

# EFTA-STOFNANIR

## EFTIRLITSSTOFNUN EFTA

### TILKYNNING EFTIRLITSSTOFNUNAR EFTA

2012/EES/65/01

#### Leiðbeinandi reglur um lóðréttar hömlur

	EFNISYFIRLIT	Málgreinar	Síða
<b>I.</b>	<b>INNGANGUR</b>		1–7
1.	Markmið þessara leiðbeinandi reglna		1–4
2.	Hvenær ákvæði 53. gr. gilda gagnvart lóðréttum samningum		5–7
<b>II.</b>	<b>LÓÐRÉTTIR SAMNINGAR SEM ÁKVÆÐI 1. MGR. 53. GR. TAKA AÐ JAFNAÐI EKKI TIL</b>		8–22
1.	Samningar sem litlu skipta; lítill og meðalstór fyrirtæki		8–11
2.	Samningar um umboðsviðskipti		12–21
2.1	Samningar um umboðsviðskipti, skilgreining		12–17
2.2	Hvenær ákvæði 53. gr. gilda gagnvart samningum um umboðsviðskipti		18–21
3.	Samningar um undirverktöku		22
<b>III.</b>	<b>HVENÆR ÁKVÆÐI HÓPUNDANÞÁGUREGLUGERÐARINNAR EIGA VIÐ</b>		23–73
1.	Örugg höfn á grundvelli hópundanþágureglugerðarinnar		23
2.	Gildissvið hópundanþágureglugerðarinnar		24–46
2.1	Lóðréttir samningar, skilgreining		24–26
2.2	Lóðréttir samningar sem keppinautar gera með sér		27–28
2.3	Samtök smásala		29–30
2.4	Lóðréttir samningar sem hafa að geyma ákvæði um hugverkarétt		31–45
2.5	Tengsl við aðrar reglugerðir um hópundanþágu		46
3.	Harkalegar takmarkanir samkvæmt hópundanþágureglugerðinni		47–59
4.	Einstök dæmi um harkalegar sölutakmarkanir sem hugsanlegt er að falli ekki undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. eða fullnægi skilyrðum samkvæmt 3. mgr. sömu greinar		60–64
5.	Takmarkanir sem geta ekki notið undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni		65–69
6.	Hömlur sem greina má frá öðrum ákvæðum samnings		70–71
7.	Vörusafn sem dreift er gegnum sama dreifikerfi		72–73

<b>IV.</b>	<b>NIÐURFELLING HÓPUNDANÞÁGU OG ÁKVÖRÐUN UM AÐ GERA ÁKVÆÐI HÓPUNDANÞÁGUREGLUGERÐARINNAR ÓVIRK</b>	74–85
1.	Málsmeðferð vegna niðurfellingar	74–78
2.	Ákvörðun um að gera ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar óvirk	79–85
<b>V.</b>	<b>MARKAÐSSKILGREINING OG ÚTREIKNINGUR Á MARKAÐS- HLUT</b>	86–95
1.	Tilkynning Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á viðkomandi markaði	86
2.	Markaður sem telst viðkomandi við útreikning á 30% hámarki markaðshlutar með tilliti til hópundanþágureglugerðarinnar	87–92
3.	Útreikningur á markaðshlutum með tilliti til hópundanþágureglugerðarinnar	93–95
<b>VI.</b>	<b>HVERNIG FULLNUSTU ER HAGÐ Í EINSTÖKUM MÁLUM</b>	96–229
1.	<b>Greiningarviðmið</b>	96–127
1.1.	Óæskileg áhrif sem fylgja lóðréttum hömlum	100–105
1.2.	Æskileg áhrif sem fylgja lóðréttum hömlum	106–109
1.3.	Greiningaraðferðir	110–127
1.3.1.	Atriði sem skipta máli um greiningu með tilliti til 1. mgr. 53. gr.	111–121
1.3.2.	Atriði sem skipta máli um greiningu með tilliti til 3. mgr. 53. gr.	122–127
2.	<b>Greining á tilteknum tegundum af lóðréttum hömlum</b>	128–229
2.1.	Samningar um að selja aðeins eitt vörumerki	129–150
2.2.	Einkaumboðskerfi	151–167
2.3.	Einkaréttur til að selja tilteknum viðskiptamannahópi	168–173
2.4.	Umboðsmannakerfi	174–188
2.5.	Sérleyfi	189–191
2.6.	Einkasölusamningar	192–202
2.7.	Fyrirframgreiðslur fyrir aðgang	203–208
2.8.	Samningar um vöruflokkastjórnun	209–213
2.9.	Tvinnun	214–222
2.10.	Stýring endursöluverðs	223–229

A.

Tilkynningin, sem hér birtist, er gefin út í samræmi við ákvæði samningsins um Evrópskt efnahagssvæði (hér eftir: „EES-samningurinn“) og samnings milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (hér eftir: „samningurinn um eftirlitsstofnun og dómstól“).

B.

Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hefur gefið út tilkynningu sem ber heitið „Leiðbeinandi reglur um lóðréttar hömlur“<sup>(1)</sup>. Í þeirri tilkynningu, sem er ekki bindandi gerð, er lýst þeim sjónarmiðum sem framkvæmdastjórnin fylgir við mat á lóðréttum samningum samkvæmt 101. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins.

C.

Eftirlitsstofnun EFTA lítur svo á að ofangreind gerð varði Evrópska efnahagssvæðið. Tilkynningin, sem hér birtist, er gefin út í því skyni að viðhalda jafngildum samkeppnisskilyrðum og tryggja að samkeppnisreglum EES-samningsins sé beitt með sama hætti á öllu Evrópska efnahagssvæðinu; byggt er á valdheimildum Eftirlitsstofnunar EFTA samkvæmt b-lið 2. mgr. 5. gr. samningsins um eftirlitsstofnun og dómstól. Stofnunin hyggst fylgja þeim grundvallaratriðum og reglum sem tilgreind eru í þessari tilkynningu þegar beitt er viðkomandi EES-reglum í einstökum tilvikum.

D.

Þessi tilkynning kemur í stað eldri tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA, sem bar heitið „Leiðbeiningar um lóðréttar takmarkanir“<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Stjtið. ESB C 130, 19.5.2010, bls. 1.

<sup>(2)</sup> Stjtið. EB C 122, 23.5.2002, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 26, 23.5.2002, bls. 7.

## I. INNGANGUR

### 1. Markmið þessara leiðbeinandi reglna

1) Í þessum leiðbeinandi reglum er lýst þeim sjónarmiðum sem farið er eftir við mat á lóðréttum samningum samkvæmt 53. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið (hér eftir: „53. gr.“). Skilgreiningu á hugtakinu „lóðréttur samningur“ er að finna í stafl. a) í 1. mgr. 1. gr. gerðarinnar sem um getur í XIV. viðauka við EES-samninginn, 2. lið (reglugerðar framkvæmdastjórnarinnar (ESB) nr. 330/2010 frá 20. apríl 2010 <sup>(3)</sup>) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart flokkum lóðrétra samninga og samstilltra aðgerða (hér eftir: „hópundanþágureglugerðin“) (sbr. 24.–46. mgr. hér á eftir). Þessar leiðbeinandi reglur gilda með þeim fyrirvara að gagnvart lóðréttum samningum kann að verða beitt samhlíða ákvæðum 54. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðisins (hér eftir: „54. gr.“). Kaflaskipting reglnanna er sem hér segir:

- Í II. kafla (8.–22. mgr.) er fjallað um lóðréttu samninga sem falla að jafnaði ekki undir ákvæði 1. mgr. 53. gr.
- Í III. kafla (23.–73. mgr.) er skýrt við hvaða skilyrði má beita ákvæðum hópundanþágureglugerðarinnar.
- Í IV. kafla (74.–85. mgr.) er fjallað um sjónarmið sem ráða því hvort hópundanþága er felld niður og ákveðið að gera ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar óvirk.
- Í V. kafla (86.–95. mgr.) er að finna leiðbeiningar um hvernig skilgreina skuli viðkomandi markaði og reikna markaðshluti.
- Í VI. kafla (96.–229. mgr.) er fjallað um helstu greiningarviðmið og atriði sem Eftirlitsstofnun EFTA horfir til við framfylgd ákvæða um lóðréttu samninga í einstökum tilvikum.

2) Öll umfjöllun um greiningu í þessum leiðbeinandi reglum á bæði við um vörur og þjónustu, enda þótt tilteknar lóðréttar hömlur séu einkum notaðar í tengslum við dreifingu á vörum. Á svipaðan hátt geta lóðréttir samningar varðað bæði endanlega vöru og þjónustu og millivöru. Ef annað er ekki tekið fram eiga bæði greining og röksemdir í þessum leiðbeinandi reglum við um allar gerðir vöru og þjónustu og öll stig viðskipta. Hugtakið „vara“ er þannig notað um bæði vörur og þjónustu. Hugtökin „birgir“ og „kaupandi“ eru notuð á öllum stigum viðskipta. Ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar og þessara leiðbeinandi reglna taka ekki til samninga við neytendur sem eru ekki fyrirtæki, þ.e. 53. gr. gildir aðeins um samninga milli fyrirtækja.

3) Markmið Eftirlitsstofnunar EFTA með útgáfu þessara leiðbeininga er að auðvelda fyrirtækjum að meta sjálf lóðréttu samninga sem samkeppnisreglur EES-samningsins eiga við um. Mælikvarðar, sem lýst er í þessum leiðbeinandi reglum, eru þess eðlis að þeim má ekki beita umhugsunarlaust heldur ber að taka fullt tillit til aðstæðna í hverju tilviki. Hvert mál verður að meta í ljósi atvika hverju sinni.

4) Ákvæði þessara leiðbeinandi reglna gilda með fyrirvara um dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins að því er varðar beitingu 53. gr. gagnvart lóðréttum samningum og dómaframkvæmd Almenna dómstólsins og Dómstólsins að því er varðar beitingu 53. gr. EES-samningsins og 101. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins gagnvart lóðréttum samningum. Eftirlit Eftirlitsstofnunar EFTA með framkvæmd hópundanþágureglugerðarinnar og þessara leiðbeinandi reglna verður eftir sem áður byggt á markaðsupplýsingum frá haghöfum og samkeppnisyfirlöndum einstakra aðildarríkja; tilkynningin, sem hér birtist, verður endurskoðuð eftir atvikum með hliðsjón af þróun mála í framtíðinni og nýrri vitneskju.

### 2. Hvenær ákvæði 53. gr. gilda gagnvart lóðréttum samningum

5) Ákvæði 53. gr. gilda um lóðréttu samninga sem geta haft áhrif á viðskipti milli aðildarríkjanna og hindra, takmarka eða raska samkeppni („lóðréttar hömlur“) <sup>(4)</sup>. Greinin felur í sér lagaramma fyrir mat á lóðréttum hömlum þar sem greint er milli samkeppnishamlandi og samkeppnis

<sup>(3)</sup> Stjtið. ESB L 102, 23.4.2010, bls. 1, reglugerðin felld inn í EES-samninginn samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 77/2010 frá 11. júní 2010 (Stjtið. ESB L 244, 16.9.2010, bls. 35, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 49, 16.9.2010, bls. 34).

<sup>(4)</sup> Sjá meðal annars dóm Evrópuþingdómstólsins í sameinuðum málum 56/64 og 58/64 – *Grundig-Consten* gegn *framkvæmdastjórn*, dómasafn 1966, bls. 299, mál 56/65 – *Technique Minière* gegn *Machinenbau Ulm* dómasafn 1966, bls. 235, og dóm undirréttar EB í máli T-77/92 – *Parker Pen* gegn *framkvæmdastjórn*, dómasafn 1994, bls. II-549.

hvetjandi áhrifa. Í 1. mgr. 53. gr. er lagt bann við samningum sem takmarka eða raska samkeppni merkjanlega, en í 3. mgr. 53. gr. er gert ráð fyrir undanþágu vegna samninga sem hafa í för með sér nægan ávinning til að veða upp samkeppnishamlandi áhrif<sup>(5)</sup>.

- 6) Lóðréttar hömlur eru yfirleitt þess eðlis að samkeppni er ekki talið ógnað nema samkeppni sé ófullnægjandi á einu eða fleiri stigum viðskipta, þ.e. ef birgir, kaupandi eða báðir hafa markaðsstyrk í einhverjum mæli. Lóðréttar hömlur valda yfirleitt minni skaða en láréttar hömlur og geta gefið umtalsverð færi á hagræðingu.
- 7) Ákvæði 53. gr. hafa þann tilgang að tryggja að fyrirtæki geri ekki með sér samninga – í þessu tilviki lóðréttar samninga – í því skyni að hamla gegn samkeppni á markaðnum þannig að hagsmunir neytenda séu fyrir borð bornir. Mikilvægi þess að meta lóðréttar hömlur stafar einnig af því viðtækara markmiði að gera landsvæðin sem EES-samningurinn tekur til heildstæð. Ef markaðir eru heildstæðir stuðlar það að virkari samkeppni á Evrópska efnahagssvæðinu. Fyrirtækjum má ekki gera kleift að endurvekja fyrir eigin tilstuðlan hindranir milli aðildarríkjanna þar sem tekist hefur að ryðja brott hindrunum á vegum hins opinbera.

## II) LÓÐRÉTTIR SAMNINGAR SEM ÁKVÆÐI 1. MGR. 53. GR. TAKA AÐ JAFNAÐI EKKI TIL

### 1. Samningar sem litlu skipta; lítil og meðalstór fyrirtæki

- 8) Ákvæði 1. mgr. 53. gr. taka ekki til samninga sem geta ekki haft merkjanleg áhrif á viðskipti milli aðildarríkjanna, eða haft það markmið eða þau áhrif að hamla samkeppni merkjanlega. Ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar gilda aðeins um samninga sem 1. mgr. 53. gr. tekur til. Þessar leiðbeinandi reglur gilda með fyrirvara um beitingu ákvæða tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA um minniháttarsamninga sem takmarka samkeppni ekki merkjanlega samkvæmt 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins<sup>(6)</sup> eða hvernar þeirrar tilkynningar annarrar um minniháttarsamninga sem gefin kann að verða út.
- 9) Með fyrirvara um skilyrði er varða harkalegar takmarkanir og uppsöfnun áhrifa, sem fram koma í tilkynningunni um minniháttarsamninga, teljast ákvæði 1. mgr. 53. gr. að jafnaði ekki taka til lóðréttar samninga fyrirtækja sem eru ekki samkeppnisfyrirtæki og hafa ekki stærri markaðshlut en 15% hvert um sig á viðkomandi markaði<sup>(7)</sup>. Ekki ber að álykta að lóðréttir samningar brjóti sjálfkrafa í bága við 1. mgr. 53. gr. þótt þeir séu gerðir milli fyrirtækja sem hafa stærri markaðshlut en 15%. Enda þótt fyrirtæki með stærri markaðshlut en 15% geri með sér samninga geta þeir engu að síður verið þess eðlis að þeir hafi ekki merkjanleg áhrif á viðskipti milli aðildarríkjanna eða takmarki samkeppni ekki merkjanlega<sup>(8)</sup>. Slíka samninga verður að meta með hliðsjón af lagalegu umhverfi þeirra og samhengi við hagkerfið. Viðmiðum, sem notuð eru við mat á einstökum samningum, er lýst í 96.–229. mgr.
- 10) Þegar um ræðir harkalegar hömlur af því tagi sem fjallað er um í tilkynningu um minniháttarsamninga getur hugsast að ákvæði 1. mgr. 53. gr. eigi við enda þótt markaðshluturinn sé undir 15% markinu, svo fremi sem þeim fylgja merkjanleg áhrif á viðskipti milli aðildarríkjanna og samkeppni. Í þessu tilliti ber að hafa hliðsjón af dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins, svo og Dómstólsins og Almenna dómstólsins eftir því sem við á<sup>(9)</sup>. Einnig er tekið fram að nauðsynlegt geti verið að meta hvaða æskileg og óæskileg áhrif harkalegar hömlur hafa eins og lýst er sérstaklega í 47. mgr. þessara leiðbeinandi reglna.
- 11) Eftirlitsstofnun EFTA lítur jafnframt svo á að með fyrirvara um uppsöfnun áhrifa og harkalegar hömlur séu lóðréttir samningar lítilla og meðalstórra fyrirtækja, eins og slík fyrirtæki eru skilgreind í viðauka við tilmæli framkvæmdastjórnarinnar frá 6. maí 2003 um skilgreiningu á

<sup>(5)</sup> Sbr. tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA – Leiðbeinandi reglur um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sem samþykkt var samkvæmt ákvörðun 123/04/COL (Stjtið. ESB C 208, 6.9.2007, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 42, 6.9.2007, bls. 1.), sem hefur að geyma almennar upplýsingar um aðferðirnar sem Eftirlitsstofnun EFTA beitir og túlkun hennar á skilyrðunum sem sett eru fyrir því að beita megi ákvæðum 1. mgr. 53. gr. og þó sérstaklega 3. mgr. sömu greinar.

<sup>(6)</sup> Stjtið. ESB C 67, 20.3.2003, bls. 20, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 15, 20.3.2003, bls. 11.

<sup>(7)</sup> Samningar milli samkeppnisfyrirtækja falla undir ákvæði um minniháttarsamninga ef markaðshlutur þeirra á hverjum viðkomandi markaði, sem samningarnir varða, er minni en 10% samtals.

<sup>(8)</sup> Sbr. dóm undirréttar EB í máli T-7/93 *Langnese-Iglo* gegn *framkvæmdastjórn*, dómásafn 1995, bls. II-1533, 98. mgr.

<sup>(9)</sup> Sbr. dóma Evrópu dómstólsins í máli 5/69 *Völk* gegn *Vervaecke*, dómásafn 1969, bls. 295, máli 1/71 *Cadillon* gegn *Höss*, dómásafn 1971, bls. 351, og máli C-306/96 *Javico* gegn *Yves Saint Laurent*, dómásafn 1998, bls. I-1983, 16. og 17. mgr.

örfyrirtækjum, smáfyrirtækjum og meðalstórum fyrirtækjum<sup>(10)</sup> þess eðlis að þeir hafi sjaldan merkjanleg áhrif á viðskipti milli aðildarríkjanna eða hamli samkeppni merkjanlega í skilningi 1. mgr. 53. gr., og falli því yfirleitt utan gildissviðs 1. mgr. 53. gr. Þegar skilyrðum fyrir því að beita ákvæðum 1. mgr. 53. gr. er engu að síður fullnægt að því er varðar samninga af þessu tagi verður að jafnaði horfið frá því að stofna til málarekstrar af hálfu Eftirlitsstofnunar EFTA, með vísan til þess að ekki eru nægilega miklir hagsmunir í húfi fyrir ríkin á Evrópska efnahags-svæðinu, nema fyrirtækin séu sameiginlega eða hvert fyrir sig markaðsráðandi á verulegum hluta svæðisins sem EES-samningurinn tekur til.

## 2. Samningar um umboðsviðskipti

### 2.1 Samningar um umboðsviðskipti, skilgreining

- 12) Umboðsmaður er lögaðili eða einstaklingur sem hefur heimild til þess að ganga til viðræðna og/ eða samningagerðar fyrir hönd annars aðila (umbjóðanda), annaðhvort í eigin nafni eða í nafni umbjóðanda, um:
  - vöru- eða þjónustukaup umbjóðanda eða
  - sölu á vöru eða þjónustu sem umbjóðandi leggur til.
- 13) Við mat á því hvort samningur skuli teljast samningur um umboðsviðskipti með tilliti til beitingar 1. mgr. 53. gr. ræður úrslitum hvaða fjárhagslegu eða viðskiptalegu áhættu umboðsmaður ber í tengslum við störf sín fyrir hönd umbjóðanda<sup>(11)</sup>. Í þessu tilliti skiptir ekki máli um matið hvort umboðsmaðurinn hefur einn eða fleiri umbjóðendur. Ekki skiptir heldur máli að því er varðar þetta mat hvernig samningnum er lýst af hálfu samningsaðila eða í landslögum.
- 14) Þrjár tegundir fjárhagslegrar og viðskiptalegrar áhættu koma til álita við mat á því hvort samningur skuli teljast samningur um umboðsviðskipti með tilliti til beitingar 1. mgr. 53. gr. Í fyrsta lagi samningstengd áhætta, þ.e. áhætta sem rekja má beint til samninga sem umboðsmaður hefur gert og/eða samið um fyrir hönd umbjóðanda; birgðafjármögnun er dæmi um þetta. Í öðru lagi áhætta vegna fjárfestinga sem nýtast aðeins á tilteknum markaði. Þar er um að ræða fjárfestingar sem eru nauðsynlegar vegna starfsemi þeirrar gerðar sem umboðssölumanni hefur verið falið að sinna fyrir umbjóðanda, þ.e. þær sem umboðsmaður þarf að leggja í til þess að geta gert og/eða samið um samning af því tagi. Kostnaður við slíkar fjárfestingar er yfirleitt óafturkræfur í þeim skilningi að verði þessari tilteknu starfsemi hætt nýtist fjárfestingin ekki í annarri starfsemi eða verður ekki seld nema með umtalsverðu tapi. Í þriðja lagi áhætta sem tengist annarri starfsemi á sama vörumarkaði, þegar þannig háttar til að umbjóðandi áskilur að umboðsmaður hafi slíka starfsemi með höndum, en ekki sem umboðsmaður fyrir hönd umbjóðanda heldur á eigin vegum.
- 15) Með tilliti til beitingar 1. mgr. 53. gr. verður samningur talinn hreinn samningur um umboðsviðskipti ef umboðsmaðurinn ber enga áhættu, eða aðeins smávægilega áhættu, í tengslum við samninga sem gerðir eru og/eða samið er um fyrir hönd umbjóðanda, í tengslum við fjárfestingar sem nýtast aðeins á tilteknum markaði á því starfssviði og í tengslum við aðra starfsemi sem fram fer á sama vörumarkaði að kröfu umbjóðanda. Áhætta af starfsemi á sviði umboðsþjónustu almennt, til að mynda áhættan sem fylgir því að tekjur umboðsmannsins eru háðar árangri hans sem umboðsmanns eða almennar fjárfestingar vegna til dæmis atvinnuhúsnæðis eða starfsfólks, skiptir aftur á móti ekki máli um þetta mat.
- 16) Með tilliti til beitingar 1. mgr. 53. gr. verður samningur því að jafnaði talinn samningur um umboðsviðskipti ef eignarhald á vöru, sem keypt er eða seld samkvæmt samningnum, færast ekki yfir á umboðsmanninn eða ef umboðsmaðurinn annast ekki sjálfur þjónustu samkvæmt samningnum og
  - a) tekur ekki þátt í kostnaði sem tengist sölu/kaupum á vöru eða þjónustu sem fellur undir samninginn, þar með talinn kostnaði við flutning vörunnar. Þetta þýðir ekki að umboðsmaðurinn geti ekki annast flutninginn, svo fremi sem umbjóðandinn ber kostnaðinn;

<sup>(10)</sup> Stjtið. ESB L 124, 20.5.2003, bls. 36, tilmælin felld inn í EES-samninginn samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 131/2004 (Stjtið. ESB L 64, 10.3.2005, bls. 67, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 12, 10.3.2005, bls. 49).

<sup>(11)</sup> Sbr. dóm undirréttar EB í máli T-325/01 *Daimler Chrysler* gegn *framkvæmdastjórn*, dómasafn 2005, bls. II-3319, dóma Evrópu-dómstólsins í máli C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* gegn *CEPSA*, dómasafn 2006, bls. I-11987, og máli C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA* gegn *LV Tobar e Hijos SL*, dómasafn 2008, bls. I-6681.

- b) ber ekki sjálfur kostnað eða áhættu vegna birgðahalds á vörum sem falla undir samninginn, þar á meðal kostnað af birgðafjármögnun og kostnað vegna rýrnunar, og getur skilað umbjóðanda óseldum vörum án greiðslu, nema umboðsmaður hafi gerst sekur um vangá (til dæmis með því að grípa ekki til eðlilegra varúðarráðstafana til að forðast rýrnun);
  - c) tekur ekki á sig ábyrgð á tjóni sem seld vara veldur þriðja aðila (skaðsemisábyrgð) nema hann hafi sem umboðsmaður gerst sekur um vangá í þessu tilliti;
  - d) tekur ekki á sig ábyrgð á samningsbrigðum viðskiptamanna, nema á þann hátt að gefa eftir þóknun umboðsmanns, nema umboðsmaður hafi gerst sekur um vangá (til dæmis með því að sinna ekki á eðlilegan hátt öryggi eða vörnum gegn þjófnaði eða grípa ekki til eðlilegra ráðstafana til að tilkynna umbjóðanda eða lögreglu þjófnað eða að koma til umbjóðanda öllum nauðsynlegum upplýsingum sem honum eru tiltækar og varða fjárhagslegan áreiðanleika viðskiptamanns);
  - e) er ekki, beint eða óbeint, skuldbundinn til að leggja fjármuni til sölukynningar, til að mynda með því að taka á sig auglýsingakostnað umbjóðanda að hluta;
  - f) festir ekki fjármuni í tækjum, atvinnuhúsnæði eða þjálfun starfsfólks sem nýtast aðeins á tilteknum markaði, til dæmis eldsneytisgeymi vegna smásölu á eldsneyti eða sérstökum hugbúnaði til að selja tryggingar þegar um tryggingaumboðsmenn er að ræða, nema slíkur kostnaður fái að fullu endurgreiddur frá umbjóðanda;
  - g) hefur ekki með höndum aðra starfsemi á sama vörumarkaði að kröfu umbjóðanda, nema kostnaður við þá starfsemi fái að fullu endurgreiddur frá umbjóðanda.
- 17) Þessi upptalning er ekki tæmandi. Samningur milli umboðsmanns og umbjóðanda getur þó ekki talist samningur um umboðsviðskipti ef umboðsmaður tekur á sig einhverja þá tegund áhættu eða kostnaðar sem um getur í 14., 15. og 16. mgr. Áhættu þarf að meta í hverju tilviki og að teknu tilliti til ríkjandi efnahagslegra aðstæðna frekar en lögformlegra atriða. Hentugt getur verið að hefja áhættugreininguna á því að meta samningstengda áhættu. Ef umboðsmaður hefur tekið á sig samningstengda áhættu nægir það til þess að álykta að hann sé sjálfstæður dreifandi. Hafi umboðsmaður aftur á móti ekki tekið á sig samningstengda áhættu er nauðsynlegt að halda greiningunni áfram og meta áhættu vegna fjárfestinga sem nýtast aðeins á tilteknum markaði. Hafi umboðsmaður hvorki tekið á sig samningstengda áhættu né áhættu vegna fjárfestinga sem nýtast aðeins á tilteknum markaði getur að lokum þurft að huga að áhættu sem tengist annarri áskilinni starfsemi á sama vörumarkaði.

## 2.2 *Hvenær ákvæði 53. gr. gilda gagnvart samningum um umboðsviðskipti*

- 18) Þegar um ræðir samninga um umboðsviðskipti samkvæmt skilgreiningunni í undirkafla 2.1 telst sölu- eða innkaupastarf umboðsmanns hluti af starfsemi umbjóðanda. Þar eð umbjóðandi ber alla viðskiptalega og fjárhagslega áhættu vegna sölu og innkaupa á vöru og þjónustu samkvæmt samningnum teljast utan gildissviðs 1. mgr. 53. gr. allar skuldbindingar sem umboðsmaður er krafinn um í tengslum við samninga sem gerðir eru og/eða samið hefur verið um fyrir hönd umbjóðanda. Eftirtaldir skuldbindingar umboðsmanns teljast óaðgreinanlegur hluti samnings um umboðsviðskipti þar eð hver þeirra tengist því að umbjóðandi hefur frjálssar hendur um hversu umfangsmikla starfsemi umboðsmaður skuli hafa með höndum í tengslum við vöru eða þjónustu sem fellur undir samninginn, en það er óhjákvæmilegt ef umbjóðandi tekur á sig áhættuna og þarf þess vegna að geta ákveðið hvaða viðskiptaaðferðum er beitt:
- a) Takmarkanir á því á hvaða starfsvæði umboðsmanni er heimilt að selja viðkomandi vörur eða þjónustu.
  - b) Takmarkanir á því hvaða viðskiptamönnum umboðsmanni er heimilt að selja viðkomandi vörur eða þjónustu.
  - c) Ákvæði um á hvaða verði og með hvaða skilmálum umboðsmanni er skylt að selja eða kaupa viðkomandi vörur eða þjónustu.
- 19) Auk þess að ákvarða skilyrði um sölu eða kaup umboðsmanns á samningsvöru eða -þjónustu fyrir hönd umbjóðanda hafa samningar um umboðsviðskipti oft að geyma skilmála sem varða

tengsl umboðsmanns og umbjóðanda. Hér getur einkum verið um að ræða ákvæði sem banna umbjóðanda að fela öðrum umboðsmönnum að annast tiltekinn flokk viðskipta, viðskiptamanna eða starfsvæða (ákvæði um einkaumboð) og/eða ákvæði sem banna umboðsmanni að starfa sem umboðsmaður eða dreifandi fyrirtækja sem eru keppinautar umbjóðanda (ákvæði um að selja aðeins eitt vörumerki). Þar eð umboðsmaður er annað fyrirtæki en umbjóðandi getur hugsast að ákvæði um samskipti umboðsmanns og umbjóðanda brjóti í bága við 1. mgr. 53. gr. Ákvæði um einkaumboð eru yfirleitt ekki samkeppnishamlandi. Ákvæði um að selja aðeins eitt vörumerki og ákvæði sem kveða á um að ekki megi taka þátt í samkeppni eftir að samningur er útrunninn, en slík ákvæði varða vörumerkjasamkeppni, geta aftur á móti brotið gegn 1. mgr. 53. gr. ef þau valda eða stuðla að útilokunaráhrifum (eða uppsöfnun þeirra) á viðkomandi markaði þar sem fram fer sala eða innkaup á vörum eða þjónustu samkvæmt samningnum (sbr. einkum undirkafla VI.2.1). Ákvæði af þessu tagi geta notið verndar samkvæmt hópundanþágureglugerðinni, einkum þegar fullnægt er skilyrðum samkvæmt 5. gr. reglugerðarinnar. Sömuleiðis má réttlæta einstök ákvæði með vísan til þess að þau hafi í för með sér hagræðingu með vísan til 3. mgr. 53. gr., til að mynda á þann hátt sem lýst er í 144.–148. mgr.

- 20) Ákvæði 1. mgr. 53. gr. geta einnig tekið til umboðssamnings, jafnvel þótt öll fjárhagsleg og viðskiptaleg áhætta í því tilliti hvíli á umbjóðanda, ef slíkur samningur greiðir fyrir leynilegu samráði fyrirtækjanna. Þannig getur til dæmis staðið á þegar nokkrir umbjóðendur nýta sér þjónustu sömu umboðsmanna og koma jafnframt í sameiningu í veg fyrir að aðrir geti nýtt sér þjónustu þeirra, eða þegar þeir nýta þjónustu umboðsmannanna til leynilegs samráðs um markaðssetningu eða til að skiptast á markaðsupplýsingum sem leynt eiga að fara.
- 21) Ef umboðsmaður tekur á sig einhverja þá áhættu sem tengist samningnum og lýst er í 16. mgr. telst samningur umboðsmanns og umbjóðanda ekki umboðssamningur með tilliti til beitingar 1. mgr. 53. gr. Við þær aðstæður verður litið á umboðsmann sem sjálfstætt fyrirtæki og samningur umboðsmanns og umbjóðanda fellur þá undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. eins og hver annar lóðréttur samningur.

### 3. Samningar um undirverktöku

- 22) Undirverktaka er í því fölginn að verktaki leggur undirverktaka til kunnáttu eða tækjabúnað í þeim tilgangi að hann framleiði með þeim tiltekna vörur fyrir verktakann (eingöngu). Um undirverktöku er fjallað í auglýsingu Eftirlitsstofnunar EFTA um mat hennar á tilteknum samningum undirverktaka í tengslum við 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins<sup>(12)</sup> (hér eftir: „auglýsing um undirverktöku“). Samkvæmt þeirri auglýsingu, sem er enn í gildi, taka ákvæði 1. mgr. 53. gr. ekki til samninga um undirverktöku sem fela í sér að undirverktaki tekur að sér að framleiða tiltekna vörur eingöngu fyrir verktakann, að því tilskildu að undirverktakinn þurfi á kunnáttunni eða tækjabúnaðinum að halda til að framleiða vörurnar. Ákvæði 1. mgr. 53. gr. geta aftur á móti tekið til annarra takmarkana sem undirverktakanum er gert að samþykkja, til dæmis þeirrar skyldu að stunda ekki eða nýta sér eigin rannsóknir og þróunarvinnu eða framleiða ekki fyrir þriðja aðila almennt<sup>(13)</sup>.

## III. HVENÆR ÁKVÆÐI HÓPUNDANÞÁGUREGLUGERÐARINNAR EIGA VIÐ

### 1. Örugg höfn á grundvelli hópundanþágureglugerðarinnar

- 23) Lóðréttar hömlur eru yfirleitt þess eðlis að samkeppni er ekki talið ógnað nema samkeppni sé ófullnægjandi á einu eða fleiri stigum viðskipta, þ.e. ef birgir, kaupandi eða báðir hafa markaðsstyrk í einhverjum mæli. Að því tilskildu að lóðréttir samningar hafi ekki að geyma harkalegar samkeppnishömlur, þ.e. ákvæði sem hafa slíkar hömlur að markmiði, má álykta á grundvelli hópundanþágureglugerðarinnar að slíkir samningar séu lögmætir ef markaðshlutur seljanda eða kaupanda er undir tilteknum mörkum. Samkvæmt 3. gr. hópundanþágureglugerðarinnar ræðst heimild til slíkrar undanþágu af markaðshlut birgis á markaðnum þar sem hann selur vöru eða þjónustu samkvæmt samningnum, svo og markaðshlut kaupanda á markaðnum þar sem hann kaupir vöru eða þjónustu samkvæmt samningnum. Til þess að unnt sé að virkja hópundanþáguna verður markaðshlutur birgis og kaupanda hvors um sig að vera 30% eða minni. Í V. kafla þessara

<sup>(12)</sup> VIII. viðauki við ákvörðun 3/94/COL, Stjtið. EB L 153, 18.6.1994, bls. 30, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 15, 18.6.1994, bls. 29.

<sup>(13)</sup> Sbr. 3. mgr. auglýsingar um undirverktöku.



leiðbeinandi reglna er að finna leiðbeiningar um hvernig skilgreina skuli viðkomandi markaði og reikna markaðshluti. Þó að markaðshluttur fari yfir 30% mörkin er það ekki tilefni til að álykta að lóðréttir samningar falli sjálfkrafa undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. eða að þeir fullnægi ekki skilyrðum samkvæmt 3. mgr. sömu greinar, en jafnframt ber ekki heldur að álykta að lóðréttir samningar, sem ákvæði 1. mgr. 53. gr. taka til, fullnægi að jafnaði skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr.

## 2. Gildissvið hópundanþágureglugerðarinnar

### 2.1 Lóðréttir samningar, skilgreining

24) Í staflíð a) í 1. mgr. 1. gr. hópundanþágureglugerðarinnar er „lóðréttur samningur“ skilgreindur sem „samningur eða samstillt aðgerð sem tvö eða fleiri fyrirtæki gera sín á milli, sem starfrækt eru, að því er varðar samninginn eða samstillt[un] aðgerði[na], á mismunandi stigum framleiðslu- eða dreifingarferlisins og tengjast [*sic*] þeim skilyrðum sem gilda um kaup, sölu og endursölu aðilanna á tiltekinni vöru eða þjónustu“.

25) Skilgreiningin á „lóðréttum samningi“, sem vísað er til í 24. mgr., skiptist í fjögur meginatriði:

- a) Ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar gilda um samninga og samstilltar aðgerðir. Reglugerðin tekur ekki til einhliða aðgerða af hálfu hlutaðeigandi fyrirtækja. Einhliða aðgerðir af því tagi geta fallið undir ákvæði 54. gr. sem fela í sér bann við misnotkun á „yfirburðastöðu“. Til þess að samningur í skilningi 53. gr. teljist hafa komist á er nægilegt að aðilar hans hafi látið í ljós þau sameiginlegu áform að hafast að með tilteknum hætti á markaðnum. Ekki skiptir máli hvernig þau áform eru lätin í ljós nema að því leytir að framsetningin verður að endurspegla raunverulega fyrirætlun aðilanna. Ef hvergi kemur fram berum orðum að um sé að ræða sameiginlega fyrirætlun verður Eftirlitsstofnun EFTA að færa sönnur á að einhliða stefnumörkun annars aðilans njóti samþykkis hins aðilans. Í tengslum við lóðréttu samninga er hægt að fara tvær leiðir til að staðfesta að aðili sé samþykkuð tiltekinni stefnumörkun. Annars vegar má draga slíka ályktun af heimildum sem aðilarnir hafa samkvæmt almennum samningi sem gerður hefur verið fyrirfram. Ef í samningi, sem gerður er fyrirfram, er kveðið á um eða heimilað að aðili taki upp tiltekna einhliða stefnumörkun sem hinn aðilinn er skuldbundinn til að virða er það staðfesting á samþykki hins síðarnefnda við slíkri stefnumörkun<sup>(14)</sup>. Hins vegar getur Eftirlitsstofnun EFTA farið þá leið, ef samþykkið er hvergi að finna orðað, að sýna fram á að þegjandi samþykki hafi verið veitt. Í því tilliti verður í fyrsta lagi að sýna fram á að annar aðilinn þurfi á beinni eða óbeinni samvinnu hins aðilans að halda til þess að geta framfylgt einhliða stefnumörkun sinni og í öðru lagi að hinn aðilinn hafi komið til móts við það með því að framfylgja þeirri einhliða stefnumörkun í reynd<sup>(15)</sup>. Dæmi um þetta er að ef tilkynning birgis þess efnis að hann muni minnka framboð einhliða til þess að koma í veg fyrir samhliða innflutning veldur tafarlausum samdrætti pantana frá dreifendum og stöðvar samhliða innflutning á þeirra vegum, þá jafngildir það óorðuðu samþykki þessara dreifenda við einhliða stefnumörkun birgisins. Þessi niðurstaða fæst aftur á móti ekki ef dreifendurnir halda samhliða innflutningi áfram eða leita nýrra leiða til samhliða innflutnings. Með líkum hætti getur óorðað samþykki í tengslum við lóðréttu samninga komið fram í því hversu miklum þrýstingi aðili beitir í því skyni að fá annan eða aðra aðila samningsins til að fylgja einhliða stefnumörkun sinni, auk þess hversu margir dreifendur framfylgja þeirri einhliða stefnumörkun birgisins í reynd. Komi birgir á fót eftirlitskerfi og beitir þá dreifendur viðurlögum sem fylgja ekki einhliða stefnumörkun hans er það til að mynda visbending um óorðað samþykki við þeirri einhliða stefnumörkun ef kerfið gerir birginum í reynd kleift að koma henni í framkvæmd. Nota má samhliða þær tvær leiðir til að staðfesta að samþykki sé fyrir hendi sem lýst er í þessari málsgrein.
- b) Átt er við samning eða samstillta aðgerð tveggja eða fleiri fyrirtækja. Hópundanþágureglugerðin tekur ekki til lóðréttu samninga sem gerðir eru við neytendur sem starfa ekki sem fyrirtæki. Raunar gildir almennt að ákvæði 1. mgr. 53. gr. taka ekki til samninga við neytendur, enda gildir sú grein aðeins um samninga fyrirtækja, ákvarðanir fyrirtækjasamtaka og samstilltar aðgerðir fyrirtækja. Sá fyrirvari er um þetta að ákvæði 54. gr. EES-samningsins geta átt við.

<sup>(14)</sup> Dómur Evrópudómstólsins í máli C-74/04 P *Framkvæmdastjórn gegn Volkswagen AG*, dómasafn 2006, bls. I-6585.

<sup>(15)</sup> Dómur undirréttar EB í máli T-41/96 *Bayer AG gegn framkvæmdastjórn*, dómasafn 2000, bls. II-3383.

- c) Átt er við samning eða samstillta aðgerð fyrirtækja sem starfrækt eru, með tilliti til samningsins, á mismunandi stigum framleiðslu eða dreifingar. Þetta merkir til dæmis að eitt fyrirtæki framleiðir hráefni sem annað fyrirtæki notar sem aðföng, eða að fyrsta fyrirtækið er framleiðandi, annað heildsali og hið þriðja smásali. Fyrirtæki getur þrátt fyrir þetta haft með höndum starfsemi á fleiri en einu stigi framleiðslu eða dreifingar.
- d) Samningarnir eða samstilltu aðgerðirnar varða skilyrði sem tengjast „kaupum, sölu eða endursölu á tilteknum vörum eða þjónustu“ á vegum aðila samningsins (kaupanda og seljanda). Hér endurspeglast það markmið hópundanþágureglugerðarinnar að hún skuli taka til kaup- og dreifingarsamninga. Um er að ræða samninga sem snúa að því hvaða skilyrði ráða kaupum, sölu eða endursölu á vöru eða þjónustu sem birgirinn leggur til og/eða með hvaða skilyrðum kaupanda er heimilt að selja vöru eða þjónustu sem slík vara eða þjónusta er notuð við framleiðslu á. Með tilliti til hópundanþágureglugerðarinnar telst vara eða þjónusta, sem fellur undir samninginn, vera bæði sú vara eða þjónusta, sem birgirinn leggur til, og sú vara eða þjónusta sem verður til á grundvelli hennar. Undir þetta falla lóðréttir samningar um hvers kyns endanlega vöru og þjónustu og millivöru. Eina undantekningin er bílaframleiðsla, og gildir meðan sú atvinnugrein fellur undir sértæka hópundanþágu eins og þá sem veitt er samkvæmt gerðinni sem um getur í XIV. viðauka við EES-samninginn, lið 4b (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (ESB) nr. 461/2010 frá 27. maí 2010 <sup>(16)</sup>) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart tilteknum flokkum lóðrétttra samninga og samstilltra aðgerða á sviði vélknúinna ökutækja, eða hverri þeirri gerð annarri sem kann að koma í stað hennar. Vöru og þjónustu, sem birgir leggur til, má kaupandi endurselja eða nota sem aðföng við framleiðslu á eigin vöru eða þjónustu.
- 26) Ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar gilda einnig um vörur sem eru seldar og keyptar í því skyni að leigja þær þriðja aðila. Aftur á móti gilda þau ekki um leigu- og kaupleigusamningana sjálfa, þar eð birgirinn selur kaupandanum enga vöru eða þjónustu samkvæmt þeim. Almennt gildir að hópundanþágureglugerðin gildir ekki um hömlur eða skuldbindingar sem tengjast ekki skilyrðum fyrir kaupum, sölu eða endursölu, til að mynda skuldbindingu sem kemur í veg fyrir að samningsaðilarnir hafi hver fyrir sig með höndum rannsóknir og þróunarstarf og þeir kunna að hafa fellt inn í samning sem er að öðru leyti lóðréttur. Þessu til viðbótar kemur beinlínis fram í 2.–5. mgr. 2. gr. hópundanþágureglugerðarinnar að ákvæðum hennar verði ekki beitt gagnvart tilteknum lóðréttum samningum.

## 2.2 Lóðréttir samningar sem keppinautar gera með sér

- 27) Í 4. mgr. 2. gr. hópundanþágureglugerðarinnar er sérstaklega tekið fram að hún gildi ekki um „lóðréttta samninga sem eru gerðir milli samkeppnisfyrirtækja“. Um lóðréttta samninga, sem keppinautar gera með sér, þ.e. hugsanleg samráðsáhrif þeirra, er fjallað í leiðbeinandi reglum Eftirlitsstofnunar EFTA um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum <sup>(17)</sup>. Lóðréttta þætti slíkra samninga verður þó að meta samkvæmt þessum leiðbeinandi reglum. Í stafl. c) í 1. mgr. 1. gr. hópundanþágureglugerðarinnar er „fyrirtæki í samkeppni“ skilgreint sem „raunverulegur eða hugsanlegur samkeppnisaðili“. Fyrirtæki telst hugsanlegur keppinautur ef þau starfa bæði á sama viðkomandi markaði. Fyrirtæki telst hugsanlegur keppinautur annars fyrirtækis ef telja má sennilegt, hefði samningurinn ekki verið gerður, að lítil en varanleg aukning á hlutfallslegu verði hefði orðið fyrrnefnda fyrirtækinu tilefni til þess, áður en langur tími væri liðinn eða að jafnaði ekki meira en eitt ár, að takast á hendur nauðsynlegar viðbótarfjárfestingar eða leggja í annan nauðsynlegan aðlögunarkostnað til þess að geta hafið starfsemi á þeim viðkomandi markaði sem hitt fyrirtækið starfar á. Mat á þessu verður að byggjast á því hvað talist getur raunhæft; ekki er nægilegt að aðeins sé fræðilegur möguleiki á að fyrirtækið gæti hafið starfsemi á markaðnum <sup>(18)</sup>. Dreifandi, sem gefur framleiðanda forskrift um hvernig standa skuli að framleiðslu tiltekinnar vöru með vörumerki dreifandans, telst ekki framleiðandi slíkrar eiginmerkjavöru.

<sup>(16)</sup> Stjtið. ESB L 129, 28.5.2010, bls. 52, reglugerðin felld inn í EES-samninginn, sjá lið 4b í XIV. viðauka, samkvæmt ákvörðun nr. 91/2010, Stjtið. ESB L 277, 21.10.2010, bls. 44, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 59, 21.10.2010, bls. 13.

<sup>(17)</sup> Stjtið. EB C 266, 31.10.2002, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 55, 31.10.2002, bls. 1.

<sup>(18)</sup> Sbr. tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður að því er varðar samkeppnislög á Evrópska efnahagssvæðinu, Stjtið. EB L 200, 16.7.1998, bls. 46, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 28, 16.7.1998, bls. 3, 20.–24. mgr., þrettándu skýrslu framkvæmdastjórnarinnar um stefnu á sviði samkeppnismála, 55. lið, og ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar 90/410/EBE í máli IV/32.009 – *Elopak/Metal Box-Odin*, Stjtið. EB L 209, 8.8.1990, bls. 15.

- 28) Í 4. mgr. 2. gr. hópundanþágureglugerðarinnar er mælt fyrir um tvær undantekningar frá þeirri almennu reglu að undanþága taki ekki til lóðréttra samninga sem keppinautar gera með sér. Undantekningar lúta að samningum sem eru ekki gagnkvæmir. Ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar gilda um samninga keppinauta, sem eru ekki gagnkvæmir, ef a) birgirinn er framleiðandi og dreifandi vöru, en kaupandinn aðeins dreifandi en ekki jafnframt samkeppnisfyrirtæki á stigi framleiðslu eða b) birgirinn selur þjónustu á fleiri en einu stigi viðskipta, en kaupandinn starfar á smásölustigi og er ekki samkeppnisfyrirtæki á því stigi viðskipta sem hann kaupir samningsþjónustuna. Fyrirnefnda undantekningin varðar aðstæður sem einkennast af tvöföldu dreifikerfi, þ.e. framleiðandi tiltekinnar vöru annast einnig dreifingu hennar í samkeppni við sjálfstæða dreifendur vörunnar. Þegar tvöfalt dreifikerfi er fyrir hendi er litið svo á að í almennum atriðum skipti hugsanleg áhrif á samkeppni milli framleiðanda og smásala minna máli en hugsanleg áhrif lóðréttis afhendingarsamnings á almenna samkeppni á framleiðslu- eða smásölustigi. Síðarnefnda undantekningin varðar svipaðar aðstæður þar sem tvöfalt dreifikerfi er fyrir hendi, en í þessu tilviki í tengslum við þjónustu þegar þannig stendur á að birgirinn selur jafnframt þjónustu á smásölustiginu þar sem kaupandinn rekur starfsemi sína.

### 2.3 *Samtök smásala*

- 29) Samkvæmt 2. mgr. 2. gr. hópundanþágureglugerðarinnar gilda ákvæði hennar um lóðrétt samninga á vegum fyrirtækjasamtaka sem fullnægja tilteknum skilyrðum, og jafnframt er útilokað að reglugerðin geti tekið til lóðréttra samninga sem hvers kyns önnur samtök standa að. Ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar gilda um lóðrétt samninga milli samtaka og aðildarféлага þeirra, eða milli samtaka og birgja þeirra, því aðeins að aðildarfélögin séu öll smásalar sem selja vörur (ekki þjónustu) og að ekkert aðildarfélag samtakanna hafi meiri veltu en 50 milljónir EUR. Smásalar eru dreifendur sem endurselja endanlegum neytendum vörur. Ef aðeins lítill hluti aðildarfélaganna hefur veltu umfram 50 milljónir EUR og samanlögð velta þeirra er minni en sem nemur 15% af heildarveltu allra aðildarfélaganna verður það að jafnaði ekki látið hafa áhrif á mat með tilliti til 53. gr.
- 30) Samtök fyrirtækja geta bæði verið aðilar að láréttum og lóðréttum samningum. Mat á láréttum samningum verður að fara fram í samræmi við meginsjónarmiðin sem fram koma í leiðbeinandi reglum um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum<sup>(19)</sup>. Ef niðurstaða þess mats er á þá leið að una megi við samstarf fyrirtækja á sviði innkaupa eða sölu verður að fara fram frekara mat með tilliti til lóðréttra samninga sem samtökin hafa gert við birgja sína eða einstök aðildarfélög. Um síðarnefnda matið fer samkvæmt ákvæðum hópundanþágureglugerðarinnar og þessum leiðbeinandi reglum. Sem dæmi má taka að lárétta samninga milli aðildarféлага samtakanna eða ákvarðanir samtakanna, svo sem ákvörðun sem skyldar aðildarfélögin til að beina innkaupum sínum til samtakanna eða ákvörðun um einkaúthlutun starfsvæða til aðildarfélaganna, verður að meta fyrst sem láréttan samning. Verði niðurstaðan af því mati sú að lárétti samningurinn hamli ekki samkeppni þarf að fara fram mat á lóðréttum samningum sem samtökin hafa gert við einstök aðildarfélög eða við birgja.

### 2.4 *Lóðréttir samningar sem hafa að geyma ákvæði um hugverkarétt*

- 31) Samkvæmt ákvæðum 3. mgr. 2. gr. hópundanþágureglugerðarinnar gildir hún um lóðrétt samninga er hafa að geyma tiltekin ákvæði um framsal hugverkaréttar til kaupanda eða afnot hans af slíkum rétti en það þýðir jafnframt að engir aðrir lóðréttir samningar, sem geyma hugverkaréttarákvæði, geta fallið undir ákvæði reglugerðarinnar. Hópundanþágureglugerðin gildir um lóðrétt samninga sem hafa að geyma hugverkaréttarákvæði ef eftirtöldum fimm skilyrðum er fullnægt:
- Að hugverkaréttarákvæðin séu hluti af lóðréttum samningi, þ.e. samningi sem kveður á um með hvaða skilyrðum aðilar að samningnum mega kaupa inn, selja eða endurselja tilteknar vörur eða þjónustu.
  - Að hugverkarétturinn sé framseldur kaupanda eða honum veitt heimild til að nýta hann.
  - Að hugverkaréttarákvæðin séu ekki meginatriði samningsins.
  - Að hugverkaréttarákvæðin tengist beint notkun, sölu eða endursölu á vörum eða þjónustu af hálfu kaupanda eða viðskiptamanna hans. Þegar um ræðir sérleyfi þar sem nýting hugverka

<sup>(19)</sup> Sbr. 27. mgr.

- réttarins felst í markaðssetningu er dreifing á vörunum eða þjónustunni í höndum frumsérleyfistaka eða sérleyfistakanna.
- e) Að hugverkaréttarákvæðin feli ekki í sér, með tilliti til vöru eða þjónustu sem fellur undir samninginn, samkeppnishömlur sem miða að sama marki og lóðréttar hömlur sem njóta ekki undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni.
- 32) Með þessum skilyrðum er tryggt að hópundanþágureglugerðin taki til lóðrétttra samninga sem gera notkun, sölu eða endursölu á vörum eða þjónustu skilvirkari með því að framselja kaupanda hugverkarétt eða heimila honum að nýta hann. Hópundanþágan nær með öðrum orðum til takmarkana á framsali eða afnot af hugverkarétti þegar samningurinn snýst í meginatriðum um innkaup eða dreifingu á vörum eða þjónustu.
- 33) Með fyrsta skilyrðinu er gert ljóst að afnot af hugverkaréttinum eru veitt í tengslum við samning um innkaup eða dreifingu á vörum eða samning um kaup eða sölu á þjónustu, en ekki samning um framsal eða heimild til nýtingar á hugverkarétti í tengslum við vöruframleiðslu, né heldur hreinan nytjaleyfissamning. Svo dæmi séu tekin tekur hópundanþágureglugerðin ekki til:
- a) samninga þess efnis að einn samningsaðili láti öðrum í té uppskrift og selji honum nytjaleyfi til að framleiða drykkjarvöru samkvæmt þeirri uppskrift,
- b) samninga þess efnis að einn samningsaðili láti öðrum í té mót eða frumeintak og selji honum nytjaleyfi til að framleiða og dreifa afritum eða afsteypum,
- c) hreinna nytjaleyfa á vörumerki eða einkennismerki með til nota á auglýsingavörum,
- d) kostunarsamninga sem snúast um réttinn til að auglýsa sig sem opinberan kostunaraðila atburðar,
- e) höfundarréttarleyfa á borð við samninga um útsendingar sem snúast um réttinn til upptöku eða útsendingar á atburði.
- 34) Í öðru skilyrðinu felst að ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar eiga ekki við þegar kaupandinn sér birginum fyrir hugverkaréttinum og engu skiptir hvort hugverkarétturinn snertir framleiðslu- eða dreifingaraðferðina. Hópundanþágureglugerðin tekur ekki til samninga sem fjalla um framsal hugverkaréttar til birgisins og hafa hugsanlega að geyma ákvæði sem takmarka hvaða sölustarfi birginum er heimilt að sinna. Afleiðingin af þessu er einkum sú að undirverktökusamningar, sem hafa í för með sér framsal verkþekkingar til undirverktaka<sup>(20)</sup>, falla ekki undir gildissvið hópundanþágureglugerðarinnar (sbr. einnig 22. mgr.). Aftur á móti gilda ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar um lóðrétttra samninga þess efnis að kaupandi láti seljanda aðeins í té forskrift sem lýsir vörunum eða þjónustunni sem á að afhenda.
- 35) Með þriðja skilyrðinu er gert ljóst að til þess að samningurinn geti fallið undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar má meginatriði hans ekki vera framsal eða heimild til nýtingar á hugverkarétti. Meginatriði samningsins verður að vera innkaup, sala eða endursala á vörum eða þjónustu og hugverkaréttarákvæðin verða að þjóna framkvæmd lóðrétttra samningsins.
- 36) Fjórða skilyrðið felur í sér að hugverkaréttarákvæðin verða að greiða fyrir notkun, sölu eða endursölu kaupanda eða viðskiptamanna hans á vörum eða þjónustu. Varan eða þjónustan, sem fyrirhugað er að nota eða endurselja, kemur oftast frá leyfisgjafa en leyfistaki getur einnig keypt hana af utanaðkomandi birgi. Hugverkaréttarákvæðin varða yfirleitt markaðssetningu vöru eða þjónustu. Dæmi um þetta gæti verið sérleyfissamningur sem felur í sér að leyfisgjafi selji leyfistaka vörur til endursölu og veiti honum heimild til að nota vörumerki sitt og verkþekkingu við markaðssetningu á þeim vörum, eða að birgir selji kaupanda óblandað þykkni og veiti honum jafnframt heimild til að þynna það og setja á flöskur áður en það er selt sem drykkjarvara.
- 37) Með fimmta skilyrðinu er undirstrikað að hugverkaréttarákvæðin megi hvorki hafa sama markmið og nein þeirra harkalegu takmarkana sem taldar eru upp í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar né nein þeirra takmarkana sem geta ekki notið undanþágu samkvæmt reglugerðinni, sbr. 5. gr. þeirrar gerðar (sjá 47.–69. mgr. þessara leiðbeinandi reglna).

<sup>(20)</sup> Sbr. auglýsingu um undirverktöku (sjá tilvísun í 22. mgr.).

- 38) Hugverkaréttur, sem skiptir máli um framkvæmd lóðréttra samninga í skilningi 3. mgr. 2. gr. hópundanþágureglugerðarinnar, varðar yfirleitt þrjú megin svið: vörumerki, höfundarrétt og verkþekkingu.

#### *Vörumerki*

- 39) Þegar dreifanda er veitt nytjaleyfi fyrir vörumerki getur það tengst dreifingu á vöru leyfisgjafans á tilteknu starfsvæði. Ef um einkaleyfi er að ræða telst samningurinn einkaumboðssamningur.

#### *Höfundarréttur*

- 40) Höfundarréttarleyfi getur skuldbundið endurseljanda vöru (t.d. bóka, hugbúnaðar o.s.frv.) til að virða höfundarréttinn þegar hann selur vöruna áfram, hvort sem það er til endurseljanda eða endanlegs notanda. Hópundanþágureglugerðin tekur til slíkra skuldbindinga endursalans að því leyti sem þær falla undir ákvæði 1. mgr. 53. gr.
- 41) Samningar þess efnis að hugbúnaður verði afhentur til endursölu á föstum miðli á þann hátt að endurseljandi fái ekki nytjaleyfi fyrir hugbúnaðinum heldur aðeins rétt til að endurselja hann á föstum miðli skulu, með tilliti til hópundanþágureglugerðarinnar, teljast samningar um að afhenda vörur til endursölu. Þegar dreifingu er þannig háttáð fer veiting nytjaleyfis aðeins fram milli höfundarréttarhafa og notanda hugbúnaðarins. Grundvöllurinn að þessu getur verið „umbúðanytjaleyfi“, þ.e. prentuð skilyrði sem pakkað er með fasta miðlinum og neytandi telst hafa samþykkt með því að opna umbúðirnar.
- 42) Höfundarréttarhafi getur áskilið að kaupendur vélbúnaðar, sem seldur er með höfundarréttarvörðum hugbúnaði, verði að virða höfundarréttinn og megi þannig ekki afrita og endurselja hugbúnaðinn eða afrita og nota hugbúnaðinn með öðrum vélbúnaði. Hópundanþágureglugerðin tekur til slíkra takmarkana á notkun að því leyti sem þær falla undir 1. mgr. 53. gr.

#### *Verkþekking*

- 43) Sérleyfissamningar, aðrir en sérleyfissamningar sem gerðir eru vegna iðnaðarframleiðslu, eru skýrasta dæmið um verkþekkingu sem kaupandi fær aðgang að í markaðssetningarskyni<sup>(2)</sup>. Sérleyfissamningar fela í sér leyfi til að nýta hugverkarétt, sem tengist vörumerkjum eða táknum og verkþekkingu, í tengslum við notkun og dreifingu á vörum eða veitingu þjónustu. Jafnframt leyfi til að nýta hugverkarétt lætur sérleyfisgjafi sérleyfistaka yfirleitt í té viðskiptalega eða tæknilega aðstoð á samningstímanum, til að mynda innkaupaþjónustu, þjálfun, fasteignaráðgjöf, fjárhagsáætlanir o.s.frv. Nytjaleyfið og aðstoðin eru óaðskiljanlegur hluti rekstraráðferðarinnar sem sérleyfið er veitt fyrir.
- 44) Hópundanþágureglugerðin gildir um veitingu nytjaleyfis samkvæmt sérleyfissamningum ef fullnægt er öllum þeim skilyrðum sem talin eru upp í 31. mgr. Þeim skilyrðum er oftast fullnægt sökum þess að í flestum sérleyfissamningum, m.a. samningum um frumsérleyfi, leggur sérleyfisgjafi sérleyfistaka til vörur og/eða þjónustu, og þá einkum aðstoð viðskiptalegs eða tæknilegs eðlis. Hugverkarétturinn gerir sérleyfistaka hægara um vik að endurselja vörurnar hann kaupir af sérleyfisgjafi, eða birgi sem sérleyfisgjafi tilgreinir, eða að nota vörurnar og selja vöru eða þjónustu sem þannig verður til. Ef sérleyfissamningurinn snýst eingöngu eða aðallega um leyfi til að nýta hugverkarétt fellur hann ekki undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar, en af hálfu Eftirlitsstofnunar EFTA verður sjónarmiðunum, sem lýst er í reglugerðinni og þessum leiðbeinandi reglum, engu að síður beitt gagnvart slíkum samningi í flestum tilvikum.
- 45) Eftirtaldir skuldbindingar, sem tengjast hugverkarétti, teljast almennt nauðsynlegar til að vernda hugverkarétt sérleyfisgjafa, og taki 1. mgr. 53. gr. til slíkra skuldbindinga falla þær einnig undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar:
- a) Sú skuldbinding sérleyfistaka að hafa ekki með höndum neinn svipaðan rekstur, beint eða óbeint.

<sup>(2)</sup> Ákvæði 43.–45. mgr. gilda hlíðstætt um aðrar tegundir dreifingarsamninga sem snúast um framsal mikillar verkþekkingar frá birgi til kaupanda.

- b) Sú skuldbinding sérleyfistaka að festa ekki fjármuni í eiginfé samkeppnisfyrirtækis þannig að hann öðlist tækifæri til að hafa áhrif á viðskiptahætti slíks fyrirtækis.
- c) Sú skuldbinding sérleyfistaka að upplýsa ekki þriðja aðila um verkþekkinguna sem sérleyfisgjafinn lætur í té svo fremi að sú verkþekking sé ekki almenningseign;
- d) Sú skuldbinding sérleyfistaka að greina sérleyfisgjafa frá hvers kyns reynslu sem aflast í tengslum við notkun sérleyfisins og veita sérleyfisgjafa, svo og öðrum sérleyfistökum, almenna heimild til að færa sér í nyt verkþekkingu sem aflað hefur verið með þeirri reynslu.
- e) Sú skuldbinding sérleyfistaka að tilkynna sérleyfisgjafa ef brotið er gegn hugverkarétti sem tiltekið nytjaleyfi tekur til, grípa til lagalegra úrræða gegn brotlegum aðilum eða liðsinna sérleyfisgjafa í dómsmálum sem rekin eru gegn brotlegum aðilum.
- f) Sú skuldbinding sérleyfistaka að nota ekki verkþekkingu, sem sérleyfisgjafi veitir nytjaleyfi fyrir, nema í tengslum við nýtingu sérleyfisins.
- g) Sú skuldbinding sérleyfistaka að framselja ekki réttindi og skyldur samkvæmt sérleyfissamningi án samþykkis sérleyfisgjafa.

### 2.5 Tengsl við aðrar reglugerðir um hópundanþágu

- 46) Í 5. mgr. 2. gr. hópundanþágureglugerðarinnar kemur fram að hún gildi ekki „um lóðrétt samninga þegar viðfangsefni þeirra fellur undir gildissvið annarrar reglugerðar um hópundanþágur, [með fyrirvara um ákvæði slíkrar gerðar]“. Hópundanþágureglugerðin tekur því ekki til lóðréttra samninga sem falla undir gerðina sem um getur í XIV. viðauka við EES-samninginn, 5. lið (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 772/2004 frá 27. apríl 2004 <sup>(22)</sup>) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart flokkum samninga um tækniyfirfærslu, gerðina sem um getur í XIV. viðauka við EES-samninginn, lið 4b (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (ESB) nr. 461/2010 <sup>(23)</sup>) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart tilteknum flokkum lóðréttra samninga og samstilltra aðgerða á sviði vélknúinna ökutækja eða gerðina sem um getur í XIV. viðauka við EES-samninginn, 6. lið (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 2658/2000 frá 29. nóvember 2000 <sup>(24)</sup>) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart flokkum samninga um sérhæfingu og gerðina sem um getur í XIV. viðauka við EES-samninginn, 7. lið (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 2659/2000 frá 29. nóvember 2000 <sup>(25)</sup>) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart flokkum samninga um rannsóknir og þróun, en samkvæmt þeim eru undanskildir lóðréttir samningar sem gerðir eru í tengslum við lárétta samninga, eða síðari gerðir þessarar tegundar, með fyrirvara um ákvæði sem kunna að verða sett í slíkri gerð.

### 3. Harkalegar takmarkanir samkvæmt hópundanþágureglugerðinni

- 47) Í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar eru taldar upp þær harkalegu takmarkanir sem valda því að viðkomandi lóðréttur samningur fellur allur utan gildissviðs reglugerðarinnar <sup>(26)</sup>. Ef samningur hefur slíka harkalega takmörkun að geyma má ætla að hann falli undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. Jafnframt má telja ósennilegt að samningurinn muni fullnægja skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr., og af þeirri ástæðu á hópundanþágan ekki við. Á hinn bóginn er hugsanlegt að fyrirtæki geti sýnt fram á það í einstökum tilvikum að samningur hafi samkeppnisörvandi áhrif <sup>(27)</sup>. Ef fyrirtækin geta rökstutt að það muni að líkindum leiða til hagræðingar að kveða á

<sup>(22)</sup> Stjtið. ESB L 123, 27.4.2004, bls. 11, reglugerðin felld inn í EES-samninginn samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 142/2005, Stjtið. ESB L 198, 28.7.2005, bls. 42, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 38, 28.7.2005, bls. 24.

<sup>(23)</sup> Sbr. 25. mgr.

<sup>(24)</sup> Stjtið. EB L 304, 5.12.2000, bls. 3, reglugerðin felld inn í EES-samninginn samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 113/2000, Stjtið. EB L 52, 22.2.2001, bls. 38, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 9, 22.2.2001, bls. 5.

<sup>(25)</sup> Stjtið. ESB L 304, 5.12.2000, bls. 7, reglugerðin felld inn í EES-samninginn samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 113/2000, Stjtið. EB L 52, 22.2.2001, bls. 38, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 9, 22.2.2001, bls. 5.

<sup>(26)</sup> Þessi upptalning á harkalegum takmörkunum gildir um lóðrétt samninga sem varða viðskipti á Evrópska efnahagssvæðinu. Með tilliti til lóðréttra samninga, sem varða útflutning til landa utan Evrópska efnahagssvæðisins eða innflutning/endurinnflutning frá þeim löndum, sjá dóm Evrópudómstólsins í máli C-306/96 *Javico* gegn *Yves Saint Laurent*, dómasafn 1998, bls. I-1983. Þar komst dómstóllinn að eftirfarandi niðurstöðu (sjá 20. mgr. dómsorðanna): „feli samningur í sér skuldbindingu endurseljanda gagnvart framleiðanda þess efnis að hann muni selja vörur, sem falla undir samninginn, til landa utan bandalagsins verður ekki litið svo á að markmið hans sé að hafa merkjanleg samkeppnishamlandi áhrif á sameiginlega markaðnum eða að hann geti, sem slíkur, haft áhrif á viðskipti milli aðildarríkjanna“.

<sup>(27)</sup> Sbr. einkum 106.–109. mgr., sem hafa að geyma almenna umfjöllun um hvers kyns hagræðing getur komið fram í tengslum við lóðréttar hömlur, og undirkafla VI.2.10, sem varðar takmarkanir að því er varðar endursöluverð. Um almennar leiðbeiningar um þetta sjá \*tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA – Leiðbeinandi reglur um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins, samþykktar samkvæmt ákvörðun 123/04/COL (Stjtið. ESB C 208, 6.9.2007, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 42, 6.9.2007, bls. 1.).

um slíka harkalega takmörkun í samningnum, og færa sönnur á að í almennum atriðum sé öllum skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. fullnægt, verður Eftirlitsstofnun EFTA að meta hvaða samkeppnishamlandi áhrif muni að líkindum koma fram í reynd áður en hún metur endanlega hvort skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. er fullnægt <sup>(28)</sup>.

- 48) Harkalega takmörkunin, sem lýst er í stafl. a) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar, er fölginn í stýringu endursöluverðs, það er samningum eða samstilltum aðgerðum sem hafa það beint eða óbeint að markmiði að ákveða fast endursöluverð eða lágmarksendursöluverð eða fast verðstig eða lágmarksverðstig sem kaupanda ber að virða. Þegar um ræðir samningsskilmála eða samstilltar aðgerðir sem festa endursöluverðið beinlínis fer takmörkunin ekki milli mála. Stýring endursöluverðs getur þó átt sér stað á annan hátt. Dæmi um slíkt gæti verið samningur um hver álagning skuli vera eða hversu mikinn afslátt dreifanda er heimilt að veita frá fyrirframákveðnu verði, að afsláttur frá birgi eða endurgreiðsla hans á kostnaði við söluhvetjandi starfsemi sé bundin því skilyrði að varan sé seld á tilteknu verði, að fyrirframákveðið endursöluverð skuli miðast við endursöluverð keppinauta, svo og hótanir, ógnanir, viðvaranir, viðurlög, tafir eða stöðvun afhendingar eða riftun samnings ef vikið er frá tilgreindu verði. Beinar og óbeinar aðgerðir til að festa verð geta skilað meiri árangri ef einnig eru gerðar ráðstafanir til að komast að því hvaða dreifendur selja vöruna á lægra verði, til að mynda með verðeftirlitskerfi eða með því að gera smásölum skylt að tilkynna um aðra þátttakendur í dreifikerfinu sem vikja frá föstu verði. Á svipaðan hátt geta beinar og óbeinar aðgerðir til að festa verð verið árangursríkari ef einnig eru gerðar ráðstafanir til að gera það minna álitlegt fyrir kaupandann að lækka endursöluverðið, svo sem að birgir prenti leiðbeinandi endursöluverð á vöruna eða geri kaupanda skylt að virða bestu-kjaraákvæði. Sömu óbeinu aðgerðir og sömu „stuðningsráðstafanir“ má nota til að tryggja að hámarksverð eða leiðbeinandi verð nýtist til að stýra endursöluverði. Þó að birgir beiti tiltekinni stuðningsráðstöfun eða afhendi kaupanda lista yfir leiðbeinandi verð eða hámarksverð telst það þó eitt og sér ekki stýring endursöluverðs.
- 49) Þegar um ræðir umboðssamninga er ákvörðun á útsöluverði venjulega í höndum umbjóðanda þar eð umboðsmaðurinn eignast ekki vörurnar. Þegar slíkur samningur getur aftur á móti ekki talist umboðssamningur með tilliti til beitingar 1. mgr. 53. mgr. (sjá 12.–21. mgr.) verður skuldbinding sem gerir umboðsmanni ókleift eða erfitt um vik að veita viðskiptamanni hlutdeild í umboðs-launum sínum, hvort sem þau eru föst eða breytileg, að teljast harkaleg takmörkun í skilningi stafl. a) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar. Til þess að komast megi hjá því að samningurinn hafi slíka harkalega takmörkun í för með sér verður umboðsmaður því að hafa frelsi til að lækka verðið sem viðskiptamaður greiðir í raun ef það verður ekki til þess að rýra tekjur umbjóðandans <sup>(29)</sup>.
- 50) Harkalega takmörkunin, sem lýst er í stafl. b) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar, er fölginn í samningum eða samstilltum aðgerðum sem hafa það beint eða óbeint að markmiði að reisa skorður við sölustarfi kaupanda, sem er aðili að samningnum, eða viðskiptamanna hans, að svo miklu leyti sem slíkar skorður lúta að því á hvaða starfsvæði eða til hvaða viðskiptamanna kaupandanum er heimilt að selja vöru eða þjónustu sem fellur undir samninginn. Þessi harkalega takmörkun varðar uppskiptingu markaðar í starfsvæði eða eftir viðskiptamannahópum. Hún getur verið afleiðing af beinum skuldbindingum, til að mynda þeirri að ekki megi selja tilteknum viðskiptamönnum eða viðskiptavinum á tilteknum starfsvæðum, eða þeirri að vísa skuli pöntunum frá þeim viðskiptamönnum til annarra dreifenda. Takmörkunin getur einnig verið afleiðing af óbeinum ráðstöfunum sem ætlað er að hvetja dreifandann til að selja ekki slíkum viðskiptavinum, til að mynda þegar farin er sú leið að synja um eða lækka ágóðahlutdeild eða afslátt, synja um vöruafhendingu, draga úr afhentu vörumagni eða takmarka afhent vörumagn við eftirspurn á starfsvæðinu eða í viðskiptamannahópnum sem úthlutað hefur verið, hóta riftun samnings, fara fram á herra verð fyrir vörur sem ætlaðar eru til útflutnings, takmarka hversu hátt hlutfall seldrar vöru má fara til útflutnings eða krefjast skila á hagnaði. Þá getur takmörkunin verið afleiðing af því að birgirinn bjóði ekki á öllu Evrópska efnahagssvæðinu ábyrgðarþjónustu sem einkennist af því að öllum dreifendum er að jafnaði skylt að veita slíka þjónustu og birgirinn endurgreiðir þá kostnaðinn við hana, jafnvel þegar um er að ræða vörur sem aðrir dreifendur hafa selt á starf-

<sup>(28)</sup> Enda þótt hér sé um að ræða, í lagalegum skilningi, tvo aðgreinda áfanga í ferli málsins getur framkvæmdin verið með þeim hætti að aðilar samningsins og Eftirlitsstofnun EFTA fari yfir þá til skiptis nokkrum sinnum til að útfæra og bæta röksemdir sínar.

<sup>(29)</sup> Sbr. til dæmis ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar 91/562/EBE í máli nr. IV/32.737 – *Eirpage*, Stjtið. EB L 306, 7.11.1991, bls. 22, einkum 6. lið inngangsorðanna.

svæði þeirra <sup>(30)</sup>. Enn líklegra er að háttsemi sem þessi verði talin reisa skorður við sölustarfi kaupandans ef birgirinn notar jafnframt eftirlitskerfi til þess að sannreyna eiginlegan áfangastað vörunnar sem afhent er, til að mynda sérgreinanlega merkimiða eða raðtölur. Skuldbinding endursalans til að hafa vörumerki birgisins sýnilegt telst aftur á móti harkaleg takmörkun. Þar eð ákvæði stafl. b) í 4. gr. varðar aðeins takmarkanir á sölustarfi kaupanda eða viðskiptamanna hans leiðir af því að takmarkanir á sölustarfi birgisins teljast ekki heldur harkalegar, með fyrirvara um það sem fram kemur í 59. mgr. um sölu á varahlutum í tengslum við ákvæði stafl. e) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar. Ákvæði stafl. b) í 4. gr. koma ekki í veg fyrir takmörkun á því hvar kaupandi hefur starfsstöð. Samningur getur þannig áfram notið verndar samkvæmt hópundanþágureglugerðinni enda þótt samið sé um að verslun/-anir og birgðageymsla/-ur kaupanda skuli takmarkast við tiltekið pósthfang, stað eða starfsvæði.

- 51) Fjórar undantekningar eru gerðar að því er varðar alvarlegu takmarkanirnar sem um getur í stafl. b) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar. Fyrsta undantekningin, sjá i-lið stafl. b) í 4. gr., heimilur birgi að meina kaupanda, sem á aðild að samningnum, að stunda virkt sölustarf á starfsvæði eða gagnvart viðskiptamannahópi sem öðrum kaupanda hefur verið einkaúthlutað eða birgirinn hefur haldið eftir sjálfur. Starfsvæði eða viðskiptamannahópi telst hafa verið einkaúthlutað þegar birgir semur um að selja vöru sína aðeins einum dreifanda til dreifingar á tilteknu svæði eða til tiltekins hóps viðskiptamanna og einkaumboðsmaðurinn er þannig varinn gegn því að nokkur annar kaupandi birgisins á Evrópska efnahagssvæðinu stundi virkt sölustarf á starfsvæði hans eða gagnvart viðskiptamannahópi hans, óháð sölu á vegum birgisins. Birginum er heimilt að einkaúthluta starfsvæði og viðskiptamannahópi samhliða, til að mynda með því að fela einkaumboðsmanni að sinna tilteknum viðskiptamannahópi á tilteknu starfsvæði. Þegar starfsvæðum eða viðskiptamannahópum er einkaúthlutað á þennan hátt verður þó að leyfa óvirka sölu á slíkum svæðum eða til slíkra viðskiptamannahópa. Með tilliti til beitingar stafl. b) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar túlkar Eftirlitsstofnun EFTA hugtökin „virkt“ og „óvirkt“ sölustarf sem hér segir:
- „Virkt“ sölustarf merkir að reynt sé með virkum hætti að ná til einstakra viðskiptamanna, til að mynda með beinum póstsendingum, og þá einnig tölvupóstsendingum sem viðtakandi hefur ekki óskað eftir, eða heimsóknnum, eða að reynt sé með virkum hætti að ná til tiltekins viðskiptamannahóps eða viðskiptamanna á tilteknu starfsvæði með auglýsingum í fjölmiðlum eða á netinu eða kynningu af öðru tagi sem beint er sérstaklega að þeim viðskiptamannahópi eða viðskiptamönnum á því starfsvæði. Litið er á auglýsingar og kynningar, sem teljast ekki gagnlegar kaupanda nema þær nái (einnig) til tiltekins viðskiptamannahóps eða viðskiptamanna á tilteknu starfsvæði, sem virkt sölustarf gagnvart þeim viðskiptamannahópi eða viðskiptamönnum á því starfsvæði.
  - „Óvirkt“ sölustarf merkir að beiðnum einstakra viðskiptamanna, sem ekki hefur verið kallað eftir, sé sinnt meðal annars með afhendingu vöru eða þjónustu til slíkra viðskiptamanna. Almennar auglýsingar eða kynningar, sem ná til viðskiptamanna sem tilheyra (einkaúthlutaðum) starfsvæðum eða viðskiptamannahópum annarra dreifenda en teljast eðlileg aðferð til að ná til viðskiptamanna utan þeirra svæða eða viðskiptamannahópa, til að mynda viðskiptamanna á eigin starfsvæði, teljast óvirk sala. Almennar auglýsingar eða kynningar teljast eðlileg leið til að ná til slíkra viðskiptamanna ef slíkar fjárfestingar myndu gagnast kaupanda þó að þær næðu ekki til viðskiptamanna sem tilheyra (einkaúthlutaðum) starfsvæðum eða viðskiptamannahópum annarra dreifenda.
- 52) Netið er öflugt tæki til að ná til fjölmennari og fjölbreyttari viðskiptamannahóps en unnt er að gera með hefðbundnari söluaðferðum og þetta er skýringin á því að farið er með tiltekna takmarkanir á notkun netsins sem takmarkanir á (endur)sölu. Meginreglan er sú að sérhverjum dreifanda á að vera heimilt að nýta sér netið við sölu á vörum. Ef dreifandi notar vefsetur til að selja vörur er almennt litið á það sem eina tegund óvirkrar sölu þar eð um er að ræða eðlilega leið til að gera viðskiptamönnum kleift að hafa upp á dreifandanum. Ef vefsetur er notað getur það haft áhrif utan eigin starfsvæðis og viðskiptamannahóps dreifanda; þau áhrif stafa þó af tækninni sem liggur að baki og gerir það auðvelt að nálgast vefsíðuna frá hvaða stað sem vera skal. Ef viðskiptamaður skoðar vefsetur dreifanda og hefur samband við hann og ef slíkt samband leiðir

<sup>(30)</sup> Birgir, sem ákveður að endurgreiða dreifendum ekki kostnað við þjónustu sem þeir veita samkvæmt ábyrgð sem nær til alls Evrópska efnahagssvæðisins, getur samið við þá um að dreifandi, sem selur til kaupanda utan starfsvæðisins sem honum hefur verið úthlutað, greiði dreifandanum á svæðinu, sem selt er til, gjald sem byggt er á kostnaði við þjónustuna sem veitt er (eða veitt verður) auk hæfilegrar álagningar. Óvíst er að tilhögun af þessu tagi þurfi að teljast takmörkun á sölustarfi dreifenda utan eigin starfsvæðis (sbr. dóm undirréttar EB í máli T-67/01 *JCB Service* gegn *frankvæmdastjórn*, dómásafn 2004, bls. II-49, 136.–145. mgr.).



til sölu, að meðtalinni afhendingu, er litið á það sem óvirka sölu. Hið sama á við ef viðskiptamaður tekur þann kost að fá (sjálfkrafa) upplýsingar frá dreifanda og slíkt leiðir til sölu. Þó að texti á vefsetrinu sé boðinn á mismunandi tungumálum breytir það eitt og sér engu um það að sala af þessu tagi telst óvirk. Eftirlitsstofnun EFTA lítur því svo á að eftirfarandi séu dæmi um harkalegar takmarkanir á óvirkri sölu, með vísan til þess að þessar takmarkanir geta hamlað því að dreifandinn nái til fjölmennari og fjölbreyttari viðskiptamannahóps:

- a) Samningur þess efnis að (einka)umboðsmaður skuli koma í veg fyrir að viðskiptamenn á öðru (einkaúthlutuðu) starfsvæði geti skoðað vefsetur hans eða beina viðskiptamönnum sínum sjálfkrafa inn á vefsetur framleiðanda eða annarra (einka)umboðsmanna. Engu að síður skal heimilt að gera samning um að ýmsir tenglar á vefsetri dreifandans skuli vísa á vefsetur annarra dreifenda og/eða birgisins.
  - b) Samningur þess efnis að (einka)umboðsmaður skuli stöðva kaup viðskiptamanna á netinu þegar heimilisfang þeirra, samkvæmt upplýsingum af greiðslukorti, reynist vera utan (einkaúthlutaðs) starfsvæðis dreifandans.
  - c) Samningur þess efnis að dreifandi skuli takmarka hversu stórt hlutfall seldrar vöru í heild fari fram á netinu. Engu að síður skal birgi heimilt að áskilja, án þess að reisa skorður við sölustarfi dreifanda á netinu, að kaupandi skuli selja utan netsins vörur sem samsvarar að minnsta kosti tilteknu verðmæti eða magni til þess að tryggja hagkvæman rekstur söluhúsnæðisins; sömuleiðis skal birgi heimilt að fullvissa sig um að dreifandinn hagi starfsemi sinni á netinu þannig að hún samræmist dreifingarmarkmiðum birgisins (sbr. 54.–56. mgr.). Ákveða má að allir kaupendur skuli selja sama tiltekna verðmæti eða magn utan netsins, eða ákveða það sérstaklega fyrir hvern kaupanda með vísan til málefnaþregra viðmiða, svo sem umsvifa kaupandans í dreifinetinu eða staðsetningar hans á sölusvæðinu.
  - d) Samningur þess efnis að dreifandi skuli greiða hærra verð fyrir vörur sem hann ætlar til endursölu á netinu en fyrir vörur sem hann ætlar til endursölu utan netsins. Engu að síður skal birgi heimilt að semja við kaupanda um greiðslu fastrar þóknunar (þ.e. ekki breytilegrar þóknunar sem færi hækkandi í samræmi við aukna sölu utan netsins, enda myndi það samsvara óbeint tvöfaldri verðlagningu) til stuðnings sölustarfi hins síðarnefnda utan netsins eða á netinu.
- 53) Takmörkun á því hvernig dreifendur, sem eiga aðild að samningnum, nýta sér netið er samrýmanleg ákvæðum hópundanþágureglugerðarinnar ef þannig háttar til að kynningarstarf á netinu eða notkun netsins myndi hafa í för með sér virkt sölustarf, til að mynda á einkaúthlutuðum starfsvæðum annarra dreifenda eða gagnvart viðskiptamönnum þeirra. Eftirlitsstofnun EFTA lítur svo á að auglýsingar á netinu, sem beinast sérstaklega að tilteknum viðskiptamönnum, séu ein tegund virks sölustarfs gagnvart slíkum viðskiptamönnum. Svo dæmi sé tekið eru svæðisbundnir auglýsingaborðar, sem birtast á vefsetrum í eigu annarra, ein tegund virks sölustarfs á starfsvæðinu sem borðarnir beinast að. Almenn tiltekt er til að ná sérstaklega til tiltekna starfsvæðis eða viðskiptamannahóps virkt sölustarf á því svæði eða gagnvart þeim viðskiptamannahópi. Ef leitarvél eða auglýsingaveitu á netinu er greitt fyrir að beina auglýsingum sérstaklega til notenda á tilteknu landsvæði er þar til að mynda um að ræða virkt sölustarf á því svæði.
- 54) Samkvæmt ákvæðum hópundanþágureglugerðarinnar er birgi engu að síður heimilt að áskilja að tilteknum gæðastöðlum sé fylgt í tengslum við notkun vefsetursins til að endurselja vörur hans, rétt eins og birginum er heimilt að áskilja að tilteknum gæðastöðlum sé fylgt í tengslum við sölu í verslunarhúsnæði eða í tengslum við auglýsingar eða vörukynningar almennt. Einkum getur verið ástæða til slíks í tengslum við umboðsmannakerfi. Samkvæmt ákvæðum hópundanþágureglugerðarinnar er birgi til að mynda heimilt að setja það skilyrði fyrir aðild að dreifikerfi sínu að dreifendur starfræki söluhúsnæði eða sýningarsal á að minnsta kosti einum stað. Þá er einnig heimilt samkvæmt reglugerðinni að breyta skilyrði af þessu tagi síðar, nema markmiðið með breytingunum sé að reisa beint eða óbeint skorður við sölustarfi dreifendanna á netinu. Með svipuðum hætti getur birgir áskilið að dreifendur megi ekki nota kerfi þriðja aðila til að dreifa vörum, sem samningurinn tekur til, nema í samræmi við kröfur og skilyrði sem samist hefur um milli birgisins og dreifenda hans að því er varðar notkun dreifendanna á netinu. Dæmi um þetta er að sé vefsetur dreifanda hýst í kerfi þriðja aðila getur birgir krafist þess að viðskiptamenn geti nálgast vefsetur dreifandans án þess að fara fyrst um vefsetur með nafni eða merki þess kerfis.

- 55) Þrjár aðrar undantekningar eru gerðar að því er varðar harkalegu takmörkunina sem lýst er í stafl. b) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar. Allar undantekningarnar þrjár heimila að skorður séu settar við bæði virku og óvirku sölustarfi. Samkvæmt fyrstu undantekningunni er heimilt að meina heildsala að selja til endanlegra notenda, en með því móti getur birgir viðhaldið aðgreiningu milli heildsölustigs og smásölustigs. Þrátt fyrir þessa undantekningu er hugsanlegt að heildsala sé heimilt að selja sumum endanlegum notendum vöruna, til að mynda þeim sem kaupa mest af henni, enda þótt óheimilt sé að selja (öllum) öðrum endanlegum notendum. Samkvæmt annarri undantekningunni er birgi heimilt að meina þeim, sem skipaðir hafa verið dreifendur í umboðsmannakerfi, að selja vörur, á hvaða stigi viðskipta sem vera skal, til dreifenda sem eru ekki viðurkenndir umboðsmenn og starfa á svæði þar sem dreifikerfið er starfrækt á þeim tíma eða samningsvörur eru ekki seldar enn sem komið er (slíkt svæði er nefnt „yfirráðasvæði“ sem birgirinn hefur tekið frá til að starfrækja það kerfi“ í iii. lið stafl. b) í 4. gr.). Samkvæmt þriðju undantekningunni er birgi heimilt að meina kaupanda íhluta, sem honum eru afhentir til ísetningar, að endurselja þá keppinautum birgisins. Hugtakið „íhlutur“ nær yfir allar millivörur og orðið „ísetning“ vísar til notkunar hvers kyns aðfanga við vöruframleiðslu.
- 56) Harkalega takmörkunin, sem lýst er í stafl. c) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar, er fölginn í takmörkun aðila að umboðsmannakerfi á virku eða óvirku sölustarfi gagnvart endanlegum notendum, hvort sem um er að ræða fyrirtæki eða neytendur; heimilt er þó að banna aðila að dreifikerfinu að annast starfsemi sína utan viðurkenndrar starfsstöðvar. Í samræmi við þetta má ekki setja skorður við því hvaða notendum, eða hvaða aðilum sem annast innkaup fyrir slíka notendur, seljendur í umboðsmannakerfi geta selt vörur, sbr. skilgreiningu á slíku kerfi í stafl. e) í 1. mgr. 1. gr. hópundanþágureglugerðarinnar, nema til þess að standa vörð um einkaumboðskerfi sem starfrækt er annars staðar (sbr. 51. mgr.). Seljendur í umboðsmannakerfi eiga að geta stundað sölustarf óhindrað, bæði virkt og óvirkt, gagnvart öllum endanlegum notendum, og þá einnig með aðstoð netsins. Eftirlitsstofnun EFTA lítur því svo á að skuldbinding verði að teljast harkaleg takmörkun ef hún letur umboðsmenn þess að nota netið til að ná til fjölmennari og fjölbreyttari viðskiptamannahóps með því að setja þeim viðmið um sölu á netinu sem samsvara ekki, þegar á heildina er litið, viðmiðum sem gilda um sölu í söluhúsnæðinu. Þetta merkir ekki að sömu viðmið verði að gilda um sölu á netinu og sölu utan netsins, heldur að viðmiðin verði að byggjast á sömu markmiðum og árangur af þeim verði að vera sambærilegur, sem og að réttlæta megi muninn á þessum viðmiðum með vísan til þess að þessir tveir dreifingarhættir eru ólíks eðlis. Nefna má sem dæmi að vilji birgir koma í veg fyrir að vörur séu afhentar öðrum en viðurkenndum seljendum getur hann áskilið að umboðsmenn selji hverjum einstökum endanlegum notanda ekki meira en sem nemur tilteknu magni af samningsvörum. Hugsast getur að skilyrði sem þetta verði að vera strangara að því er varðar sölu á netinu ef seljandi, sem dreifandi hefur ekki viðurkennt, á auðveldara með að nálgast vörurnar með því að nota netið. Af svipuðum ástæðum getur skilyrðið þurft að vera strangara að því er varðar sölu utan netsins ef auðveldara er að nálgast vörurnar með kaupum í söluhúsnæði. Til þess að öruggt sé að samningsvörur verði afhentar tímanlega getur birgir áskilið að vörurnar verði afhentar tafarlaust þegar um er að ræða sölu utan netsins. Þó að ekki sé unnt að setja sama skilyrði að því er varðar sölu á netinu getur birgirinn mælt fyrir um tiltekna raunhæfa afhendingarfresti vegna slíkrar sölu. Sérstök skilyrði geta þurft að gilda um þjónustuver sem unnt er að leita til vegna seldrar vöru, þannig að unnt sé að standa undir kostnaði af vöruskilum og rekstri öruggra greiðslukerfa.
- 57) Á starfsvæði, þar sem birgir starfrækir umboðsmannakerfi, má ekki jafnframt starfrækja einkaumboðskerfi þar eð slíkt myndi hafa í för með sér harkalega takmörkun á virku eða óvirku sölustarfi seljenda, sbr. stafl. c) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar, með þeirri undantekningu að reisa má skorður við því hvar seljandinn getur haft starfsstöðvar sínar. Meina má umboðsmönnum að stunda viðskipti sín í öðru húsnæði eða að opna nýtt söluhúsnæði á öðru stað. Í því tilliti verður ekki litið svo á að rekstur eigin vefseturs jafngildi því að dreifandi hafi opnað nýtt söluhúsnæði á öðrum stað. Ef um er að ræða færanlegt söluhúsnæði er heimilt að áskilja að slíkan sölustað megi ekki flytja út fyrir tiltekið svæði. Birgirinn getur að auki skuldbundið sig til að selja vörur sínar aðeins einum seljanda eða fremur litlum hópi seljenda á tilteknum hluta starfsvæðisins þar sem umboðsmannakerfið er starfrækt.

- 58) Harkalega takmörkunin, sem lýst er í stafl. d) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar, er fölginn í takmörkun á víxlafhendingu milli umboðsmanna í umboðsmannakerfi. Í samræmi við það má samningur eða samstillt aðgerð ekki hafa það beint eða óbeint að markmiði að gera umboðsmönnum ókleift eða erfitt um vik að stunda virka eða óvirka sölu á samningsvörum sín í milli. Umboðsmönnum verður að vera frjálst að kaupa samningsvörurnar af öðrum umboðsmönnum í kerfinu, hvort sem þeir starfa á sama stigi viðskipta eða ekki. Af þeim sökum geta ekki farið saman umboðsmannakerfi og lóðréttar hömlur sem ætlað er að þröngva dreifendum til að kaupa samningsvörurnar eingöngu af tilteknum seljanda. Þetta merkir einnig að í umboðsmannakerfi má engar skorður setja umboðsheildsölum að því er varðar sölu á vörinni til umboðsmá sala.
- 59) Harkalega takmörkunin, sem lýst er í stafl. e) í 4. gr. hópundanþágureglugerðarinnar, er fölginn í samningum sem gera endanlegum notendum, sjálfstætt starfandi viðgerðarmönnum og þjónustubirgjum ókleift eða erfitt um vik að nálgast varahluti beint frá framleiðanda. Samningur milli framleiðanda varahluta og kaupanda, sem notar þá hluti við eigin vöruframleiðslu (framleiðanda frumbúnaðar), má hvorki beint né óbeint gera framleiðanda þessara varahluta ókleift eða erfitt um vik að selja þá endanlegum notendum, sjálfstætt starfandi viðgerðarmönnum eða þjónustubirgjum. Óbeinar takmarkanir geta einkum stafað af því að skorður séu settar við því að birgir, sem selur varahlutina, láti af hendi tæknilegar upplýsingar og sérbúnað sem notendur, sjálfstætt starfandi viðgerðarmenn eða þjónustubirgjar þurfa á að halda til að geta notað varahlutina. Í samningi af þessu tagi má aftur á móti reisa skorður við sölu varahluta til viðgerðarmanna eða þjónustubirgja sem framleiðandi frumbúnaðar felur viðgerðir og þjónustu á vörum sínum. Með öðrum orðum er framleiðanda frumbúnaðar heimilt að áskilja að fyrirtæki, sem tilheyra viðgerða- og þjónustuneti hans, kaupi varahluti af honum.

**4. Einstök dæmi um harkalegar sölutakmarkanir sem hugsanlegt er að falli ekki undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. eða kunna að fullnægja skilyrðum samkvæmt 3. mgr. sömu greinar**

- 60) Í undantekningartilvikum geta málefnaleg rök verið fyrir því að tiltekna harkalegar takmarkanir séu nauðsynlegar í tengslum við samning sérstakrar gerðar eða sérstaks eðlis<sup>(31)</sup> og falli því ekki undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. Til dæmis geta málefnaleg rök verið fyrir því að beita verði harkalegri takmörkun til þess að tryggja að opinbert bann við sölu hættulegra efna til vissra neytenda af heilsu- eða öryggisástæðum verði virt. Þá geta fyrirtæki vísað til þess að háttsemi þeirra í einstökum tilvikum leiði til hagræðingar, sbr. ákvæði 3. mgr. 53. gr. Í þessum undirkafla eru dregin fram nokkur dæmi um takmarkanir á (endur)sölu, en að því er varðar stýringu endursöluverðs vísast til undirkafla VI.2.10.
- 61) Ef dreifandi verður fyrstur til að selja nýtt vörumerki eða til að selja eldra vörumerki á nýjum markaði, þannig að um er að ræða að öllu leyti nýja starfsemi fyrirtækis á viðkomandi markaði, getur hann þurft að leggja í umtalsverðar fjárfestingar hafi ekki verið um neina spurn að ræða á markaðnum eftir þeirri vörutegund almennt eða eftir þeirri vörutegund frá hlutaðeigandi framleiðanda. Slík útgjöld eru iðulega óafturkræf og er þá hugsanlegt að dreifandi vilji ekki gera dreifingarsamning nema hann geti tryggt sér um tiltekinn tíma vernd gegn (virku og) óvirku sölustarfi annarra dreifenda á starfsvæði hans eða gagnvart viðskiptamannahópi hans. Dæmi um slíkar aðstæður er þegar framleiðandi, sem starfar á markaði í tilteknu landi, hefur starfsemi á markaði í öðru landi og kemur vörum sínum á framfæri þar með aðstoð einkaumboðsmanns og sá dreifandi verður að leggja fjármuni til kynningar og útbreiðslu vörumerkisins á þessum nýja markaði. Ef umtalsverðrar fjárfestingar er þörf til þess að dreifandi geti hafið og/eða byggt upp starfsemi á nýja markaðnum teljast hömlur, sem settar eru við óvirku sölustarfi annarra dreifenda á líku starfsvæði eða gagnvart þess háttar viðskiptamannahópi, og eru nauðsynlegar til þess að dreifandi geti endurheimt útlagðan kostnað vegna fjárfestinganna, venjulega ekki falla undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. fyrstu tvö árin sem dreifandinn selur vöru eða þjónustu, sem fellur undir samninginn, á viðkomandi starfsvæði eða til viðkomandi viðskiptamannahóps, jafnvel þótt almennt sé litið svo á að harkalegar takmarkanir af þessu tagi falli undir ákvæði 1. mgr. 53. gr.
- 62) Þegar um er að ræða eiginlega reynslusölu nýrrar vöru á fremur litlu starfsvæði eða til lítills hóps viðskiptamanna, svo og þegar ný vara er markaðssett í nokkrum áföngum, er heimilt að setja dreifendum, sem falið er að selja nýju vöruna á reynslumarkaðnum eða til að taka þátt í einhverjum af fyrstu áföngum markaðssetningarinnar, skorður að því er varðar virkt sölustarf utan

<sup>(31)</sup> Sbr. 18. mgr. tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA – Leiðbeinandi reglur um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins, samþykktar samkvæmt ákvæðum 123/04/COL (Stjtið. ESB C 208, 6.9.2007, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 42, 6.9.2007, bls. 1).

reynslumarkaðar eða markaða(r) þar sem varan er fyrst markaðssett, án þess að slíkar takmarkanir teljist falla undir ákvæði 1. mgr. 53. gr., þann tíma sem nauðsynlegt er að hafa til umráða vegna reynslusölu eða markaðssetningar vörunnar.

- 63) Ef umboðsmannakerfi er notað gildir venjulega sú regla að engar hömlur mega vera á vöruafhengingu milli umboðsmanna (sbr. 58. mgr.). Ef umboðsheildsölum á mismunandi starfsvæðum er skylt að leggja fjármuni til söluhvetjandi starfsemi á „sínu“ starfsvæði til þess að styðja sölustarf viðurkenndra smásala, og óhentugt þykir að tilgreina í samningi hvaða söluhvetjandi starfsemi skylt er að stunda, er þó hugsanlegt að skorður, sem reistar eru við virku sölustarfi heildsalanna gagnvart umboðssmásum á starfsvæðum annarra heildsala til þess að hindra frifarþegahegðun, geti í einstökum tilvikum fullnægt skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr.
- 64) Samningur þess efnis að dreifandi skuli greiða hærra verð fyrir vörur sem hann ætlar til endursölu á netinu en fyrir vörur sem hann ætlar til endursölu utan netsins („tvöföld verðlagning“) telst að jafnaði harkaleg takmörkun (sbr. 52. mgr.). Við tilteknar aðstæður getur samningur af því tagi engu að síður fullnægt skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. Slíkar aðstæður geta verið fyrir hendi þegar framleiðandi samþykkir að dreifendur hans stundi tvöfalda verðlagningu á þennan hátt vegna þess að sölustarf á netinu hefur til muna hærri kostnað í för með sér fyrir framleiðandann en sala utan netsins. Sem dæmi má nefna að ef uppsetning á heimili er innifalin í verði þegar sala fer fram utan netsins en ekki þegar hún fer fram á netinu getur hið síðarnefnda haft í för með sér fleiri kvartanir viðskiptamanna og fleiri kröfur samkvæmt ábyrgðarskilmálum framleiðanda. Í því tilliti verður athugun Eftirlitsstofnunar EFTA einnig látin taka til þess í hvaða mæli ætla má að takmörkunin hamli sölu á netinu og komi í veg fyrir að dreifandinn nái til stærri og fjölbreyttari viðskiptamannahóps.

#### 5. Takmarkanir sem geta ekki notið undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni

- 65) Samkvæmt 5. gr. hópundanþágureglugerðarinnar eru tilteknar undantekningar frá því hvaða skuldbindingar geta fallið undir ákvæði reglugerðarinnar þótt markaðshlutur sé innan viðmiðunarmarkna. Ákvæði reglugerðarinnar gilda þó eftir sem áður um aðra hluta viðkomandi lóðréttis samnings ef unnt er að greina þá frá skuldbindingunum sem njóta ekki undanþágu.
- 66) Fyrsta undantekningin kemur fram í stafl. a) í 1. mgr. 5. gr. hópundanþágureglugerðarinnar og varðar skuldbindingar til að taka ekki þátt í samkeppni. Skuldbinding til að taka ekki þátt í samkeppni er tilhögun sem leiðir til þess að birgir, eða annað fyrirtæki sem hann vísar á, sér kaupanda fyrir meira en 80% heildarinnkaupa næstliðið almanaksár af vöru og þjónustu sem fellur undir samninginn svo og hliðstæðri vöru og þjónustu (sbr. skilgreiningu í stafl. d) í 1. mgr. 1. gr. hópundanþágureglugerðarinnar), og hindrar þannig innkaup kaupanda á samkeppnisvörum eða samkeppnisþjónustu eða takmarkar þau við minna en 20% af heildarinnkaupum. Ef engin viðeigandi gögn liggja fyrir fyrsta árið eftir gerð samningsins um innkaup kaupanda árið áður en samningurinn var gerður má notast við áætlun kaupandans um hversu mikil heildarinnkaup ársins þurfa að vera. Skuldbindingar þessarar gerðar um að taka ekki þátt í samkeppni falla ekki undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar ef gildistími þeirra er ótilgreindur eða lengri en fimm ár. Skuldbindingar til að taka ekki þátt í samkeppni, sem endurnýja má með þegjandi samkomulagi umfram fimm ára gildistíma, falla ekki heldur undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar (sbr. aðra undirgrein 1. mgr. 5. gr.). Almennt njóta skuldbindingar til að taka ekki þátt í samkeppni undanþágu samkvæmt þeirri gerð ef gildistími þeirra takmarkast við fimm ár og ekkert stendur í vegi fyrir því að kaupandi verði leystur undan skuldbindingunni með fullum áhrifum að fimm árum liðnum. Ef í samningnum er til dæmis kveðið á um skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni um fimm ára skeið og kaupandi tekur lán hjá birginum má endurgreiðsla lánsins ekki koma í veg fyrir að kaupandi verði leystur undan skuldbindingunni með fullum áhrifum að fimm árum liðnum. Þegar birgirinn lætur kaupanda í té búnað sem tengist viðskiptasambandi þeirra ekki sérstaklega verður kaupandi að eiga kost á að leysa til sín búnaðinn á markaðsverði þegar skuldbindingin um að taka ekki þátt í samkeppni fellur úr gildi.
- 67) Fimm ára hámark gildistímans á ekki við þegar kaupandi endurselur vörurnar eða þjónustuna úr húsakynnum og af landi „sem er í eigu birgisins eða birgirinn leigir [...] af þriðja aðila sem hefur engin tengsl við kaupanda“. Í slíkum tilvikum má skuldbindingin um að taka ekki þátt

í samkeppni gilda jafnlengi og kaupandi hefur afnot af sölustaðnum (2. mgr. 5. gr. hópundanþágureglugerðarinnar). Ástæðan fyrir þessari undantekningu er að yfirleitt er óeðlilegt að búast við að birgir leyfi að samkeppnisvörur séu seldar úr húsakynnum og af landi sem birgirinn á án leyfis hans. Sömu sjónarmið eiga við með hliðstæðum hætti þegar kaupandi rekur starfsemi sína úr færanlegum sölustað sem er í eigu birgisins eða birgirinn leigir af þriðja aðila sem hefur engin tengsl við kaupanda. Þessi undantekning gildir ekki um eignarfyrirkomulag sem byggt er á óeðlilegum forsendum, svo sem þegar dreifandi framselur eignarhald á landi og húsakynnum til birgis aðeins tímabundið í því skyni að sneiða hjá reglunni um fimm ára hámark gildistímans.

- 68) Önnur undantekningin frá hópundanþágunni kemur fram í stafl. b) í 1. mgr. 5. gr. hópundanþágureglugerðarinnar og varðar skuldbindingar kaupanda um að taka ekki þátt í samkeppni eftir lok samningstíma. Slíkar skuldbindingar falla venjulega ekki undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar nema um sé að ræða skuldbindingu sem er nauðsynleg til þess að vernda verkþekkingu sem birgirinn framselur til kaupanda og er bundin við sölustaðinn þar sem kaupandinn hefur starfað á samningstímanum og eins árs tímabil hið lengsta (sbr. 3. mgr. 5. gr. hópundanþágureglugerðarinnar). Samkvæmt skilgreiningunni í stafl. f) í 1. mgr. 1. gr. hópundanþágureglugerðarinnar þarf verkþekkingin að vera „umtalsverð“, en með því er átt við að í henni verði að vera fölgjar veigamiklar upplýsingar sem gagnast kaupanda við notkun, sölu eða endursölu vöru eða þjónustu sem fellur undir samninginn.
- 69) Þriðja undantekningin frá hópundanþágunni kemur fram í stafl. c) í 1. mgr. 5. gr. hópundanþágureglugerðarinnar og varðar sölu á samkeppnisvöru í umboðsmannakerfi. Undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar fellur tilhögun þar sem umboðsmannakerfi er tengt skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni sem skuldbindur seljendur með almennum hætti til að endurselja ekki samkeppnismerki. Ef birgir kemur aftur á móti í veg fyrir það, annaðhvort beint eða óbeint, að umboðsmenn hans kaupi vörur til endursölu af tilteknum samkeppnisbirgjum getur slík skuldbinding ekki notið verndar samkvæmt reglugerðinni. Undantekning er gerð vegna skuldbindingar af því tagi til þess að ekki komi upp staða þar sem hópur birgja, sem nota sömu sölustaði í umboðsmannakerfum sínum, kemur í veg fyrir að einn eða fleiri tilteknir keppinautar noti þá sölustaði til dreifingar á vörum sínum (útilokun samkeppnisbirgis, en þar væri um að ræða eina tegund sameiginlegs viðskiptabanns)<sup>(32)</sup>.

## 6. Hömlur sem greina má frá öðrum ákvæðum samnings

- 70) Samkvæmt hópundanþágureglugerðinni gildir undanþága vegna lóðréttra samninga með þeim fyrirvara að viðkomandi lóðréttur samningur hafi ekki að geyma harkalega takmörkun, sbr. 4. gr. þeirrar gerðar, og að engin slík takmörkun sé viðhöfð í tengslum við hann. Ef ein eða fleiri harkalegar takmarkanir eru fyrir hendi fellur vernd samkvæmt hópundanþágureglugerðinni niður vegna lóðrétta samningsins í heild. Harkalegar takmarkanir verða ekki greindar frá öðrum ákvæðum samningsins.
- 71) Reglan um að greina megi milli ákvæða í samningnum á aftur á móti við að því er varðar takmarkanir sem geta ekki notið undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni í samræmi við 5. gr. hennar. Vernd samkvæmt hópundanþágureglugerðinni fellur því aðeins niður vegna þess hluta lóðrétta samningsins sem fullnægir ekki skilyrðum samkvæmt 5. gr.

## 7. Vörusafn sem dreift er gegnum sama dreifikerfi

- 72) Ef birgir dreifir margs konar vörum eða þjónustu samkvæmt einum og sama dreifingarsamningi er hugsanlegt, vegna ákvæða um viðmiðunarmörk markaðshlutar, að sumt af þeim vörum eða þjónustu falli undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar en annað ekki. Þegar þannig stendur á gildir reglugerðin um þær vörur og þá þjónustu sem fullnægir skilyrðum fyrir því að þeim ákvæðum verði beitt.
- 73) Þegar um ræðir vörur og þjónustu sem falla ekki undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar gilda almennar samkeppnisreglur, en það merkir:

<sup>(32)</sup> Dæmi um óbeinar aðgerðir, sem hafa slík útilokunaráhrif, er lýst í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar 92/428/EBE í máli nr. IV/33.542 – *Parfums Givenchy*, Stjtuð. EB L 236, 19.8.1992, bls. 11.

- a) að engin hópundanþága er veitt, án þess þó að það gefi sjálfkrafa tilefni til að álykta að um ólögmetan samning sé að ræða,
- b) að ef um er að ræða brot á ákvæðum 1. mgr. 53. gr. sem ekki getur notið undanþágu getur verið ástæða til að athuga hvort til eru viðeigandi úrræði til að leysa samkeppnisvandann innan dreifikerfisins sem fyrir er,
- c) að ef engum slíkum viðeigandi úrræðum er til að dreifa verður hlutaðeigandi birgir að taka upp annars konar tilhögun á dreifingu.

Staða af þessu tagi getur einnig komið upp þegar ákvæði 54. gr. á við um sumar vörur en ekki aðrar.

#### IV. NIÐURFELLING HÓPUNDANÞÁGU OG ÁKVÖRDUN UM AÐ GERA ÁKVÆÐI HÓPUNDANÞÁGUREGLUGERÐARINNAR ÓVIRK

##### 1. Málsmæðferð vegna niðurfellingar

- 74) Fella má niður ætlað lögmati, sem leiðir af beitingu hópundanþágureglugerðarinnar, ef lóðréttur samningur, hvort sem lítið er á hann einan sér eða í samhengi við svipaða samninga sem samkeppnisbirgjar eða samkeppniskaupendur hafa náð fram, fellur undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. og fullnægir ekki öllum skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr.
- 75) Einkum getur á það skort að skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt þegar aðgangur að viðkomandi markaði er takmarkaður eða samkeppni á honum er til muna skert vegna uppsafnaðra áhrifa af samhliða netum svipaðra lóðréttra samninga samkeppnisbirgja eða samkeppniskaupenda. Samhliða net lóðréttra samninga teljast svipuð ef þau hafa í för með sér hömlur sem hafa svipuð áhrif á markaði. Dæmi um slíkar aðstæður er þegar sumir birgjar á tilteknum markaði starfrækja umboðsmannakerfi þar sem hrein gæðaviðmið ráða vali umboðsmanna en aðrir kerfi þar sem fjöldaviðmið ráða valinu. Annað dæmi um slíkar aðstæður er þegar ýmsir birgjar á tilteknum markaði velja umboðsmenn samkvæmt gæðaviðmiðum og útiloka þannig dreifendur sem náð hafa meiri hagkvæmni í rekstri. Þegar svona háttar til verður matið að taka mið af því hvaða samkeppnishamlandi áhrif rekja má til hvers samninganets fyrir sig. Eftir því sem við á getur niðurfellingin varðað tiltekið gæðaviðmið eingöngu eða aðeins reglur um hversu margir umboðsmennirnir geta verið.
- 76) Ábyrgð á uppsöfnun samkeppnishamlandi áhrifa verður aðeins lögð á herðar fyrirtækjum sem hafa stuðlað að þeim að verulegu leyti. Samningar fyrirtækja, sem hafa aðeins stuðlað að uppsöfnun áhrifa að óverulegu leyti, falla ekki undir bann samkvæmt 1. mgr. 53. gr. <sup>(33)</sup> og þar með ekki málsmæðferð með tilliti til niðurfellingar. Mat á því hversu mikið fyrirtæki hefur stuðlað að slíku fer fram í samræmi við viðmiðin sem tilgreind eru í 128.–229 mgr.
- 77) Í tengslum við málsferð vegna niðurfellingar ber Eftirlitsstofnun EFTA sönnunarbyrði fyrir því að samningurinn falli undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. og að eitthvað skorti á að hann fullnægi einu eða fleiri skilyrðanna sem fram koma í 3. mgr. 53. gr. Ákvörðun um að fella niður hópundanþágu getur aðeins haft framvirk áhrif, en það merkir að hún hróflar ekki við stöðu samninga, sem notið hafa undanþágu, fyrr en daginn sem niðurfellingin tekur gildi.
- 78) Í samræmi við ákvæði 56. gr. EES-samningsins um verkaskiptingu framkvæmdastjórnarinnar og Eftirlitsstofnunar EFTA skipta þessar stofnanir með sér valdheimildum til að fella niður vernd samkvæmt hópundanþágureglugerðinni vegna lóðréttra samninga sem hafa samkeppnishamlandi áhrif á landsvæði viðkomandi markaðar þegar það svæði er stærra en yfirráðasvæði eins EES-ríkis. Þegar landsvæði viðkomandi markaðar er yfirráðasvæði eins EES-ríkis, eða hluti þess, liggur valdheimild til að fella undanþáguna niður bæði hjá lögbærri eftirlitsstofnun og hlutaðeigandi EES-ríki.

<sup>(33)</sup> Dómur Evrópudómstólsins frá 28. febrúar 1991 í máli C-234/89, *Stergios Delimitis* gegn *Henninger Bräu AG*, dómsafn 1991, bls. I-935.

## 2. Ákvörðun um að gera ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar óvirk

- 79) Eftirlitsstofnun EFTA er heimilt samkvæmt 6. gr. hópundanþágureglugerðarinnar að gefa út tilmæli þar sem lýst er yfir að taki samhliða net svipaðra lóðréttra hamla til meira en 50% viðkomandi markaðar skuli ákvæði reglugerðarinnar ekki gilda. Tilmælum af því tagi skal beint til EFTA-ríkisins eða EFTA-ríkjanna sem mynda viðkomandi markað.
- 80) Þegar vernd samkvæmt hópundanþágureglugerðinni er felld niður felur það í sér að tekin er ákvörðun sem staðfestir brot einstaks fyrirtækis gegn ákvæðum 53. gr., en útgáfa tilmæla samkvæmt 6. gr. hefur aðeins þann tilgang að fella niður vernd samkvæmt hópundanþágureglugerðinni að því er varðar viðkomandi hömlur og markaði og virkja ákvæði 1. og 3. mgr. 53. gr. aftur að fullu. Eftir að EFTA-ríki hefur/hafa fallist á tilmæli Eftirlitsstofnunar EFTA um að gera ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar óvirk gagnvart tilteknum lóðréttum hömlum á tilteknum markaði ræðst beiting 53. gr. gagnvart einstökum samningum af viðmiðum sem mótaast hafa í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins, Dómstólsins og Almenna dómstólsins, og í tilkynningum og eldri ákvörðunum Eftirlitsstofnunar EFTA. Þar sem við á tekur Eftirlitsstofnun EFTA ákvörðun um einstakt mál sérstaklega, og getur slík ákvörðun verið til leiðbeiningar fyrir öll fyrirtæki sem starfa á viðkomandi markaði.
- 81) Við útreikning á því hvort 50% hámarki markaðshlutar er náð verður að taka tillit til hvers einstaks nets lóðréttra samninga sem hafa í för með sér hömlur, eða samsetningar af hömlum, sem hafa svipuð áhrif á markaðnum. Af ákvæði 6. gr. hópundanþágureglugerðarinnar leiðir ekki að Eftirlitsstofnun EFTA verði að bregðast við þegar 50% hámark markaðshlutar er rofið. Yfirleitt telst rétt að gera undanþágu óvirka þegar sennilegt er að aðgangur að viðkomandi markaði eða samkeppni á honum lúti verulegum takmörkunum. Þetta gerist einkum þegar horfur eru á að samhliða umboðsmannakerfi, sem taka til meira en 50% tiltekins markaðar, leiði til útilokunar á markaðnum fyrir tilstuðlan valviðmiða sem eru ekki nauðsynleg vegna eðlis viðkomandi vöru eða vinna gegn tilteknum dreifingaradferðum sem unnt er að nota við sölu á slíkum vörum.
- 82) Við mat því hvort beita þurfi 6. gr. hópundanþágureglugerðarinnar verður athugun Eftirlitsstofnunar EFTA látin beinast að því hvort heppilegra úrræði sé að fella niður undanþágu aðeins vegna einstakra samninga. Þetta getur einkum ráðist af því hversu mörg samkeppnisfyrirtæki hafa stuðlað að uppsöfnun áhrifa á markaði eða á hversu mörgum landsvæðum viðkomandi markaða á Evrópska efnahagssvæðinu áhrifanna verður vart.
- 83) Í tilmælum af því tagi, sem um getur í 6. gr. hópundanþágureglugerðarinnar, verður að koma skýrt fram hvert gildissvið þeirra er. Eftirlitsstofnun EFTA verður því í fyrsta lagi að skilgreina viðkomandi vörur og landsvæði viðkomandi markaðar og í öðru lagi að tilgreina hvaða tegund lóðréttra hamla á ekki lengur að falla undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar. Að því er síðarnefnda atriðið varðar er Eftirlitsstofnun EFTA heimilt að láta gildissvið tilmæla sinna ráðast af þeim samkeppnisvandkvæðum sem hún hefur í hyggju að ráða bót á. Sem dæmi má nefna að enda þótt taka beri tillit til allra samhliða neta samninga um að selja aðeins eitt vörumerki við mat á því hvort 50% hámarki markaðshlutar er náð getur Eftirlitsstofnun EFTA engu að síður takmarkað gildissvið tilmælanna um niðurfellingu undanþágu við skuldbindingar til að taka ekki þátt í samkeppni sem er ætlað að gilda umfram tiltekinn tíma. Tilmælin hafa því hugsanlega engin áhrif á samninga til skemmi tíma eða minna takmarkandi samninga, með vísan til þess að slíkar takmarkanir hafa minni útilokandi áhrif. Þegar viðbótarhömlur bætast við umboðsmannakerfi á tilteknum markaði, til dæmis að kaupandi skuldbindi sig til að taka ekki þátt í samkeppni eða gangist undir magnskilyrði, er með líkum hætti hugsanlegt að tilmæli um að gera undanþágu óvirka verði aðeins látin varða slíkar viðbótarhömlur. Eftir því sem við á getur Eftirlitsstofnun EFTA einnig leiðbeint með því að tilgreina hversu stór markaðshlutarinn má vera í viðkomandi markaðssamhengi án þess að áhrif einstaks fyrirtækis stuðli merkjanlega að uppsöfnun áhrifa.
- 84) Samkvæmt ákvæði 6. gr. hópundanþágureglugerðarinnar, í þeirri mynd sem hún var felld inn í EES-samninginn (sbr. aðlögunarákvæði í 2. lið XIV. viðauka við EES-samninginn), verður þriggja mánaða biðtími að líða áður en Eftirlitsstofnun EFTA getur litið svo á að EFTA-ríkið eða EFTA-ríkin, sem tilmælum um að gera ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar óvirk er beint til, hafi sjálfkrafa samþykkt tilmælin. Ef EFTA-ríkið eða EFTA-ríkin, sem tilmælunum er beint til,

fallast á tilmælin eða svara ekki áður en frestur til þess er liðinn stofnast lagaskylda samkvæmt EES-samningnum á hendur þeim ríkjum til að koma tilmælunum í framkvæmd áður en þrjú mánuðir eru liðnir frá útgáfu þeirra. Hlutaðeigandi fyrirtækjum á þannig að gefast ráðrúm til að breyta samningum sínum með hliðsjón af tilmælunum um að gera ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar óvirk.

- 85) Tilmæli um að gera ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar óvirk hrófla ekki við undanþágum sem gilt hafa vegna viðkomandi samninga á tímabilinu fyrir gildistöku tilmælanna.

## V. MARKAÐSSKILGREINING OG ÚTREIKNINGUR Á MARKAÐSHLUT

### 1. Tilkynning Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á viðkomandi markaði

- 86) Tilkynning Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður að því er varðar samkeppnislög á Evrópska efnahagssvæðinu <sup>(34)</sup> hefur að geyma leiðbeiningar um reglur, forsendur og gögn sem Eftirlitsstofnun EFTA styðst við í tengslum við umfjöllun sína um markaðsskilgreiningar. Sú tilkynning, sem ekki verður fjallað um frekar í þessum leiðbeinandi reglum, á að þjóna sem grundvöllur markaðsskilgreiningar. Í þessum leiðbeinandi reglum verður aðeins vikið að sérstökum álitamálum sem vakna í tengslum við lóðréttar takmarkanir og ekki fjallað um í tilkynningunni.

### 2. Markaður sem telst viðkomandi við útreikning á 30% hámarki markaðshlutar með tilliti til hópundanþágureglugerðarinnar

- 87) Samkvæmt ákvæði 3. gr. hópundanþágureglugerðarinnar skiptir höfuðmáli bæði hversu stór markaðshlutar birgis og kaupanda er þegar ákveðið er hvort hópundanþága á við. Til þess að unnt sé að virkja hópundanþáguna verður markaðshlutar birgis á markaðnum þar sem hann selur kaupanda samningsvörur og markaðshlutar kaupanda á markaðnum þar sem hann kaupir inn samningsvörur að vera 30% eða minni í hvoru tilviki um sig. Þegar um ræðir samninga milli lítilla og meðalstórra fyrirtækja er yfirleitt óþarft að reikna markaðshluti (sbr. 11. mgr.).
- 88) Til þess að unnt sé að reikna markaðshluta fyrirtækis er nauðsynlegt að afmarka á hvaða viðkomandi markaði fram fer annars vegar sala og hins vegar innkaup fyrirtækisins á vörum sem falla undir samninginn. Þannig verður að skilgreina bæði viðkomandi vörumarkað og landsvæði viðkomandi markaðar. Til viðkomandi vörumarkaðar teljast allar þær vörur og þjónustutegundir sem eru jafngildar í augum kaupanda þegar litið er til eiginleika, verðs og tilætlaðra nota. Til landsvæðis viðkomandi markaðar telst svæðið þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki taka þátt í framboði og eftirspurn á viðkomandi vöru eða þjónustu og samkeppnisaðstæður einkennast af nógu litlum breytileika, auk þess sem unnt er að greina það frá nærliggjandi landsvæðum, einkum vegna þess að samkeppnisaðstæður eru verulega frábrugðnar því sem þar gerist.
- 89) Skilgreining á vörumarkaðnum ræðst fyrst og fremst af því hversu mikið staðgengið er frá sjónarhóli kaupanda. Ef varan, sem afhent er, er notuð sem aðföng við framleiðslu á öðrum vörum og almennt er ekki unnt að bera kennsl á hana í endanlegu vörunni ræðst skilgreining á vörumarkaðnum af því hvaða vörur hugnast beinum kaupendum best. Ekki er ástæða til að ætla að viðskiptavinir kaupendanna láti sig að jafnaði miklu skipta hvaða aðföng kaupendurnir nota. Lóðréttar takmarkanir, sem birgirinn og kaupandi aðfanganna hafa samið um, varða yfirleitt aðeins sölu og innkaup á millivörunni en ekki sölu á endanlegu vörunni. Þegar um ræðir dreifingu á endanlegum vörum ræðst það hvað telst staðgönguvara frá sjónarmiði beinna kaupanda yfirleitt að miklu eða öllu leyti af því hvaða vörur endanlegum neytendum hugnast best. Við innkaup sín á endanlegum vörum getur dreifandi sem endurseljandi ekki litið framhjá því hvaða vörur endanlegum neytendum hugnast best. Við þetta bætist að á stigi dreifingar varða lóðréttar takmarkanir venjulega ekki aðeins sölu á vörum frá birgi til kaupanda heldur einnig endursölu þeirra. Þar eð oftast ríkir samkeppni milli mismunandi dreifingarháttar eru markaðir almennt ekki skilgreindir eftir því hvaða dreifingarháttur er notaður. Þegar svo háttar til að flestir birgjar bjóða margvíslegt úrval af vörum er hugsanlegt að vörusafnið í heild ákvarði vörumarkaðinn ef kaupendur líta á heil söfn en ekki einstakar vörur sem staðgönguvörur. Þar eð dreifendur eru fagkaupendur er landsvæði viðkomandi heildsölumarkaðar yfirleitt stærra en smásölumark

<sup>(34)</sup> Ákvörðun 46/98/COL, Stjtið. EB L 200, 16.7.1998, bls. 48, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 28, 16.7.1998, bls. 3.



aðurinn þar sem varan er endurseld endanlegum neytendum. Þetta verður oft til þess að heilðsölu-markaðir eru skilgreindir þannig að þeir nái til heils lands eða enn stærra svæðis. Smásölu-markaðir geta þó einnig náð til stærra landsvæðis en sem nemur innkaupasvæði endanlegra neytenda ef markaðsskilyrði eru lítt breytileg og um skörun er að ræða milli upptökusvæða einstakra sveitarfélaga eða héraða.

- 90) Ef aðilar að lóðréttum samningi eru þrjú fyrirtæki á mismunandi stigum viðskipta verður markaðshlutur þeirra hvers um sig að vera 30% eða minni til þess að virkja megi hópundanþáguna. Eins og fram kemur í 2. mgr. 3. gr. hópundanþágureglugerðarinnar gildir sú regla að ef byggt er á samningi margra aðila við kaup fyrirtækis á vöru eða þjónustu, sem fellur undir samninginn, af einu fyrirtækjanna sem eiga aðild að samningnum og sölu á sömu vöru eða þjónustu til annars fyrirtækis sem á aðild að samningnum getur hópundanþága ekki orðið virk nema markaðshlutur fyrirtækisins, hvort heldur er sem kaupanda eða birgis, sé innan 30% markanna. Dæmi um þetta er að sé skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni að finna í samningi framleiðanda, heilðsala (eða samtaka smásala) og smásala má markaðshlutur framleiðandans og heilðsalans (eða samtaka smásala) ekki vera meiri en 30% á fráliggjandi markaði hvors um sig og markaðshlutur heilðsalans (eða samtaka smásala) og smásalans má ekki vera meiri en 30% á innkaupamarkaði hvors um sig til þess að samningurinn geti notið verndar samkvæmt hópundanþágunni.
- 91) Ef birgir framleiðir bæði frumbúnað og viðgerðar- eða varahluti í hann verður hann iðulega eini eða helsti birgir á eftirmarkaði fyrir viðgerðar- og varahluti. Þessi staða getur einnig komið upp þegar birgirinn (framleiðandi frumbúnaðarins) felur öðru fyrirtæki framleiðslu viðgerðar- eða varahlutanna. Viðkomandi markaður með tilliti til ákvæða hópundanþágureglugerðarinnar getur verið markaður frumbúnaðarins ásamt varahlutum eða sérstakur markaður upprunalega búnaðarins og eftirmarkaður, eftir atvikum hverju sinni, svo sem hvaða áhrif gildandi takmarkanir hafa, hver endingartími búnaðarins er og hversu mikill kostnaður fylgir viðgerðum eða endurnýjun<sup>(35)</sup>. Í framkvæmd skiptir mestu hvort hlutfallslega stór hópur kaupenda lætur kaup sín ráðast af heildarkostnaði á endingartíma vörunnar. Ef svo er má líta á það sem visbendingu um að líta skuli á markað fyrir frumbúnað og varahluti sem einn sameinaðan markað.
- 92) Þegar lóðréttur samningur varðar ekki aðeins afhendingu á samningsvöru, heldur hefur einnig að geyma hugverkaréttarákvæði – til að mynda ákvæði um afnot af vörumerki birgisins – sem geta nýst kaupanda við markaðssetningu samningsvörunnar, ræður markaðshlutur birgisins á markaðnum þar sem hann selur samningsvörunnar úrslitum með tilliti til beitingar hópundanþágureglugerðarinnar. Þegar þannig stendur á að sérleyfisgjafi afhendir ekki vörur til endursölu, heldur vöndul ýmissa þjónustu- og vörutegunda sem lúta hugverkaréttarákvæðum og mynda þannig í heild rekstraraðferðina sem sérleyfið tekur til, þarf sérleyfisgjafinn að taka tillit til markaðshlutar síns sem upphafsáðila rekstraraðferðar. Sérleyfisgjafinn verður í því skyni að reikna markaðshlut sinn á markaðnum þar sem rekstraraðferðin er nýtt, þ.e. markaðnum þar sem sérleyfistakar nýta aðferðina til að selja neytendum vörur eða þjónustu. Sérleyfisgjafinn verður að áætla markaðshlut sinn á grundvelli verðmætis vörunnar og þjónustunnar sem sérleyfistakarnir selja á þessum markaði. Keppinautar hans á slíkum markaði geta verið þeir sem selja aðrar sérleyfðar rekstraraðferðir en einnig birgjar sem selja staðgenga vöru eða þjónustu en nota ekki sérleyfi. Sem dæmi má nefna, með fyrirvara um skilgreininguna á slíkum markaði, að sérleyfisgjafi með starfsemi á markaði fyrir skyndibitaþjónustu þyrfti að reikna markaðshlut sinn á grundvelli viðeigandi sölutalna sérleyfistakanna á þeim markaði.

### 3. Útreikningur á markaðshlutum með tilliti til hópundanþágureglugerðarinnar

- 93) Útreikningur á markaðshlutum verður að jafnaði að byggjast á tölum um verðmæti seldrar vöru. Liggi upplýsingar um verðmætið ekki fyrir má notast við áætlun sem studd er gögnum af öðru tagi. Slíka áætlun má byggja á öðrum áreiðanlegum markaðsupplýsingum, til að mynda magntölum (sbr. stafl. a) í 7. gr. hópundanþágureglugerðarinnar).

<sup>(35)</sup> Sbr. til dæmis ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli *Pelikan/Kyocera* (1995) COM(96) 126 (óbirt), 87. mgr., og ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar 91/595/EBE í máli nr. IV/M.12 – *Varta/Bosch*, Stjtið. EB L 320, 22.11.1991, bls. 26, ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli nr. IV/M.1094 – *Caterpillar/Perkins Engines*, Stjtið. EB C 94, 28.3.1998, bls. 23, og ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli nr. IV/M.768 – *Lucas/Varity*, Stjtið. EB C 266, 13.9.1996, bls. 6. Sbr. 56. mgr. tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður að því er varðar samkeppnislög á Evrópska efnahagssvæðinu (sjá 86. mgr.).

- 94) Eiginframleiðsla fyrirtækis, þ.e. framleiðsla millivöru til eigin nota, getur skipt afar miklu máli í tengslum við samkeppnisgreiningu, þar eð hún getur aukið samkeppnisaðhald eða styrkt markaðsstöðu fyrirtækis. Hins vegar verður ekki tekið tillit til eiginframleiðslu í tengslum við markaðsskilgreiningu og útreikning á markaðshlut millivöru og þjónustu.
- 95) Þegar fyrir hendi er tvöfalt dreifikerfi endanlegrar vöru, þ.e. framleiðandi endanlegrar vöru stundar einnig dreifingu á markaðnum, verður markaðsskilgreiningin og útreikningur á markaðshlut aftur má móti að eiga sér stað að teknu tilliti til söluverðmætis eigin framleiðsluvöru framleiðendanna sem þeir selja fyrir milligöngu samþættra dreifenda sinna og umboðsaðila (sbr. stafl. c) í 7. gr. hópundanþágureglugerðarinnar). „Samþættir dreifendur“ eru tengd fyrirtæki í skilningi 2. mgr. 1. gr. reglugerðarinnar <sup>(36)</sup>.

## VI. HVERNIG FULLNUSTU ER HAGAD Í EINSTÖKUM MÁLUM

### 1. Greiningarviðmið

- 96) Þegar hópundanþága á ekki við er ástæða til að athuga í hverju einstöku tilviki hvort samningurinn fellur undir ákvæði 1. mgr. 53. gr., og þá hvort skilyrðum samkvæmt 3. mgr. sömu greinar er fullnægt. Að því tilskildu að lóðréttir samningar hafi ekki að geyma ákvæði sem hafa að markmiði að takmarka samkeppni, og þá sérstaklega harkalegar samkeppnishömlur, er engin ástæða til að ætla að samningar af því tagi, sem njóta ekki hópundanþágu vegna þess að markaðshluturinn er yfir viðmiðunarmörkum, falli undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. eða að þeir fullnægi ekki skilyrðum samkvæmt 3. mgr. sömu greinar. Nauðsynlegt er að meta í hverju einstöku tilviki hvaða áhrif samningurinn muni að öllum líkindum hafa. Fyrirtæki eru hvött til að leggja mat á þetta sjálf. Samningar, sem eru annaðhvort ekki samkeppnishamlandi í skilningi 1. mgr. 53. gr. eða fullnægja skilyrðum samkvæmt 3. mgr. sömu greinar, eru gildir og framfylgjanlegir. Samkvæmt ákvæði 2. mgr. 1. gr. gerðarinnar sem um getur í 3. lið 1. mgr. 3. gr. bókunar 21 við EES-samninginn (reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 frá 16. desember 2002 <sup>(37)</sup>) um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt er fyrir um í 53. og 54. gr. EES-samningsins og 2. mgr. 1. gr. II. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól er ekki nauðsynlegt að tilkynna samning til þess að hann geti notið stakundanþágu samkvæmt 3. mgr. 53. gr. Komi til þess að Eftirlitsstofnun EFTA taki slíkan samning til skoðunar ber stofnunin sönnunarbyrði fyrir því að samningurinn brjóti í bága við ákvæði 1. mgr. 53. gr. Fyrirtæki, sem vilja njóta verndar samkvæmt ákvæði 3. mgr. 53. gr., bera sönnunarbyrði fyrir því að fullnægt sé skilyrðum samkvæmt þeirri málsgrein. Þegar sýnt hefur verið fram á að líkur séu á samkeppnishamlandi áhrifum geta fyrirtæki lagt fram gögn því til stuðnings að samningurinn muni hafa hagræðingu í för með sér, og útskýrt hvers vegna nauðsynlegt sé að nota tiltekið dreifikerfi til þess að auka líkur á að neytendur hagnist án þess að samkeppni verði úr sögunni, áður en Eftirlitsstofnun EFTA ákveður hvort samningurinn fullnægir skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr.
- 97) Metið verður hvort lóðréttur samningur hefur samkeppnishamlandi áhrif með því að bera saman núverandi stöðu mála á viðkomandi markaði eða sennilega framtíðarstöðu með viðvarandi lóðréttum hömlum og þá stöðu mála sem uppi væri ef lóðréttar hömlur væri ekki að finna í samningnum. Við mat Eftirlitsstofnunar EFTA á einstökum málum verður eftir því sem við á tekið tillit til bæði framkominna áhrifa og áhrifa sem líklegt er að komi fram síðar. Til þess að lóðréttir samningar teljist hafa þær afleiðingar að takmarka samkeppni verða framkomin eða hugsanleg samkeppnisáhrif þeirra að vera nægilega mikil til að vænta megi óæskilegra áhrifa á verðlag, framleitt magn, nýsköpun eða fjölbreytni eða gæði vöru og þjónustu á viðkomandi markaði með skynsamlegum líkum. Líkur verða að vera á merkjanlegum samkeppnishamlandi áhrifum <sup>(38)</sup>. Líkur eru á að merkjanleg samkeppnishamlandi áhrif komi fram þegar að minnsta kosti einn aðilanna hefur, eða nær að öðlast, markaðsstyrk í einhverjum mæli og samningurinn stuðlar að því að skapa, viðhalda eða efla þann markaðsstyrk eða gerir aðilunum kleift að nýta sér slíkan markaðsstyrk. Markaðsstyrkur er fölginn í því að geta, um talsvert langt skeið, haldið verði yfir því sem gerist við eðlileg samkeppnisskilyrði eða haldið framleiðslu undir því sem gerist við slík skilyrði, hvort sem miðað er við magn eða gæði vörunnar, fjölbreytni eða nýsköpun. Til þess að

<sup>(36)</sup> Í tengslum við markaðsskilgreiningu og útreikning á markaðshlut skiptir ekki máli hvort samþætti dreifandinn selur að auki vörur frá keppinautum.

<sup>(37)</sup> Stjótið. EB L 1, 4.1.2003, bls. 1, reglugerðin felld inn í EES-samninginn samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 130/2004, Stjótið. EB L 64, 10.3.2005, bls. 57, og EES-viðbætur við Stjótið. EB nr. 12, 10.3.2005, bls. 42, gildistökudagur 19.5.2005.

<sup>(38)</sup> Sbr. undirkafla II.1.

brot gegn ákvæði 1. mgr. 53. gr. teljist hafa átt sér stað þarf markaðsstyrkur að jafnaði ekki að vera jafnmikill og krafist er til þess að staða fyrirtækis teljist vera markaðsráðandi samkvæmt ákvæði 54. gr.

- 98) Lóðréttar hömlur valda venjulega minni skaða en láréttar hömlur. Meginástæðan fyrir því að meira er hugað að láréttum hömlum er sú að slíkar hömlur geta verið afleiðing af samningi milli keppinauta sem bjóða vörur eða þjónustu sem eru sams konar eða staðgengar. Þegar slíkum láréttum tengslum er til að dreifa getur sú staða komið upp að beiti eitt fyrirtæki markaðsstyrk sínum (haldi uppi verði á vörum sínum) njóti keppinautar þess góðs af. Það getur svo orðið keppinautunum hvati til að ýta undir samkeppnishamlandi hegðun hver hjá öðrum. Ef tengsl fyrirtækja eru lóðrétt merkir það að framleiðsluvara annars er aðföng hins – með öðrum orðum stunda samningsaðilarnir samverkandi starfsemi. Ef annað fyrirtækið, hvort sem það er á aðliggjandi eða fráliggjandi stigi viðskipta, beitir markaðsstyrk sínum bitnar það því að jafnaði á spurn eftir vöru hins. Hvor samningsaðili um sig hefur því yfirleitt hag af því að koma í veg fyrir að hinn aðilinn beiti markaðsstyrk sínum.
- 99) Sjálfstakmarkandi eiginleika af þessu tagi má þó ekki ofmeta. Ef fyrirtæki hefur ekki markaðsstyrk í neinum mæli getur það aðeins reynt að auka hagnað sinn með því að ná því besta úr framleiðslu- og dreifingarferlum sínum, hvort sem lóðréttar hömlur koma þar við sögu eða ekki. Almennt gildir að vegna þess að aðilar lóðréttar samningsins hafa samverkandi hlutverk þegar kemur að því að koma vöru á markað geta lóðréttar hömlur gefið veruleg færi á hagræðingu. Þegar fyrirtæki býr yfir markaðsstyrk getur það hins vegar einnig reynt að auka hagnað á kostnað beinna keppinauta sinna – með því að hækka kostnað þeirra – og á kostnað viðskiptamanna sinna og þar með á endanum neytenda – með því að taka til sín hluta af því sem þeir hafa til ráðstöfunar. Þetta getur gerst þegar aðliggjandi og fráliggjandi fyrirtæki deila viðbótarhagnaðinum eða þegar annað þeirra beitir lóðréttum hömlum til að ná til sín öllum viðbótarhagnaði.

### 1.1 Óæskileg áhrif sem fylgja lóðréttum hömlum

- 100) Þau óæskilegu áhrif, sem lóðréttar hömlur geta haft á markaði vegna og samkeppnislöggjöf EES er ætlað að hindra, eru sem hér segir:
- Samkeppnishamlandi áhrif sem eru fölgin í útilokun birgja eða annarra kaupenda frá markaðnum með því að hindra að þeir geti hafið starfsemi á markaðnum eða aukið þá starfsemi sem er fyrir.
  - Ráðstafanir til að minnka samkeppni milli birgis og keppinauta hans og/eða greiða fyrir leynilegu samráði þessara birgja, og er þá oft talað um minni vörumerkjasamkeppni <sup>(39)</sup>.
  - Ráðstafanir til að minnka samkeppni milli kaupanda og keppinauta hans og/eða greiða fyrir leynilegu samráði þessara keppinauta, og er þá oft talað um minni samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis ef slíkar ráðstafanir hafa áhrif á samkeppni dreifenda að því er varðar vörumerki eða vöru eins og sama birgis.
  - Ráðstafanir til að hindra samþættingu markaðar, og þá sérstaklega takmarkanir á frelsi neytenda til að kaupa vörur eða þjónustu í hvaða aðildarríki Evrópusambandsins eða hvaða EFTA-ríki sem þeir kjósa.
- 101) Ef ráðstafanir á borð við útilokun keppinauta, ráðstafanir til að minnka samkeppni og leynilegt samráð eiga sér stað á framleiðslustigi geta þær einkum bitnað á hagsmunum neytenda með því að hækka heildsöluverð, takmarka vöruval, draga úr gæðum eða halda aftur af nýsköpun á sviði vöruframleiðslu. Háttsemi dreifenda á borð við útilokun keppinauta, aðgerðir til að minnka samkeppni og leynilegt samráð getur einkum bitnað á hagsmunum neytenda með því að hækka smásöluverð, takmarka hversu fjölbreytileg samsetning verðs og þjónustu getur verið og hvaða dreifingarhættir eru notaðir, minnka framboð á smásöluþjónustu og draga úr gæðum hennar, og halda aftur af nýsköpun á sviði dreifingarstarfsemi.
- 102) Á markaði þar sem einstakir dreifendur annast dreifingu á vörumerkjum eins og sama birgis leiðir minni samkeppni milli dreifenda sama vörumerkis til minni samkeppni milli þeirra dreifenda um sölu þess vörumerkis en hugsanlegt er að engin samkeppnishamlandi áhrif komi fram milli

<sup>(39)</sup> Undir leynilegt samráð fellur bæði beint samráð og þegjandi samráð (samhæfing aðgerða af ráðnum hug).

dreifenda almennt. Ef vörumerkjasamkeppni er mikil við þær aðstæður er ósennilegt að minni samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis hafi óæskileg áhrif gagnvart neytendum.

- 103) Einkaleyfissamningar hamla samkeppni yfirleitt meira en samningar sem hvíla ekki á einkaleyfi. Samningar, sem byggjast á einkaleyfi, hvort sem um er að ræða bein samningsákvæði eða áhrif af framkvæmd tilhögunarinnar í reynd, leiða til þess að einn aðili fullnægir eigin eftirspurn að öllu eða nær öllu leyti með kaupum af einum öðrum aðila. Dæmi um þetta er að ef kaupandi hefur skuldbundið sig til að taka ekki þátt í samkeppni kaupir hann aðeins eitt vörumerki. Magnskilyrði gefa kaupanda hins vegar nokkurt svigrúm til að kaupa samkeppnisvörur. Ef magnskilyrði eru notuð getur það því leitt til vægari útilokunar.
- 104) Ef samið er um lóðréttar hömlur í tengslum við óvörumerkta vöru og þjónustu veldur það yfirleitt minni skaða en þegar hömlur eru settar á dreifingu vörumerktrar vöru og þjónustu. Notkun vörumerkja fylgir venjulega aukin sundurgreining vörutegunda og minnkað staðgengi vörunnar, en afleiðingin af því er að verðteygni eftirspurnar minnkar og aukið svigrúm myndast til verðhækkana. Munurinn á vörumerktri og óvörumerktri vöru eða þjónustu fer oft saman við muninn á vöru og þjónustu á vinnslustigi og endanlegri vöru og þjónustu.
- 105) Þegar ýmsum lóðréttum hömlum er beitt samhliða eykur það yfirleitt neikvæð áhrif þeirra hverra um sig. Í sumum tilvikum eru samkeppnishamlandi áhrif þó minni þegar mismunandi lóðréttum hömlum er beitt samhliða en þegar þeim er beitt hverri í sínu lagi. Dreifandi í umboðsmannakerfi getur til dæmis freistast til að hækka verð á vörunum þegar samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis minnkar. Þegar mælt er fyrir um magnskilyrði eða hámark sett á endursöluverð getur það haldið aftur af slíkum verðhækkunum. Það eykur enn á óæskileg áhrif sem lóðréttar hömlur kunna að hafa ef tveir eða fleiri birgjar og kaupendur þeirra skipuleggja viðskipti sín á svipaðan hátt þannig að svonefnd uppsöfnun áhrifa eigi sér stað.

## 1.2. *Æskileg áhrif sem fylgja lóðréttum hömlum*

- 106) Mikilvægt er að taka til greina að lóðréttar hömlur geta haft æskileg áhrif, einkum með því að ýta undir samkeppni sem byggir á öðrum þáttum en verði og stuðla að bættri þjónustu. Þegar fyrirtæki býr ekki yfir markaðsstyrk í neinum mæli getur það aðeins reynt að auka hagnað með því að ná því besta út úr framleiðslu- og dreifingarferlum sínum. Lóðréttar hömlur reynst gagnlegar að þessu leyti við ýmsar aðstæður þar eð venjulegir samningar birgjis og kaupanda sem óskyldra aðila, sem kveða aðeins á um verð og afhendingarmagn í tilteknum viðskiptum, geta haft í för með sér að umfang fjárfestinga og sölu verði ekki nægilegt.
- 107) Í þessum leiðbeinandi reglum er þess freistað að veita gott yfirlit um á hvaða forsendum unnt er að réttlæta lóðréttar hömlur, en þeim er ekki ætlað að vera tæmandi. Eftirtaldir ástæður geta réttlætt að tilteknum lóðréttum hömlum sé beitt:
- a) Að leysa þurfi „frífarþegavanda“. Sú staða getur komið upp að einn dreifandi nýti sér söluhvetjandi starfsemi annars dreifanda endurgjaldslaust. Vandí af þessu tagi kemur helst upp á heildsölu- og smásölustigi. Einkaumboðskerfi eða aðrar takmarkanir af því tagi geta komið að gagni við að forðast slíka frífarþegahegðun. Frífarþegahegðun getur einnig komið fyrir hjá birgjum, til dæmis ef einn þeirra leggur fjármuni til vörुकynningar í húsnæði kaupanda, yfirleitt á smásölustigi, sem jafnframt laðar að viðskiptamenn keppinauta. Hömlur, sem fela í sér bann við að taka þátt í samkeppni, geta unnið gegn frífarþegavanda af þessu tagi <sup>(40)</sup>.

Til þess að vandi teljist vera fyrir hendi verður að vera um raunverulegan frífarþegavanda að ræða. Frífarþegahegðun kaupanda getur aðeins komið fyrir í tengslum við þjónustu fyrir sölu annars konar söluhvetjandi starfsemi, en ekki þjónustu eftir sölu sem dreifandinn getur innheimt gjald fyrir hjá hverjum einstökum viðskiptamanni. Að jafnaði er nauðsynlegt að varan sé tiltölulega ný eða tæknilega flókin, eða orðið, sem fer af henni, einn helsti orsakaþáttur eftirspurnarinnar, því að í öðrum tilvikum má ætla að vegna fyrri kaupa sinna viti viðskiptamaðurinn fullvel hvað hann vill. Verðgildi vörunnar verður einnig að vera allhátt því

<sup>(40)</sup> Hvort söluhvetjandi viðbótaraðgerðir gagnast neytendum í raun þegar á allt er litið ræðst af því hvort slíkar aðgerðir ná þeim tilgangi að koma upplýsingum til viðskiptamanna og vinna hug þeirra, og gagnast þannig mörgum nýjum viðskiptamönnum, eða ná fyrst og fremst til viðskiptamanna sem vita fyrir hvað þeir vilja kaupa, með þeim afleiðingum að viðbótaraðgerðirnar leiða eingöngu eða aðallega til verðhækkunar fyrir þá.

að viðskiptamaðurinn hefði að öðrum kosti ekki ástæðu til að leita upplýsinga í einni verslun og kaupa vöruna í annarri. Loks mega aðstæður ekki að vera með þeim hætti að raunhæft sé fyrir birginn að krefjast þess af öllum kaupendum að þeir gangist með samningi undir skilyrði að því er varðar söluhvetjandi starfsemi eða veitta þjónustu.

Frífarþegahegðun birgja er einnig bundin við tiltekna aðstæður, þ.e. tilvik þar sem kynningarstarfið fer fram í húsnæði kaupanda og er almenn en ekki vörumerkissérgreind.

- b) Að tilgangurinn sé „að opna eða hefja starfsemi á nýjum mörkuðum“. Ef framleiðandi sækist eftir því að hefja starfsemi á nýju landsvæði, til dæmis með því að flytja vörur til annars lands í fyrsta skipti, getur það haft í för með sér að dreifandinn verði að leggja í tiltekna „upphafs-fjárfestingar“ til þess að koma fótum undir vörumerkið á markaðnum. Til þess að dreifandi á viðkomandi stað fái til að leggja út í slíkar fjárfestingar getur verið nauðsynlegt að tryggja honum vernd á tilteknu starfsvæði til þess að hann geti endurheimt útlagðan kostnað vegna fjárfestinganna með því að innheimta hærra verð um nokkurt skeið. Þannig þarf að reisa um takmarkaðan tíma skorður við því að dreifendur með starfsemi á öðrum mörkuðum stundi sölustarf á nýja markaðnum (sbr. einnig 61. mgr. í undirkafla III.4). Þetta er sértílik af frífarþegavandanum sem lýst er í stafl. a).
- c) Frífarþegavandi sem tengist „vottaðri vöru“. Í sumum greinum hafa ákveðnir smásalar orð á sér fyrir að hafa eingöngu „gæðavöru“ til sölu. Í þeim tilvikum getur skipt öllu máli um kynningu nýrrar vöru að slíkir smásalar taki að sér að selja hana. Ef framleiðandinn getur ekki í upphafi takmarkað sölu sína við verslanirnar sem þykja bestar á hann á hættu að verða tekinn af skrá og markaðssetning vörunnar getur mistekist. Þess vegna getur verið ástæða til að heimila um skeið að beitt sé hömlum á borð við einkaumboðskerfi eða umboðsmannakerfi. Slíkar hömlur verða að duga til að tryggja markaðssetningu nýju vörunnar en mega ekki vera svo lengi við lýði að þær standi í vegi fyrir viðtækri útbreiðslu vörunnar. Meiri líkur eru á að ávinningur sem þessi komi fram í tengslum við „reynsluvöru“ og flóknar vörur sem krefjast tiltölulega mikilla fjárútláta endanlegs neytanda.
- d) Svokölluð „pattstaða“. Fyrir kemur að birgir eða kaupandi verður að ráðast í fjárfestingar vegna tiltekins viðskiptasambands sérstaklega, til að mynda greiða fyrir sérhæfðan búnað eða þjálfun. Dæmi um þetta er framleiðandi íhlutar sem þarf að smíða nýjar vélar og verkfæri til þess að fullnægja sérstöku skilyrði eins viðskiptamanna sinna. Þá kann að vera að hann fari ekki út í nauðsynlegar fjárfestingar fyrr en sérstakir afhendingarsamningar hafa verið gerðir.
- Rétt eins og í hinum dæmunum um frífarþegahegðun þarf hins vegar að fullnægja ýmsum skilyrðum áður en hættan á vanfjárfestingu getur talist raunveruleg eða umtalsverð. Í fyrsta lagi verður fjárfestingin að tengjast tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega. Fjárfesting birgis telst vera tengd tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega ef hún nýtist honum ekki eftir að samningurinn rennur út til að afhenda öðrum viðskiptamönnum vörur og aðeins er unnt að selja hana með verulegu tapi. Fjárfesting kaupanda telst vera tengd tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega ef hún nýtist honum ekki eftir að samningurinn rennur út til að kaupa inn og/eða nota vörur sem aðrir birgjar selja og aðeins er unnt að selja hana með verulegu tapi. Fjárfesting telst því tengd tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega til að mynda ef hún nýtist aðeins við framleiðslu íhlutar fyrir tiltekið vörumerki, eða til að geyma ákveðið vörumerki, þannig að ekki er unnt að nota hana til arðbærrar framleiðslu eða endursölu á öðrum vörum. Í öðru lagi verður að vera um að ræða langtímafjárfestingu sem endurheimtist ekki þegar til skamms tíma er litið. Í þriðja lagi verður að vera ójafnvægi í fjárfestingunni, þ.e. annar aðili samningsins leggur fram meiri fjármuni en hinn. Þegar þessum skilyrðum er fullnægt telst yfirleitt vera góð ástæða til að viðhalda lóðréttu hömlu allt til loka afskriftatíma fjárfestingarinnar. Heppilegustu lóðréttu hömlurnar eru skuldbindingar til að taka ekki þátt í samkeppni eða gagnskilyrði ef fjárfestingin er á vegum birgisins, en einkaumboðskerfi, einkaúthlutun viðskiptamanna eða einkasölukerfi ef fjárfestingin er á vegum kaupandans.
- e) „Sérstök pattstaða sem getur skapast þegar mikil verkþekking er framseld“. Verkþekking, sem þegar hefur verið framseld, verður ekki aftur tekin og sá, sem lét hana í té, kann að vera andvígur því að hún nýtist keppinautum hans á einhvern hátt. Ef kaupandinn telst ekki hafa átt greiðan aðgang að verkþekkingunni áður, og ef hún er mikil og nauðsynleg framkvæmd samningsins, getur framsal hennar réttlætt takmörkun þess eðlis að banna þátttöku í samkeppni, en slíkt fellur að jafnaði utan ákvæða 1. mgr. 53. gr.

- f) Vandí sem stafar af „lóðréttum ytri áhrifum“. Hugsanlegt er að smásali njóti ekki sjálfur alls ábata af söluaukandi ráðstöfunum, heldur renni hann að nokkru leyti til framleiðandans. Ef heildsöluverð framleiðandans er hærra en sem nemur jaðarframleiðslukostnaði hagnast hann vegna hvernar viðbótareiningar sem smásala tekst að selja með því að lækka útsöluverðið eða efla sölustarf sitt. Þannig geta slíkar athafnir smásala leitt af sér jákvæð ytri áhrif gagnvart framleiðandanum og hann getur haft það sjónarmið að smásöluverð vörunnar sé of hátt og/eða smásalinn geri of lítið til að selja hana. Neikvæð ytri áhrif of hás smásöluverðs eru stundum kölluð „tvöfaldur álagningarvandi“ en sneiða má hjá þeim með því að setja hámark á endursöluverð frá smásala. Umboðsmannakerfi, einkaumboðskerfi og aðrar svipaðar hömlur geta komið að gagni þegar efla þarf sölustarf smásala <sup>(41)</sup>.
- g) „Stærðarhagræði á sviði dreifingar“. Framleiðandinn kann að vilja fara þá leið að fela litlum hópi dreifenda endursölu á vörum sínum til þess að tryggja að þeir nái fram stærðarhagræði og geti þannig haldið smásöluverðinu niðri. Í þessu skyni getur hann nýtt sér einkaumboðskerfi, magnskilyrði sem fela í sér kröfu um lágmarksinnkaup, umboðsmannakerfi sem bundið er slíkum skilyrðum eða einkakaupaákvæði.
- h) „Glöppur á fjármagnsmarkaði“. Sú staða getur komið upp að nægra fjármuna verði ekki aflað frá þeim sem venjulega leggja til fjármagn (bankar, hlutabréfamarkaðir) ef þeir búa ekki yfir nægum upplýsingum um hversu traustur lántakinn er eða tryggingar fyrir láninu eru ekki nægar. Hugsanlegt er að kaupandi eða birgir búi yfir betri upplýsingum og geti nýtt sér einkasambönd til að afla viðbótartryggingar fyrir fjárfestingu sína. Ef kaupanda tekur lán hjá birgi getur hann þurft að skuldbinda sig til að taka ekki þátt í samkeppni eða gangast undir magnskilyrði. Ef birgir tekur lán hjá kaupanda getur hann þurft að samþykka einkasölusamning eða gangast undir magnskilyrði.
- i) „Samræmd og stöðluð vöruvöndun“. Lóðréttar hömlur geta gert það auðveldara að skapa vörumerki tiltekna ímynd með því að áskilja að dreifendur ástundi tiltekna samræmingu og staðlaða vöruvöndun í því skyni að auka aðráttarafl vöru gagnvart endanlegum neytendum og auka sölu. Dæmi um þetta eru umboðsmannakerfi og sérleyfiskerfi.
- 108) Þær níu tegundir aðstæðna, sem taldar eru upp í 107. mgr., sýna með skýrum hætti að við tiltekin skilyrði geta lóðréttir samningar að líkindum gert það auðveldara að ná fram hagræðingu og byggja upp nýja markaði, og að þessi atriði geti vegið upp hugsanleg óæskileg áhrif. Rökin fyrir þessu eru að jafnaði sterkust þegar um ræðir lóðréttar hömlur sem notaðar eru um skeið til þess að auðvelda markaðssetningu nýrra og flókinna vörutegunda eða vernda fjárfestingar sem tengjast tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega. Stundum getur reynst nauðsynlegt að láta lóðréttar hömlur halda sér meðan birgirinn selur kaupandanum vörur (sbr. einkum aðstæðurnar sem lýst er í 107. mgr., stafl. a), e), f), g) og i)).
- 109) Mismunandi lóðréttar hömlur geta að miklu leyti komið hver í stað annarrar. Þetta merkir að nota má mismunandi lóðréttar hömlur til að leysa sama óhagkvæmnisvanda. Til dæmis er hugsanlegt að ná megi fram stærðarhagræði á sviði dreifingar með einkaumboðskerfi, umboðsmannakerfi, magnskilyrðum eða einkakaupasamningi. Samkeppnishamlandi áhrif geta aftur á móti verið mismunandi eftir því hvaða lóðréttu hömlum er beitt, og skiptir það máli um mat á því hvort hömlurnar séu nauðsynlegar eins og áskilið er samkvæmt 3. mgr. 53. gr.

### 1.3. Greiningaraðferðir

- 110) Mat á lóðrétti hömlu fer yfirleitt fram í fjórum skrefum eins og hér er lýst <sup>(42)</sup>:
- Í fyrsta lagi verða hlutaðeigandi fyrirtæki að gera grein fyrir markaðshlut birgis og kaupanda á markaðnum þar sem annar selur og hinn kaupir samningsvörurnar.
  - Ef viðkomandi markaðshlutur birgis og kaupanda er innan 30% markanna falla lóðréttu hömlurnar undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar, með fyrirvara um takmarkanir sem teljast harkalegar og takmarkanir sem geta ekki notið undanþágu samkvæmt þeirri gerð.
  - Ef viðeigandi markaðshlutur birgis og/eða kaupanda fer yfir 30% viðmiðunarmörk er nauðsynlegt að meta hvort lóðrétti samningurinn falli undir ákvæði 1. mgr. 53. gr.

<sup>(41)</sup> Sbr. þó undanfarandi neðanmálgrein.

<sup>(42)</sup> Þreunum er ekki ætlað að vera lýsing á lögfræðilegri röksemdafærslu í þeim skilningi að Eftirlitsstofnun EFTA beri að fylgja þeim í þessari röð við undirbúning ákvörðunar.

- d) Falli lóðrétti samningurinn undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. er nauðsynlegt að skoða hvort hann uppfyllir skilyrði fyrir undanþágu samkvæmt 3. mgr. 53. gr.

*1.3.1. Atriði sem skipta máli um greiningu með tilliti til 1. mgr. 53. gr.*

- 111) Við mat Eftirlitsstofnunar EFTA á tilvikum þar sem markaðshlutur er yfir 30% viðmiðunarmörkum fer fram heildargreining á samkeppnisumhverfinu. Eftirfarandi atriði skipta mestu um ákvörðun á því hvort lóðréttur samningur hamlar samkeppni merkjanlega í skilningi 1. mgr. 53. gr.:
- a) Hvers eðlis samningurinn er
  - b) Markaðsstaða einstakra samningsaðila
  - c) Markaðsstaða keppinauta
  - d) Markaðsstaða kaupenda samningsvaranna
  - e) Aðgangshindranir
  - f) Hversu þroskaður markaðurinn er
  - g) Hvaða stig viðskipta um er að ræða
  - h) Hvers eðlis varan er
  - i) Önnur atriði
- 112) Mikilvægi hvert þessara atriða getur verið breytilegt frá einu tilviki til annars og er háð öllum hinum atriðunum. Til dæmis er stór markaðshlutur samningsaðilanna yfirleitt góð vísending um markaðsstyrk, en séu aðgangshindranir litlar bendir markaðshluturinn ekki alltaf til slíks. Því verða ekki settar fram skýrar reglur um mikilvægi einstakra atriða.
- 113) Lóðréttir samningar geta tekið á sig ýmsar myndir. Þess vegna skiptir miklu að greina hvers eðlis samningurinn er, þ.e. hvaða hömlur er kveðið á um í honum, hversu lengi þeim er ætlað að gilda og hversu stórt hlutfall heildarsölu á markaðnum þær hömlur varða. Nauðsynlegt getur verið að skoða fleira en beint orðalag samningsins. Komast má að því hvort óorðaðar hömlur eru fyrir hendi með því að athuga hvernig aðilar að samningnum framkvæma hann og hvatana sem þeir búa við.
- 114) Markaðsstaða samningsaðilanna er vísending um hversu mikill markaðsstyrkur birgisins, kaupandans eða beggja aðilanna er, þegar um slíkt er að ræða. Því stærri sem markaðshluturinn er þeim mun meiri líkur eru á að markaðsstyrkurinn sé mikill. Þetta á einkum við þegar markaðshluturinn endurspeglar hagræði sem aðilarnir njóta umfram keppinauta að því er varðar kostnað, eða samkeppnisforskot af öðru tagi. Fyrirtæki geta skapað sér slíkt samkeppnisforskot til að mynda með því að vera frumherjar á markaði (hafa besta vefsetrið o.s.frv.), eiga mikilvæg einkaleyfi eða búa yfir yfirburðatækni, selja leiðandi vörumerki eða bjóða sérstaklega vandað vörusafn.
- 115) Vísendingar af þessu tagi, þ.e. hver markaðshluturinn er og hvort um hugsanlegt samkeppnisforskot er að ræða, eru notaðar til að meta hversu sterk markaðsstaða keppinautanna er. Því sterkari og því fleiri sem keppinautarnir eru þeim mun minni hætta er á að samningsaðilarnir geti beitt markaðsstyrk sínum hvor í sínu lagi og útiloka þannig keppinauta frá markaðnum eða veikja samkeppni. Einnig skiptir máli að skoðað sé hvort einhverjum gagnaðgerðum er til að dreifa sem keppinautar gætu að líkindum beitt með góðum árangri og nægilega tímanlega. Reynist keppinautarnir aftur á móti fremur fáir og markaðsstaða þeirra (stærð, kostnaður, möguleikar til að stunda rannsóknir og þróunarstarf o.s.frv.) fremur svipuð getur þessi markaðsuppygging aukið hættuna á leynilegu samráði. Markaðshlutur, sem er sveiflukenndur eða einkennist af hröðum breytingum, er yfirleitt merki um að samkeppni sé mikil.
- 116) Markaðsstaða viðskiptamanna samningsaðilanna er vísending um hvort einn eða fleiri úr hópi þeirra búa yfir kaupandastyrk. Fyrsta merkið um kaupandastyrk er hver markaðshlutur viðskiptamannsins er á innkaupamarkaðnum. Sá hlutur endurspeglar hversu mikilvæg eftirspurn hans er

hjá hugsanlegum birgjum. Aðrar vísbendingar eru staða viðskiptamannsins á eigin endursölu-markaði, meðal annars aðstæður á borð við að sölustaðir dreifist yfir stórt svæði, hvort í notkun eru eigin vörumerki – m.a. eiginmerkjavara dreifenda (*private label*) – og hvaða ímynd vörumerki hans hafa meðal neytenda. Við ákveðnar aðstæður getur kaupandastyrkur hindrað að samningsaðilarnir beiti markaðsstyrk sínum og leyst þannig samkeppnisvanda sem ella hefði verið viðvarandi. Þetta á einkum við þegar öflugir viðskiptamenn hafa bolmagn og hvata til að veita nýjum birgjum aðgang að markaðnum þegar þær standa frammi fyrir lítilli en varanlegri hækkun á hlutfallslegu verði. Ef öflugir viðskiptamenn semja aðeins um hagfelldari skilmála sjálfum sér til handa eða láta sér nægja að færa verðhækkunar yfir á viðskiptamenn sína hindrar staða þeirra ekki að samningsaðilarnir nýti sér markaðsstyrk sinn.

- 117) Mælikvarðinn á aðgangshindranir er hversu mikið fyrirtæki, sem fyrir eru á markaði, geta hækkað verð umfram samkeppnishæft verð án þess að það laði ný fyrirtæki að markaðnum. Væri engum markaðshindrunum til að dreifa og ný fyrirtæki ættu greiða og skjóta leið inn á markaðinn yrði það óarðbært að beita slíkum verðhækkunum. Ef líkur benda til að ný fyrirtæki komist inn á markaðinn innan eins eða tveggja ára og hindri þannig eða vinni gegn því að eldri fyrirtæki beiti markaðsstyrk sínum teljast markaðshindranir almennt litlar. Aðgangshindranir geta verið afleiðing af mörgum ólíkum þáttum, til að mynda stærðar- og samlegðarhagræði, opinberum reglum, einkum ef þær kveða á um sérréttindi, ríkisaðstoð, innflutningstollar, hugverkaréttur, eignarhald á auðlindum sem eru takmarkaðar að einhverju leyti, til dæmis vegna náttúrulegra aðstæðna <sup>(43)</sup>, yfirráð yfir ómissandi framleiðslutækjum, frumherjaforskot og vörumerkjatryggð neytenda sem skapast hefur á löngum tíma fyrir tilstuðlan mikils auglýsingastarfs. Lóðréttar hömlur og lóðrétt samþætting geta einnig þjónað sem aðgangshindrun með því að torvelda aðgang og útiloka (hugsanlega) keppinauta. Um aðgangshindranir getur verið að ræða aðeins á stigi birgis eða kaupanda eða á báðum stigum. Sú spurning hvort líta ber á þessa þætti sem aðgangshindranir fer einkum eftir því hvort þeir hafa í för með sér óafturkræfan kostnað. Óafturkræfur er sá kostnaður sem óhjákvæmilegt er að stofna til í þeim tilgangi að hefja eða viðhalda starfsemi á tilteknum markaði, en glatast ef þeirri starfsemi er hætt. Kostnaður við auglýsingar, sem birtar eru til að byggja upp neytendatryggð, er yfirleitt óafturkræfur nema fyrirtæki, sem hyggst hætta starfsemi, geti annaðhvort selt vörumerki sitt eða notað það annars staðar án þess að það leiði til taps. Því hærri sem óafturkræfi kostnaðurinn er þeim mun fremur þurfa hugsanlegir nýliðar að veita og meta áhættuna við hefja starfsemi á markaðnum og þeim mun meira sannfærandi verður sú hótun þeirra fyrirtækja, sem eru fyrir á markaðnum, að þau muni mæta nýrri samkeppni, þar sem óafturkræfi kostnaðurinn gerir starfandi fyrirtækjum á markaðnum dýrt að draga sig út af honum. Ef dreifendur hafa til að mynda tengsl við framleiðanda gegnum skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni verða útilokunaráhrifin meiri ef hugsanlegir nýliðar verða að stofna til óafturkræfs kostnaðar til þess að koma sér upp eigin dreifendum. Almennt fylgir því nokkur óafturkræfur kostnaður, minni eða meiri, að hefja starfsemi á nýjum markaði. Þess vegna er samkeppni, sem þegar er fyrir hendi, almennt virkari en hugsanleg samkeppni, og vegur þyngra í mati á einstökum málum.
- 118) Þroskaður markaður er markaður sem hefur verið til um nokkurt skeið og einkennist af því að notuð er alþekkt og útbreidd tækni sem breytist ekki mikið, að engar umtalsverðar nýjungar koma fram á sviði vörumerkja og að eftirspurn er tiltölulega stöðug eða fer minnkandi. Meiri líkur eru á óáskillegum áhrif á slíkum markaði en á kvikari mörkuðum.
- 119) Hvaða stig viðskipta um telst vera að ræða tengist greinarmuninum sem gerður er á millivöru og -þjónustu og endanlegri vöru og þjónustu. Millivara og -þjónusta er seld fyrirtækjum sem aðföng til nota við framleiðslu annarrar vöru eða þjónustu og er yfirleitt ekki unnt að bera kennsl á hana í endanlegu vörinni eða þjónustunni. Viðskiptamenn, sem kaupa millivöru, búa venjulega yfir góðum upplýsingum sem gera þeim kleift að meta gæði vörunnar og reida sig þeim mun minna á vörumerki og ímynd. Endanleg vara er seld endanlegum neytendum, beint eða óbeint, en þeir styðjast oft meira við vörumerki og ímynd. Þar eð dreifendur þurfa að fullnægja eftirspurn endanlegra neytenda getur samkeppni spillst meira þegar dreifendur eru útilokaðir frá því að selja eitt eða fleiri vörumerki en þegar kaupendum millivöru er meinað um að kaupa samkeppnisvöru af tilteknum birgjum.

<sup>(43)</sup> Sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar 97/26/EB (mál nr. IV/M.619 – *Gencor/Lonrho*), Stjtið. EB L 11, 14.1.1997, bls. 30.



- 120) Í tengslum við mat á því hvaða æskileg og óæskileg áhrif líklegt er að fram komi skiptir nokkru máli hvers eðlis varan er, einkum þegar um ræðir endanlega vöru. Við mat á því hvaða óæskileg áhrif eru líkleg skiptir höfuðmáli hvort vörur á markaðnum einkennast fremur af litlum eða miklum breytileika, hvort um ræðir dýra vöru, sem kostar neytandann stóran hluta af ráðstöf-unarfé hans, eða ódýra, og hvort varan er keypt aðeins einu sinni eða reglulega. Almennt gildir að þegar um er að ræða breytilegri og ódýrari vöru sem fremur má ætla að sé keypt aðeins einu sinni eru líkurnar meiri á að lóðréttar hömlur hafi óæskileg áhrif.
- 121) Sumar hömlur geta verið með þeim hætti að líta þurfi til annarra þátta í matinu. Þar getur verið um að ræða þætti á borð við uppsöfnun áhrifa, þ.e. hversu stór hluti markaðarins fellur undir samninga af svipuðu tagi, hvort samningurinn er „áskilinn“ (takmarkanir eða skuldbindingar aðallega lagðar á annan aðilann) eða „samþykktur“ (báðir aðilar taka á sig takmarkanir eða skuldbindingar), regluverk og háttsemi sem getur verið vísbending um leynilegt samráð á borð við „verðförgöngu“ (*price leadership*) eða greitt fyrir því, fyrirframtilkynntar verðbreytingar og viðræður um „rétt“ verð, lítinn verðsveigjanleika enda þótt afkastageta sé umfram þörf, verðmismunun og samráð sem átt hefur sér stað áður.
- 1.3.2. *Atriði sem skipta máli um greiningu með tilliti til 3. mgr. 53. gr.*
- 122) Lóðréttir samningar, sem fela í sér takmarkanir, geta einnig örvað samkeppni með því að stuðla að hagræðingu og getur það atriði vegið þyngra en samkeppnishamlandi áhrif slíkra samninga. Mat á því hvort svo er fer fram á grundvelli ákvæðis 3. mgr. 53. gr. sem felur í sér undantekningu frá banninu sem sett er í 1. mgr. 53. gr. Til þess að unnt sé að virkja þá undanþágu verða að vera málefnaleg rök fyrir því að efnahagslegur ávinningur fylgi lóðréttu samningnum, samkeppnishömlurnar verða að vera nauðsynlegar til þess að ná fram hagræðingu, neytendur verða að njóta sanngjarnrar hlutdeildar í hagræðinu sem af hömlunum hlýst og samningurinn má ekki gefa aðilunum færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta viðkomandi vöru<sup>(44)</sup>.
- 123) Mat á samkeppnishamlandi samningum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. fer fram með hliðsjón af því við hvaða aðstæður þeir eru gerðir<sup>(45)</sup> og á grundvelli staðreynda sem fyrir liggja á hverjum tíma. Matið getur breyst ef þær staðreyndir breytast efnislega. Undantekningin, sem kveðið er á um í 3. mgr. 53. gr., gildir meðan skilyrðunum fjórum er fullnægt og hættir að gilda þegar svo er ekki lengur<sup>(46)</sup>. Þegar ákvæði 3. mgr. 53. gr. er beitt samkvæmt þessum meginsjónarmiðum er nauðsynlegt að líta til þess hvaða fjárfestingar hafa farið fram á vegum hvers samningsaðila um sig og hversu langan tíma og hversu miklar hömlur þeir þurfa til að geta komið í notkun og endurheimt fjármuni sem varið er til hagræðingar.
- 124) Samkvæmt fyrsta skilyrði 3. mgr. 53. gr. verður að meta á málefnalegum forsendum hversu mikill ávinningur fylgir hagræðingunni sem samningurinn leiðir til. Hér á það við, eins og lýst er í undirkafla 1.2, að lóðréttir samningar geta oft stuðlað að hagræðingu með því að gera aðilunum kleift að standa betur að samverkandi þáttum í starfsemi sinni.
- 125) Við mat Eftirlitsstofnunar EFTA á því hvort um sé að ræða nauðsynlega ráðstöfun, eins og áskilið er samkvæmt 3. mgr. 53. mgr., verður einkum litið til þess hvort einstakar takmarkanir geri kleift að ná meiri hagkvæmni í framleiðslu, innkaupum og/eða (endur)sölu á samningsvöru en unnt hefði verið hefði viðkomandi takmörkun ekki verið við lýði. Við slíkt mat verður að hafa hliðsjón af markaðsskilyrðum og aðstæðum sem aðilarnir búa við. Ekki er ætlast til þess að fyrirtæki, sem vilja njóta verndar samkvæmt 3. mgr. 53. gr., hugi að öllum hugsanlegum og fræðilegum úrræðum. Þau verða þó að leggja fram skýringar og greinargerð sem sýni hvers vegna önnur úrræði, sem þó má ætla að séu bæði raunhæf og til muna minna samkeppnishamlandi, myndu hafa merkjanlega minni hagræðingu í för með sér. Ef annað úrræði, sem virðist bæði raunhæft í viðskiptalegu tilliti og minna samkeppnishamlandi, hefði í för með sér merkjanlega minni hagræðingu verður litið svo á að takmörkunin, sem um er að ræða, sé nauðsynleg.

<sup>(44)</sup> Sbr. tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA – Leiðbeinandi reglur um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins, samþykktar samkvæmt ákvörðun 123/04/COL (Stjtið. ESB L 208, 6.9.2007, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 42, 6.9.2007, bls. 1).

<sup>(45)</sup> Sjá dóm Evrópudómstólsins í sameinuðum málum 25/84 og 26/84 *Ford*, dómasafn 1985, bls. 2725.

<sup>(46)</sup> Sbr. í þessu tilliti t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar 1999/242/EB (mál nr. IV/36.237 – *TPS*), Stjtið. EB L 90, 2.4.1999, bls. 6. Bann skv. 1. mgr. 53. gr. gildir með líkum hætti aðeins meðan samningurinn hefur það markmið eða þau áhrif að hamla gegn samkeppni.

- 126) Það skilyrði að neytendur verði að njóta sanngjarnrar hlutdeildar í ávinningi af samningnum hefur þær afleiðingar að neytendum vöru, sem keypt er inn og/eða (endur)seld samkvæmt lóðréttu samningnum, verður að minnsta kosti að bæta upp óæskileg áhrif af samningnum<sup>(47)</sup>. Með öðrum orðum verður hagræðið, sem samningurinn leiðir til, að veða að fullu upp óæskileg áhrif sem líklegt er að hann hafi á verð, framleiðslumagn og aðra þætti sem máli kunna að skipta.
- 127) Af síðasta skilyrði 3. mgr. 53. gr., en samkvæmt því má samningurinn ekki gefa aðilunum færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulega stórt hlutfall af viðkomandi vörum, leiðir að fara verður fram greining á því hvort samkeppnisáðhald er fyrir hendi á markaðnum að öðru leyti og hvaða áhrif samningurinn muni hafa á þá samkeppni. Síðasta skilyrði 3. mgr. 53. gr. verður að beita að teknu tilliti til tengslanna milli 53. gr. og 54. gr. Þó að ákvæði 3. mgr. 53. gr. sé beitt getur það samkvæmt viðtekinni dómaframkvæmd ekki hindrað að ákvæði 54. gr. verði beitt<sup>(48)</sup>. Jafnframt er það svo að þar eð bæði 53. og 54. gr. hafa það markmið að viðhalda virkri samkeppni á markaðnum er óhjákvæmilegt, til þess að samkvæmni sé gætt, að túlka ákvæði 3. mgr. 53. gr. þannig að undantekningarreglunni verði ekki beitt gagnvart samkeppnishamlandi samningum sem fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu<sup>(49)</sup>. Lóðrétti samningurinn má ekki verða til þess að öll eiginleg samkeppni leggist af á þann hátt að öllum eða nær keppinautum sem eru eða gætu verið starfandi á markaðnum sé rutt úr vegi. Keppni milli fyrirtækja skiptir höfuðmáli þegar kemur að því að auka hagkvæmni í efnahagslífinu og stuðlar meðal annars að þeirri öflugu hagræðingu sem fylgir nýsköpun. Án hennar hefur fyrirtækið, sem er markaðsráðandi, ekki nægilega sterkan hvata til að leitast áfram við að hagræða og skila ávinningnum af því starfi áfram. Ef engin samkeppni er lengur fyrir hendi og ekki er fyrirsjáanlegt að nýtt fyrirtæki muni sækja inn á markaðinn vegur það sjónarmið að verja keppni milli fyrirtækja og samkeppnisferlið í heild þyngra en hvort hagræðing kemur fram. Ef samkeppnishamlandi samningur verður til þess að viðhalda, byggja upp eða styrkja markaðsstöðu sem nálgast einokun er að jafnaði ekki unnt að réttlæta hann á þeim forsendum að hann leiði einnig til hagræðingar.

## 2. Greining á tilteknum tegundum lóðréttra hamla

- 128) Í þessum síðasta hluta þessara leiðbeinandi reglna eru algengustu tegundir af lóðrétum hömlum og samsetningum þeirra greindar í samræmi við greiningarviðmiðin sem rakin eru í 96.–127. mgr. Til eru ýmsar aðrar tegundir af hömlum og samsetningum sem ekki er fjallað um beint í þessum leiðbeinandi reglum. Með þær verður þó farið í samræmi við sömu megin sjónarmið og með sömu áherslu á markaðsáhrif.

### 2.1. Samningar um að selja aðeins eitt vörumerki

- 129) Samningar teljast snúast um „að selja aðeins eitt vörumerki“ ef meginatriði þeirra er að kaupandi samþykkir skuldbindingu eða hvetjandi ákvæði sem verður til þess að hann beinir pöntunum sínum á tiltekinni vörutegund til eins birgis. Þetta atriði getur m.a. komið fram í því að kaupanda sé gert að taka ekki þátt í samkeppni eða gangast undir magnskilyrði. Samningur um að taka ekki þátt í samkeppni byggist á skuldbindingu eða hvatakerfi sem veldur því að kaupandi fullnægir meira en 80% innkaupaþarfar sinnar á tilteknum markaði með kaupum af aðeins einum birgi. Það felur ekki í sér að kaupandinn megi aðeins kaupa beint af birginum heldur að hann stundi ekki kaup á samkeppnisvöru eða samkeppnisþjónustu til endursölu eða til nota við eigin framleiðslu. Magnskilyrði gagnvart kaupanda eru vægari tegund skuldbindingar til að taka ekki þátt í samkeppni þess eðlis að kaupandi beinir innkaupum sínum að miklu leyti til eins birgis vegna hvata eða skuldbindinga sem hann hefur samið um við birginn. Magnskilyrði geta verið til að mynda krafa um tiltekin lágmarksinnkaup, kröfur sem varða birgðahald eða ólínuleg verðlagning, svo sem afsláttarkerfi sem er bundið tilteknum skilyrðum eða tveggja þátta verðskrá (fast gjald að viðbættu einingarverði). Svonefnt „enskt ákvæði“, sem gerir kaupanda skylt að tilkynna birgi betri tilboð sem honum kunna að berast og meina honum að ganga að slíku tilboði nema birgir

<sup>(47)</sup> Sbr. 85. mgr. tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA – Leiðbeinandi reglur um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins, samþykktar samkvæmt ákvörðun 123/04/COL (Stjtið. ESB L 208, 6.9.2007, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 42, 6.9.2007, bls. 1).

<sup>(48)</sup> Sbr. dóm Evrópudómstólsins í sameinuðum málum C-395/96 P og C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge*, dómasafn 2000, bls. I-1365, 130. mgr. Á sama hátt stendur ákvæði 3. mgr. 53. gr. ekki í vegi fyrir því að beita megi reglum EES-samningsins um frelsi á sviði vöruflutninga, þjónustustarfsemi, farar launþega og fjármagnsflutninga. Þau ákvæði geta við tiltekna aðstæður tekið til samninga, ákvarðana og samstilltra aðgerða í skilningi 1. mgr. 53. gr., sbr. að því leyti dóm Evrópudómstólsins í máli C-309/99 *Wouters*, dómasafn 2002, bls. I-1577, 120. mgr.

<sup>(49)</sup> Sbr. í því tilliti dóm undirréttar EB í máli T-51/89 *Tetra Pak (I)*, dómasafn 1990, bls. II-309. Sbr. einnig 106. mgr. tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA – Leiðbeinandi reglur um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins, samþykktar samkvæmt ákvörðun 123/04/COL (Stjtið. ESB L 208, 6.9.2007, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 42, 6.9.2007, bls. 1).

kjósi að gera honum ekki jafngott tilboð, getur talist hafa sömu áhrif og skuldbinding til að selja aðeins eitt vörumerki, einkum ef kaupandanum er skylt að gefa upp hvaðan betra tilboðið barst.

- 130) Hættan, sem samkeppni getur stafað af samningum um að selja aðeins eitt vörumerki, er fólgin í útilokun samkeppnisbirgja og birgja sem hugsanlega gætu hafið starfsemi á markaðnum, í því að samkeppni veikist og í því að ýtt sé undir leynilegt samráð birgja þegar þeir beita sambærilegum hömlum samhliða, svo og í minni vörumerkjasamkeppni í einni og sömu verslun, ef kaupandinn er smásali sem selur endanlegum neytendum. Takmarkandi þættir af þessu tagi hafa bein áhrif á vörumerkjasamkeppni.
- 131) Samningar um að selja aðeins eitt vörumerki njóta undanþágu samkvæmt hópundanþágu-reglugerðinni að því tilskildu að markaðshlutur birgis og kaupanda hvors um sig sé innan 30% markanna og að gildistími skuldbindingarinnar um að taka ekki þátt í samkeppni takmarkist við fimm ár. Í síðasta hluta þessa undirkafla er að finna leiðbeiningar um hvernig staðið er að mati í einstökum tilvikum þegar markaðshluturinn er ofan þessara viðmiðunarmarkna eða fimm ára tímamörkin eru rofin.
- 132) Skuldbindingar gagnvart einum tilteknum birgi til að selja aðeins eitt vörumerki valda fyrst og fremst hættu á samkeppnishamlandi útilokun þegar þannig stendur svo að án slíkra skuldbindinga væri fyrir hendi verulegt samkeppnisaðhald frá keppinautum sem hafa annaðhvort ekki enn hafið starfsemi á markaðnum um það leyti sem samið er um skuldbindingarnar eða hafa ekki tök á að keppa um að fullnægja allri innkaupþörf viðkomandi viðskiptamanna. Ástæðan fyrir því að keppinautar geta ekki keppt um að fullnægja allri eftirspurn einstaks viðskiptamanns getur verið sú að ekki verði undan því komist að skipta við viðkomandi birgi, að minnsta kosti vegna hluta eftirspurnar á markaðnum, til að mynda vegna þess að vörumerki hans er „óhjákvæmileg hilluvara“ (*must stock item*) sem margir neytendur kjósa umfram aðrar vörur eða vegna þess að afköst annarra birgja eru svo takmörkuð að hluta eftirspurnarinnar verður aðeins fullnægt af viðkomandi birgi<sup>(50)</sup>. Við mat á hugsanlegum samkeppnishamlandi áhrifum skuldbindinga til að selja aðeins eitt vörumerki skiptir þannig höfuðmáli hversu sterka markaðsstöðu birgirnir hafa.
- 133) Ef keppinautar geta keppt á jafnræðisgrundvelli um að fullnægja allri eftirspurn hvers einstaks viðskiptamanns eru að jafnaði litlar líkur á að skuldbindingar gagnvart einum tilteknum birgi til að selja aðeins eitt vörumerki bitni á virkri samkeppni nema þeim sé viðhaldið svo lengi og þær séu svo viðtækar að neytendum reynist erfitt að skipta um birgi. Því stærri sem bundinn markaðshlutur birgisins er, þ.e. það hlutfall markaðshlutarins sem byggist á sölu á grundvelli skuldbindingar til að selja aðeins eitt vörumerki, þeim mun líklegra er að útilokunin hafi viðtæk áhrif. Á svipaðan hátt er þeim mun líklegra að útilokun hafi viðtæk áhrif sem skuldbinding til að selja aðeins eitt vörumerki er lengur í gildi. Yfirleitt er lítið svo á að skuldbindingar til að selja aðeins eitt vörumerki hamli ekki samkeppni merkjanlega og hafi ekki neikvæð áhrif þegar á heildina er lítið ef þær eru til skemmri tíma en eins árs og fyrirtækin, sem að þeim standa, eru ekki markaðsráðandi. Þegar um ræðir skuldbindingar til að selja aðeins eitt vörumerki, sem samið er um til eins til fimm ára við fyrirtæki sem eru ekki markaðsráðandi, er yfirleitt nauðsynlegt að gera viðeigandi ráðstafanir til að ná jafnvægi milli samkeppnishvetjandi og samkeppnishamlandi áhrifa, en flestar tegundir fjárfestinga eru þess eðlis að ekki telst nauðsynlegt að láta skuldbindingar til að selja aðeins eitt vörumerki gilda lengur en í fimm ár til að ná fram yfirlýstri hagræðingu, eða þá að sú hagræðing nægir ekki til að vega upp útilokunaráhrifin sem skuldbindingarnar hafa. Þegar markaðsráðandi fyrirtæki standa að skuldbindingum til að selja aðeins eitt vörumerki eykur það líkurnar á samkeppnishamlandi útilokun.
- 134) Við mat á markaðsstyrk birgisins skiptir miklu máli hversu sterka markaðsstöðu keppinautar hans hafa. Svo fremi sem nægilega mörgum og öflugum keppinautum er til að dreifa er merkjanlegra samkeppnishamlandi áhrifa ekki að vænta. Óverulegar líkur eru á útilokun keppinauta þegar þeir hafa svipaða stöðu á markaðnum og geta boðið álíka álitlegar vörur. Við þær aðstæður getur þó orðið vart útilokunaráhrifa gagnvart hugsanlegum nýliðum á markaðnum þegar ýmsir helstu birgjar gera samninga um að selja aðeins eitt vörumerki við allstóran hóp kaupenda á viðkomandi markaði (uppsöfnun áhrifa). Við þessar sömu aðstæður geta samningar um að selja aðeins eitt vörumerki einnig greitt fyrir leynilegu samráði samkeppnisbirgja. Ef þeir birgjar falla hver um sig undir ákvæði hópundanþágu-reglugerðarinnar getur reynst nauðsynlegt að fella niður hópundan

<sup>(50)</sup> Dómur undirréttar EB í máli T-65/98 *Van den Bergh Foods* gegn *framkvæmdastjórn*, dómásafn 2003, bls. II-4653, 104. og 156. mgr.

þáguna til þess að bregðast við slíkri uppsöfnun óæskilegra áhrifa. Ef bundinn markaðshlutur er minni en 5% er hann almennt ekki talinn stuðla að merkjanlegri uppsöfnun útilokunaráhrifa.

- 135) Þegar þannig stendur á að markaðshlutur stærsta birgisins er minni en 30% og markaðshlutur fimm stærstu birgjanna minni en 50% eru litlar líkur á einstökum samkeppnishamlandi áhrifum eða uppsöfnun slíkra áhrifa. Ef fyrirtæki, sem kynni að vilja ráðast inn á markaðinn, getur ekki gert það á arðbæran hátt við þær aðstæður má að líkindum rekja það til annarra þátta en skuldbindinga til að selja aðeins eitt vörumerki, svo sem þess hvaða vörur neytendum hugnast best.
- 136) Aðgangshindranir skipta miklu máli þegar ákveða þarf hvort samkeppnishamlandi útilokun á sér stað. Hvar sem samkeppnisbirgjar geta tiltölulega auðveldlega fundið nýja kaupendur eða aðra kaupendur að vöru sinni eru líkurnar á umtalsverðum vandkvæðum vegna útilokunar óverulegar. Aðgangshindranir eru þó oft fyrir hendi, bæði á stigi framleiðslu og dreifingar.
- 137) Miklu skiptir hvort mótvægiskaupmáttur er fyrir hendi sökum þess að öflugum kaupendum verður ekki auðveldlega meinaður aðgangur að birgjum sem selja samkeppnisvöru eða -þjónustu. Almennt gildir að til þess að fá viðskiptamenn sína til þess að samþykkja að selja aðeins eitt vörumerki getur birgir þurft að bæta þeim, að fullu eða að hluta til, þá samkeppni sem þeir fara á mis við vegna einkaleyfisákvæðanna. Þegar slíkt er í boði geta einstakir viðskiptamenn haft hagsmunum af því að skuldbinda sig gagnvart birginum til að selja aðeins eitt vörumerki. Rangt væri hins vegar að álykta sjálfkrafa af þessu að þegar litið er á skuldbindingar til að selja aðeins eitt vörumerki í heild séu þær jafnan til hagsbóta fyrir viðskiptamenn á þeim markaði eða fyrir endanlega neytendur. Einkum er ósennilegt að neytendur muni almennt njóta góðs af þeim ef viðskiptamennirnir eru margir og skuldbindingarnar til að selja aðeins eitt vörumerki hafa í heild þau áhrif að koma í veg fyrir að samkeppnisfyrirtæki hefji starfsemi á markaðnum eða færi út kvíarnar.
- 138) Að lokum skiptir nokkru máli hvaða „stig viðskipta“ um er að ræða. Minni líkur eru á útilokun þegar um ræðir millivöru. Þegar birgir, sem selur millivöru, er ekki markaðsráðandi hafa samkeppnisbirgjar hans enn aðgang að allnokkrum hluta heildareftirspurnar sem er ekki bundin. Undir þeim mörkum, sem markaðsráðandi staða miðast við, getur uppsöfnun þó leitt til þess að samkeppnishamlandi útilokunaráhrif komi fram. Litlar líkur eru til að uppsöfnun samkeppnishamlandi áhrifa eigi sér stað svo fremi sem bundni markaðshluturinn er minni en 50%.
- 139) Þegar samningurinn snýst um afhendingu endanlegrar vöru á heildsölustigi ræðst svarið við spurningunni hvort líklegt sé að samkeppnisvandi komi upp að miklu leyti af því hvers eðlis heildsölustarfsemin er svo og aðgangshindrunum á heildsölustiginu. Engin raunveruleg hætta á samkeppnishamlandi útilokun er fyrir hendi ef samkeppnisframleiðendur geta auðveldlega komið á fót eigin heildsölu. Svarið við því hvort aðgangshindranir eru lágar ræðst að hluta af því hvers eðlis heildsölustarfsemin er, þ.e. hvort heildsalar geta náð hagkvæmni í rekstri með því að selja eingöngu vöru sem fellur undir samninginn (t.d. rjómaís) eða hvort hagkvæmara er að selja heila vörulínu (t.d. frosin matvæli). Í síðarnefnda tilvikinu getur framleiðandi, sem selur aðeins eina vöru, ekki aukið hagkvæmni í rekstri sínum með því að setja á stofn eigin heildsölu. Við slíkar aðstæður geta samkeppnishamlandi áhrif komið fram. Við þetta bætist að uppsöfnun áhrifa getur átt sér stað ef nokkrir birgjar binda í sameiningu flesta tiltæka heildsala.
- 140) Að því er endanlegar vörur varðar eru almennt meiri líkur á útilokun á smásölustigi, enda mæta flestir framleiðendur verulegum aðgangshindrunum þegar kemur að því að opna smásölastaði enda þótt þeir hyggist eingöngu selja eigin vörur. Jafnframt er það á smásölustigi sem samningar um að selja aðeins eitt vörumerki geta leitt til minni vörumerkjasmáttar í einni og sömu verslun. Að því er varðar endanlegar vörur geta af þessum sökum komið fram umtalsverð samkeppnishamlandi áhrif á smásölustigi, að teknu tilliti til allra annarra þátta sem máli skipta, ef birgir, sem þó er ekki markaðsráðandi, bindur 30% viðkomandi markaðar eða meira. Eigi markaðsráðandi fyrirtæki í hlut getur jafnvel óveruleg binding markaðshlutar valdað umtalsverðum samkeppnishamlandi áhrifum.

- 141) Uppsöfnun útilokunaráhrifa getur einnig átt sér stað á smásölustigi. Þegar markaðshlutur sérhvers birgis er minni en 30% eru litlar líkur á uppsöfnun samkeppnishamlandi útilokunaráhrifa ef bundinn markaðshlutur er minni en 40% samanlagt og því ólíklegt að hópundanþágan verði felld niður. Hugsanlegt er að miða við hærri tölu þegar tillit er tekið til annarra þátta, svo sem fjölda keppinauta, aðgangshindrana o.s.frv. Ef fyrirtækin hafa ekki öll markaðshlut sem er undir viðmið-unarmörkum hópundanþágureglugerðarinnar en ekkert þeirra er þó markaðsráðandi eru litlar líkur á að uppsöfnun samkeppnishamlandi útilokunaráhrifa eigi sér stað ef bundinn markaðshlutur er minni en 30% samanlagt.
- 142) Ef starfsemi kaupanda fer fram í húsnæði og á lóð sem birgir á eða leigir af þriðja aðila sem er ótengdur kaupanda eru því takmörk sett hvaða ráðstafanir er unnt að gera til að ráða bót á hugsanlegum útilokunaráhrifum með góðum árangri. Ef þannig stendur á er ólíklegt að Eftirlitsstofnun EFTA aðhafist þegar markaðshluturinn er undir mörkunum sem markaðsráðandi staða miðast við.
- 143) Í vissum greinum kann að vera annmörkum háð að selja fleiri en eitt vörumerki á einum og sama sölustað og getur þá reynst auðveldara að ráða bót á útilokunarvanda með því að takmarka hversu lengi samningar mega gilda.
- 144) Ef því hefur verið slegið föstu að merkjanleg samkeppnishamlandi áhrif muni koma fram vaknar spurningin hvort hugsanlegt sé að veita undanþágu samkvæmt 3. mgr. 53. gr. Þegar um er að ræða skuldbindingar til að taka ekki þátt í samkeppni getur einkum skipt máli hagræðing af því tagi sem lýst er í stafl. a) (frifarþegahegðun meðal birgja), d) og e) (pattstöðuvandi) og h) (gloppur á fjármagnsmarkaði).
- 145) Þegar um ræðir hagræðingu af því tagi sem lýst er í 107. mgr., stafl. a), d) og h) getur hugsast að samkeppnishamlandi áhrif yrðu minni ef kaupanda væri í staðinn gert að gangast undir gagnskilyrði. Skuldbinding til að taka ekki þátt í samkeppni kann að vera eina færa leiðin til að ná fram hagræðingu af því tagi sem lýst er í stafl e) í 107. mgr. (pattstöðuvandi í tengslum við framsal verkþekkingar).
- 146) Ef birgir hefur ráðist í fjárfestingu, sem tengist tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega (sbr. stafl. d) í 107. mgr.), telst samningur um að taka ekki þátt í samkeppni eða beita gagnskilyrðum almennt fullnægja skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. ef gildistími hans samsvarar afskriftartíma fjárfestingarinnar. Þegar um er að ræða fjárfestingar, sem tengjast tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega, getur verið réttlæt看legt að láta skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni gilda lengur en í fimm ár. Dæmi um fjárfestingu, sem tengist tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega, er uppsetning eða aðlögun búnaðar af hálfu birgis þegar sá búnaður nýtist í kjölfarið aðeins við framleiðslu íhluta fyrir tiltekinn kaupanda. Fjárfestingar, sem hafa það að markmiði að byggja upp (viðbótar)afkastagetu, hvort sem þær eru almennar eða nýtast aðeins á viðkomandi markaði, eru að jafnaði ekki fjárfestingar sem tengjast tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega. Þegar birgir eykur afkastagetu sína í tengslum við starfsemi tiltekins kaupanda, til dæmis þegar málm dósa-framleiðandi setur upp nýja dósaframleiðslustöð á starfstöð matvælaframleiðanda eða í nágrenni niðursuðuverksmiðju hans, er hins vegar hugsanlegt að slík viðbótarafkastageta sé ekki hagkvæm nema hún sé notuð við framleiðslu fyrir hlutaðeigandi viðskiptamann og er þá lítið svo á að fjárfestingin tengist því viðskiptasambandi sérstaklega.
- 147) Ef birgir lánar kaupanda fé eða útvegar honum búnað, sem tengist ekki sérstaklega viðskiptasambandi þeirra, nægir það eitt og sér yfirleitt ekki til að réttlæta undanþágu vegna ráðstöfunar sem hefur útilokunaráhrif á markaðnum. Ef um er að ræða gloppu á fjármagnsmarkaði getur verið hagkvæmara að lánveitingin fari fram á vegum birgisins, sem selur vöruna, en á vegum banka (sbr. stafl. h) í 107. mgr.). Í slíkum tilvikum ber þó að veita lánið með sem minnstum samkeppnishamlandi skilyrðum, og þannig má að jafnaði ekki koma í veg fyrir að kaupandinn geti sagt sig frá skuldbindingunni og endurgreitt eftirstöðvar lánsins hvenær sem er og án þess að því fylgi viðbótarkostnaður.
- 148) Þegar mikil verkþekking er framseld (sbr. stafl. e) í 107. mgr.) réttlæt看tir það yfirleitt að skuldbinding til að taka ekki þátt í samkeppni sé látin gilda allan gildistíma afhendingarsamningsins, til að mynda í tengslum við sérleyfisveitingu.

149) *Dæmi um skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni*

Fyrirtæki, sem er leiðandi á markaði tiltekins lands á sviði neysluvöru sem telst skyndiákvörðunarvara og hefur 40% markaðshlut selur vörur sínar að mestu leyti (90%) gegnum bundna smásala (bundinn markaðshlutur 36%). Samningarnir skylda smásalana til að kaupa aðeins af þessu fyrirtæki um að minnsta kosti fjögurra ára skeið. Fyrirtækið er sérstaklega vel kynnt á þéttbýlli svæðum, til að mynda í höfuðborg landsins. Keppinautar þess eru 10 að tölu, starfa sumir aðeins á tilteknum stöðum í landinu og hafa allir minni markaðshlut, mest 12%. Þessir 10 keppinautar fullnægja í sameiningu eftirspurn á 10% markaðarins til viðbótar gegnum bundna sölustaði. Markaðurinn einkennist af mikilli sundurgreiningu vörumerkja og vörutegunda. Markaðsleiðandi fyrirtækið selur sterkustu vörumerkin. Það er hið eina sem skipuleggur reglulegar auglýsinga-herferðir á landsvísi. Það sér bundnum smásölum sínum fyrir sérstökum geymsluskápum undir vöru sína.

Þetta leiðir til þess að hugsanlegir nýliðar, svo og þau fyrirtæki önnur sem þegar eru starfandi á markaðnum en selja ekki vörur sínar gegnum bundna sölustaði, eru útilokuð frá alls 46% markaðarins (36% + 10%). Hugsanlegir nýliðar eiga jafnvel enn erfiðara með að hefja starfsemi á þéttbýlustu svæðunum þar sem útilokunin er enn meiri, enda þótt þeir kysu helst að komast inn á markaðinn þar. Við þetta bætist að mikil sundurgreining vörumerkja og vörutegunda og hár kostnaður við að leita aðrar vörur uppi í hlutfalli við verð vörunnar leiðir til þess að lítil vörumerkjasamkeppni verður á sölustöðum með þeim afleiðingum að hagur neytenda er enn frekar fyrir borð borinn. Hugsanleg hagræðingaráhrif af einkakaupasamningum sölustaðanna, sem markaðsleiðandi fyrirtækið telur tengjast minni flutningskostnaði og hugsanlegum pattstöðuvanda vegna geymsluskápanna, eru fremur lítil og vega ekki upp samkeppnishamlandi áhrif þeirra. Hagræðingaráhrifin eru fremur lítil sökum þess að flutningskostnaður ræðst af magninu en ekki einkakaupunum og að geymsluskáparnir útheimta ekki sérstaka verkþekkingu og nýtast ekki aðeins tilteknu vörumerki. Af þessum sökum er ólíklegt að skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt.

150) *Dæmi um magnskilyrði*

Framleiðandi X, sem hefur 40% markaðshlut, selur 80% af vörum sínum samkvæmt samningum sem kveða á um að endursalinn fullnægi að minnsta kosti 75% innkaupaþarfar af þeirri vörutegund með kaupum af X. Á móti leggur X fram fjármuni og búnað á hagstæðu verði. Samningarnir eru til fimm ára og kveða á um endurgreiðslu lánsins með jöfnum afborgunum á þeim tíma. Að fyrstu tveimur árunum liðnum eiga kaupendur þó kost á að segja samningnum upp með sex mánaða fyrirvara ef þeir endurgreiða eftirstöðvar lánsins og leysa búnaðinn til sín á markaðsvirði. Við lok fimm ára tímabilsins verður búnaðurinn eign kaupandans. Flestir samkeppnisframleiðendanna eru smáfyrirtæki; þeir eru alls tólf, markaðshlutur hins stærsta er 20% og þeir gera áþekka samninga til mismunandi langs tíma. Samningar framleiðenda með minni markaðshlut en 10% eru oft til lengri tíma og hafa að geyma minna hagfellda uppsagnarskilmála. Samkvæmt samningum framleiðanda X er heimilt að mæta 25% innkaupaþarfar með kaupum frá keppinautum. Á næstliðnum þremur árum hafa tveir nýir framleiðendur hafið starfsemi og náð til sín 8% markaðshlut samanlagt, að hluta til með því að yfirtaka lán ýmissa endursala gegn því að þeir geri við þá samninga.

Bundinn markaðshlutur framleiðanda X er 24% ( $0,75 \times 0,80 \times 40\%$ ). Bundinn markaðshlutur annarra framleiðenda er um 25%. Hugsanlegir nýliðar, svo og starfandi fyrirtæki sem ráða ekki yfir bundnum sölustöðum, eru því útilokuð frá alls um 49% markaðarins fyrstu tvö ár afgreiðslusamninganna hið minnsta. Ráða má af markaðnum að endursalar eigi oft erfitt með að fá bankalán og að umsvif þeirra séu yfirleitt of lítil til að þeir geti aflað fjár með öðrum aðferðum, til dæmis hlutabréfaútgáfu. Við þetta bætist að framleiðandi X getur sýnt fram á að með því að miða sölustarf sitt fyrst og fremst við fremur lítinn hóp endurseljenda getur hann skipulagt það betur og lækkað flutningskostnað. Með hliðsjón af því að annars vegar næst fram tiltekin hagræðing og að hins vegar er í samningum framleiðanda X kveðið á um að 25% innkaupa séu óbundin, uppsögn samningsins fyrir lok gildistímans er raunhæfur kostur, nýir framleiðendur hafa nýlega hafið starfsemi á markaðnum og hér um bil helmingur endurseljenda er óbundinn er sennilegt að 75% magnskilyrði af hálfu framleiðanda X fullnægi skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr.

## 2.2 *Einkaumboðskerfi*

- 151) Einkaumboðssamningur er fölginn í því að birgjar samþykkir að selja vörur sínar aðeins einum dreifanda til endursölu á tilteknu starfsvæði. Jafnframt eru yfirleitt reistar skordur við virku sölustarfi dreifandans á öðrum (einkauðhlutuðum) starfsvæðum. Hættan, sem samkeppni getur stafað af þessu, er fyrst og fremst fölginn í minni samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis og uppskiptingu markaðarins, sem getur einkum ýtt undir verðmismunun. Ef flestir eða allir birgjar nota einkaumboðskerfi getur það veikt samkeppni og greitt fyrir leynilegu samráði, bæði á stigi birgja og dreifenda. Loks getur einkaumboð orðið til þess að útiloka aðra dreifendur og draga þannig úr samkeppni á því stigi viðskipta.
- 152) Einkaumboðskerfi njóta undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni ef markaðshlutar birgis og kaupanda hvors um sig er innan 30% markanna, jafnvel þótt beitt sé samhliða öðrum löðréttum hömlum sem teljast ekki harkalegar, svo sem skuldbindingu til allt að fimm ára um að taka ekki þátt í samkeppni, magnskilyrði eða einkakaupaákvæði. Tilhögun þar sem saman fara einkaumboðskerfi og umboðsmannakerfi getur því aðeins notið undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni að ekki séu reistar skordur við virku sölustarfi á öðrum markaðssvæðum. Í síðasta hluta þessa undirkafla er að finna leiðbeiningar um hvernig staðið er að mati á einkaumboðskerfum í einstökum tilvikum þegar markaðshlutarinn er ofan 30% viðmiðunarmarkanna.
- 153) Miklu skiptir hversu sterka markaðsstöðu birgirinn og keppinautar hans hafa sökum þess að skert samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis hefur engin vandkvæði í för með sér nema vörumerkjasamkeppni sé einnig takmörkuð. Því sterkari sem staða birgisins er þeim mun alvarlegri augum er það lítið að samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis skerðist. Ef markaðshlutarinn er yfir 30% viðmiðunarmörkum getur það skapað hættu á að samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis skerðist. Til þess að skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt verður að mæta skertri samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis með raunverulegri hagræðingu.
- 154) Staða keppinauta getur skipt máli í tvennum skilningi. Ef öflugir keppinautar eru fyrir hendi þýðir það yfirleitt að vörumerkjasamkeppni er nægileg til að veiga upp minnkandi samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis. Séu keppinautarnir aftur á móti tiltölulega fáir og markaðsstaða þeirra fremur svipuð að því er varðar markaðshlut, afköst og dreifikerfi eykur það hættuna á leynilegu samráði og/eða veikari samkeppni. Ef samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis skerðist getur aukið á þessa hættu, einkum þegar nokkur fjöldi birgja rekur svipuð dreifikerfi. Þegar mörg einkaumboð eru á einni hendi, þ.e. þegar óskyldir birgjar fela sama einkaumboðsmanni að sinna tilteknu starfsvæði, getur það aukið enn frekar hættuna á leynilegu samráði og/eða veikari samkeppni. Ef seljandi fær einkaleyfi til að dreifa tveimur eða fleiri mikilvægum samkeppnisvörum á sama starfsvæði getur það hamlað vörumerkjasamkeppni til muna að því er þau vörumerki varðar. Því stærri sem samanlagður markaðshlutar þeirra vörumerkja er, sem dreift er á vegum einkaumboðsmanna sem selja ýmis merki, þeim mun meiri verður hættan á leynilegu samráði og/eða veikari samkeppni og þeim mun minni verður vörumerkjasamkeppnin. Ef smásali hefur einkaumboð fyrir ýmis vörumerki getur það haft þá afleiðingu að lækki einn framleiðandi heildsöluverð á sínu merki er einkaumboðsmaðurinn tregur til að láta verðlækkunina ganga áfram til endanlegra neytenda, enda yrði það til að minnka sölu og hagnað af hinum merkjunum. Við slíkar aðstæður hafa framleiðendur því minni hag af því að stunda verðsamkeppni sín í milli en þegar einkaumboðin er ekki á einni hendi. Þegar aðstæður einkennast af slíkri uppsöfnun áhrifa getur það verið næg ástæða til að fella niður vernd samkvæmt hópundanþágureglugerðinni enda þótt markaðshlutar bæði birgja og kaupanda sé undir viðmiðunarmörkum hópundanþágureglugerðarinnar.
- 155) Aðgangshindranir, sem geta hamlað því að birgjar fjölgi dreifendum eða finni sér nýja dreifendur, skipta minna máli um mat á hugsanlegum samkeppnishamlandi áhrifum einkaumboðskerfis. Aðrir birgjar eru ekki útilokaðir svo fremi sem ekki fara saman einkaumboðskerfi og samningur um að selja aðeins eitt vörumerki.
- 156) Útilokun annarra dreifenda er ekki áhyggjuefni ef birgirinn, sem starfrækir einkaumboðskerfið, felur mörgum einkaumboðsmönnum að starfa á sama markaði og meinar þeim ekki að selja til annarra dreifenda sem hafa ekki verið skipaðir einkaumboðsmenn. Útilokun annarra dreifenda

getur þó orðið áhyggjuefni ef frálíggjandi markaður einkennist af kaupandastyrk og markaðsstyrk, einkum á mjög stórum starfsvæðum þar sem einkaumboðsmaðurinn verður eini kaupandinn á heilum markaði. Dæmi um þetta gæti verið stórmarkaðskeðja sem verður eini dreifandi leiðandi vörumerkis á smásölumarkaði fyrir matvöru í tilteknu landi. Það getur gert útilokun annarra dreifenda alvarlegri ef mörg einkaumboð eru á einni og sömu hendi.

- 157) Kaupandastyrkur getur einnig aukið hættuna á leynilegu samráði kaupenda þegar öflugir kaupendur, sem jafnvel eru starfandi á mismunandi markaðssvæðum, þvinga fram samninga um einkaumboð við einn eða fleiri dreifendur.
- 158) Miklu skiptir hversu þroskaður markaðurinn er, enda getur skerðing á samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis og verðmismunun verið alvarlegt vandamál á þroskuðum markaði en haft minna að segja á markaði þar sem eftirspurn fer vaxandi, tækni tekur breytingum og markaðsstaða er breytileg.
- 159) Miklu skiptir hvaða stig viðskipta um er að ræða þar eð hugsanleg óæskileg áhrif geta verið mismunandi á heildsölustigi og smásölustigi. Einkaumboðskerfi eru helst notuð í tengslum við dreifingu á endanlegum vörum og þjónustu. Mestar líkur eru á að samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis á smásölustigi skerðist ef starfsvæðin eru jafnframt stór, enda eiga endanlegir neytendur þá vart kost á að velja milli dreifanda sem býður hátt verð/mikla þjónustu og dreifanda sem býður lágt verð/litla þjónustu þegar þeir hyggjast kaupa mikilvægt vörumerki.
- 160) Ef framleiðandi felur heildsala einkaumboð fyrir vörur sínar er starfsvæðið, sem um ræðir, venjulega tiltölulega stórt, til að mynda heilt ESB-ríki eða EFTA-ríki. Svo fremi sem heildsalanum er heimilt að selja vörurnar án takmarkana til smásala á frálíggjandi markaði eru líkurnar á merkjanlegum samkeppnishamlandi áhrifum litlar. Ef samkeppni um sölu á einu og sama vörumerki skerðist á heildsölustigi verður það auðveldlega bætt með hagræðingu á sviði vörustjórnunar, söluhvetjandi starfsemi o.s.frv., einkum ef starfsemi framleiðandans fer fram í öðru landi. Hugsanleg áhætta af því að mörg einkaumboð séu á einni hendi er aftur á móti meiri á stigi heildsölu en smásölu með tilliti til vörumerkjasamkeppni. Ef einn heildsali gerist einkaumboðsmaður allmargra birgja veldur það ekki aðeins hættu á minni samkeppni milli viðkomandi vörumerkja, heldur einnig hættu á að útilokunarhrif komi fram á heildsölustigi.
- 161) Eins og fram kemur í 155. mgr. eru aðrir birgjar ekki útilokaðir svo fremi sem ekki fara saman einkaumboðskerfi og samningur um að selja aðeins eitt vörumerki. En jafnvel þótt saman fari einkaumboðskerfi og slíkur samningur eru einnig litlar líkur á útilokun annarra birgja, nema hugsanlega þegar samningurinn um að selja aðeins eitt vörumerki tekur til þétts nets einkaumboðsmanna sem starfa á litlu starfsvæði hver um sig, svo og þegar uppsöfnun áhrifa á sér stað. Í slíkum tilvikum getur reynst nauðsynlegt að beita þeim reglum um samninga um að selja aðeins eitt vörumerki sem fram koma í undirkafla 2.1. Þegar sameinað kerfi einkaumboðs og samnings um að selja aðeins eitt vörumerki veldur ekki merkjanlegri útilokun getur það aftur á móti haft samkeppnishvetjandi áhrif með því að hvetja einkaumboðsmanninn til að einbeita sér að vörumerkinu sem um ræðir. Svo fremi sem slík útilokunarhrif koma ekki fram er vel hugsanlegt að sameinað kerfi einkaumboðs og skuldbindingar til að taka ekki þátt í samkeppni fullnægi skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. allan samningstímann, einkum á heildsölustigi.
- 162) Ef saman fara einkaumboðskerfi og einkakaupaákvæði eykur það með tilliti til samkeppni hættuna á að minni samkeppni verði um sölu eins og sama vörumerkis og á uppskiptingu markaðarins, en það getur einkum ýtt undir verðmismunun. Einkaumboðskerfi skerðir eitt og sér svigrúm viðskiptamanna til að nýta sér verðmismun á markaðnum, enda takmarkar það hversu margir dreifendurnir geta orðið og heftir yfirleitt einnig frelsi þeirra til að stunda virkt sölustarf. Einkakaupaákvæði, sem skylda einkaumboðsmenn til að kaupa viðkomandi vörumerki inn beint af framleiðanda, hindra jafnframt verðmunarviðskipti einkaumboðsmannanna, þar sem þeim er meinað að kaupa af öðrum dreifendum í kerfinu. Afleiðingin er sú að birgirinn öðlast meira svigrúm til að minnka samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis með því að setja mismunandi skilyrði fyrir sölu þess, og hagsmunir neytenda þannig fyrir borð bornir, nema því aðeins að samhliða beiting þessara ákvæða leiði til hagræðingar sem gerir það að verkum að allir endanlegir neytendur greiða lægra verð.



- 163) Eðli vörunnar vegur ekki mjög þungt í tengslum við mat á hugsanlegum samkeppnishamlandi áhrifum einkaumboðskerfa. Aftur á móti skiptir hún máli um mat á hugsanlegri hagræðingu, þ.e. eftir að sýnt hefur verið fram á að merkjanleg samkeppnishamlandi áhrif komi fram.
- 164) Einkaumboðskerfi getur leitt til hagræðingar, einkum þegar þannig stendur á að dreifendur verða að leggja fram fjármuni til að vernda eða byggja upp ímynd vörumerkisins. Rökin fyrir því að hagræðing muni nást fram eru að jafnaði sterkust þegar um er að ræða nýjar vörur, flóknar vörur og vörur sem eru þess eðlis að erfitt er að meta eiginleika þeirra fyrir neyslu (svokallaðar „reynsluvörur“) eða jafnvel eftir neyslu (svokallaðar „traustsvörur“). Við þetta bætist að einkaumboðskerfi getur lækkað kostnað af vörustjórnun vegna stærðarhagræðis sem næst fram á sviði flutninga og dreifingar.
- 165) *Dæmi um einkaumboðskerfi á heildsölustigi*

Á markaði fyrir tiltekna varanlega neytendavöru er A markaðsleiðandi. A selur vöru sína gegnum heildsala með einkaumboð. Starfsvæði heildsalanna svara til heilla ríkja þegar um ræðir lítil aðildarríki ESB eða EFTA, en til héraða þegar um ræðir stærri aðildarríki ESB eða EFTA. Þessir einkaumboðsmenn hafa með höndum sölu til allra smásala á sínu starfsvæði. Þeir selja ekki til endanlegra neytenda. Heildsalarnir taka að sér kynningu vörunnar á mörkuðum sínum og kosta meðal annars viðburði á hverjum stað í því skyni, en sjá einnig um að útskýra og kynna nýjar vörur fyrir smásölum á starfsvæðum sínum. Tækni- og vörunýjungar þróast nokkuð ört á þessum markaði og þjónusta við smásala og endanlega neytendur fyrir sölu hefur mikið að segja. Heildsölunum er ekki skylt að fullnægja allri innkaupaþörf sinni af vörumerki birgis A með kaupum beint af framleiðanda og heildsalar og smásalar geta stundað verðmunarviðskipti vegna þess að flutningskostnaður er tiltölulega lítill í hlutfalli við verðmæti vörunnar. Engin skuldbinding til að taka ekki þátt í samkeppni hvílir á heildsölunum. Smásalar selja einnig ýmis vörumerki samkeppnisbirgja og engir einkaumboðs- eða umboðsmannasamningar eru í gildi á smásölustigi. A ræður hér um bil 50% markaðar sölu til heildsala í Evrópusambandinu. Hlutur hans á smásölu-markaði í hverju landi er á bilinu 40–60%. A á í samkeppni við 6–10 aðila á hverjum landsmarkaði. B, C og D eru stærstu keppinautarnir og starfa einnig á hverjum landsmarkaði, og er markaðshlutur þeirra þar allt frá 20% niður í 5%. Aðrir framleiðendur starfa á einstökum landsmörkuðum og markaðshlutir þeirra eru minni. B, C og D notast við svipuð dreifikerfi, en framleiðendur á einstökum landsmörkuðum selja vörur sínar fremur beint til smásala.

Á heildsölumarkaðnum, sem lýst er í þessu dæmi, er lítil hætta á að samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis skerðist og verðmismunun er lítil. Verðmunarviðskipti geta farið fram og lítil samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis vegur ekki þungt á heildsölustigi. Á smásölustiginu eru hvorki reistar skorður við samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis né vörumerkjasamkeppni. Þá hefur einkaumboðstilhögun á heildsölustiginu lítil sem engin áhrif vörumerkjasamkeppni. Af þessum sökum er líklegt, jafnvel þótt samkeppnishamlandi áhrifa gæti, að skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt.

- 166) *Dæmi um að mörg einkaumboð séu á einni hendi á fäkeppnismarkaði*

Á landsmarkaði fyrir endanlega vöru eru fjögur fyrirtæki markaðsleiðandi og hefur hvert um sig um 20% markaðshlut. Þessi fjögur markaðsleiðandi fyrirtæki selja vöru sína gegnum einkaumboðsmenn á smásölustigi. Smásalar fá úthlutað einkaumboðssvæði sem svara til bæjarins þar sem þeir starfa eða bæjarhverfi ef um stærri þéttbýlisstað er að ræða. Á flestum starfsvæðunum háttar svo til að markaðsleiðandi fyrirtækin fjögur hafa skipað sama einkaumboðsmásala („mörg umboð á einni hendi“); hann er þá oft staðsettur miðsvæðis og býr yfir nokkurri sérhæfingu í vörunni. Smáir staðbundnir framleiðendur skipta á milli sín þeim 20% sem eftir eru og er markaðshlutur þess stærsta 5% af landsmarkaðnum. Þessir staðbundnu framleiðendur selja vörur sínar yfirleitt gegnum aðra smásala, fyrst og fremst vegna þess að einkaumboðsmenn fjögurra stærstu birgjanna hafa almennt lítinn áhuga á að selja minna þekkt og ódýrari vörumerki. Markaðurinn einkennist af mikilli sundurgreiningu vörumerkja og vörutegunda. Markaðsleiðandi fyrirtækin fjögur standa að miklum auglýsingaherferðum á landsvísu og hafa sterka vörumerkisímynd en jaðarframleiðendurnir auglýsa vörur sínar ekki á landsvísu. Markaðurinn er fremur þroskaður, eftirspurn stöðug og engra umtalsverðra vöru- eða tækninýjunga verður vart. Varan er tiltölulega einföld.

Á fákeppnismarkaði af þessu tagi er hættá á að markaðsleiðandi fyrirtækin fjögur hafi með sér leynilegt samráð. Sú hættá eykst þegar mörg einkaumboð eru á einni hendi. Afmörkun einkaumboðssvæða skerðir samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis. Samkeppni milli stóru vörumerkjanna fjögurra er takmörkuð á smásölustigi þar eð einn smásali ákveður verð allra fjögurra merkjanna á hverju starfsvæði. Þegar mörg einkaumboð eru á einni hendi er afleiðingin sú að lækki einn framleiðandi verð á sínu vörumerki er smásalinn tregur til að láta verðlækkunina ganga áfram til endanlegra neytenda, enda yrði það til að minnka sölu og hagnað af hinum merkjunum. Framleiðendur hafa því minni hag af því að stunda verðsamkeppni sín í milli. Vörumerkjasamkeppni á sér fyrst og fremst stað í tengslum við vörur jaðarframleiðendanna sem hafa lakari vörumerkisímynd. Hugsanleg rök fyrir því að ná megi fram hagræðingu með því að nota (sameiginlega) einkaumboðsmenn eru fremur veik þar sem varan er tiltölulega einföld, endursala krefst ekki sérstakra fjárfestinga eða þjálfunar og framleiðendur sjá að mestu um auglýsingar.

Jafnvel þótt markaðshlutur allra markaðsleiðandi fyrirtækjanna sé undir viðmiðunarmörkunum er hugsanlegt að skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé ekki fullnægt og því sé nauðsynlegt að fella niður hópundanþágu vegna samninga sem gerðir hafa verið við dreifendur sem hafa minni markaðshlut en sem nemur 30% af innkaupamarkaðnum.

167) *Dæmi um einkaumboðskerfi sem starfrækt er samhliða einkakaupakerfi*

Framleiðandi A er markaðsleiðandi á Evrópumarkaði fyrir tiltekna fyrirferðarmikla varanlega neysluvöru og er markaðshlutur hans á bilinu 40–60% á smásöllumarkaði flestra ríkjanna. Í þeim aðildarríkjum ESB eða EFTA þar sem markaðshlutur fyrirtækisins er stór eru keppinautarnir færri og markaðshlutur þeirra miklu minni. Keppinautarnir starfa aðeins á einum eða tveimur landsmörkuðum hver um sig. A hefur þá langtímastefnu að selja vöru sína einkaumboðsmönnum á smásölustigi gegnum dótturfélög í einstökum löndum, og er umboðsmönnum óheimilt að stunda virkt sölustarf hver á annars starfsvæði. Þetta skapar dreifendunum hvata til að kynna vöruna og veita þjónustu fyrir sölu. Fyrir skömmu hefur smásöllumum jafnframt verið gert skylt að kaupa vörur framleiðanda A eingöngu af dótturfélagi framleiðanda A í viðkomandi landi. Smásalarnir, sem selja vörumerki framleiðanda A, eru helstu endurseljendur þeirrar vörutegundar á sínu starfsvæði. Þeir annast sölu á samkeppnismarkkjum en sinna henni mismunandi vel og ná mismiklum árangri. Eftir að einkakaupakerfi var tekið upp verðleggur A vöruna þannig að 10–15% verðmunur er á mörkuðum og hæsta verðið tekið á mörkuðum þar sem samkeppni er minnst. Markaðirnir eru tiltölulega stöðugir að því er varðar framboð og eftirspurn, og engar marktækar tæknibreytingar eiga sér stað.

Á mörkuðunum þar sem verðið er hæst stafar skert samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis ekki aðeins af afmörkun einkaumboðssvæða á smásölustigi heldur eykur einkakaupaskuldbinding smásalanna einnig þá samkeppnisskerðingu. Einkakaupaskuldbindingin stuðlar að aðgreiningu markaða og starfsvæða með því að koma í veg fyrir að einkaumboðsmenn, helstu endurseljendur þessarar vörutegundar, geti stundað verðmunarviðskipti sín í milli. Einkaumboðsmönnum er einnig óheimilt að stunda virkt sölustarf hver á annars starfsvæði og raunar forðast þeir að afhenda vörur utan eigin starfsvæðis. Afleiðingin er sú að verðmismunun getur átt sér stað án þess að það leiði til merkjanlegrar söluaukningar í heild. Verðmunarviðskipti neytenda eða sjálfstæðra seljenda takmarkast af fyrirferð vörunnar.

Enda þótt sannfærandi rök kunni að vera fyrir því að skipun einkaumboðsmanna geti leitt til hagræðingar, einkum vegna þess hvata sem það skapar smásöllum, er ólíklegt að hugsanleg hagræðing af því að starfrækja einkaumboðskerfi sem tengt er einkakaupasamningi, og þá einkum hugsanleg hagræðing af því að nota einkakaupakerfi, sem tengist fyrst og fremst stærðarhagræði sem næst fram á sviði flutninga, geti vegið upp óæskileg áhrif af verðmismunun og skertri samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis. Af þessum sökum er ólíklegt að skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt.

2.3. *Einkaréttur til að selja tilteknum viðskiptamannahópi*

- 168) Samningur um einkarétt til að selja tilteknum viðskiptamannahópi byggist á því að birgir samþykkir að selja vörur sínar eingöngu einum dreifanda til endursölu til ákveðins viðskipta-

mannahóps. Jafnframt eru yfirleitt reistar skorður við virku sölustarfi dreifandans gagnvart öðrum viðskiptamannahópum (sem einkarétti hefur verið úthlutað á). Í hópundanþágureglugerðinni kemur ekki fram hvernig skilgreina skuli viðskiptamannahóp með tilliti til einkaréttar á sölu; slíkan hóp mætti til að mynda skilgreina með vísan til starfsgreinar viðskiptamanna, en einnig gæti verið um að ræða skrá um viðskiptamenn sem valdir væru samkvæmt hlutlægum viðmiðum, einu eða fleiri. Hættan, sem samkeppni getur stafað af þessu, er fyrst og fremst fölginn í minni samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis og uppskiptingu markaðarins, sem getur einkum ýtt undir verðmismunun. Ef flestir eða allir birgjar úthluta einkarétti til að selja tilteknum viðskiptamannahópum getur það veikt samkeppni og greitt fyrir leynilegu samráði, bæði á stigi birgja og dreifenda. Loks getur úthlutun einkaréttar til að selja tilteknum viðskiptamannahópum orðið til þess að útiloka aðra dreifendur og draga þannig úr samkeppni á því stigi viðskipta.

- 169) Einkaréttur til að selja tilteknum viðskiptamannahópi nýtur undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni ef markaðshlutur birgis og kaupanda hvors um sig er innan 30% markanna, jafnvel þótt beitt sé samhlíða öðrum lóðréttum hömlum sem teljast ekki harkalegar, svo sem skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni, magnskilyrðum eða einkakaupaákvæði. Þegar saman fara einkaréttur til að selja tilteknum viðskiptamannahópi og umboðsmannakerfi telst slíkt yfirleitt harkaleg takmörkun þar eð umboðsmennirnir hafa ekki frjálssar hendur að því er varðar virkt sölustarf gagnvart endanlegum neytendum. Þegar markaðshluturinn er yfir 30% viðmiðunarmarkna gilda leiðbeiningar samkvæmt 151.–167. mgr. einnig um mat á einkarétti til að selja tilteknum viðskiptamannahópi, sbr. þó sértækar athugasemdir í síðasta hluta þessa undirkafla.
- 170) Úthlutun réttar til að selja tilteknum hópi gerir viðskiptamönnum yfirleitt erfiðara um vik að nýta sér verðmismun á markaðnum. Við þetta bætist að þar eð sérhver umboðsmaður hefur sinn eigin viðskiptamannahóp getur öðrum dreifendum, sem hafa ekki aðgang að slíkum hópi, reynt erfitt að fá vöruna afhenta. Þetta þrengir möguleika dreifenda, sem eru ekki umboðsmenn, til að stunda verðmunarviðskipti.
- 171) Úthlutun einkaréttar til að selja tilteknum viðskiptamannahópi er beitt fyrst og fremst í tengslum við millivörur, svo og á heildsölustigi þegar um endanlegar vörur er að ræða, enda er þar unnt að greina milli viðskiptamannahópa eftir því hvaða kröfur þeir gera til vörunnar.
- 172) Einkarétti til að selja tilteknum viðskiptamannahópi getur fylgt hagræðing, einkum ef dreifendur verða að leggja fram fjármuni svo sem vegna öflunar sérstaks búnaðar, kunnáttu eða verkþekkingar til þess að geta sinnt þörfum viðskiptamannahópsins sem þeim hefur verið úthlutað. Afskriftartími slíkra fjárfestinga er vísbending um hversu lengi réttlætlanlegt er að einkaréttur til að selja viðkomandi viðskiptamannahópi gildi. Yfirleitt eru rökin fyrir einkarétti af þessu tagi sterkust þegar um nýjar eða flóknar vörur er að ræða svo og vörur sem nauðsynlegt er að laga að þörfum einstakra viðskiptamanna. Líklegast er að benda megi á sérþarfir í tengslum við millivörur, þ.e. vörur sem eru seldar fagkaupendum af ýmsu tagi. Ósennilegt er að einkaréttur til að selja tilteknum hópi endanlega neytenda hafi nokkra hagræðingu í för með sér.
- 173) *Dæmi um einkarétt til að selja tilteknum viðskiptamannahópi*
- Fyrirtæki eitt hefur sett á markað háþróað úðakerfi. Fyrirtækið hefur nú 40% hlut á markaði fyrir úðakerfi. Þegar sala háþróaða úðakerfisins hófst var markaðshlutur eldri vöru fyrirtækisins 20%. Uppsetning nýja úðakerfisins er háð gerð húsnæðisins sem um ræðir svo og hvernig það er notað (skrifstofur, efnaverksmiðja, sjúkrahús o.s.frv.). Fyrirtækið hefur falið nokkrum dreifendum að selja og setja upp úðakerfið. Hver dreifandi hefur þurft að þjálfa starfsfólk sitt í samræmi við almennar og sértækar kröfur að því er varðar uppsetningu úðakerfisins fyrir sérstakan viðskiptamannahóp. Til þess að tryggja sérhæfingu dreifendanna úthlutaði fyrirtækið hverjum þeirra einkarétti til að selja tilteknum viðskiptamannahópi og bannaði þeim hverjum og einum að stunda virkt sölustarf gagnvart viðskiptamannahópi annarra dreifenda. Að fimm árum liðnum verður öllum einkaréttardreifendum heimilt að stunda virkt sölustarf gagnvart öllum hópum viðskiptamanna og þar með verður kerfi einkaréttar til að selja tilteknum viðskiptamannahópum aflagt. Birgirnir getur þá einnig hafið sölu til nýrra dreifenda. Markaðurinn er fremur kvikur; tvö fyrirtæki hafa nýlega hafið starfsemi og ýmsar tækninýjungar komið fram. Keppinautar fyrirtækisins, en markaðshlutur þeirra er frá 25% og allt niður í 5%, vinna einnig að því að endurbæta vörur sínar.

Sökum þess að einkaréttinum er úthlutað aðeins til ákveðins tíma og að hann eykur líkurnar á að dreifendurnir geti endurheimt útlagðan kostnað vegna fjárfestinganna og einbeitt sér í upphafi að sölu til sérstaks viðskiptamannahóps til þess að öðlast þekkingu á viðskiptunum, og þar eð ætla má að á kvikum markaði séu hugsanleg samkeppnishamlandi áhrif fremur lítil, er líklegt að skilvörðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt.

#### 2.4. Umboðsmannakerfi

- 174) Umboðsmannasamningar og einkaumboðssamningar eiga það sameiginlegt að takmarka annars vegar hversu margir viðurkenndir dreifendur eru starfandi og hins vegar hvaða svigrúm þeir hafa til endursölu. Munurinn liggur í því að það sem takmarkar hversu margir seljendurnir geta orðið er ekki fjöldi starfsvæðanna heldur tiltekin valviðmið sem tengjast fyrst og fremst eðli vörunnar. Annar munur frá því sem er í einkaumboðskerfi er að hömlur eru ekki lagðar á endursölu með því að reisa skordur við virku sölustarfi á tilteknu starfsvæði heldur með því að takmarka hvers kyns sölu til dreifenda utan kerfisins, með þeim afleiðingum að einu kaupendurnir, sem heimilt er að selja til, eru umboðsmenn og endanlegir neytendur. Umboðsmannakerfi er nær alltaf notað í tengslum við dreifingu endanlegrar merkjavöru.
- 175) Hættan, sem samkeppni getur stafað af þessu, er að minni samkeppni verði um sölu eins og sama vörumerkis svo og, einkum þegar uppsöfnun áhrifa á sér stað, að tiltekinn hópur eða tilteknir hópar dreifenda verði útilokaðir og ýtt verði undir leyndilegt samráð birgja eða kaupenda. Við mat á því hvaða samkeppnishamlandi áhrif umboðsmannakerfi getur hugsanlega haft með tilliti til ákvæðis 1. mgr. 53. gr. verður að greina á milli kerfa þar sem hrein gæðaviðmið ráða vali umboðsmanna og kerfa þar sem fjöldaviðmið ráða valinu. Í kerfi þar sem hrein gæðaviðmið ráða vali umboðsmanna eru seljendur aðeins valdir samkvæmt hlutlægum viðmiðum sem ráðast af eðli vörunnar og til að mynda litið til þjálfunar sölumanna, þjónustu á sölustað, að tiltekið vöruúrval sé í boði o.s.frv. <sup>(51)</sup>. Þó að slík viðmið séu notuð takmarkar það ekki með beinum hætti hversu margir seljendurnir geta orðið. Kerfi þar sem hrein gæðaviðmið ráða vali umboðsmanna eru yfirleitt talin falla utan ákvæðis 1. mgr. 53. gr. vegna þess að samkeppnishamlandi áhrif þykja ekki vera fyrir hendi, enda sé þremur skilyrðum fullnægt. Í fyrsta lagi verður varan að vera þess eðlis að umboðsmannakerfi sé nauðsynlegt, í þeim skilningi að með hliðsjón af eðli vörunnar sé réttmætt að áskilja notkun þess til þess að tryggja vörugæði og rétta notkun. Í öðru lagi verður að velja endurseljendur í samræmi við hlutlæg gæðaviðmið sem eru ákveðin hin sömu gagnvart öllum hugsanlegum endurseljendum og þeir geta allir nýtt sér, þannig að engum sé mismunað við beitingu þeirra. Í þriðja lagi mega viðmiðin, sem ákveðið er að nota, ekki vera strangari en nauðsyn krefur <sup>(52)</sup>. Í umboðsmannakerfum þar sem fjöldaviðmið ráða vali umboðsmanna eru að auki notuð viðmið sem takmarka á beinni hátt hversu margir seljendurnir geta hugsanlega orðið, til að mynda með því að áskilja að virt sé tiltekið lágmark eða hámark að því er varðar seldu vöru, ákveða nákvæmlega hversu margir seljendurnir eiga að vera o.s.frv.
- 176) Umboðsmannakerfi njóta undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni, hvort sem þau byggjast á gæðaviðmiðum eða fjöldaviðmiðum, svo fremi sem markaðshlutur birgis og kaupanda hvors um sig er innan 30% markanna, jafnvel þótt beitt sé samhliða öðrum lóðréttum hömlum sem teljast ekki harkalegar, svo sem skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni eða einkaumboðssamningi, að því tilskildu að hömlur séu ekki settar við því að umboðsmennirnir stundi virkt sölustarf hver gagnvart öðrum og gagnvart endanlegum notendum. Umboðsmannakerfi njóta undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni óháð því hvers eðlis varan er og hvers konar valviðmið eru notuð. Þegar varan hefur aftur á móti eiginleika <sup>(53)</sup> sem valda því að umboðsmannakerfi er ekki nauðsynlegt eða viðmiðin, sem notuð eru, eru ekki nauðsynleg, til að mynda sú krafa að dreifendur verði að starfrækja söluhúsnæði á að minnsta kosti einum stað eða veita tiltekna þjónustu, eru hagræðingaráhrifin af slíku dreifikerfi yfirleitt ekki nægilega mikil til að vega upp hversu miklu minni samkeppnin verður um sölu eins og sama vörumerkis. Ef merkjanleg samkeppnishamlandi áhrif koma fram er líklegt að vernd samkvæmt hópundanþágu

<sup>(51)</sup> Sbr. til dæmis dóm undirréttar EB í máli T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc* gegn *frankvæmdastjórn*, dómasafn 1996, bls. II-1961.

<sup>(52)</sup> Sbr. dóma Evrópudómstólsins í máli 31/80 *L'Oréal* gegn *PVBA*, dómasafn 1980, bls. 3775, 15. og 16. mgr., máli 26/76 *Metro I*, dómasafn 1977, bls. 1875, 20. og 21. mgr., í máli 107/82 *AEG*, dómasafn 1983, bls. 3151, 35. mgr., og dóm undirréttar EB í máli T-19/91 *Vichy* gegn *frankvæmdastjórn*, dómasafn 1992, bls. II-415, 65. mgr.

<sup>(53)</sup> Sbr. til dæmis dóma undirréttar EB í máli T-19/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc* gegn *frankvæmdastjórn*, dómasafn 1996, bls. II-1851, 112.–123. mgr., og máli T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc* gegn *frankvæmdastjórn*, dómasafn 1996, bls. II-1961, 106.–117. mgr., og dómafrankvæmdina sem vísað er til í undanfarandi neðanmálsgrein.

reglugerðinni verði felld niður. Þessu til viðbótar hefur síðasti hluti þessa undirkafla að geyma leiðbeiningar um hvernig staðið er að mati á umboðsmannakerfum í einstökum tilvikum sem hópundanþágureglugerðin tekur ekki til og þegar uppsöfnun áhrifa á sér stað vegna þess að eitt eða fleiri umboðsmannakerfi eru starfrækt samhliða.

- 177) Við mat á hugsanlegum samkeppnishamlandi áhrifum skiptir höfuðmáli hversu sterka markaðsstöðu birgirnir og keppinautar hans hafa þar sem skert samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis leiðir ekki til vandkvæða nema vörumerkjasamkeppni sé einnig lítil. Því sterkari sem staða birgisins er þeim mun meiri vandkvæði fylgja því að samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis skerðist. Annað mikilvægt atriði er hversu mörg umboðsmannakerfi eru starfrækt á einum og sama markaði. Þegar aðeins einn birgir á markaðnum starfrækir umboðsmannakerfi hefur umboðsmannakerfi, sem byggist á fjöldaviðmiðum, yfirleitt ekki neikvæð áhrif þegar á heildina er litið, að því tilskildu að samningsvörurnar séu þess eðlis að nauðsynlegt sé að starfrækja umboðsmannakerfi og að valviðmiðin, sem notuð eru, séu nauðsynleg til að tryggja hagkvæmni í dreifingu á viðkomandi vörum. Reyndin virðist þó vera sú að á hverjum tilteknum markaði starfræki ýmsir birgjar umboðsmannakerfi.
- 178) Staða keppinauta getur haft þýðingu á tvennan hátt og skiptir einkum máli þegar uppsöfnun áhrifa á sér stað. Séu keppinautar sterkir er vörumerkjasamkeppni yfirleitt nægileg til að veða auðveldlega upp skerta samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis. Ef flestir helstu birgjar starfrækja aftur á móti umboðsmannakerfi skerðir það samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis verulega og útilokar hugsanlega vissa hópa dreifenda frá markaðnum, auk þess sem aukin hættan er á leynilegu samráði þessara helstu birgja. Hættan á útilokun dreifenda, sem náð hafa meiri hagkvæmni í rekstri, hefur alltaf verið meiri í umboðsmannakerfum en í einkaumboðskerfum vegna þess skilyrðis að ekki megi selja til annarra en umboðsmanna. Þeirri takmörkun er ætlað að gera umboðsmannakerfi þannig úr garði að þau séu ekki opin öllum, og á þann hátt er öðrum en umboðsmönnum gert ókleift að stunda innkaup á vörinni. Umboðsmannakerfi hentar þannig einkar vel til að koma í veg fyrir að þrýstingur sé á álagningu framleiðandans, svo og álagningu viðurkenndu seljendanna, frá afsláttarfyrirtækjum (hvort sem þau starfrækja sölustaði eða selja vörur aðeins á netinu). Þegar útilokað er að notast við dreifingarhætti af þessum toga, hvort sem ástæðan er uppsöfnunaráhrif af starfrækslu margra umboðsmannakerfa eða starfræksla slíks kerfis á vegum eins birgis með stærri markaðshluta en 30%, þrengir það möguleika neytenda á að njóta ávinningsins af slíkum dreifingaraðferðum, svo sem lægra verðs, meira gagnsæis og auðveldara aðgengis.
- 179) Þegar þannig stendur á að einstök umboðsmannakerfi falla hvert um sig undir ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar kemur til greina að fella hópundanþáguna niður eða gera hana óvirka þegar uppsöfnun áhrifa á sér stað. Aftur á móti eru lítlar líkur á vandkvæðum vegna uppsöfnunar áhrifa þegar umboðsmannakerfin taka til minni hlutar af markaðnum en 50%. Þá er ólíklegt að nokkur vandkvæði séu samfara því að slík kerfi nái til stærra hlutfalls markaðarins en 50% ef samanlagður markaðshlutur fimm stærstu birgjanna (CR5) er minni en 50%. Ef bæði CR5 og það hlutfall markaðarins, sem umboðsmannakerfin ná til, er hærra en 50% getur matið ráðist af því hvort allir stærstu birgjarnir fimm starfrækja umboðsmannakerfi. Því sterkari sem staða þeirra keppinauta er, sem starfrækja ekki umboðsmannakerfi, þeim mun minni líkur eru á útilokun annarra dreifenda. Ef stærstu birgjarnir fimm starfrækja allir umboðsmannakerfi eru einkum líkur á að samkeppni verði talið ógnað með tilliti til samninga sem byggjast á fjöldaviðmiðum, sem takmarka beint hversu margir umboðsmennirnir geta orðið, eða á gæðaviðmiðum, til dæmis þeirri kröfu að seljandi skuli starfrækja söluhúsnæði á að minnsta kosti einum stað eða veita tiltekna þjónustu, en sú krafa útilokar suma dreifingarhætti. Almennt er ólíklegt að skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt ef umboðsmannakerfin, sem um ræðir, koma í veg fyrir starfsemi nýrra dreifenda sem geta selt viðkomandi vörur á fullnægjandi hátt, einkum ef þar eru á ferðinni afsláttarfyrirtæki eða dreifendur sem selja vörur eingöngu á netinu og bjóða neytendum lægra verð, með þeim afleiðingum að dreifingarstarfsemi er bundin við tiltekna dreifileiðir sem þegar eru starfræktar og hagsmunir endanlegra neytenda þannig fyrir borð bornir. Þegar umboðsmannakerfi byggjast á óbeinni fjöldaviðmiðum, sem geta meðal annars verið afleiðing af því að saman fari hrein gæðaviðmið og krafa um að árleg lágmarksinnkaup hvers seljanda, eru minni líkur á að áhrif þeirra verði neikvæð þegar á heildina er litið, ef slíkt lágmark er óverulegt hlutfall af heildarveltu seljandans með viðkomandi vöru og ekki umfram það sem nauðsynlegt er til að

birgirinn geti endurheimt útlagðan kostnað vegna fjárfestinga sem tengjast tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega og/eða nýtt sér stærðarhagræði á sviði dreifingar. Hvað varðar hlut einstakra fyrirtækja er yfirleitt ekki litið svo á að birgir með minni markaðshlut en 5% stuðli til muna að uppsöfnun áhrifa.

- 180) Huga þarf að aðgangshindrunum einkum þegar aðrir seljendur en umboðsmenn eru útilokaðir frá markaðnum. Þar sem framleiðendur merkjavöru starfrækja venjulega umboðsmannakerfi verða aðgangshindranir yfirleitt verulegar. Smásalar, sem eru útilokaðir á þennan hátt, þurfa að jafnaði að eyða miklum tíma og fjármunum til þess að koma eigin vörumerkjum á markað eða afla sér samkeppnishæfrar vöru annars staðar frá.
- 181) Kaupandastyrkur getur aukið hættuna á leynilegu samráði seljenda og getur þannig breytt merkjanlega greiningunni á því hvaða samkeppnishamlandi áhrif umboðsmannakerfi getur hugsanlega haft. Hættan á útilokun smásala, sem náð hafa meiri hagkvæmni í rekstri, frá markaðnum er mest þegar öflug samtök seljenda þvinga birginn til að beita tilteknum valviðmiðum með það að markmiði að takmarka dreifingu til hagsbóta fyrir sína félagaga.
- 182) Samkvæmt stafl. c) í 1. mgr. 5. gr. hópundanþágureglugerðarinnar er birgi óheimilt að krefjast skuldbindingar sem gerir það að verkum, beint eða óbeint, að viðurkenndir seljendur geta ekki selt vörumerki tiltekinna samkeppnisbirgja. Þetta skilyrði er sett einkum með það að markmiði að koma í veg fyrir lárétt samráð leiðandi birgja um að útiloka tiltekin vörumerki með því að koma sér upp sérstöku úrvali vörumerkja. Ólíklegt er að skuldbinding af þessu tagi geti notið undanþágu ef CR5 er 50% eða meira nema því aðeins að enginn þeirra birgja, sem krefjast slíkrar skuldbindingar, tilheyri hópi fimm stærstu birgja á markaðnum.
- 183) Að jafnaði hefur útilokun annarra birgja engin vandkvæði í för með sér svo fremi sem þeir geta notað sömu dreifendur, þ.e. svo fremi sem umboðsmannakerfið fer ekki saman við skuldbindingu til að selja aðeins eitt vörumerki. Þegar fyrir er þétt net umboðsmanna, svo og þegar uppsöfnun áhrifa á sér stað, getur það haft í för með sér hættu á útilokun annarra birgja ef umboðsmannakerfi er starfrækt samhliða skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni. Í þeim tilvikum gilda þær meginreglur um samninga um að selja aðeins eitt vörumerki sem lýst er í undirkafla 2.1. Enda þótt umboðsmannakerfi sé ekki sameinað skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni getur útilokun samkeppnisbirgja haft vandkvæði í för með sér ef leiðandi birgjar velja seljendur ekki aðeins samkvæmt hreinum gæðaviðmiðum heldur krefjast þess að þeir taki á sig aðrar skuldbindingar, til að mynda að tiltekið hillurými sé tekið frá fyrir vörur þeirra eða að seljandi tryggi að sala á vörunum nái tilteknu lágmarkshlutfalli af heildarveltu hans. Litlar líkur eru á vandkvæði af þessu tagi ef það hlutfall markaðarins, sem umboðsmannakerfin ná til, er minna en 50% eða, í þeim tilvikum að hlutfallið er hærra, ef markaðshlutfur fimm stærstu birgjanna er minni en 50%.
- 184) Miklu skiptir hversu þroskaður markaðurinn er, enda getur skert samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis og hugsanleg útilokun birgja eða seljenda verið alvarlegt vandamál á þroskuðum markaði en haft minna að segja á markaði þar sem eftirspurn fer vaxandi, tækni tekur breytingum og markaðsstaða er breytileg.
- 185) Umboðsmannakerfi getur verið hagkvæm tilhögun þegar það lækkar kostnað við vörustjórnun vegna stærðarhagræðis á sviði flutninga sem er ekki háð eðli vörunnar (sbr. stafl. g) í 107. mgr.). Hagræðing af þeim sökum er þó venjuleg óveruleg þegar um umboðsmannakerfi er að ræða. Ef leysa þarf frifarþegavanda meðal dreifenda (sbr. stafl. a) í 107. mgr.) eða vinna að því að byggja upp vörumerkisímynd (sbr. stafl. i) í 107. mgr.) skiptir einkar miklu máli hvers eðlis varan er. Rökin fyrir því að hagræðing muni nást fram eru að jafnaði sterkust þegar um nýjar eða flóknar vörur er að ræða og þegar vörurnar eru þess eðlis að erfitt er að meta eiginleika þeirra fyrir neyslu (svokallaðar reynsluvörur) eða jafnvel eftir neyslu (svokallaðar traustsvörur). Þegar saman fara umboðsmannakerfi og ákvæði um aðsetur, sem ver umboðsmann gegn því að aðrir umboðsmenn hefji starfsemi í næsta nágrenni við hann, getur slík tilhögun fullnægt skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. einkum ef hún er nauðsynleg til þess að vernda umtalsverðar fjárfestingar hlutaðeigandi umboðsmanns sem tengjast tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega (sbr. stafl. d) í 107. mgr.).

186) Til þess að öruggt sé að sú hamla sé notuð sem hefur minnst samkeppnisáhrif skiptir miklu að hugað sé að því hvort jafnmikil hagræðing geti náðst fram á annan hátt en með svipuðum tilkostnaði, til að mynda með því að setja eingöngu skilyrði um veitta þjónustu.

187) *Dæmi um umboðsmannakerfi sem byggist á fjöldaviðmiðum*

Markaðsleiðandi fyrirtæki á markaði fyrir varanlegar neysluvörur (vörumerki A), sem hefur 35% markaðshlut, starfrækir umboðsmannakerfi til að selja vörur sínar til endanlegra neytenda. Nokkur viðmið ráða því hvort seljandi getur öðlast aðild að kerfinu: verslunin verður að hafa þjálfað starfsfólk og bjóða þjónustu fyrir sölu, í hverri verslun verður að vera sérstakt svæði helgað sölu á vörunni og öðrum sambærilegum hátæknivörum og loks verslunin verður að selja fjölbreytt úrval af vörum birgisins og koma þeim fyrir til sýnis á aðlaðandi hátt. Jafnframt þessu er takmarkað með beinum hætti hversu margir smásalar geta starfað í kerfinu með því að setja hámark á það hversu margir þeir geta verið í hlutfalli við íbúa hvers héraðs eða þéttbýlissvæðis. Framleiðandi A hefur 6 keppinauta á þessum markaði. Markaðshlutur stærstu keppinautanna, B, C og D, er 25% (B), 15% (C) og 10% (D), en markaðshlutur annarra framleiðenda er minni. A er eini framleiðandinn sem rekur umboðsmannakerfi. Umboðsmenn vörumerkis A selja jafnan nokkur mismunandi samkeppnismerki. Samkeppnismerki eru þó einnig víða til sölu í verslunum sem tilheyra ekki umboðsmannakerfi A. Ýmsar dreifileiðir eru notaðar: þar má nefna að vörumerki B og C eru seld í flestum verslunum umboðsmanna A en jafnframt bæði í öðrum verslunum sem veita gæðþjónustu og í risamörkuðum. Vörumerki D er aðallega selt í verslunum sem veita mikla þjónustu. Tækniframfarir eru örur á þessum markaði og helstu birgjar viðhalda gæðaímynd vöru sinnar með auglýsingum.

Umboðsmannakerfið tekur til 35% markaðarins. Umboðsmannakerfi A hefur ekki bein áhrif á vörumerkjasamkeppni. Samkeppni um sölu á vörumerki A kann að vera skert, en neytendur geta nálgast vörumerki B og C, sem hafa svipaða gæðaímynd og vörumerki A, hjá smásölum sem bjóða lágt verð/litla þjónustu. Þá eru önnur merki ekki útilokuð frá verslunum smásala sem veita mikla þjónustu þar sem umboðsmönnum eru engar skorður settar að því er varðar sölu samkeppnismerkja, og hömlur á því hversu margir smásalar geta selt vörumerki A merkir að aðrir smásalar, sem veita mikla þjónustu, hafa frjálsar hendur um dreifingu á samkeppnismerkjum. Í tilviki sem þessu er líklegt að skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt, bæði með hliðsjón af kröfunum um veitta þjónustu og hagræðingar sem ætla má að leiði af þeim, og þess að lítil áhrif verða á samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis.

188) *Dæmi um umboðsmannakerfi með uppsöfnun áhrifa*

Á markaði fyrir tiltekna íþróttavöru eru sjö framleiðendur og eru markaðshlutir þeirra sem hér segir: 25%, 20%, 15%, 15%, 10%, 8% og 7%. Fimm stærstu framleiðendurnir dreifa vörum sínum fyrir tilstuðlan umboðsmannakerfa sem byggjast á fjöldaviðmiðum en hinir tveir minnstu nota annars konar dreifikerfi; umboðsmannakerfin taka því til 85% markaðarins. Viðmiðin, sem ráða því hverjir geta öðlast aðild að umboðsmannakerfunum, eru afar áþekkt frá einum framleiðanda til annars: dreifendum er gert að starfrækja söluhúsnæði á einum stað hið minnsta, þær verslanir verða að hafa þjálfað starfsfólk og geta veitt þjónustu fyrir sölu, í hverri verslun verður að vera sérstakt svæði helgað sölu á vörunni, og tiltekið er hversu stórt það svæði verður að vera. Hver verslun verður að selja fjölbreytt úrval af vörum viðkomandi vörumerkis og koma vörunni fyrir til sýnis á aðlaðandi hátt, verslunin verður að standa við verslunargötu, og viðkomandi vörutegund verður að standa undir að minnsta kosti 30% af heildarveltu verslunarinnar. Sami seljandi er venjulega skipaður umboðsmaður fyrir öll fimm vörumerkin. Framleiðendurnir tveir, sem starfrækja ekki umboðsmannakerfi, selja vörur sínar yfirleitt gegnum minna sérhæfða smásala með veita minni þjónustu. Markaðurinn er stöðugur bæði að því er varðar framboð og eftirspurn og einkennist af sterkri vörumerkisímynd og mikilli sundurgreiningu vörutegunda. Markaðsleiðandi fyrirtækin fimm hafa sterka vörumerkisímynd sem byggð hefur verið upp með auglýsingum og kostun, en minni framleiðendurnir tveir hafa farið þá leið að bjóða ódýrari vörur og hafa ekki sterka vörumerkisímynd.

Á þessum markaði eiga almenn afsláttarfyrirtæki og þau, sem selja aðeins á netinu, þess ekki kost að selja leiðandi vörumerkin fimm. Krafa um að þessi vörutegund verða að standi undir

a.m.k. 30% af veltu seljendanna og viðmiðin, sem lúta að framsetningu og þjónustu fyrir sölu, hafa það raunar í för með sér að nær ekkert afsláttarfyrtæki getur öðlast aðild að umboðsmannakerfinu. Það skilyrði að starfrækja verði söluhúsnæði á einum stað hið minnsta útilokar frá kerfinu alla þá sem eingöngu selja vörur á netinu. Afleiðingin er sú að neytendur eiga þess aðeins kost að kaupa leiðandi vörumerkin fimm í verslunum sem bjóða mikla þjónustu/hátt verð. Þetta skerðir vörumerkjasamkeppni milli stærstu merkjanna fimm. Þó að nálgast megi tvö minnstu vörumerkin í verslunum sem bjóða litla þjónustu/lágt verð vegur það ekki upp þessi áhrif vegna þess hvað leiðandi fyrirtækin fimm hafa miklu sterkari vörumerkismynd. Vörumerkjasamkeppni takmarkast einnig af því að umboðsmennirnir selja mörg merki hver um sig. Enda þótt nokkur samkeppni sé um sölu eins og sama vörumerkis og ekki sé takmarkað beint hversu margir smásalarnir mega vera gilda nægilega ströng viðmið fyrir því hverjir geta öðlast aðild að kerfinu til þess að aðeins lítill hópur smásala selji leiðandi merkin fimm á hverju starfsvæði.

Þessi umboðsmannakerfi, sem byggjast á fjöldaviðmiðum, leiða ekki til mikillar hagræðingar: varan er ekki mjög flókin og réttlætir ekki að reglulega mikil þjónusta sé veitt. Ef framleiðendurnir geta ekki sýnt fram á að umboðsmannakerfi þeirra hafi augljósa hagræðingu í för með sér er líklegt að fella verði hópundanþáguna niður vegna uppsöfnunaráhrifa sem leiða til minna vöruvals og herra verðs til neytenda.

## 2.5. Sérleyfi

189) Sérleyfissamningar fela í sér leyfi til að nýta hugverkarétt, sem tengist vörumerkjum eða táknum og verkþekkingu, í tengslum við notkun og dreifingu á vörum eða þjónustu. Jafnframt leyfi til að nýta hugverkarétt lætur sérleyfisgjafi sérleyfistaka yfirleitt í té viðskiptalega eða tæknilega aðstoð á samningstímanum. Nytjaleyfið og aðstoðin eru óaðskiljanlegur hluti rekstraraðferðarinnar sem sérleyfið er veitt fyrir. Að jafnaði greiðir sérleyfistaki sérleyfisgjafa þóknun fyrir að mega nota þá tilteknu rekstraraðferð. Úthlutun sérleyfa getur gert sérleyfisgjafa kleift að koma sér upp samræmdu dreifikerfi fyrir vörur sínar með litlum tilkostnaði. Auk þess að veittur sé aðgangur að tiltekinni rekstraraðferð hafa sérleyfissamningar venjulega að geyma ákvæði um nokkrar mismunandi lóðréttar hömlur að því er varðar vöruna sem dreift er, oftast umboðsmannakerfi og/eða skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni og/eða umboðsmannakerfi eða vægari afbrigði slíks kerfis.

190) Í 24.–46. mgr. er fjallað um að hvaða leyti hópundanþágureglugerðin tekur til nytjaleyfa fyrir hugverkarétt samkvæmt samningum um sérleyfi. Þegar um ræðir lóðréttar hömlur, sem lagðar eru á innkaup, sölu og endursölu vöru og þjónustu samkvæmt sérleyfissamningi, svo sem umboðsmannakerfi, skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni eða einkaumboðskerfi, gilda ákvæði hópundanþágureglugerðarinnar meðan markaðshluturinn fer ekki yfir 30% viðmiðunarmörk<sup>(54)</sup>. Ofangreindar leiðbeiningar um hömlur af þessu tagi gilda einnig að því er varðar sérleyfi, sbr. þó eftirfarandi sértækar athugasemdir:

- a) Því meiri verkþekking sem er framseld þeim mun líklegra er að lóðréttu hömlurnar hafi hagræðingu í för með sér og/eða séu nauðsynlegar til þess að vernda þekkinguna, og að þær fullnægi skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr.
- b) Skuldbinding til að taka ekki þátt í samkeppni, sem beinist að vörum eða þjónustu sem sérleyfistaki kaupir, fellur ekki undir 1. mgr. 53. gr. ef sú skuldbinding er nauðsynleg til að viðhalda sameiginlegri ímynd og orðstír sérleyfiskerfisins. Í slíkum tilvikum er einnig aukaatriði með tilliti til 1. mgr. 53. gr. hversu lengi skuldbindingin um að taka ekki þátt í samkeppni á að gilda, svo fremi sem hún gildir ekki lengur en sjálfur sérleyfissamningurinn.

## 191) Dæmi um sérleyfi

Tiltekinn framleiðandi hefur þróað nýja aðferð til að selja sælgæti í svokölluðum „skemmtibúðum“ (*fun shops*) þar sem sælgætið er lítað sérstaklega eftir óskum neytandans. Framleiðandi sælgætisins hefur einnig þróað vélarnar sem notaðar eru til að lita sælgætið. Framleiðandinn býr jafnframt til litarefnin. Gæði og ferskleiki litarefnisins skipta öllu til að hægt sé að búa til gott sælgæti. Framleiðandinn náði góðum árangri með því að selja sælgætið á nokkrum fjölda

<sup>(54)</sup> Sbr. einnig 86.–95. mgr., og einkum 92. mgr.



eigin smásöluastaða sem allir notast við sama viðskiptaheiti og hafa „skemmtiímynd“ með sama yfirbragði (útlit og framsetning verslana, sameiginlegt auglýsingastarf o.s.frv.). Til þess að auka sölu setti framleiðandinn á stofn sérleyfiskerfi. Sérleyfistakar verða að kaupa sælgætið, litarefnið og litunarvélnar af framleiðandanum, hafa sömu ímynd og starfa undir viðskiptaheitinu, greiða sérleyfisgjald, taka þátt í sameiginlegu auglýsingastarfi og tryggja að farið sé með rekstrarhandbók sérleyfisgjafans sem trúnaðarmál. Þá er sérleyfistökum aðeins heimilt að selja vöruna á samþykktum útsölustöðum og til endanlegra neytenda eða annarra sérleyfistaka, og þeim er óheimilt að selja annað sælgæti. Sérleyfisgjafinn skuldbindur sig til að skipa ekki annan sérleyfishafa eða reka sjálfur útsöluastað á tilteknu starfsvæði. Honum er jafnframt skylt að endurnýja og þróa frekar vörur sínar, viðskiptahugmyndina og rekstrarhandbókina og veita öllum sérleyfistökum, sem annast smásölu vörunnar, aðgang að þeim endurbótum. Sérleyfissamningarnir eru gerðir til 10 ára.

Smásalar, sem selja sælgæti, kaupa það á landsmarkaði annaðhvort af innlendum framleiðendum, sem bjóða vörur er falla að smekk landsmanna, eða af heildsölum sem flytja inn sælgæti frá erlendum framleiðendum og selja jafnframt vörur innlendra framleiðenda. Á þessum markaði keppa vörur sérleyfisgjafans við sælgæti annarra framleiðenda. Sérleyfisgjafinn hefur 30% markaðshlut á sviði sölu sælgætis til smásala. Hann keppir við ýmis innlend og erlend vörumerkis, og er framleiðsla sumra þeirra í höndum stórra matvælafyrirtækja með starfsemi á mörgum sviðum. Hugsanlegir sölustaðir fyrir sælgæti eru margir, meðal annars söluturnar, almennar matvöruverslanir, mótuneyti og sérhæfðar sælgætisverslanir. Hlutur sérleyfisgjafans á markaði fyrir vélar til að lita matvöru er minni en 10%.

Flestar skuldbindingar í sérleyfissamningnum geta talist nauðsynlegar til að vernda hugverkarétt eða viðhalda sameiginlegri ímynd og orðstír sérleyfiskerfisins og falla þannig utan 1. mgr. 53. gr. Með takmörkunum á sölustarfsemi (samningi um starfsvæði og umboðsmannakerfi) eru sérleyfistakar hvattir til að kaupa litunarvélna og sérleyfishugmyndina, og enda þótt þær séu ekki nauðsynlegar til að vernda sameiginlegu ímyndina stuðla þær þó að viðhaldi hennar og vega þannig á móti skertri samkeppni um sölu eins og sama vörumerkis. Ákvæðið um að ekki megi taka þátt í samkeppni, sem heldur vörum annarra sælgætisframleiðenda frá versluninum allan samningstímann, gerir sérleyfisgjafanum kleift að halda sama yfirbragði á útsölustöðunum og hindra að viðskiptaheitið nýtist keppinautum. Það leiðir ekki til alvarlegrar útilokunar sökum þess að aðrir sælgætisframleiðendur hafa aðgang að fjölda annarra hugsanlegra útsöluastaða. Sennilegt er að sérleyfissamningar þessa sérleyfisgjafa fullnægi skilyrðum fyrir undanþágu samkvæmt 3. mgr. 53. gr. að því leyti sem skuldbindingar í samningnum falla undir ákvæði 1. mgr. sömu greinar.

## 2.6 Einkasölusamningar

- 192) Hömlur teljast til einkasölusamninga ef meginatriði þeirra er að birgir samþykkir skuldbindingu eða hvetjandi ákvæði sem verður til þess að hann selur samningsvörunar eingöngu eða fyrst og fremst einum kaupanda, annaðhvort almennt eða vegna sérstakra nota. Slíkar hömlur geta tekið á sig mynd einkasöluskuldbindingar sem skyldar birgi til að selja aðeins einum kaupanda vörur til endursölu eða sérstakra nota, en einnig getur, til að mynda, verið um það að ræða að birgir gangist undir magnskilyrði á þann hátt að birgir og kaupandi komi sér saman um hvetjandi ákvæði sem gera það að verkum að hinn fyrrnefndi selur vörur sínar einkum einum kaupanda. Þegar um ræðir millivörur og -þjónustu er einkasala oft nefnd „afhending á framleiðslustigi“ (*industrial supply*).
- 193) Einkasölusamningar njóta undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni svo fremi sem markaðshlutur birgis og kaupanda hvors um sig er innan 30% markanna, jafnvel þótt beitt sé samhliða öðrum lóðréttum hömlum sem teljast ekki harkalegar, svo sem skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni. Í síðasta hluta þessa undirkafla er að finna leiðbeiningar um hvernig staðið er að mati á einkasölusamningum í einstökum tilvikum þegar markaðshluturinn er ofan þessara viðmiðunarmarkna.
- 194) Helsta hættan, sem samkeppni stafar af einkasölu, er samkeppnishamlandi útilokun annarra kaupanda. Sjá má nokkur líkindi við hugsanleg áhrif einkaumboðssamninga, einkum tilvik þegar einkaumboðsmaðurinn gerist eini kaupandinn á heilum markaði (sbr. undirkafla 2.2, einkum 156. mgr.). Markaðshlutur kaupandans á aðliggjandi innkaupamarkaði skiptir bersýnilega miklu

við mat á getu kaupandans til að krefjast einkasölusamnings sem útilokar aðra kaupendur frá því að geta keypt inn vörur. Mikilvægi kaupandans á fráliggjandi markaði ræður hins vegar úrslitum um hvort hætta er á samkeppnisvanda. Hafi kaupandinn engan markaðsstyrk á fráliggjandi markaði, er ekki að vænta mælanlegra neikvæðra áhrifa fyrir neytendur. Aftur á móti má vænta neikvæðra áhrifa þegar markaðshlutur kaupanda á fráliggjandi afhendingarmarkaði svo og á aðliggjandi innkaupamarkaði fer yfir 30% mörkin. Þó að markaðshlutur kaupanda á aðliggjandi markaði sé innan 30% markanna geta afleiðingarnar samt sem áður verið umtalsverð útilokunar-áhrif, einkum þegar markaðshlutur kaupandans á eigin fráliggjandi markaði fer yfir 30% mörkin og einkasölusamningurinn varðar sölu á vörunum til sérstakra nota. Þegar fyrirtæki er ráðandi á fráliggjandi markaði getur hvers kyns skuldbinding til að selja eingöngu eða að mestu aðeins til markaðsráðandi kaupanda hæglega haft umtalsverð samkeppnishamlandi áhrif.

- 195) Hér skiptir ekki aðeins máli hversu sterka stöðu kaupandinn hefur á aðliggjandi og fráliggjandi markaði, heldur einnig hversu víðtækrar skuldbindingar til einkasölu hann krefst og hversu lengi hún er látin gilda. Því hærra sem hlutfall bundinnar vörusölu er þeim mun líklegra er að útilokunin hafi víðtæk áhrif. Þegar fyrirtæki sem eru ekki markaðsráðandi, gera einkasölusamninga til skemmri tíma en fimm ára milli er venjulega nauðsynlegt að veða og meta samkeppnishvetjandi og samkeppnishamlandi áhrif þeirra, en flestar tegundir fjárfestinga eru þess eðlis að ekki telst nauðsynlegt að láta samninga gilda lengur en í fimm ár til að ná fram yfirlýstri hagræðingu, eða þá að sú hagræðing nægir ekki til að veða upp útilokunaráhrif slíkra einkasölusamninga.
- 196) Miklu skiptir hversu sterka markaðsstöðu samkeppniskaupendur hafa á aðliggjandi markaði þar sem líklegt er að samkeppnishamlandi ástæður, það er aukinn kostnaður, valdi útilokun samkeppniskaupenda ef þeir eru umtalsvert minni en kaupandinn sem veldur þeirri útilokun. Óverulegar líkur eru á útilokun samkeppniskaupenda ef þeir hafa svipaðan kaupandastyrk og geta boðið birgjum áþekk sölufæri. Við þær aðstæður getur aðeins verið um útilokun að ræða gagnvart hugsanlegum nýliðum sem getur reynst ókleift að tryggja sér vörur þegar ýmsir stórir kaupendur gera einkasölusamninga við meirihluta birgja á markaðnum. Þegar uppsöfnun áhrifa á sér stað á þennan hátt getur það valdið því að vernd samkvæmt hópundanþágureglugerðinni verði felld niður.
- 197) Aðgangshindranir á stigi birgja skipta máli um mat á því hvort raunveruleg útilokun fæ fyrir hendi. Svo fremi sem samkeppniskaupendur geta náð fram hagræðingu með því að útvega vörunar eða þjónustuna sjálfir með lóðréttri samþættingu við aðliggjandi markaði er ólíklegt að útilokunin hafi mikil vandkvæði í för með sér. Aftur á móti eru umtalsverðar aðgangshindranir iðulega fyrir hendi.
- 198) Miklu skiptir hversu mikill mótvægisstyrkur birgja er, enda verður öflugum birgjum ekki auðveldlega meinaður aðgangur að öðrum kaupendum. Hætta á útilokun er því fyrst og fremst fyrir hendi þegar birgjar eru veikir og kaupendur sterkir. Þegar birgjar eru sterkir geta farið saman einkasölusamningur og skuldbinding til að taka ekki þátt í samkeppni. Þegar einkasölusamningur er sameinaður slíkri skuldbindingu fer um mat á slíku eftir reglunum sem mótaðar hafa verið um mat á samningum um að selja aðeins eitt vörumerki. Ef báðir aðilar hafa ráðist í fjárfestingar sem tengjast viðskiptasambandi þeirra sérstaklega (pattstöðuvandi) getur oft verið réttlætjanlegt að sameina einkasölusamning ákvæði um bann við að taka þátt í samkeppni, þannig að báðir aðilar að afhendingarsamningi á framleiðslustigi öðlist einkarétt á viðskiptum við hinn, einkum ef mörkum sem markaðsráðandi staða miðast við er ekki náð.
- 199) Við mat á því hvort um útilokun er að ræða skiptir að lokum máli á hvaða stigi viðskiptin eiga sér stað og hvers eðlis vörunar eru. Minnstar líkur eru á að útilokunin hafi samkeppnishamlandi áhrif þegar um millivöru eða einsleita vöru er að ræða. Í fyrsta lagi er svigrúm útilokaðs framleiðanda, sem notar tiltekið ílag, til að fullnægja eftirspurn viðskiptamanna sinna yfirleitt meira en svigrúm heildsala eða smásala til að fullnægja eftirspurn endanlegra neytenda, sem kunna að láta vörumerki sig miklu skipta. Í öðru lagi skiptir það kaupendur minna máli að hafa ekki aðgang að tiltekinni vöru ef vörutegundin er einsleit en þegar um ræðir margbreytilega vörutegund sem getur verið mismunandi að gæðum og haft mismunandi eiginleika. Þegar um er að ræða sölu á endanlegri merkjavöru eða sundurgreindum millivörum við aðstæður sem einkennast af aðgangshindrunum geta einkasölusamningar haft merkjanleg samkeppnishamlandi áhrif þegar umsvif

samkeppniskaupenda eru tiltölulega lítil í samanburði við kaupandann sem veldur útilokuninni, jafnvel þótt sá síðarnefndi sé ekki ráðandi á fráliggjandi markaði.

- 200) Vænta má þess að hagræðing komi fram þegar um pattstöðuvanda er að ræða (stafl. d) og e) í 107. mgr.) og eru líkurnar á því meiri að því er varðar millivörur en endanlegar vörur. Líkur á hagræðingu af öðru tagi eru minni. Ósennilegt virðist að réttlæta megi einkasölusamninga með vísan til stærðarhagræðis sem hugsanlega getur náðst fram á sviði dreifingar (stafl. g) í 107. gr.).
- 201) Þegar pattstöðuvandi kemur upp, og þó enn frekar þegar fyrirhugað er að nýta stærðarhagræði á sviði dreifingar, má telja líklegt að magnskilyrði sem birgi er gert að samþykkja, til að mynda þess efnis að afhenda skuli tiltekið lágmarksmagn af vörunni, sé minna samkeppnishamlandi úrræði.
- 202) *Dæmi um einkasölusamning*

Birgir A, sem starfar á markaði fyrir tiltekna gerð íhluta (markaði fyrir millivörur), semur við kaupanda B um að þróa nýja gerð íhlutarins með því að nýta eigin verkþekkingu og festa umtalsverða fjármuni í nýjum vélum og samkvæmt forskriftum kaupanda B. Verulegra fjárfestinga er þörf til þess að B geti felld nýja íhlutinn inn í framleiðslu sína. Samið er um að A afhendi engum öðrum en kaupanda B nýju vöruna fyrstu fimm árin eftir að hún kemur á markað. B skuldbindur sig til að kaupa nýju vöruna eingöngu af A á sama fimm ára tímabili. Aðrar gerðir íhlutarins verður A áfram heimilt að selja og B áfram heimilt að kaupa annars staðar. Markaðshlutfur kaupanda B á aðliggjandi markaði íhluta og á fráliggjandi markaði endanlegrar vöru er 40%. Markaðshlutfur birgisins, sem leggur til íhlutinn, er 35%. Starfandi eru tveir aðrir íhlutabirgjar með markaðshlutfu á bilinu 20–25% svo og nokkrir birgjar með lítil umsvif.

Að teknu tilliti til þess hversu mikilla fjárfestinga er þörf er líklegt, með hliðsjón af hagræðingaráhrifum sammingsins og lítilla útilokunaráhrifa, að hann fullnægi skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. Útilokun gagnvart öðrum kaupendum snýr að tiltekinni gerð af vöru birgis sem hefur 35% markaðshlutfu, og starfandi eru aðrir íhlutabirgjar sem gætu þróað nýjar vörur með áþekka eiginleika. Útilokun annarra birgja frá hluta af eftirspurn kaupanda B tekur að hámarki til 40% markaðarins.

## 2.7. *Fyrirframgreiðslur fyrir aðgang*

- 203) Fyrirframgreiðsla fyrir aðgang er fast gjald sem birgjar greiða dreifendum á grundvelli lóðréttis samkomulags í upphafi tiltekins tímabils fyrir að fá aðgang að dreifikerfi þeirra og sem endurgjald fyrir þjónustu sem smásalarnir veita birgjunum. Undir þetta falla ýmsar viðskiptavenjur, til að mynda gjald fyrir að koma nýrri vöru að (*slotting allowance*)<sup>(55)</sup>, svonefnt „hyllugjald“ (*pay-to-stay fee*)<sup>(56)</sup>, greiðslur fyrir að mega nýta sér kynningarherferðir dreifanda o.s.frv. Fyrirframgreiðslur fyrir aðgang njóta undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni ef markaðshlutfur birgis og kaupanda hvors um sig er innan 30% markanna. Í síðasta hluta þessa undirkafla er að finna leiðbeiningar um hvernig staðið er að mati á fyrirframgreiðslum fyrir aðgang í einstökum tilvikum þegar markaðshlutfurinn er ofan þessara viðmiðunarmarka.
- 204) Fyrirframgreiðslur fyrir aðgang geta stundum valdið útilokun annarra dreifenda með samkeppnishamlandi afleiðingum ef þær verða til þess að hvetja birginn til að beina vörum sínum til eins dreifanda eða fremur lítills hóps dreifenda. Ef slíkt gjald er hátt getur það valdið því að birgirinn kjósi að beina verulegum hluta allrar sölu til hlutaðeigandi dreifanda til þess að mæta kostnaðinum sem gjaldið hefur í för með sér. Í slíkum tilvikum geta fyrirframgreiðslur fyrir aðgang haft sömu útilokunaráhrif á fráliggjandi markaði og skuldbindingar til einkasölu. Mat á neikvæðum áhrifum af því tagi fer fram á hliðstæðan hátt og mat á einkasöluskuldbindingum (sbr. einkum 194.–199. mgr.).
- 205) Fyrirframgreiðslur fyrir aðgang geta einnig valdið samkeppnishamlandi útilokun annarra birgja í undantekningartilvikum, þ.e. ef slíkar greiðslur eru orðnar algengar og auka á aðgangshindranir gagnvart litlum fyrirtækjum sem kynnu að vilja hefja starfsemi á markaðnum. Mat á neikvæðum áhrifum af því tagi fer fram á hliðstæðan hátt og mat á skuldbindingum til að selja aðeins eitt vörumerki (sbr. einkum 132.–141. mgr.).

<sup>(55)</sup> Fast gjald sem framleiðendur greiða smásölum til þess að koma vörum sínum í hillur verslana.

<sup>(56)</sup> Eingreiðslur sem inntar eru af hendi til þess að tryggja að tiltekin vara verði áfram á hillum verslana um tiltekinn tíma.

- 206) Auk útilokunaráhrifa, sem hugsanlega geta komið fram, geta fyrirframgreiðslur fyrir aðgang veikt samkeppni og greitt fyrir leynilegu samráði dreifenda. Fyrirframgreiðslur fyrir aðgang leiða að líkindum til þess að birgirinn þurfi að taka hærra verð fyrir samningsvörurnar þar eð hann verður að geta staðið undir kostnaði við greiðslurnar. Hærra verð frá birgjum getur dregið úr þeim hvata sem smásalar búa við til að keppa um verð á fráliggjandi markaði, en aðgangsgreiðslurnar leiða til aukins hagnaðar dreifenda. Til þess að fyrirframgreiðslur fyrir aðgang geti dregið úr samkeppni milli dreifenda með uppsöfnunaráhrifum á þennan hátt er yfirleitt nauðsynlegt að mikil samþjöppun sé á dreifingarmarkaðnum.
- 207) Ef fyrirframgreiðslur fyrir aðgang eru innheimtar getur það þó í mörgum tilvikum stuðlað að hagkvæmri úthlutun hillurýmis fyrir nýjar vörur. Dreifendur búa oft yfir minni upplýsingum en birgjar um hversu vænlegar nýjar vörur eru til árangurs á markaðnum og afleiðingin af því getur orðið sú að þeir birgi sig ekki nægilega upp af slíkum vörum. Fyrirframgreiðslur fyrir aðgang geta nýst til þess að jafna þetta ósamræmi í þeim upplýsingum sem birgjar og dreifendur búa yfir með því að gera birgjum kleift að keppa um hillurými fyrir opnum tjöldum. Dreifandinn getur þannig fengið vísbendingu um hvaða vörur eru líklegastar til árangurs þar eð ætla má að birgir fallist venjulega á að greiða fyrir aðgang fyrirfram ef hann telur ósennilegt að markaðssetning vörunnar muni mistakast.
- 208) Við þetta bætist að það misræmi í upplýsingum, sem nefnt er í 207. mgr., getur verið birgjum hvati til að nýta sér söluhvetjandi starfsemi dreifenda endurgjaldslaust í því skyni að koma undirmálsvörum á framfæri. Ef markaðssetning vörunnar mistekst lendir nokkur hluti kostnaðarins af því á dreifendum. Ef fyrirframgreiðslur fyrir aðgang eru innheimtar getur það komið í veg fyrir slíka frifarþegahegðun með því að flytja áhættuna af misheppnaðri markaðssetningu aftur til birgja og stuðla þannig að æskilegasta hlutfalli markaðssetningar á nýjum vörum.

## 2.8. Samningar um vöruflokkastjórnun

- 209) Samningar um vöruflokkastjórnun eru samningar sem gerðir eru í tengslum við dreifingarsamning og byggjast á því að dreifandi felur birgi („flokksforingja“) umsjón með markaðssetningu tiltekins vöruflokks sem venjulega er ekki aðeins látinn innihalda eigin vörur birgisins, heldur einnig vörur keppinauta. Flokksforinginn getur því haft nokkur áhrif á það til að mynda hvernig vörum er komið fyrir og hvernig þær eru kynntar í verslunum svo og hvaða vörur eru valdar til sölu þar. Samningar um vöruflokkastjórnun njóta undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni ef markaðshlutur birgis og kaupanda hvors um sig er innan 30% markanna. Í síðasta hluta þessa undirkafla er að finna leiðbeiningar um hvernig staðið er að mati á samningum um vöruflokkastjórnun í einstökum tilvikum þegar markaðshluturinn er ofan þessara viðmiðunarmarkna.
- 210) Samningar um vöruflokkastjórnun hafa í flestum tilvikum engin vandkvæði í för með sér en geta þó stundum raskað samkeppni milli birgja og leitt að lokum til útilokunar annarra birgja með samkeppnishamlandi afleiðingum ef flokksforingjanum tekst að nýta sér áhrif sín á markaðsákvæðanir dreifandans til að takmarka eða grafa undan dreifingu á vörum samkeppnisbirgja. Þó að í flestum tilvikum muni það ekki vera dreifanda í hag að takmarka vöruvalið, þegar hann selur einnig samkeppnisvörur undir eigin merki („eiginmerkjavörur“), kann hann einnig að hafa hvata til að útiloka tiltekna birgja, einkum þá sem selja vörur í milliverðflokki. Mat á slíkum útilokunaráhrifum gagnvart aðliggjandi markaði fer fram á hliðstæðan hátt og mat á skuldbindingum til að selja aðeins eitt vörumerki (sbr. einkum 132.–141. mgr.), þ.e. með því að huga að atriðum á borð við það til hversu stórs hluta markaðarins slíkir samningar taka, hversu sterka markaðsstöðu samkeppnisbirgjar hafa og hvort uppsöfnunaráhrif geta komið fram vegna samninga af þessu tagi.
- 211) Við þetta bætist að samningar um vöruflokkastjórnun geta greitt fyrir leynilegu samráði dreifenda þegar sami birgir þjónar sem flokksforingi allra eða flestra dreifenda sem keppa sín í milli á viðkomandi markaði og þjónar þannig sem sameiginleg viðmiðun sem þeir byggja markaðsákvæðanir sínar á.
- 212) Vöruflokkastjórnun getur einnig greitt fyrir leynilegu samráði birgja með því að gera þeim auðveldara um vik að skiptast með aðstoð smásala á markaðsupplýsingum sem leynt eiga að fara,

til að mynda upplýsingum um fyrirhugaðar verðbreytingar, áform um söluhvetjandi aðgerðir eða auglýsingaherferðir <sup>(57)</sup>.

- 213) Samningum um vörflokkastjórnun getur þó einnig fylgt hagræðing. Slíkir samningar geta gert dreifendum kleift að nýta sér þekkingu birgis á markaðssetningu tiltekins vörflokks til að ná fram stærðarhagræði þar sem þeir tryggja að vörur komist beint á hyllur í hæfilegu magni og á réttum tíma. Þar eð vörflokkastjórnun byggist á venjum viðskiptamanna geta samningar um vörflokkastjórnun aukið ánægju viðskiptamanna með því að gera það auðveldara að koma til móts við væntanlega eftirspurn. Því meiri sem vörumerkjasamkeppnin er og kostnaður neytenda við að skipta um vörumerki minni þeim mun meira hagræði er unnt að ná fram með vörflokka-stjórnun.

## 2.9 Tvinnun

- 214) Með tvinnun er átt við aðstæður þar sem viðskiptamenn, sem kaupa eina tiltekna vöru (aðalvöruna), verða einnig að kaupa aðra vöru, aðgreinanlega frá hinni (tvinnuðu vöruna), af sama birgi eða einhverjum þeim sem hann tilgreinir. Í tvinnun getur verið fölginn misnotkun í skilningi 54. gr. <sup>(58)</sup>. Þá getur tvinnun talist til lóðrétttra hamlu og þannig fallið undir ákvæði 53. gr. ef hún hefur í för með sér skuldbindingu til að selja aðeins eitt vörumerki (sbr. 129.–150. mgr.) að því er tvinnuðu vöruna varðar. Í þessum leiðbeinandi reglum er aðeins fjallað um þessar síðarnefndu aðstæður.
- 215) Eftirspurn viðskiptamanna ræður því hvort vörur eru taldar aðgreinanlegar. Tvær tiltekna vörur eru aðgreinanlegar ef aðstæður þar sem engin tvinnun hefði verið í gildi hefðu leitt til þess að umtalsverður fjöldi viðskiptamanna keypti, eða hefði keypt, aðalvöruna án þess að kaupa tvinnuðu vöruna einnig af sama birgi, og þannig hefði verið unnt að framleiða bæði aðalvöruna og tvinnuðu vöruna sjálfstætt <sup>(59)</sup>. Vísbendingar um að tvær vörur séu aðgreinanlegar geta verið beinar, svo sem vísbendingar um að viðskiptamenn, sem hafa óbundnar hendur, kaupir aðalvöruna og tvinnuðu vöruna hvora í sínu lagi af mismunandi birgjum, eða óbeinar, svo sem að á markaðnum séu starfandi fyrirtæki sem sérhæfa sig í framleiðslu eða sölu á tvinnuðu vörunni án tengsla við aðalvöruna <sup>(60)</sup>, eða þá vísbendingar um að fyrirtæki, sem hafa lítinn markaðsstyrk, fari yfirleitt ekki þá leið að tvinnuðu vörur sínar á þennan hátt, einkum þegar um samkeppnismarkað er að ræða. Sem dæmi má nefna að þar eð neytendur vilja kaupa skó með reimum, og óhentugt er fyrir dreifendur að búa skó reimum að eigin vali, hefur sú viðskiptavenja skapast að skóframleiðendur selji skó með reimum. Af þessum sökum er sala á skóm með reimum ekki vörutvinnun.
- 216) Tvinnun getur leitt til útilokunaráhrifa á markaði fyrir tvinnuðu vöruna, aðalvöruna eða á báðum mörkuðunum samtímis. Útilokunaráhrifin ráðast af því hversu hátt hlutfall af heildarsölu á markaði fyrir tvinnuðu vöruna er tvinnuð aðalvörunni. Til þess að svara því hvað skuli teljast merkjanleg útilokunaráhrif með tilliti til 1. mgr. 53. gr. má styðjast við mat á skuldbindingum til að selja aðeins eitt vörumerki. Tvinnun felur í sér að kaupanda eru að minnsta kosti sett magnskilyrði af einhverju tagi að því er varðar tvinnuðu vöruna. Þegar jafnframt er samið um skuldbindingu til að taka ekki hátt í samkeppni að því er varðar tvinnuðu vöruna aukast hugsanleg útilokunaráhrif á markaði fyrir tvinnuðu vöruna. Tvinnunin getur valdið því að minni samkeppni verði um viðskiptamenn sem hyggjast kaupa tvinnuðu vöruna, en ekki aðalvöruna. Ef viðskiptamenn, sem aðeins myndu kaupa tvinnuðu vöruna, eru ekki nægilega margir til að gera keppinautum birgisins kleift að starfa á tvinnuðu markaðnum getur tvinnunin valdið því að þeir viðskiptamenn þurfi að greiða hærra verð. Ef tvinnuðu varan er mikilvæg viðbótarvara fyrir viðskiptamenn sem kaupa aðalvöruna getur fækkun annarra fyrirtækja sem selja tvinnuðu vöruna, og þar með minna framboð á þeirri vöru, gert nýliðum erfðara að hefja sölu á aðalvörunni eingöngu.

<sup>(57)</sup> Bein upplýsingaskipti milli keppnauta falla ekki undir hópundanþágureglugerðina, sbr. 4. mgr. 2. gr. þeirrar gerðar og 27.–28. mgr. þessara leiðbeinandi reglna.

<sup>(58)</sup> Dómur Evrópuðómstólsins í máli C-333/94 P *Tetrapak* gegn *framkvæmdastjórn*, dómasafn 1996, bls. I-5951, 37. mgr. Sbr. einnig orðsendingu frá framkvæmdastjórninni – Leiðbeiningar um forgangsroðun framkvæmdastjórnarinnar í tengslum við beitingu 82. gr. EB-sáttmálans gagnvart misnotkun sem er fölginn í útilokandi aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækja, Stjtið. ESB C 45, 24.2.2009, bls. 7.

<sup>(59)</sup> Dómur undirréttar EB í máli T-201/04 *Microsoft* gegn *framkvæmdastjórn*, dómasafn 2007, bls. II-3601, 917., 921. og 922. mgr.

<sup>(60)</sup> Dómur undirréttar EB í máli T-30/89 *Hilti* gegn *framkvæmdastjórn*, dómasafn 1991, bls. II-1439, 67. mgr.

- 217) Tvinnun getur einnig valdið því beinlínis að verð hækki umfram það sem væri í samkeppnis-umhverfi, og getur það einkum gerst við þrennar mismunandi aðstæður. Í fyrsta lagi ef nota má aðalvöruna og tvinnuðu vöruna í breytilegum hlutföllum sem ílag í framleiðsluferli, en þá er hugsanlegt að við verðhækkun á aðalvörunni beinist eftirspurn viðskiptamanna í meira mæli að tvinnuðu vörunni og í minna mæli að aðalvörunni. Birgirinn kann þá að tvinna þessar tvær vörur saman til þess að koma í veg fyrir slíka staðgöngu og geta hækkað verðið. Í öðru lagi þegar tvinnunin gefur svigrúm til verðmismununar eftir því hvernig viðskiptamaðurinn notar aðalvöruna, til dæmis þegar blekhylki er tvinnað saman við sölu ljósritunarvéla. Í þriðja lagi þegar um er að ræða samninga til langs tíma, eða eftirmarkað frumbúnaðar sem aðeins þarf að endurnýja eftir alllangan tíma, og viðskiptamenn eiga því erfitt með að reikna út kostnað sinn af tvinnuninni.
- 218) Tvinnun nýtur undanþágu samkvæmt hópundanþágureglugerðinni þegar markaðshlutur birgis, bæði á markaði tvinnuðu vörunnar og á markaði aðalvörunnar, svo og markaðshlutur kaupanda á viðkomandi aðliggjandi mörkuðum, er innan 30% markanna. Tvinnun má nota samhliða öðrum löðréttum hömlum sem teljast ekki harkalegar takmarkanir samkvæmt þeirri gerð, til að mynda skuldbindingum til að taka ekki þátt í samkeppni eða magnskilyrðum að því er varðar aðalvöruna, eða samhliða einkakaupasamningi. Í síðasta hluta þessa undirkafla er að finna leiðbeiningar um hvernig staðið er að mati á tvinnun í einstökum tilvikum þegar markaðshluturinn er ofan þessara viðmiðunarmarka.
- 219) Við mat á hugsanlegum samkeppnishamlandi áhrifum skiptir augljóslega höfuðmáli hversu sterka markaðsstöðu birgirinn hefur á markaði aðalvörunnar. Samningar af þessu tagi eru að jafnaði gerðir að kröfu birgisins. Sterk staða birgis á markaði aðalvörunnar er helsta ástæða þess að kaupanda getur reynst erfitt að neita að samþykka skuldbindingu um tvinnun.
- 220) Við mat á markaðsstyrk birgisins skiptir miklu hversu sterka stöðu keppinautar hans hafa á markaði aðalvörunnar. Svo fremi sem keppinautarnir eru nógu margir og öflugir er ekki að vænta neinna samkeppnishamlandi áhrifa, enda eiga kaupendur þess þá kost víða að kaupa aðalvöruna án tvinnuðu vörunnar, nema því aðeins að aðrir birgjar tvinni vörur saman á svipaðan hátt. Aðgangshindranir á markaði aðalvörunnar gefa einnig vísbendingar um markaðsstöðu birgisins. Þegar tvinnun fer saman við skuldbindingu til að taka ekki þátt í samkeppni um sölu á aðalvörunni styrkir það stöðu birgisins umtalsvert.
- 221) Kaupandastyrkur skiptir miklu í þessu samhengi þar sem öflugir kaupendur verða ekki auðveldlega neyddir til að samþykka tvinnun nema þeir njóti að minnsta kosti að hluta hugsanlegrar hagræðingar af henni. Ef tvinnun leiðir ekki til hagræðingar stafar samkeppni því hætta af henni fyrst og fremst þegar kaupandastyrkur kaupanda er óverulegur.
- 222) Ef því hefur verið slegið föstu að merkjanleg samkeppnishamlandi áhrif muni koma fram vaknar sú spurning hvort skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt. Skuldbindingar um tvinnun geta gert það auðveldara að ná fram hagræðingu með samvinnu um framleiðslu eða dreifingu. Enda þótt birgirinn framleiði ekki tvinnuðu vöru getur hagræðing komið fram vegna mikilla innkaupa hans á þeirri vöru. Til þess að skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt verður þó að sýna fram á að sá sparnaður skili sér til neytenda að minnsta kosti að hluta, en þannig háttar venjulega ekki til þegar smásalinn á þess kost að kaupa reglulega inn sömu eða sambærilega vöru á sömu eða hagstæðari kjörum en þeim sem bjóðast hjá birginum sem tvinnar vörunar saman. Hagræðing getur einnig komið fram í því að tvinnunin geri auðveldara að tryggja samræmda og staðlaða vöruvöndun (sbr. stafl. i) í 107. mgr.). Þó er nauðsynlegt að sýna fram á að ekki megi ná fram þessum jákvæðu áhrifum jafnskilvirknan hátt með því að gera kaupanda skylt að nota eða endurselja vörur sem fullnægja tilteknum lágmarksstöðlum, en án þess að honum sé skylt að kaupa þær af birginum eða einhverjum þeim sem hann tilgreinir. Skilyrði um lágmarksstaðla falla venjulega ekki undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. Ef birgirinn, sem selur aðalvöruna, gerir kaupanda skylt að kaupa tvinnuðu vöruna af tilteknum birgjum, til dæmis vegna þess að því verður ekki við komið að setja fram lágmarksgæðastaðla, getur slíkt einnig fallið utan ákvæða 1. mgr. 53. gr., einkum ef birgirinn, sem selur aðalvöruna, hefur ekki beina (fjárhagslega) hagsmuni af því að ákvæða hvaða birgir skuli selja tvinnuðu vöruna.

### 2.10 Stýring endursöluverðs

- 223) Eins og fram kemur í undirkafla III.3 er litið svo á að stýring endursöluverðs, það er samningar og samstilltar aðgerðir sem hafa það beint eða óbeint að markmiði að ákveða fast endursöluverð eða lágmarksendursöluverð eða fast verðstig eða lágmarksverðstig sem kaupanda ber að virða, feli í sér harkalega takmörkun. Ef samningur hefur í för með sér stýringu endursöluverðs má ætla að hann takmarki samkeppni og falli því undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. Jafnframt er það tilefni til að ætla að samningurinn muni að líkindum ekki fullnægja skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr., og af þeirri ástæðu á hópundanþágan ekki við. Fyrirtæki geta þó vísað til þess að háttsemi þeirra í einstökum tilvikum hafi í för með sér hagræðingu, sbr. ákvæði 3. mgr. 53. gr. Samningsaðilum er skylt að rökstyðja að það muni að líkindum hafa í för með sér hagræðingu að kveða á um stýringu endursöluverðs í samningnum og færa sönnur á að öllum skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt. Það kemur þá í hlut Eftirlitsstofnunar EFTA að meta hvaða óæskileg áhrif líklegt er að slík ákvæði hafi á samkeppni og hag neytenda í reynd áður en ákveðið er hvort skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. er fullnægt.
- 224) Stýring endursöluverðs getur takmarkað samkeppni á ýmsan hátt. Slík stýring getur í fyrsta lagi greitt fyrir leynilegu samráði birgja með því að auka gagnsæi verðlagningar á markaðnum og gera það þannig auðveldara að sjá hvenær birgir víkur frá jafnvæginu, sem samráð hefur verið um, með því að lækka verðið. Ef endursöluverði er stýrt grefur það einnig undan þeim hvata sem birgir hefur til að lækka verð til dreifenda, þar eð fast endursöluverð kemur í veg fyrir að hann geti notið góðs af aukinni sölu. Einkum getur talist sennilegt að neikvæð áhrif af þessu tagi komi fram ef aðstæður á markaði yta undir leynilegt samráð, til að mynda þegar mikil fákeppni er með framleiðendum og stór hluti markaðarins fellur undir samninga um stýringu endursöluverðs. Í öðru lagi getur stýring endursöluverðs komið í veg fyrir samkeppni um verð á einni og sömu vöru og greitt á þann hátt fyrir leynilegu samráði kaupenda, þ.e. á stigi dreifingar. Hugsast getur að öflugir og vel skipulagðir dreifendur geti neytt eða sannfært einn eða fleiri birgja til að festa endursöluverði þannig að það sé hærra en sem samsvarar samkeppnisverði og gert þeim þannig auðveldara að koma á jafnvægi á grundvelli samráðs eða styrkja það. Veikari verðsamkeppni, sem af þessu leiðir, virðist einkum hafa í för með sér vandkvæði þegar stýring endursöluverðs hefur komist á að frumkvæði kaupenda, enda má ætla að þeir hafi sameiginlega lárétta hagsmuni sem hafa neikvæðar afleiðingar fyrir neytendur. Í þriðja lagi er hugsanlegt að stýring endursöluverðs veiki samkeppni framleiðenda og/eða smásala á almennari hátt, einkum þegar framleiðendurnir fela sömu dreifendum að selja vörur sínar og beita allir eða flestir stýringu endursöluverðs. Í fjórða lagi leiðir stýring endursöluverðs tafarlaust til þess að öllum eða tilteknum dreifendum er gert ókleift að lækka útsöluverð sitt á viðkomandi vörumerki. Bein áhrif af stýringu endursöluverðs eru með öðrum orðum verðhækkun. Í fimmta lagi getur stýring endursöluverðs minnkað þrýstinginn á lækkaða álagningu framleiðanda, einkum ef honum reynist erfitt að framfylgja verðákvörðunum, þ.e. þegar hann hefur hagsmuni af því að lækka verð gagnvart þeim dreifendum sem síðar koma til. Við þær aðstæður er hugsanlegt að framleiðandanum hugnist betur að fallast á stýringu endursöluverðs til þess að gera sér auðveldara að framfylgja ákvörðun um að lækka ekki verð gagnvart dreifendum sem síðar koma til og minnka þrýstinginn á að lækka álagningu sína. Í sjötta lagi getur framleiðandi tekið upp stýringu endursöluverðs þegar hann hefur nægilegan markaðsstyrk til að útiloka minni keppinauta. Sökum þess að stýring endursöluverðs getur aukið svigrúm dreifenda til álagningar er hugsanlegt að þeir ráðleggi viðskiptamönnum sínum fremur kaup á viðkomandi vörumerki en öðrum merkjum, jafnvel þegar slíkt er andstætt hagsmunum viðskiptamannanna, eða selji alls ekki síðarnefndu vörumerkin. Loks getur stýring endursöluverðs dregið úr endurnýjunarkrafti og nýsköpun á stigi dreifingar. Með því að koma í veg fyrir verðsamkeppni mismunandi dreifenda getur stýring endursöluverðs komið í veg fyrir að smásalar, sem náð hafa meiri hagkvæmni í rekstri, hefji starfsemi á markaðnum eða geti selt nægilega mikið af vörunni til að halda verðinu niðri. Þá geta þær komið í veg fyrir eða hindrað upptöku eða aukna notkun dreifingarháttanna sem byggjast á lágu verði, svo sem afsláttarverslana.
- 225) Stýring endursöluverðs getur þó ekki aðeins takmarkað samkeppni heldur einnig haft í för með sér hagræðingu, einkum þegar hún kemst á að frumkvæði birgja, og verður slík hagræðing metin með vísan til 3. mgr. 53. gr. Hér er þess helst að geta að þegar framleiðandi setur nýja vöru á markað getur stýring endursöluverðs komið að góðu gagni í upphafi við að auka eftirspurn og hvetja dreifendur þannig til að taka meira tillit til hagsmuna framleiðandans af því að koma

vörunni á framfæri. Stýring endursöluverðs getur gert dreifendum kleift að efla sölustarf sitt og ef dreifendur á markaðnum búa við samkeppnisaðhald getur hún verið þeim hvati til að auka heildarspurn eftir vörunni og stuðla að því að markaðssetning hennar takist, og þá jafnframt neytendum til hagsbóta<sup>(61)</sup>. Á svipaðan hátt getur verið nauðsynlegt að festa endursöluverðið, en setja ekki aðeins hámark á það, til þess að unnt sé, í sérleyfiskerfi eða sambærilegu dreifikerfi sem byggist á samræmdum dreifingarháttum, að skipuleggja samhæfða kynningarherferð með afslætti sem gildir í skamman tíma (2 til 6 vikur í flestum tilvikum) sem er einnig neytendum til hagsbóta. Í sumum tilvikum getur það aukna svigrúm, sem smásalar öðlast með stýringu endursöluverðs, gert þeim kleift að veita (meiri) þjónustu fyrir sölu, einkum þegar um er að ræða reynsluvörur eða flóknar vörur. Ef nægilega margir viðskiptamenn nýta sér þá þjónustu til að gera upp hug sinn en kaupa vöruna síðan lægra verði af smásölum sem veita ekki slíka þjónustu (og bera því ekki kostnað af henni) er hugsanlegt að smásalar, sem veita mikla þjónustu, dragi úr eða leggi niður þjónustu sem eykur spurnina eftir vöru birgisins. Stýring endursöluverðs getur komið að gagni við að hindra slíka frifarþegahegðun dreifenda. Til þess að aðilar teljist hafa sýnt fram á að öllum skilyrðum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt verða þeir að sýna með sannfærandi hætti að þess megi vænta að samningur um stýringu endursöluverðs geri ekki aðeins kleift að hindra frifarþegahegðun smásala að því er þessa þjónustu varðar, heldur sé í honum fölginn hvati til þess, svo og að þjónusta, sem veitt er fyrir sölu, sé neytendum til hagsbóta þegar á heildina er litið.

- 226) Sú viðskiptavenja að beina tilmælum um endursöluverð til endursala, eða gera honum skylt að virða hámarksendursöluverð, fellur undir hópundanþágureglugerðina ef markaðshlutur samningsaðilanna hvers og eins er innan 30% markanna, að því tilskildu að hún leiði ekki af sér lágmarksútsöluverð eða fast útsöluverð vegna þrýstings frá einum aðilanna, eða hvata sem rekja má til hans. Í síðasta hluta þessa undirkafla er að finna leiðbeiningar um hvernig staðið er að mati á hámarksverði og tilmælum um útsöluverð í einstökum tilvikum þegar markaðshluturinn er ofan þessara viðmiðunarmarka og um tilvik þar sem ástæða er til að fella niður hópundanþáguna.
- 227) Hættan, sem samkeppni getur stafað af ákvörðun um hámarksverð og tilmælum um útsöluverð, er að slíkar verðákvörðanir taki að þjóna sem sameiginlegt viðmið endursala og að þeir fylgi þeim flestir eða allir og/eða að ákvörðun um hámarksverð eða tilmæli um útsöluverð greiði fyrir leynilegu samráði birgja.
- 228) Við mat á hugsanlegum samkeppnishamlandi áhrifum ákvörðunar um hámarksverð eða tilmæla um útsöluverð skiptir miklu hversu sterka markaðsstöðu birgirinn hefur. Því sterkari sem markaðsstaða birgisins er þeim mun meiri er hættan á að ákvörðun um hámarksendursöluverð eða tilmæli um endursöluverð leiði til þess að endursalar fylgi slíku verði með meira eða minna samræmdum hætti vegna þess að þeir nota það sem sameiginlegt viðmið. Þeim getur reynst erfitt að víkja frá verði sem svo öflugur birgir á markaðnum virðist telja æskilegt endursöluverð.
- 229) Ef því hefur verið slegið föstu að ákvörðun um hámarksverð eða tilmæli um endursöluverð muni hafa merkjanleg samkeppnishamlandi áhrif vaknar spurningin hvort hugsanlegt sé að veita undanþágu samkvæmt 3. mgr. 53. gr. Í tengslum við ákvörðun um hámarksverð getur einkum skipt máli hvort hagræðing af því tagi sem fjallað er um í stafl. e) í 107. mgr. næst fram (þ.e. hvort komast má hjá tvöföldum álagningarvanda). Þá getur ákvörðun um hámarksverð komið að gagni við að tryggja að viðkomandi vöruerki veiti meiri samkeppni öðrum merkjum sem sami dreifandi dreifir, og þá einnig eigin vörumerkjum hans.

<sup>(61)</sup> Ein forsenda fyrir þessu er að ekki sé raunhæft fyrir birginn að krefjast þess af öllum kaupendum að þeir taki á sig með samningi kvaðir um kynningarstarf, sbr. einnig stafl. a) í 107. mgr.