doorgaans moeilijker. Daar komt nog bij dat, aangezien elke aangewezen distributeur zijn eigen groep klanten heeft, het voor afnemers die niet tot een dergelijke groep behoren moeilijk kan zijn de producten van de leverancier te verkrijgen. Dientengevolge zal de ruimte voor arbitrage door dergelijke afnemers worden beperkt.
- (140) Naast de in punt (136) genoemde soorten efficiëntieverbetering kan klantenexclusiviteit ook tot efficiëntieverbeteringen leiden wanneer het voor de distributeurs noodzakelijk is te investeren in specifieke uitrusting, vaardigheden of knowhow om te voldoen aan de behoeften van een bepaalde categorie klanten, of wanneer dergelijke investeringen leiden tot schaal- of toepassingsvoordelen op logistiek gebied⁽⁸²⁾. De afschrijvingsperiode voor die investeringen is een aanwijzing voor de duur waarvoor klantenexclusiviteit gerechtvaardigd kan zijn. Doorgaans is de rechtvaardiging van klantenexclusiviteit het grootst bij nieuwe of complexe producten en bij producten die aan de behoeften van de specifieke klant moeten worden aangepast. Aantoonbare verschillen tussen de behoeften van klanten zijn waarschijnlijker bij intermediaire producten, namelijk producten die aan verschillende typen professionele afnemers worden verkocht. Het is daarentegen minder waarschijnlijk dat de toewijzing van klanten tot efficiëntieverbeteringen leidt.
- (141) Het volgende is een voorbeeld van meervoudig exclusief dealership op een oligopolistische markt:

Op een nationale markt voor een eindproduct zijn er vier marktleiders, met elk een marktaandeel rond 20 %. Die vier marktleiders verkopen hun product via exclusieve distributeurs op het detailhandelsniveau. Aan de detailhandelaren wordt een exclusief grondgebied toegewezen dat overeenstemt met de stad of het stadsdeel waar zij gevestigd zijn. In de meeste gebieden wijzen de vier marktleiders dezelfde exclusieve detailhandelaar aan ("meervoudige dealership"), vaak een detailhandelaar van wie het bedrijf centraal gelegen is en die eerder in het relevante product is gespecialiseerd. 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. Die lokale producenten verkopen hun producten in het algemeen via andere detailhandelaren, voornamelijk omdat de exclusieve distributeurs van de vier grootste leveranciers over het algemeen weinig geïnteresseerd zijn in de verkoop van minder bekende en goedkopere merken. Er bestaat op de markt een sterke merk- en productdifferentiatie. De vier marktleiders voeren grootscheepse landelijke reclamecampagnes en bezitten een sterk merkimago, terwijl de kleine producenten hun producten niet op landelijk niveau promoten. Het gaat om een betrekkelijk mature 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. Dat risico wordt vergroot door meervoudige dealerships. De concurrentie binnen een merk wordt door de gebiedsexclusiviteit beperkt. De concurrentie tussen de vier leidende merken wordt op het detailhandelsniveau beperkt, omdat in elk gebied één detailhandelaar de prijs van alle vier de merken vaststelt. Meervoudige dealership impliceert dat, wanneer één producent de prijs van zijn merk verlaagt, de detailhandelaar niet gauw geneigd zal zijn die prijsverlaging aan de consument door te geven aangezien dat zou leiden tot een vermindering van de omzet en de winst die hij met de andere merken maakt. Producenten hebben bijgevolg minder belang bij onderlinge prijsconcurrentie. Prijsconcurrentie tussen merken bestaat vooral tussen producten met een zwak merkimago van kleine producenten. De mogelijke argumenten inzake efficiëntieverbeteringen die het gevolg zouden zijn van (gemeenschappelijke) exclusieve distributeurs zijn

⁽⁸²⁾ Een voorbeeld hiervan is wanneer de leverancier een specifieke distributeur aanwijst om in te schrijven op aanbestedingen van overheidsinstanties met betrekking tot IT-uitrusting of kantoorbenodigdheden.

beperkt omdat het een betrekkelijk eenvoudig product betreft, de wederverkoop geen specifieke 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, van het Verdrag is voldaan en kan het noodzakelijk zijn de groepsvrijstelling in te trekken voor de overeenkomsten die gesloten zijn met distributeurs waarvan het marktaandeel kleiner is dan 30 % van de inkoopmarkt.

(142) Het volgende is een voorbeeld van klantenexclusiviteit:

Een onderneming heeft een geavanceerde sprinklerinstallatie ontwikkeld. De onderneming heeft momenteel 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 het soort gebouw waarin het wordt geïnstalleerd en het gebruik waarvoor het gebouw bestemd is (bijvoorbeeld 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 specialiseert, heeft de onderneming aan elke distributeur op basis van exclusiviteit een bepaalde categorie klanten toegewezen en de distributeurs verboden binnen elkaars klantencategorie aan actieve verkoop te doen. Na vijf jaar krijgen alle exclusieve distributeurs het recht actief aan alle categorieën klanten te verkopen, waardoor er op dat ogenblik dus een einde komt aan het systeem van klantenexclusiviteit. De leverancier mag dan ook aan nieuwe distributeurs verkopen. De markt is vrij dynamisch, met recent de toetreding tot de markt van twee ondernemingen en een aantal technologische ontwikkelingen. De concurrenten hebben een marktaandeel dat tussen 5 % en 25 % ligt en zij 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 concurrentieverstorende effecten op een dynamische markt gering lijken, is het waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag is voldaan.

4.6.2. *Selectieve distributiestelsels*

4.6.2.1. Definitie van selectief distributiestelsel

(143) In een selectief distributiestelsel, zoals gedefinieerd in artikel 1, lid 1, punt g), van Verordening (EU) 2022/720, verbindt de leverancier zich ertoe de contractgoederen of -diensten, direct of indirect, alleen te verkopen aan distributeurs die op grond van specifieke criteria zijn geselecteerd. Die distributeurs verbinden zich ertoe dergelijke goederen of diensten niet te verkopen aan niet-erkende distributeurs binnen het grondgebied dat door de leverancier voor de exploitatie van het stelsel is gereserveerd.

(144) De criteria die de leverancier bij de selectie van de distributeurs hanteert, kunnen kwalitatief of kwantitatief van aard zijn, of een combinatie van beide. Kwantitatieve criteria beperken het aantal distributeurs direct, bijvoorbeeld door een vast aantal distributeurs op te leggen. Kwalitatieve criteria beperken het aantal distributeurs indirect, door voorwaarden op te leggen waaraan niet alle distributeurs kunnen voldoen, bijvoorbeeld met betrekking tot het te verkopen productassortiment, de opleiding van het verkooppersoneel, de in het verkooppunt te verlenen service of de reclame voor en de presentatie van de producten. Kwalitatieve criteria kunnen betrekking hebben op de verwezenlijking van duurzaamheidsdoelstellingen, zoals op het gebied van klimaatverandering, milieubescherming of beperking van het gebruik van natuurlijke hulpbronnen. Leveranciers kunnen bijvoorbeeld van distributeurs eisen dat zij oplaaddiensten of faciliteiten voor hergebruik in hun verkooppunten aanbieden of dat zij ervoor zorgen dat goederen op duurzame wijze worden bezorgd, bijvoorbeeld met een bakfiets in plaats van met een motorvoertuig.

- (145) Selectieve distributiestelsels zijn vergelijkbaar met exclusieve distributiestelsels in de zin dat ze het aantal erkende distributeurs en de doorverkoopmogelijkheden beperken. Het voornaamste verschil tussen de twee soorten distributiestelsel ligt in de aard van de bescherming die aan de distributeur wordt verleend. Bij een exclusief distributiestelsel is de distributeur beschermd tegen actieve verkoop van buiten zijn exclusieve grondgebied, terwijl bij een selectieve-distributiestelsel de distributeur beschermd is tegen actieve en passieve verkoop door niet-erkende distributeurs.

4.6.2.2. Toepassing van artikel 101 van het Verdrag op selectieve distributiestelsels

- (146) De mogelijke concurrentierisico's van selectieve distributiestelsels zijn een vermindering van de concurrentie binnen een merk en, vooral in het geval van een cumulatief effect, uitsluiting van bepaalde typen distributeur, evenals afzwakking van de concurrentie en de vergemakkelijking van collusie tussen leveranciers of tussen afnemers, als gevolg van een beperking van het aantal afnemers.
- (147) Om de verenigbaarheid van een selectief distributiestelsel met artikel 101 van het Verdrag te beoordelen, moet eerst worden nagegaan of het stelsel binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt. Daartoe moet onderscheid worden gemaakt tussen zuiver kwalitatieve selectieve distributie en kwantitatieve selectieve distributie.
- (148) Zuiver kwalitatieve selectieve distributie kan buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen, mits is voldaan aan de drie voorwaarden die het Hof van Justitie van de Europese Unie in het *Metro*-arrest ⁽⁸³⁾ heeft gesteld ("*Metro*-criteria"). De reden hiervoor is dat, indien aan die criteria is voldaan, kan worden aangenomen dat de met selectieve distributie gepaard gaande beperking van de concurrentie binnen een merk wordt gecompenseerd door een verbetering van de concurrentie tussen merken op kwaliteit ⁽⁸⁴⁾.
- (149) De drie *Metro*-criteria kunnen als volgt worden samengevat: 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 te verzekeren dat het op correcte wijze wordt gebruikt. Zo kan het gebruik van selectieve distributie rechtmatig zijn voor hoogwaardige of hoogtechnologische producten ⁽⁸⁵⁾ of voor luxegoederen ⁽⁸⁶⁾. Het is mogelijk dat de kwaliteit van die goederen niet enkel het gevolg is van hun materiële kenmerken, maar ook van de luxueuze uitstraling ervan. Daarom kan het, ter behoud van de kwaliteit, noodzakelijk zijn een selectief distributiestelsel in te voeren dat ervoor moet zorgen dat de goederen worden uitgesteld op een wijze waardoor die luxueuze uitstraling wordt ondersteund ⁽⁸⁷⁾. Ten tweede moeten de wederverkopers worden geselecteerd aan de hand van objectieve kwalitatieve criteria die op uniforme wijze zijn vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast. Ten derde mogen de vastgestelde criteria niet verder gaan dan wat noodzakelijk is ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸³⁾ Zie de arresten van 25 oktober 1977, *Metro/Commissie*, zaak 26/76, ECLI:EU:C:1977:167, punten 20 en 21 (hierna "zaak C-26/76 – *Metro/Commissie*"); 11 december 1980, *L'Oréal/De Nieuwe AMCK*, C-31/80, ECLI:EU:C:1980:289, punten 15 en 16 (hierna "zaak C-31/80 – *L'Oréal/De Nieuwe AMCK*"); 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, punt 41 (hierna "zaak C-439/09 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*"); 6 december 2017, *Coty Germany GmbH/Parfumerie Akzente GmbH*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, punt 24 (hierna "zaak C-230/16 – *Coty Germany*").

⁽⁸⁴⁾ Zie zaak C-26/76 – *Metro/Commissie*, punten 20 tot en met 22; de arresten van 25 oktober 1983, *AEG/Commissie*, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293, de punten 33, 34 en 73 (hierna "zaak C-107/82 – *AEG/Commissie*"); 22 oktober 1986, *Metro/Commissie*, C-75/84, ECLI:EU:C:1986:399, punt 45; 12 december 1996, *Leclerc/Commissie*, zaak T-88/92, ECLI:EU:T:1996:192, punt 106.

⁽⁸⁵⁾ Zie zaak C-26/76 – *Metro/Commissie*; en zaak C-107/82 – *AEG/Commissie*.

⁽⁸⁶⁾ Zie zaak C-230/16 – *Coty Germany*.

⁽⁸⁷⁾ Zie zaak C-230/16 – *Coty Germany*, punten 25 tot en met 29.

⁽⁸⁸⁾ Zie zaak C-26/76 – *Metro/Commissie*, punten 20 en 21; zaak C-31/80 – *L'Oréal/De Nieuwe AMCK*, punten 15 en 16; zaak C-107/82 – *AEG/Commissie*, punt 35; 27 februari 1992, *Vichy/Commissie*, T-19/91, ECLI:EU:T:1992:28, punt 65.

- (150) Om te beoordelen of aan de *Metro*-criteria is voldaan, moet niet alleen de betrokken selectieve distributieovereenkomst in haar geheel worden beoordeeld, maar moet ook elke potentieel beperkende bepaling van de overeenkomst afzonderlijk worden geanalyseerd ⁽⁸⁹⁾. Dat 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 dat doel te bereiken ⁽⁹⁰⁾. Hardcorebeperkingen voldoen niet aan die evenredigheidstoets. Omgekeerd kan het bijvoorbeeld evenredig zijn voor een leverancier van luxegoederen om zijn erkende distributeurs te verbieden gebruik te maken van onlinemarktplaatsen, zolang dat niet indirect verhindert dat de erkende distributeur het internet effectief kan gebruiken om de goederen naar bepaalde grondgebieden of aan bepaalde klanten te verkopen ⁽⁹¹⁾. Met name zou een dergelijk verbod op het gebruik van onlinemarktplaatsen de verkoop naar bepaalde grondgebieden of aan bepaalde klanten niet beperken wanneer het de erkende distributeur vrij blijft staan zijn eigen onlinewinkel te exploiteren en onlinereclame te maken om meer bekendheid te geven aan zijn onlineactiviteiten en potentiële klanten aan te trekken ⁽⁹²⁾. In dat geval valt de beperkende bepaling, indien zij evenredig is, buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag en is geen verder onderzoek vereist.
- (151) Ongeacht of de kwalitatieve en/of kwantitatieve selectieve distributieovereenkomsten aan de *Metro*-criteria voldoen, kunnen zij vallen onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 indien het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer elk niet meer dan 30 % bedraagt en de overeenkomst geen hardcorebeperkingen bevat ⁽⁹³⁾. Het voordeel van de vrijstelling vervalt niet indien selectieve distributie wordt gecombineerd met andere verticale beperkingen die niet tot de hardcorebeperkingen behoren, zoals concurrentiebedingen in de zin van artikel 1, lid 1, punt f), van Verordening (EU) 2022/720. De vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening is van toepassing ongeacht de aard van het betrokken product en de aard van de selectiecriteria. Bovendien is de leverancier niet verplicht zijn selectiecriteria bekend te maken ⁽⁹⁴⁾.
- (152) Wanneer in een bepaald geval een selectieve distributieovereenkomst die onder de groepsvrijstelling valt, de concurrentie op het niveau van de leverancier of distributeur merkbaar beperkt en geen efficiëntieverbeteringen oplevert die opwegen tegen de gevolgen van de beperking, bijvoorbeeld omdat de selectiecriteria geen verband houden met de kenmerken van het product of niet noodzakelijk zijn om de distributie van het product te verbeteren, kan het voordeel van de groepsvrijstelling worden ingetrokken.

4.6.2.3. Leidraden voor de individuele beoordeling van selectieve distributieovereenkomsten

- (153) Buiten het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 is de marktpositie van de leverancier en van zijn concurrenten van centraal belang voor het beoordelen van mogelijke concurrentieverstorende effecten, omdat de vermindering van de concurrentie binnen een merk in beginsel slechts een probleem kan vormen indien de concurrentie tussen merken beperkt is ⁽⁹⁵⁾. Hoe sterker de positie van de leverancier, met name boven de drempel van 30 %, des te groter is het concurrentierisico als gevolg van een vermindering van de concurrentie binnen een merk. Een andere belangrijke factor is het aantal selectieve distributienetten op dezelfde relevante markt. Wanneer selectieve distributie slechts door één leverancier op de markt wordt toegepast, leidt kwantitatieve selectieve distributie doorgaans niet tot concurrentieverstorende effecten. In de praktijk wordt selectieve distributie echter vaak door meerdere leveranciers op een bepaalde markt toegepast (cumulatief effect).
- (154) In het geval van een cumulatief effect moet rekening worden gehouden met de marktpositie van de leveranciers die selectieve distributie toepassen: wanneer selectieve distributie wordt toegepast door een meerderheid van de leidende leveranciers op een markt, kan dat leiden tot uitsluiting van bepaalde typen distributeur, bijvoorbeeld prijsdiscounters. Het risico dat efficiëntere distributeurs worden uitgesloten, is groter bij selectieve distributie dan bij exclusieve distributie, omdat in een selectief distributiestelsel de verkoop aan niet-erkende distributeurs beperkt is. 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-

⁽⁸⁹⁾ Zie punt (149).

⁽⁹⁰⁾ Zie zaak C-230/16 – *Coty Germany*, punten 43 tot en met 58.

⁽⁹¹⁾ Zie zaak C-230/16 – *Coty Germany*, met name punt 67; zie ook punt (208) van de onderhavige richtsnoeren.

⁽⁹²⁾ Zie ook punt (208).

⁽⁹³⁾ Zie zaak C-439/09 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, punt 54. Zie ook punt 6.1.2.3.2.

⁽⁹⁴⁾ Zie ook naar analogie het arrest van 14 juni 2012, *Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS*, C-158/11, ECLI:EU:C:2012:351, punt 31.

⁽⁹⁵⁾ Zie zaak C-306/20 – *Visma Enterprise*, punt 78.

erkende distributeurs 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 fabrikant en op de marge van de erkende distributeurs te vermijden. De uitsluiting van dergelijke distributiemodellen, of dat 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 die distributiemodellen, zoals lagere prijzen, meer transparantie en een ruimere toegang tot het product.

- (155) Wanneer individuele selectieve distributienetten onder de vrijstelling van Verordening (EU) 2022/720 vallen, kan de intrekking van de groepsvrijstelling of het buiten toepassing verklaren van Verordening (EU) 2022/720 worden overwogen wanneer dergelijke netten cumulatieve concurrentieverstorende effecten hebben. Dergelijke cumulatieve concurrentieverstorende effecten zijn echter onwaarschijnlijk wanneer het totale aandeel van de markt dat door selectieve distributie wordt bestreken, niet meer dan 50 % bedraagt. Er zullen waarschijnlijk evenmin bezwaren rijzen vanuit het oogpunt van de concurrentie wanneer de marktdekking meer dan 50 %, maar het geaggregeerde marktaandeel van de vijf grootste leveranciers niet meer 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 van de concurrenten die geen selectieve distributie toepassen, des te minder waarschijnlijk het is dat andere distributeurs worden uitgesloten. Er kunnen concurrentiebezwaren rijzen wanneer elk van de vijf grootste leveranciers selectieve distributie toepassen. Met name zal dat risico hoog zijn wanneer de door de grootste leveranciers gesloten overeenkomsten kwantitatieve selectiecriteria bevatten die direct het aantal erkende distributeurs beperken, of wanneer de toegepaste kwalitatieve selectiecriteria bepaalde distributiemodellen uitsluiten, zoals de eis om over één of meer fysieke winkels te beschikken of specifieke diensten te verrichten die alleen in een bepaald distributiemodel kunnen worden verstrekt.
- (156) Het is doorgaans onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag is voldaan wanneer de selectieve-distributiestelsels die bijdragen aan het cumulatieve effect de markt afschermen voor nieuwe distributeurs die de betrokken producten adequaat kunnen verkopen, met name voor prijsdiscounters of zuiver onlinedistributeurs die kopers lagere prijzen aanbieden, waarbij die afscherming de distributie beperkt ten voordele van bepaalde bestaande afzetkanalen en ten nadele van de consumenten. Bij meer indirecte vormen van kwantitatieve selectieve distributie, zoals die voortvloeien uit de combinatie van zuiver kwalitatieve selectiecriteria met een verplichting voor de distributeurs om jaarlijks een bepaalde minimumhoeveelheid af te nemen, zijn negatieve effecten per saldo minder waarschijnlijk, met name indien die minimumhoeveelheid geen belangrijk percentage uitmaakt van de totale omzet die de distributeur 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 maximaal 5 % niet in noemenswaardige mate tot een cumulatief effect bijdraagt.
- (157) Toetredingsdrempels zijn vooral van belang wanneer de markt voor niet-erkende distributeurs wordt afgeschermd. Toetredingsdrempels kunnen van groot belang zijn wanneer selectieve distributie wordt toegepast door fabrikant 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.
- (158) Afnemersmacht kan het risico van collusie tussen distributeurs doen toenemen. Distributeurs met een sterke marktpositie kunnen de leveranciers ertoe aanzetten selectiecriteria toe te passen die de toegang tot de markt voor nieuwe en efficiëntere distributeurs afschermen. Bijgevolg kan afnemersmacht de analyse van mogelijke concurrentieverstorende effecten van selectieve distributie aanzienlijk wijzigen. Er kan van marktafscherming voor efficiëntere distributeurs sprake zijn wanneer een sterke organisatie van distributeurs aan de leverancier selectiecriteria oplegt die erop gericht zijn in het voordeel van haar leden beperkingen aan de distributie te stellen.
- (159) In artikel 5, lid 1, punt c), van Verordening (EU) 2022/720 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. Die bepaling heeft 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 kan waarschijnlijk niet worden vrijgesteld wanneer het gecombineerde marktaandeel van de vijf grootste leveranciers 50 % of meer bedraagt, tenzij geen enkele van de leveranciers die een dergelijke verplichting opleggen tot die vijf behoort.

- (160) Concurrentiebezwaren in verband met de uitsluiting van andere leveranciers zullen doorgaans 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 concurrentiebeding een risico van afscherming van de markt voor andere leveranciers doen ontstaan. In dat geval gelden de in afdeling 8.2.1 uiteengezette leidraden voor merkexclusiviteit. Wanneer selectieve distributie niet met een concurrentiebeding wordt gecombineerd, kan uitsluiting van concurrerende leveranciers van de markt nog steeds een probleem vormen. Dat is het geval wanneer de leidende leveranciers niet alleen zuiver kwalitatieve selectiecriteria toepassen, maar hun distributeurs ook bepaalde bijkomende verplichtingen opleggen, zoals de verplichting om een minimum aan schapruimte te reserveren voor de producten van de leverancier of om ervoor te zorgen dat de distributeur een minimumpercentage van de totale omzet van de distributeur behaalt met de verkoop van de producten van de leverancier. Het is onwaarschijnlijk dat een dergelijk probleem zich voordoet indien het door selectieve distributie bestreken deel van de markt niet meer dan 50 % bedraagt of indien, wanneer dat dekkingspercentage wordt overschreden, het marktaandeel van de vijf grootste leveranciers niet hoger is dan 50 %.
- (161) Het beoordelen van de dynamiek van de markt is belangrijk omdat bij groeiende vraag, veranderende technologieën en veranderende marktposities de kans op negatieve effecten kleiner is dan bij mature markten.
- (162) Selectieve distributie kan efficiënt zijn wanneer zij dankzij schaalvoordelen bij het vervoer tot besparingen op de logistieke kosten leidt, hetgeen het geval kan zijn ongeacht de aard van het product (zie punt (16)(g)). Bij selectieve distributiestelsels gaat het 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 (16)(b)) of om een merkimago te helpen creëren of behouden (zie punt (16)(h)), is de aard van het product belangrijk. Doorgaans is het gebruik van selectieve distributie om die typen efficiëntieverbetering te behalen meer gerechtvaardigd bij nieuwe producten, complexe producten, producten waarvan de kwaliteit vóór consumptie moeilijk te beoordelen is (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, van het Verdrag voldoen als die combinatie onmisbaar is om aanzienlijke en relatiegebonden investeringen van de erkende distributeur te beschermen (zie punt 16(e)). Om ervoor te zorgen dat wordt gekozen voor de beperking waardoor de concurrentie het minst wordt beperkt, is het relevant na te gaan of diezelfde efficiëntieverbeteringen kunnen worden gerealiseerd tegen een vergelijkbare kostprijs, bijvoorbeeld door alleen serviceverplichtingen op te leggen.
- (163) Het volgende is een voorbeeld van kwantitatieve selectieve distributie:
- Op een markt voor duurzame consumentenproducten verkoopt de fabrikant van merk A, die marktleider is met een marktaandeel van 35 %, zijn product aan de consument via een selectief distributiestelsel. Om tot het stelsel te worden toegelaten, moet aan verschillende criteria worden voldaan: de winkel moet opgeleid personeel in dienst hebben en diensten voorafgaand aan de verkoop verlenen; er moet in de winkel een speciale ruimte zijn voor de verkoop van het product en soortgelijke hoogtechnologische producten; en de winkel moet een breed gamma van modellen van de leverancier verkopen en die op een aantrekkelijke manier uitstellen. 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 of elk stedelijk gebied. Er zijn op de betrokken markt zes ondernemingen aanwezig die met fabrikant A concurreren. De fabrikanten van de merken B, C en D zijn de belangrijkste concurrenten van fabrikant A en hebben marktaandelen van respectievelijk 25 %, 15 % en 10 %, terwijl andere fabrikanten kleinere marktaandelen hebben. A is de enige fabrikant die selectieve distributie toepast. De selectieve distributeurs van merk A verkopen ook altijd enkele concurrerende merken. De concurrerende merken worden echter ook verkocht in een groot aantal winkels die niet tot het selectief distributiestelsel van fabrikant 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 verkocht in winkels met een hoog serviceniveau. 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 die markt bedraagt 35 %. De concurrentie tussen de merken wordt niet direct beïnvloed door het selectieve-distributiestelsel van A. 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 afgeschermd, omdat aan de geselecteerde distributeurs geen restricties worden opgelegd met betrekking tot de verkoop van concurrerende merken en omdat het door de kwantitatieve beperking van het aantal distributeurs voor merk A andere detailhandelaren met een hoog serviceniveau vrij staat om concurrerende merken te distribueren. In dit geval is het, gezien de serviceverplichtingen en de efficiëntieverbeteringen welke die waarschijnlijk opleveren, en gezien het geringe effect op de concurrentie binnen een merk, waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag is voldaan.

- (164) Het volgende is een voorbeeld van selectieve distributie met cumulatief effecten:

Op de markt voor een bepaald sportartikel zijn zeven fabrikanten actief, met een marktaandeel van respectievelijk 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % en 7 %. De vijf grootste fabrikanten distribueren hun producten door middel van selectieve distributie, terwijl de kleinste twee van andere typen van distributiestelsel gebruik maken, hetgeen tot een dekkingsgraad van selectieve distributie van 85 % leidt. De criteria voor toelating tot de selectieve distributiestelsels zijn bij de verschillende fabrikanten gelijk: de distributeurs moeten over één of meer fysieke winkels beschikken; die winkels moeten over opgeleid personeel beschikken en diensten voorafgaand aan de verkoop verlenen; er moet in de winkel een speciale ruimte zijn voor de verkoop van het product; en er is een minimumgrootte voor dat gebied gespecificeerd. Bovendien moet de winkel een ruim assortiment van het betrokken merk verkopen en het product op een aantrekkelijke manier uitstallen; de winkel moet gelegen zijn in een winkelstraat, en dat type product moet ten minste 30 % van de totale omzet van de winkel uitmaken. In het algemeen wordt dezelfde distributeur voor alle vijf merken als erkende distributeur aangewezen. De twee fabrikanten die geen selectieve distributie gebruiken, verkopen hun producten gewoonlijk via minder gespecialiseerde detailhandelaren met een lager serviceniveau. De markt is stabiel, zowel aan de aanbodzijde als aan de vraagzijde, en er is een hoge mate van productdifferentiatie waarbij het merkimago van belang is. De vijf marktleiders hebben door middel van reclame en sponsoring een sterk merkimago opgebouwd, terwijl de strategie van de twee kleinere fabrikanten erin bestaat goedkopere producten zonder een sterk merkimago aan te bieden.

Op die markt wordt aan algemene prijsdiscounters en zuiver onlinedistributeurs de toegang tot de vijf leidende merken ontzegd. Het vereiste dat het product ten minste 30 % van de omzet van de distributeurs moet uitmaken, en de criteria inzake presentatie van het product en diensten voorafgaand aan de verkoop, maken dat de meeste prijsdiscounters niet voor toelating tot het net van erkende distributeurs in aanmerking komen. Daarnaast maakt het vereiste om over één of meer fysieke winkels te beschikken dat de zuiver onlinedistributeurs van het net 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. Dat leidt tot een vermindering van de concurrentie tussen de vijf leidende merken. Dat wordt niet gecompenseerd door het feit dat de twee kleinste merken in winkels met een laag serviceniveau en lage prijzen kunnen worden gekocht daar het merkimago van de vijf marktleiders veel beter is. De concurrentie tussen merken wordt ook beperkt door meervoudig dealership. 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 grondgebied slechts een klein aantal distributeurs voor de vijf leidende merken is.

De efficiëntieverbeteringen waarmee dergelijke kwantitatieve selectieve distributiestelsels gepaard gaan, zijn gering; het betreft geen erg complex product en rechtvaardigt geen bijzonder hoog serviceniveau. Tenzij de fabrikanten kunnen aantonen dat hun selectieve-distributiestelsel duidelijk efficiëntieverbeteringen oplevert, is het waarschijnlijk dat de groepsvrijstelling zal moeten worden ingetrokken omdat cumulatieve concurrentiebeperkende effecten optreden die tot gevolg hebben dat de consument minder keuze heeft en hogere prijzen moet betalen.

4.6.3. *Franchising*

- (165) Franchiseovereenkomsten omvatten licenties voor intellectuele-eigendomsrechten, met name met betrekking tot merken of emblemen, en knowhow voor het gebruik en de distributie van goederen of de verrichting van 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. Doorgaans betaalt de franchisenemer de franchisegever een franchisevergoeding voor het gebruik van het betrokken bedrijfsconcept. Franchising kan de franchisegever in staat stellen om met beperkte investeringen een uniform distributienet voor zijn producten op te zetten. Naast het verstrekken van een bedrijfsconcept, bevatten franchiseovereenkomsten gewoonlijk een combinatie van verschillende verticale beperkingen aangaande de producten die worden gedistribueerd, bijvoorbeeld selectieve distributie en/of concurrentiebedingen.

- (166) Franchising (met uitzondering van industriële franchiseovereenkomsten) heeft een aantal specifieke kenmerken, zoals het gebruik van eenzelfde handelsnaam, uniforme bedrijfsconcepten (met inbegrip van licentiëring voor intellectuele-eigendomsrechten) en de betaling van royalty's in ruil voor de toegekende voordelen. In het licht van die specifieke kenmerken kunnen bepalingen die strikt noodzakelijk zijn voor de werking van franchisestelsels worden geacht buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag te vallen. Die bepalingen kunnen bijvoorbeeld beperkingen inhouden die de franchisenemer verhinderen de door de franchisegever verstrekte knowhow en bijstand zo te gebruiken dat ze de concurrenten van de franchisegever ten goede komen ⁽⁹⁶⁾, en concurrentiebedingen met betrekking tot de door de franchisenemer aangekochte goederen of diensten die noodzakelijk zijn om de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van het franchise-net in stand te houden. In het laatste geval is de duur van het concurrentiebeding irrelevant, zolang het niet de looptijd van de franchiseovereenkomst zelf overschrijdt.
- (167) Franchiseovereenkomsten vallen onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720, wanneer noch het marktaandeel van de leverancier noch dat van de afnemer meer dan 30 % bedraagt. Specifieke leidraden voor de berekening van marktaandelen in de context van franchising zijn te vinden in punt (174). De licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten in franchiseovereenkomsten wordt behandeld in de punten (71) tot en met (87). Verticale beperkingen in franchiseovereenkomsten worden beoordeeld volgens de beginselen die van toepassing zijn op het distributiestelsel dat het best aansluit op de aard van de specifieke franchiseovereenkomst. Zo moet bijvoorbeeld een franchiseovereenkomst die in een gesloten net resulteert, waarbij het de franchisenemers verboden is aan niet-franchisenemers te verkopen, worden beoordeeld volgens de beginselen die op selectieve distributie van toepassing zijn. Een franchiseovereenkomst die niet in een gesloten net resulteert, maar gebiedsexclusiviteit verleent en bescherming biedt tegen actieve verkoop door andere franchisenemers, moet daarentegen worden beoordeeld volgens de beginselen die op exclusieve distributie van toepassing zijn.
- (168) Franchiseovereenkomsten die niet onder Verordening (EU) 2022/720 vallen, moeten individueel worden beoordeeld op grond van artikel 101 van het Verdrag. Bij die 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, van het Verdrag voldoen.
- (169) Het volgende is een voorbeeld van franchising:

Een fabrikant 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 snoepfabrikant heeft ook de 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 fabrikant 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 (bijvoorbeeld winkels en reclame in dezelfde stijl). Om zijn verkoop uit te breiden, is de snoepfabrikant met een franchisestelsel begonnen. Om een uniforme productkwaliteit en een gelijk winkelbeeld te waarborgen, zijn de franchisenemers verplicht het snoepgoed, de vloeistof en de kleurmachine van de fabrikant 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. Het is de franchisegever verboden om in een bepaald contractgebied een andere franchisenemer aan te wijzen of zelf een detailhandelsverkooppunt te exploiteren. De franchisegever is ook verplicht zijn producten, het uiterlijk van de winkels en de handleiding verder te ontwikkelen en die 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 die 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.

⁽⁹⁶⁾ Zie arrest van 28 januari 1986, *Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41, punt 16.

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, van het Verdrag te vallen. De beperkingen op de verkoop (d.w.z. de aanwijzing 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 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 uniformiteit 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 marktafsluiting. Voor zover zij binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen, zullen de franchiseovereenkomsten bijgevolg waarschijnlijk aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

5. MARKTBEPALING EN BEREKENING VAN HET MARKTAANDEEL

5.1. Bekendmaking marktbepalings

- (170) De bekendmaking marktbepalings geeft leidraden over de voorschriften, de criteria en de bewijsstukken die de Commissie gebruikt bij het onderzoek van kwesties in verband met de marktbepalings. De relevante markt voor de toepassing van artikel 101 van het Verdrag op verticale overeenkomsten moet derhalve worden bepaald op basis van die leidraden, respectievelijk alle toekomstige leidraden inzake de bepaling van de relevante markt voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie, met inbegrip van eventuele leidraden die de bekendmaking marktbepalings vervangen. In de onderhavige richtsnoeren wordt slechts stilgestaan bij enkele specifieke problemen die zich voordoen in verband met de toepassing van Verordening (EU) 2022/720 en die niet in de bekendmaking marktbepalings aan de orde komen.

5.2. De berekening van marktaandelen op grond van Verordening (EU) 2022/720

- (171) Overeenkomstig artikel 3 van Verordening (EU) 2022/720 is het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer doorslaggevend om te bepalen of de groepsvrijstelling van toepassing is. Verordening (EU) 2022/720 is alleen van toepassing als zowel het marktaandeel van de leverancier op de markt waarop hij de contractgoederen of -diensten aan de afnemer verkoopt, als dat van de afnemer op de markt waarop hij de contractgoederen of -diensten koopt, niet hoger is dan 30 %. Voor overeenkomsten tussen kmo's is het over het algemeen niet nodig om de marktaandelen te berekenen (zie punt (28)).
- (172) Op distributieniveau hebben verticale beperkingen doorgaans niet alleen betrekking op de verkoop van goederen of diensten door de leverancier aan de afnemer, maar ook op de doorverkoop 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 distributie, selectieve distributie of vrije distributie. In sectoren waar leveranciers over het algemeen een assortiment goederen of diensten verkopen, kan het volledige assortiment bepalend zijn voor de marktbepalings indien de assortimenten, en niet de goederen of diensten in het assortiment afzonderlijk, door afnemers als substituten worden beschouwd.
- (173) Wanneer bij een verticale overeenkomst drie partijen betrokken zijn die elk op een verschillend handelsniveau actief zijn, mag, om binnen het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 te vallen, elk van hun marktaandelen niet hoger zijn dan 30 %. Zoals bepaald in artikel 3, lid 2, van Verordening (EU) 2022/720, is, wanneer in een meezijdige overeenkomst een onderneming (de eerste 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, Verordening (EU) 2022/720 alleen van toepassing indien het marktaandeel van de eerste ondernemer, zowel als afnemer én als leverancier, de drempelwaarde van 30 % niet overschrijdt. Wanneer bijvoorbeeld in een overeenkomst tussen een fabrikant, een groothandelaar (of een vereniging van detailhandelaars) en een detailhandelaar een concurrentiebeding wordt opgenomen, mogen de marktaandelen van de fabrikant en de groothandelaar (of de vereniging van detailhandelaars) op hun respectieve downstreammarkten, om onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 te vallen, niet groter zijn dan 30 %, en mag het marktaandeel van de groothandelaar (of de vereniging van detailhandelaars) en dat van de detailhandelaar niet groter zijn dan 30 % op hun respectieve inkoopmarkten.

- (174) Wanneer de verticale overeenkomst, naast de levering van de contractgoederen of -diensten, ook bepalingen bevat betreffende intellectuele eigendomsrechten (zoals een bepaling betreffende het gebruik van het merk van de leverancier) die de afnemer helpen de contractgoederen of -diensten op de markt te brengen, is het marktaandeel van de leverancier op de markt waarop hij de contractgoederen of -diensten verkoopt, relevant voor de toepassing van Verordening (EU) 2022/720. Wanneer een franchisegever geen goederen of diensten levert die moeten worden doorverkocht, maar een pakket diensten en goederen aanbiedt, gecombineerd met bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten die samen het in franchise gegeven bedrijfsconcept vormen, moet de franchisegever rekening houden met zijn marktaandeel als aanbieder van een bedrijfsconcept voor de levering van specifieke goederen of diensten aan eindgebruikers. Daartoe moet de franchisegever zijn marktaandeel berekenen op de markt waarop van het bedrijfsconcept gebruik wordt gemaakt, d.w.z. de markt waarop de franchisenemers het bedrijfsconcept exploiteren om aan eindgebruikers goederen of diensten te leveren. 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 kunnen de concurrenten van de franchisegever verleners van andere in franchise gegeven bedrijfsconcepten tellen, maar ook 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 actief is, zijn marktaandeel moeten berekenen op basis van de relevante omzet van zijn franchisenemers op die markt.

5.3. **Berekening van marktaandelen in het kader van Verordening (EU) 2022/720**

- (175) Zoals in artikel 8, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 is bepaald, moeten de marktaandelen van de leverancier en de afnemer in beginsel worden berekend op basis van gegevens betreffende de waarde, waarbij rekening wordt gehouden met alle bronnen van inkomsten die door de verkoop van de goederen of diensten worden gegenereerd. Wanneer geen gegevens betreffende de waarde beschikbaar zijn, kunnen onderbouwde ramingen worden gemaakt op basis van andere betrouwbare marktinformatie, zoals de omvang van de verkochte hoeveelheden.
- (176) Eigen productie, d.w.z. de productie of levering van intermediaire goederen of diensten voor eigen gebruik door de leverancier, kan in een bepaald geval relevant zijn voor de concurrentieanalyse, maar wordt niet in aanmerking genomen voor de marktbeoordeling of voor de berekening van marktaandelen overeenkomstig Verordening (EU) 2022/720. Overeenkomstig artikel 8, punt c), van Verordening (EU) 2022/720 moet bij duale distributiescenario's bij de marktbeoordeling en de berekening van marktaandelen echter rekening worden gehouden met de verkoop van de eigen goederen door de leverancier via zijn verticaal geïntegreerde distributeurs en agenten ⁽⁹⁷⁾. Geïntegreerde distributeurs zijn verbonden ondernemingen in de zin van artikel 1, lid 2, van de verordening.

6. TOEPASSING VAN VERORDENING (EU) 2022/720

6.1. **Hardcorebeperkingen in Verordening (EU) 2022/720**

- (177) Artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720 bevat een lijst van hardcorebeperkingen. Die hardcorebeperkingen worden beschouwd als ernstige concurrentiebeperkingen die in de meeste gevallen verboden moeten worden wegens de schade die zij toebrengen aan de markt en aan de consumenten. Wanneer een verticale overeenkomst één of meer hardcorebeperkingen bevat, is de gehele overeenkomst uitgesloten van het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720.
- (178) De hardcorebeperkingen in artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720 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, kunnen dergelijke overeenkomsten niet worden geacht tot doel te hebben de concurrentie binnen de Unie merkbaar te beperken of als zodanig de handel tussen lidstaten ongunstig te kunnen beïnvloeden ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁷⁾ Daartoe wordt geen rekening gehouden met de verkoop door de geïntegreerde distributeur van goederen of diensten van concurrerende leveranciers.

⁽⁹⁸⁾ Zie zaak C-306/96 – *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, punt 20.

- (179) Hardcorebeperkingen in de zin van artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720 zijn doorgaans beperkingen die ertoe strekken de concurrentie te beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag ⁽⁹⁹⁾. Vormen van coördinatie tussen ondernemingen van concurrentiebeperkende strekking kunnen naar hun aard worden geacht de goede werking van de normale concurrentie te schaden ⁽¹⁰⁰⁾. Het HJ-EU heeft geoordeeld dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen de concurrentie in voldoende mate schaden, zodat het niet nodig is de effecten ervan te beoordelen ⁽¹⁰¹⁾. De vaststelling van een beperking die tot strekking heeft de concurrentie te beperken, vereist een individuele beoordeling van de betrokken verticale overeenkomst. Hardcorebeperkingen zijn daarentegen een categorie beperkingen die in Verordening (EU) 2022/720 worden genoemd en waarvan wordt aangenomen dat zij over het algemeen de concurrentie per saldo schaden. Verticale overeenkomsten die dergelijke hardcorebeperkingen bevatten, vallen derhalve niet onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720.
- (180) Toch vallen hardcorebeperkingen niet noodzakelijkerwijs binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag. Wanneer een hardcorebeperking in het kader van artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720, objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van een bepaalde verticale overeenkomst, 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 die overeenkomst bij wijze van uitzondering buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag. Uit het bovenstaande volgt dat de Commissie bij de beoordeling van een verticale overeenkomst de volgende beginselen zal toepassen:
- (a) wanneer een hardcorebeperking in de zin van artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720 in een verticale overeenkomst is opgenomen, valt die overeenkomst waarschijnlijk binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag.
 - (b) een overeenkomst die een hardcorebeperking in de zin van artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720 bevat, voldoet waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag.
- (181) Ondernemingen kunnen in individuele gevallen krachtens artikel 101, lid 3, concurrentiebevorderende effecten inroepen ⁽¹⁰²⁾. Daartoe moet de onderneming aantonen dat efficiëntieverbeteringen waarschijnlijk zijn en dat die efficiëntieverbeteringen waarschijnlijk zullen voortvloeien uit de opname van de hardcorebeperking in de overeenkomst, en dat aan alle andere voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag is voldaan. In dat geval zal de Commissie een beoordeling maken van de negatieve effecten voor de concurrentie 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, van het Verdrag is voldaan.
- (182) De voorbeelden in de punten (183) tot en met (184) zijn bedoeld om te illustreren hoe de Commissie de hierboven genoemde beginselen zal toepassen.
- (183) Het volgende is een voorbeeld van onderlinge leveringen tussen erkende distributeurs:

In het geval van een selectief distributiestelsel moeten de onderlinge leveringen tussen erkende distributeurs normaal gezien vrij blijven (zie punt (237)). Beperkingen op de actieve verkoop kunnen echter onder bepaalde omstandigheden aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer erkende groothandelaren die in verschillende gebieden gevestigd zijn, moeten investeren in promotieactiviteiten in het grondgebied waar zij de contractgoederen of -diensten distribueren, teneinde de verkoop door erkende detailhandelaren te ondersteunen, en het niet praktisch is om de vereiste promotieactiviteiten als een contractuele verplichting in de overeenkomst op te nemen.

⁽⁹⁹⁾ Zie het werkdokument van de diensten van de Commissie — Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, van 25 juni 2014 (SWD(2014) 198 final, blz. 4).

⁽¹⁰⁰⁾ Zie het arrest van 20 januari 2016, *Toshiba Corporation/Commissie*, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26, punt 26.

⁽¹⁰¹⁾ Zie het arrest van 2 april 2020, *Budapest Bank e.a.*, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, punten 35 tot en met 37 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁽¹⁰²⁾ Zie met name punt (16), punten (a) tot en met (i) van de onderhavige richtsnoeren, waarin de soorten efficiëntieverbeteringen worden beschreven die over het algemeen met verticale beperkingen gepaard gaan, en afdeling 6.1.1 van de onderhavige richtsnoeren over verticale prijsbinding. Voor algemene leidraden voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen, zie ook de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

- (184) Het volgende is een voorbeeld van werkelijk testen:

Ingeval het gaat om het werkelijk testen van een nieuw product binnen een beperkt grondgebied of een beperkte groep klanten, 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 zij die deelnemen aan de eerste ronde(s) van de gespreide introductie, beperkingen worden opgelegd met betrekking tot hun actieve verkoop buiten de testmarkt of de markt(en) of klantengroepen waar het product nog niet is geïntroduceerd. Dergelijke beperkingen kunnen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen voor de periode die nodig is voor het testen of introduceren van het product.

6.1.1. *Verticale prijsbinding*

- (185) De in artikel 4, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 beschreven hardcorebeperking betreft verticale prijsbinding, d.w.z. overeenkomsten die direct of indirect tot doel hebben de mogelijkheden van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs te beperken, met inbegrip van overeenkomsten die een vaste verkoopprijs of minimumverkoopprijs vastleggen die door de afnemer in acht moet worden genomen ⁽¹⁰³⁾. Een verplichting voor de afnemer om zijn verkoopprijs binnen een bepaalde marge vast te stellen, is verticale prijsbinding in de zin van artikel 4, punt a), van de verordening.
- (186) Verticale prijsbinding kan via directe middelen worden toegepast. Dat is het geval bij contractuele bepalingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct de prijs bepalen die de afnemer aan zijn klanten moet berekenen ⁽¹⁰⁴⁾, of die de leverancier in staat stellen de wederverkoopprijs vast te stellen, 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.
- (187) Verticale prijsbinding kan ook indirect worden toegepast, zoals door prikkels om een minimumprijs in acht te nemen of door negatieve prikkels om van een minimumprijs af te wijken. De volgende voorbeelden geven een niet-limitatieve lijst van dergelijke indirecte middelen:
- (a) vaststelling van de wederverkoopmarge;
 - (b) vaststelling van het maximumniveau van de kortingen die de distributeur ten opzichte van een bepaald prijsniveau mag toekennen;
 - (c) de toekenning van kortingen of de terugbetaling van promotiekosten door de leverancier afhankelijk stellen van de inachtneming van een bepaald prijsniveau;
 - (d) oplegging van minimumprijzen die de distributeur verbieden reclame te maken met prijzen die lager zijn dan een door de leverancier vastgesteld niveau;
 - (e) koppeling van de opgelegde wederverkoopprijs aan de wederverkoopprijzen van concurrenten;
 - (f) bedreigingen, intimidaties, waarschuwingen, sancties, vertraging of opschorting van leveringen of beëindiging van overeenkomsten, wanneer dat verband houdt met de inachtneming van een bepaald prijsniveau.
- (188) Overeenkomstig artikel 4, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 is de oplegging door de leverancier van een maximumwederverkoopprijs of de aanbeveling van een wederverkoopprijs geen hardcorebeperking. Wanneer de leverancier een dergelijke maximumprijs of een aanbeveling inzake de wederverkoopprijs echter combineert met prikkels om een bepaald prijsniveau toe te passen of negatieve prikkels om de verkoopprijs te verlagen, kan er sprake zijn van verticale prijsbinding. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de leverancier de door de afnemer gemaakte promotiekosten terugbetaalt op voorwaarde dat de afnemer niet afwijkt van de maximumwederverkoopprijs of de aanbevolen wederverkoopprijs. Een voorbeeld van een negatieve prikkel om de verkoopprijs te verlagen, is wanneer de leverancier dreigt verdere leveringen stop te zetten als reactie op een afwijking door de afnemer van de maximum- of aanbevolen wederverkoopprijs.

⁽¹⁰³⁾ Er zij op 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 punt 55 van de horizontale richtsnoeren.

⁽¹⁰⁴⁾ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in zaak AT.40428 – *Guess*, overwegingen 84, 86 en 137.

- (189) Hoewel de oplegging van minimumprijzen de distributeur in beginsel de vrijheid laat om te verkopen tegen een prijs die lager is dan de geadverteerde prijs, ontmoedigt zij de distributeur om een lagere verkoopprijs vast te stellen omdat het hem beperkt in zijn mogelijkheden om potentiële klanten te informeren over beschikbare kortingen. Een belangrijke parameter voor de prijsconcurrentie tussen detailhandelaren wordt hierdoor weggenomen. Voor de toepassing van artikel 4, punt a), van Verordening (EU) 2022/720, zal de oplegging van minimumprijzen derhalve worden behandeld als een indirect middel om verticale prijsbinding toe te passen.
- (190) Directe of indirecte maatregelen om prijsbinding te bewerkstelligen, kunnen doeltreffender worden gemaakt door die 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.
- (191) Prijscontrole wordt steeds meer gebruikt in e-commerce, waar zowel producenten als detailhandelaren vaak specifieke software voor prijscontrole gebruiken ⁽¹⁰⁵⁾. Die software vergroot de prijstransparantie op de markt en stelt fabrikanten in staat de doorverkooprijzen in hun distributienet doeltreffend te volgen ⁽¹⁰⁶⁾. Ook kunnen detailhandelaren zo de prijzen van hun concurrenten volgen. Op zich zijn prijsmonitoring en prijsrapportering echter geen verticale prijsbinding.
- (192) Bij agentuurovereenkomsten stelt de principaal doorgaans de verkoopprijs vast, omdat hij degene is op wie de commerciële en financiële risico's in verband met de verkoop rusten. Wanneer de overeenkomst echter niet voldoet aan de voorwaarden om te worden aangemerkt als een agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt (zie met name de punten (30) tot en met (34) van de onderhavige richtsnoeren), is elke directe of indirecte verplichting die de agent verhindert of beperkt zijn vergoeding met de klant te delen, ongeacht of de vergoeding vast of variabel is, een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 ⁽¹⁰⁷⁾. De agent moet derhalve de vrijheid worden gelaten om de door de klant betaalde daadwerkelijke prijs te verminderen zonder dat de aan de principaal verschuldigde inkomsten worden verminderd ⁽¹⁰⁸⁾.
- (193) Bij een uitvoeringsovereenkomst sluit de leverancier een verticale overeenkomst met een afnemer met het oog op de uitvoering van een leveringsovereenkomst die eerder tussen de leverancier en een specifieke klant is gesloten. Wanneer de leverancier de onderneming selecteert om de uitvoeringsdiensten te verrichten, geldt het opleggen van een wederverkoopprijs door de leverancier niet als verticale prijsbinding. In dat geval beperkt de in de uitvoeringsovereenkomst opgelegde wederverkoopprijs niet de mededinging voor de levering van de goederen of diensten aan de klant, noch de mededinging voor de levering van de uitvoeringsdiensten. Dit geldt bijvoorbeeld wanneer klanten goederen kopen bij een onderneming die actief is in de onlineplatformeconomie en die wordt geëxploiteerd door een groep onafhankelijke detailhandelaren onder een gemeenschappelijk merk, en die onderneming de prijs voor de verkoop van de goederen bepaalt en de bestellingen ter uitvoering doorstuurt naar de detailhandelaren ⁽¹⁰⁹⁾. Wanneer daarentegen de klant de onderneming kiest die de uitvoeringsdiensten zal verrichten, kan het opleggen van een wederverkoopprijs door de leverancier de mededinging voor het verrichten van de uitvoeringsdiensten beperken. In dat geval kan het opleggen van een wederverkoopprijs neerkomen op verticale prijsbinding.
- (194) Artikel 4, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 is volledig van toepassing in de onlineplatformeconomie. Meer bepaald is een onderneming die onlinetussenhandelsdiensten in de zin van artikel 1, lid 1, punt e), van de verordening verricht, een verlener van deze diensten, zodat artikel 4, punt a), van de verordening van toepassing is op beperkingen die de onderneming aan de afnemers van de onlinetussenhandelsdiensten oplegt met betrekking tot de verkoopprijs van goederen of diensten die via de onlinetussenhandelsdiensten worden verkocht. Dit belet een aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten weliswaar niet om gebruikers van de

⁽¹⁰⁵⁾ Zie het Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce, punten 602 en 603.

⁽¹⁰⁶⁾ Zie de besluiten van de Commissie in AT.40182 – *Pioneer*, overwegingen 136 en 155; AT.40469 – *Denon & Marantz*, overweging 95; AT.40181 – *Philips*, overweging 64; AT.40465 – *Asus*, overweging 27.

⁽¹⁰⁷⁾ Beperkingen van de mogelijkheid van verrichters van onlinetussenhandelsdiensten in de zin van artikel 1, lid 1, punt (e), van de verordening om hun vergoeding voor de levering van onlinetussenhandelsdiensten te delen, zijn geen hardcorebeperkingen in de zin van artikel 4, punt (a) van de verordening, aangezien zij de afnemer niet beperken in zijn verkoopprijsbepaling. Zie de punten (64) tot en met (67) van de onderhavige richtlijnen, en met name punt (67)(a).

⁽¹⁰⁸⁾ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in zaak nr. IV/32.737 – *Eirpage*, en met name overweging 6.

⁽¹⁰⁹⁾ Deze leidraden doen geen afbreuk aan de toetsing aan artikel 101 van het Verdrag van de horizontale overeenkomsten tussen de detailhandelaren die een dergelijk uitvoeringsmodel opzetten en toepassen, rekening houdend met de leidraden die in de horizontale richtsnoeren wordt gegeven.

diensten te stimuleren om hun goederen of diensten tegen een concurrerende prijs te verkopen of hun prijzen te verlagen, maar het opleggen door de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten van een vaste of minimumverkoopprijs voor de transacties die hij bemiddelt, is een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punt a), van Verordening (EU) 2022/720.

- (195) Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft herhaaldelijk geoordeeld dat verticale prijsbinding een mededingingsbeperkende strekking heeft in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag ⁽¹¹⁰⁾. Zoals echter in de punten (179) tot en met (181) is vermeld, betekent de kwalificatie van een beperking als een hardcorebeperking of als een beperking naar strekking, niet dat zij *per se* een inbreuk is op artikel 101 van het Verdrag. Wanneer ondernemingen van mening zijn dat verticale prijsbinding in een individueel geval efficiëntiebevorderend is, kunnen zij zich beroepen op efficiëntieverbeteringen onder artikel 101, lid 3, van het Verdrag.
- (196) Verticale prijsbinding kan de concurrentie binnen een merk en/of tussen merken op verschillende manieren beperken:
- (a) verticale prijsbinding kan collusie tussen leveranciers in de hand werken door de transparantie van de prijzen in de markt te vergroten, waardoor gemakkelijker kan worden vastgesteld of een leverancier van het collusie-evenwicht afwijkt door zijn prijzen te verlagen. Dat negatieve effect is waarschijnlijker op markten die vatbaar zijn voor collusie, bijvoorbeeld wanneer leveranciers een hecht oligopolie vormen en een aanzienlijk aandeel van de markt door verticale prijsbindingsovereenkomsten wordt bestreken;
 - (b) verticale prijsbinding kan collusie tussen afnemers op het distributieniveau in de hand werken, in het bijzonder wanneer zij door de afnemers wordt aangestuurd. Sterke of goed georganiseerde afnemers kunnen in staat zijn een of meer leveranciers te dwingen of te overtuigen hun wederverkoopprijs boven het door 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;
 - (c) in sommige gevallen kan verticale prijsbinding ook de concurrentie tussen fabrikanten en/of detailhandelaren afzwakken, in het bijzonder wanneer fabrikanten voor de distributie van hun producten dezelfde distributeurs gebruiken en de verticale prijsbinding door al die distributeurs, of de meesten ervan, wordt toegepast;
 - (d) verticale prijsbinding kan de druk op de marge van de leverancier verlagen, in het bijzonder wanneer een fabrikant 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 die situatie kan de fabrikant 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 voorkomen, kan verticale prijsbinding de toetreding en uitbreiding van nieuwe of efficiëntere distributiemodellen voorkomen of belemmeren, waardoor innovatie op distributieniveau wordt verminderd;
 - (f) verticale prijsbinding kan worden toegepast door een leverancier met marktmacht om de markt voor kleinere concurrenten af te schermen. De hogere marge die verticale prijsbinding voor distributeurs kan meebrengen, kan die 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 de klant, of om de concurrerende merken helemaal niet te verkopen;
 - (g) het rechtstreekse gevolg van verticale prijsbinding is dat de concurrentie binnen een merk wordt uitgeschakeld doordat sommige of alle distributeurs worden belet hun verkoopprijs voor het betrokken merk te verlagen, wat dus leidt tot een prijsverhoging voor dat merk.
- (197) Verticale prijsbinding kan echter ook tot efficiëntieverbeteringen leiden, met name wanneer zij door de leverancier wordt aangestuurd. Wanneer ondernemingen verticale prijsbinding motiveren door een beroep te doen op efficiëntieverbetering, moeten zij dit met concreet bewijsmateriaal kunnen staven en aantonen dat in het individuele geval aan alle voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan ⁽¹¹¹⁾. Hieronder worden vier voorbeelden van dergelijke efficiëntieverbeteringen gegeven.
- (a) Wanneer een fabrikant 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 fabrikant om dat product te promoten. In artikel 101, lid 3, van het Verdrag wordt ook vereist dat er geen realistische en minder beperkende alternatieve middelen zijn om de distributeurs ertoe aan te zetten het product te promoten. Om aan die eis te voldoen, kunnen leveranciers bijvoorbeeld aantonen dat het in de praktijk niet

⁽¹¹⁰⁾ Zie arresten van 3 juli 1985, *Binon/AMP*, C-243/83, ECLI:EU:C:1985:284, punt 44; 1 oktober 1987, *VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, C-311/85, ECLI:EU:C:1987:418, punt 17; 19 april 1988, *Erauw-Jacquery/La Hesbignonne*, C-27/87, ECLI:EU:C:1988:183, punt 15.

⁽¹¹¹⁾ Overeenkomstig artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 rust de bewijslast dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag is voldaan, op de onderneming die het voordeel van dat artikel inroept.

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 het nieuwe product te vergemakkelijken, per saldo als concurrentiebevoorderend worden beschouwd.

- (b) Vaste wederverkoopsprijzen, in plaats van maximumwederverkoopsprijzen, kunnen nodig zijn om een gecoördineerde kortlopende prijsverlagingsactie op te zetten (meestal twee tot zes weken), met name in een distributiestelsel waarbij de leverancier een eenvormig distributiemodel hanteert, zoals een franchisesysteem. In dat geval kan, gezien het tijdelijke karakter ervan, het opleggen van vaste detailhandelsprijzen worden beschouwd als concurrentiebevoorderend.
 - (c) Een minimumwederverkoopsprijs of opgelegde minimumprijs kan worden gehanteerd om te voorkomen dat een bepaalde distributeur het product van een leverancier als verliesleider gebruikt. Wanneer een distributeur een product regelmatig onder de groothandelsprijs wederverkoopt, kan dit het merkimage van het product en, op den duur, de totale vraag naar het product verminderen en de prikkels voor de leverancier ondermijnen om in kwaliteit en merkimage te investeren. Het verhinderen dat die distributeur onder de groothandelsprijs verkoopt door hem een gerichte minimumwederverkoopsprijs of minimumprijs op te leggen, kan in dat geval per saldo als concurrentiebevoorderend worden beschouwd.
 - (d) Soms kan de door verticale prijsbinding ontstane extra marge de detailhandelaar in staat stellen om (bijkomende) pre-sales-services aan te bieden, in het bijzonder in het geval van complexe producten. Indien voldoende klanten gebruik maken van die service om een product te kiezen, maar vervolgens tegen een lagere prijs het product aankopen bij detailhandelaars welke die service niet aanbieden (en derhalve die kosten niet moeten dragen), kunnen detailhandelaars die een hoog serviceniveau aanbieden hun presalediensten, die de vraag naar het product van de leverancier verhoogt, verminderen of niet langer aanbieden. De leverancier moet aantonen dat er een risico bestaat van meeliftgedrag op het distributieniveau, dat vaste of minimumwederverkoopsprijzen voldoende prikkels bieden voor investeringen in diensten voorafgaand aan de verkoop, en dat er geen realistische en minder beperkende alternatieve middelen zijn om dergelijk meeliftgedrag tegen te gaan. In die situatie is het waarschijnlijker dat verticale prijsbinding als concurrentiebevoorderend wordt beschouwd wanneer er sprake is van hevige concurrentie tussen leveranciers en de leverancier een beperkte marktmacht heeft.
- (198) Het gebruik van advies- of maximumprijzen voor de wederverkoop valt onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 wanneer het marktaandeel van elk van de partijen bij de overeenkomst de drempel van 30 % niet overschrijdt en op voorwaarde dat dit niet neerkomt op het opleggen van een vaste of minimumwederverkoopsprijs als gevolg van druk of prikkels van een van de partijen, zoals uiteengezet in de punten (187) en (188). Punten (199) tot en met (201) bieden leidraden voor het beoordelen van advies- of maximumprijzen voor de wederverkoop boven de marktaandeeldrempel.
- (199) De risico's voor de concurrentie in verband met advies- of maximumprijzen voor de wederverkoop zijn, ten eerste, dat die prijzen kunnen dienen als richtpunt voor wederverkopers en door de meeste of alle wederverkopers kunnen worden gevolgd. Ten tweede kunnen zij de concurrentie afzwakken of collusie tussen leveranciers in de hand werken.
- (200) 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 zal leiden tot een min of meer uniforme toepassing van dat prijsniveau door de wederverkopers, daar die wederverkopers het moeilijk kunnen vinden om af te wijken van wat zij beschouwen als de geprefereerde wederverkoopsprijs die door zo'n belangrijke leverancier is voorgesteld.
- (201) Wanneer advies- of maximumprijzen voor de wederverkoop merkbare mededingingsbeperkende gevolgen hebben, moet worden nagegaan of zij voldoen aan de voorwaarden van de uitzondering bedoeld in artikel 101, lid 3, van het Verdrag. Wat maximumprijzen voor de wederverkoop betreft, kan het voorkomen van "dubbele marginalisatie" ⁽¹¹²⁾ van bijzonder belang zijn. Een maximumprijs voor wederverkoop kan ook helpen om ervoor te zorgen dat het betrokken merk van de leverancier feller kan concurreren met andere merken die afgezet worden door dezelfde distributeur, met inbegrip van de producten onder eigen label.

⁽¹¹²⁾ Zie in dit verband de punten (13) en (16).

6.1.2. *Hardcorebeperkingen als bedoeld in artikel 4, punten b), c), d) en e), van Verordening (EU) 2022/720*

6.1.2.1. *Kwalificatie als hardcorebeperking overeenkomstig artikel 4, punten b), c), d) en e), van Verordening (EU) 2022/720*

(202) In artikel 4, punten b), c) en d), van Verordening (EU) 2022/720 staat een lijst van hardcorebeperkingen en uitzonderingen die van toepassing zijn op verschillende soorten distributiestelsels, namelijk: exclusieve distributie, selectieve distributie en vrije distributie. De in artikel 4, punten b), c), i), en d), van Verordening (EU) 2022/720 beschreven hardcorebeperkingen hebben betrekking op overeenkomsten die, direct of indirect, op zich of in combinatie met andere door de partijen gecontroleerde factoren, ten doel hebben het gebied waarin of de klanten aan wie de afnemer of zijn klanten de contractgoederen of -diensten mogen verkopen, te beperken. In artikel 4, punt c), ii) en iii), van Verordening (EU) 2022/720 is bepaald 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. Artikel 4, punten b), c) en d), van de verordening is van toepassing ongeacht het gebruikte verkoopkanaal, bijvoorbeeld of de verkoop offline of online plaatsvindt.

(203) In artikel 4, punt e), van Verordening (EU) 2022/720 is bepaald dat een verticale overeenkomst die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect, tot doel heeft het verhinderen van het daadwerkelijke gebruik van internet door de afnemer of zijn klanten om de contractgoederen of -diensten aan bepaalde gebieden of klanten te verkopen, een hardcorebeperking is. Een verticale overeenkomst die een of meer beperkingen van de onlineverkoop of onlinereclame⁽¹¹³⁾ bevat, die *de facto* de afnemer verbieden het internet te gebruiken om de contractgoederen of -diensten te verkopen, strekt er op zijn minst toe de passieve verkoop te beperken aan eindgebruikers die online wensen te kopen en die zich buiten het fysieke handelsgebied van de afnemer bevinden⁽¹¹⁴⁾. Daarom vallen dergelijke overeenkomsten binnen de werkingssfeer van artikel 4, punt e), van Verordening (EU) 2022/720. Hetzelfde geldt voor verticale overeenkomsten die niet direct een verbod inhouden, maar tot doel hebben het effectieve gebruik van internet door een afnemer of zijn klanten te verhinderen om de contractgoederen of -diensten aan bepaalde gebieden of klanten te verkopen. Dat is bijvoorbeeld het geval voor verticale overeenkomsten die tot doel hebben het totale volume van de onlineverkoop van de contractgoederen of -diensten of de mogelijkheid voor eindgebruikers om de contractgoederen of -diensten online te kopen, aanzienlijk te verminderen. Dat is ook het geval voor verticale overeenkomsten die ertoe strekken het gebruik van een of meer volledige onlineadvertentiekkanalen door de afnemer, zoals zoekmachines⁽¹¹⁵⁾ of prijsvergelijkingsdiensten, te verhinderen, of de afnemer te beletten een eigen onlinewinkel op te richten of te gebruiken⁽¹¹⁶⁾. Bij het beoordelen of er sprake is van een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punt e), van Verordening (EU) 2022/720, kan rekening worden gehouden met de inhoud en de context van de beperking, maar dit kan niet afhangen van marktspecifieke omstandigheden of van de individuele kenmerken van de partijen bij de verticale overeenkomst.

(204) De in lid (202) bedoelde hardcorebeperkingen kunnen het resultaat zijn van directe verplichtingen, zoals de verplichting om niet aan bepaalde gebieden of klanten te verkopen of de verplichting om bestellingen van dergelijke klanten door te geven aan andere distributeurs. Zij kunnen ook het gevolg zijn van het feit dat de leverancier indirecte maatregelen toepast om de afnemer ertoe te brengen niet aan dergelijke klanten te verkopen, zoals:

- (a) vereisen dat de afnemer de leverancier vooraf om toestemming vraagt voor verkopen aan dergelijke klanten⁽¹¹⁷⁾;
- (b) bonussen of kortingen weigeren of verminderen indien de afnemer aan dergelijke klanten verkoopt⁽¹¹⁸⁾ of compenserende betalingen aan de afnemer doen als hij niet meer aan dergelijke klanten verkoopt;
- (c) de levering van producten beëindigen indien de afnemer aan dergelijke klanten verkoopt;

⁽¹¹³⁾ Zie ook de punten (204), (206) en (210) met betrekking tot verschillende soorten beperkingen van onlineverkoop en onlinereclame.

⁽¹¹⁴⁾ Zie ook zaak C-439/09 - *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, punt 54.

⁽¹¹⁵⁾ Zie ook het besluit van de Commissie in zaak AT.40428 - *Guess*, overwegingen 118 tot en met 126.

⁽¹¹⁶⁾ Zie zaak C-439/09 - *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, punten 56 en 57 en punt (224) van deze richtsnoeren.

⁽¹¹⁷⁾ Zie bijvoorbeeld zaak T-77/92 - *Parker Pen/Commissie*, punt 37.

⁽¹¹⁸⁾ Zie bijvoorbeeld arrest van 9 juli 2009, *Peugeot en Peugeot Nederland/Commissie*, zaak T-450/05, ECLI:EU:T:2009:262, punt 47.

- (d) de geleverde volumes beperken of verminderen, bijvoorbeeld zodat de volumes overeenkomen met de vraag van klanten in bepaalde gebieden of de vraag van bepaalde klantengroepen;
 - (e) ermee dreigen de verticale overeenkomst ⁽¹¹⁹⁾ te beëindigen of niet te verlengen indien de afnemer aan dergelijke klanten verkoopt;
 - (f) een hogere prijs in rekening brengen aan de distributeur voor producten die aan dergelijke klanten worden verkocht ⁽¹²⁰⁾;
 - (g) het aandeel van de verkoop door de afnemer aan dergelijke klanten beperken;
 - (h) de afnemer beletten extra talen te gebruiken op de verpakking of voor de promotie van de producten ⁽¹²¹⁾;
 - (i) een ander product leveren als tegenprestatie wanneer de afnemer zijn verkoop aan dergelijke klanten beëindigt;
 - (j) de afnemer betalen om niet meer aan dergelijke klanten te verkopen;
 - (k) de afnemer verplichten om de winst van dergelijke klanten aan de leverancier over te dragen ⁽¹²²⁾;
 - (l) uitsluiten van producten die buiten het gebied van de afnemer worden doorverkocht of van producten die in het gebied van de afnemer worden verkocht door in andere gebieden gevestigde afnemers, van een door de leverancier terugbetaalde garantiedienst voor de gehele Unie ⁽¹²³⁾.
- (205) Maatregelen die een fabrikant in staat stellen de bestemming van de geleverde goederen te verifiëren, zoals het gebruik van gedifferentieerde etiketten, specifieke taalclusters of serienummers, of het dreigen met of uitvoeren van audits om na te gaan of de afnemer zich aan andere beperkingen ⁽¹²⁴⁾ houdt, zijn op zichzelf geen beperking van de mededinging. Zij kunnen echter worden geacht deel uit te maken van een hardcorebeperking van de verkoop door de afnemer, wanneer zij door de leverancier worden gebruikt om de bestemming van de geleverde goederen te controleren, bijvoorbeeld wanneer zij worden gebruikt in combinatie met een of meer van de in de punten (203) en (204) genoemde praktijken.
- (206) Naast de directe en indirecte beperkingen waarnaar wordt verwezen in de punten (202) tot en met (204), 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 internet voor de verkoop van de contractgoederen of -diensten, zijn de volgende een aantal voorbeelden van verplichtingen die indirect tot doel hebben het effectieve gebruik van internet door de afnemer voor de verkoop van de contractgoederen of -diensten aan bepaalde gebieden of klanten in de zin van artikel 4, punt e), van Verordening (EU) 2022/720 te verhinderen:
- (a) de afnemer verplichten te verhinderen dat in een ander gebied gevestigde klanten zijn website of onlinewinkel bezoeken, of klanten om te leiden naar de onlinewinkel van de fabrikant of van een andere verkoper. De afnemer verplichten links aan te bieden naar de onlinewinkels van de leverancier of van andere verkopers is echter geen hardcorebeperking ⁽¹²⁵⁾;
 - (b) de afnemer verplichten de onlinetransacties van een consument te beëindigen wanneer uit zijn kredietkaartgegevens een adres blijkt dat buiten het grondgebied van de afnemer is gelegen ⁽¹²⁶⁾;
 - (c) de afnemer verplichten de contractgoederen of -diensten alleen in een fysieke ruimte of in de fysieke aanwezigheid van gespecialiseerd personeel te verkopen ⁽¹²⁷⁾;

⁽¹¹⁹⁾ Zie bijvoorbeeld arrest van 6 juli 2009, *Volkswagen/Commissie*, zaak T-62/98, ECLI:EU:T:2000:180, punt 44.

⁽¹²⁰⁾ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in zaak AT.40433 - *Film merchandise*, overweging 54.

⁽¹²¹⁾ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in zaak AT.40433 - *Film merchandise*, overwegingen 52 en 53.

⁽¹²²⁾ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in zaak AT.40436 - *Nike*, overweging 57; Besluit van de Commissie in zaak AT.40433 - *Film merchandise*, overwegingen 61 tot en met 63.

⁽¹²³⁾ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in zaak AT.37975 - *PO/Yamaha*, overwegingen 111 en 112. Omgekeerd heeft een regeling waarbij de leverancier met zijn distributeurs overeenkomt dat wanneer een distributeur een verkoop verricht in een gebied dat aan een andere distributeur is toegewezen, de eerste distributeur aan de tweede distributeur een vergoeding moet betalen die is gebaseerd op de kosten van de te verrichten diensten, niet tot doel de verkoop door de distributeurs buiten de hun toegewezen gebieden te beperken (zie arrest van 13 januari 2004, *JCB Service/Commissie*, zaak T-67/01, ECLI:EU:T:2004:3, punten 136 tot en met 145).

⁽¹²⁴⁾ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in zaak AT.40436 - *Nike*, overwegingen 71 en 72; Besluit van de Commissie in zaak AT.40433 - *Film merchandise*, overwegingen 65 en 66.

⁽¹²⁵⁾ Artikel 3 van Verordening (EU) 2018/302.

⁽¹²⁶⁾ Artikel 5 van Verordening (EU) 2018/302.

⁽¹²⁷⁾ Zie zaak C-439/09 - *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, punten 36 en 37.

- (d) de afnemer verplichten de leverancier vooraf om toestemming te vragen voordat hij individuele onlineverkooptransacties verricht;
 - (e) de afnemer verbieden de handelsmerken of merknamen van de leverancier op zijn website of in zijn onlinewinkel te gebruiken;
 - (f) de afnemer verbieden een of meer onlinewinkels op te richten of te runnen, ongeacht of de onlinewinkel op de server van de afnemer zelf dan wel op een server van een derde wordt gehost ⁽¹²⁸⁾;
 - (g) de afnemer verbieden gebruik te maken van een volledig onlineadvertentiekanaal, zoals zoekmachines ⁽¹²⁹⁾ of prijsvergelijkingsdiensten, of beperkingen die indirect het gebruik van een volledig onlineadvertentiekanaal verbieden, zoals een verplichting om de handelsmerken of merknamen van de leverancier niet te gebruiken voor biedingen waarnaar in zoekmachines moet worden verwezen, of een beperking op het verstrekken van prijsgerelateerde informatie aan prijsvergelijkingsdiensten. Dergelijke beperkingen hebben tot doel te verhinderen dat de afnemer het internet daadwerkelijk gebruikt om de contractgoederen of -diensten aan bepaalde gebieden of klanten te verkopen, aangezien zij de mogelijkheid van de afnemer beperken om zich tot klanten buiten zijn fysieke handelsgebied te richten, hen over zijn aanbiedingen te informeren en hen ertoe aan te zetten zijn onlinewinkel of andere verkoopkanalen te bezoeken. Het verbieden van het gebruik van bepaalde prijsvergelijkingsdiensten of zoekmachines is over het algemeen geen hardcorebeperking, aangezien de afnemer andere onlineadvertentiediensten kan gebruiken om meer bekendheid te geven aan zijn onlineverkoopactiviteiten. Het verbieden van het gebruik van de meest gebruikte reclamediensten in het bepaalde onlinereclamekanaal kan echter neerkomen op een hardcorebeperking, indien de overige diensten in dat advertentiekanaal *de facto* niet in staat zijn klanten ertoe aan te zetten de onlinewinkel van de afnemer te bezoeken.
- (207) In tegenstelling tot de in punt (204) bedoelde beperkingen kunnen de door de leverancier aan de afnemer opgelegde vereisten betreffende de wijze waarop de contractgoederen of -diensten moeten worden verkocht, onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen, ongeacht het type distributiestelsel. De leverancier kan met name eisen stellen met betrekking tot de kwaliteit. In een selectief distributiestelsel kan de leverancier bijvoorbeeld eisen stellen met betrekking tot de minimumafmetingen en de uitstraling van de winkel van de afnemer (bijvoorbeeld met betrekking tot de inrichting, de meubilering, het ontwerp, de verlichting en de vloerbedekking) of de presentatie van het product (bijvoorbeeld het minimumaantal producten van het merk dat moet worden uitgesteld, de minimumruimte tussen de producten) ⁽¹³⁰⁾.
- (208) Evenzo kan de leverancier eisen stellen aan de afnemer met betrekking tot de wijze waarop de contractgoederen of -diensten online verkocht moeten worden. Beperkingen betreffende het gebruik van bepaalde onlineverkoopkanalen, zoals onlinemarktplaatsen, of het opleggen van kwaliteitsnormen voor onlineverkoop, kunnen in het algemeen onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen, ongeacht het type distributiestelsel, mits zij niet indirect tot doel hebben het daadwerkelijke gebruik van internet door de afnemer voor de verkoop van de contractgoederen of -diensten aan bepaalde gebieden of klanten te verhinderen. Beperkingen op de onlineverkoop hebben over het algemeen niet een dergelijk doel wanneer de afnemer de vrijheid behoudt om zijn eigen onlinewinkel te runnen ⁽¹³¹⁾ en online reclame te maken ⁽¹³²⁾. In dergelijke gevallen wordt de afnemer niet verhinderd daadwerkelijk gebruik te maken van het internet om de contractgoederen of -diensten te verkopen. Hieronder volgen voorbeelden van vereisten betreffende onlineverkoop die onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening vallen:
- (a) vereisten die bedoeld zijn om de kwaliteit of een bepaalde uitstraling van de onlinewinkel van de afnemer te garanderen;
 - (b) vereisten betreffende de presentatie van de contractgoederen of -diensten in de onlinewinkel (zoals het minimumaantal afgebeelde artikelen, de manier waarop de handelsmerken of merken van de leverancier worden afgebeeld);
 - (c) een direct of indirect verbod op het gebruik van onlinemarktplaatsen ⁽¹³³⁾;
 - (d) een vereiste dat de afnemer een of meer fysieke winkels of toonzalen heeft, bijvoorbeeld als voorwaarde om lid te worden van het selectieve distributiestelsel van de afnemer;

⁽¹²⁸⁾ Zie ook punt (200).

⁽¹²⁹⁾ Zie ook het besluit van de Commissie in zaak AT.40428 - *Guess*, overwegingen 118 tot en met 126.

⁽¹³⁰⁾ Voor andere voorbeelden, zie Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce, punt 241.

⁽¹³¹⁾ Zie zaak C-439/09 - *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, punten 56 en 57 en punt (224) van deze richtsnoeren.

⁽¹³²⁾ Zie ook het besluit van de Commissie in zaak AT.40428 - *Guess*, overwegingen 118 tot en met 126, en punt 200 van deze richtsnoeren.

⁽¹³³⁾ Zaak C-230/16 - *Coty Germany*, punten 64 tot en met 69; zie ook afdeling 8.2.3 van deze richtsnoeren.

- (e) een vereiste dat de afnemer een absolute minimumhoeveelheid van de contractgoederen of -diensten offline verkoopt (in waarde of in volume, maar niet in verhouding tot zijn totale verkoop) om de doeltreffende werking van zijn fysieke winkel te verzekeren. Die vereiste kan gelijk zijn voor alle afnemers, of voor elke afnemer afzonderlijk worden vastgesteld op basis van objectieve criteria, zoals de omvang van de afnemer in verhouding tot andere afnemers, of zijn geografische locatie.
- (209) Een bepaling dat de afnemer voor online verkochte producten een andere groothandelsprijs betaalt dan voor offline verkochte producten (dubbele prijsstelling) kan onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen, aangezien zij een passend niveau van investeringen in online- of offlineverkoopkanalen kan stimuleren of belonen, mits zij niet tot doel heeft de verkoop aan bepaalde gebieden of klanten te beperken, zoals bepaald in artikel 4, punten b), c) en d), van Verordening (EU) 2022/720 ⁽¹³⁴⁾. Wanneer het verschil in de groothandelsprijs echter tot doel heeft te verhinderen dat de afnemer het internet daadwerkelijk gebruikt om de contractgoederen of -diensten aan bepaalde gebieden of klanten te verkopen, is er sprake van een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punt e), van Verordening (EU) 2022/720. Dat zou met name het geval zijn wanneer het verschil in de groothandelsprijs de onlineverkoop onrendabel of financieel onhoudbaar maakt ⁽¹³⁵⁾, of wanneer de dubbele prijsstelling wordt gebruikt om de hoeveelheid producten te beperken die de afnemer voor onlineverkoop ter beschikking worden gesteld ⁽¹³⁶⁾. Omgekeerd kan dubbele prijsstelling onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen indien het verschil in de groothandelsprijs in een redelijk verband staat met de verschillen in de investeringen en kosten die de afnemer maakt om in elk kanaal te verkopen. Evenzo kan de leverancier een andere groothandelsprijs in rekening brengen voor producten die via een combinatie van offline- en onlinekanalen worden verkocht, waarbij het prijsverschil rekening houdt met investeringen of kosten in verband met dat type distributie. De partijen kunnen een passende methode overeenkomen om de dubbele prijsstelling toe te passen, met inbegrip van, bijvoorbeeld, een vereffening van de rekeningen achteraf op basis van de werkelijke verkoop.
- (210) Beperkingen op onlinereclame kunnen onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen mits zij niet tot doel hebben het gebruik van een volledig advertentiekanaal door de afnemer te verhinderen. Voorbeelden van beperkingen voor onlinereclame die onder de vrijstelling kunnen vallen, zijn onder meer:
- (a) een vereiste dat onlinereclame aan bepaalde kwaliteitsnormen moet voldoen of specifieke inhoud of informatie moet bevatten;
 - (b) een vereiste dat de afnemer geen gebruik maakt van de diensten van bepaalde aanbieders van onlinereclame die niet aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoen;
 - (c) een vereiste dat de afnemer de merknaam van de leverancier niet gebruikt in de domeinnaam van zijn onlinewinkel.

6.1.2.2. Onderscheid tussen “actieve verkoop” en “passieve verkoop”

- (211) In artikel 4 van Verordening 2022/720 (EU) wordt een onderscheid gemaakt tussen beperkingen op de actieve verkoop en beperkingen op de passieve verkoop in de context van exclusieve distributiestelsels. Artikel 1, lid 1, punten l) en m), van Verordening (EU) 2022/720 bevatten definities van actieve en passieve verkoop.
- (212) In artikel 1, lid 1, punt m), van Verordening (EU) 2022/720 is bepaald dat in het geval van verkoop aan klanten in een exclusief toegewezen gebied of exclusieve klantengroep, de verkoop aan klanten die niet actief door de verkoper zijn benaderd, passieve verkoop is. Zo is het opzetten van een onlinewinkel een vorm van passieve verkoop, omdat het een middel is om potentiële klanten in staat te stellen de verkoper te bereiken. De exploitatie van een onlinewinkel kan gevolgen hebben die verder reiken dan het fysieke handelsgebied van de verkoper, onder meer doordat onlineaankopen mogelijk worden gemaakt door klanten die in andere gebieden zijn gevestigd of tot andere klantengroepen behoren. Niettemin zijn dergelijke aankopen (met inbegrip van de levering van de producten) passieve verkopen, voor zover de verkoper zich niet actief richt op de specifieke klant of het specifieke gebied of de specifieke klantengroep waartoe de klant behoort. Hetzelfde geldt wanneer

⁽¹³⁴⁾ Zie ook punt (206)(g).

⁽¹³⁵⁾ Zie ook punt (203).

⁽¹³⁶⁾ Zie ook punt (208)(e).

een klant ervoor kiest automatisch op de hoogte te worden gehouden door de verkoper en die informatie tot een verkoop leidt. Evenzo zijn het gebruik van zoekmachineoptimalisatie, te weten hulpmiddelen of technieken om de zichtbaarheid of de rangschikking van de onlinewinkel in de resultaten van zoekmachines te verbeteren, of het aanbieden van een app in een appwinkel, in beginsel middelen om potentiële klanten in staat te stellen de verkoper te bereiken en dus vormen van passieve verkoop.

- (213) Omgekeerd is in artikel 1, lid 1, punt l), van Verordening (EU) 2022/720 bepaald dat bij de verkoop aan klanten in een exclusief toegewezen gebied of aan een exclusief toegewezen klantengroep het aanbieden van een taaloptie in een onlinewinkel die verschilt van de talen die gewoonlijk worden gebruikt in het gebied waar de verkoper is gevestigd, in het algemeen erop wijst dat de verkoper zich richt op het gebied waar de taal gewoonlijk wordt gebruikt, en dus neerkomt op actieve verkoop ⁽¹³⁷⁾. Het aanbieden van een Engelstalige optie in een onlinewinkel wijst er echter niet als zodanig op dat de verkoper zich op Engelstalige gebieden richt, aangezien Engels in de gehele Unie algemeen begrepen en gebruikt wordt. Evenzo is het opzetten van een onlinewinkel met een topleveldomein dat overeenkomt met een ander gebied dan dat waar de verkoper gevestigd is, een vorm van actieve verkoop in dat gebied, terwijl het aanbieden van een onlinewinkel met een generieke en niet-landspecifieke domeinnaam een vorm van passieve verkoop is.
- (214) Overeenkomstig artikel 1, lid 1, punt l), van Verordening (EU) 2022/720 wordt onder actieve verkoop verstaan de verkoop die voortvloeit uit het actief benaderen van klanten via bezoeken, brieven, e-mails, oproepen of andere vormen van rechtstreekse communicatie. Gerichtte reclame of promoties zijn een vorm van actieve verkoop. In het bijzonder bieden onlineadvertentiediensten de verkoper vaak de mogelijkheid om de gebieden of klanten te kiezen waarvoor de onlinereclame wordt weergegeven. Dat is bijvoorbeeld het geval voor zoekmachinereclame en andere onlinereclame, bijvoorbeeld op websites, appwinkels, sociale media, op voorwaarde dat de reclamediens de adverteerder in staat stelt zich op klanten te richten volgens hun bijzondere kenmerken, waaronder hun geografische locatie of hun persoonlijk profiel. Wanneer de verkoper daarentegen onlinereclame richt tot klanten in zijn eigen gebied of klantengroep en het niet mogelijk is te voorkomen dat die reclame door klanten in andere gebieden of klantengroepen wordt gezien, is dit een vorm van passieve verkoop. Voorbeelden van dergelijke algemene reclame omvatten gesponsorde inhoud op de website van een lokale of nationale krant die toegankelijk is voor elke bezoeker van die website, of het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten met generieke en niet-landspecifieke domeinnamen. Indien daarentegen dergelijke algemene reclame wordt gemaakt in talen die niet gebruikelijk zijn in het gebied van de verkoper of op websites met een topleveldomein dat overeenkomt met gebieden buiten het gebied van de verkoper, komt dit neer op actieve verkoop in die andere gebieden.
- (215) Deelname aan overheidsopdrachten is een vorm van passieve verkoop, ongeacht het type aanbestedingsprocedure (bijvoorbeeld openbare procedure, niet-openbare procedure of andere). Die kwalificatie strookt met de doelstellingen van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, die onder meer het vergemakkelijken van de concurrentie binnen een merk omvat. Bijgevolg is een verticale overeenkomst die de mogelijkheid van een afnemer beperkt om aan overheidsopdrachten deel te nemen een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punten b), c) en d), van Verordening (EU) 2022/720. Evenzo is het ingaan op aanbestedingen van niet-publieke entiteiten een vorm van passieve verkoop. Dergelijke aanbestedingen zijn een vorm van spontane verzoeken van klanten aan meerdere potentiële verkopers en daarom is het uitbrengen van een bod in antwoord op een aanbesteding door een niet-publieke entiteit een vorm van passieve verkoop.

6.1.2.3. Hardcorebeperkingen met betrekking tot specifieke distributiestelsels

- (216) Artikel 4, punten b), c) en d), van Verordening (EU) 2022/720 bevatten een lijst van hardcorebeperkingen en uitzonderingen die van toepassing zijn afhankelijk van het soort distributiestelsel van de leverancier: exclusieve distributie, selectieve distributie of vrije distributie.

6.1.2.3.1. Wanneer de leverancier een exclusief distributiestelsel toepast

- (217) De in artikel 4, punt b), van Verordening (EU) 2022/720 vastgestelde hardcorebeperking betreft overeenkomsten die er direct of indirect toe strekken het gebied waarin, of de klanten aan wie, een afnemer, aan wie een exclusief gebied of een exclusieve klantengroep is toegewezen, de contractgoederen of -diensten actief of passief mag verkopen, te beperken.

⁽¹³⁷⁾ Zie arrest van 7 december 2010, *Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG en Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller*, gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740, punt 93.

- (218) In artikel 4, punt b), van Verordening (EU) 2022/720 zijn er vijf uitzonderingen op de hardcorebeperking uiteengezet.
- (219) Ten eerste voorziet artikel 4, punt b), i), van Verordening (EU) 2022/720 in de mogelijkheid voor de leverancier om de actieve verkoop door de exclusieve distributeur in een grondgebied dat, of aan een klantengroep die, exclusief aan maximaal vijf afnemers is toegewezen of voor de leverancier is gereserveerd, te beperken. Om hun investeringsprikkel te behouden, moet de leverancier zijn exclusieve distributeurs beschermen tegen actieve verkoop, met inbegrip van gerichte onlinereclame, in hun exclusieve gebied of aan hun exclusieve klantengroep door alle andere afnemers van de leverancier.
- (220) De investeringsprikkel van exclusieve distributeurs kunnen ook worden ondermijnd door de actieve verkoop door klanten van andere afnemers van de leverancier. Daarom kan de leverancier op grond van artikel 4, punt b), i), van Verordening (EU) 2022/720 ook van zijn andere afnemers eisen dat zij hun directe klanten verbieden actief te verkopen in gebieden of aan klantengroepen die de leverancier exclusief aan andere distributeurs heeft toegewezen of voor zichzelf heeft gereserveerd. De leverancier mag die andere afnemers echter niet verplichten de beperkingen op de actieve verkoop door te geven aan klanten verderop in de distributieketen.
- (221) De leverancier kan de toewijzing van een exclusief grondgebied en de toewijzing van een exclusieve klantengroep met elkaar combineren en bijvoorbeeld in een specifiek gebied een exclusieve distributeur voor een specifieke klantengroep aanwijzen.
- (222) De bescherming van exclusief toegewezen gebieden of klantengroepen is niet absoluut. Om compartimentering van de markt te voorkomen, mag de passieve verkoop in dergelijke gebieden of aan dergelijke klantengroepen niet worden beperkt. Artikel 4, punt b), van Verordening (EU) 2022/720 is alleen van toepassing op aan de afnemer opgelegde beperkingen. De leverancier kan derhalve beperkingen aanvaarden op de verkoop op zich, zowel online als offline, in het exclusieve gebied of aan sommige of alle klanten die tot een exclusieve klantengroep behoren. Beperkingen op passieve verkoop aan eindgebruikers kunnen echter in bepaalde omstandigheden nietig zijn op grond van artikel 6, lid 2, van Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad ⁽¹³⁸⁾.
- (223) Ten tweede biedt artikel 4, punt b), ii), van Verordening (EU) 2022/720 een leverancier die in een bepaald gebied een exclusief distributiestelsel en in een ander gebied een selectief distributiestelsel toepast, de mogelijkheid om zijn exclusieve distributeurs te verbieden actief of passief te verkopen aan niet-erkende distributeurs die gevestigd zijn in het gebied waar de leverancier reeds een selectief distributiestelsel toepast of dat hij voor de exploitatie van een dergelijk stelsel heeft gereserveerd. De leverancier kan ook van zijn exclusieve distributeurs verlangen dat zij hun klanten op dezelfde wijze beperkingen opleggen met betrekking tot de actieve en passieve verkoop aan niet-erkende distributeurs in gebieden waar de leverancier een selectief distributiestelsel toepast of die hij voor dat doel heeft gereserveerd. De mogelijkheid om beperkingen op de actieve en passieve verkoop verder in de distributieketen door te geven, is in dit scenario bedoeld om het gesloten karakter van selectieve distributiestelsels te beschermen.
- (224) Ten derde voorziet artikel 4, punt b), iii), van Verordening (EU) 2022/720 in de mogelijkheid voor een leverancier om de plaats van vestiging van de afnemer aan wie hij een exclusief grondgebied of een exclusieve klantengroep heeft toegewezen, te beperken ("vestigingsbeding"). Dat betekent dat de leverancier van de afnemer kan eisen dat hij zijn verkooppunten en opslagplaatsen tot een bepaald adres, een bepaalde plaats of een bepaald gebied beperkt. Wat mobiele verkooppunten betreft, kan in de overeenkomst een gebied worden vastgesteld waarbuiten het verkooppunt niet mag worden geëxploiteerd. De oprichting en het gebruik van een onlinewinkel door de distributeur is echter niet gelijk te stellen met de opening van een fysiek verkooppunt en kan dus niet worden beperkt ⁽¹³⁹⁾.
- (225) Ten vierde voorziet artikel 4, punt b), vi), van Verordening (EU) 2022/720 in de mogelijkheid voor een leverancier om de actieve en passieve verkoop door een exclusieve groothandelaar aan eindgebruikers te beperken, zodat de leverancier de groothandels- en detailhandelsniveaus gescheiden kan houden. Die uitzondering houdt in dat de groothandelaar aan bepaalde eindgebruikers (bijvoorbeeld enkele grote eindgebruikers) mag verkopen, terwijl hij de verkoop aan alle andere eindgebruikers verbiedt ⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁸⁾ 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 Verordening (EG) nr. 2006/2004 en (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG (PB L 601 van 2.3.2018, blz. 1).

⁽¹³⁹⁾ Zie zaak C-439/09 - *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, punten 56 en 57.

⁽¹⁴⁰⁾ Zie ook punt (222) betreffende Verordening (EU) 2018/302.

- (226) Ten vijfde staat artikel 4, punt b), v), van Verordening (EU) 2022/720 een leverancier toe om beperkingen op het leggen aan de mogelijkheid van de exclusieve distributeur om componenten die voor verwerking in een product zijn geleverd, actief of passief 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.

6.1.2.3.2. Wanneer de leverancier een selectief distributiestelsel toepast

- (227) De hardcorebeperking uiteengezet in artikel 4, punt c), i), van Verordening (EU) 2022/720 betreft overeenkomsten die direct of indirect tot doel hebben beperkingen op te leggen aan het gebied waar of de klanten aan wie de leden van een selectief distributiestelsel (“erkende distributeurs”) de contractgoederen of -diensten actief of passief mogen verkopen. Hiertoe behoren beperkingen van de actieve of passieve verkoop aan eindconsumenten die door een leverancier worden opgelegd aan erkende distributeurs die op retailniveau actief zijn.
- (228) Er zijn vijf uitzonderingen op de hardcorebeperking uiteengezet in artikel 4, punt c), i) van Verordening (EU) 2022/720.
- (229) De eerste uitzondering betreft de beperking van de mogelijkheid voor erkende distributeurs om buiten het selectieve distributiestelsel te verkopen. Die uitzondering houdt in dat de leverancier de actieve verkoop, met inbegrip van gerichte onlinereclame, door erkende distributeurs in andere grondgebieden of aan klantengroepen die exclusief aan andere distributeurs zijn toegewezen of voor de leverancier zijn gereserveerd, mag beperken. De leverancier kan ook van de erkende distributeurs eisen dat zij aan hun directe klanten dergelijke toegestane beperkingen van de actieve verkoop opleggen. De bescherming van dergelijke op basis van exclusiviteit toegewezen gebieden of klantengroepen is echter niet absoluut, aangezien de leverancier de passieve verkoop in dergelijke gebieden of aan dergelijke klantengroepen niet mag beperken.
- (230) De tweede uitzondering staat de leverancier toe zijn erkende distributeurs en hun klanten te verbieden om aan actieve of passieve verkoop te doen aan niet-erkende distributeurs die gevestigd zijn in een gebied waar de leverancier een selectief distributiestelsel toepast.
- (231) De derde uitzondering biedt de leverancier de mogelijkheid een vestigingsbeding op te leggen aan zijn erkende distributeurs om hen te beletten hun activiteiten vanuit verschillende vestigingen uit te oefenen of een nieuw verkooppunt op een andere locatie te openen. Dit betekent dat het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 blijft gelden indien is overeengekomen dat de distributeur zijn verkooppunten en opslagplaatsen beperkt tot een bepaald adres, een bepaalde plaats of een bepaald gebied. Wat mobiele verkooppunten betreft, kan in de overeenkomst een gebied worden vastgesteld waarbuiten het verkooppunt niet mag worden geëxploiteerd. De oprichting en het gebruik door de distributeur van een onlinewinkel is echter niet gelijk te stellen met de opening van een fysiek verkooppunt en kan dus niet worden beperkt ⁽¹⁴¹⁾.
- (232) De vierde uitzondering biedt de leverancier de mogelijkheid om de actieve en passieve verkoop door een erkende groothandelaar aan eindgebruikers te beperken, zodat de leverancier de groothandels- en detailhandelsniveaus gescheiden kan houden. Die uitzondering houdt in dat de groothandelaar aan bepaalde eindgebruikers (bijvoorbeeld enkele grote eindgebruikers) mag verkopen, terwijl de verkoop aan alle andere eindgebruikers is verboden ⁽¹⁴²⁾.
- (233) De vijfde uitzondering staat de leverancier toe om erkende afnemers te verbieden om voor verwerking in een product geleverde componenten actief of passief 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.
- (234) De hardcorebeperking van artikel 4, punt c), iii), van Verordening (EU) 2022/720 betreft de beperking van de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door leden van een selectieve-distributiestelsel die op retailniveau actief zijn. Dat betekent dat de leverancier zijn erkende distributeurs geen beperkingen mag opleggen met betrekking tot de verkoop aan eindgebruikers of aan namens eindgebruikers als afnemer handelende agenten, behalve wanneer die eindgebruikers zich bevinden in een gebied dat, of behoren tot een

⁽¹⁴¹⁾ Zie zaak C-439/09 - *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, punten 55 tot en met 58.

⁽¹⁴²⁾ Zie ook punt (222) betreffende Verordening (EU) 2018/302.

klantengroep die, exclusief aan een andere distributeur is toegewezen of aan de leverancier is voorbehouden in een gebied waar de leverancier een exclusief distributiestelsel toepast (zie artikel 4, punt c), i), 1), van de verordening en punt (229)). Dat sluit evenmin de mogelijkheid uit om de erkende distributeurs te verbieden vanuit een niet-erkende vestigingsplaats werkzaam te zijn (zie artikel 4, punt c), i), 3), van de verordening en punt (231) van de onderhavige leidraden).

- (235) Een leverancier die een selectief distributiestelsel toepast, kan zijn erkende distributeurs selecteren op grond van kwalitatieve en/of kwantitatieve criteria. Eventuele kwalitatieve criteria moeten over het algemeen zowel voor online- als voor offlinekanalen worden vastgesteld. Aangezien online- en offlinekanalen echter verschillende kenmerken hebben, kan een leverancier die een selectief distributiestelsel toepast, zijn erkende distributeurs criteria opleggen voor de onlineverkoop die niet gelijkwaardig zijn aan die voor de verkoop in fysieke winkels, mits de voor de onlineverkoop opgelegde vereisten niet indirect tot doel hebben te verhinderen dat de afnemer het internet daadwerkelijk gebruikt om de contractgoederen of -diensten aan bepaalde gebieden of klanten te verkopen. Een leverancier kan bijvoorbeeld eisen stellen om kwaliteitsnormen voor onlineverkoop te garanderen, zoals de eis om een online-helpdesk voor de dienst naverkoop op te zetten en te beheren; een verplichting om de kosten te dekken van klanten die gekochte producten terugsturen, of het gebruik van veilige betaalsystemen. Evenzo kan een leverancier voor online- en offlineverkoopkanalen verschillende criteria vaststellen met betrekking tot duurzame ontwikkeling. Zo kan een leverancier verlangen dat de verkooppunten milieuvriendelijk zijn of dat bezorgdiensten gebruikmaken van groene fietsen.
- (236) De combinatie van selectieve distributie met exclusieve distributie in hetzelfde gebied kan niet onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen, ook niet wanneer de leverancier exclusieve distributie op groothandelniveau en selectieve distributie op detailhandelniveau toepast. Een dergelijke combinatie zou de erkende distributeurs immers verplichten hardcorebeperkingen te aanvaarden in de zin van artikel 4, punten b) of c), van Verordening (EU) 2022/720, bijvoorbeeld beperkingen op de actieve verkoop aan gebieden of klanten die niet exclusief zijn toegewezen, beperkingen op de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers ⁽¹⁴³⁾, of beperkingen van onderlinge leveringen tussen erkende distributeurs ⁽¹⁴⁴⁾. De leverancier kan zich er echter toe verbinden alleen aan bepaalde erkende distributeurs te leveren, bijvoorbeeld in bepaalde delen van het gebied waar het selectieve distributiestelsel wordt toegepast, of hij kan zich ertoe verbinden in dat gebied zelf geen rechtstreekse verkopen te verrichten ⁽¹⁴⁵⁾. De leverancier kan op grond van de derde uitzondering op artikel 4, punt c), i), van Verordening (EU) 2022/720, zijn erkende distributeurs ook een vestigingsbeding opleggen.
- (237) De in artikel 4, punt c), ii), van Verordening (EU) 2022/720 vastgestelde hardcorebeperking betreft de beperking van onderlinge leveringen tussen erkende distributeurs binnen een selectief distributiestelsel. Dat betekent dat de leverancier actieve of passieve verkoop tussen zijn erkende distributeurs niet kan beletten, aan wie het moet vrijstaan de contractproducten te betrekken van andere erkende distributeurs binnen het netwerk die op hetzelfde of op een ander handelniveau werkzaam zijn ⁽¹⁴⁶⁾. 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. Het betekent ook dat, in een selectief distributiestelsel, de leverancier de verkoop door erkende groothandelaren aan erkende distributeurs niet kan beperken.

6.1.2.3.3. Wanneer de leverancier een stelsel van vrije distributie toepast

- (238) De in artikel 4, punt d), van Verordening (EU) 2022/720 vastgestelde hardcorebeperking betreft overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben het grondgebied waarin of de klanten waaraan een afnemer in een vrijdistributiestelsel de contractgoederen of -diensten actief of passief mag verkopen, te beperken ⁽¹⁴⁷⁾.
- (239) In artikel 4, punt d), van Verordening (EU) 2022/720 zijn vijf uitzonderingen op de hardcorebeperking uiteengezet.

⁽¹⁴³⁾ Zie punt (227).

⁽¹⁴⁴⁾ Zie punt (237).

⁽¹⁴⁵⁾ Zie ook punt (222) betreffende Verordening (EU) 2018/302.

⁽¹⁴⁶⁾ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in zaak AT.40428 - *Guess*, overwegingen 65 tot en met 78.

⁽¹⁴⁷⁾ Zie ook punt (116).

- (240) Ten eerste kan de leverancier op grond van artikel 4, punt d), i), van Verordening (EU) 2022/720 de actieve verkoop, met inbegrip van gerichte onlinereclame, door de afnemer beperken in gebieden of aan klantengroepen die uitsluitend aan andere afnemers zijn toegewezen of die aan de leverancier zijn voorbehouden. De leverancier kan ook van de afnemer verlangen dat hij dergelijke toegestane beperkingen van de actieve verkoop oplegt aan de directe klanten van de afnemer. De bescherming van dergelijke op basis van exclusiviteit toegewezen gebieden of klantengroepen is echter niet absoluut, aangezien de leverancier de passieve verkoop in dergelijke gebieden of aan dergelijke klantengroepen niet mag beperken.
- (241) Ten tweede biedt artikel 4, punt d), ii), van Verordening (EU) 2022/720 de leverancier de mogelijkheid de afnemer beperkingen op te leggen op de actieve of passieve verkoop aan niet-erkende distributeurs die gevestigd zijn in een gebied waar de leverancier een selectief distributiestelsel toepast of dat de leverancier voor de toepassing van een dergelijk stelsel heeft gereserveerd, en van de afnemer te eisen dat hij zijn klanten hetzelfde verbod oplegt. De beperking kan betrekking hebben op actieve of passieve verkoop op elk handelsniveau.
- (242) Ten derde kan de leverancier op grond van artikel 4, punt d), iii), van Verordening (EU) 2022/720 aan de afnemer een vestigingsbeding opleggen om zijn plaats van vestiging te beperken. Dat betekent dat de leverancier van de afnemer kan eisen dat hij zijn verkooppunten en opslagplaatsen beperkt tot een bepaald adres, een bepaalde plaats of een bepaald gebied. Wat mobiele verkooppunten betreft, kan in de overeenkomst een gebied worden vastgesteld waarbuiten het verkooppunt niet mag worden geëxploiteerd. De oprichting en het gebruik door de afnemer van een onlinewinkel is echter niet gelijk te stellen met de opening van een fysiek verkooppunt en kan dus niet worden beperkt ⁽¹⁴⁸⁾.
- (243) Ten vierde voorziet artikel 4, punt d), vi), van Verordening (EU) 2022/720 in de mogelijkheid voor de leverancier om de actieve en passieve verkoop door een groothandelaar aan eindgebruikers te beperken, zodat de leverancier de groothandels- en detailhandelsniveaus gescheiden kan houden. Die uitzondering omvat de mogelijkheid dat de groothandelaar aan bepaalde eindgebruikers (bijvoorbeeld enkele grote eindgebruikers) mag verkopen, terwijl hij de verkoop aan alle andere eindgebruikers verbiedt ⁽¹⁴⁹⁾.
- (244) Ten vijfde staat artikel 4, punt d), v), van Verordening (EU) 2022/720 de leverancier toe de mogelijkheid van de afnemer te beperken om componenten die voor verwerking geleverd zijn, actief of passief 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.

6.1.3. *Beperkingen op de verkoop van vervangingsonderdelen*

- (245) De in artikel 4, punt f), van Verordening (EU) 2022/720 vastgestelde hardcorebeperking betreft overeenkomsten die het eindgebruikers, onafhankelijke herstellende, groothandelaren en dienstverrichters bemoeilijken of verhinderen vervangingsonderdelen rechtstreeks van de fabrikant van die vervangingsonderdelen te kopen. Een overeenkomst tussen een fabrikant van vervangingsonderdelen en een afnemer die die onderdelen in zijn eigen producten verwerkt, zoals “original equipment manufacturers” (“OEM’s”), mag direct noch indirect de verkoop van die vervangingsonderdelen door de fabrikant aan eindgebruikers, onafhankelijke herstellende, groothandelaren of dienstverrichters beperken of verbieden. Er kan met name sprake zijn van indirecte beperkingen wanneer de fabrikant van de vervangingsonderdelen wordt belemmerd de technische informatie en de speciale uitrusting te leveren die eindgebruikers, onafhankelijke herstellende of dienstverrichters nodig hebben om die onderdelen te gebruiken. De overeenkomst mag echter wel de levering van vervangingsonderdelen beperken tot die herstellende of dienstverrichters aan wie de OEM-producent de reparatie of het onderhoud van zijn eigen producten heeft toevertrouwd. Dat betekent tevens dat de OEM-producent van de leden van zijn eigen reparatie- en onderhoudsnetwerk kan eisen dat zij alleen bij hem of bij andere leden van zijn selectief distributiestelsel vervangingsonderdelen kopen wanneer hij een dergelijk stelsel toepast.

6.2. **Beperkingen die van Verordening (EU) 2022/720 zijn uitgesloten**

- (246) In artikel 5 van Verordening (EU) 2022/720 worden bepaalde in verticale overeenkomsten vervatte verplichtingen uitgesloten van het voordeel van de groepsvrijstelling, ongeacht of de in artikel 3, lid 1, van de verordening genoemde marktaandeeldrempels zijn overschreden. Met name in artikel 5 van de verordening worden verplichtingen genoemd waarvan niet met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat zij aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen. Er bestaat evenwel geen vermoeden dat de in artikel 5 van de verordening genoemde verplichtingen binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen of niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen. De uitsluiting

⁽¹⁴⁸⁾ Zie zaak C-439/09 - *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, punten 55 tot en met 58.

⁽¹⁴⁹⁾ Zie ook punt (222) betreffende Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad.

van die verplichtingen van de groepsvrijstelling betekent alleen dat ze aan een individuele toetsing aan artikel 101 van het Verdrag zijn onderworpen. Bovendien is de uitsluiting van een verplichting van de groepsvrijstelling krachtens artikel 5 van de verordening, anders dan in artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720, beperkt tot de specifieke verplichting, indien die verplichting kan worden gescheiden van de rest van de verticale overeenkomst. In dat geval valt de rest van de verticale overeenkomst nog steeds onder de groepsvrijstelling.

6.2.1. Concurrentiebedingen met een looptijd van meer dan vijf jaar

(247) Overeenkomstig artikel 5, lid 1, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 zijn concurrentiebedingen met een looptijd van meer dan vijf jaar uitgesloten van de groepsvrijstelling. Concurrentiebedingen, zoals gedefinieerd in artikel 1, lid 1, punt f), van Verordening (EU) 2022/720, zijn regelingen die ertoe leiden dat de afnemer meer dan 80 % van zijn totale aankopen van de contractgoederen en -diensten en substituten daarvan gedurende het voorafgaande kalenderjaar bij de leverancier of een door de leverancier aangewezen andere onderneming koopt. Dat 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.

(248) Concurrentiebedingen vallen niet onder de groepsvrijstelling indien ze van onbepaalde duur zijn of de duur ervan vijf jaar overschrijdt. Concurrentiebedingen die na een periode van vijf jaar stilzwijgend kunnen worden verlengd, kunnen onder de groepsvrijstelling vallen mits de afnemer daadwerkelijk opnieuw over de verticale overeenkomst met het concurrentiebeding kan onderhandelen of die kan beëindigen met een redelijke opzegtermijn en tegen redelijke kosten, zodat de afnemer na het verstrijken van de periode van vijf jaar daadwerkelijk van leverancier kan veranderen. Wanneer bijvoorbeeld de verticale overeenkomst een concurrentiebeding voor vijf jaar bevat en de leverancier aan de afnemer een lening verstrekt, mag de terugbetaling van die lening de afnemer niet beletten het concurrentiebeding na afloop van de periode van vijf jaar daadwerkelijk te beëindigen. 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 concurrentiebeding de kans krijgen die uitrusting tegen de marktwaarde over te nemen.

(249) Overeenkomstig artikel 5, lid 2, van Verordening (EU) 2022/720 is de beperking van de duur van concurrentiebedingen tot vijf jaar 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 dergelijke gevallen kan het concurrentiebeding voor een langere duur worden opgelegd, mits die niet langer duurt dan de periode dat de afnemer het verkooppunt in gebruik heeft. De reden voor die uitzondering is dat van een leverancier in het algemeen redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat hij de afnemer zonder zijn instemming concurrerende producten laat verkopen in ruimten en op terreinen waarvan hij de eigenaar is. Naar analogie gelden dezelfde principes wanneer de afnemer een mobiel verkooppunt exploiteert dat eigendom is van de leverancier 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, vallen niet onder die uitzondering.

6.2.2. Concurrentiebedingen na het verstrijken van de overeenkomst

(250) Overeenkomstig artikel 5, lid 1, punt b), *juncto* artikel 5, lid 3, van Verordening (EU) 2022/720, zijn aan de afnemer opgelegde concurrentiebedingen die na het verstrijken van de overeenkomst gelden van het voordeel van de groepsvrijstelling uitgesloten, tenzij aan alle volgende voorwaarden is voldaan:

- (a) de verplichting is onmisbaar om door de leverancier aan de afnemer overgedragen knowhow te beschermen;
- (b) het is beperkt tot het verkooppunt waar de afnemer gedurende de contractperiode werkzaam was;
- (c) het is beperkt tot een maximumperiode van een jaar.

(251) De betrokken knowhow moet geheim, wezenlijk en geïdentificeerd zijn in de zin van artikel 1, lid 1, punt j), van Verordening (EU) 2022/720, en moet met name informatie bevatten die voor de afnemer belangrijk en nuttig is voor het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van de contractgoederen of -diensten.

6.2.3. *Concurrentiebedingen opgelegd aan leden van een selectief distributiestelsel*

- (252) Artikel 5, lid 1, punt c), van Verordening (EU) 2022/720 betreft de verkoop van concurrerende goederen of diensten in een selectief distributiestelsel. De vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening geldt voor de combinatie van selectieve distributie met een concurrentiebeding dat erkende distributeurs de wederverkoop van concurrerende merken verbiedt. Een dergelijke verplichting is echter uitgesloten van de groepsvrijstelling wanneer de leverancier zijn erkende distributeurs direct of indirect belet producten voor wederverkoop te kopen van een of meer specifieke concurrerende leveranciers. De reden voor die uitsluiting is dat voorkomen moet worden 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 ertoe kunnen leiden dat een concurrerende leverancier wordt uitgesloten door een vorm van collectieve boycot.

6.2.4. *Platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel*

- (253) De vierde uitsluiting van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling, die is vastgelegd in artikel 5, lid 1, punt d), van Verordening (EU) 2022/720, betreft door leveranciers van onlinetussenhandelsdiensten opgelegde platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel, namelijk directe of indirecte verplichtingen op grond waarvan afnemers van die diensten geen goederen of diensten onder gunstigere voorwaarden aan eindgebruikers mogen aanbieden, verkopen of wederverkopen via concurrerende onlinetussenhandelsdiensten. De voorwaarden kunnen betrekking hebben op prijzen, voorraden, beschikbaarheid of andere aanbiedings- of verkoopvoorwaarden. De pariteitsverplichting voor de detailhandel kan voortvloeien uit een contractuele clausule of uit andere directe of indirecte maatregelen, waaronder het gebruik van gedifferentieerde prijsstelling of prikkels waarvan de toepassing afhangt van de voorwaarden waaronder de afnemer van de onlinetussenhandelsdiensten goederen of diensten aan eindgebruikers aanbiedt via concurrerende onlinetussenhandelsdiensten. Wanneer de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten bijvoorbeeld het aanbieden van een betere zichtbaarheid van de goederen of diensten van de afnemer op zijn website of de toepassing van een lager commissietarief afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de afnemer hem pariteit van voorwaarden verleent ten opzichte van concurrerende aanbieders van dergelijke diensten, komt dit neer op een platformoverschrijdende pariteitsverplichting voor de detailhandel.
- (254) Alle andere soorten pariteitsverplichtingen vallen onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720. Daaronder vallen bijvoorbeeld:
- (a) pariteitsverplichtingen voor de detailhandel met betrekking tot de rechtstreekse verkoopkanalen van afnemers van onlinetussenhandelsdiensten (de zogenaamde “smalle” pariteitsverplichtingen voor de detailhandel);
 - (b) pariteitsverplichtingen met betrekking op de voorwaarden waaronder goederen of diensten worden aangeboden aan ondernemingen die geen eindgebruikers zijn;
 - (c) pariteitsverplichtingen met betrekking tot de voorwaarden waaronder fabrikanten, groothandelaren of detailhandelaren goederen of diensten als inputs kopen (“meestbegunstigde klant”-verplichtingen).
- (255) Afdeling 8.2.5. bevat leidraden voor het beoordelen van pariteitsverplichtingen in individuele zaken waarin Verordening (EU) 2022/720 niet van toepassing is.

7. INTREKKING EN BUITENTOEPASSINGVERKLARING

7.1. **Intrekking van het voordeel van Verordening (EU) 2022/720**

- (256) Zoals vermeld in artikel 6, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 kan de Commissie het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 intrekken op grond van artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 indien zij vaststelt dat in een specifiek geval een verticale overeenkomst waarop Verordening (EU) 2022/720 van toepassing is, bepaalde gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met artikel 101 van het Verdrag. Indien, zoals in artikel 6, lid 2, van Verordening (EU) 2022/720 is bepaald, in een specifiek geval een verticale overeenkomst gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3, van het Verdrag op het grondgebied van een

lidstaat – of op een gedeelte daarvan – dat alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont, kan de bevoegde nationale mededingingsautoriteit van die lidstaat bovendien het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 intrekken op grond van artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003. In artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden de rechterlijke instanties van de lidstaten niet genoemd, die derhalve niet bevoegd zijn om het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 ⁽¹⁵⁰⁾ in te trekken tenzij de betrokken rechterlijke instantie een aangewezen mededingingsautoriteit van een lidstaat is overeenkomstig artikel 35 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

- (257) De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten kunnen het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 intrekken in twee scenario's. Ten eerste kunnen zij het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 intrekken indien een verticale overeenkomst die binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, op zich gevolgen heeft op de relevante markt die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3, van het Verdrag. Ten tweede kunnen zij, zoals vermeld in overweging 20 van Verordening (EU) 2022/720, ook het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 intrekken indien de verticale overeenkomst die 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 mededingingsbeperkende effecten kunnen hebben die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3, van het Verdrag. 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 de intrekking van het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 kunnen rechtvaardigen ⁽¹⁵¹⁾.
- (258) 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 pariteitsverplichtingen voor de detailhandel, selectieve distributie of concurrentiebedingen.
- (259) Wat betreft de pariteitsverplichtingen voor de detailhandel met betrekking tot de directe verkoopkanalen (smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel), is in artikel 6 van Verordening (EU) 2022/720 bepaald dat het voordeel van de verordening overeenkomstig artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003 kan worden ingetrokken, met name wanneer de relevante markt voor de levering van onlinetussenhandelsdiensten sterk geconcentreerd is en de mededinging tussen de aanbieders van dergelijke diensten wordt beperkt door het cumulatieve effect van parallelle netwerken van gelijksoortige overeenkomsten die de afnemers van de onlinetussenhandelsdiensten beletten om goederen of diensten tegen gunstigere voorwaarden via hun directe verkoopkanalen aan eindgebruikers aan te bieden, te verkopen of weder te verkopen. Verdere leidraden over dat scenario zijn te vinden in afdeling 8.2.5.2.
- (260) 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 toepassen, met soortgelijke effecten op de markt. Dergelijke cumulatieve effecten kunnen zich ook voordoen wanneer op een gegeven markt naast elkaar bestaande selectieve distributienetwerken kwalitatieve criteria hanteren die distributeurs van de markt afschermen. Onder die omstandigheden moet bij de beoordeling rekening worden gehouden met de mededingingsverstoringe gevolgen die aan elk individueel netwerk van overeenkomsten kunnen worden toegerekend. Waar passend, kan de intrekking van het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 worden beperkt tot bepaalde kwalitatieve criteria of bepaalde kwantitatieve criteria die bijvoorbeeld het aantal erkende distributeurs beperken.
- (261) De verantwoordelijkheid voor een mededingingsverstoringe cumulatieve werking kan slechts worden gelegd bij die ondernemingen welke hiertoe wezenlijk bijdragen. Overeenkomsten die worden gesloten door ondernemingen waarvan de bijdrage tot de cumulatieve werking onbeduidend is, vallen niet onder het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag ⁽¹⁵²⁾. Zij vallen derhalve niet onder het intrekkingmechanisme ⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ De rechterlijke instanties van de lidstaten mogen evenmin het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 wijzigen door dat toepassingsgebied uit te breiden tot overeenkomsten die niet onder Verordening (EU) 2022/720 vallen. Een dergelijke uitbreiding zou, ongeacht het toepassingsgebied ervan, gevolgen hebben voor de wijze waarop de Commissie haar wetgevende bevoegdheid uitoefent (arrest van 28 februari 1991, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, punt 46 ("zaak C-234/89 - *Delimitis*")).

⁽¹⁵¹⁾ Het is echter onwaarschijnlijk dat een cumulatief marktafsluitend effect optreedt wanneer de parallelle netwerken van verticale overeenkomsten minder dan 30 % van de relevante markt bestrijken (zie punt 10 van de de-minimisbepaling).

⁽¹⁵²⁾ 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 marktafsluitend effect (zie punt 10 van de de-minimismededeling); en zaak C-234/89 - *Delimitis/Henninger Bräu*, punten 24-27.

⁽¹⁵³⁾ Een dergelijke bijdrage zal worden beoordeeld aan de hand van de criteria in afdeling 8 met betrekking tot het handhavingsbeleid in individuele zaken.

- (262) Overeenkomstig artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 kan de Commissie het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 ambtshalve of naar aanleiding van een klacht intrekken. Dat omvat de mogelijkheid voor de bevoegde nationale mededingingsautoriteiten om de Commissie te verzoeken het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 in een bepaalde zaak in te trekken, onverminderd de toepassing van de regels inzake de toewijzing van zaken en de bijstand binnen het Europees mededingingsnetwerk ⁽¹⁵⁴⁾, en onverminderd hun eigen bevoegdheid tot intrekking op grond van artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003. Indien ten minste drie bevoegde nationale mededingingsautoriteiten de Commissie verzoeken artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 in een specifiek geval toe te passen, zal de Commissie de zaak in het kader van het Europees mededingingsnetwerk bespreken. In dat verband zal de Commissie zoveel mogelijk rekening houden met de standpunten van de bevoegde nationale mededingingsautoriteiten die de Commissie hebben verzocht het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 in te trekken om tijdig te kunnen vaststellen of in het specifieke geval aan de voorwaarden voor intrekking is voldaan.
- (263) Uit artikel 29, leden 1 en 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 volgt dat de Commissie de uitsluitende bevoegdheid bezit om het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 in de hele Unie in te trekken, in die zin dat zij het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 kan intrekken ten aanzien van verticale overeenkomsten die de mededinging beperken op een relevante geografische markt die ruimer is dan het grondgebied van één enkele lidstaat, terwijl een bevoegde nationale mededingingsautoriteit het voordeel van de verordening alleen met betrekking tot het grondgebied van haar respectieve lidstaat kan intrekken.
- (264) De intrekkingsbevoegdheid van een individuele bevoegde nationale mededingingsautoriteit heeft derhalve betrekking op gevallen waarin de relevante markt één enkele lidstaat bestrijkt, of een regio die in haar geheel in een lidstaat of een deel daarvan is gelegen. In een dergelijk geval is de bevoegde nationale mededingingsautoriteit van die lidstaat bevoegd om het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 in te trekken met betrekking tot een verticale overeenkomst die gevolgen heeft die op die nationale of regionale markt onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3, van het Verdrag. Dat is een parallelle bevoegdheid omdat artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 de Commissie ook de bevoegdheid verleent om het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 met betrekking tot een nationale of regionale markt in te trekken, mits de betrokken verticale overeenkomst de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.
- (265) Wanneer het om verschillende afzonderlijke nationale of regionale markten gaat, kunnen verschillende bevoegde nationale mededingingsautoriteiten tegelijkertijd het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 intrekken.
- (266) Uit de bewoordingen van artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 volgt dat, wanneer de Commissie het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 intrekt, zij in de eerste plaats moet bewijzen dat de betrokken verticale overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag ⁽¹⁵⁵⁾. Ten tweede moet de Commissie bewijzen dat de overeenkomst gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3, van het Verdrag, wat betekent dat de overeenkomst niet voldoet aan ten minste één van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag ⁽¹⁵⁶⁾. Krachtens artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 gelden dezelfde vereisten wanneer een bevoegde nationale mededingingsautoriteit het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 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 nationale mededingingsautoriteit moet aantonen dat aan ten minste één van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag niet is voldaan ⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ Zie hoofdstuk IV van Verordening (EG) nr. 1/2003.

⁽¹⁵⁵⁾ Indien een verticale overeenkomst buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, zoals uiteengezet in afdeling 3 van de onderhavige richtsnoeren, is de kwestie van de toepassing van Verordening (EU) 2022/720 niet aan de orde, omdat Verordening (EU) 2022/720 categorieën van verticale overeenkomsten omschrijft die gewoonlijk aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen, hetgeen vooronderstelt dat de verticale overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt.

⁽¹⁵⁶⁾ Het volstaat dat de Commissie bewijst dat aan één van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag niet is voldaan. Om de uitzondering van artikel 101, lid 3, te kunnen toepassen, moet namelijk aan alle vier de voorwaarden zijn voldaan.

⁽¹⁵⁷⁾ Het vereiste van artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de bewijslast van de bevoegde mededingingsautoriteit heeft betrekking op de situatie waarin Verordening (EU) 2022/720 niet van toepassing is en een onderneming zich in een individueel geval op artikel 101, lid 3, van het Verdrag beroept. In een dergelijke situatie rust op de onderneming overeenkomstig artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 de bewijslast om aan te tonen dat aan alle vier de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag is voldaan. Daartoe moet zij haar stellingen onderbouwen, zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in zaak AT.39226 - *Lundbeck*, bevestigd bij arresten van 8 september 2016, *Lundbeck/Commissie*, T-472/13, ECLI:EU:T:2016:449; en van 25 maart 2021, *Lundbeck/Commissie*, zaak C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243.

- (267) Indien aan de vereisten van artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 is voldaan, kan de Commissie in een individueel geval het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 intrekken. Een dergelijke intrekking en de daarvoor geldende vereisten zoals uiteengezet deze afdeling, moeten worden onderscheiden van de bevindingen van een inbreukbesluit van de Commissie op grond van hoofdstuk III van Verordening (EG) nr. 1/2003. Een intrekking kan echter worden gecombineerd met bijvoorbeeld het vaststellen van een inbreuk en het opleggen van een corrigerende maatregel, en zelfs met voorlopige maatregelen ⁽¹⁵⁸⁾.
- (268) Indien de Commissie het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 intrekt op grond van artikel 29, lid 1, van Verordening (EC) nr. 1/2003, heeft de intrekking slechts gevolgen *ex nunc*, d.w.z. 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 (EG) nr. 1/2003 moeten de betrokken bevoegde nationale mededingingsautoriteiten ook rekening houden met hun verplichtingen uit hoofde van artikel 11, lid 4, van Verordening (EG) nr. 1/2003, met name met de verplichting om de Commissie alle relevante beoogde beslissingen ter beschikking te stellen.

7.2. Buitentoe passingverklaring van Verordening (EU) 2022/720

- (269) Overeenkomstig artikel 1 bis van Verordening nr. 19/65/EEG, verleent artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720 de Commissie de bevoegdheid om naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke verticale beperkingen bij verordening van het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 uit te sluiten wanneer dergelijke netwerken meer dan 50 % van de relevante markt bestrijken. Een dergelijke verordening is niet gericht tot individuele ondernemingen, maar betreft alle ondernemingen waarvan de overeenkomsten voldoen aan de voorwaarden die zijn neergelegd in een verordening die is vastgesteld op grond van artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720. 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 relevante markt bijdragen en het aantal betrokken geografische markten binnen de Unie zijn twee aspecten die voor die beoordeling van bijzonder belang zijn.
- (270) De Commissie zal overwegen om een verordening in de zin van artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720 vast te stellen indien het waarschijnlijk is dat soortgelijke beperkingen die meer dan 50 % van de relevante markt bestrijken de toegang tot die markt of de mededinging op die markt merkbaar beperken. Dit kan met name het geval zijn wanneer naast elkaar bestaande selectieve distributienetwerken 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 soorten van distributie 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 die soortgelijke effecten op de markt hebben. Artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720 vereist echter niet dat de Commissie een dergelijke verordening vaststelt wanneer de marktdekkingsgraad van 50 % wordt overschreden.
- (271) Een krachtens artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720 vastgestelde verordening heeft tot gevolg dat Verordening (EU) 2022/720 voor de betrokken beperkingen en de betrokken markten niet langer van toepassing is en dat daardoor artikel 101, leden 1 en 3, van het Verdrag volledig van toepassing is.
- (272) Elke verordening die uit hoofde van artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720 wordt vastgesteld, moet duidelijk haar toepassingsgebied omschrijven. Dat betekent dat de Commissie ten eerste de relevante geografische en productmarkt(en) moet omschrijven en ten tweede moet aangeven voor welk type verticale beperkingen Verordening (EU) 2022/720 niet langer van toepassing zal zijn. Wat dit laatste aspect betreft, kan de Commissie het toepassingsgebied van de verordening aanpassen naargelang 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 niettemin het toepassingsgebied van de krachtens artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720 vastgestelde verordening beperken tot concurrentiebedingen die een bepaalde duur overschrijden. Zo kunnen

⁽¹⁵⁸⁾ De Commissie heeft van haar bevoegdheid gebruikgemaakt door het voordeel van de voorheen geldende groepsvrijstellingsverordeningen in te trekken in haar besluiten van 25 maart 1992 (voorlopige maatregelen) 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 haar besluit van 4 december 1991 (voorlopige maatregelen) betreffende een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag in zaak IV/33.157, *Eco System/Peugeot*.

overeenkomsten van kortere duur of van minder beperkende aard ongemoeid worden gelaten wegens de geringere mate van marktafsluiting die zij teweegbrengen. Evenzo kan, wanneer ondernemingen op een bepaalde markt selectieve distributie in combinatie met bijkomende beperkingen zoals concurrentiebedingen of afnamequotering toepassen, een krachtens artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720 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.

- (273) Overeenkomstig artikel 1 bis van Verordening nr. 19/65/EEG moet in een verordening die krachtens artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720 is vastgesteld een overgangperiode van ten minste zes maanden worden bepaald voordat de verordening van toepassing wordt. Die periode is bedoeld om de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun verticale overeenkomsten dienovereenkomstig aan te passen.
- (274) Een krachtens artikel 7 van Verordening (EU) 2022/720 vastgestelde verordening laat de vrijstelling ten aanzien van de betrokken overeenkomsten gedurende de periode voorafgaand aan de datum van toepassing van die verordening onverlet.

8. HANDHAVINGSBELEID IN INDIVIDUELE ZAKEN

8.1. Kader van de analyse

- (275) Wanneer de door Verordening (EU) 2022/720 geboden groepsvrijstelling niet van toepassing is op een verticale overeenkomst, is het van belang te beoordelen of de verticale overeenkomst in het individuele geval binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt en, zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag is voldaan. Mits zij geen mededingingsbeperkende strekking hebben en met name geen hardcorebeperkingen bevatten in de zin van artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720, bestaat er geen vermoeden dat verticale overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 vallen binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen of niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen. Dergelijke overeenkomsten vereisen een individuele beoordeling. Overeenkomsten die de mededinging niet beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag of die voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag, zijn geldig en afdwingbaar.
- (276) Overeenkomstig artikel 1, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 hoeven ondernemingen hun verticale overeenkomst niet aan te melden om een individuele vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, van het Verdrag te genieten. Wanneer de Commissie een individueel onderzoek instelt, staat het aan de Commissie om te bewijzen dat de betrokken verticale overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag. Ondernemingen die zich op artikel 101, lid 3, van het Verdrag beroepen, dragen de bewijslast dat aan de voorwaarden van die bepaling is voldaan. Wanneer is aangetoond dat mededingingsverstoringen effecten waarschijnlijk zijn, worden de betrokken ondernemingen in de gelegenheid gesteld efficiëntievoordelen te onderbouwen en uit te leggen waarom een bepaalde distributieregeling onmisbaar is om waarschijnlijke voordelen voor consumenten te verwezenlijken zonder de mededinging uit te schakelen. De Commissie bepaalt dan of de overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag.
- (277) 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 zou voordoen zonder de verticale beperkingen in de verticale overeenkomst. Bij de beoordeling van individuele zaken kan de Commissie rekening houden 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 negatieve gevolgen voor de mededinging moeten merkbaar zijn ⁽¹⁵⁹⁾. Het is waarschijnlijker dat merkbare mededingingsverstoringen effecten optreden wanneer ten minste

⁽¹⁵⁹⁾ Zie afdeling 3.1.

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. De mate van marktmacht die in het algemeen vereist is voor de vaststelling van een beperking van de concurrentie in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag is geringer dan de mate van marktmacht die vereist is voor de vaststelling van een machtspositie in de zin van artikel 102 van het Verdrag.

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

(278) 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. De volgende factoren zijn met name van belang om te bepalen of een verticale overeenkomst een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag teweegbrengt:

- (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) toetredingsdrempels;
- (f) het stadium van de productie- of distributieketen die wordt getroffen;
- (g) de aard van het product;
- (h) de dynamiek van de markt.

(279) Ook met andere relevante factoren kan rekening worden gehouden.

(280) Het belang van elke factor afzonderlijk hangt af van de omstandigheden van het geval. Zo is een groot marktaandeel van de partijen doorgaans een goede indicator van marktmacht. In het geval van lage toetredingsdrempels kan de marktmacht echter voldoende worden ingeperkt 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.

(281) 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 aandeel van de totale verkoop op de (downstream)-markt waarop die beperkingen van invloed zijn. Het kan nodig zijn die analyse niet tot de expliciete voorwaarden van de overeenkomst te beperken. Het bestaan van impliciete beperkingen kan worden afgeleid uit de manier waarop de overeenkomst door de partijen wordt uitgevoerd en uit de prikkels die zij krijgen.

(282) De marktpositie van de partijen geeft een aanwijzing voor de mate van marktmacht die de leverancier, de afnemer of beiden kunnen bezitten. Hoe groter het marktaandeel, hoe groter de marktmacht wellicht zal zijn. Dat geldt in het bijzonder wanneer in het marktaandeel kostenvoordelen of andere concurrentievoordelen ten opzichte van concurrenten tot uitdrukking komen. Dergelijke concurrentievoordelen kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit het feit dat de leverancier een pionier is op de markt (met de beste vestigingsplaats enz.), over essentiële octrooien of superieure technologie beschikt, merkleider is of een superieur assortiment van producten aanbiedt. Ook de mate van productdifferentiatie kan een relevante indicator voor de aanwezigheid van marktmacht zijn. Het gebruik van merken heeft de neiging de productdifferentiatie te verhogen en de substitueerbaarheid van producten te verminderen, waardoor de elasticiteit van de vraag afneemt en de mogelijkheid om de prijzen te verhogen toeneemt.

- (283) Ook de marktpositie van concurrenten is belangrijk. Hoe sterker de concurrentiepositie van 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 (bijvoorbeeld 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.
- (284) De marktpositie van de downstream-klanten van de partijen bij de verticale overeenkomst vormt een aanwijzing of een of meer van die 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 is voor mogelijke leveranciers. Andere indicatoren zijn 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 eindgebruikers een rol spelen. In sommige omstandigheden kan afnemersmacht voorkomen dat de consument schade ondervindt van een anders problematische verticale overeenkomst. Dat geldt in het bijzonder wanneer sterke klanten bij een kleine maar blijvende relatieve prijsstijging in staat zijn en prikkels hebben om nieuwe leveranciers op de markt te introduceren.
- (285) 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 toetredingsdrempels laag zijn wanneer een effectieve toetreding, waardoor de uitoefening van marktmacht door de gevestigde ondernemingen wordt voorkomen of geërodeerd, waarschijnlijk binnen een of twee jaar zal plaatsvinden. Toetredingsdrempels kunnen bestaan op het niveau van de leveranciers, op het niveau van de afnemers, of op beide niveaus. Toetredingsdrempels kunnen het gevolg zijn van een breed scala van factoren, zoals schaalvoordelen en toepassingsvoordelen (met inbegrip van 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 beperkt zijn (bijvoorbeeld wegens natuurlijke beperkingen), essentiële faciliteiten, het voordeel om de eerste speler op een markt te zijn, en merktrouw van consumenten die is opgebouwd door intensieve reclame gedurende een bepaalde periode. Voor de vraag of sommige van die factoren als toetredingsdrempels moeten worden aangemerkt, is met name bepalend of zij gepaard gaan met verzonken kosten. Verzonken kosten zijn kosten die moeten worden gemaakt om de markt te betreden of op een markt werkzaam te zijn, maar die bij uittreding uit de markt niet kunnen worden gerecupereerd. Reclamekosten, 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.
- (286) Ook verticale beperkingen kunnen als een toetredingsdrempel werken, doordat de toegang wordt bemoeilijkt en (potentiële) concurrenten worden uitgesloten. Een concurrentiebeding dat distributeurs aan een producent bindt, kan bijvoorbeeld een sterk marktafschermend effect hebben indien met het opzetten van een eigen distributienetwerk door de potentiële toetreders verzonken kosten gemoeid zijn.
- (287) Het stadium van de productie- of distributieketen houdt verband met het onderscheid tussen intermediaire en eindgoederen of -diensten. Intermediaire goederen of diensten worden aan ondernemingen verkocht om te worden gebruikt als input voor de productie van andere goederen of diensten, 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 eindgebruikers, die zich vaak meer door merk en imago laten leiden.
- (288) De aard van het product speelt een rol bij het beoordelen van zowel de waarschijnlijke negatieve als de waarschijnlijke positieve effecten van verticale beperkingen, in het bijzonder voor eindgoederen of diensten. Bij de beoordeling van de waarschijnlijke negatieve effecten is het van belang te bepalen of de op de relevante markt verkochte goederen of diensten homogeen of eerder gedifferentieerd zijn ⁽¹⁶⁰⁾, of het product duur is en daardoor 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.

⁽¹⁶⁰⁾ Zie ook punt (282).

- (289) De dynamiek van de relevante markt moet zorgvuldig worden beoordeeld. In sommige dynamische markten zullen de potentiële negatieve effecten van bepaalde verticale beperkingen wellicht niet problematisch zijn, omdat de concurrentie tussen merken van dynamische en innoverende concurrenten als een toereikende dwang kan werken. In andere gevallen kunnen verticale beperkingen een gevestigde onderneming op een dynamische markt echter een duurzaam concurrentievoordeel verschaffen en dus op lange termijn negatieve gevolgen voor de concurrentie hebben. Dat kan het geval zijn wanneer een verticale beperking verhindert dat concurrenten profiteren van netwerkeffecten, of wanneer een markt vatbaar is voor een kanteleffect.
- (290) Bij de beoordeling kunnen ook andere factoren een rol spelen. Die factoren kunnen met name zijn:
- (a) de aanwezigheid van cumulatieve effecten, die voortvloeien uit het feit dat de markt wordt bestreken door soortgelijke verticale beperkingen die door andere leveranciers of afnemers worden opgelegd;
 - (b) of de overeenkomst is “opgelegd” (d.w.z. dat de meeste beperkingen of verplichtingen slechts voor één partij bij de overeenkomst gelden) of “overeengekomen” (beide partijen aanvaarden beperkingen of verplichtingen);
 - (c) het regelgevend kader;
 - (d) gedragingen die op collusie kunnen wijzen of die in de hand kunnen werken, zoals prijsleiderschap, vooraf aangekondigde prijswijzigingen en prijsbesprekingen, prijsrigiditeit als reactie op overcapaciteit, prijsdiscriminatie en collusie in het verleden.

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

- (291) Mededingingsbeperkende verticale overeenkomsten in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag kunnen ook mededingingsbevorderende gevolgen hebben in de vorm van efficiëntieverbeteringen, die kunnen opwegen tegen hun mededingingsbeperkende gevolgen. De beoordeling van efficiëntieverbeteringen versus mededingingsbeperkende effecten vindt plaats in het kader van artikel 101, lid 3, van het Verdrag, dat voorziet in een uitzondering op het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag. Die uitzondering geldt alleen als een verticale overeenkomst aan de vier volgende cumulatieve voorwaarden voldoet:
- (a) het moet objectieve economische voordelen opleveren,
 - (b) een billijk aandeel in het daaruit voortvloeiende voordeel moet de consument ten goede komen ⁽¹⁶¹⁾,
 - (c) de beperkingen van de mededinging moeten onmisbaar zijn om die voordelen te bereiken, en
 - (d) de overeenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten of diensten, de mededinging uit te schakelen ⁽¹⁶²⁾.
- (292) De toetsing van verticale overeenkomsten aan artikel 101, lid 3, van het Verdrag vindt plaats in de feitelijke context van de overeenkomst ⁽¹⁶³⁾, en op basis van de op een bepaald tijdstip bestaande feiten. De toetsing kan wijzigen bij substantiële veranderingen in de feiten. De uitzondering van artikel 101, lid 3, van het Verdrag is van toepassing zolang voldaan is aan de vier voorwaarden, en houdt op van toepassing te zijn wanneer zulks niet langer het geval is ⁽¹⁶⁴⁾. Bij de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag overeenkomstig die 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.

⁽¹⁶¹⁾ Zoals in punt 84 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, is aangegeven, omvat het concept “consument” in de zin van artikel 101, lid 3, van het Verdrag alle directe of indirecte gebruikers van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft, met inbegrip van producenten die de producten als input gebruiken, groothandelaren, detailhandelaren en eindconsumenten, d.w.z. natuurlijke personen die handelen om redenen buiten hun handels- of beroepsactiviteit.

⁽¹⁶²⁾ Zie de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽¹⁶³⁾ Zie arrest van *Ford/Commissie*, gevoegde zaken 25/84 en 26/84, EU:C:1985:340, punten 24 en 25; Punt 44 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽¹⁶⁴⁾ Zie 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, van het Verdrag enkel zolang de overeenkomst mededingingsbeperking tot doel of tot gevolg heeft; Punt 44 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

- (293) De eerste voorwaarde van artikel 101, lid 3, van het Verdrag vereist een beoordeling van de objectieve voordelen die de verticale overeenkomst oplevert in de vorm van efficiëntieverbeteringen. Zoals uiteengezet in afdeling 2.1, kunnen verticale overeenkomsten in dat opzicht veelal efficiëntieverbeteringen opleveren door een verbetering van de wijze waarop de partijen bij de overeenkomst hun complementaire activiteiten verrichten.
- (294) De tweede voorwaarde van artikel 101, lid 3, van het Verdrag vereist dat een billijk aandeel in de voordelen de consument ten goede moet komen. Dat impliceert dat consumenten van de in het kader van de verticale overeenkomst gekochte en/of (weder)verkochte goederen of diensten ten minste gecompenseerd moeten worden voor de negatieve gevolgen van de overeenkomst ⁽¹⁶⁵⁾. 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.
- (295) Ten derde, bij de toepassing van het onmisbaarheidscriterium van artikel 101, lid 3, van het Verdrag zal de Commissie met name nagaan of individuele beperkingen een efficiëntere productie, koop of (weder)verkoop van de contractgoederen of -diensten mogelijk maken dan zonder de betrokken beperking het geval zou zijn. Bij die 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, van het Verdrag 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.
- (296) De vierde voorwaarde van artikel 101, lid 3, van het Verdrag 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. Dat vergt een analyse van de resterende mededingingsdruk op de markt en de gevolgen van de overeenkomst voor die resterende bronnen van mededinging. Bij de toepassing van die voorwaarde moet rekening worden gehouden met het verband tussen artikel 101, lid 3, van het Verdrag en artikel 102 van het Verdrag. Volgens vaste rechtspraak staat de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag niet in de weg aan de toepassing van artikel 102 van het Verdrag ⁽¹⁶⁶⁾. Aangezien de artikelen 101 en 102 van het Verdrag allebei beogen een daadwerkelijke mededinging op de markt te handhaven, veronderstelt een consequente rechtstoepassing daarenboven dat artikel 101, lid 3, zodanig wordt uitgelegd dat elke toepassing van de uitzonderingsregel op beperkende verticale overeenkomsten die een misbruik van een dominante positie inhouden, uitgesloten is ⁽¹⁶⁷⁾. De verticale overeenkomst mag de daadwerkelijke mededinging niet uitschakelen door alle of de meeste bestaande bronnen van daadwerkelijke of potentiële mededinging weg te nemen. Concurrentie tussen ondernemingen is een belangrijke aanjager van economische efficiëntie, onder meer door dynamische efficiëntieverbeteringen in de vorm van innovatie. Zonder die concurrentie heeft de onderneming met een dominante positie onvoldoende prikkels om te blijven streven naar efficiëntieverbeteringen en deze door te geven. Een beperkende overeenkomst die leidt tot het ontstaan, de instandhouding of 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

- (297) Terwijl afdeling 6 leidraden bevat voor de beoordeling van verticale beperkingen die neerkomen op hardcorebeperkingen in de zin van artikel 4 van Verordening (EU) 2022/720, of op uitgesloten beperkingen in de zin van artikel 5 van Verordening (EU) 2022/720, worden in de volgende punten leidraden gegeven voor andere specifieke verticale beperkingen. Verticale beperkingen die in de onderhavige richtsnoeren niet specifiek aan bod komen, zal de Commissie volgens dezelfde beginselen behandelen, rekening houdend met de relevante factoren, zoals uiteengezet in deze afdeling 8.

⁽¹⁶⁵⁾ Zie punt 85 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽¹⁶⁶⁾ Zie arrest van 16 maart 2000, *Compagnie Maritime Belge*, gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, EU:C:2000:132, punt 130. Evenmin staat de toepasselijkheid van artikel 101, lid 3, van het Verdrag in de weg aan de toepasselijkheid van de bepalingen van het Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal. Die bepalingen zijn onder bepaalde omstandigheden toepasselijk op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde gedragingen in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag; zie hiervoor arrest van 19 februari 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, punt 120.

⁽¹⁶⁷⁾ Zie arrest van 10 juli 1990, *Tetra Pak/Commissie*, zaak T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41. Zie ook punt 106 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

8.2.1. *Merkexclusiviteit*

- (298) 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. Dat vereiste komt onder meer voor bij concurrentiebedingen en bij afnamequoteringen die met de afnemer worden overeengekomen. Een concurrentiebeding is gebaseerd op een verplichting of een systeem van prikkels ten gevolge waarvan de afnemer meer dan 80 % van zijn behoefte op een bepaalde markt slechts van één leverancier koopt. Dat betekent niet dat de afnemer alleen direct van de leverancier mag kopen, maar dat hij *de facto* geen concurrerende goederen of diensten koopt en verkoopt of verwerkt. Afnamequotering is een zwakkere vorm van een concurrentiebeding, waarbij ten gevolge van tussen de leverancier en de afnemer overeengekomen prikkels of verplichtingen die laatste zijn bestellingen grotendeels bij die ene leverancier plaatst. Afnamequotering kan onder meer de vorm aannemen van minimale afnameverplichtingen, voorraadverplichtingen of niet-lineaire prijsstelling, 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 de afnemer geen even gunstig aanbod doet, zal waarschijnlijk hetzelfde effect hebben als een merkexclusiviteitsverplichting, in het bijzonder wanneer de afnemer verplicht is bekend te maken van wie het gunstiger aanbod afkomstig is.
- (299) 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 het in de hand werken van collusie tussen leveranciers in het geval van cumulatieve toepassing en, wanneer de afnemer een detailhandelaar is, een vermindering van de in-storeconcurrentie tussen merken. Dergelijke restrictieve effecten hebben directe gevolgen voor de concurrentie tussen merken.
- (300) Merkexclusiviteitsovereenkomsten kunnen onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen, wanneer noch het marktaandeel van de leverancier, noch dat van de afnemer meer dan 30 % bedraagt en het concurrentiebeding niet langer dan vijf jaar geldt. Zoals in punt (248) is uiteengezet, kunnen merkexclusiviteitsovereenkomsten die na een periode van vijf jaar stilzwijgend worden verlengd, onder de groepsvrijstelling vallen, mits de afnemer de merkexclusiviteitsovereenkomst met inachtneming van een redelijke opzegtermijn en tegen een redelijke kostprijs kan heronderhandelen of opzeggen, zodat de afnemer na het verstrijken van de periode van vijf jaar daadwerkelijk van leverancier kan veranderen. Indien die voorwaarden niet zijn vervuld, moet de merkexclusiviteitsovereenkomst individueel worden beoordeeld.
- (301) De mogelijkheid dat merkexclusiviteitsverplichtingen leiden tot mededingingsverstorende uitsluiting, bestaat met name 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 klanten. Concurrenten zijn mogelijk niet in staat te concurreren om de volledige vraag van een individuele klant 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 voldaan ⁽¹⁶⁸⁾. De marktpositie van de leverancier is dus van groot belang voor het beoordelen van mogelijke mededingingsverstorende effecten van merkexclusiviteitsverplichtingen.
- (302) Als concurrenten onder gelijke voorwaarden kunnen concurreren om de volledige vraag van elke individuele afnemer, is het over het algemeen onwaarschijnlijk dat door één enkele leverancier opgelegde merkexclusiviteitsverplichtingen de mededinging merkbaar beperken, tenzij de mogelijkheid van de afnemers om van leverancier te veranderen wordt bemoeilijkt door de duur en de marktdekking van de merkexclusiviteitsverplichtingen. Hoe hoger het percentage van zijn marktaandeel dat een leverancier met een merkexclusiviteitsverplichting verkoopt en hoe langer de duur van de merkexclusiviteitsverplichtingen, des te signifikanter de marktafscherming waarschijnlijk zal zijn. Bij merkexclusiviteitsverplichtingen die door ondernemingen met een dominante positie worden aangegaan, is mededingingsverstorende afscherming waarschijnlijker.

⁽¹⁶⁸⁾ Zie arrest van 23 oktober 2003, *Van den Bergh Foods/Commissie*, zaak T-65/98, EU:T:2003:281, punten 104 en 156.

- (303) 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 mededingingsbeperkende effecten te verwachten. Uitsluiting van concurrenten is niet erg waarschijnlijk wanneer zij een vergelijkbare marktpositie innemen en vergelijkbaar aantrekkelijke producten kunnen aanbieden. In een dergelijk geval kan er echter ten aanzien van potentiële toetreders sprake zijn van marktafsluiting wanneer een aantal grote leveranciers merkexclusiviteitsovereenkomsten sluiten met een aanzienlijk aantal afnemers op de relevante markt (geval van cumulatief effect). Ook kunnen overeenkomsten met een merkexclusiviteitsverplichting in een dergelijk geval collusie tussen concurrerende leveranciers in de hand werken. Wanneer die overeenkomsten afzonderlijk onder de vrijstelling van Verordening (EU) 2022/720 vallen, kan een intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling noodzakelijk zijn om een dergelijk negatief cumulatief mededingingsbeperkend effect aan te pakken. Er wordt over het algemeen van uitgegaan dat een gebonden marktaandeel van minder dan 5 % niet in noemenswaardige mate tot een dergelijk cumulatief effect bijdraagt.
- (304) Wanneer het marktaandeel van de grootste leverancier minder dan 30 % en het gecombineerde marktaandeel van de vijf grootste leveranciers minder dan 50 % bedraagt, is het onwaarschijnlijk dat er sprake is van een individueel of cumulatief mededingingsbeperkend effect. In dergelijke gevallen, indien een potentiële toetreders de markt niet op rendabele wijze kan penetreren, is dit waarschijnlijk toe te schrijven aan andere factoren dan merkexclusiviteitsverplichtingen, bijvoorbeeld aan de voorkeur van de consument.
- (305) Om te bepalen of mededingingsbeperkende afscherming waarschijnlijk is, is het nodig de omvang van de toetredingsdrempels te beoordelen. 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 marktafsluiting waarschijnlijk geen echt probleem.
- (306) Compenserende afnemersmacht 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 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 daaruit 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 het geheel van merkexclusiviteitsverplichtingen tot gevolg heeft dat de toetreding of uitbreiding van concurrerende ondernemingen wordt belet.
- (307) Ten slotte is het stadium van de productie- of distributieketen van belang. Marktafsluiting is minder waarschijnlijk in het geval van een intermediair product. Wanneer de leverancier van een intermediair product geen dominantie positie inneemt, blijft er voor de concurrerende leveranciers een aanzienlijk gedeelte van de vraag over dat vrij is. Merkexclusiviteit kan echter leiden tot mededingingsbeperkende marktafsluitende effecten beneden het niveau waarop er sprake is van een dominantie positie, in gevallen waarin er sprake is van een situatie met cumulatieve effecten. Cumulatieve mededingingsverstoringen zijn onwaarschijnlijk zolang minder dan 50 % van de markt gebonden is.
- (308) Wanneer de overeenkomst betrekking heeft op de levering van een eindproduct op het groothandelsniveau, hangt de waarschijnlijkheid van een concurrentieprobleem grotendeels af van het type groothandel en de toetredingsdrempels op het groothandelsniveau. Er is geen echt risico van marktafsluiting wanneer concurrerende fabrikant gemakkelijk hun eigen groothandelssysteem 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), kan de fabrikant de mogelijkheid en de prikkel hebben om, zo nodig, zijn eigen groothandelssysteem op te zetten, in welk geval het onwaarschijnlijk is dat hij van die markt wordt afgeschermd. Op een markt waar het daarentegen efficiënter is groothandel te drijven in een heel gamma van producten (bijvoorbeeld diepvrieslevensmiddelen) is het voor een fabrikant die slechts één product verkoopt inefficiënt zijn eigen groothandel op te zetten. Zonder toegang tot gevestigde groothandelaren zal de fabrikant waarschijnlijk van de markt worden uitgesloten. In dat geval kunnen er mededingingsverstoringen optreden. Bovendien kan een cumulatief mededingingsbeperkend effect ontstaan indien verschillende leveranciers de meeste van de beschikbare groothandelaren aan zich binden.
- (309) Wat eindproducten betreft, is marktafsluiting over het algemeen waarschijnlijker op het detailhandelsniveau, omdat de meeste fabrikanten die uitsluitend voor hun eigen producten detailhandelsverkooppunten willen oprichten, op belangrijke toetredingsdrempels stuiten. Op het detailhandelsniveau 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 detailhandelsniveau belangrijke mededingingsversturende effecten kunnen optreden zodra een leverancier zonder dominante positie 30 % of meer van de relevante markt aan zich bindt. In het geval van een onderneming met een dominante positie kunnen bij een vrij klein gebonden marktaandeel belangrijke mededingingsbeperkende effecten optreden.

- (310) Ook op het detailhandelsniveau kan er sprake zijn van een cumulatief marktafsluitend effect. Wanneer alle leveranciers een marktaandeel van minder dan 30 % hebben, is een cumulatief marktafsluitend effect onwaarschijnlijk wanneer het totale gebonden marktaandeel minder dan 40 % bedraagt, in welk geval intrekking van de groepsvrijstelling bijgevolg onwaarschijnlijk is. Dat cijfer kan hoger zijn wanneer andere factoren zoals het aantal concurrenten of de toetredingsdrempels in aanmerking worden genomen. Wanneer sommige van de ondernemingen marktaandelen hebben die boven de drempel van artikel 3 van Verordening (EU) 2022/720 liggen, maar geen enkele onderneming een dominante positie inneemt, is een cumulatief marktafsluitend effect onwaarschijnlijk indien het totale gebonden marktaandeel minder dan 30 % bedraagt.
- (311) Wanneer de afnemer zijn bedrijf uitoefent in ruimten en op terreinen die eigendom zijn van de leverancier of die de leverancier van niet met de afnemer verbonden derden huurt, zal de mogelijkheid om doeltreffende maatregelen op te leggen om een mogelijk marktafsluitend effect als gevolg van een merkexclusiviteitsovereenkomst aan te pakken, beperkt zijn. In dat geval is het onwaarschijnlijk dat de Commissie tussenbeide komt beneden het niveau waarop er sprake is van een dominante positie.
- (312) In bepaalde sectoren kan het moeilijk zijn in één verkooppunt meer dan één merk te verkopen, in welk geval een probleem van marktafsluiting beter kan worden verholpen door de looptijd van de contracten te beperken.
- (313) Wanneer merkexclusiviteit merkbare mededingingsbeperkende gevolgen heeft, moet worden nagegaan of de overeenkomst efficiëntieverbeteringen oplevert die voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag. Met betrekking tot concurrentiebedingen kunnen in het bijzonder de efficiëncyeffekten beschreven in punt 16(b) (meeliftgedrag tussen leveranciers), punten 16(e) en (f) ("hold-up"-problemen) en punt 16(i) (onvolkomenheden van de kapitaalmarkt) relevant zijn.
- (314) Wat de in punten 16(b), (e) en (i) beschreven efficiëntieverbeteringen betreft, is het mogelijk dat het opleggen van hoeveelheden aan de afnemer een minder restrictief alternatief is. Omgekeerd kan een concurrentiebeding de enige realistische manier zijn om een efficiëntieverbetering zoals beschreven in punt 16(f) ("hold-up"-probleem in verband met de overdracht van knowhow) te verwezenlijken.
- (315) In het geval van een relatiegebonden investering door de leverancier, zoals beschreven in punt 16(e), zal een concurrentiebeding of afnameverplichting voor de duur van de afschrijving van de investering over het algemeen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen. In het geval van hoge relatiegebonden investeringen kan een 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 in het algemeen geen relatiegebonden investeringen. Wanneer echter een leverancier nieuwe capaciteit creëert die specifiek met de bedrijfsactiviteiten van een bepaalde afnemer verband houdt - men denke bijvoorbeeld aan een producent van blikjes die in 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.
- (316) Concurrentiebedingen kunnen ook worden gebruikt om een "hold-up"-probleem aan te pakken voor investeringen die duurzaamheidsdoelstellingen nastreven. Een "hold-up"-probleem kan bijvoorbeeld ontstaan wanneer een energieleverancier bij een toegenomen vraag naar hernieuwbare energie ⁽¹⁶⁹⁾ wil investeren in een waterkrachtcentrale of een windmolenpark. De leverancier zal dat investeringsrisico op lange termijn wellicht alleen willen nemen als een voldoende aantal afnemers bereid is zich ertoe te verbinden voor een langere periode hernieuwbare energie af te nemen. Dergelijke verticale overeenkomsten met afnemers kunnen concurrentiebevorderend zijn, omdat het langlopende concurrentiebeding noodzakelijk kan zijn om de investering überhaupt te doen plaatsvinden, of om die op de voorziene schaal of binnen de voorziene tijd te doen plaatsvinden. Daarom kunnen dergelijke concurrentiebedingen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen, indien de investering van de leverancier een lange afschrijvingsperiode heeft, die langer is dan de vijf jaar van artikel 5, lid 1, punt a), van Verordening (EU) 2022/720 ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁹⁾ Zie artikel 2, lid 1, van Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (PB L 328 van 21.12.2018, blz. 82).

⁽¹⁷⁰⁾ Ook andere EU-voorschriften kunnen van toepassing zijn op dergelijke investeringen in hernieuwbare energie, onder meer die welke voortvloeien uit artikel 106, lid 1, van het Verdrag, de voorschriften inzake staatssteun en de interne markt.

- (317) Wanneer de leverancier de afnemer een lening verstrekt of hem uitrusting verschaft die niet relatiegebonden is, is het over het algemeen onwaarschijnlijk dat dit op zichzelf een efficiëntieverbetering is die aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoet wanneer de overeenkomst mededingingsbeperkende marktafschermende effecten heeft. In gevallen waarin er sprake is van onvolkomenheden van de kapitaalmarkt, kan het efficiënter zijn wanneer een leverancier van een product een lening verstrekt, in plaats van een bank (zie punt (16)(i)). In dat geval dient de lening evenwel op de minst beperkende wijze te 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.
- (318) De overdracht van wezenlijke knowhow, als bedoeld in punt (16)(f), rechtvaardigt gewoonlijk een concurrentiebeding gedurende de volledige looptijd van de leveringsovereenkomst, bijvoorbeeld bij franchising.
- (319) Het volgende is een voorbeeld van een 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 verticale overeenkomsten verplicht gedurende ten minste vier jaar het product uitsluitend van de marktleider te kopen. De marktleider is bijzonder sterk vertegenwoordigd in dichter bevolkte gebieden, zoals de hoofdstad. Hij heeft tien concurrenten, maar de producten van sommige van hen zijn alleen op bepaalde plaatsen verkrijgbaar en zij hebben allemaal veel kleinere marktaandelen, waarvan de grootste 12 % heeft. Die 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. Het is de enige met regelmatige nationale reclamecampagnes en stelt zijn gebonden detailhandelaren speciale voorraadkasten ter beschikking om zijn product in te bewaren.

Het resultaat is een situatie waarin 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 in die gebieden 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 "hold-up"-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 geen speciale knowhow vereisen en niet-merkgebonden zijn. Bijgevolg is het onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag is voldaan.

- (320) Het volgende is een 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 en de lening moet in gelijke termijnen 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 marktprijs overnemen. Bij het verstrijken van de periode van vijf jaar wordt de uitrusting eigendom van de afnemer. Er zijn twaalf concurrerende producenten, waarvan de meeste klein zijn en de grootste een marktaandeel van 20 % heeft, en zij gebruiken 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 toegetroten en zij hebben een gecombineerd marktaandeel van ongeveer 8 % weten te behalen, ten dele door de leningen van een aantal wederverkopers over te nemen in ruil voor contracten met die wederverkopers.

Het gebonden marktaandeel van producent X bedraagt 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40$ %). Het gebonden marktaandeel van de andere producenten bedraagt ongeveer 25 %. Dat betekent dat gedurende ten minste 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. Het blijkt dat de wederverkopers vaak moeilijk leningen van banken kunnen verkrijgen en over het algemeen te klein zijn om op een andere manier kapitaal aan te trekken, bijvoorbeeld door de uitgifte van aandelen. 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. Gezien de efficiëntieverbeteringen als gevolg van de afnameverplichting, 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 is, anderzijds, is het waarschijnlijk dat de door producent X opgelegde afnamequotering van 75 % aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoet.

8.2.2. Exclusieve levering

- (321) Bij exclusieve levering gaat het om beperkingen 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. Dergelijke beperkingen kunnen de vorm aannemen van een verplichting tot exclusieve levering, waarbij de leverancier verplicht wordt slechts aan één afnemer te verkopen met het oog op wederverkoop of een bepaald gebruik. Zij kunnen bijvoorbeeld ook de vorm aannemen van afnamequotering voor de leverancier, waarbij tussen een leverancier en een afnemer prikkels worden overeengekomen waardoor eerstgenoemde zijn verkoop hoofdzakelijk op die afnemer concentreert. Bij intermediaire goederen of diensten wordt exclusieve levering vaak “industriële levering” genoemd.
- (322) Overeenkomsten voor exclusieve levering vallen onder de groepsvrijstelling waarin Verordening (EU) 2022/720 voorziet, wanneer noch het marktaandeel van de leverancier noch dat van de afnemer meer dan 30 % bedraagt, zelfs in combinatie met andere verticale beperkingen die niet tot de hardcorebeperkingen behoren, zoals concurrentiebedingen. Boven de marktaandeedrempel gelden de in het resterende gedeelte van deze afdeling 8.2.2 vervatte leidraden voor het beoordelen van overeenkomsten voor exclusieve levering in individuele gevallen.
- (323) 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 (130)). Het is evident dat het marktaandeel van de afnemer op de upstream-inkoopmarkt 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”. Het belang van de positie van de afnemer op de downstream-markt is echter de belangrijkste factor om te bepalen of zich een mededingingsprobleem kan voordoen. Wanneer de afnemer downstream geen marktmacht heeft, is het onwaarschijnlijk dat merkbare negatieve effecten voor de consument optreden. Negatieve effecten kunnen zich voordoen wanneer het marktaandeel van de afnemer op de downstream-verkoopmarkt alsook op de upstream-inkoopmarkt meer dan 30 % bedraagt. Wanneer het marktaandeel van de afnemer op de upstream-markt niet hoger dan 30 % is, kunnen toch nog belangrijke marktafscherpende effecten optreden, vooral wanneer het marktaandeel van de afnemer op zijn downstream-markt 30 % overschrijdt en de exclusieve levering een bepaald gebruik van de contractproducten betreft. Neemt een afnemer op de downstream-markt een machtspositie in, dan kan elke verplichting om de producten uitsluitend of hoofdzakelijk aan de dominante afnemer te leveren, gemakkelijk belangrijke mededingingsbeperkende effecten hebben.
- (324) Naast de marktpositie van de afnemer op de upstream- en downstream-markt is het ook van belang rekening te houden met de omvang en de duur van de verplichting tot exclusieve levering. Hoe hoger het aandeel van de gebonden leveringen is en hoe langer de verplichting tot exclusieve levering duurt, des te belangrijker is waarschijnlijk het marktafscherpend effect. Overeenkomsten voor exclusieve levering met een looptijd van minder dan vijf jaar, gesloten door ondernemingen zonder dominante positie, vereisen in de regel een afweging van de mededingingsbevorderende en de mededingingsbeperkende effecten, terwijl overeenkomsten met een looptijd van meer dan vijf jaar voor de meeste soorten investeringen niet noodzakelijk zijn om de beweerde efficiëntieverbeteringen te realiseren, of de efficiëntieverbeteringen zijn ontoereikend om het marktafscherpend effect van dergelijke langlopende overeenkomsten voor exclusieve levering te compenseren.
- (325) De marktpositie van concurrerende afnemers op de upstream-inkoopmarkt is eveneens een belangrijke factor, omdat overeenkomsten voor exclusieve levering concurrerende afnemers waarschijnlijk om mededingingsverstoringe redenen, zoals de verhoging van hun kosten, zullen uitsluiten, wanneer zij aanzienlijk kleiner zijn dan de afnemer die de uitsluiting bewerkstelligt. Uitsluiting van concurrerende afnemers is niet erg waarschijnlijk wanneer die concurrenten dezelfde afnemersmacht 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 voor exclusieve levering sluiten met de meerderheid van de leveranciers op de markt. Een dergelijk cumulatief marktafschermend effect kan aanleiding zijn om het voordeel van Verordening (EU) 2022/720 in te trekken.

- (326) Het bestaan en de omvang van toetredingsdrempels op het niveau van de leveranciers zijn van belang om te beoordelen of er 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 probleem.
- (327) 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 de verplichting tot exclusieve levering soms met een concurrentiebeding gecombineerd. Voor dergelijke combinaties moet ook worden verwezen naar de leidraden inzake merkexclusiviteit. Wanneer er aan beide zijden sprake is van relatiegebonden investeringen ("hold-up" probleem), zal de combinatie van exclusieve levering met een concurrentiebeding in veel gevallen gerechtvaardigd zijn, met name beneden het niveau van een dominante positie.
- (328) Tenslotte zijn het stadium in de productie- of distributieketen en de aard van het product van belang voor de beoordeling van mogelijke marktafschermende effecten. Mededingingsversturende marktafscherming is minder waarschijnlijk wanneer het om een intermediair product gaat of wanneer het product homogeen is. Ten eerste kan een uitgesloten fabrikant die een bepaalde input gebruikt over het algemeen soepeler op de vraag van zijn afnemers reageren dan een groothandelaar of detailhandelaar die op de vraag van de eindconsumenten moet reageren, voor wie merken een belangrijke rol kunnen 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 klassen en kwaliteiten bestaat. Bij eindproducten van een bepaald merk of gedifferentieerde intermediaire producten kan, wanneer er toetredingsdrempels bestaan, exclusieve levering merkbare mededingingsbeperkende effecten hebben indien de concurrerende afnemers betrekkelijk klein zijn in vergelijking met de marktafschermende afnemer, ook al neemt die laatste op de downstream-markt geen dominante positie in.
- (329) Efficiëntieverbeteringen zijn te verwachten in het geval van een "hold-up"-probleem (punten (16)(e) en (f)), en zij zijn waarschijnlijker bij intermediaire producten dan bij eindproducten. Andere efficiencyeffecten zijn minder waarschijnlijk. Mogelijke schaalvoordelen bij de distributie (punt (16)(g)) lijken exclusieve levering niet te kunnen rechtvaardigen.
- (330) 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.
- (331) Het volgende is een 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. A en B mogen andere versies van de component elders blijven verkopen respectievelijk kopen. Afnemer B heeft een marktaandeel van 40 % op de upstream-markt voor componenten en op de downstream-markt voor eindproducten. Het marktaandeel van de leverancier A bedraagt 35 %. Er zijn twee andere leveranciers van componenten met een marktaandeel van 20 tot 25 % en daarnaast is er een aantal kleine leveranciers.

De overeenkomst voldoet, gezien de belangrijke investeringen door beide partijen, waarschijnlijk aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag, omdat zij efficiëntieverbeteringen oplevert en omdat het marktafschermend 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 van het gebruik van onlinemarktplaatsen

- (332) Onlinemarktplaatsen brengen handelaren en potentiële klanten met elkaar in contact om rechtstreekse aankopen mogelijk te maken en zijn over het algemeen aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten. Onlinediensten 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 de onderhavige richtsnoeren als advertentiediensten beschouwd, niet als onlinemarktplaatsen ⁽¹⁷¹⁾.
- (333) Onlinemarktplaatsen zijn een belangrijk verkoopkanaal geworden voor leveranciers en detailhandelaren, omdat ze hen 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 verkopers die geen eigen onlinewinkel hebben of die niet goed bekend zijn bij eindgebruikers.
- (334) Leveranciers willen mogelijk het gebruik van onlinemarktplaatsen door hun afnemers beperken ⁽¹⁷²⁾, bijvoorbeeld om het imago en de positionering van hun merk te beschermen, de verkoop van namaakproducten te ontmoedigen, te zorgen voor voldoende diensten voorafgaand aan de verkoop en volgend op de verkoop, of ervoor te zorgen dat de afnemer een directe relatie met de klanten onderhoudt. Dergelijke beperkingen kunnen gaan van een totaalverbod op het gebruik van onlinemarktplaatsen tot beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen die niet aan bepaalde kwaliteitseisen 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 hun goederen of diensten kunnen worden verkocht. Het opleggen van bepaalde kwaliteitseisen kan *de facto* het gebruik van onlinemarktplaatsen verbieden, omdat geen enkele onlinemarktplaats in staat is aan de vereisten te voldoen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de leverancier eist dat het logo van de onlinemarktplaats niet zichtbaar is, of hij eist dat de domeinnaam van een door de detailhandelaar gebruikte website de naam van het bedrijf van de detailhandelaar bevat.
- (335) Verticale overeenkomsten die het gebruik van onlinemarktplaatsen beperken, vallen onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720, mits de overeenkomst niet direct of indirect tot doel heeft het effectieve gebruik van internet door de afnemer te beletten om de contractgoederen of -diensten aan bepaalde gebieden of klanten te verkopen, in de zin van artikel 4, punt e), van de verordening, en mits het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer de in artikel 3 van Verordening (EU) 2022/720 vastgestelde drempels niet overschrijdt.
- (336) Zoals uiteengezet in afdeling 6.1.2, heeft een beperking van of verbod op de verkoop op onlinemarktplaatsen betrekking op de wijze waarop de afnemer online mag verkopen en houdt geen beperking in van de verkoop aan een bepaald gebied of een bepaalde klantengroep. Hoewel een dergelijke beperking of een dergelijk verbod het gebruik van een specifiek onlineverkoopkanaal beperkt, blijven andere onlineverkoopkanalen voor de afnemer beschikbaar ⁽¹⁷³⁾. Met name kan de afnemer, ondanks een beperking van of verbod op de verkoop op onlinemarktplaatsen, de contractgoederen of -diensten toch via zijn eigen onlinewinkel en andere onlinekanalen verkopen, en kan hij technieken voor zoekmachineoptimalisatie gebruiken of online adverteren, ook op platforms van derden, om de zichtbaarheid van zijn onlinewinkel of andere verkoopkanalen te vergroten. Dergelijke beperkingen kunnen daarom in beginsel onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen.
- (337) Boven de marktaandeeldrempels neergelegd in artikel 3 van Verordening (EU) 2022/720 gelden de in het resterende gedeelte van deze afdeling 8.2.3 vervatte leidraden voor het beoordelen van beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen in individuele gevallen.
- (338) Beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen worden vaak overeengekomen 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, van het Verdrag kan vallen ⁽¹⁷⁴⁾. In gevallen waarin de leverancier geen overeenkomst sluit met de onlinemarktplaats, kan de leverancier mogelijk niet nagaan of de onlinemarktplaats voldoet aan de voorwaarden waaraan zijn erkende distributeurs moeten voldoen voor de verkoop van de contractgoederen of -diensten. In dat geval kan een beperking van of een verbod op het gebruik

⁽¹⁷¹⁾ Zie ook punt (343).

⁽¹⁷²⁾ Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce, afdeling 4.4.

⁽¹⁷³⁾ Zie zaak C-230/16 – *Coty Germany*, punten 64 tot en met 69.

⁽¹⁷⁴⁾ Zie zaak C-230/16 – *Coty Germany*, punten 24 tot en met 36.

van onlinemarktplaatsen passend zijn en niet verder gaan dan wat nodig is om de kwaliteit te behouden en een goed gebruik van de contractgoederen of -diensten te verzekeren. In gevallen waarin een leverancier de exploitant van een onlinemarktplaats als een lid van zijn selectieve-distributiestelsel aanwijst, 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 onlinemarktplaats zelf gebruikt om de contractgoederen of -diensten te verkopen, is het echter onwaarschijnlijk dat beperkingen van het gebruik van die onlinemarktplaatsen voldoen aan de vereisten van geschiktheid en evenredigheid ⁽¹⁷⁵⁾.

- (339) Wanneer een selectieve distributie binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, moeten de verticale overeenkomst en eventuele beperkingen op het gebruik van onlinemarktplaatsen aan artikel 101 van het Verdrag worden getoetst.
- (340) Het voornaamste risico voor de concurrentie dat voortvloeit uit beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen is een vermindering van de concurrentie binnen een merk op distributieniveau. Zo kunnen bepaalde erkende distributeurs, zoals kleine of middelgrote afnemers, een beroep doen op onlinemarktplaatsen om klanten aan te trekken. Beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen kunnen die afnemers een potentieel belangrijk verkoopkanaal ontnemen en de concurrentiedruk verminderen die zij op andere erkende distributeurs uitoefenen.
- (341) Om de mogelijke mededingingsbeperkende effecten van beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen te beoordelen, moet eerst de mate van concurrentie tussen merken worden nagegaan, aangezien een vermindering van de concurrentie binnen een merk op zichzelf waarschijnlijk niet tot negatieve gevolgen voor de consumenten zal leiden wanneer de concurrentie tussen merken op het niveau van de leverancier en de distributeur sterk is ⁽¹⁷⁶⁾. 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 onlinemarktplaatsen 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 eventuele andere beperkingen van de onlineverkoop of reclame die de leverancier oplegt.
- (342) Zoals in punt (334) is uiteengezet, kunnen beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen leiden tot efficiëntieverbeteringen, met name in verband met het waarborgen van merkbescherming, een bepaald kwaliteitsniveau van de dienstverlening of het inperken van de mogelijkheden voor namaking. Voor zover de beperkingen binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag 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, van het Verdrag. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer de onlinemarktplaats detailhandelaren in staat stelt hun eigenmerkwinkel binnen de marktplaats te creëren en zo meer controle uit te oefenen over de manier waarop hun goederen of diensten worden verkocht. Eventuele kwaliteitsgerelateerde rechtvaardigingsgronden waarop de leverancier zich beroept, zullen waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen in de volgende situaties:
- (a) de leverancier maakt zelf gebruik van de onlinemarktplaats die de afnemer niet mag gebruiken;
 - (b) de leverancier legt de beperking op aan sommige distributeurs maar niet aan andere;
 - (c) de exploitant van de onlinemarktplaats is zelf een erkend lid van het selectieve-distributiestelsel.

8.2.4. *Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten*

- (343) Met prijsvergelijkingsdiensten ⁽¹⁷⁷⁾, zoals prijsvergelijkingswebsites of -apps, kunnen verkopers hun zichtbaarheid vergroten en verkeer naar hun onlinewinkel genereren en kunnen potentiële klanten detailhandelaren vinden, verschillende producten vergelijken en aanbiedingen voor hetzelfde product vergelijken. Prijsvergelijkingsdiensten vergroten de prijs transparantie en hebben het potentieel om de prijsconcurrentie binnen een merk en tussen merken op detailhandelniveau te intensiveren.

⁽¹⁷⁵⁾ Zie de punten (147) tot en met (150) van de onderhavige richtsnoeren; en zaak C-230/16 – *Coty Germany*, punten 43 tot en met 58.

⁽¹⁷⁶⁾ Zie zaak C-306/20 – *Visma Enterprise*, punt 78.

⁽¹⁷⁷⁾ Voor de toepassing van de onderhavige richtsnoeren wordt onder prijsvergelijkingsdiensten verstaan diensten die geen rechtstreekse aankoopfunctie bieden. Diensten die gebruikers in staat stellen aankooptransacties te sluiten door verkoop- en aankoopfunctionaliteit te bieden, worden voor de toepassing van de onderhavige richtsnoeren als onlinemarktplaatsen aangemerkt. Beperkingen van het gebruik van onlinemarktplaatsen worden behandeld in afdeling 8.2.3.

- (344) In tegenstelling tot onlinemarktplaatsen bieden prijsvergelijkingsdiensten doorgaans geen verkoop- en aankoopfunctie, maar leiden zij de klanten door naar de onlinewinkel van de detailhandelaar, zodat buiten de prijsvergelijkingsdienst een rechtstreekse transactie tussen de klant en de detailhandelaar kan worden ingeleid. Prijsvergelijkingsdiensten zijn derhalve geen afzonderlijk onlineverkoopkanaal, maar veeleer een onlineadvertentiekanaal.
- (345) Leveranciers willen mogelijk het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten beperken ⁽¹⁷⁸⁾, bijvoorbeeld om hun merkimago te beschermen, aangezien prijsvergelijkingsdiensten 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 op het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten kunnen ook tot doel hebben de mogelijkheden tot namaak te beperken, of het bedrijfsmodel van de leverancier te beschermen, bijvoorbeeld wanneer dat model veeleer op elementen als specialisatie of kwaliteit dan op prijs berust.
- (346) Beperkingen op het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten 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 prijsvergelijkingsdienst worden geadverteerd. Zo kan een beperking in verband met de verstrekking van prijsinformatie aan prijsvergelijkingsdiensten, of een vereiste om de toestemming van de leverancier te verkrijgen alvorens gebruik te maken van prijsvergelijkingsdiensten, of een beperking op het gebruik van het merk van de leverancier op prijsvergelijkingsdiensten, neerkomen op een verbod van het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten.
- (347) Beperkingen op het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten kunnen de zoekkosten voor de consument verhogen en daardoor de concurrentie op het gebied van detailhandelsprijzen afzwakken. Zij kunnen ook de mogelijkheden van de afnemer beperken om potentiële klanten te bereiken, hen over zijn aanbod te informeren en hen naar zijn onlinewinkel te leiden. Zoals in punt (203) is uiteengezet, belet een verbod op het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten de afnemer een volledig onlineadvertentiekanaal te gebruiken, hetgeen een hardcorebeperking is in de zin van artikel 4, punt e), van Verordening (EU) 2022/720. Een verbod op het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten belemmert de afnemer te verkopen aan klanten die buiten zijn activiteitsgebied zijn gevestigd en die online willen kopen. Het zou derhalve kunnen leiden tot marktverdeling en vermindering van de concurrentie binnen een merk.
- (348) Wanneer daarentegen de verticale overeenkomst het gebruik verhindert van prijsvergelijkingsdiensten die zich richten tot klanten in een gebied of klantengroep die exclusief aan andere afnemers is toegewezen of exclusief aan de leverancier is voorbehouden, kan zij de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 genieten, krachtens de uitzondering van artikel 4, punten b), i), c), i), 1) en d), i), van de verordening met betrekking tot exclusieve distributie. Zo kan bijvoorbeeld worden geoordeeld dat een prijsvergelijkingsdienst zich op een exclusief gebied richt wanneer de dienst een taal gebruikt die in dat gebied gebruikelijk is en niet in het gebied van de afnemer, of wanneer de dienst een topleveldomein gebruikt dat met het exclusieve gebied overeenstemt.
- (349) Verticale overeenkomsten die het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten beperken, maar die niet direct of indirect het gebruik van alle prijsvergelijkingsdiensten verhinderen, bijvoorbeeld een bepaling dat de prijsvergelijkingsdienst aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoet, kunnen onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen.
- (350) De volgende leidraden worden gegeven voor het beoordelen van verticale overeenkomsten die het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten beperken en die niet onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen, bijvoorbeeld omdat de in artikel 3 van de verordening vastgestelde marktaandeeldrempels worden overschreden.
- (351) Beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten worden vaak opgelegd in selectieve-distributiestelsels. In afdeling 4.6.2 worden de criteria uiteengezet op grond waarvan een selectieve-distributiestelsel buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt. Wanneer in een selectieve-distributieovereenkomst gebruik wordt gemaakt van beperkingen van het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten, moet dus eerst worden nagegaan of de beperkingen een geschikt en evenredig middel zijn om de kwaliteit van de contractgoederen of -diensten te behouden of het juiste gebruik ervan te waarborgen. In dat opzicht moet worden opgemerkt dat prijsvergelijkingsdiensten potentiële klanten doorverwijzen naar de onlinewinkel van de erkende distributeur voor het sluiten van de verkooptransactie en dat de leverancier gewoonlijk in staat is controle uit te oefenen over de onlinewinkel van de erkende distributeur door middel van de selectiecriteria en door het opleggen van vereisten in de selectieve distributieovereenkomst.

⁽¹⁷⁸⁾ Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce, afdeling B.4.5.

- (352) Wanneer beperkingen op het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten worden gebruikt in een selectieve distributieovereenkomst die binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt of in andere soorten distributieovereenkomsten, moet worden nagegaan of de beperking een merkbaar mededingingsbeperkend effect heeft in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag. Beperkingen op het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten die niet onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720 vallen, kunnen met name de prijsconcurrentie afzwakken of de markten verdelen, wat uiteindelijk gevolgen heeft voor de concurrentie tussen merken en binnen merken. Dergelijke beperkingen kunnen bijvoorbeeld de prijsconcurrentie verminderen, doordat zij de mogelijkheid voor de afnemer beperken om potentiële klanten over lagere prijzen te informeren. De concurrentie binnen een merk kan met name worden beïnvloed wanneer een leverancier de beperkingen slechts aan enkele van zijn distributeurs oplegt, of wanneer de leverancier zelf gebruik maakt van de prijsvergelijkingsdiensten die onder de beperkingen vallen. Voor zover de afnemers beperkt zijn in hun mogelijkheden om een beroep te doen op een potentieel belangrijk onlineadvertentiekanaal, kunnen zij wellicht slechts beperkte concurrentiedruk uitoefenen op de leverancier of andere distributeurs aan wie die beperking niet is opgelegd.
- (353) Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 101, lid 1, van het Verdrag omvatten:
- (a) de marktpositie van de leverancier en zijn concurrenten;
 - (b) het belang van prijsvergelijkingsdiensten als advertentiekanaal op de relevante markt voor de verkoop van de contractgoederen of -diensten;
 - (c) het soort en het toepassingsgebied van de beperkingen en het relatieve belang van de specifieke prijsvergelijkingsdienst waarvan het gebruik wordt beperkt of verboden;
 - (d) of de leverancier ook beperkingen oplegt aan de mogelijkheid van de afnemer om andere vormen van onlinereclame te gebruiken.
- (354) Er moet rekening worden gehouden met het gecombineerde beperkende effect van de beperking van het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten en eventuele andere beperkingen van onlinereclame die door de leverancier worden opgelegd.
- (355) Zoals in punt (345) van de onderhavige richtsnoeren is uiteengezet, kunnen beperkingen op het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten leiden tot efficiëntieverbeteringen, met name in verband met het waarborgen van merkbescherming of een bepaald kwaliteitsniveau van de dienstverlening, of ter inperking van de mogelijkheden tot namaking. Overeenkomstig de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag moet worden nagegaan of dergelijke efficiëntieverbeteringen met minder beperkende middelen kunnen worden bereikt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het gebruik van prijsvergelijkingsdiensten afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de dienst ook voorziet in vergelijkingen of beoordelingen met betrekking tot de kwaliteit van de betrokken goederen of diensten, het niveau van klantenservice door de afnemer of andere kenmerken van het aanbod van de afnemer. Bij de toetsing van kwaliteitsgerelateerde rechtvaardigingsgronden aan artikel 101, lid 3, van het Verdrag moet ook rekening worden gehouden met het feit dat de verkoop niet wordt gesloten op de website van de prijsvergelijkingsdienst, maar in de onlinewinkel van de afnemer.

8.2.5. Pariteitsverplichtingen

- (356) Pariteitsverplichtingen, soms meestbegunstigingsclausules of platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen genoemd, verplichten een verkoper van goederen of diensten om die goederen of diensten aan een andere partij aan te bieden onder voorwaarden die niet minder gunstig zijn dan de voorwaarden die de verkoper aan bepaalde andere partijen of via bepaalde andere kanalen aanbiedt. De voorwaarden kunnen betrekking hebben op prijzen, voorraden, beschikbaarheid of andere aanbiedings- of verkoopvoorwaarden. De pariteitsverplichting kan de vorm aannemen van een contractuele clause of zij kan het resultaat zijn van andere directe of indirecte maatregelen, zoals gedifferentieerde prijsstelling of andere prikkels waarvan de toepassing afhangt van de voorwaarden waaronder de verkoper zijn goederen of diensten aan andere partijen of via andere kanalen aanbiedt.
- (357) De pariteitsverplichtingen voor de detailhandel hebben betrekking op de voorwaarden waaronder goederen of diensten aan eindgebruikers worden aangeboden. Die verplichtingen worden vaak door de aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten (bijvoorbeeld onlinemarktplaatsen of prijsvergelijkingsdiensten) opgelegd aan de afnemers van hun tussenhandelsdiensten (bijvoorbeeld ondernemingen die via het tussenhandelsplatform verkopen).
- (358) De pariteitsverplichtingen voor de detailhandel hebben betrekking op verschillende andere verkoop- of reclamekanalen. Zo hebben de platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel betrekking op de voorwaarden die via concurrerende onlinetussenhandelsdiensten (concurrerende platforms) worden aangeboden. Zogenaamde smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel hebben betrekking op de voorwaarden die worden aangeboden op de directe verkoopkanalen van verkopers van goederen of diensten. Sommige pariteitsverplichtingen voor de detailhandel verwijzen naar de voorwaarden die op alle andere verkoopkanalen worden aangeboden (soms “brede” pariteitsverplichtingen voor de detailhandel genoemd).

- (359) Met uitzondering van platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel in de zin van artikel 5, lid 1, punt d), van Verordening (EU) 2022/720, kunnen alle soorten pariteitsverplichtingen in verticale overeenkomsten onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van de verordening vallen. De volgende leidraden worden gegeven voor het beoordelen van de in artikel 5, lid 1, punt d), van Verordening (EU) 2022/720 bedoelde platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel en voor andere soorten pariteitsverplichtingen in gevallen waarin de groepsvrijstelling niet van toepassing is.

8.2.5.1. Platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel

- (360) Bij pariteitsverplichtingen voor de detailhandel die tot gevolg hebben dat een afnemer van onlinetussenhandelsdiensten niet via concurrerende onlinetussenhandelsdiensten goederen of diensten tegen gunstigere voorwaarden kan aanbieden, verkopen of doorverkopen aan eindgebruikers, zoals omschreven in artikel 5, lid 1, punt d), van Verordening (EU) 2022/720, is het waarschijnlijker dan bij andere soorten pariteitsverplichtingen dat ze mededingingsbeperkende effecten hebben. Dat soort pariteitsverplichting voor de detailhandel kan de concurrentie op de volgende manieren beperken:
- (a) ze kan de concurrentie afzwakken en collusie tussen aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten in de hand werken. Met name is het waarschijnlijker dat een aanbieder 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 de diensten van de aanbieder, 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) ze kan de toetreding of uitbreiding van nieuwe of kleinere aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten voorkomen door hun mogelijkheden te beperken om afnemers en eindgebruikers gedifferentieerde prijsdienstcombinaties aan te bieden.
- (361) Voor de beoordeling van dat soort pariteitsverplichting moet rekening worden gehouden met de volgende factoren:
- (a) de marktpositie van de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten die de verplichting oplegt en van zijn concurrenten;
 - (b) het aandeel van de afnemers van de betrokken onlinetussenhandelsdiensten die onder de verplichtingen vallen;
 - (c) het “homing”-gedrag van de afnemers van de onlinetussenhandelsdiensten en van de eindgebruikers (hoeveel concurrerende onlinetussenhandelsdiensten zij gebruiken);
 - (d) het bestaan van drempels voor de toegang tot de relevante markt voor de levering van onlinetussenhandelsdiensten;
 - (e) het belang van de rechtstreekse verkoopkanalen van de afnemers van de onlinetussenhandelsdiensten en de mate waarin die afnemers hun producten kunnen verwijderen van de platforms van de aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten (de-listing).
- (362) De beperkende effecten van platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel zijn over het algemeen sterker wanneer ze worden toegepast door een of meer toonaangevende aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten. Wanneer dergelijke aanbieders 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 aanbieders te handhaven.
- (363) Het aandeel van de afnemers van de relevante onlinetussenhandelsdiensten waarop de pariteitsverplichtingen voor de detailhandel van toepassing zijn en het “homing”-gedrag van die afnemers zijn belangrijk, omdat die erop kunnen wijzen dat de pariteitsverplichtingen van een aanbieder de mededinging beperken voor een gedeelte van de vraag dat groter is dan het marktaandeel van de aanbieder. Een aanbieder 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 voor de detailhandel oplegt, kunnen – omdat zij van meerdere platforms gebruikmaken – meer dan 50 % van het totale aantal platformtransacties voor hun rekening nemen. In dat geval kunnen de pariteitsverplichtingen van de aanbieder de mededinging voor meer dan de helft van de totale relevante vraag beperken.
- (364) 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 onlinetussenhandelsdienst wanneer de dienst een transactie tot stand brengt. Zoals uiteengezet in punt (363), 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 aanbieder. Single-homing door eindgebruikers kan betekenen dat elke aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten de toegang tot een afzonderlijke groep eindgebruikers controleert. Dat kan de onderhandelingspositie van de aanbieder versterken en zijn vermogen om pariteitsverplichtingen voor de detailhandel op te leggen, vergroten.

- (365) Markten voor de verlening van onlinetussenhandelsdiensten worden vaak gekenmerkt door aanzienlijke barrières voor toetreding en uitbreiding, die de negatieve effecten van pariteitsverplichtingen voor de detailhandel kunnen verergeren. Die markten worden vaak gekenmerkt door positieve indirecte netwerkeffecten: nieuwe of kleinere aanbieders van dergelijke diensten kunnen moeite hebben om afnemers aan te trekken omdat hun platforms toegang bieden tot onvoldoende eindgebruikers. Wanneer de eindgebruikers eindconsumenten zijn, kunnen merkgetrouwheid, single-homing en de lock-in-strategieën van gevestigde aanbieders van tussenhandelsdiensten eveneens drempels voor toetreding opwerpen.
- (366) Afnemers van onlinetussenhandelsdiensten kunnen hun goederen of diensten ook direct aan eindgebruikers verkopen. Een dergelijke rechtstreekse verkoop kan de aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten beperken in hun mogelijkheid om de prijs van hun diensten te verhogen. Daarom moet worden nagegaan of dergelijke rechtstreekse verkoopkanalen ook onder de pariteitsverplichting voor de detailhandel vallen, welk aandeel van de verkoop van de betrokken goederen of diensten via de rechtstreekse verkoopkanalen en via de onlinetussenhandelsdiensten verloopt en in hoeverre de twee soorten kanalen substitueerbaar zijn vanuit het oogpunt van de verkopers en de afnemers van de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten.
- (367) 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 mededingingsbeperkend effect zullen de beperkende gevolgen over het algemeen slechts worden toegeschreven aan de pariteitsverplichtingen van aanbieders van wie het marktaandeel meer dan 5 % bedraagt.
- (368) In beginsel kunnen pariteitsverplichtingen voor de detailhandel ook door detailhandelaars worden opgelegd met betrekking tot de voorwaarden waaronder de goederen of diensten van de verkoper door concurrerende detailhandelaars aan eindconsumenten worden aangeboden. Wanneer dit soort pariteitsverplichting echter betrekking heeft op de prijs, wordt over het algemeen van de verkoper van goederen of diensten die de verplichting aanvaardt, verlangd dat hij een minimumverkoopprijs (verticale prijsbinding) overeenkomt met de concurrerende detailhandelaars waarmee hij zaken doet. Verticale prijsbinding is een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, punt a), van Verordening (EU) 2022/720. In gevallen waarin ondernemingen in staat zijn dergelijke pariteitsverplichtingen voor de detailhandel uit te voeren in overeenstemming met de regels inzake verticale prijsbinding, ook wanneer de pariteitsverplichting betrekking heeft op andere voorwaarden dan de prijs, kunnen de verplichtingen onder de groepsvrijstelling vallen. Boven de in artikel 3, lid 1, van de verordening vastgestelde marktaandeeldrempel zijn de in de punten (360) tot en met (367) vervatte richtsnoeren van overeenkomstige toepassing.

8.2.5.2. Pariteitsverplichtingen voor de detailhandel met betrekking tot directe verkoopkanalen

- (369) De door de aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten opgelegde pariteitsverplichtingen voor de detailhandel met betrekking tot de directe verkoopkanalen beletten de afnemers van de diensten om op hun directe verkoopkanalen prijzen en voorwaarden aan te bieden die gunstiger zijn dan de voorwaarden die zij aanbieden op het platform van de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten die de verplichting oplegt. Die verplichtingen worden vaak "smalle" pariteitsverplichtingen voor de detailhandel genoemd. In beginsel vormen smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel geen beperking van de mogelijkheid voor een afnemer van onlinetussenhandelsdiensten om via andere onlinetussenhandelsdiensten gunstigere prijzen of voorwaarden aan te bieden. Wanneer de afnemer echter gebruikmaakt van meerdere aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten die smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel toepassen, beletten die verplichtingen hem om op zijn directe kanalen voorwaarden aan te bieden die gunstiger zijn dan de voorwaarden die hij op het duurste tussenhandelsplatform aanbiedt.
- (370) Smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel nemen de druk weg die wordt uitgeoefend door de directe verkoopkanalen van de afnemer. Wanneer de concurrentie voor de levering van onlinetussenhandelsdiensten beperkt is, kunnen die smalle pariteitsverplichtingen de aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten in staat stellen een hogere prijs voor hun diensten te handhaven, hetgeen kan leiden tot hogere detailhandelsprijzen voor de middels tussenhandelsdiensten geleverde goederen of diensten.
- (371) Onder bepaalde omstandigheden, met name wanneer het aantal aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten beperkt is, kunnen smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel afbreuk doen aan de prikkels voor afnemers van de onlinetussenhandelsdiensten om veranderingen in de prijs van de tussenhandelsdiensten in hun detailhandelsprijzen door te berekenen. Dat kan leiden tot een afzwakking van de concurrentie tussen de aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten, hetgeen vergelijkbaar is met het effect van de platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel.

8.2.5.3. Toetsing aan artikel 101, lid 3, van het Verdrag van de pariteitsverplichtingen voor de detailhandel

- (372) Wanneer pariteitsverplichtingen voor de detailhandel merkbaar beperkende effecten hebben, moeten mogelijke rechtvaardigingsgronden uit het oogpunt van efficiëntieverbeteringen aan artikel 101, lid 3, van het Verdrag worden getoetst. De meest gebruikelijke rechtvaardiging voor het gebruik van pariteitsverplichtingen voor de detailhandel door aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten is het aanpakken van een meeliftprobleem. Zo is het mogelijk dat de aanbieder geen prikkel heeft om te investeren in de ontwikkeling van zijn platform, in diensten voorafgaand aan de verkoop, of in vraagbevorderende promotie, 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.
- (373) Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 101, lid 3, van het Verdrag zijn onder meer of de investeringen van de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten objectieve voordelen opleveren, d.w.z. of zij waarde toevoegen voor de eindgebruikers; of het risico van meeliftgedrag met de investeringen van de aanbieder 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 prikkel om in de onlinetussenhandelsdiensten te investeren. Bewijs van de mate waarin gebruikers van de tussenhandelsdiensten (verkopers en afnemers) 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 aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten of zijn concurrenten op andere vergelijkbare markten actief zijn zonder gebruik te maken van pariteitsverplichtingen voor de detailhandel of met gebruikmaking van minder restrictieve verplichtingen, 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 tussenhandelsplatforms, zoals het bundelen van de promotie-uitgaven van gebruikers, grotere prijstransparantie of lagere transactiekosten, kunnen alleen voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag als de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten kan aantonen dat er sprake is van een direct oorzakelijk verband tussen het aangevoerde voordeel en het gebruik van het specifieke soort pariteitsverplichting.
- (374) In het algemeen is het waarschijnlijker dat smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen dan platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel. Dit is hoofdzakelijk zo omdat de beperkende effecten ervan over het algemeen minder ernstig zijn en daarom waarschijnlijk eerder door efficiëntieverbeteringen zullen worden gecompenseerd. Bovendien kan het risico van meeliftgedrag door verkopers van goederen of diensten via hun directe verkoopkanalen groter zijn, met name omdat de verkoper voor zijn directe verkoop geen platformcommissiekosten hoeft te betalen. Wanneer de smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel echter geen efficiëntieverbeteringen in de zin van artikel 101, lid 3, van het Verdrag opleveren, kan het voordeel van de groepsvrijstelling worden ingetrokken. Dit kan met name het geval zijn wanneer het risico van meeliftgedrag beperkt is of wanneer de smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel niet onmisbaar zijn om de efficiëntieverbeteringen te bereiken. Zonder efficiëntieverbeteringen is intrekking bijzonder waarschijnlijk wanneer de drie grootste aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten op de relevante markt smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel toepassen, en die aanbieders een gecombineerd marktaandeel van meer dan 50 % hebben. Zonder efficiëntieverbeteringen kan de groepsvrijstelling ook worden ingetrokken, afhankelijk van de bijzondere omstandigheden, wanneer voor afnemers die een aanzienlijk deel van de totale relevante vraag naar onlinetussenhandelsdiensten vertegenwoordigen, smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel gelden. De groepsvrijstelling kan worden ingetrokken ten aanzien van de overeenkomsten van alle aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten waarvan de smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel in aanzienlijke mate bijdragen tot het cumulatieve mededingingsverstorende effect, namelijk aanbieders met een marktaandeel van meer dan 5 %.
- (375) Het volgende is een voorbeeld van het gebruik van smalle pariteitsverplichtingen voor de detailhandel:

Twee derde van de afhaalmaaltijden die in een lidstaat worden geleverd om thuis te worden geconsumeerd, wordt via onlineplatforms besteld en een derde wordt rechtstreeks bij restaurants besteld. De platforms A, B, C en D genereren respectievelijk 25 %, 20 %, 20 % en 15 % van de bestellingen die via platforms worden gedaan. De platforms A, B en C zijn al drie tot vijf jaar actief in de lidstaat en het aandeel van de totale bestellingen via platforms is in die periode gegroeid. Platform D is recenter op de markt gekomen. De platforms brengen de restaurants een commissie van 15-20 % per bestelling in rekening. De meeste consumenten die platforms gebruiken, gebruiken één of twee platforms, terwijl de meeste restaurants die platforms gebruiken, twee of meer platforms gebruiken.

In de laatste twaalf maanden hebben alle platforms een smalle pariteitsclausule voor de detailhandel ingevoerd, waardoor de restaurants geen lagere prijzen kunnen aanbieden voor rechtstreekse online- of telefonische bestellingen. In dezelfde periode hebben drie van de platforms hun standaardcommissietarief verhoogd. De platforms stellen dat de smalle pariteitsclausulen noodzakelijk is om te voorkomen dat restaurants meeliften op hun investeringen, met name in de ontwikkeling van gebruikersvriendelijke zoeken en vergelijkingsfuncties en veilige betalingsdiensten.

Geen van de drie grootste platforms heeft in de afgelopen twaalf maanden nieuwe functies of diensten toegevoegd of hun diensten aanzienlijk verbeterd. Er is geen concreet bewijs van een merkbaar risico van meelifgedrag, met name dat een aanzienlijk deel van de consumenten de platformen gebruikt om restaurantaanbiedingen te zoeken en te vergelijken, maar vervolgens rechtstreeks bij het restaurant bestelt. Evenmin is er bewijs dat de vermeende dreiging van meelifgedrag een negatieve invloed heeft gehad op de investeringen die de platforms in het verleden hebben gedaan om hun diensten te ontwikkelen.

Indien wordt geconcludeerd dat de relevante productmarkt bestaat uit de levering van platformdiensten aan restaurants, lijkt de levering van die diensten geconcentreerd. Gezien de recente verhoging van de commissietarieven van de platforms en het gebrek aan bewijs dat pariteitsclausules efficiëntieverbeteringen opleveren, is het waarschijnlijk dat het voordeel van de groepsvrijstelling zal worden ingetrokken met betrekking tot de restaurantovereenkomsten van alle vier de platforms.

8.2.5.4. Upstream-pariteitsverplichtingen

- (376) Platformoverschrijdende en smalle pariteitsverplichtingen kunnen worden opgelegd door aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten met betrekking tot de voorwaarden waaronder goederen of diensten worden aangeboden aan ondernemingen die geen eindgebruikers zijn (bijvoorbeeld aan detailhandelaren). Dit soort pariteitsverplichting valt onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, van Verordening (EU) 2022/720. In beginsel kan dit soort upstream-pariteitsverplichting de mededinging voor de verlening van onlinetussenhandelsdiensten op soortgelijke wijze beperken als pariteitsverplichtingen voor de detailhandel. Om dit soort upstream-pariteitsverplichting te beoordelen, moet echter ook rekening worden gehouden met de mededingingsvoorwaarden downstream, dat wil zeggen tussen de ondernemingen die goederen of diensten kopen via de onlinetussenhandelsdienst. In gevallen waarin de groepsvrijstelling niet van toepassing is, kunnen de aanwijzingen in de punten (360) tot (374) naar analogie worden toegepast.

8.2.5.5. Meestbegunstigde klant-verplichtingen

- (377) Pariteitsverplichtingen kunnen ook worden opgelegd door fabrikanten, groothandelaren of detailhandelaren met betrekking tot de voorwaarden waaronder zij goederen of diensten als inputs van leveranciers kopen. Dat soort traditionele meestbegunstigde klant-verplichting heeft geen rechtstreekse gevolgen voor de voorwaarden waaronder de afnemende ondernemingen downstream concurreren. Het voornaamste bezwaar in verband met pariteitsverplichtingen met betrekking tot de voorwaarden waaronder goederen of diensten als input worden aangekocht, is dat ze de prikkel voor leveranciers van inputs om te concurreren, kunnen verminderen en zo de inputprijzen kunnen verhogen. Relevante factoren voor de beoordeling van die verplichtingen 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 verplichtingen wordt bestreken en de kosten van de betrokken input ten opzichte van de totale kosten van de afnemers.
- (378) Traditionele meestbegunstigde klant-verplichtingen kunnen leiden tot efficiëntieverbeteringen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag. Zij kunnen met name de partijen bij een langlopende leveringsovereenkomst in staat stellen de transactiekosten tot een minimum te beperken. Zij kunnen ook opportunistisch gedrag van de leverancier voorkomen en een “hold-up”-probleem voor de afnemer aanpakken, waarbij de afnemer bijvoorbeeld zou kunnen afzien van investering in of lancering van een nieuw product, omdat hij vreest dat de leverancier van de input zijn prijs voor latere afnemers zal verlagen. Dit soort efficiëntie is waarschijnlijker in langdurige relaties waarbij sprake is van verzonken investeringen.

8.2.6. Vooraf te betalen toegangsvergoedingen

- (379) 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 distributienetwerk te krijgen en als vergoeding voor diensten die detailhandelaren aan hen verlenen. Tot die categorie behoren verschillende soorten vergoedingen, bijvoorbeeld voor het vrijmaken van schapruimte (“slotting allowances”), ⁽¹⁷⁹⁾ om in de schappen te blijven (“pay-to-stay fees”) ⁽¹⁸⁰⁾ of om toegang te krijgen tot de promotiecampagnes van een distributeur. Deze afdeling 8.2.6 bevat leidraden voor het beoordelen van vooraf te betalen toegangsvergoedingen in individuele gevallen boven de marktaandeeldrempel zoals vastgesteld in artikel 3 van Verordening (EU) 2022/720.
- (380) Vooraf te betalen toegangsvergoedingen kunnen resulteren in mededingingsversturende uitsluiting van andere distributeurs. Zo kan een hoge vergoeding een leverancier ertoe aanzetten om 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 marktafsluitend effect hebben op de downstream-markt als verplichtingen tot exclusieve levering. Om de waarschijnlijkheid van dat soort negatieve effecten te beoordelen, kunnen de leidraden betreffende verplichtingen tot exclusieve levering naar analogie worden toegepast (met name de punten (321) tot en met (330)).
- (381) Uitzonderlijk kunnen vooraf te betalen toegangsvergoedingen resulteren in mededingingsversturende marktafsluitende effecten in de upstream-markt. 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 (298) tot en met (318)). 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, van Verordening (EU) 2022/720 (zie afdeling 4.4.3).
- (382) Behalve dat zij marktafsluitende effecten kunnen hebben, kunnen vooraf te betalen toegangsvergoedingen ook de concurrentie afwakken 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 die vergoedingen te dekken. Hogere leveringsprijzen kunnen de prikkel voor detailhandelaren om op de downstream-markt op prijs te concurreren doen afnemen, terwijl de winst van de distributeurs als gevolg van de toegangsvergoedingen toeneemt. Een dergelijke vermindering van de concurrentie tussen distributeurs door het cumulatieve gebruik van vooraf te betalen toegangsvergoedingen doet zich over het algemeen alleen voor wanneer de distributiemarkt zeer geconcentreerd is.
- (383) 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 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 die 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 in het algemeen alleen bereid zal zijn vooraf een toegangsvergoeding te betalen indien hij de kans klein acht dat de productlancering zal mislukken.
- (384) Bovendien kunnen leveranciers door de in het vorige punt genoemde informatiekloof prikkels 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 dragen. Vooraf te betalen toegangsvergoedingen kunnen dergelijk meelifgedrag voorkomen, doordat het risico van mislukking van het product weer bij de leverancier komt te liggen, hetgeen bijdraagt tot een optimaal aantal productlanceringen.

⁽¹⁷⁹⁾ Vaste vergoedingen die fabrikanten aan detailhandelaren betalen om toegang tot hun schapruimte te krijgen.

⁽¹⁸⁰⁾ De betaling van een vast bedrag om te waarborgen dat een bestaand product nog een bepaalde tijd in de schappen aanwezig blijft.

8.2.7. Categoriemanagementovereenkomsten

- (385) Categoriemanagementovereenkomsten zijn overeenkomsten ⁽¹⁸¹⁾ waarbij de distributeur aan de leverancier (de “category captain”) de marketing van een categorie producten toevertrouwt. Dat kan niet alleen de producten van de leverancier omvatten, maar ook de producten van de concurrenten van de leverancier. 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 vrijstelling van artikel 2, lid 1 van Verordening (EU) 2022/720, wanneer noch het marktaandeel van de category captain, noch dat van de distributeur meer dan 30 % bedraagt, en mits de overeenkomst geen hardcorebeperkingen bevat, bijvoorbeeld beperkingen op de mogelijkheid van de distributeur om zijn verkoopprijs vast te stellen in de zin van artikel 4, punt a), van Verordening (EU) 2022/720.
- (386) Hoewel categoriemanagementovereenkomsten doorgaans geen probleem vormen, kunnen zij de mededinging tussen leveranciers vervalsen en tot mededingingsverstorende uitsluiting van andere leveranciers leiden, in gevallen waarbij de category captain in staat is de distributie van producten van concurrerende leveranciers te beperken of te benadelen. Over het algemeen zal de distributeur er geen belang bij hebben zijn keuze van producten te beperken. Wanneer de distributeur echter ook concurrerende producten onder zijn eigen merknaam verkoopt, kan hij ook prikkels hebben om bepaalde leveranciers uit te sluiten. Om de waarschijnlijkheid van een dergelijk marktafslachermend effect upstream te beoordelen, kunnen de leidraden betreffende merkeksclusiviteitsverplichtingen naar analogie worden toegepast (met name de punten (298) tot en met (318)). Bij die beoordeling moet met name rekening worden gehouden met de marktdkking van de categoriemanagementovereenkomsten, het mogelijke cumulatieve gebruik van dergelijke overeenkomsten en de marktpositie van concurrerende leveranciers en de distributeur.
- (387) Categoriemanagementovereenkomsten kunnen daarnaast collusie tussen distributeurs in de hand werken, wanneer dezelfde leverancier voor alle of de meeste concurrerende distributeurs als category captain fungeert. Dergelijke overeenkomsten kunnen 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 ⁽¹⁸²⁾. Verordening (EU) 2022/720 heeft geen betrekking op dergelijke informatie-uitwisselingen tussen concurrenten. Met name zijn de in de punten (95) tot en met (103) gegeven richtsnoeren voor de uitwisseling van informatie alleen van toepassing op de uitwisseling van informatie in het kader van de in artikel 2, lid 4, van de verordening beschreven scenario's van duale distributie. Punt (103), waarin de voorzorgsmaatregelen worden beschreven die ondernemingen kunnen nemen om het risico van collusie bij de uitwisseling van informatie in het kader van de duale distributie tot een minimum te beperken, kan echter naar analogie relevant zijn.
- (388) Categoriemanagementovereenkomsten kunnen ook efficiëntieverbeteringen opleveren. Dergelijke overeenkomsten kunnen distributeurs toegang geven 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 aanbieden. 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

- (389) 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 van het Verdrag inhouden ⁽¹⁸³⁾. Koppelverkoop kan ook een verticale beperking in de zin van artikel 101 van het Verdrag vormen, wanneer die leidt tot een merkeksclusiviteitsverplichting voor het gekoppelde product (zie punten (298) tot en met (318)). Slechts die laatste situatie wordt in de onderhavige richtsnoeren behandeld.

⁽¹⁸¹⁾ Een overeenkomst in de zin van artikel 101 van het Verdrag kan ook ontstaan wanneer de “category captain” niet-bindende aanbevelingen doet die systematisch door de distributeur worden uitgevoerd.

⁽¹⁸²⁾ Zie de rechtspraak van de Unierechter met betrekking tot de uitwisseling van informatie tussen concurrenten, bijvoorbeeld de arresten van 10 november 2017, *ICAP/Commissie*, zaak T-180/15, EU:T:2017:795, punt 57, 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, zaak C-8/08, EU: C:2009:343, punt 51, 19 maart 2015, *Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie*, zaak C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 127, 21 januari 2016, *Eturas UAB e.a.*, zaak C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, punten 40-44; 10 november 2017, *ICAP/Commissie*, zaak T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, punt 57.

⁽¹⁸³⁾ Zie arrest van 14 november 1996, *Tetra Pak/Commissie*, C-333/94 P, 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).

- (390) 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 maken ⁽¹⁸⁴⁾. 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 product ⁽¹⁸⁵⁾, 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 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.
- (391) Koppelverkoop kan leiden tot mededingingsverstorende marktafscherpende effecten op de gekoppelde markt, op de koppelende markt, of op beide markten terzelfder tijd. Het marktafscherpend 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, van het Verdrag 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 concurrentiebeding wordt overeengekomen, vergroot dat het mogelijke afscherpend effect op de markt van het gekoppelde product. De koppelverkoop kan resulteren in minder concurrentie voor klanten die wel geïnteresseerd zijn in het gekoppelde product, maar niet in het koppelende product. Als er onvoldoende klanten zijn die alleen het gekoppelde product willen kopen om concurrenten van de leverancier op de gekoppelde markt te doen standhouden, kan koppelverkoop ertoe leiden dat die klanten met hogere prijzen te maken krijgen. Als het gekoppelde product een belangrijk complementair product is voor de klanten van het koppelende product, kan een beperking van het aantal alternatieve leveranciers van het gekoppelde product, en dus een beperkte beschikbaarheid van dit product, de toetreding tot uitsluitend de koppelende markt moeilijker maken.
- (392) Koppelverkoop kan ook rechtstreeks leiden tot prijzen die boven het door concurrentie bepaalde peil liggen, en dit voornamelijk in drie gevallen. Ten eerste wanneer het koppelende en het gekoppelde product in uiteenlopende mate kunnen worden gebruikt als input voor een productieproces en de klanten op een prijsverhoging voor het koppelende product kunnen reageren door hun vraag naar het gekoppelde product op te drijven, terwijl zij hun vraag naar het koppelende product verminderen. Door de beide producten te koppelen, kan de leverancier die substitutie proberen te vermijden en kan hij als gevolg daarvan in staat zijn zijn prijzen te verhogen. Ten tweede kan de koppelverkoop prijsdiscriminatie mogelijk maken naargelang van het gebruik dat de klant van het koppelende product maakt (bijvoorbeeld het koppelen van de verkoop van inktcartridges aan de verkoop van fotokopieerapparaten). Ten derde kan het, in het geval van langlopende contracten of in het geval van secundaire markten voor originele uitrusting met een lange levensduur, moeilijk zijn voor de afnemers om de gevolgen van de koppeling in te schatten.
- (393) Koppelverkoop kan onder de vrijstelling van artikel 2, lid 1, Verordening (EU) 2022/720 vallen wanneer het marktaandeel van de leverancier op zowel de markt van het gekoppelde product als de markt van het koppelende product als dat van de afnemer op de relevante upstream-markten niet meer dan 30 % bedraagt. Koppelverkoop kan worden gecombineerd met andere verticale beperkingen die geen hardcorebeperkingen zijn in de zin van de verordening, zoals een concurrentiebeding of afnamequotering met betrekking tot het koppelende product of exclusieve afname. Boven de marktaandeeldrempel gelden de in het resterende gedeelte van deze afdeling 8.2.8 vervatte leidraden voor het beoordelen van koppelverkoop in individuele gevallen.
- (394) De marktpositie van de leverancier op de markt voor het koppelende product is duidelijk van groot belang voor de beoordeling van mogelijke mededingingsverstorende 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.
- (395) 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 mededingingsbeperkende 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 concurrentiebeding met betrekking tot het koppelende product wordt gecombineerd, versterkt dit in aanzienlijke mate de positie van de leverancier.

⁽¹⁸⁴⁾ Zie arrest van 17 september 2007, *Microsoft/Commissie*, T-201/04, EU:T:2007:289, punten 917, 921 en 922.

⁽¹⁸⁵⁾ Zie arrest van 12 december 1991, *Hilti/Commissie*, T-30/89, EU:T:1991:70, punt 67.

- (396) 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 afnemersmacht beschikken.
- (397) Wanneer merkbare mededingingsverstorende effecten zijn vastgesteld, moet worden nagegaan of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag is 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, van het Verdrag voldoen wanneer wordt aangetoond dat ten minste een deel van die 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 (16)(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 wederverkoopt die aan minimumkwaliteitsnormen voldoen, zonder hem ertoe te verplichten die proeducten 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, van het Verdrag. Wanneer de leverancier van het koppelende product van de afnemer verlangt dat hij het gekoppelde product koopt van de aangewezen leveranciers, bijvoorbeeld omdat geen minimumkwaliteitsnormen kunnen worden opgesteld, kan dit ook buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen, in het bijzonder wanneer het aanwijzen van de leveranciers van het gekoppelde product de leverancier van het koppelende product geen direct (financieel) voordeel oplevert.
-