

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. MAZÁK

fremSAT den 3. marts 2011¹

I — Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse er indgivet inden for rammerne af en sag anlagt af Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS (herefter »PFDC«) med påstand om ophævelse eller subsidiært ændring af beslutning nr. 08-D-25 af 29. oktober 2008 (herefter »beslutningen«), truffet af det franske konkurrenceråd (herefter »rådet«). I beslutningen blev det fastslået, at PFDC havde overtrådt bestemmelserne i handelslovens artikel L.420-1 og artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF) ved i sine aftaler om selektiv distribution effektivt at pålægge sine udvalgte (godkendte) forhandlere af kosmetiske produkter og kropsplejemidler et forbud mod via internettet at sælge produkterne til de endelige brugere. Rådet vurderede, at forbuddet mod salg over internettet var en følge af kravet i PFDC's distributionsaftaler om, at salget af de pågældende produkter skal foregå på en fysisk lokalitet under en uddannet farmaceuts tilstedeværelse.

1 — Originalsprog: engelsk.

II — Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

2. Pierre Fabre-koncernen markedsfører forskellige sortimenter inden for apotekervarer, homøopatiske og parafarmaceutiske produkter. PFDC fremstiller og markedsfører kosmetiske produkter og kropsplejemidler og har flere datterselskaber, herunder kosmetiklaboratorierne Avène, Klorane, Galénic og Ducray. I 2007 var Pierre Fabre-koncernen og Cosmétique Active France-koncernen, som er datterselskab af Oréal, førende med markedsandele på henholdsvis 20 % og 18,6 % som følge af deres langvarige tilstedeværelse på markedet og varemærke-»portefølje«.

3. Det fremgår af de distributionsaftaler om kosmetiske produkter og kropsplejemidler vedrørende mærkerne Avène, Klorane, Galénic og Ducray, som er indgået af PFDC, at salget skal ske på en fysisk lokalitet og med obligatorisk tilstedeværelse af en uddannet

farmaceut². Den forelæggende ret har anført, at det er ubestridt mellem parterne, at disse krav de facto udelukker alle former for salg via internettet.

4. Ved beslutning af 27. juni 2006 undersøgte rådet på eget initiativ en praksis, der anvendes i sektoren for distribution af kosmetiske produkter og kropsplejemidler. Ved beslutning nr. 07-D-07 af 8. marts 2007 tiltrådte rådet de forpligtende tilsagn, der var foreslået af de undersøgte virksomheder, med undtagelse af Pierre Fabre-koncernen, om at ændre deres aftaler om selektiv distribution med henblik på at fastsætte muligheden for, at medlemmerne af deres netværk kunne sælge deres produkter via internettet, og gjorde disse tilsagn bindende. Hovedreferenten besluttede den 30. oktober 2006, at Pierre Fabre-koncernens praksis skulle være genstand for en separat undersøgelse.

5. De produkter, der er genstand for sagen, er kosmetiske produkter og kropsplejemidler, der distribueres ved hjælp af selektive distributionsordninger og udbydes til salg med en

2 — Artikel 1, stk.1, i distributionsaftalernes almindelige forretningsbetingelser pålægger hver forhandler »at dokumentere fysisk og permanent tilstedeværelse på sit salgssted, i hele dets åbningstid, af mindst én person, der ved sin uddannelse er specielt kvalificeret til umiddelbart [...] på salgsstedet at rådgive om [PFDC's] bedst egnede produkt til det specifikke plejeproblem, navnlig af huden og dens tilknyttede strukturer, der er forelagt ham. Den omhandlede person skal være indehaver af et kvalifikationsbevis som uddannet farmaceut, der er udstedt eller anerkendt i Frankrig«. Artikel 1, stk. 2, præciserer, at disse produkter kun må sælges på »et konkretiseret og individualiseret salgssted«.

farmaceuters rådgivning. Disse produkter, der indgår i den mere omfattende sektor for kosmetiske produkter og kropsplejemidler, er underlagt forskellige krav til sammensætning og etikettering. Da de imidlertid ikke henhører under kategorien lægemidler og således ikke er undergivet apotekernes monopol, er der intet til hinder for, at disse produkter markedsføres frit uden for apotekernettet.

6. Konkurrencen mellem producenter på markedet for kosmetiske produkter og kropsplejemidler er stærk, navnlig på grund af produkternes karakter, idet innovation spiller en stor rolle. Distributionen sikres i det væsentlige af apoteker, uafhængige »para-pharmacies« og »para-pharmacies«, der befinder sig i store fødevarermarkeder og parfumerier. Apoteker er imidlertid med mere end to tredjedele af salget stadig hoveddistributionskanal som følge af de distributionsmonopoler, der fandtes indtil slutningen af 1980'erne, og den brede geografiske dækning, de råder over, samt på baggrund af det positive image, tilstedeværelsen af en farmaceut giver, samt at der foregår salg af receptpligtige lægemidler i nærheden. Samtidig er salg via internettet for alle produkter gået stærkt frem. Rådet har anført, at selv om det stadig er for tidligt at måle udviklingen i salget på nettet af kosmetiske produkter og kropsplejemidler, har de store luksusmærker inden for parfumevarer, smykker og accessories i den seneste tid i Frankrig

og i udlandet udviklet deres egne salgsweststeder på internettet.

7. Under referentens høring af 11. marts 2008 redegjorde repræsentanterne for bl.a. PFDC for de grunde, der havde fået Pierre Fabre-koncernen til at forbyde salg af deres produkter på internettet: »Udformningen af disse produkter kræver rådgivning fra en uddannet farmaceut på grund af produkternes virkemåde, idet de er udviklet som plejeprodukter. [...]. Vore produkter imødekommer særlige hudproblematikker, som f.eks. intolerant hud, med risiko for allergisk reaktion. Vi mener derfor, at salg på internettet ikke ville imødekomme forbrugernes og sundhedsfaglige personers forventninger til vore produkter og som følge heraf de krav, vi fastsætter i vore almindelige forretningsbetingelser. Produkterne er endvidere anbefalet af lægekorpsset. [...]«

8. Rådet har i betragtning af muligheden for en mærkbar påvirkning af samhandelen i EU³ undersøgt den omhandlede praksis i lyset af bestemmelserne i handelslovens artikel L.420-1 og artikel 81 EF. I beslutningen påpegede rådet, at PFDC ved at pålægge

sine godkendte forhandlere et forbud mod at sælge produkterne via internettet begrænser sine forhandlers forretningsfrihed ved at udelukke et markedsføringsmiddel for sine kosmetiske produkter og kropsplejemidler. PFDC begrænser ligeledes valget for forbrugere, der ønsker at købe over internettet. Rådet påpegede desuden, at det omhandlede forbud for de godkendte forhandlere fratager dem muligheden for at søge kunder ved at afsende meddelelser eller besvare forespørgsler, som uopfordret er lagt ind på deres websted, og at denne praksis svarer til en begrænsning af forhandlernes aktive og passive salg.

9. Rådet fastslog, at forbuddet nødvendigvis har et konkurrencebegrænsende formål, som kommer oven i den konkurrencebegrænsning, der ligger i selve producentens valg af en selektiv distributionsordning, som begrænser antallet af forhandlere, der er godkendt til at distribuere produktet, og hindrer forhandlerne i at sælge disse varer til ikke godkendte forhandlere. Da markedsandelen for Pierre Fabres produkter er under 30 %, har rådet undersøgt, om den restriktive konkurrencepraksis er omfattet af Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis⁴, hvilket forudsætter,

3 — Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at påvirkningen af samhandelen i EU er ubestridt af sagens parter, og af den forelæggende ret anses for at være påvist.

4 — EFT L 336, s. 21.

at den ikke udgør en alvorlig begrænsning. Rådet fastslog, at selv om praksis med forbud mod salg via internettet ikke udtrykkeligt er omhandlet i fællesskabsforordningen, svarer den til et forbud mod aktivt eller passivt salg. Dette forbud udgør følgelig — praktiseret i et selektivt distributionsnet — en alvorlig begrænsning som omhandlet i artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999, der ikke automatisk kan fritages i henhold til forordningen.

10. PFDC fremførte bl.a., at koncernen havde retten til at forbyde salg via internettet, da en netoperatør bevarer retten til at forbyde salg ved en godkendt forhandler »fra et uautoriseret etableringssted«. PFDC anførte, at selv om det måtte antages, at forbuddet mod salg over internettet udgjorde en alvorlig begrænsning, ville det påhvile konkurrencemyndigheden at påvise formålet eller virkningen af den pågældende praksis ved at gennemføre en individuel undersøgelse af denne praksis, hvilket referenten ikke har gjort i denne sag. PFDC fremførte desuden, at i betragtning af det særlige og homogene fysiske dækningsområde, som forhandlernes fysiske salgssteder har, har alle forbrugere adgang til PFDC-videreforhandlere, og den omhandlede praksis er således uden virkning på konkurrencen mellem mærkerne.

11. Ifølge rådet er et websted ikke et markedsføringssted, men et alternativt salgsmiddel. Desuden konkluderede Rådet bl.a., at alvorlige begrænsninger som omhandlet i forordning nr. 2790/1999 har konkurrencebegrænsende formål, uden at det er nødvendigt mere detaljeret at påvise, på hvilken måde formålet er konkurrencebegrænsende, eller at analysere virkningerne af den omhandlede praksis.

12. Hvad angår individuel fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF (nu artikel 101, stk. 3, TEUF) og handelslovens artikel L.420-4 fastslog rådet, at PFDC ikke havde påvist økonomiske fremskridt, eller at konkurrencebegrænsningen var nødvendig under omstændigheder, der gjorde det muligt at falde ind under individuel fritagelse, og bemærkede navnlig, at PFDC ikke har godtgjort, at den omhandlede praksis bidrog til at forbedre distributionen af dermokosmetiske produkter ved at forebygge risikoen for efterligning og utilbørlig konkurrence mellem godkendte apoteker, eller at virksomheden sikrede forbrugernes velfærd gennem en farmaceuts fysiske tilstedeværelse ved udleveringen af produktet.

13. I beslutningen blev det fastslået, at PFDC havde overtrådt bestemmelserne i handelslovens artikel L.420-1 og artikel 81 EF, og PFDC blev pålagt at slette alle de punkter i sine selektive distributionsaftaler, der svarer til et forbud mod salg over internettet af koncernens kosmetiske produkter og kropsplejemidler

samt udtrykkeligt at fastsætte muligheden for, at dets forhandlere kan anvende denne distributionsmåde, inden for en frist på tre måneder regnet fra meddelelsen af beslutningen. PFDC blev desuden pålagt inden for en frist på tre måneder fra meddelelsen af beslutningen at fremsende en skrivelse til alle sine salgssteder med meddelelse om ændringerne af deres aftaler om selektiv distribution og, hvis den finder det hensigtsmæssigt, at foranledige oprettelsen af websteder for dens distributionsnet med fastsættelse af kriterier for præsentation eller udformning af webstederne og underrette rådet herom inden for en frist på tre måneder regnet fra meddelelsen af denne beslutning. PFDC blev pålagt en bøde på 17 000 EUR.

ændring af beslutningen. Til støtte for sit søgsmål har PFDC for det første gjort gældende, at beslutningen er utilstrækkeligt begrundet for så vidt angår eksistensen af et konkurrencebegrundende formål. PFDC har bl.a. hævdet, at rådet ikke har foretaget en analyse af den retlige og økonomiske sammenhæng, som den omhandlede praksis indgår i, hvilket er obligatorisk for at fastslå forekomsten af en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål. For det andet har PFDC gjort gældende, at beslutningen er behæftet med en retlig fejl, for så vidt som den henviser til et formål, der »nødvendigvis« må være konkurrencebegrænsende. PFDC har bl.a. bemærket, at formålet med aftalerne om selektiv distribution ikke er at begrænse konkurrencen, men tværtimod at sikre forbrugerne et passende serviceniveau. Aftalerne sigter kun mod at give kunden mulighed for til enhver tid at anmode om og opnå en specialists udtalelse om det mest passende valg af Pierre Fabre-produkterne. PFDC har hævdet, at kvalifikationen af den sanktionerede praksis som overtrædelse i sig selv går imod konkurrenceretens generelle udvikling. Ifølge PFDC gav beslutningen ikke concernen mulighed for at legitimere den konkurrencebegrænsende praksis ved at fremføre objektive begrundelser. For det tredje har PFDC gjort gældende, at beslutningen er behæftet med en retlig fejl og et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som den har afvist, at den pågældende praksis falder ind under gruppefritagelsen i henhold til forordning nr. 2790/1999. Endelig har PFDC gjort gældende, at beslutningen er behæftet med en retlig fejl, for så vidt som den afviser, at den omhandlede praksis kan indrømmes en individuel fritagelse efter artikel 81, stk. 3, EF, selv om forbuddet mod salg via internettet sikrer forbrugerens velfærd som følge af en uddannet farmaceut's fysiske tilstedeværelse ved udleveringen af produktet og desuden forebygger risikoen for efterligning og utilbørlig konkurrence. Desuden ville ophævelsen af dette forbud ikke medføre øget konkurrence og navnlig ikke prisfald.

14. Den 24. december 2008 anlagde PFDC et søgsmål ved den forelæggende ret med påstand om annullation eller subsidiært

15. Kommissionen har den 11. juni 2009 indgivet skriftlige indlæg til cour d'appel de Paris i henhold til artikel 15, stk. 3, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003⁵. Ifølge den forelæggende ret har Kommissionen bemærket, at ethvert generelt og absolut forbud mod online-salg af aftaleprodukter til endelige brugere, som leverandøren har pålagt sine godkendte forhandlere i et selektivt distributionsnet, udgør en alvorlig begrænsning med konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, uanset leverandørens markedsandel. Ifølge Kommissionen er kvalifikationen af online-salg som passivt eller aktivt salg ikke relevant i forbindelse med selektiv distribution, for så vidt som enhver begrænsning af videresalg udgør en alvorlig begrænsning, uanset om der er tale om passivt eller aktivt salg. Hvis distributionen af aftaleprodukter desuden ikke er reguleret, er det ifølge Kommissionen kun under ekstraordinære omstændigheder, at der kan fremsættes en objektiv begrundelse for en alvorlig begrænsning. Med hensyn til anvendelse af gruppefritagelsen i forordning (EF) nr. 2790/1999 fandt Kommissionen ikke, at en selektiv distributionsaftale, der indeholder en alvorlig konkurrencebegrænsning såsom forbuddet mod, at godkendte forhandlere sælger aftaleprodukter via nettet, er omfattet af den i forordningen omhandlede gruppefritagelse, da denne anvendelse af internettet ikke kan sidestilles med åbningen af et fysisk salgssted på et etableringssted, der ikke er autoriseret af leverandøren. Det er dog ikke nødvendigvis udelukket, at begrænsningen kan opfylde de fire kumulative betingelser for individuel fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF og

således være omfattet af denne. I medfør af artikel 2 i forordning (EF) nr. 1/2003 hviler bevisbyrden for, at de fire betingelser er opfyldt, på den virksomhed, som påberåber sig fritagelsen.

16. Under disse omstændigheder besluttede cour d'appel de Paris ved dom af 29. oktober 2009 at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Udgør det generelle og absolutte forbud mod via internettet at sælge aftaleprodukter til de endelige brugere, som er pålagt de godkendte forhandlere i et selektivt distributionsnet, faktisk et alvorligt konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, som falder uden for gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 2790/1999, men eventuelt omfattes af en individuel fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF?«

5 — Forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82. EUT 2003 L 1, s. 1.

III — Retsforhandlingerne for Domstolen

17. PFDC, de franske konkurrencemyndigheder (herefter »konkurrencemyndighederne«)⁶, den franske, polske og italienske regering, Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har indgivet skriftlige indlæg. Retsmødet blev afholdt den 11. november 2010.

IV — Indledende bemærkninger

18. Efter min mening kan det spørgsmål, som cour d'appel de Paris har forelagt, rent praktisk opdeles i tre spørgsmål, således som konkurrencemyndighederne og Kommissionen har påpeget. Spørgsmål 1: Har et generelt og absolut forbud mod via internettet at sælge aftaleprodukter til de endelige brugere, som er pålagt godkendte forhandlere i et selektivt distributionsnet, et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF? Spørgsmål 2: Kan en sådan begrænsning omfattes af gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 2790/1999? Spørgsmål 3: Hvis

den pågældende begrænsning ikke kan omfattes af gruppefritagelse, kan den da omfattes af en individuel fritagelse efter artikel 81, stk. 3, EF?

V — Spørgsmål I — konkurrencebegrænsende formål

19. PFDC har gjort gældende, at en alvorlig begrænsning i henhold til forordning nr. 2790/1999 ikke i sig selv udgør en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 81, stk. 1, EF og derfor ikke kan fritage den relevante myndighed eller domstol for at påvise, at der i den foreliggende sag foreligger en sådan overtrædelse. I henhold til Domstolens praksis skal konkurrencemyndigheder foretage en individuel konkret analyse af den omhandlede aftale eller praksis i lyset af den retlige og økonomiske sammenhæng. Ifølge PFDC blev en sådan analyse ikke foretaget i beslutningen, som blot konstaterede, at en alvorlig begrænsning udgør en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål. PFDC har ligeledes hævdet, at formålet med aftalen var til gavn for konkurrencen og havde til formål at sikre, at forbrugerne fik den bedst mulige rådgivning ved køb af PFDC's produkter. For at kunne give den bedst mulige rådgivning skal en farmaceut direkte kunne iagttage kundens hud, hår og hovedbund. Der kan ikke gives rådgivning af en tilsvarende kvalitet ved salg via internettet. Desuden er PFDC af den opfattelse, at hvis koncernen tillod salg via internettet, kunne kravet om tilstedeværelse af en farmaceut på det fysiske salgssted anses for at være diskriminerende. PFDC har også bemærket, at selektive distributionsaftaler ikke må undersøges udelukkende på grundlag af pris,

6 — Rådet er blevet erstattet af konkurrencemyndighederne i henhold til lov 2008-776 af 4.8.2008 om modernisering af økonomien (JORE, nr. 181 af 5.8.2008, s. 12471).

men også i lyset af den service, forbrugerne tilbydes. Desuden vil en konkret undersøgelse vise, at formålet med aftalen ikke er at begrænse konkurrencen, idet der med 23 000 salgssteder i Frankrig er en meget stærk konkurrence mellem de enkelte mærker.

med retspraksis herom, vil et sådant system medføre en begrænsning af konkurrencen, og som følge heraf bliver den tilbageværende konkurrence så meget mere vigtig.

20. Ifølge konkurrencemyndighederne kan forbuddet på grundlag af dets konkurrencebegrænsende formål betegnes som en alvorlig konkurrencebegrænsning i henhold til artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999, som er forbudt i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. Forbuddet begrænser aktivt og passivt salg i overensstemmelse med artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999. Konkurrencemyndighederne har bemærket, at internettet er en ny distributionskanal og et vigtigt redskab til øget konkurrence, som skal forenes med mere traditionelle kanaler såsom selektivt distribution, hvilket begrunder pålæggelsen af visse betingelser. Dog er det generelle og absolutte forbud mod salg via internettet og den totale udelukkelse af de ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt åbenlyse fordele derved uforholdsmæssigt. Forbuddet er til skade for konkurrencen og forbrugerne, det hindrer integrationen af det indre marked og tilsidesætter således et af traktatens væsentligste mål. Den retlige og økonomiske sammenhæng i hovedsagen ændrer ikke ved denne konklusion. Selv om et selektivt distributionssystem er tilladt, hvis det er foreneligt

21. Efter den franske regerings opfattelse kan artikel 81, stk. 1, EF fortolkes på to måder i den foreliggende sag. For det første kan forbuddet anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, som ikke kun har en ugunstig indvirkning på konkurrencestrukturen på grund af de fysiske begrænsninger, som forhandlerne er blevet pålagt, men også skader forbrugernes interesser og ikke er objektivt begrundet. For det andet er det den franske regerings opfattelse, at der i øjeblikket ikke er tilstrækkelig erfaring med hensyn til spørgsmålet, om det pågældende forbud på grund af selve dets karakter har et konkurrencebegrænsende formål. Det er derfor nødvendigt med en vurdering af det pågældende forbuds positive og negative indvirkninger. Den franske regering har bemærket, at forbuddet kan bidrage til at forbedre det image, som produktets varemærkes har, til fordel for konkurrencen mærkerne imellem. Efter den italienske og polske regerings opfattelse udgør det generelle og absolutte forbud mod salg via

internettet en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål af artikel 81, stk. 1, EF.

sammenhæng har til formål at opdele de nationale markeder, eller besværliggøre integrationen af de nationale markeder, især ved at hindre eller begrænse parallelhandel.

22. Ifølge Kommissionen udgør forbuddet en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål, da det på grund af selve sin karakter i væsentlig grad vil kunne begrænse en forhandlers mulighed for salg til kunder uden for kontraktområdet eller aktivitetsområdet. Dette er i særlig grad tilfældet, når det drejer sig om selektiv distribution, som indebærer en risiko for markedssegmentering. Kommissionen har imidlertid bemærket, at denne fortolkning er med forbehold for producentens ret til at udvælge sine forhandlere ud fra særlige kriterier og pålægge kvalitative betingelser hvad angår markedsføring, præsentation og salg af de pågældende produkter. EF-TA-Tilsynsmyndigheden er af den opfattelse, at et generelt og absolut forbud mod via internettet at sælge aftaleprodukter til de endelige brugere, som er pålagt godkendte forhandlere i et selektivt distributionsnet, for det første kun kan anses for forholdsmæssigt i overensstemmelse med den hidtidige retspraksis om selektive distributionssystemer og følgelig foreneligt med artikel 101, stk. 1, TEUF, hvis de legitime krav, som det selektive distributionssystem er baseret på, ikke kan opfyldes i forbindelse med salg via internettet, og for det andet har det et konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, hvis det i lyset af den økonomiske og retlige

A — Alvorlig begrænsning/begrænsende formål

23. Ifølge forelæggelseskendelsen blev det bl.a. fastslået i beslutningen, at kravet i PFDC's distributionsaftaler om, at salg af de pågældende produkter skal foregå på en fysisk lokalitet under tilstedeværelse af en uddannet farmaceut, reelt udgjorde et forbud mod salg via internettet, at det svarer til en begrænsning af godkendte forhandlers aktive og passive salg og nødvendigvis har et konkurrencebegrænsende formål. Desuden blev forbuddet anset for at udgøre en begrænsning af PFDC's forhandlers forretningsfrihed ved at udelukke et markedsføringsmiddel for firmaets produkter, hvilket også begrænser valgmulighederne for forbrugere, som ønsker at købe online. Den forelæggende ret har i betragtning af, at forordning nr. 2790/1999 ikke nævner forbud mod onlinesalg, spurgt, om et generelt og absolut forbud mod via internettet at sælge aftaleprodukter til de endelige brugere, som er pålagt godkendte forhandlere

i et selektivt distributionsnet, har et alvorligt konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

24. Jeg mener, at det fremgår af sagens akter, at der er tale om en vis grad af forvirring med hensyn til de forskellige begreber konkurrencebegrænsende formål og alvorlig begrænsning. PFDC har også udførligt henvist til denne forvirring i sine skriftlige indlæg til Domstolen. Desuden fremgår det⁷ af Kommissionens skriftlige indlæg til den forelæggende ret i henhold til artikel 15, stk. 3, i forordning (EF) nr. 1/2003, at det pågældende forbud ifølge Kommissionen »har et alvorligt konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF«⁸. Kommissionen har imidlertid i sit indlæg for Domstolen gjort nærmere rede for sin holdning til dette og tilkendegivet, at konkurrencebegrænsende formål og en alvorlig begrænsning ganske vist er indbyrdes forbundne, men dog forskellige, retlige begreber.

25. Det følger af Domstolens praksis, at vertikale aftaler under visse omstændigheder kan have et konkurrencebegrænsende formål⁹. Som PFDC har påpeget, følger

begrebet konkurrencebegrænsende formål af artikel 81, stk. 1, EF¹⁰. Når et konkurrencebegrænsende formål er påvist, er det ikke nødvendigt at undersøge dets indvirkning på konkurrencen¹¹. Selv om påvisning af et konkurrencebegrænsende formål i forbindelse med en aftale ikke kræver en påvisning af dens konkurrencebegrænsende virkninger for at fastlægge dens konkurrencebegrænsende karakter, har Domstolen dog fastslået, at man bl.a. skal forholde sig til rækkevidden af dens bestemmelser, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår¹².

7 — Med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse heraf.

8 — Jf. punkt 11, 19 og 21 i dette indlæg.

9 — Dom af 30.6.1966, sag 56/65, LTM, Sml. 1965-1968, s. 211, org.ref.: Rec. s. 337, og af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. s. 429.

10 — Som henviser til aftaler, der har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen. Sondringen mellem »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål« og »overtrædelser med konkurrencebegrænsende virkning« skyldes den omstændighed, at visse former for hemmelige aftaler mellem virksomheder, nemlig »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål«, i sagens natur kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår. Jf. dom af 20.11.2008, sag C-209/07, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, Sml. I, s. 8637, præmis 17; jf. desuden præmis 16.

11 — I dom af 6.10.2009, forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services, mod Kommissionen, Sml. I, s. 9291 (herefter »GSK-dommen«), præmis 55, bekræftede Domstolen, at en aftales konkurrencebegrænsende formål og virkning ikke er kumulative betingelser, men derimod alternative ved bedømmelsen af, om en sådan aftale falder ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF. Det alternative forhold i denne betingelse — hvilket ses af bindeordet »eller« — medfører, at det er nødvendigt først og fremmest at tage aftalens egentlige formål i betragtning, hvorved der må tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal gælde. Hvis en analyse af indholdet af aftalen imidlertid ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet.

12 — Jf. GSK-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 58, og dom af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, Sml. I, s. 3173 (herefter »General Motors-dommen«), præmis 66. Jf. desuden dom af 4.6.2009, sag C-8/08 T, Mobile Netherlands m.fl., Sml. I, s. 4529, præmis 31, hvor Domstolen henviser til »den pågældende retlige og økonomiske sammenhæng«. Den liste over faktorer, som Domstolen har opstillet, er tilsyneladende ikke udtømmende.

26. En aftales konkurrencebegrænsende formål kan derfor ikke påvises udelukkende ud fra en abstrakt formel.

27. Selv om visse former for aftaler ud fra tidligere erfaringer således vil kunne anses for umiddelbare overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål, fritager dette ikke Kommissionen eller en national konkurrencemyndighed¹³ for forpligtelsen til at gennemføre en individuel vurdering af en aftale. Efter min opfattelse kan en vurdering være ret summarisk i visse tilfælde, f.eks. hvor der foreligger tydelige beviser for, at et horisontalt kartel har til hensigt at kontrollere produktionen for at holde priserne oppe, men den kan ikke helt undlades.

28. Udtrykket »en alvorlig begrænsning« fremgår ikke af EF-traktaten eller fællesskabsretten, men er omhandlet i Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger¹⁴ (herefter »retningslinjerne«), som i punkt 46 fastsætter: »[Forordning nr. 2790/1999] [¹⁵] indeholder i artikel 4 en liste over alvorlige begrænsninger, der indebærer, at hele den

vertikale aftale falder uden for [denne forordnings] anvendelsesområde«¹⁶. Sådanne alvorlige begrænsninger omfatter begrænsning i køberens adgang til at fastsætte sin salgspris, begrænsning af det område eller den kunde-gruppe, hvortil køberen må sælge kontraktvarerne eller -tjenesterne, begrænsning af aktivt eller passivt salg^{17 18} til slutbrugere for medlemmer af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, samt begrænsning af krydsleverancer mellem forhandlere inden for et selektivt distributionssystem. Selv om sådanne begrænsninger i en aftale efter min opfattelse vil give anledning til betænkeligheder vedrørende den pågældende aftales overensstemmelse med artikel 81, stk. 1,

16 — Jeg gør opmærksom på, at udtrykket »alvorlig begrænsning« ikke er anvendt i artikel 4 i gruppefritagelsesforordningen.

17 — Udtrykkene »aktivt salg« og »passivt salg« er ikke defineret i forordning nr. 2790/1999. Retningslinjerne, som ikke er bindende for Domstolen (jf. retningslinjernes punkt 4), foreskriver imidlertid i punkt 50, at der »ved «aktivt» salg forstås: aktiv henvendelse til individuelle kunder, der er omfattet af en anden forhandlers eneforhandlingsområde eller eksklusivt tildelte kunde-gruppe, f.eks. i form af post eller besøg, eller aktiv henvendelse til en bestemt kunde-gruppe eller bestemte kunder i et eneforhandlingsområde, eksklusivt tildelt en anden forhandler, gennem reklamer i medierne eller andre salgsmetoder, der specifikt er rettet mod denne kunde-gruppe eller kunder i det pågældende område, eller oprettelse af et lager eller en distributionskanal i en anden forhandlers eneforhandlingsområde. Ved «passivt» salg forstås: besvarelse af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering af varer eller tjenester til disse kunder. Generelle reklamer eller salgsmetoder i medierne eller på internettet, der når kunder, der er omfattet af andre forhandlers eksklusive områder eller kunde-grupper, men som udgør en rimelig måde til at nå ud til kunder uden for andre forhandlers eneforhandlingsområder eller eksklusivt tildelte kunde-grupper, f.eks. ved at nå ud til kunder i ikke-eksklusive områder eller i et eget område, er passivt salg«.

18 — Jeg mener, at et generelt og absolut forbud mod salg via internettet effektivt begrænser både aktivt og passivt salg, da det begrænser en godkendt forhandlers muligheder for at sælge til de endelige forbrugere i en anden medlemsstat. Det omhandlede forbud besværliggør integrationen af de nationale markeder og udgør således en begrænsning i henhold til artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999 og er derved til hinder for anvendelsen af undtagelsen i denne forordnings artikel 2. Den manglende specifikke omtale af salg via internettet i artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999 er ikke til hinder for denne konklusion.

13 — Under anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF.

14 — Meddelelse fra Kommissionen — Retningslinjer for vertikale begrænsninger, EFT 2000 C 291, s. 1.

15 — Som titlen angiver, omhandler forordning nr. 2790/1999 anvendelsen af artikel 81, stk. 3, EF snarere end anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF og har som retsgrundlag Rådets forordning nr. 19/65/EØF af 2.3.1965 om anvendelse af bestemmelserne i [...] artikel 81, stk. 3 EF] på kategorier af aftaler og samordnet praksis. EFT 1965-1966, serie I, s. 31.

EF¹⁹, og selv om det rent faktisk efter en undersøgelse af bl.a. den pågældende aftale og den økonomiske og retlige sammenhæng, som den indgår i, skulle føre til en konstatering af et konkurrencebegrænsende formål, eksisterer der ingen retlig formodning for, at aftalen overtræder artikel 81, stk. 1, EF.

opfylder alle betingelserne i en fritagelsesordning²¹, ikke indebærer, at den nødvendigvis har et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende virkning i henhold til artikel 81 EF.

29. Domstolen har i denne henseende for nylig i dommen i sagen Pedro IV Servicios²⁰ på ny slået fast, hvordan artikel 81, stk. 1, 2 og 3, EF hver især skal anvendes. Det fastslås, at »[n]år en aftale ikke opfylder alle betingelserne i en fritagelsesforordning, falder den [...] alene inden for forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF, hvis den har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart inden for fællesmarkedet, og hvis den kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. I sidstnævnte tilfælde og i mangel af en individuel fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF vil den pågældende aftale være uden retsvirkning i henhold til samme bestemmelses stk. 2«. Efter min opfattelse angiver det nævnte afsnit, at det forhold, at en aftale ikke

30. Det er derfor nødvendigt med en individuel undersøgelse for at vurdere, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, selv hvis den indeholder en begrænsning, der er omfattet af artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999 og således ikke er omfattet af fritagelsen i samme forordning.

B — Objektiv begrundelse

31. Ifølge PFDC er det omhandlede forbud objektivt begrundet som følge af de pågældende produkters karakter og anvendelse. PFDC har gjort gældende, at forkert anvendelse af dets produkter kan have en skadelig effekt på kunderne, hvilket begrundet kravet om en service med kvalitetsrådgivning. Kun en farmaceuts tilstedeværelse kan garantere

19 — Forudsat at den kan have en mærkbar virkning på handelen mellem medlemsstaterne.

20 — Dom af 2.4.2009, sag C-260/07, Sml. I, s. 2437, præmis 68.

21 — Eks. forordning nr. 2790/1999.

den bedste rådgivning af forbrugeren. I modsætning til, hvad Kommissionen og konkurrencemyndighederne har hævdet, mener PFDC, at begrebet objektiv begrundelse omfatter mere end hensynet til sikkerheden og den offentlige sundhed. PFDC har anført, at konkurrencemyndighedernes og Kommissionens indskrænkende tilgang er i strid med Domstolens praksis, som i relation til andre retlige områder har anerkendt, at lovligheden af en bestemt praksis skal undersøges i lyset af andre kriterier end sikkerhed og den offentlige sundhed. PFDC har i den forbindelse henvist til præmis 37 i Domstolens dom i Copad-sagen²², hvori den fastslog, at »varemærkeindehaveren kan påberåbe sig de retligheder, der er knyttet til varemærket, over for en licenstag, som overtræder en bestemmelse i licensaftalen, der forbyder salg af varer [...] til sælgere af udsalgsvare på grund af varemærkets prestigebetonede karakter, forudsat at det godtgøres, at denne tilside-sættelse [...] forringer den fremtoning og det prestigebetonede image, der giver disse varer en luksuriøs udstråling«.

32. PFDC har anført, at forbuddet mod internetsalg under alle omstændigheder er begrundet i sikkerheds- og sundhedsmæssige årsager. I retsmødet anførte PFDC som svar på et spørgsmål fra Domstolen, at det

pågældende forbud skal sikre, at den enkelte forbruger anvender dets produkter korrekt.

33. Konkurrencemyndighederne har anført, at begrebet objektiv begrundelse bør fortolkes indskrænkende og kun finde anvendelse i to tilfælde. For det første når en praksis udledes direkte af national ret eller fællesskabsret, der har til formål at beskytte den offentlige sfære, og for det andet når en praksis er objektivt nødvendig for, at en aftale af den type kan bestå. Derfor er det kun muligt at påberåbe sig objektive begrundelser, der ligger uden for den omhandlede virksomheds kontrol og forretningsmæssige valg. De to muligheder, der her er nævnt, gælder ikke med hensyn til PFDC's selektive distributionsaftaler. Kommissionen har anført, at en begrænsning af internetsalg, som nævnt i retningslinjernes punkt 51, ikke vil være omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF, hvis det er objektivt begrundet. I særlige tilfælde vil en begrænsning ikke være omfattet af denne bestemmelse, hvis den er objektivt nødvendig for, at en aftale af den type kan bestå. Det er Kommissionens opfattelse, at når markedsføringen af aftaleprodukterne ikke er genstand for en regulering, kan en objektiv begrundelse for en alvorlig begrænsning i almindelighed ikke anvendes. Virksomheder kan principielt ikke erstatte kompetente offentlige myndigheder, når det drejer sig om at opstille og håndhæve krav vedrørende produktsikkerhed og beskyttelse af den offentlige sundhed. Kommissionen har desuden bemærket, at andre virksomheder i en lignende situation som

22 — Dom af 23.4.2009, sag C-59/08, Sml. I, s.3421.

PFDC efter rådets undersøgelse var i stand til at organisere deres selektive distributionssystemer uden et absolut forbud mod salg via internettet.

sikkerhedshensyn synes således at være objektivt ubegrundede.

34. Det fremgår af de sagsakter, som er fremlagt for Domstolen, at de pågældende produkter ikke er lægemidler²³, og at der ikke findes nogen lovkrav, hverken på nationalt eller EU-plan, der foreskriver, at salget af dem skal foregå på en fysisk lokalitet og kun under en uddannet farmaceuts tilstedeværelse²⁴, og således kan begrunde det pågældende generelle og absolutte forbud mod salg via internettet²⁵. PFDC's påstande om sundheds-

35. Jeg vil ikke udelukke muligheden for, at private frivillige foranstaltninger²⁶, der begrænser salg af varer eller tjenester over internettet, under visse særlige omstændigheder kan være objektivt begrundet på grund af karakteren af disse varer eller tjenester eller de kunder, som de sælges til. Jeg er derfor enig med den polske regering, som i sit indlæg har fremført, at der kan være andre situationer, hvor et forbud mod salg over internettet er objektivt begrundet, selv om der ikke gælder nationale bestemmelser eller fællesskabsbestemmelser. Private frivillige foranstaltninger, der indgår i en aftale, kan falde uden for anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF²⁷, hvis de pålagte begrænsninger er passende i lyset af det forfulgte legitime mål og i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet ikke går ud over, hvad der er nødvendigt. Efter min opfattelse skal det tilsigtede legitime mål være af en offentligretlig natur²⁸ og derfor sigte mod at beskytte et offentligt gode og række ud over beskyttelse af de pågældende produkters image eller den måde, hvorpå en virksomhed ønsker at markedsføre sine produkter.

23 — Domstolen har gjort opmærksom på lægemidlers meget specielle karakter, idet deres terapeutiske virkninger i væsentligt omfang adskiller dem fra andre varer. Disse terapeutiske virkninger bevirker, at lægemidlerne, hvis de indtages unødvendigt eller på urigtig måde, kan være meget skadelige for sundheden, uden at patienten kan opdage dette under indtagningen heraf. Jf. dom af 19.5.2009, forenede sager C-171/07 og C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., Sml. I, s. 4171, præmis 31 og 32.

24 — Jf. punkt 5 ovenfor.

25 — Analogt med dom af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, mener jeg, at et sådant generelt og absolut forbud om salg via internettet af de i hovedsagen omhandlede varer, hvis det blev pålagt i national ret, principielt ville være i strid med bestemmelserne om varenes frie bevægelighed. Domstolen fastslog i denne sag, at et nationalt forbud mod postordresalg af lægemidler, der er apoteksforbeholdt i den omhandlede medlemsstat, udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion. Artikel 30 EF kan dog påberåbes for at begrunde et sådant nationalt forbud mod postordresalg af lægemidler, for så vidt som forbuddet vedrører receptpligtige lægemidler. Imidlertid kan artikel 30 EF ikke påberåbes for at begrunde et absolut forbud mod postordresalg af lægemidler, som ikke er receptpligtige i den omhandlede medlemsstat. Jf. desuden analogt Domstolens nyere dom af 2.12.2010 i sag C-108/09, Ker-Optika, Sml. I, s. 12213, der vedrørte salg af kontaklinser over internettet.

26 — I modsætning til begrænsninger i national ret eller EU-ret.

27 — Visse varer eller tjenester kan i sagens natur være uegnede til salg via internettet.

28 — Jf. analogt dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577.

36. Begrænsninger, der sigter mod at beskytte produkternes image eller den måde, hvorpå de markedsføres, skal efter min opfattelse undersøges i lyset af Domstolens praksis om selektiv distribution²⁹.

37. Jeg mener derfor ikke, at det af PFDC anførte vedrørende den rette anvendelse af dets produkter og krav om rådgivning fra en farmaceut udgør en objektiv begrundelse for et generelt og absolut forbud mod salg over internettet.

38. PFDC har ligeledes gjort gældende, at forbuddet er objektivt begrundet på grund af en høj risiko for et øget antal efterligningsprodukter som følge af salg over internettet med deraf følgende fare for forbrugernes sundhed³⁰ og risiko for utilbørlig konkurrence, som kan medføre, at den pågældende service og rådgivning forsvinder fra apotekerne, idet ejerne af websteder vil kunne snylte på investeringer foretaget af forhandlere, som ikke har et websted.

²⁹ — jf. nedenfor, punkt 44 ff.

³⁰ — PFDC har nemlig gjort gældende, at forbrugerne på grund af forbuddet er klar over, at et produkt, der sælges over internettet med PFDC's varemærke, er en efterligning.

39. Efter min opfattelse giver risikoen for efterligning og utilbørlig konkurrence anledning til berettiget bekymring i forbindelse med selektiv distribution.

40. Jeg er dog ikke ganske sikker på, hvordan distribution af en producents produkter via internettet gennem en godkendt forhandler i sig selv kan give større risiko for efterligning, og hvorfor skadelige virkninger fra et sådant salg ikke kan forhindres med passende sikkerhedsforanstaltninger. Med hensyn til utilbørlig konkurrence kan det i betragtning af, at oprettelsen og driften af et websted af høj standard utvivlsomt medfører omkostninger, ikke antages, at internetdistributører vil snylte på de investeringer, der er foretaget af distributører, som driver virksomhed fra et fysisk salgssted. Desuden mener jeg, at en producent kan opstille passende og ikke-diskriminerende betingelser for sine udvalgte forhandlere, der sælger via internettet, for at forhindre utilbørlig konkurrence og hermed sikre, at producentens distributionsnet fungerer på en balanceret og »ligelig« måde. I lyset af disse overvejelser forekommer det generelle og absolutte forbud at være uforholdsmæssigt, og det står ikke i et rimeligt forhold til de pågældende risici.

41. PFDC's påstande vedrørende efterligning og utilbørlig konkurrence synes derfor, med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse heraf, at mangle grundlag.

C — Begrænsning af aktivt og passivt salg

42. Beslutningen synes at tage udgangspunkt i, at de facto-forbuddet mod salg over internettet³¹ svarer til en begrænsning af forhandlernes aktive eller passive salg, og at det, når det praktiseres i et selektivt distributionsnet, nødvendigvis udgør en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF³². Selv om Domstolen³³, sådan som Kommissionen med rette har gjort

gældende, har fastslået, at aftaler, der tilsigter at forbyde eller begrænse parallelhandel³⁴, i princippet skal anses for at have konkurrencebegrænsende formål³⁵, vil selve det forhold, at de i hovedsagen omhandlede distributionsaftaler kan begrænse parallelhandel³⁶, efter min opfattelse ikke være tilstrækkeligt til at fastslå, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål i henhold til bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF³⁷. Det følger nemlig af Domstolens faste praksis, at selektive distributionsystemer nødvendigvis påvirker

31 — Beslutningen henviser bl.a. til retningslinjernes punkt 51, som fastsætter, at »[e]nhver forhandler [frit] skal [...] kunne benytte internettet til at reklamere for eller sælge varer«. Ikke desto mindre accepterer Kommissionen ligeledes i punkt 51, at »leverandøren [kan] pålægge kvalitetsstandarder for så vidt angår brugen af webstedet til videre salg af dennes varer, på samme måde som leverandøren kan opstille kvalitetsstandarder for en forretning eller for reklame og salgsmæssigt i almindelighed. Sidstnævnte kan være relevant i relation til selektiv distribution. Et direkte forbud mod salg over internettet efter postordresalg er kun tilladt, hvis det er objektivt begrundet«.

32 — Jf. punkt 8 og 9 ovenfor.

33 — Domstolen har i nogle tilfælde fastslået, at visse aftaler, som direkte eller indirekte begrænser parallelhandel, var i overensstemmelse med artikel 81, stk. 1, EF. De omhandlede sager er efter min opfattelse undtagelser og måske begrænset til de pågældende omstændigheder i disse sager. De er dog tilstrækkelige til at fastslå princippet om, at aftaler, der direkte eller indirekte begrænser parallelhandel, ikke automatisk har et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF. Derfor vil det efter min opfattelse ikke være tilstrækkeligt blot at foretage en bedømmelse af ordlyden af en aftale uden f.eks. at foretage en vurdering af den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den er blevet udarbejdet og praktiseres. Jf. f.eks. dom af 19.4.1988, sag 27/87, Erauw-Jacquery, Sml. s. 1919, og af 28.4.1998, sag C-306/96, Javico, Sml. I, s. 1983. Jf. desuden dom af 6.10.1982, sag 262/81, Coditel m.fl. mod Ciné-Vog Films m.fl. (herefter »Coditel II-dommen«), Sml. s. 3381, som efter min opfattelse skal læses sammen med dom af 18.3.1980, sag 62/79, Coditel m.fl. (herefter »Coditel I-dommen«), Sml. s. 881. Hvad angår Coditel-dommene henvises til det nylige forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i sag C-403/08, Football Association Premier League m.fl. (verserer for Domstolen), punkt 193-202; jf. ligeledes punkt 243-251.

34 — Det bemærkes, at beslutningen, med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse heraf, tilsyneladende ikke henviser specifikt til begrebet »parallelhandel«. En begrænsning af aktivt eller passivt salg vil imidlertid efter min opfattelse potentielt begrænse parallelhandel mellem medlemsstaterne.

35 — Jf. GSK-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 59. En aftale mellem en producent og en forhandler, som tilsigter at genoprette nationale skranke i handelen mellem medlemsstaterne, kan stride mod traktatens formål, som er at integrere nationale markeder gennem indførelsen af et enhedsmarked. Domstolen har således flere gange kvalificeret aftaler, som har til formål at opdele de nationale markeder efter nationale grænser, eller besværliggøre integrationen af de nationale markeder, bl.a. dem, som har til formål at forbyde eller begrænse paralleleksport, som aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i nævnte traktatbestemmelse. Jf. dom af 16.9.2008, forenede sager C-468/06 - C-478/06, *Sot. Lélou kai Sia.*, Sml. I, s. 7139, præmis 65 og den deri nævnte praksis. I *General Motors*-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 12) fastslog Domstolen i præmis 67, at en aftale vedrørende distribution har et restriktivt formål i artikel 81 EF's forstand, hvis den klart udtrykker, at der har foreligget en vilje til at behandle eksportsalg på en mindre gunstig måde end indenlandske salg, og således fører til en opdeling af det relevante marked.

36 — Ved at begrænse aktivt og passivt salg af produkterne gennem et forbud mod salg over internettet.

37 — Dette indebærer ikke, at spørgsmålet om påvirkningen af parallelhandelen ikke er relevant i forbindelse med selektive distributionsaftaler. Domstolen har nemlig fastslået, at selektive distributionsaftaler under visse omstændigheder kan være i strid med artikel 81, stk. 1, EF, da de begrænser parallelhandelen. Jf. dom af 24.10.1995, sag C-70/93, *Bayrische Motorenwerke*, Sml. I, s. 3439. Domstolens fastslog, at artikel 81, stk. 1, EF var til hinder for at tildele BMW-forhandlere fuldstændig områdebeskyttelse. Jf. desuden dom af 21.2.1984, sag 86/82, *Hasselblad* mod Kommissionen, Sml. s. 883.

konkurrencen³⁸, eftersom de ikke kun begrænser priskonkurrencen³⁹, men også påvirker parallelhandel⁴⁰, da forhandlerne kun må sælge til andre godkendte forhandlere eller endelige brugere. Til trods for disse begrænsninger har Domstolen imidlertid fastslået, at selektive distributionsaftaler under visse omstændigheder ikke har et konkurrencebegrænsende formål.

43. Hertil kommer, at selv om et forbud mod salg over internettet tilsyneladende begrænser parallelhandel i videre omfang end de begrænsninger, der indgår i enhver selektiv distributionsaftale, og derfor skal tages i betragtning af den forelæggende ret, skal der efter min opfattelse — på grundlag af karakteren af selektive distributionsaftaler og den dertil knyttede retspraksis, som er en del af den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalerne blev indgået og praktiseres — foretages en vurdering af, hvorvidt klausuler i det i hovedsagen omhandlede selektive distributionssystem har et konkurrencebegrænsende formål.

D — Selektiv distribution

38 — Dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG-Telefunken mod Kommissionen, Sml. s. 3151 (herefter »AEG-dommen«), præmis 33.

39 — I dom af 22.10.1986, sag 75/84, Metro mod Kommissionen (herefter »Metro II-dommen«), Sml. s. 3021, fastslog Domstolen, at en vis begrænsning af priskonkurrencen indgår i alle selektive distributionssystemer på grund af manglende konkurrence mellem specialforhandlere og ikke-specialforhandlere, men denne mangel på priskonkurrence opvejes af en konkurrence på kvaliteten af den service, der ydes kunderne, hvilket normalt ikke ville være muligt uden en rimelig fortjenstmargen, der dækker de højere omkostninger, som disse ydelser er forbundne med. I dom af 25.10.1977, sag, 26/76, Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen (herefter »Metro I-dommen«), Sml. s. 1875, præmis 21, anerkendte Domstolen, at selektive salgssystemer ikke udelukkende, end ikke i overvejende grad, lægger vægt på priskonkurrencen. Skønt priskonkurrencen ikke kan fjernes, udgør den dog ikke den eneste form for konkurrence og heller ikke en konkurrenceform, som under alle omstændigheder bør gives absolut forrang. I AEG-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 38, henviser Domstolen i præmis 42 til opvejningen af priskonkurrence og konkurrence vedrørende andre faktorer end prisen.

40 — Jf. i den forbindelse dom af 13.1.1994, sag C-376/92, Cartier (herefter »Metro III-dommen«), Sml. I, s. 15, præmis 26-29. Den reelle indvirkning på parallelhandelen kan variere afhængigt af f.eks. et selektivt distributionssystem »tæthed«. Graden af tæthed hænger i den sammenhæng sammen med, i hvor høj grad de produkter, der er omfattet af det selektive distributionssystem, kun leveres til forbrugere gennem autoriserede forhandlere.

44. Det fremgår af de sagsakter, der er forelagt Domstolen, at tilstedeværelsen af en farmaceut på salgsstedet styrker de pågældende produkters image⁴¹. I Copad-dommen⁴² fastslog Domstolen, at en vares egenskaber ikke kun er et resultat af dens materielle kvaliteter, men også af dens udstråling. Domstolen

41 — Jf. punkt 6 ovenfor.

42 — Med denne sag, nævnt ovenfor i fodnote 22, blev det bl.a. fastslået, at hvis en godkendt forhandler sælger varer, som er underlagt en selektiv distributionsaftale, til en ikke-godkendt forhandler, kan en varemærkeindehaver anlægge en varemærkesag — foruden en sag om kontraktbrud — mod den godkendte forhandler, hvis den ikke-godkendte forhandler ved at sælge de omtalte varer skader disses fremtøning og det prestigebetonede image, der forsyner dem med en luksuriøs udstråling. Desuden kan varemærket ikke blive konsumeret under disse omstændigheder.

fastslog også, at karakteren af og de særlige kendetegn ved en selektiv distributionsordning i sig selv er egnet til at opretholde kvaliteten af sådanne varer og sikre deres rette brug⁴³, i dette tilfælde prestigebetonede varer⁴⁴.

rådgivning til kunderne, eller krav om, at produkterne skal præsenteres på en måde, der fremhæver deres image, kan producenten opbygge og drive et selektivt distributionsystem med henblik på at udvælge sine forhandlere i overensstemmelse med disse specifikationer.

45. Når en producent ønsker at pålægge betingelser vedrørende den måde, hvorpå dennes produkter skal sælges, f.eks. et krav om, at forhandlere og deres personale er specialiseret i salg af disse produkter og giver passende

46. I Metro I-dommen⁴⁵ fastslog Domstolen, at karakteren af og intensiteten i konkurrencen kan variere under iagttagelse bl.a. af de pågældende produkter eller tjenester. En producent kan derfor tilpasse sin distribution til kundernes behov, og selektive distributionsystemer kan i visse tilfælde udgøre et led i konkurrencen, der er i overensstemmelse med artikel 81, stk. 1, EF. Domstolen fastslog således i AEG-dommen⁴⁶, at opretholdelsen af en specialhandel, der er i stand til at levere særlige ydelser for teknisk højt udviklede produkter af høj kvalitet⁴⁷, kan begrunde en begrænsning af konkurrencen på priserne til fordel for konkurrence på andre faktorer end priserne. En begrænsning af konkurrencen på priserne kan imidlertid kun begrundes, hvis

43 — Det fremgår af Copad-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, at den måde, hvorpå bestemte mærkevarer sælges, kan have en skadelig indvirkning på deres image og i sidste instans deres kvalitet i forbrugernes øjne. I denne sag fastslog Domstolen i forbindelse med prestigebetonede varer, at kvaliteten af disse ikke udelukkende er et resultat af deres materielle egenskaber, men ligeledes af deres fremtoning og af det prestigebetonede image, der forsyner dem med en luksuriøs udstråling. Den luksusoplevelse, der hidrører fra prestigebetonede varer, som er produkter af højeste kvalitet, er nemlig helt afgørende for, at forbrugerne adskiller dem fra andre lignende varer. En forringelse af denne luksusoplevelse kan derfor være til skade for selve disse varers kvalitet. Jf. ligeledes dom af 12.12.1996, sag T-88/92, Leclerc mod Kommissionen, Sml. II, s. 1961 (herefter »Leclerc-dommen«), præmis 109, hvori Retten fastslog, at begrebet egenskaber for så vidt angår luksuskosmetik ikke kun kan omfatte produkternes ydre kendetegn, men også omfatter den særlige opfattelse, forbrugerne har af dem, nærmere bestemt deres aura af luksus.

44 — Selv om den nævnte sag drejer sig om mærkevarer, mener jeg, at dette forhold også i visse tilfælde kan udvides til andre varer end mærkevarer og især tjenesteydelser, hvor kundernes opfattelse af disses kvalitet er påvirket af den måde, hvorpå varerne og tjenesteydelserne præsenteres. Det er imidlertid indlysende, at for at varemærkeretten skal kunne påberåbes, skal varemærket være registreret for de omhandlede varer og tjenesteydelser. Således anførte Domstolen i præmis 35 i Copad-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, at selv om den ikke har udelukket muligheden for, at de ydelser, der præsteres inden for detailhandelen med varer, omfattes af begrebet »tjenesteydelser« som omhandlet i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT L 40, s. 1), som ændret ved aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2.5.1992 (EFT 1994 L 1, s. 3), er det en betingelse herfor, at varemærket er blevet registreret for disse ydelser.

45 — Nævnt ovenfor i fodnote 39.

46 — Nævnt ovenfor i fodnote 38.

47 — I Leclerc-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 43, præmis 107, fastslog Retten efter min mening med rette, at sådanne distributionsystemer kan indføres i andre sektorer end sektoren for varige forbrugsgoder, der er af høj kvalitet eller teknisk avancerede, uden at artikel 81, stk. 1, EF er tilsidesat.

konkurrencen styrkes på grundlag af andre faktorer⁴⁸.

omhandler de af Pierre Fabre-koncernens godkendte forhandlere og deres personales faglige dygtighed⁵¹ og det forhold, at produkterne skal sælges fra et fysisk salgssted.

47. I henhold til fast praksis er selektive distributionssystemer tilladte, såfremt udvælgelsen af forhandlere sker på grundlag af objektive kvalitetskriterier for forhandlerens og hans personales faglige dygtighed samt for hans salgslokalers beskaffenhed, og såfremt disse betingelser fastsættes ens for alle potentielle forhandlere og anvendes uden diskriminering⁴⁹. En producent kan således ikke afslå at autorisere forhandlere, der opfylder de for systemet fastsatte kvalitative betingelser⁵⁰.

49. Domstolen har fastslået, at når adgangen til et selektivt salgssystem er undergivet betingelser, der går videre end en simpel objektiv udvælgelse på kvalitativt grundlag, er disse betingelser i princippet omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF, i særdeleshed når de er baseret på kvantitative⁵² udvælgelseskriterier⁵³. Her sondres der i retspraksis klart mellem kvalitative og kvantitative kriterier.

48. En stor del af Domstolens praksis har drejet sig om, hvorvidt forhandlerne udvælges på en ensartet og ikke-diskriminerende måde. Spørgsmålet om adgang til Pierre Fabre-koncernens selektive distributionssystem er ikke som sådan relevant for hovedsagen, da det ikke på nogen måde er antydnet, at koncernens udvælgelsessystem anvendes på en diskriminerende måde. Spørgsmålet drejer sig snarere om, hvorvidt udvælgelseskriterierne er lovlige i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. I den forbindelse bemærkes, at de udvælgelseskriterier, der i beslutningen blev anset for at tilsidesætte artikel 81, stk. 1, EF, egentlig

50. Det er imidlertid ikke alle kvalitative kriterier for udvælgelse af forhandlere, som er tilladt i henhold til artikel 81, stk. 1, EF⁵⁴.

51. En producent, der anvender et selektivt distributionssystem, skal derfor ifølge

48 — Jf. præmis 33.

49 — Dom af 10.7.1980, sag C-99/79, Lancôme og Cosparfrance Nederland, Sml. s. 2511, præmis 20.

50 — AEG-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 45.

51 — Kravet om at de omhandlede produkter skal sælges under tilstedeværelse af en uddannet farmaceut.

52 — F.eks. opnåelse af en nærmere bestemt omsætning samt forpligtelse til at foretage et vist mindsteindkøb og til at opretholde et vist mindstelager.

53 — Jf. dom af 11.12.1980, sag 31/80, L'Oréal, Sml. s. 3775, præmis 17.

54 — Jeg gør opmærksom på, at Domstolen anvendte ordet »navnlig« i præmis 17 i Metro I-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39.

retspraksis pålægge kvalitative kriterier, som går videre end nationale regler eller EU-regler vedrørende salg af de pågældende produkter⁵⁵, det omhandlede produkt skal have sådanne egenskaber, at det af hensyn til at bevare dets kvalitet og af hensyn til dets rette brug er nødvendigt at anvende et selektivt salgssystem⁵⁶, og kriterierne må ikke gå ud over, hvad der er objektivt nødvendigt⁵⁷ for at sælge disse produkter på en passende måde, ikke blot i forhold til deres materielle kvaliteter, men også deres udstråling eller image⁵⁸.

52. Efter min opfattelse har kvalitative kriterier i en selektiv distributionsaftale, som opfylder de ovennævnte betingelser, men fører til en begrænsning af parallelhandel, som er mere omfattende end den begrænsning, der er indbygget i enhver selektiv distributionsaftale,

55 — I L'Oréal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, fastslog Domstolen, at det ikke er nødvendigt at anvende et selektivt salgssystem af hensyn til at bevare et produkts kvalitet og af hensyn til dets rette brug, hvor disse mål allerede nås i kraft af nationale bestemmelser om adgangen til erhvervet som videreforhandler eller i kraft af betingelserne for salg af det omhandlede produkt.

56 — L'Oréal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 16. I dom af 27.2.1992, sag T-19/91, Vichy mod Kommissionen, Sml. II, s. 415, bemærkede Domstolen, at visse produkter har sådanne særegenheder, at de kun hensigtsmæssigt kan sælges gennem specialforhandlere.

57 — Jf. analogt L'Oréal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 16.

58 — I Leclerc-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 43, fastslog Retten, at det er i de forbrugeres interesse, der efterspørger luksuskosmetik, at sådanne produkter præsenteres på salgsstederne under egnede vilkår, og at deres image af luksus bevares. Heraf følger, at kvalitative kriterier for udvælgelse af detailhandlere i luksuskosmetiksektoren, navnlig luksusparfumesektoren, som ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre, at disse produkter sælges under gode vilkår med hensyn til den måde, hvorpå de præsenteres, i princippet ikke er omfattet af artikel 81, stk. 1, EF, for så vidt som disse kriterier er objektive, er fastsat ens for alle potentielle forhandlere og anvendes på en måde, der ikke er diskriminerende.

ikke et konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

53. Med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse heraf er jeg af den opfattelse, at de i hovedsagen omhandlede produkter er velegnede til distribution gennem et selektivt distributionssystem. Desuden mener jeg, med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse heraf, at Pierre Fabre-koncernens krav i de selektive distributionsaftaler om, at salget af dens produkter skal foregå på en fysisk lokalitet under en farmaceuts tilstedeværelse, ikke tilsigter at begrænse parallelhandel, men snarere at bevare det positive image, som dens produkter har opnået på grund af den direkte service for kunderne her og nu på salgsstedet⁵⁹.

54. Selv om den forelæggende ret har gjort opmærksom på, at tilstedeværelsen af en farmaceut, samt at der foregår salg af receptpligtige lægemidler i nærheden, giver et positivt image, er denne ret efter min mening nødt til at undersøge, hvorvidt et generelt og absolut forbud mod salg via internettet er forholdsmæssigt. Det kan tænkes, at salg via internettet af visse varer under visse omstændigheder kan skade bl.a. disse varers image og således også deres kvalitet og derved begrunde et generelt og absolut forbud mod salg via internettet. Idet en producent efter min opfattelse

59 — EFTA-Tilsynsmyndigheden har udtalt, at »intet i forelæggelseskendelsen tyder på, at forbuddet er rettet mod parallelhandel eller andre former for grænseoverskridende salg. Det synes snarere at være begrundet i de pågældende produkters karakter og den måde, hvorpå Pierre Fabre ønsker at markedsføre sine produkter«.

imidlertid kan fastsætte rimelige, ikke-diskriminerende betingelser vedrørende salg via internettet⁶⁰ og derved beskytte sit produkts image, vil et generelt og absolut forbud mod salg via internettet, som en producent pålægger en forhandler, i mine øjne kun være forholdsmeæssigt i helt særlige tilfælde.

55. I hovedsagen er den forelæggende ret nødt til at undersøge f.eks., hvorvidt det er muligt at give kunderne tilstrækkelig individuel information og rådgivning, når denne formidles over internettet, og om brugerne har mulighed for at stille relevante spørgsmål om produkterne, uden at de behøver at gå til et apotek⁶¹. Pierre Fabre-koncernens forhandlere kunne også i så fald gøre opmærksom på, at brugerne har mulighed for at få personlig og direkte rådgivning på visse fysiske salgssteder.

60 — En mulighed, der omtales i retningslinjernes punkt 51, nævnt ovenfor i fodnote 14. Jf. desuden Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (EFT 2010 C 130, s. 1 (herefter »de nye retningslinjer«)), som er vedtaget for nylig. Selv om disse ikke er tidsmæssigt relevante for de faktiske omstændigheder i hovedsagen og ikke er bindende for Domstolen, giver de nye retningslinjer vejledning om visse forhold i en distributionsaftale, som Kommissionen finder acceptable vedrørende salg over internettet. Jf. f.eks. punkt 52, litra c), og punkt 54 i de nye retningslinjer.

61 — Jf. i den henseende, vedrørende salg af lægemidler via internettet, Deutscher Apothekerverband-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 113, og, vedrørende salg af kontaktlinser via internettet, Ker-Optika-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 73.

56. Selv om det fremgår af de sagsakter, der foreligger for Domstolen, at konkurrencen mellem mærkerne allerede er stor, idet produkterne sælges fra et stort antal fysiske salgssteder i Frankrig, udelukker et generelt og absolut forbud mod salg over internettet desuden en moderne distributionsmåde, som ville gøre det muligt for kunderne at købe de pågældende produkter uden for disse salgssteders normale salgsområde og således skabe mulighed for yderligere konkurrence mellem mærkerne. Salg over internettet kan ligeledes øge konkurrencen mellem mærkerne, da det kan øge prisgennemsigtigheden og dermed give mulighed for at sammenligne priserne på de pågældende produkter⁶².

57. Derfor anser jeg et generelt og absolut forbud mod via internettet at sælge varer til de endelige brugere, som er pålagt de godkendte forhandlere i et selektivt distributionsnet, og som i videre omfang hindrer eller begrænser parallelhandel end de begrænsninger, der ligger i enhver selektiv distributionsaftale, samt går ud over, hvad der er objektivt nødvendigt for at kunne distribuere disse varer på en passende måde i forhold til ikke blot deres materielle kvaliteter, men også deres udstråling eller image, for at udgøre et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

62 — Og mellem de omhandlede produkter og andre mærker (konkurrence mellem mærkerne).

VI — Spørgsmål II — forordning nr. 2790/1999

udelukker det de omhandlede klausuler i PFDC's selektive distributionsaftaler fra fritagelse efter forordning nr. 2790/1999, medmindre salg via internettet kan anses for virksomhed fra et uautoriseret etableringssted.

58. I henhold til artikel 2 i forordning nr. 2790/1999 finder artikel 81, stk. 1, EF ikke anvendelse på visse kategorier af vertikale aftaler eller samordnet praksis, som er indgået mellem to eller flere virksomheder, og som vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester⁶³. Fritagelsen efter artikel 2 i forordning nr. 2790/1999 gælder ifølge denne forordnings artikel 4, litra c), ikke for selektive distributionsaftaler, som begrænser aktivt eller passivt salg til slutbrugere for medlemmer af et selektivt distributionssystem, som opererer i detaileddet. Dette er dog med forbehold af adgangen til at forbyde et medlem af systemet at drive virksomhed fra et uautoriseret etableringssted.

60. Ifølge PFDC kan salg via internettet ikke sidestilles med salg fra et autoriseret etableringssted. Det må derfor anses for salg fra et andet (virtuelt) etableringssted. Selve karakteren af et sådant salg er anderledes, og salg under en farmaceut's tilstedeværelse kan ikke sidestilles med salg over internettet. Desuden henviser artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999 ikke til salg over internettet, hvilket giver en producent mulighed for at gøre indvendinger mod, at en forhandler sælger aftalevarerne fra et uautoriseret etableringssted, hvad enten det er et fysisk salgssted eller et websted.

59. Jeg mener, at det generelle og absolutte forbud mod salg via internettet begrænser både aktivt og passivt salg⁶⁴, og derved

61. Artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999 henviser ikke til salg via internettet⁶⁵. Jeg mener imidlertid ikke, at

63 — Ifølge artikel 3, stk. 1, gælder den fritagelse, der er fastlagt i denne forordning, på betingelse af at leverandørens markedsandel ikke overstiger 30% af det relevante marked, hvorpå denne sælger aftalevarerne eller -tjenesterne. Den forelæggende ret har i forelæggelseskendelsen angivet, at Pierre Fabre-koncernen havde en markedsandel på 20%.

64 — Jf. fodnote 18 ovenfor.

65 — Jf. fodnote 18 ovenfor. Jf. ligeledes artikel 4, litra c), i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20.4.2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EUT L 102, s. 1), som ikke henviser til salg over internettet. Forordning nr. 330/2010 trådte i kraft den 1.6.2010 og har reelt erstattet forordning nr. 2790/1999, som udløb den 31.5.2010. Jf. dog artikel 9 i forordning nr. 330/2010 om en overgangsperiode. Forordning nr. 330/2010 er tidsmæssigt ikke relevant for hovedsagen.

internettet i den foreliggende sammenhæng kan anses for et (virtuelt) etableringssted, men snarere for et moderne kommunikationsmiddel og markedsføringsmiddel for varer og tjenester. Selv om en godkendt forhandler i henhold til artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999 kan forbydes at flytte sit salgssted eller sine lokaler uden forudgående samtykke fra producenten, hvilket sikrer, at sidstnævnte bl.a. kan kontrollere kvaliteten og præsentationen af salgsstedet eller lokalerne, mener jeg således, at et generelt og absolut forbud mod salg over internettet i en selektiv distributionsaftale fortaber retten til fritagelse i henhold til artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999. Som anført ovenfor i punkt 54, kan en producent efter min opfattelse fastsætte passende, rimelige, ikke-diskriminerende betingelser i forbindelse med salg via internettet og derved sikre kvaliteten af præsentationen og distribueringen af de varer og tjenester, der markedsføres på denne måde.

62. Derfor mener jeg ikke, at en selektiv distributionsaftale, som indeholder et generelt og absolut forbud mod salg over internettet, kan falde ind under gruppefritagelsen efter forordning nr. 2790/1999, da et sådant forbud fungerer som en begrænsning af aktivt

og passivt salg i henhold til forordningens artikel 4, litra c). En godkendt forhandlers salg af aftalevarer via internettet udgør ikke drift af virksomhed fra et uautoriseret etableringssted i henhold til artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999.

VII — Spørgsmål III — individuel fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF

63. Den forelæggende ret har anmodet Domstolen om at angive, hvorvidt det generelle og absolutte forbud mod salg via internettet kan omfattes af en individuel fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, såfremt det ikke kan omfattes af en gruppefritagelse efter forordning nr. 2790/1999.

64. Det er kun såfremt den forelæggende ret fastslår, at det pågældende forbud begrænser konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, EF og ikke er omfattet af en gruppefritagelse efter forordning nr. 2790/1999, at denne ret er nødt til at foretage en analyse på grundlag af artikel 81, stk. 3, EF. Desuden kan enhver aftale, som begrænser konkurrencen, i princippet omfattes af en fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Som Kommissionen således med rette har påpeget i sine skriftlige indlæg,

er en aftale ikke automatisk udelukket fra at være omfattet af artikel 81, stk. 3, EF, selv om det er fastslået, at den har et konkurrencebe- grænsende formål.

»Bevisbyrde«, at bevisbyrden for, at betingel- serne i traktatens artikel 81, stk. 3, er opfyldt, påhviler den virksomhed, der påberåber sig denne bestemmelse. Imidlertid kan de fakti- ske omstændigheder, som denne virksomhed har påberåbt sig, forpligte den anden part til at fremkomme med en forklaring eller en be- grundelse, i mangel af hvilken det kan anta- ges, at bevisbyrden er blevet løftet⁶⁷.

65. For at undtagelsen i artikel 81, stk. 3, EF skal finde anvendelse, skal bestemmelsens fire kumulative betingelser være opfyldt. For det første skal den omhandlede ordning bidrage til at forbedre produktionen eller fremme fordelingen af de omhandlede varer eller tje- nesteydelser, eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, for det andet skal der sikres forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, for det tredje må der ikke pålægges de pågældende virksomheder be- grænsninger, som ikke er nødvendige, og for det fjerde må der ikke gives disse virksomhe- der mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer⁶⁶.

67. Da der ikke findes tilstrækkelige oplys- ninger i de sagsakter, der er forelagt Dom- stolen, vedrørende dette spørgsmål, er Dom- stolen efter min opfattelse ikke i stand til at give den forelæggende ret anvisninger af, hvorledes artikel 81, stk. 3, EF specifikt finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

66. Endvidere fremgår det af artikel 2 i forordning nr. 1/2003, med overskriften

68. Jeg er derfor af den opfattelse, at en se- lektiv distributionsaftale, som indeholder et generelt og absolut forbud mod salg via in- ternet, kan omfattes af en individuel fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, hvis bestemmelsens fire kumulative betingelser er opfyldt.

66 — Jf. i denne retning dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBVB mod Kommissionen, Sml. s. 19.

67 — Jf. GSK-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 83.

VIII — Forslag til afgørelse

69. På baggrund af det ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af cour d'appel de Paris, således:

- »1) Et generelt og absolut forbud mod via internettet at sælge produkter til de endelige brugere, som er pålagt de godkendte forhandlere i et selektivt distributionsnet, og som i videre omfang hindrer eller begrænser parallelhandel end de begrænsninger, der indgår i enhver selektiv distributionsaftale, samt går ud over, hvad der er objektivt nødvendigt for at sælge disse produkter på en passende måde ikke blot i forhold til deres materielle kvaliteter, men også deres udstråling eller image, har et konkurrencebegrænsende formål i henhold til bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF.

- 2) En selektiv distributionsaftale, som indeholder et generelt og absolut forbud mod salg via internettet, kan ikke omfattes af en gruppefritagelse i henhold til Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, da et sådant forbud fungerer som en begrænsning af aktivt og passivt salg i henhold til forordningens artikel 4, litra c). En godkendt forhandlers salg af aftalevarer via internettet kan ikke udgøre drift af virksomhed fra et uautoriseret etableringssted i henhold til artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999.

- 3) En selektiv distributionsaftale, som indeholder et generelt og absolut forbud mod salg via internettet, kan omfattes af en individuel fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, hvis denne bestemmelses fire kumulative betingelser er opfyldt.«