

A photograph of two men in suits sitting on a black leather bench. The man on the left is wearing a dark blue suit and is reading a newspaper. The man on the right is wearing a light grey suit and is looking at a smartphone. The background shows a window with a view of a building.

Dansk Forening for Konkurrenceret

EU-Kommissionens udkast til ny vertikal gruppefritagelse og nye vertikale retningslinjer

Udvalgte emner

1 Overordnede indtryk

2 Viderealgsbegrænsninger

3 Begrænsninger af onlinesalg

4 Dual distribution

5 Prisbinding

6 Paritetsklausuler

7 Simplificeringer



Overordnede indtryk (1)

Grundlæggende praktisk anvendelighed bibeholdt...

- Stadig 30 % markedsandelstærskel for sælger og køber
- Samme grundlæggende metode
- Mange af de samme muligheder:
 - Beskyttelse af eksklusive områder/kundegrupper og områder/kundegrupper med selektiv distribution
 - Kvantitativ og kvalitativ selektiv distribution
 - Mulighed for maksimumssalgspriser og vejledende priser
 - 5-årige konkurrenceklausuler og post-term konkurrenceklausuler inden for franchise

... og væsentlige forbedringer...

- Lukning af (ubegrundede) "huller" i gruppefritagelsen:
 - Dual distribution for importører og grossister
- Lovliggørelse af (rimelige) begrænsninger:
 - Beskyttelse af selektiv distribution
 - Beskyttelse af "delt eksklusivitet"
 - Begrænsninger af købers kunders videresalg
 - Begrænsninger af salg gennem visse salgskanaler
- Mere tidssvarende beskyttelse af online-salg:
 - Dual pricing
 - Ikke-ækvivalente krav
- Ny vejledning:
 - Aktivt/passivt salg
 - Begrænsninger af onlinesalg
 - Paritetsklausuler
 - Ægte/uægte agenter

Overordnede indtryk (2)

... men er på visse punkter blevet mindre praktisk...

- Nye undtagelser til gruppefritagelsen:
 - Platforme med hybrid-funktion
- Øget kompleksitet/usikkerhed:
 - "Til formåls"-vurdering af begrænsninger i dual distribution
 - "Til følge"-vurdering ved informationsudveksling mellem leverandør og forhandlere i dual distribution med 10-30 % kombineret markedsandel i detaileddet
 - Vurdering af "*til formål [...] at hindre køberne eller disses kunder i effektivt at benytte internettet*" ved begrænsninger af onlinesalg
- Nye fortolknings spørgsmål:
 - "*et begrænset antal købere [...], således at der sikres en vis omsætning, som kan opretholde deres investeringsindsats*"

... og stadig visse "huller" og ubesvarede spørgsmål...

- Dual distribution i andet end detaileddet
- Videresalgsbegrænsninger
 - "*into another territory or to a customer group reserved to the supplier*" / "*has reserved the territory for the application of such a selective distribution system*"
 - Kombination af eksklusiv og selektiv distribution inden for samme område, men i forskellige distributionsled
- Prisbinding
 - Visse trepartsforhold
 - Forbud mod annoncering med meget lave priser ("lokkevarer")
- Post-term konkurrenceklausuler pålagt handelsagenter

Videresalgsbegrænsninger (1)

Ekklusiv og simpel distribution

- **Stadig** gruppefritaget:
 - Købers **etableringssted** (herunder afgrænset område for drift af mobile salgssteder)
 - Købers **aktive** salg til forhandlere og slutkunder i område/kundegruppe **eksklusivt tildelt en anden køber** eller **reserveret til leverandøren**
 - **Grossist-købers aktive og passive** salg til **slutkunder**
 - Købers **aktive og passive** salg af **komponenter** med henblik på inkorporering i samme type varer
- Fremover **også** gruppefritaget:
 - Købers **kunders** aktive salg til forhandlere og slutkunder i område/kundegruppe eksklusivt tildelt en anden køber eller reserveret til leverandøren
 - Købers **og købers kunders aktive** salg til forhandlere og slutkunder i område/kundegruppe **eksklusivt tildelt "en begrænset gruppe købere"**
 - Købers **og købers kunders aktive og passive** salg til **uautoriserede** forhandlere (i ethvert distributionsled) i område, hvor leverandøren **driver selektiv distribution**, eller som leverandøren har **reserveret til selektiv distribution**
- Stadig **ikke** gruppefritaget:
 - Købers og købers kunders **passive** salg til forhandlere og slutkunder i område/kundegruppe **eksklusivt tildelt en anden køber** eller **en begrænset gruppe købere** eller **reserveret til leverandøren**
 - Købers og købers kunders **aktive eller passive** salg til **autoriserede** forhandlere i område, hvor leverandøren **driver selektiv distribution**
 - Købers og købers kunders **aktive eller passive** salg til **slutbrugere** i område, hvor leverandøren **driver selektiv distribution**, eller som leverandøren har **reserveret til selektiv distribution**
 - Købers og købers kunders **aktive og passive** salg til forhandlere og slutbrugere i område/kundegruppe med **simpel distribution**

Videresalgsbegrænsninger (2)

Selektiv distribution

- **Stadig** gruppefritaget:
 - Købers **etableringssted** (herunder afgrænset område for drift af mobile salgssteder)
 - Købers **aktive** salg til forhandlere og slutkunder i område/kundegruppe **eksklusivt tildelt en anden køber** eller **reserveret til leverandøren**
 - **Grossist-købers aktive og passive** salg til **slutkunder**
 - Købers **aktive og passive** salg af **komponenter** med henblik på inkorporering i samme type varer
 - Købers **aktive og passive** salg til **uautoriserede** forhandlere (i ethvert distributionsled) i område, hvor leverandøren **driver selektiv distribution**, eller som leverandøren har **reserveret til selektiv distribution**
- Fremover **også** gruppefritaget:
 - Købers **kunders aktive og passive** salg til **uautoriserede** forhandlere (i ethvert distributionsled) i område, hvor leverandøren **driver selektiv distribution**, eller som leverandøren har **reserveret til selektiv distribution**
 - Købers **kunders** aktive salg til forhandlere og slutkunder i område/kundegruppe eksklusivt tildelt en anden køber eller reserveret til leverandøren
 - **Købers og købers kunders** aktive salg til forhandlere og slutkunder i område/kundegruppe **eksklusivt tildelt "en begrænset gruppe købere"**
- Stadig **ikke** gruppefritaget:
 - Købers og købers kunders **passive** salg til forhandlere og slutkunder i område/kundegruppe **eksklusivt tildelt en anden køber** eller **en begrænset gruppe købere** eller **reserveret til leverandøren**
 - Købers og købers kunders **aktive eller passive** salg til **autoriserede** forhandlere i område, hvor leverandøren **driver selektiv distribution (krydsleverancer)**
 - Købers og købers kunders **aktive eller passive** salg til **slutbrugere** i område, hvor leverandøren **driver selektiv distribution**, eller som leverandøren har **reserveret til selektiv distribution**
 - Købers og købers kunders **aktive og passive** salg til forhandlere og slutbrugere i område/kundegruppe med **simpel distribution**

Videresalgsbegrænsninger (3)

Praktiske overvejelser

- Formulering og administration af videresalgsbegrænsninger
 - Stadig ikke muligt med generelt forbud mod aktivt salg uden for territoriet
- Købers kunder, som "*har indgået en distributionsaftale med leverandøren eller med en part, som leverandøren har tildelt distributionsrettigheder*"?
- Reservering af område/kundegruppe til leverandøren/senere eksklusiv distribution/selektiv distribution
 - "*Det er ikke nødvendigt, at leverandøren er forretningsmæssigt aktiv i det forbeholdte område eller over for den forbeholdte kundegruppe, eftersom han kan ønske at reservere disse med henblik på at tildele dem til andre forhandlere i fremtiden*"
- Stadig muligt at kombinere eksklusive områder og kundegrupper
- Kombination af eksklusiv og selektiv distribution inden for samme område, men i forskellige omsætningsled?
- Selektiv distribution begrænset til visse varer eller kundegrupper?



Videresalgsbegrænsninger (4)

Aktivt salg

- Aktiv henvendelse til kunder gennem besøg, breve, emails, opkald eller andre former for direkte kommunikation
- Reklamer og salgsfremstød, offline og online, målrettet kunder i bestemte områder eller kundegrupper
 - Onlineannoncering og -markedsføring målrettet kunder i udvalgte områder eller kundegrupper
 - Annoncering mod betaling på en søgemaskine, der er målrettet bestemte områder eller kundegrupper
- Brug af websted med domænenavn fra andet område, end hvor forhandleren er etableret
- Tilbud på websted for andre sprogmuligheder end dem, der er almindeligt anvendt i forhandlerens område
 - Bortset fra engelsk
- Generel onlineannoncering og -markedsføring på andre sprog end dem, der er almindeligt anvendt i forhandlerens område
 - Antageligt igen bortset fra engelsk

Passivt salg

- Brug af websted med domænenavn fra forhandlerens område eller med generisk og ikke-landespecifikt domænenavn
 - Uanset om egen server eller tredjepartsserver
- Salg efter kundens besøg på websted
- Salg efter kundens valg om løbende at blive orienteret af forhandleren
- Brug af teknikker til søgemaskineoptimering af websted
- Onlineannoncering og -markedsføring, der skal nå ud til kunder i forhandlerens område/kundegruppe, men som ikke kan begrænses hertil
 - F.eks. sponsoreret indhold på lokal eller national avis' websted
 - Brug af prissammenligningstjenester med generiske og ikke-landespecifikke domænenavne
- Deltagelse i offentlige og private udbud

Begrænsninger af onlinesalg

Stadig hardcore-begrænsninger

- Krav om geoblocking/omdirigering
- Krav om standsning af transaktioner, hvis kreditkortoplysninger viser adresse uden for forhandlerens område

Nye eksempler på hardcore-begrænsninger

- Forhandleren må udelukkende sælge i fysiske omgivelser eller med den fysiske tilstedeværelse af specialiseret personale
- Forhandleren skal indhente forudgående tilladelse fra leverandøren til at sælge online
- Forhandleren må ikke anvende leverandørens varemærker eller handelsnavne på sit websted
- Direkte eller indirekte forbud mod anvendelse af en bestemt onlineannonceringskanal, f.eks. prissammenligningstjenester eller annoncering på søgemaskiner
 - F.eks. forbud mod anvendelse af leverandørens varemærker eller handelsnavne til referencering på søgemaskiner
 - Forbud mod bestemte prissammenligningstjenester eller søgemaskiner typisk ikke ulovligt

Ikke længere (nødvendigvis) hardcore-begrænsninger

- Dual pricing
- Ikke-ækvivalente betingelser/kvalitetskrav
- Begrænsning af andel af samlet salg, der foregår via internettet?

Stadig ikke (nødvendigvis) hardcore-begrænsninger

- Krav om én eller flere fysiske butikker eller showrooms
- Krav om salg af mindst en vis absolut mængde (i værdi eller omfang) af produkterne uden om internettet for at sikre en effektiv drift af det fysiske forretningssted
- Krav om, at forhandlerens website skal indeholde links til andre forhandleres og/eller leverandørens website

Nye eksempler på (muligvis) lovlige begrænsninger

- Direkte eller indirekte forbud mod salg på onlinemarkedspladser
 - Onlinemarkedspladsens logo ikke må være synligt
 - Forhandlerens domænenavn skal indeholde dennes firmanavn
- Krav om, at onlineannoncer opfylder visse kvalitetsstandarder eller indeholder bestemte elementer eller oplysninger

Anvendelsesområde

- Udvidet til at omfatte importører og grossister
- MEN omfatter stadig ikke dual distribution mellem leverandører, importører og grossister, der ikke opererer i detailledet

Ny supplerende betingelse om kombineret markedsandel i detailledet på < 30 %

- Så kommer den alligevel delvist!
- Øget kompleksitet i vurdering af markedsandele
- Nødvendigt at drøfte markedsandele på markeder, hvor parterne er konkurrenter

Ny betingelse om ingen "til formåls"-begrænsninger

- Øget kompleksitet og risiko i anvendelse af gruppefritagelsen
 - Ikke længere nok at se efter hardcore og ikke-fritagne begrænsninger
- Principielt både <10 % og 10-30 % kombineret markedsandel

Nyt krav om "til følge"-vurdering af informationsudveksling ved kombineret markedsandel i detailledet på >10 %

- Formentlig ikke nogen forskel for "horisontal" informationsudveksling (i forvejen ikke gruppefritaget)
- Formentlig ikke nogen ændring i forhold til "vertikal" informationsudveksling ved kombineret markedsandel i detailledet på <10% (i forvejen gruppefritaget)
- Men måske ændring i forhold til "vertikal" informationsudveksling ved kombineret markedsandel >10% (er aktuelt gruppefritaget uanset kombineret markedsandel)
 - Øget kompleksitet og risiko i anvendelse af gruppefritagelsen

Prisbinding (1) – Generelt

Grundlæggende samme tilgang

- Ingen nye eksempler på direkte prisbinding og (dis)incitament
 - Men omtaler ikke længere (i) trykning af vejledende udsalgspris på produktet eller (ii) anvendelse af MFN-klausuler
- Præciseret, at prisbinding ikke er *per se* ulovligt
- Samme tre eksempler på lovlig prisbinding:
 - Introduktion af nye produkter
 - Korte (2-6 ugers) koordinerede tilbudskampagner i f.eks. franchise
 - Afhjælpning af free-riding-problemer i forhold til førsalgsservice
- Reelt kun lidt supplerende vejledning i forhold til det første eksempel, som kan begrænse anvendelsesområdet (se citat til højre)
- Måske en vis opblødning: "*measures aimed at identifying price-cutting distributors, such as the implementation of a price monitoring system, or the obligation on retailers to report other members of the distribution network that deviate from the standard price level [...] are, however, in themselves not sufficient for a finding of RPM since they may be used by suppliers to increase the efficiency of the supply or distribution chain or for other purposes unrelated to direct or indirect means of achieving RPM.*"

“

Para. 182(a):

"When a manufacturer introduces a new product, RPM may be an efficient means to induce distributors to better take into account the manufacturer's interest to promote this product, in particular if it is a completely new product, and to increase sales efforts. If the distributors on the respective market face competitive pressure, this pressure may induce them to expand overall demand for the product and make the launch of the product a success, also for the benefit of consumers. Article 101(3) requires that less restrictive means do not exist. To meet this requirement, suppliers may, for example, demonstrate that it is not feasible in practice to impose on all buyers effective promotion requirements by contract. Under such circumstances, the imposition of fixed or minimum retail prices for a limited period of time in order to facilitate the introduction of a new product may be considered on balance pro-competitive."

“

Para. 178:

"The fixing of the resale price in a vertical agreement between a supplier and a buyer that executes a prior agreement between the supplier and a specific end user (hereinafter "fulfilment contract") does not constitute RPM where the end user has waived its right to choose the undertaking that should execute the agreement. In such a case, the fixing of the resale price does not result in a restriction of Article 101(1) since the resale price is no longer subject to competition in relation to the end user concerned. However, this only applies in case the fulfilment contract does not constitute an agency agreement falling outside the scope of Article 101(1), [...] for instance because the buyer acquires the ownership of the contract goods intended for resale or because it assumes more than insignificant risks in relation to the execution of the contract. In contrast, where the end user has not waived its right to choose the undertaking that should execute the agreement, the supplier cannot fix the resale price without infringing Article 4(a) VBER. However, it may set a maximum resale price with a view to allowing price competition for the execution of the agreement."

Prisbinding (2) – Trepartsforhold

Anvendelsesområde?

- Ikke relevant for logistik-/underleveranceaftaler
- Ikke-omfattede situationer (som burde være)
 - Leverandør indgår aftale med slutkunde, men ønsker at involvere forhandler til at forestå (løbende) levering til slutkunde som led i eksisterende forhandleraftale
 - Slutkunde indgår aftale med leverandør, men ønsker at indkøbe gennem forhandler med henblik på at samle indkøb

Vurdering

- Berettiget, at sondring mellem ægte/uægte agenter kun er relevant i første situation?

Prisbinding (3) – Øvrigt

“

Para. 174:

"Similarly, minimum advertised price policies ("MAPs"), which prohibit retailers from advertising prices below a certain amount set by the supplier, may also amount to RPM for instance in cases where the supplier sanctions retailers for ultimately selling below the respective MAPs, require them not to offer discounts or prevent them from communicating that the final price could differ from the respective MAP."

“

Para. 179:

- *"Article 4(a) VBER is fully applicable in the online platform economy. In particular, if an undertaking is a provider of online intermediation services according to Article 1(1)(d)VBER, it is a supplier and must therefore comply with Article 4(a) VBER to avoid a hardcore restriction with regard to the intermediated goods or services. While this does not prevent an online intermediation services provider from incentivizing the users of the online intermediation services to sell their goods or services at a competitive level or to reduce their prices, Article 4(a) VBER prohibits the online intermediation services provider from imposing a fixed or minimum sales price for the transaction that it facilitates."*



Paritetsklausuler (1) – Overblik

Begreb

- Klausuler, der direkte eller indirekte *"forpligter en leverandør af varer eller tjenester til at udbyde dem til en anden part på betingelser, der ikke er mindre favorable end de betingelser, hvorpå han udbyder dem til visse andre parter eller via visse andre kanaler. Betingelserne kan vedrøre priser, lagerbeholdning, tilgængelighed eller andre udbuds- eller salgsbetingelser."*
- *"Most Favored Nation clauses (MFNs)" og "Across Platform Parity Agreements (APPAs)"*

Specifikt for paritetsklausuler pålagt af onlineformidlingstjenester:

Salgskanaler/omsætningsled		Detail	Andre
Alle salgskanaler ("bred" paritet)	Leverandørens egne/direkte salgskanaler ("snæver" paritet)		
	Andre/indirekte salgskanaler	Konkurrerende salgskanaler	
		Ikke-konkurrerende salgskanaler	



- Ikke gruppefritaget
- Vejledning i VGL



- Gruppefritaget
- Vejledning i VGL



- Gruppefritaget
- Ingen vejledning i VGL

Paritetsklausuler (2) - Retningslinjer

Paritetsklausuler i detaileddet mellem platforme ("bred paritet")

Risici

- Svække konkurrencen og lette samordning mellem onlineformidlingstjenester
- Hindre nye eller mindre onlineformidlingstjenester i at trænge ind eller udvide

Vurdering

- Andel af købere, der er omfattet
- Homing-adfærd blandt køberne hhv. slutbrugere (multi-/singlehoming)
- Markedsposition for den udbyder, der anvender paritetsklausulen, hhv. konkurrerende udbydere
- Adgangsbarrierer på markedet for onlineformidlingstjenester
- Virkningerne af direkte salg til endelige brugere
- Kumulative virkninger
- Effektivitetsgevinster

Paritetsklausuler i detaileddet vedrørende direkte salgskanaler ("snæver" paritet)

Risici

- Hindrer underbud i den direkte salgskanal
- Kan sætte onlineformidlingstjenester i stand til at opretholde højere priser → højere detailpriser
- Indirekte konkurrencebegrænsende virkninger sv.t. brede paritetsklausuler

Vurdering

- Andel af købere, der er omfattet
- Markedsposition for den udbyder, der anvender paritetsklausulen
- Den relative størrelse af de direkte salgskanaler, der omfattes af klausulen
- De direkte og indirekte salgskanalers substituerbarhed (fra leverandørernes hhv. de endelige brugeres synspunkt)
- Kumulative virkninger
- Effektivitetsgevinster

Paritetsklausuler vedrørende betingelser uden for detaileddet

Risici

- Ved færdigvarer eller endelige tjenester: Samme som for paritetskrav i detaileddet
- Ved input: Kan mindske inputleverandørernes incitament til at konkurrere (højere inputpriser)

Vurdering

- Konkurrencevilkår i de efterfølgende led
- Leverandørens hhv. køberens relative størrelse og markedsstyrke
- Andelen af det relevante marked, der er omfattet af paritetsklausulen
- Omkostningerne ved det pågældende input ift. købernes samlede omkostninger
- Effektivitetsgevinster

Simplificeringer

Konkurrenceklausuler

- Stadig udelukket:
 - Længere end 5 år
 - Tidsubegrænset
- Fremover ikke længere udelukket:
 - Stiltiende forlængelse ud over 5 år - *"provided that the buyer can effectively renegotiate or terminate the vertical agreement containing the obligation with a reasonable notice period and at a reasonable cost"*

Udvidelse af gruppefritagelse ved overskridelser af markedsandelstærsklen


- Aktuelt:
 - 2 år for overskridelse til 30-35%
 - 1 år for overskridelse til 35%+
- Fremover:
 - 2 år for enhver overskridelse




Spørgsmål

Daniel Barry

Advokat, partner

 +45 30 93 71 18

 +45 36 94 13 02

 dba@plesner.com



Plesner

Plesner Advokatpartnerselskab
Amerika Plads 37
2100 København Ø
Tlf.: +45 33 12 11 33
Email: plesner@plesner.com
CVR-nummer: 38 47 79 35
www.plesner.com