



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 26. juli 2017¹

Sag C-230/16

**Coty Germany GmbH
mod
Parfümerie Akzente GmbH**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberlandesgericht Frankfurt am Main (den regionale appeldomstol i Frankfurt am Main, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – konkurrence – konkurrencebegrænsende aftaler – artikel 101, stk. 1, TEUF – selektiv distribution – aftalebestemmelse, der forbyder detailhandlende at benytte sig af en uautoriseret tredjepart i forbindelse med internetsalg – gruppefritagelse i henhold til forordning (EU) nr. 330/2010 – artikel 4, litra b) og c)«

1. Visse forhandleres stigende anvendelse af elektroniske markedspladser (*marketplaces*) eller platforme, der er uafhængige af producenterne², har naturligvis foranlediget en række myndigheder og nationale domstole³ til at sætte spørgsmålstegn ved en leverandørs mulighed for at forbyde autoriserede videreforskere, der er medlemmer af et selektivt distributionsnet, at benytte sig af uautoriserede tredjepartsvirksomheder.
2. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse, der giver anledning til at »gentænke« lovligheden af selektive distributionssystemer i lyset af konkurrencereglerne på baggrund af den seneste udvikling inden for sektoren for elektronisk handel, og hvis mulige økonomiske konsekvenser ikke skal undervurderes⁴, er et perfekt eksempel herpå.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – Blandt de mest kendte enheder kan f.eks. nævne Amazon, eBay eller PriceMinister. I sin endelige rapport om undersøgelsen af e-handelssektoren, offentliggjort den 10.5.2017 (COM(2017) 229 final) har Kommissionen imidlertid bemærket, at denne anvendelse af markedspladser/tredjepartsplatforme spiller en større rolle i nogle medlemsstater som f.eks. Tyskland (62% af de detailhandlende, der har deltaget i undersøgelsen, benytter markedspladser), Det Forenede Kongerige (43%) og Polen (36%) i forhold til andre medlemsstater som Italien og Østrig (13%) og Belgien (4%). Det fremgår endvidere af rapporten, at tredjepartsplatforme er vigtigere som salgskanal for mindre og mellemstore detailhandlere, mens de spiller en mindre rolle for større detailhandlere.

3 – Ud over de afgørelser, der ligger til grund for den foreliggende præjudicielle forelæggelse, kan f.eks. nævnes afgørelser, der tidligere er truffet af de tyske domstole og konkurrencemyndigheder (jf. dom afsagt af Kammergericht Berlin (appeldomstolen i Berlin) af 19.9.2013 i Scout-sagen (U 8/09 Kart.), og af Oberlandesgericht Frankfurt am Main (den regionale appeldomstol i Frankfurt am Main) af 22.12.2015 i Deuter-sagen (U 84/14) samt afgørelser truffet af Bundeskartellamt (forbunds konkurrencemyndighed, Tyskland) af 27.6.2014 i Adidas-sagen (B3-137/12) og af 26.8.2015 i ASICS-sagen (B2-98/11)] og de franske konkurrencemyndigheder (jf. navnlig konkurrencemyndighedens afgørelse nr. 14-D-07, af 23.7.2014, om den praksis, der er gennemført i sektoren for forhandling af elektriske husholdningsartikler, særlig fjernsyn, og dom afsagt af Cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris) af 2.2.2016, Caudalie).

4 – Ifølge Kommissionens rapport er selektive distributionssystemer meget udbredt i Den Europæiske Union og anvendes af mange fabrikanter. De er ikke begrænset til en enkelt kategori af produkter, men er meget anvendt til forhandling af luksusmærkevarer som f.eks. tøj og sko samt kosmetikprodukter. I denne forbindelse ser det ud til, at mange forhandlere har indgået aftaler med leverandørerne om begrænsning af adgangen til onlinemarkedspladser eller tredjepartsplatforme.

3. Med denne anmodning ønsker Oberlandesgericht Frankfurt am Main (den regionale appeldomstol i Frankfurt am Main, Tyskland) oplyst, hvordan artikel 101, stk. 1, TEUF og artikel 4, litra b) og c), i forordning (EU) nr. 330/2010⁵ skal fortolkes.

4. Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Coty Germany GmbH, som er en af de førende udbydere af luksuskosmetik i Tyskland, og Parfümerie Akzente GmbH, der er en godkendt forhandler af nævnte produkter, om forbuddet mod, at Parfümerie Akzente på en måde, der er synlig udefra, benytter sig af uautoriserede tredjepartsvirksomheder i forbindelse med internetsalg af aftalevarerne.

5. Domstolen forelægges nærmere bestemt spørgsmålet, om og i hvilket omfang selektive distributionssystemer vedrørende luksus- og prestigeprodukter, som hovedsageligt har til formål at bevare disse produkters »luxusimage«, udgør konkurrenceelementer, der er i forenelige med artikel 101, stk. 1, TEUF. Domstolen anmodes i denne forbindelse om at afgøre, om et absolut forbud mod, at medlemmer af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, involverer tredjepartsvirksomheder i forbindelse med internetsalg på en måde, som er synlig udefra, uden hensyntagen til, om producentens legitime kvalitetskrav tilsidesættes i det konkrete tilfælde, er foreneligt med denne bestemmelse. Domstolen anmodes ligeledes om at afgøre, om artikel 4, litra b) og c), i forordning nr. 330/2010 skal fortolkes således, at et sådant forbud udgør en såkaldt restriktion »efter sit formål« hvad angår den detailhandlendes kundekreds og/eller det passive salg til slutbrugerne.

6. I denne henseende giver den foreliggende sag Domstolen lejlighed til at præcisere, om dommen i sagen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique⁶, som konkurrencemyndighederne og de nationale domstole, som anført af den forelæggende ret, har fortolket forskelligt, ud fra et EU-konkurrenceretligt synspunkt grundlæggende har ændret opfattelsen af de begrænsninger, der er kendetegnende for alle selektive distributionssystemer, og som er baseret på kvalitative kriterier.

Retsforskrifter

Forordning nr. 330/2010

7. Følgende fremgår af tredje til femte betragtning til forordning nr. 330/2010:

- »(3) Den kategori aftaler, som kan anses for normalt at opfylde betingelserne i [...] artikel 101, stk. 3, [TEUF], omfatter vertikale aftaler om køb eller salg af varer eller tjenesteydelser, der indgår mellem ikke-konkurrerende virksomheder, mellem visse konkurrenter eller af visse sammenslutninger af detailhandlere, der sælger varer. Den omfatter tillige vertikale aftaler, der indeholder accessoriske bestemmelser om overdragelse eller udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder. Begrebet vertikale aftaler bør omfatte tilsvarende samordnet praksis.
- (4) For anvendelse af [...] artikel 101, stk. 3, [TEUF] ved forordning er det ikke nødvendigt at definere, hvilke vertikale aftaler der kan falde ind under [...] artikel 101, stk. 1 [TEUF]. Ved en individuel bedømmelse af aftaler i henhold til [...] artikel 101, stk. 1, [TEUF] skal der tages hensyn til en række faktorer, navnlig markedsstrukturen på køberside og sælgerside.

5 – Kommissionens forordning 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 2010, L 102, s. 1).

6 – Dom af 13.10.2011 (C-439/09, EU:C:2011:649).

(5) Fordelen ved gruppefritagelsen, der fastsættes i denne forordning, bør være begrænset til vertikale aftaler, der med tilstrækkelig sikkerhed kan antages at opfylde betingelserne i [...] artikel 101, stk. 3 [TEUF].«

8. Artikel 1, stk. 1, i forordning nr. 330/2010 bestemmer:

»I denne forordning forstås ved:

a) »vertikal aftale«: aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne aftale eller denne praksis virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når denne aftale eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester

b) »vertikale begrænsninger«: konkurrencebegrænsninger, der falder ind under [...] artikel 101, stk. 1 [TEUF]

[...]

e) »selektivt distributionssystem« et salgssystem, hvor leverandøren forpligter sig til, enten direkte eller indirekte, at sælge aftalevarerne eller -tjenesterne udelukkende til forhandlere, der er udvalgt på grundlag af bestemte kriterier, og hvor disse forhandlere forpligter sig til ikke at sælge sådanne varer eller tjenester til forhandlere, der ikke er godkendt på det område, som leverandøren har afsat til at drive systemet

[...]«

9. Følgende fremgår af nævnte forordnings artikel 2, stk. 1:

»I henhold til [...] artikel 101, stk. 3, [TEUF] og med forbehold af denne forordnings bestemmelser erklæres [...] artikel 101, stk. 1, [TEUF] herved uanvendelig på vertikale aftaler.

Denne fritagelse finder anvendelse for så vidt som disse aftaler indeholder vertikale begrænsninger.«

10. I samme forordnings artikel 3, stk. 1, bestemmes det:

»Fritagelsen efter artikel 2 gælder under forudsætning af, at leverandørens markedsandel ikke overstiger 30% af det relevante marked, hvor han sælger aftalevarerne eller -tjenesterne, og at køberens markedsandel ikke overstiger 30% af det relevante marked, hvor han køber aftalevarerne eller -tjenesterne.«

11. Artikel 4 i forordning nr. 330/2010 med overskriften »Begrænsninger, som fjerner fordelene ved gruppefritagelse (alvorlige konkurrencebegrænsninger)«, er affattet således:

»Fritagelsen efter artikel 2 gælder ikke for vertikale aftaler, der, direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har følgende formål:

[...]

b) begrænsning af det område eller den kundegruppe, hvortil køberen, som er part i aftalen, med forbehold af en begrænsning med hensyn til forretningssted må sælge kontraksvarerne og -tjenesterne, undtagen:

[...]

- iii) begrænsning af de i et selektivt distributionssystem deltagende virksomheders salg til uautoriserede forhandlere på det område, som leverandøren har afsat til at drive systemet, og

[...]

- c) begrænsningen af aktivt eller passivt salg til slutbrugere for medlemmer af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, med forbehold af adgangen til at forbyde et medlem af systemet at drive virksomhed fra et uautoriseret etableringssted

[...]«

Retningslinjerne for vertikale begrænsninger

12. I henhold til punkt 51 i retningslinjerne for vertikale begrænsninger⁷, som Kommissionen offentliggjorde samtidig med vedtagelsen af forordning nr. 330/2010, skal der ved »passivt« salg forstås besvarelse af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering af varer eller tjenesteydelser til disse kunder.

13. Det fremgår af retningslinjernes punkt 52, at internettet er et meget effektivt middel til at nå ud til et større antal og en videre kreds af kunder, end hvis man benytter mere traditionelle salgsmetoder, hvilket er forklaringen på, at visse former for begrænsninger i adgangen til at bruge internettet behandles som (videre)salgsbegrænsninger. Det fremgår af tredje led i samme punkt 52, at generelt betragtes det, at en forhandler har et websted, som en form for passivt salg, eftersom det er en rimelig måde, hvorpå kunderne kan finde frem til en forhandler.

14. Retningslinjernes punkt 54 bestemmer:

»I henhold til [forordning nr. 330/2010] kan leverandøren dog pålægge kvalitetsstandarder ved brugen af webstedet til videresalg af hans varer, på samme måde som leverandøren kan opstille kvalitetsstandarder for en forretning, for salgskataloger eller for reklame og salgsfremstød i almindelighed. Det kan særligt have betydning ved selektiv distribution. I henhold til gruppefritagelsesforordningen kan en leverandør f.eks. kræve, at hans forhandlere har et eller flere fysiske forretningssteder eller showrooms, for at de kan komme med i hans distributionssystem [...] Tilsvarende kan en leverandør kræve, at hans forhandlere kun benytter en tredjemands platform til distribution af aftalevarerne i overensstemmelse med alle de krav og betingelser, der er aftalt mellem leverandøren og forhandleren angående forhandlernes brug af internettet. Hvis en forhandler f.eks. benytter en tredjemands platform som webhotel for sin hjemmeside, kan leverandøren kræve, at kunderne ikke kommer ind på forhandlerens hjemmeside via et websted, der bærer navnet på eller logoet for tredjemands platform.«

15. I retningslinjernes punkt 56 anføres det, at den alvorlige begrænsning i artikel 4, litra c), i forordning nr. 330/2010 udelukker begrænsningen af aktivt eller passivt salg til endelige brugere, det være sig erhvervsmæssige brugere eller endelige forbrugere, som foretages af medlemmer af et selektivt distributionssystem, idet dette dog er uden betydning for muligheden for at forbyde et medlem af nettet at drive virksomhed fra et uautoriseret forretningssted. I tredje led i punkt 56 præciseres det, at inden for et selektivt distributionssystem bør forhandlerne frit kunne sælge både aktivt og passivt til alle endelige brugere, også via internettet. Kommissionen anser derfor forpligtelser, som afskrækker autoriserede forhandlere fra at bruge internettet til at nå ud til et større antal og en videre kreds af kunder gennem pålæg af betingelser for internetsalg, som ikke samlet set svarer til de betingelser, de pålægges med hensyn til salg fra fysiske forretningssteder, for at være en alvorlig begrænsning.

⁷ – EUT 2010, C 130, s. 1 (herefter »retningslinjerne«).

16. Endelig fremgår det af retningslinjernes punkt 176, at såvel aftaler om kvalitativ distribution som aftaler om kvantitativ selektiv distribution er omfattet af den i forordning nr. 330/2010 omhandlede fritagelse, og at denne fritagelse gælder »uafhængigt af produktets art og uanset udvælgelseskriterierne«. Hvis produktets egenskaber ikke kræver selektiv distribution eller ikke gør de kriterier, der anvendes – f.eks. krav om, at distributørerne skal have et eller flere fysiske forretningssteder eller tilbyde bestemte tjenesteydelser – nødvendige, vil et sådant distributionssystem dog normalt ikke have tilstrækkelige effektivitetsfremmende virkninger til, at det kan opveje en væsentlig reduktion af intrabrandkonkurrencen. Hvis der opstår mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, vil gruppefritagelsen sandsynligvis blive inddraget.

Twisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

17. Coty Germany er en af de førende udbydere af luksuskosmetik i Tyskland. Virksomheden markedsfører bestemte mærker inden for denne sektor via et selektivt distributionsnet på grundlag af en såkaldt depotaftale (distributionsaftale), som anvendes på en ensartet måde i hele Europa af virksomheden selv og af de virksomheder, der er tilknyttet den. Denne aftale suppleres af forskellige særaftaler om organisering af det pågældende net.

18. Parfümerie Akzente har i mange år distribueret Coty Germanys produkter som autoriseret detailhandlende både på fysiske salgssteder og på internettet. Internetsalget foregår via virksomhedens egen onlinebutik og via platformen »amazon.de«.

19. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Coty Germany i indledningen til depotaftalen begrundet sit selektive distributionssystem således: »Coty Prestige-mærkernes karakter kræver en selektiv distribution for at bevare mærkernes image af luksus.«

20. Hvad i denne forbindelse angår den fysiske handel fremgår det af depotaftalen, at hvert enkelt af forhandlerens konkrete afsætningssteder skal autoriseres af Coty Germany, hvilket forudsætter overholdelse af et vist antal krav til omgivelser, udstyr og indretning, som er opregnet i aftalens artikel 2.

21. Navnlig fremgår det af depotaftalens artikel 2, stk. 1, nr. 3, at »afsætningsstedets udstyr og indretning, vareudbudet, reklamen og salgspresentationen skal fremhæve og understøtte Coty Prestige-mærkernes luksuriøse karakter. Ved bedømmelsen af dette kriterium tages der særligt hensyn til facaden samt den indvendige indretning, gulvbelægningen, vægge og lofters art, møblementet, salgsarealet og belysningen samt et samlet indtryk af ordentlighed og renhed«.

22. I depotaftalens artikel 2, stk. 1, nr. 6, præciseres det, at »identificeringen af afsætningsstedet, enten ved virksomhedens navn, tilføjelse af andre oplysninger eller anvendelse af firmaslogan, [ikke] må [...] vække indtryk af et begrænset vareudvalg, mindreværdigt udstyr eller mangelfuld rådgivning og [...] i øvrigt [skal] være anbragt således, at depositarens dekorationer og udstillingsarealer ikke skjules«.

23. I det sæt af aftaler, der er indgået mellem parterne, indgår en tillægsaftale om internetsalg, hvis artikel 1, stk. 3, er affattet således: »Depositaren må ikke anvende et andet navn eller involvere en tredjepartsvirksomhed, som ikke er tildelt autorisationen.«

24. I marts 2012 reviderede Coty Germany nettets depotaftaler vedrørende selektiv distribution samt nævnte tillægsaftale, således af det af tillægsaftalens bestemmelse I, stk. 1, første afsnit, fremgår, at »[...] depositaren er berettiget til at tilbyde og sælge produkterne på internettet. Dette gælder dog kun på den betingelse, at depositarens salg via internettet finder sted via et »elektronisk udstillingsvindue« for den autoriserede butik, og at produkternes luksuskarakter bevares«. Endvidere forbyder bestemmelse I, stk. 1, nr. 3, udtrykkeligt, at der benyttes en anden forretningsbetegnelse, ligesom

synlig involvering af en tredjepartsvirksomhed, som ikke er autoriseret depositar for Coty Prestige, også er forbudt. I en fodnote til denne bestemmelse præciseres det, at »det [...] således [er] depositaren forbudt at indgå et samarbejde med tredjeparter, hvis dette samarbejde er rettet mod driften af webstedet, og hvis dette samarbejde er synligt udadtil«.

25. Da Parfümerie Akzente nægtede at godkende disse ændringer af depotaftalen, anlagde Coty Germany sag ved en national ret i første instans med påstand om, at der nedlægges forbud mod forhandling af de omtvistede mærkevareprodukter via platformen »amazon.de« i medfør af nævnte bestemmelse I, stk. 1, nr. 3.

26. Ved dom af 31. juli 2014 gav den nationale ret i første instans, dvs. Landgericht Frankfurt am Main (den regionale ret i første instans i Frankfurt am Main, Tyskland), ikke Coty Germany medhold i søgsmålet med den begrundelse, at den pågældende aftalebestemmelse var i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF og § 1 i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (konkurrenceloven).

27. Den pågældende ret konstaterede navnlig, at formålet om at bevare mærkets prestigebetonede image ikke i henhold til dom af 13. oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), kan begrunde indførelsen af et selektivt distributionssystem, der pr. definition er konkurrencebegrænsende. Den omtvistede aftalebestemmelse udgør ligeledes ifølge den nationale ret i første instans en alvorlig konkurrencebegrænsning i henhold til artikel 4, litra c), i forordning nr. 330/2010 og kan derfor ikke være omfattet af en gruppefritagelse i henhold til nævnte forordning.

28. Ifølge den nationale ret i første instans er betingelserne for en individuel fritagelse heller ikke opfyldt, eftersom det ikke er godtgjort, at den generelle udelukkelse af internetsalg via tredjepartsplatforme medfører effektivitetsfordele, som opvejer de ulemper for konkurrencen, der følger af den omtvistede bestemmelse. Den nationale ret i første instans fastslog, at det generelle forbud i denne bestemmelse ikke er påkrævet, idet der findes lige så egnede, men mindre konkurrencebegrænsende midler, f.eks. specifikke kvalitetskriterier for tredjepartsplatforme.

29. På denne baggrund og i forbindelse med en appel iværksat af Coty Germany af afgørelsen truffet af den nationale ret i første instans har Oberlandesgericht Frankfurt am Main (den regionale appeldomstol i Frankfurt am Main) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan selektive distributionssystemer, som er rettet mod salg af luksus- og prestigevarer, og som primært tjener til at sikre varernes »image af luksus«, udgøre et konkurrenceelement, som er foreneligt med artikel 101, stk. 1, TEUF?

2) Hvis [det] første spørgsmål besvares bekræftende:

Kan det udgøre et konkurrenceelement, som er foreneligt med artikel 101, stk. 1, TEUF, hvis medlemmer af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, generelt forbydes at involvere eksterne virksomheder i forbindelse med internetsalg på en måde, som er synlig udefra, uden at det er afgørende, om producentens legitime kvalitetskrav tilsidesættes i det konkrete tilfælde?

3) Skal artikel 4, litra b), i forordning [...] nr. 330/2010 [...] fortolkes således, at et forbud mod at involvere eksterne virksomheder i forbindelse med internetsalg på en måde, som er synlig udefra, som pålægges medlemmerne af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, udgør en [...] begrænsning [efter sit formål] af detailhandlerens kundegruppe?

4) Skal artikel 4, litra c), i forordning [...] nr. 330/2010 fortolkes således, at et forbud mod at involvere eksterne virksomheder i forbindelse med internetsalg på en måde, som er synlig udefra, som pålægges medlemmerne af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, udgør en [...] begrænsning [efter sit formål] af passivt salg til slutbrugere?»

30. Coty Germany, Parfümerie Akzente, den tyske, den franske, den italienske, den luxembourgske, den nederlandske og den østrigske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet indlæg til Domstolen.

31. Coty Germany, Parfümerie Akzente, den tyske, den franske, den italienske, den luxembourgske, den nederlandske og den svenske regering samt Kommissionen deltog i retsmødet den 30. marts 2017.

Analyse

Indledende bemærkninger og generelle overvejelser vedrørende de principper, der skal ligge til grund for anvendelsen af artikel 101 TEUF på selektive distributionssystemer

32. Konkurrencereglerne i almindelighed – og artikel 101 TEUF i særdeleshed – har til formål at undgå »konkurrence«-forvridninger, idet det præciseres, at artikel 101 TEUF, der har til formål at fremme økonomisk effektivitet og i sidste ende forbrugernes velfærd, ikke blot skal tillade indførelsen af de lavest mulige priser, men ligeledes fungere som et redskab til indførelse af valgmuligheder mellem produkter, optimering af produkternes kvalitet og kvaliteten af de leverede ydelser samt fremme af innovation. I henhold til EU's konkurrenceret er priskonkurrence ikke den eneste mulighed.

33. Domstolen har i denne forbindelse på et meget tidligt tidspunkt fastslået, at priskonkurrence, uanset hvor betydningsfuld den er, dog ikke udgør den eneste form for effektiv konkurrence og heller ikke en konkurrenceform, som under alle omstændigheder bør gives absolut forrang⁸. Der findes således legitime behov – som f.eks. opretholdelsen af en specialhandel, der er i stand til at levere særlige ydelser for teknisk højt udviklede produkter af høj kvalitet – der kan begrunde en begrænsning af konkurrencen på priserne til fordel for konkurrence på andre faktorer end priserne⁹.

34. Selektive distributionssystemer skal behandles på grundlag af denne forudsætning.

35. Selektive distributionssystemer defineres som salgssystemer, hvor leverandøren (der ofte betegnes som »netværksleder«) på den ene side forpligter sig til at sælge aftalevarerne eller -tjenesterne udelukkende til forhandlere, der er udvalgt på grundlag af bestemte kriterier, og hvor disse forhandlere på den anden side forpligter sig til ikke at sælge sådanne varer eller tjenester til forhandlere, der ikke er godkendt på det område, som leverandøren har afsat¹⁰.

36. Siden dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen¹¹ har det stået fast, at en vertikal aftale, der indgås mellem virksomheder, der befinder sig på samme niveau, kan begrænse den konkurrence, der kan være mellem dem indbyrdes eller mellem en af dem og en tredjepart. Det kan således ikke umiddelbart udelukkes, at aftalebestemmelser i selektive distributionsaftaler indebærer konkurrencebegrænsninger, der navnlig kan være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Hvad angår den egentlige anvendelse af bestemmelserne om konkurrencebegrænsende aftaler

8 – Jf. dom af 25.10.1977, Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen (26/76, EU:C:1977:167, præmis 21).

9 – Jf. navnlig dom af 25.10.1983, AEG-Telefunken mod Kommissionen (107/82, EU:C:1983:293, præmis 33), og af 13.10.2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, præmis 40).

10 – Jf. bl.a. artikel 1, litra e), i forordning nr. 330/2010.

11 – Dom af 13.7.1966 (56/64 og 58/64, EU:C:1966:41, s. 493).

på fastlæggelsen af de udvælgelseskriterier, der udarbejdes i forbindelse med distributionsnet, står det fast, at denne udvælgelse, når den følger af aftalebestemmelser i aftaler, der indgås mellem netværkslederen og dennes autoriserede forhandlere, kan være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler¹².

37. Domstolen har imidlertid hele tiden betragtet selektive distributionssystemer baseret på kvalitative kriterier med forsigtighed¹³. Siden Domstolens berømte dom sagen i Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen¹⁴ har den således klart anerkendt lovligheden i forhold til bestemmelserne om konkurrencebegrænsende aftaler af selektive distributionssystemer, der er baseret på kvalitative kriterier.

38. Domstolen har i denne forbindelse fremhævet, at kravet om, at konkurrencen ikke må fordrejes, tillader, at karakteren af og intensiteten i konkurrencen kan variere alt efter de pågældende produkter eller tjenester og den økonomiske struktur på de pågældende markedsområder. Markedsstrukturen er navnlig ikke til hinder for, at der kan findes indbyrdes forskellige salgskanaler, som er tilpasset de forskellige producenters særlige karakteristika og de forskellige forbrugergruppers behov. Domstolen har med sit ræsonnement indirekte, men nødvendigvis erkendt, at en nedbringelse af konkurrencen inden for et mærke (*intra-brand competition*) kan tillades, når den er nødvendig for at stimulere konkurrencen mellem flere mærker (*inter-brand competition*).

39. Den har således gentagne gange fastslået, at disse systemer kan erklæres for forenelige med artikel 101, stk. 1, TEUF, når valget af videreførelse sker på grundlag af objektive kvalitative kriterier, der er fastlagt på en ensartet måde og anvendes uden forskelsbehandling.

40. I forlængelse af visse retningslinjer i litteraturen¹⁵, som analyser fra økonomer har bidraget til¹⁶, er det gradvist, navnlig i forbindelse med udarbejdelsen af en ny generation af gruppefritagelsesforordninger, blevet fastslået, at sådanne systemer generelt medfører positive virkninger i konkurrencemæssig henseende.

41. Denne udvikling, der ikke er særegen for EU's konkurrenceret¹⁷, er baseret på følgende konstateringer.

42. For så vidt som selektive distributionssystemer autoriserer forhandlere af visse produkter på grundlag af kvalitative kriterier baseret på produkternes art, fremmer og beskytter de for det første udviklingen af et mærkeimage (*brand image*). De fremmer konkurrencen mellem leverandører af mærkevarer, dvs. interbrand-konkurrencen, idet de gør det muligt for producenterne effektivt at tilrettelægge distributionen af deres produkter og opfylde forbrugernes behov.

12 – Jf. navnlig dom af 25.10.1983, AEG-Telefunken mod Kommissionen (107/82, EU:C:1983:293). I denne doms præmis 38 præciseres det: »En sådan holdning fra producentens side udgør ikke en sådan ensidig handling fra virksomhedens side, der [...] ikke er omfattet af forbuddet [mod konkurrencebegrænsende aftaler]. Holdningen indgår tværtimod i de kontraktmæssige forbindelser, som virksomheden opretholder med sine forhandlere.«

13 – En antydning af denne relativt fleksible holdning til eneforhandleraftaler findes allerede i den sag, der gav anledning til dom af 30.6.1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38).

14 – Jf. dom af 25.10.1977 (26/76, EU:C:1977:167, præmis 20).

15 – Det er blevet fremhævet, at den skrevne lov og retspraksis i forbindelse med vertikale aftaler har været genstand for en veritabel »litteraturcentrifuge« (jf. i denne forbindelse N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013).

16 – Blandt mange undersøgelser kan især nævnes J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, Cambridge, 1988, navnlig s. 186. Forfatteren konkluderede navnlig følgende: »It seems important for economic theorists to develop a careful classification and operative criteria to determine in which environments certain vertical restraints are likely to lower social welfare.«

17 – I sin afgørelse *Leegin Creative Leather Products, Inc. mod PSKS, Inc.* [551 US 877 (2007)], fraveg den amerikanske højesteret således retspraksis i »*Dr. Miles*«-dommen, der indtil da som sådan forbød visse vertikale begrænsninger ved udtrykkeligt at stadfæste en »fornuftsregel«. Følgende fremgik af denne afgørelse: »The Court has abandoned the rule of *per se* illegality for other vertical restraints a manufacturer imposes on its distributors. Respected economic analysts, furthermore, conclude that vertical price restraints can have procompetitive effects. We now hold that *Dr. Miles* should be overruled and that vertical price restraints are to be judged by the rule of reason.«

43. Selektive distributionssystemer er navnlig for produkter, der fremviser særlige kvaliteter, en metode til at komme ind på markedet. Mærkevarer, særlig luksusmærkevarer, opnår rent faktisk deres merværdi gennem forbrugernes stabile opfattelse af deres høje kvalitet og af deres eksklusive karakter i forbindelse med præsentation og markedsføring. Denne stabilitet kan imidlertid ikke sikres, når det ikke er den samme virksomhed, der varetager distributionen af produkterne. Grunden til, at der findes selektive distributionssystemer, er, at de gør det muligt at udbrede distributionen af visse produkter, navnlig til områder, der geografisk ligger fjernt fra produktionsstedet, samtidig med at denne stabilitet opretholdes gennem udvælgelse af de virksomheder, der er i stand til at distribuere aftalevarerne.

44. For det andet kan den selektive distribution med hensyn til intrabrandkonkurrencen resultere i, at alle de virksomheder, der er medlemmer af det selektive distributionsnet, underlægges ensartede konkurrencevilkår og dermed en potentiel begrænsning af såvel antallet af forhandlere af aftalevarerne som af intrabrandkonkurrencen, navnlig med hensyn til pris, på grund af den ligestilling af de autoriserede distributører, der følger af den i princippet objektive og ikke diskriminerende anvendelse af kvalitative udvælgelseskriterier. Jo strengere udvælgelseskriterier, leverandøren opstiller, desto mere udsætter han sig dog paradoksalt nok for et tab af markedsandele og kunder på grund af den mere begrænsede distribution, som dette medfører. Medmindre forhandleren i sin egenskab af netværksleder har en stærk »markedsposition«, foranlediges denne derfor i princippet til at »selvregulere« sin adfærd på en måde, der er i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

45. Selektive distributionssystemer kan derfor generelt anses for at være neutrale eller endog gavnlige i konkurrencemæssig henseende.

46. Det skal fremhæves, at selektive distributionssystemers forenelighed med artikel 101, stk. 1, TEUF i sidste ende hviler på den tanke, at det kan være legitimt ikke at fokusere på konkurrencen »på priserne«, men på konkurrencen på andre faktorer af kvalitativ art. En anerkendelse af denne forenelighed kan således ikke begrænses til produkter, der frembyder særlige materielle kvaliteter. Det, der er afgørende for påvisningen af, om der er tale om en konkurrencebegrænsning eller ej, er ikke i så høj grad de pågældende produkters iboende egenskaber, men snarere den omstændighed, at det synes nødvendigt for at opretholde distributionssystemets korrekte funktion, idet distributionssystemet netop skal opretholde aftalevarernes brandimage eller kvalitet.

47. Sammenfattende kan det fastslås, at mens visse kontraktlige forpligtelser, som de detailhandlende skal opfylde inden for rammerne af selektive distributionssystemer, efter en både overfladisk og formel undersøgelse nemt kan sidestilles med potentielle konkurrencebegrænsninger, fordi de begrænser de pågældende forhandlers handelsfrihed, blev det hurtigt fastslået i både retspraksis afsagt efter dommen i sagen Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen¹⁸ og i de bestemmelser, der finder anvendelse på området for gruppefritagelser, at et selektivt distributionssystem, der er baseret på kvalitative kriterier, under visse betingelser kan virke konkurrencefremmende og således ikke er omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 101, stk. 1, TEUF.

48. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at artikel 101 TEUF ikke har til formål at afgrænse eller forbyde bestemte kontraktlige forpligtelser, der accepteres frivilligt, som f.eks. de kontraktlige forpligtelser, der følger af en aftale mellem en forhandler og dennes leverandør, men hovedsageligt vedrører de økonomiske virkninger af den pågældende adfærd set ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt. Den omstændighed, at en selektiv distributionsaftale eventuelt medfører en aftalemæssig ubalance mellem parterne, navnlig til skade for den autoriserede forhandler, er ikke en relevant omstændighed i forbindelse med undersøgelsen af en sådan aftales konkurrencebegrænsende virkninger¹⁹.

18 – Dom af 25.10.1977 (26/76, EU:C:1977:167).

19 – Jf. i denne retning M. Waelbroeck og A. Frignani, *Le droit de la CE – Concurrence*, Éditions de l'Université de Bruxelles, »collection Commenataire J. Mégret«, Bruxelles, 1997, s. 171.

49. Hvordan forholder det sig dernæst i forbindelse med den præcise analyseramme i forbindelse med foranstaltninger, der er truffet inden for rammerne af selektive distributionssystemer, i lyset af konkurrenceretten?

50. Undersøgelsen i lyset af artikel 101 TEUF af virksomheders adfærd udformet og gennemført inden for rammerne af den selektive distribution skal rent skematisk gennemføres i to tempi. Som den forelæggende ret har opfordret til med sit første og sit andet præjudicielle spørgsmål, skal det først og fremmest undersøges, om denne adfærd i princippet kan være omfattet af det i artikel 101, stk. 1, TEUF omhandlede forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. I bekræftende fald, dvs. såfremt det fastslås, at de omtvistede begrænsninger er omfattet af denne bestemmelse, er det dernæst nødvendigt at fastslå, om den omtvistede adfærd er af en sådan karakter, at den er omfattet af en fritagelse i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, hvilket i sidste ende er formålet med det tredje og det fjerde spørgsmål.

51. Hvad for det første angår spørgsmålet om, hvorvidt de vilkår, som netværkslederen har pålagt sine forhandlere, umiddelbart kan falde uden for forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, har Domstolen for så vidt angår forbrugsvarer af høj kvalitet fastslået, at forskellige afsætningskanaler tilpasset de forskellige producenters særlige egenskaber og forbrugernes behov kan være forenelige med artikel 101, stk. 1, TEUF²⁰.

52. Som Domstolen endnu en gang har fastslået i sin seneste praksis, er indførelsen af et selektivt distributionssystem ikke omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, hvis udvælgelsen af videreforhandlere sker på grundlag af objektive kvalitative kriterier, der er fastsat ens for alle potentielle videreforhandlere og anvendes uden forskelsbehandling, hvis de omhandlede produkters egenskaber gør det nødvendigt at anvende et sådant distributionsnet for at bevare produkternes kvalitet og af hensyn til deres rette brug, og endelig hvis de fastsatte kriterier ikke går videre, end hvad der er nødvendigt²¹.

53. For det andet og såfremt Domstolen måtte fastslå, at den foreholdte foranstaltning, der indgår i et selektivt distributionsnet, ikke umiddelbart kan falde uden for artikel 101 TEUF, skal det fastslås, om denne foranstaltning kan fritages, navnlig i henhold til den gældende gruppefritagelsesforordning, i den foreliggende sag forordning nr. 330/2010.

54. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at denne fritagelsesforordning ikke har til formål at opregne en række former for adfærd, der kan henhøre under forbuddet i artikel 101 TEUF, eller de former for adfærd, der umiddelbart falder uden for denne bestemmelses anvendelsesområde. Følgende fremgår af fjerde betragtning til nævnte forordning: »Ved en individuel bedømmelse af aftaler i henhold til [...] artikel 101, stk. 1, [TEUF] skal der tages hensyn til en række faktorer, navnlig markedsstrukturen på køberside og sælgerside.«

55. Nævnte forordning indeholder til gengæld ud fra et ønske om at give de berørte virksomheder en vis retssikkerhed (jf. i denne retning femte betragtning til forordning nr. 330/2010) oplysninger om de foranstaltninger, der ikke umiddelbart kan være omfattet af en fritagelse i henhold til forordningen, hvilket ikke udelukker, at disse foranstaltninger kan være omfattet af en individuel fritagelse. For så vidt som visse tærskler vedrørende såvel leverandørens som forhandlernes markedsandel overholdes, er der tale om foranstaltninger, der omfatter »alvorlige konkurrencebegrænsninger« som omhandlet i samme forordnings artikel 4.

20 – Jf. bl.a. dom af 25.10.1977, Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen (26/76, EU:C:1977:167, præmis 20), og af 11.12.1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289, præmis 15 og 16). Jf. ligeledes dom af 27.2.1992, Vichy mod Kommissionen (T-19/91, EU:T:1992:28, præmis 32 ff.).

21 – Dom af 13.10.2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

56. Selv om disse to dele af analysen er uafhængige af hinanden, kan der være tale om visse begrebsmæssige overlapninger. Uanset om analysen af den omtvistede foranstaltning foretages i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF eller i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, baseres den på en undersøgelse af, hvor skadelig foranstaltningen antages eller har vist sig at være. En begrænsning af forhandlernes passive salg vil således ikke blot kunne betragtes som en restriktion »efter sit formål« i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, men ligeledes som en alvorlig konkurrencebegrænsning, der ikke kan være omfattet af en gruppefritagelse. Ikke desto mindre skal kvalificeringen, med henblik på anvendelsen af sidstnævnte bestemmelse, som en restriktion »efter sit formål« adskilles fra forekomsten af en alvorlig konkurrencebegrænsning med henblik på anvendeligheden af en eventuel fritagelse i henhold til forordning nr. 330/2010. Det vil jeg vende tilbage til i det følgende.

57. Endelig er det efter min opfattelse vigtigt at fremhæve, at de retningslinjer, som Kommissionen har udarbejdet, særligt retningslinjerne vedrørende vertikale begrænsninger, der ubestrideligt har stor interesse i den foreliggende sag, ikke alene kan ligge til grund for analysen. Disse retningslinjer er således ikke bindende for de nationale konkurrencemyndigheder og retsinstanter, men redegør blot for, hvordan Kommissionen i sin egenskab af EU's konkurrencemyndighed selv vil anvende artikel 101 TEUF²². Ikke desto mindre kan det ikke udelukkes, at Domstolen i forbindelse med sin fortolkning af EU-retten kan overtage de bestemmelser og retlige vurderinger, der er indeholdt i disse retningslinjer.

58. Efter disse generelle præciseringer vil jeg behandle den forelæggende rets spørgsmål et for et.

Det første spørgsmål: foreneligheden med artikel 101, stk. 1, TEUF af selektive distributionssystemer for luksus- og prestigevarer, der hovedsageligt har til formål at opretholde de pågældende varers »luksusimage«

59. Med sit første præjudicielle spørgsmål, der direkte afspejler de forskellige fortolkninger af dom af 13. oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om selektive distributionsnet vedrørende salg af luksus- og prestigevarer, som hovedsageligt har til formål at bevare disse varers luksusimage, er omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

60. Der er hovedsageligt tale om to modstridende tilgange.

61. På den ene side er Parfümerie Akzente og den luxembourgske regering af den opfattelse, at aftaler, der ligger til grund for et selektivt distributionssystem vedrørende salg af luksus- og prestigevarer, der hovedsageligt har til formål at bevare de nævnte produkters luksusimage, ikke kan være udelukket fra anvendelsesområdet for forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF. Efter deres opfattelse er denne konklusion solidt baseret på den udtalelse, som er indeholdt i præmis 46 i dommen i sagen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. I samme retning har den tyske regering foreslået, at spørgsmålet besvares således, at artikel 101, stk. 1, TEUF finder anvendelse på krav til selektive distributionssystemer, der har til formål at opretholde et luksus- eller prestigeimage, uden at det er nødvendigt at undersøge, om den pågældende vares egenskaber nødvendiggør indførelsen af et selektivt distributionssystem, såfremt de krav, der stilles i forbindelse med systemet, anvendes uden forskelsbehandling, og såfremt de er egnede til at bevare det pågældende luksus- eller prestigeimage.

62. På den anden side er Coty Germany, den franske, den italienske, den nederlandske, den østrigske og den svenske regering samt Kommissionen i det væsentlige af den opfattelse, at aftaler, der ligger til grund for et selektivt distributionssystem vedrørende salg af luksus- og prestigevarer, der hovedsageligt har til formål at bevare de nævnte varers luksusimage, kan være udelukket fra anvendelsesområdet for

22 – Jf. bl.a. i denne retning dom af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 211), af 14.6.2011, Pflaier (C-360/09, EU:C:2011:389, præmis 21), og af 13.12.2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 24-31).

forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF. Ifølge disse procesdeltagere fremgår det bl.a. af retspraksis, at varer af høj kvalitet, hvis luksusimage forbrugerne sætter pris på, kan nødvendiggøre indførelsen af et selektivt distributionsnet, navnlig for at »sikre produkterne en luksuriøs præsentation« og bevare deres »luxusimage«. De har fremhævet, at dommen i sagen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, der ikke vedrørte det selektive distributionssystem som sådan, men udelukkende det i nævnte sag omhandlede kontraktvilkår, ikke kan fortolkes således, at beskyttelse af et luksusimage fremover ikke længere kan begrunde eksistensen af et selektivt distributionsnet.

63. Efter min opfattelse kan man kun, medmindre de principper, der ligger til grund for vurderingen af selektive distributionssystemer i lyset af konkurrencereglerne, ændres grundlæggende, tilslutte sig den anden holdning, og det første præjudicielle spørgsmål som formuleret af den forelæggende ret bør derfor besvares bekræftende.

64. I forlængelse af det ovenstående skal selektive distributionssystemer på grund af de gavnlige – eller i det mindste neutrale – virkninger, som de har set ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt, betragtes som forenelige med det i artikel 101, stk. 1, TEUF omhandlede forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler.

65. I overensstemmelse med Domstolens²³ og Rettens²⁴ faste praksis, hvis hovedlinjer i det væsentlige indgår i retningslinjernes punkt 175, er rent kvalitative selektive distributionssystemer ikke omfattet af forbuddet i artikel 101 TEUF, forudsat at tre kriterier er opfyldt (herefter »Metro-kriterierne«).

66. For det første skal det fastslås, at det pågældende produkts egenskaber nødvendiggør et selektivt distributionssystem, for så vidt som et sådant system udgør et legitimt krav, henset til de pågældende produkters art, og navnlig teknisk højt udviklede produkter eller produkter af høj kvalitet, for at opretholde kvaliteten og sikre deres rette brug. For det andet kræves det, at valget af videreforhandlere skal ske på grundlag af objektive kvalitative kriterier, der fastsættes ens for alle potentielle videreforhandlere og anvendes uden forskelsbehandling. For det tredje må de fastsatte kriterier ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt.

67. Selv om spørgsmålet om, hvorvidt disse betingelser er opfyldt, skal vurderes objektivt af den nationale ret, har Domstolen ikke desto mindre udledt en række parametre, som der kan tages hensyn til ved vurderingen af selektive distributionssystemers forenelighed med artikel 101, stk. 1, TEUF.

68. Hvad angår kriteriet om nødvendigheden af et selektivt distributionssystem, navnlig i forbindelse med luksusvarer, som er det kriterium, der hovedsageligt er tale om i den foreliggende sag, skal det bemærkes, at Domstolen ved flere lejligheder har fastslået, at selektive distributionssystemer baseret på kvalitative kriterier kan accepteres inden for sektoren for produktion af forbrugsgoder af høj kvalitet, uden at det medfører en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, navnlig med henblik på opretholdelsen af en specialhandel, der er i stand til at levere særlige ydelser for sådanne produkter²⁵.

69. Domstolen har præciseret, at opretholdelse af produktets »kvalitet«, uanset om de pågældende produkter kvalificeres som »luxusvarer« eller ej, kan nødvendiggøre et selektivt distributionssystem²⁶.

23 – Jf. navnlig dom af 25.10.1977, Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen (26/76, EU:C:1977:167, præmis 20 og 21), af 11.12.1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289, præmis 15 og 16), af 25.10.1983, AEG-Telefunken mod Kommissionen (107/82, EU:C:1983:293, præmis 35), og af 22.10.1986, Metro mod Kommissionen (75/84, EU:C:1986:399, præmis 37 og 40).

24 – Jf. navnlig dom af 12.12.1996, Leclerc mod Kommissionen (T-19/92, EU:T:1996:190, præmis 111-120), og af 12.12.1996, Leclerc mod Kommissionen (T-88/92, EU:T:1996:192, præmis 106-117).

25 – Jf. dom af 25.10.1977, Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen (26/76, EU:C:1977:167, præmis 20), og af 25.10.1983, AEG-Telefunken mod Kommissionen (107/82, EU:C:1983:293, præmis 33).

26 – Jf. navnlig dom af 11.12.1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289).

70. Det er således de pågældende produkters specifikke karakteristika eller egenskaber, der kan bringe et selektivt distributionssystem i overensstemmelse med artikel 101, stk. 1, TEUF. Som tidligere anført kan disse egenskaber ligge ikke blot i de pågældende produkters materielle kendetegn (f.eks. teknisk højt udviklede produkter af høj kvalitet), men også i produkternes »luksusimage«²⁷.

71. Denne konklusion kan, som fremført af en række af de procesdeltagere, der har indgivet indlæg i den foreliggende sag, tilnærmes de betragtninger, der er blevet udviklet inden for rammerne af retspraksis om varemærkeret, idet varemærkeretten, på grund af sin specifikke konkurrencemæssige funktion, utvivlsomt interagerer med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. For så vidt som varemærket sikrer, at alle varer eller tjenesteydelser, der er forsynet med det, er blevet fremstillet eller leveret under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet, udgør varemærket en væsentlig bestanddel af den ordening med loyal konkurrence, som skal gennemføres og opretholdes efter EUF-traktaten²⁸. I et sådant system må virksomhederne sættes i stand til på grundlag af kvaliteten af deres produkter eller tjenesteydelser at opbygge en fast kundekreds, hvilket kun er muligt, såfremt der findes særlige kendetegn, ved hjælp af hvilke disse produkter og tjenesteydelser kan identificeres. Betingelsen for, at et varemærke kan have denne funktion, er, at mærket for ethvert produkt, der er forsynet med det, udgør en garanti for, at produktet er blevet fremstillet under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for produktets kvalitet²⁹.

72. I forbindelse med varemærkeretten har Domstolen fremhævet, at luksus- og prestigevarer ikke udelukkende defineres i lyset af deres materielle egenskaber, men ligeledes ud fra forbrugernes specifikke opfattelse heraf og nærmere bestemt den omstændighed, at de efter forbrugernes opfattelse har 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. Domstolen har herved allerede udtalt, at karakteren af og de særlige kendetegn ved et selektivt distributionssystem i sig selv er egnet til at opretholde kvaliteten af sådanne varer og sikre deres rette brug³⁰.

73. Domstolen har på denne baggrund konkluderet, at tilrettelæggelsen af et selektivt distributionssystem, der har til formål at sikre en prestigeskabende præsentation af sådanne produkter i detailsalgsleddet »navnlig for så vidt angår placeringen, promovningen og præsentationen af varerne samt salgspolitikken«, kan bidrage til de omhandlede varers renommé og således til fastholdelsen af deres luksuriøse udstråling³¹.

74. Det følger af denne retspraksis, at luksusvarer på grund af deres egenskaber og art kan nødvendiggøre tilrettelæggelsen af et selektivt distributionssystem med henblik på at opretholde deres kvalitet og sikre deres rette brug. Med andre ord er selektive distributionsnet, som er rettet mod salg af luksus- og prestigevarer, og som hovedsageligt tjener til at sikre varernes brand image, ikke omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

75. I modsætning til den fortolkning, som nogle af de procesdeltagere, der har indgivet indlæg, går ind for, giver dom af 13. oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), og særligt præmis 46 heri, hvorefter »[f]ormålet om at bevare det prestigebetonede image [ikke] kan [...] udgøre et legitimt konkurrencebegrænsende formål og [...] således ikke [kan] begrunde, at en kontraktbestemmelse, der forfølger et sådant formål, ikke henhører under artikel 101, stk. 1, TEUF«, ikke anledning til tvivl med hensyn til denne konklusion.

27 – Jf. navnlig dom af 12.12.1996, Leclerc mod Kommissionen (T-88/92, EU:T:1996:192, præmis 109).

28 – Jf. i denne retning navnlig dom af 23.5.1978, Hoffmann-La Roche (102/77, EU:C:1978:108, præmis 7), og af 23.4.2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

29 – Jf. især dom af 17.10.1990, HAG GF (C-10/89, EU:C:1990:359, præmis 13).

30 – Jf. navnlig dom af 23.4.2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260, præmis 24-28).

31 – Jf. dom af 23.4.2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260, præmis 29).

76. Som det fremgår af indlæggene i den foreliggende sag og ligeledes af en lang række nationale retsinstansers og konkurrencemyndigheders stillingtagen³², har denne udtalelse givet anledning til meget forskellige fortolkninger.

77. Som størstedelen af de procesdeltagere, der har indgivet indlæg, har opfordret til, bør Domstolen i den foreliggende sag tydeliggøre rækkevidden af den nævnte dom med henvisning til såvel den kontekst, der gav anledning til den, som den begrundelse, som Domstolen helt præcist lagde til grund i nævnte dom.

78. Hvad for det første angår den *faktuelle kontekst*, som dom af 13. oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), indgik i, skal det bemærkes, at der i denne sag var tale om en fabrikant af kosmetiske produkter og kropsplejemedlers krav om, at dennes udvalgte forhandlere skulle dokumentere fysisk og permanent tilstedeværelse på deres salgssted af mindst en uddannet farmaceut. Dette krav udelukkede ifølge Domstolen, der var enig i den franske konkurrencemyndigheds vurdering, de facto og absolut, at de autoriserede forhandlere kunne sælge de pågældende varer via internettet³³.

79. Som det klart fremgår af det præjudicielle spørgsmål, der blev forelagt Domstolen i den pågældende sag, blev der udelukkende rejst tvivl om et kontraktvilkår indeholdende et generelt og absolut forbud mod via internettet at sælge aftaleprodukterne til slutbrugerne pålagt de autoriserede forhandlere i et selektivt distributionsnet. Der var derimod ikke tale om det selektive distributionssystem i dets helhed.

80. Hvad for det andet angår Domstolens *begrundelse* i dommen i sagen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique vedrører den alene det kontraktvilkår, der navnlig omhandler virksomheden Pierre Fabres forbud mod internetsalg. Domstolen anså ikke den omstændighed alene, at indføjelser af nævnte kontraktvilkår var begrundet i behovet for at opretholde de pågældende prestigeprodukters image, for at være et legitimt mål med henblik på at begrænse konkurrencen. Dette vil dog ikke sige, at Domstolen har ment, at distributionssystemer, der netop har til formål at opretholde de pågældende produkters brand image, umiddelbart skal være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 101, stk. 1, TEUF.

81. Det er vigtigt at bemærke, at Domstolen navnlig ikke fraveg princippet om, at lederen af et selektivt distributionsnet i princippet frit kan organisere dette net, og dermed heller ikke den vurdering, at de vilkår, der pålægges autoriserede distributører, skal anses for at være forenelige med artikel 101, stk. 1, TEUF, når de opfylder de betingelser, som Domstolen har opstillet.

82. Mere grundlæggende bemærkes det, at intet i den sprogbrug, som Domstolen anvendte, lader formode, at denne havde til hensigt at fravige eller mindske rækkevidden af de principper, der er opstillet og udarbejdet for vurderingen på baggrund af artikel 101 TEUF af de vilkår, der pålægges autoriserede distributører i et selektivt distributionsnet.

83. Dom af 13. oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), skal med andre ord ikke fortolkes som en kursændring i forhold til tidligere retspraksis, eftersom den i nævnte doms præmis 46 omhandlede udtalelse indgår i en kontrol af forholdsmæssigheden af det kontraktvilkår, der rent konkret var tale om i hovedsagen (jf. navnlig dommens præmis 43).

32 – Der henvises navnlig til de i fodnote 3 i dette forslag til afgørelse nævnte eksempler.

33 – Den franske konkurrencemyndighed havde i hovedsagen navnlig bemærket, at dette forbud mod internetsalg svarede til en begrænsning af Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques forhandlers handelsfrihed, idet det udelukkede en metode til afsætning af virksomhedens produkter. Desuden begrænsede dette forbud forbrugernes valgmuligheder, når de ønskede at købe via internettet, og det forhindrede endelig salg til slutbrugere, der ikke befandt sig i den autoriserede forhandlers »fysiske« handelsområde.

84. På grundlag af det ovenstående kan det konkluderes, at selektive distributionssystemer, der har til formål at opretholde produkternes luksusimage, altid kan udgøre konkurrenceelementer, der er forenelige med artikel 101, stk. 1, TEUF. Som Kommissionen med føje har bemærket, skal det dog udledes af nævnte dom, at det afhængigt af de pågældende produkters egenskaber eller for så vidt angår særlig alvorlige begrænsninger som f.eks. det fuldstændige forbud mod internetsalg, der følger af det omtvistede vilkår i dommen i sagen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, er muligt, at målet om at opretholde de pågældende varers prestigeimage ikke er lovligt, hvilket betyder, at der ikke er grundlag for at fritage et selektivt distributionssystem eller et vilkår, der forfølger et sådant formål.

85. Alle andre konklusioner ville efter min opfattelse medføre to store ulemper.

86. For det første ville det svare til, at allerede veletablerede principper i Domstolens praksis vedrørende vurdering af selektive distributionssystemer i lyset af konkurrencereglerne fraviges. Det skal bemærkes, at disse principper netop tager hensyn til de gavnlige virkninger, som sådanne systemer har i forbindelse med en effektiv konkurrence.

87. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at det er de pågældende produkters egenskaber, uanset om de ligger i deres materielle egenskaber eller deres luksus- eller prestigeimage, der skal opretholdes. Uanset om de pågældende produkter frembyder visse materielle kvaliteter som f.eks. produkter af høj kvalitet eller teknisk højt udviklede produkter, eller om de pågældende produkter forbindes med et luksusimage, kan den selektive distribution anses for at være lovlig, henset til de konkurrencefremmende virkninger, som den medfører.

88. Dernæst er en fortolkning af dom af 13. oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), hvorefter et selektivt distributionssystem, der har til formål at opretholde de pågældende produkters luksusimage, fremover ikke længere kan falde uden for forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, i strid med retningslinjerne for intellektuel ejendomsret, og navnlig med retspraksis inden for varemærkeretten.

89. I dom af 23. april 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260), sidestillede Domstolen således forhandleren i et selektivt distributionssystem med en licenstag og anerkendte, at de begge befandt sig i en situation, hvor tredjeparter foretager markedsføring med varemærkeindehaverens accept. Dette bevirker, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler ikke bør finde anvendelse, såfremt producentens/varemærkeindehaverens foranstaltninger over for den autoriserede forhandler i sidste ende blot vedrører udøvelse af retten til den første ibrugtagning.

90. Domstolen fremhævede ligeledes i dom af 3. juni 2010, Coty Prestige Lancaster Group (C-127/09, EU:C:2010:313), at varemærkerettens eksklusive karakter bevirker, at enhver anvendelse af mærket uden indehaverens accept udgør en tilsidesættelse af varemærkeretten.

91. Et selektivt distributionsnet som det, der er omfattet af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, der vedrører forhandling af luksus- og prestigeprodukter, og som hovedsageligt har til formål at opretholde produkternes luksusimage, kan således udgøre et konkurrenceelement, der er foreneligt med artikel 101, stk. 1, TEUF, for så vidt som Metro-kriterierne er opfyldt.

92. Denne konklusion gælder såvel såkaldte luksusprodukter som såkaldte »kvalitets«-produkter. Det vigtigste er behovet for, at lederen af nettet opretholder produktets prestigeimage.

93. Jeg foreslår derfor, at det første præjudicielle spørgsmål besvares således, at selektive distributionssystemer vedrørende salg af luksus- og prestigeprodukter, som hovedsageligt har til formål at opretholde nævnte produkters »luxusimage«, udgør et konkurrenceelement, der er foreneligt med artikel 101, stk. 1, TEUF, for så vidt som videreførerne udvælges på grundlag af

objektive kriterier af kvalitativ karakter, der fastsættes ens for alle og anvendes uden forskelsbehandling for alle potentielle videreforhandlere, det pågældende produkts art, herunder dets prestigeimage, kræver en selektiv distribution for at opretholde dets kvalitet og sikre dets rette brug, og de fastsatte kriterier ikke går videre, end hvad der er nødvendigt.

Det andet spørgsmål: foreneligheden med artikel 101, stk. 1, TEUF af et forbud mod, at medlemmerne af et selektivt distributionsnet for luksusvarer, der opererer som autoriserede detailhandlende på markedet, på en måde, som er synlig udefra, benytter tredjepartsplatforme til onlinesalg

94. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om og i hvilket omfang artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for et forbud mod, at medlemmerne af et selektivt distributionssystem for luksusvarer, der opererer som autoriserede detailhandlende på markedet, på en måde, som er synlig udefra, benytter tredjepartsplatforme til internetsalg af de pågældende produkter.

95. Dette spørgsmål, der hænger tæt sammen med det første spørgsmål, vedrører foreneligheden med artikel 101, stk. 1, TEUF af den særlige bestemmelse for det selektive distributionssystem, der netop rejser tvivl om i hovedsagen.

96. Som anført ovenfor som svar på det første præjudicielle spørgsmål, er det ubestridt, at den selektive distribution, der er baseret på kvalitative parametre, kun er omfattet af artikel 101, stk. 1, TEUF, for så vidt som Metro-kriterierne er opfyldt.

97. I henhold til det analyseskema, der følger af retspraksis i dommen i sagen Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen, som der på ingen måde blev rejst tvivl om med dommen i sagen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique³⁴, skal det undersøges, om valget af videreforhandlere sker på grundlag af objektive kriterier af kvalitativ karakter, som fastsættes ens for alle potentielle videreforhandlere og anvendes uden forskelsbehandling, om det eller de pågældende produkt/produkter for at opretholde kvaliteten og sikre den rette brug nødvendiggør et sådant distributionsnet, og endelig om de fastsatte vilkår er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

98. Da det første af disse vilkår ikke reelt drøftes i den foreliggende sag, vil jeg i min analyse koncentrere mig om at klarlægge, om forbuddet mod, at de autoriserede forhandlere benytter sig af tredjepartsplatforme på en måde, som er synlig udefra, er lovlig i forhold til de kvalitative mål, der forfølges, og om det i givet fald er forholdsmæssigt.

99. Hvad for det første angår det omtvistede forbuds lovlighed er målet om at opretholde luksus- og prestigeprodukters image, som jeg har anført i mit forslag til en besvarelse af det første spørgsmål, fortsat et legitimt mål, som kan begrunde et kvalitativt selektivt distributionssystem som det i hovedsagen omhandlede.

100. Det skal således fastslås, om det omtvistede vilkår, dvs. forbuddet mod, at de autoriserede videreforhandlere benytter tredjepartsplatforme på en måde, som er synlig udefra, netop kan begrundes med behovet for at opretholde de pågældende produkters luksusimage.

101. I denne forbindelse er jeg af den opfattelse, at forbuddet mod at benytte betegnelser fra tredjepartsvirksomheder kan begrundes med målet om at opretholde og kontrollere kriterier af kvalitativ karakter, der navnlig kræver levering af visse tjenester i forbindelse med salg af produkter og en bestemt præsentation af de produkter, der sælges.

34 – Dom af 13.10.2011 (C-439/09, EU:C:2011:649, præmis 41 og 43).

102. Det må således anerkendes, at lederen af et selektivt distributionsnet for at opretholde sine produkters brand image eller prestigeimage³⁵ kan forbyde sine forhandlere, selv autoriserede forhandlere, at benytte tredjepartsvirksomheder på en måde, der er synlig udefra. Et sådant forbud kan være egnet til at opretholde garantien for produkternes kvalitet, sikkerhed og identiske oprindelse ved at pålægge de detailhandlende at levere tjenesteydelser på et vist niveau i forbindelse med salget af aftalevarerne. Dette forbud gør det ligeledes muligt at opretholde beskyttelsen og positioneringen af mærkerne i lyset af forfalskning og snyltervirksomhed, der kan have konkurrencebegrænsende virkninger.

103. Som Kommissionen har anført i retningslinjernes punkt 54, kan leverandøren dog pålægge kvalitetsstandarder ved brugen af webstedet til videresalg af hans varer, på samme måde som leverandøren kan opstille kvalitetsstandarder for en forretning, for salgskataloger eller for reklame og salgsmæssigt i almindelighed.

104. Ved at benytte tredjepartsplatforme i forbindelse med distribution af produkterne har de autoriserede forhandlere – og i endnu højere grad lederen af netværket – ikke længere kontrol med præsentationen af disse produkter og deres image, navnlig eftersom disse platforme hyppigt og på en meget synlig måde fremviser deres logoer i alle faser af købet af aftalevarerne.

105. Det absolutte forbud mod, at medlemmerne af et selektivt distributionssystem benytter tredjepartsvirksomheder i forbindelse med deres internetsalg på en måde, der er synlig udefra, udgør således en begrænsning, som fuldstændigt svarer til den begrænsning, der ifølge Domstolen er begrundet og nødvendig for at sikre den rette funktion af et selektivt distributionssystem, der udelukkende er baseret på fysisk handel, og er således i henhold til retspraksis lovligt i henhold til konkurrenceretten³⁶.

106. Afslutningsvis kan forbuddet mod, at de autoriserede forhandlere benytter tredjepartsonlineplatforme, udelukkes fra anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1, TEUF, for så vidt som det kan forbedre konkurrencen på grundlag af kvalitative kriterier. I forlængelse af de ovenstående betragtninger vedrørende selektiv distribution vil dette forbud kunne opretholde de pågældende produkters luksusimage i forskellige henseender: Det garanterer ikke blot, at disse produkter sælges i et miljø, der lever op til de kvalitative krav, som lederen af distributionsnettet opstiller, men det gør det ligeledes muligt at beskytte sig mod snyltervirksomhed ved at undgå, at leverandørens og andre autoriserede forhandlers investeringer og indsats med henblik på at forbedre de pågældende produkters kvalitet og image kommer andre virksomheder til gode.

107. Dette forbud adskiller sig klart fra den omtvistede bestemmelse i den sag, der gav anledning til dom af 13. oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649).

108. Det skal bemærkes, at Domstolen i dommen i sagen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique fastslog, at et kontraktvilkår, der indeholder et absolut forbud mod, at de autoriserede forhandlere sælger aftalevarerne online, kunne udgøre en begrænsning efter sit formål og dermed kunne være i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF, »hvis det efter en individuel og konkret undersøgelse af indholdet og formålet med denne kontraktbestemmelse og af den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, fremgår, at denne bestemmelse ikke er objektivt begrundet, henset til de omhandlede produkters egenskaber«.

35 – I hovedsagen fremgår det af punkt 1.1 i den selektive distributionsaftale, der er indgået mellem Coty Germany og Parfümerie Akzente, at forbuddet mod at benytte tredjepartsplatforme på en måde, der er synlig udefra, netop havde til formål at opretholde aftalevarernes »luxuskarakter«.

36 – Jf. navnlig dom af 25.10.1977, Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen (26/76, EU:C:1977:167), af 11.12.1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289), af 25.10.1983, AEG-Telefunken mod Kommissionen (107/82, EU:C:1983:293), og af 23.4.2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260).

109. I den foreliggende sag må det fastslås, at Coty Germany ikke har indført et absolut forbud mod onlinealg, men udelukkende har pålagt sine autoriserede videreforhandlere ikke at afsætte aftalevarerne via tredjepartsplatforme, for så vidt som disse, ifølge lederen af netværket, ikke er forpligtede til at overholde de kvalitative krav, som denne pålægger sine autoriserede forhandlere.

110. Den omtvistede bestemmelse i hovedsagen bevarer således muligheden for, at de autoriserede forhandlere kan distribuere aftalevarerne via deres egne websteder. Den forbyder heller ikke de pågældende forhandlere at benytte tredjepartsplatforme til distribution af disse aftalevarer på en måde, der ikke er synlig udefra.

111. Som Kommissionen har anført, idet den navnlig støtter sig på resultaterne af dens sektorundersøgelse, synes onlineforretninger, der kun tilhører forhandlere, på den elektroniske handels nuværende udviklingsstadium at udgøre en privilegeret salgskanal på internettet. Uanset den voksende betydning, som tredjepartsplatforme har i forbindelse med markedsføring af detailhandelens varer, kan forbuddet mod, at de autoriserede forhandlere benytter disse platforme på en måde, der er synlig udefra, ikke på den elektroniske handels nuværende udviklingsstadium sidestilles med et totalt forbud eller med en væsentlig begrænsning af internetsalget.

112. For det andet gør de sagsakter, som Domstolen er i besiddelse af, det efter min opfattelse ikke på nuværende tidspunkt muligt at konkludere, at et sådant forbud generelt skal anses for at være uforholdsmæssigt i forhold til det forfulgte mål.

113. Det skal fremhæves, at mens den leverandør, der er leder af netværket, er i stand til at stille visse krav til de autoriserede forhandlere på baggrund af kontraktforholdet mellem dem og således foretage en vis kontrol af salgskanalerne for sine produkter, kan denne ikke udøve kontrol med det salg af produkterne, der foregår via tredjepartsplatforme. Set i dette lys kan den omtvistede forpligtelse synes at være en egnet metode til at nå de mål, som Coty Germany forfølger.

114. Det kan ganske vist ikke nægtes, at onlineplatforme som de i hovedsagen omhandlede er egnet til at udforme og sikre en prestigekabende præsentation af de pågældende produkter på samme måde, som de autoriserede forhandlere gør det. Den overholdelse af de kvalitative krav, der lovligt kan kræves i forbindelse med et selektivt distributionssystem, kan imidlertid kun sikres effektivt, hvis salgsklimaet på internettet er udformet af de autoriserede videreforhandlere, som ved kontrakt er knyttet til leverandøren/lederen af distributionsnettet og ikke af en tredjepart, hvis praksis denne leverandør ikke har nogen indflydelse på.

Foreløbig konklusion

115. Den omtvistede bestemmelse kan således, for så vidt som den finder anvendelse uden forskelsbehandling og er objektivt begrundet i aftalevarernes art – aspekter, der ikke på nogen måde rejses tvivl om i den foreliggende sag, men som under alle omstændigheder skal efterprøves af den forelæggende ret – anses for at være forenelig med artikel 101, stk. 1, TEUF.

116. Hvis det antages, at det i den foreliggende sag kan konkluderes, at den omtvistede bestemmelse kan henhøre under artikel 101, stk. 1, TEUF, navnlig på grund af den manglende overholdelse af Metro-kriterierne, skal det undersøges, om den har en konkurrencebegrænsende virkning, og det skal navnlig klarlægges, om denne udgør en begrænsning »efter sit formål« i henhold til denne bestemmelse.

117. Vedrørende det sidstnævnte spørgsmål og til forskel fra det kontraktvilkår, der var tale om i den sag, der gav anledning til dom af 13. oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), kan det omtvistede forbud i den foreliggende sag efter min opfattelse på ingen måde betegnes som en restriktion »efter sit formål« i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, idet det

præciseres, at dette begreb skal fortolkes restriktivt. Det er således ubestridt, at begrebet restriktion »med et konkurrencebegrænsende formål« kun kan anvendes på visse typer af koordinering mellem virksomheder, der er tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til, at det må fastslås, at en undersøgelse af deres virkninger ikke er nødvendig³⁷.

118. I modsætning til forbuddet mod, at de autoriserede forhandlere benytter internettet til forhandling af aftalevarerne, er forbuddet mod at benytte tredjepartsplatforme ikke så skadeligt for konkurrencen, i det mindste ikke på den elektroniske handels nuværende udviklingsstadium, der kan ændre sig på kortere eller længere sigt.

119. Desuden og stadig såfremt det måtte konkluderes, at den omtvistede bestemmelse henhører under artikel 101 TEUF, og den i øvrigt begrænser konkurrencen, skal det bemærkes, at det skal undersøges, om den omtvistede bestemmelse kan være omfattet af en fritagelse i henhold til nævnte artikels stk. 3, og navnlig en gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 330/2010, som omhandlet i det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål.

120. For så vidt som de markedsandelstærskler, der er fastsat i artikel 3 i forordning nr. 330/2010, som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, ikke er overskredet, kan den omtvistede bestemmelse, hvis den nationale ret måtte fastslå, at den ikke er forenelig med artikel 101, stk. 1, TEUF, således være omfattet af en undtagelse i henhold til nævnte forordnings artikel 2 (jf. ottende betragtning til forordning nr. 330/2010). En sådan mulighed kommer dog under ingen omstændigheder på tale, hvis det omtvistede forbud udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning i henhold til samme forordnings artikel 4.

121. Hvis den nationale ret således måtte nå frem til den konklusion, at forbuddet mod at benytte tredjepartsplatforme ikke falder uden for artikel 101, stk. 1, TEUF, og at det som udgangspunkt er konkurrencebegrænsende, kan den omtvistede bestemmelse vedrørende det selektive distributionssystem stadig begrundes i medfør af artikel 101, stk. 3, TEUF enten på grundlag af den gruppefritagelsesforordning, som finder anvendelse, eller på grundlag af en analyse fra sag til sag, der netop vedrører de fritagelsestilfælde, der er omhandlet i forordning nr. 330/2010.

Konklusion

122. Jeg foreslår derfor, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares således, at det med henblik på at afgøre, om en kontraktbestemmelse om forbud mod, at autoriserede forhandlere i et distributionsnet på en måde, der er synlig udefra, benytter tredjepartsplatforme til onlinesalg, er forenelig med artikel 101, stk. 1, TEUF eller ej, påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om denne kontraktbestemmelse er betinget af produktets art, om den er fastsat på en ensartet måde og anvendes uden forskelsbehandling, og om den går videre, end hvad der er nødvendigt.

Det tredje og det fjerde spørgsmål: anvendeligheden af gruppefritagelsesforordningen i henhold til artikel 4, litra b) og c), i forordning nr. 330/2010

123. Den forelæggende ret ønsker med sit tredje og fjerde spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om artikel 4 i forordning nr. 330/2010 skal fortolkes således, at et forbud mod at involvere tredjepartsvirksomheder i forbindelse med internetsalg på en måde, som er synlig udefra, som pålægges medlemmerne af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, udgør en restriktion af den detailhandlendes kundegruppe i henhold til nævnte forordnings artikel 4, litra b), og/eller en begrænsning af det passive salg til slutbrugerne i henhold til samme forordnings artikel 4, litra c).

37 – Jf. navnlig dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 58).

124. Selv om den forelæggende ret netop i formuleringen af det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål har henvist til problematikken omkring identificering af restriktioner »efter deres formål« med hensyn til kundekredsen og det passive salg, vedrører dens spørgsmål, som det klart fremgår af forelæggelsesafgørelsen, reelt spørgsmålet, om det selektive distributionssystem, såfremt det måtte anses for konkurrencebegrænsende i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, alligevel vil kunne fritages i henhold til forordning nr. 330/2010.

125. Spørgsmålet er således blot, om den omtvistede bestemmelse kan analyseres som en begrænsning af området og/eller kundekredsen eller som en begrænsning af det passive salg i henhold til forordning nr. 330/2010.

Indledende bemærkninger om anvendelsesområdet ratio legis for forordning nr. 330/2010

126. Som det fremgår af femte betragtning til forordning nr. 330/2010, bør fordelene ved gruppefritagelsen, der fastsættes i denne forordning, være begrænset til vertikale aftaler, »der med tilstrækkelig sikkerhed kan antages at opfylde betingelserne i [...] artikel 101, stk. 3 [TEUF]«.

127. Når det skal afgøres, om en restriktion kan være omfattet af en gruppefritagelse, opfordres virksomhederne først til at foretage en første evaluering af den omtvistede aftale på grundlag af visse formodninger om uforenelighed fastsat i forordning nr. 330/2010.

128. I artikel 4 i forordning nr. 330/2010 er der således opstillet en liste over åbenbare begrænsninger, der oftest betegnes som »alvorlige konkurrencebegrænsninger«, som, når de er til stede, udelukker en gruppefritagelse.

129. Domstolen har således fastslået, at eftersom en virksomhed under alle omstændigheder har mulighed for individuelt at gøre anvendelsen af den lovmæssige undtagelse i artikel 101, stk. 3, TEUF gældende, er der ikke behov for at anlægge en bred fortolkning af bestemmelser, hvorefter aftaler eller former for praksis omfattes af gruppefritagelsen³⁸.

130. Endvidere skal det af hensyn til forudsigeligheden og retssikkerheden bemærkes, som Kommissionen har slået til lyd for, at de undtagelser fra gruppefritagelserne, der er omhandlet navnlig i artikel 4, litra b) og c), i forordning nr. 330/2010, nemt kan identificeres og derfor ikke er afhængige af, at der gennemføres en indgående analyse af markedsvilkårene og de konkurrencebegrænsende virkninger, der observeres på et givent marked på et bestemt tidspunkt.

131. Man bør netop holde sig for øje, at det mål, der forfølges med de fritagelsesforordninger, der vedtages på grundlag af forordning nr. 19/65/EØF³⁹, navnlig ligger i behovet for at tillade de berørte virksomheder selv at vurdere, om deres adfærd er i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

132. Forfølgelsen af dette mål ville blive forhindret, hvis det med henblik på at betegne foranstaltninger, der vedtages af virksomhederne, som vertikale aftaler, der har »til formål« at begrænse visse former for salg i henhold til artikel 4, litra b) og c), i forordning nr. 330/2010, krævedes, at disse virksomheder skulle gennemføre en avanceret og dybtgående undersøgelse af de pågældende foranstaltningers konkurrencebegrænsende virkninger på baggrund af de pågældende virksomheders situation og position på markedet.

38 – Dom af 13.10.2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, præmis 57).

39 – Rådets forordning af 2.3.1965 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af aftaler og samordnet praksis (EFT 1965, 36, s. 533).

133. Som tidligere nævnt skal der sondres mellem identificering af en »restriktion med et konkurrencebegrænsende formål« i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF i gruppeinddelingen med henblik på anvendelsen af en gruppefritagelsesforordning og visse former for *alvorlige begrænsninger* – i dette tilfælde de begrænsninger, der er omhandlet i artikel 4, litra b) og c), i forordning nr. 330/2010.

134. Ikke desto mindre er der i begge tilfælde tale om at identificere adfærd, der formodes at være særligt skadelig for konkurrencen med henvisning til vurderingen af den *øjeblikkelige økonomiske og juridiske situation*, som de foranstaltninger, som virksomhederne vedtager, indgår i.

135. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sondringen mellem »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål« og »overtrædelser med konkurrencebegrænsende virkning« ligger i den omstændighed, at nogle former for hemmelig adfærd mellem virksomhederne på grund af selve deres art, og henset til de indhøstede erfaringer, kan anses for skadelige for en normal konkurrence⁴⁰. Begrundelsen for artikel 4 i forordning nr. 330/2010, der identificerer en række alvorlige begrænsninger, er baseret på den tanke, der kommer til udtryk i tiende betragtning til nævnte forordning, hvorefter »vertikale aftaler, som indeholder visse former for alvorlige konkurrencebegrænsninger, såsom mindste og faste videresalgspriser samt visse former for områdebeskyttelse, ikke bør være omfattet af den gruppefritagelse, der indføres ved denne forordning, uanset de deltagende virksomheders markedsandel«.

136. I lighed med den fremgangsmåde, der anvendes til identificering af en restriktion efter sit formål i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, skal der ved bestemmelsen af, om et kontraktvilkår »har til formål at begrænse« det område eller den kundekreds, til hvilken forhandleren kan sælge [forordningens artikel 4, litra b)], eller forhandlerens aktive eller passive salg til slutbrugerne [forordningens artikel 4, litra c)], henvises til indholdet af de pågældende kontraktbestemmelser og til deres formål, der skal undersøges i den *øjeblikkelige økonomiske og juridiske sammenhæng*, som de indgår i. Det skal således bemærkes, at målet om at lette den selvevaluering, der kræves af de berørte virksomheder, ville blive bragt i fare, såfremt de med henblik på at identificere alvorlige konkurrencebegrænsninger som omhandlet i artikel 4 i forordning nr. 330/2010 skulle foretage en dybtgående undersøgelse navnlig på grundlag af en kontrafaktisk analyse af de påtænkte foranstaltningers indvirkninger på det/de berørte markeds/markeders struktur og funktionsbetingelser.

137. Som Kommissionen med føje har bemærket, skal det desuden fremhæves, at såvel artikel 4, litra b), som artikel 4, litra c), i forordning nr. 330/2010 i lighed med de bestemmelser i den gruppefritagelsesforordning, der tidligere fandt anvendelse, skal ses inden for rammerne af det mere overordnede og grundlæggende mål, som går ud på at *bekæmpe opdeling af markederne*.

138. Disse bestemmelser skal derfor forstås således, at de har til formål at udelukke visse kontraktbestemmelser, der har til formål at begrænse *det område eller den kundekreds*, som forhandleren kan sælge til, fra gruppefritagelsen. Nævnte bestemmelser kan derimod ikke efter min opfattelse fortolkes således, at de udelukker restriktioner, der fastsætter retningslinjerne for salg af produkterne, fra denne fritagelse⁴¹. Det er efter min opfattelse vigtigt at bemærke, at lederen af et selektivt distributionsnet skal have stor frihed til at fastsætte retningslinjerne for forhandling af disse produkter, der både fremmer innovation og kvaliteten af de tjenester, der leveres til kunderne, og som

40 – Jf. i denne retning dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 49-52 og den deri nævnte retspraksis samt præmis 57). Domstolen har navnlig præciseret, at det væsentlige juridiske kriterium for at afgøre, om en samordning mellem virksomheder har et konkurrencebegrænsende »formål«, ligger i konstateringen af, at en sådan samordning i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen.

41 – I lighed med den fremgangsmåde, der anvendes i forbindelse med anvendelsen af reglerne om varernes frie bevægelighed, er det navnlig ikke fastslået, at de omtvistede foranstaltninger rammer salget af produkter med oprindelse i andre medlemsstater hårdere (jf. dom af 11.12.2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, præmis 74, og af 2.12.2010, Ker-Optika, C-108/09, EU:C:2010:725, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

kan have konkurrencefremmende virkninger. Som det fremgår af retningslinjernes punkt 54, kan leverandøren inden for rammerne af gruppefritagelsesforordningen pålægge kvalitetsstandarder ved brugen af webstedet til videresalg af hans varer, på samme måde som leverandøren kan opstille kvalitetsstandarder for en forretning.

139. På baggrund af disse indledende præciseringer vil jeg behandle først det tredje og dernæst det fjerde præjudicielle spørgsmål.

Det tredje spørgsmål: forekomsten af en begrænsning af den detailhandlendes kundegruppe

140. I henhold til artikel 4, litra b), i forordning nr. 330/2010 finder den i nævnte forordnings artikel 2 omhandlede gruppefritagelse ikke anvendelse på aftaler, »der, direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har følgende formål: begrænsning af det område eller den kundegruppe, hvortil køberen, som er part i aftalen, med forbehold af en begrænsning med hensyn til forretningssted må sælge kontraksvarerne og -tjenesterne«.

141. Som det fremgår af retningslinjernes punkt 50, omfatter denne bestemmelse foranstaltninger til fordeling af markedet eller kundegrupperne, som kan medføre en markedsopdeling.

142. I den foreliggende sag er der intet i formuleringen af den omtvistede bestemmelse, som ganske enkelt forbyder de autoriserede forhandlere at benytte tredjepartsplatforme på en måde, der er synlig udefra, der indikerer, at den skal betegnes således.

143. Som den forelæggende ret har anført, er det ikke muligt på forhånd at identificere en bestemt kundegruppe eller et bestemt marked, som brugerne af tredjepartsplatforme ville svare til.

144. En begrænsning af kundegruppen eller markedet kan dog efter min opfattelse kun identificeres i de tilfælde, hvor det fremgår, at den autoriserede forhandler på grund af det omtvistede forbud og til trods for, at der fortsat er mulighed for at købe dennes produkter via hans eget websted, risikerer at tabe markedsandele eller en del af sin kundegruppe.

145. Hvad for det første angår aftalens indhold kræver den, at internetsalg sker via et elektronisk udstillingsvindue for den detailhandlendes butik eller via et tredjepartswebsted, forudsat at dette ikke er synligt udefra. Denne bestemmelse udelukker således ikke ethvert onlinesalg, men udelukkende en metode blandt flere andre til at nå ud til kundegruppen via internettet. Bestemmelsens indhold bevirker ikke som sådan en markedsopdeling.

146. I modsætning til den bestemmelse, der var tale om i den sag, der gav anledning til dom af 13. oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), tillader den omtvistede bestemmelse brugen af internettet som afsætningskanal, forudsat at den detailhandlende udøver sin onlinevirksomhed via et »elektronisk udstillingsvindue« for den godkendte butik eller på en måde, der ikke er synlig udefra, via et tredjepartswebsted og overholder en række bestemmelser med henblik på opretholdelse af produkternes luksuskarakter.

147. Som den forelæggende ret har anført, har dette forbud ikke reelt forhindret de autoriserede forhandlere i at samarbejde med tredjeparter i reklameøjemed på internettet. Eftersom dette forbud ikke har forhindret, at der henvises til onlineforhandlerne på internettet, har deres potentielle kunder altid været i stand til via internettet at få adgang til de autoriserede forhandlers tilbud via f.eks. søgemaskiner.

148. Hvad dernæst angår det erklærede *formål* med denne bestemmelse består det i at opretholde aftalevarernes luksuskarakter ved at stille krav om, at internetsalget foregår via et »elektronisk udstillingsvindue« for den detailhandlendes butik. Forbuddet mod, at de autoriserede forhandlere benytter tredjepartsplatforme på en måde, der er synlig udefra, har heller ikke umiddelbart til formål at opdele markedet ved at begrænse det område eller den kundegruppe, hvortil den/de autoriserede forhandler/forhandlere må sælge varerne.

149. Hvad derudover angår *den økonomiske og juridiske sammenhæng* fremgår det af de oplysninger, der er fremlagt for Domstolen, og navnlig af resultaterne af sektorundersøgelsen af den elektroniske handel, at anvendelsen af tredjepartsmarkedspladser eller -platforme, selv om den varierer fra land til land og fra produkt til produkt, til forskel fra de autoriserede forhandlers egne onlinebutikker ikke nødvendigvis er en vigtig afsætningskanal. Forbuddet mod, at de detailhandlende benytter sådanne platforme, kan ikke sidestilles med et fuldstændigt forbud mod onlinesalg som det i sagen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique omhandlede.

150. Desuden er der intet i den foreliggende sag, der gør det muligt at konkludere, at den omtvistede bestemmelse medfører en opdeling af områderne eller en begrænsning af adgangen til en bestemt kundegruppe. I denne forbindelse er det ikke på baggrund af »de erfaringer, der er indhøstet indtil nu«, godtgjort, at brugerne af de pågældende tredjepartsplatforme generelt og uafhængigt af et givent markeds særlige karakteristika udgjorde en kundegruppe, der kunne afgrænses, således at det kan konkluderes, at den omtvistede bestemmelse medfører en opdeling af kundegruppen i henhold til artikel 4, litra b), i forordning nr. 330/2010.

151. Henset til det ovenstående foreslår jeg, at det tredje spørgsmål besvares således, at et forbud mod at involvere tredjepartsvirksomheder i forbindelse med internetsalg på en måde, som er synlig udefra, som pålægges medlemmerne af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, ikke udgør en begrænsning af den detailhandlendes kundegruppe i henhold til artikel 4, litra b), i forordning nr. 330/2010.

Det fjerde spørgsmål: forekomsten af en begrænsning af det passive salg til slutbrugerne

152. Med sit fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 4, litra c), i forordning nr. 330/2010 skal fortolkes således, at et forbud mod at involvere tredjepartsvirksomheder i forbindelse med internetsalg på en måde, som er synlig udefra, som pålægges medlemmerne af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, udgør en begrænsning af det passive salg til slutbrugere.

153. I forlængelse af det ovenstående skal det for at afgøre, om den omtvistede kontraktbestemmelse kan analyseres som en bestemmelse, der har til formål at begrænse det passive salg til slutbrugerne, undersøges, om denne bestemmelse, henset til dens indhold, mål og den økonomiske og juridiske sammenhæng, som den indgår i, kan anses for reelt at være af en sådan art, at den skader det passive salg, dvs. salg som følge af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder.

154. Efter min opfattelse kan det ikke udledes af de sagsakter, som Domstolen er i besiddelse af, at nævnte bestemmelse skal analyseres på denne måde.

155. Som tidligere nævnt forbyder den omtvistede kontraktbestemmelse ikke ethvert internetsalg i modsætning til det i den sag, der gav anledning til dom af 13. oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), omhandlede forbud. Den tillader rent faktisk denne afsætningskanal, forudsat at forhandleren sælger de pågældende produkter via et elektronisk udstillingsvindue tilhørende den autoriserede virksomhed eller sælger dem via et tredjepartswebsted på en måde, der ikke er synlig udefra, og overholder en række retningslinjer, der skal opretholde fabrikantens brand image.

156. Henset til det ovenstående foreslår jeg, at det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares således, at et forbud mod at involvere tredjepartsvirksomheder i forbindelse med internetsalg på en måde, som er synlig udefra, som pålægges medlemmerne af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, ikke udgør en begrænsning af det passive salg til slutbrugere som omhandlet i artikel 4, litra c), i forordning nr. 330/2010.

Forslag til afgørelse

157. Henset til det ovenstående foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de af Oberlandesgericht Frankfurt am Main (regional appeldomstol i Frankfurt am Main, Tyskland) forelagte spørgsmål således:

- »1) Selektive distributionssystemer vedrørende salg af luksus- og prestigeprodukter, som hovedsageligt har til formål at opretholde nævnte produkters »luksusimage«, udgør et konkurrenceelement, der er foreneligt med artikel 101, stk. 1, TEUF, for så vidt som videreforhandlerne udvælges på grundlag af objektive kriterier af kvalitativ karakter, der fastsættes ens for alle og anvendes uden forskelsbehandling for alle potentielle videreforhandlere, det pågældende produkts art, herunder dets prestigeimage, kræver en selektiv distribution for at opretholde dets kvalitet og sikre dets rette brug, og de fastsatte kriterier ikke går videre, end hvad der er nødvendigt.
- 2) Med henblik på at afgøre, om en kontraktbestemmelse om forbud mod, at autoriserede forhandlere i et distributionsnet på en måde, der er synlig udefra, benytter tredjepartsplatforme til onlinesalg, er forenelig med artikel 101, stk. 1, TEUF eller ej, påhviler det den forelæggende ret at efterprøve, om denne kontraktbestemmelse er betinget af produktets art, om den er fastsat på en ensartet måde og anvendes uden forskelsbehandling, og om den går videre, end hvad der er nødvendigt.
- 3) Et forbud mod at involvere tredjepartsvirksomheder i forbindelse med internetsalg på en måde, som er synlig udefra, som pålægges medlemmerne af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, udgør ikke en begrænsning af den detailhandlendes kundegruppe i henhold til artikel 4, litra b), i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.
- 4) Et forbud mod at involvere tredjepartsvirksomheder i forbindelse med internetsalg på en måde, som er synlig udefra, som pålægges medlemmerne af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, udgør ikke en begrænsning af det passive salg til slutbrugere som omhandlet i artikel 4, litra c), i forordning nr. 330/2010.«