



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

L. MEDINA

fremsat den 9. januar 2025¹

Sag C-581/23

Beevers Kaas BV

mod

Albert Heijn België NV,

Koninklijke Ahold Delhaize NV,

Albert Heijn BV,

Ahold België BV,

Intervenient:

B.A. Coöperatieve Zuivelonderneming Cono

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hof van beroep te Antwerpen (appeldomstolen i Antwerpen, Belgien))

»Præjudiciel forelæggelse – konkurrence – aftaler, vedtagelser og samordnet praksis – artikel 101, stk. 3, TEUF – vertikale aftaler – forordning (EU) nr. 330/2010 – fritagelse – artikel 4, litra b), nr. i) – alvorlige konkurrencebegrænsninger – undtagelser – eksklusive distributionsaftaler – betingelser – forbud mod aktivt salg i det eksklusivt tildelte område – betingelsen om parallel pålæggelse – begrebet »aftale« – bevis for en samstemmende vilje mellem leverandøren og dennes købere – fravær af øvrige køberes aktive salg i det eksklusivt tildelte område, der er tildelt eksklusivforhandleren)«

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af hof van beroep te Antwerpen (appeldomstolen i Antwerpen, Belgien) vedrører fortolkningen af artikel 4, litra b), nr. i), i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 (også kendt som den vertikale gruppefritagelsesforordning)². Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem på den ene side Beevers Kaas BV og på den anden side Albert Heijn België NV, Koninklijke Ahold Delhaize NV, Albert Heijn BV og Ahold België BV (herefter samlet »Albert Heijn-selskaberne«).

2. Sagen vedrører sidstnævntes påståede overtrædelse af en eksklusiv distributionsaftale mellem Beevers Kaas og B.A. Coöperatieve Zuivelonderneming Cono (andelsmejeri, herefter »Cono«) om distribution af den velkendte Beemster-ost³ i Belgien og Luxembourg.

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Forordning af 20.4.2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, [TEUF] på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EUT 2010, L 102, s. 1).

³ – Beemster-ost er en hård komælksost. Dens særlige smag stammer fra ingredienserne (mælk fra køer, som spiser græs dyrket på havler i en kog fire meter under havoverfladen i Nederlandene), samt det forhold, at en del af produktionsprocessen (omrøringen af ostemassen) foregår manuelt, og at ostene modnes under skiftende forhold.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

3. Forordning nr. 330/2010, som den forelæggende ret anser for at finde anvendelse på tvisten i hovedsagen, erstattede med virkning fra den 1. juni 2010 Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999⁴. I overensstemmelse med artikel 10, andet afsnit, i forordning nr. 330/2010 anvendtes denne forordning indtil den 31. maj 2022.

4. Artikel 2 i forordning nr. 330/2010 indførte en fritagelse fra artikel 101, stk. 1, TEUF for vertikale aftaler, der indeholder vertikale begrænsninger (herefter »gruppefritagelsen«).

5. Artikel 4 i forordning nr. 330/2010 vedrørte »alvorlige konkurrencebegrænsninger«, som med visse undtagelser ikke kunne omfattes af gruppefritagelsen i henhold til denne forordnings artikel 2. Artikel 4 bestemte følgende:

»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:

i) begrænsning af aktivt salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, som er reserveret leverandøren, eller som leverandøren har tildelt en anden køber, forudsat at begrænsningen ikke begrænser køberens kunders salg

[...]«

6. Kommissionens forordning (EU) 2022/720⁵, der erstattede forordning nr. 330/2010, trådte i kraft den 1. juni 2022 og udløber den 31. maj 2034 i henhold til forordningens artikel 10 og 11.

7. Europa-Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger⁶ blev offentliggjort samtidig med, at forordning nr. 330/2010 blev vedtaget.

8. Punkt 25 i retningslinjerne af 2010 er affattet som følger:

»[...]

⁴ – Forordning af 22.12.1999 om anvendelse af [...] artikel 81, stk. 3, [EF] på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EFT 1999, L 336, s. 21).

⁵ – Forordning af 10.5.2022 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, [TEUF] på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EUT 2022, L 134, s. 4).

⁶ – EUT 2010, C 130, s. 1 (herefter »retningslinjerne af 2010«).

- a) [Forordning nr. 330/2010] finder anvendelse på aftaler og samordnet praksis. [...] For at der er tale om en aftale efter artikel 101 [TEUF], er det tilstrækkeligt, at parterne har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde. Det er uden betydning, i hvilken form denne hensigt er udtrykt, når bare formen loyalt gengiver parternes hensigt. Hvis der ikke foreligger nogen udtrykkelig aftale, som afspejler en samstemmende vilje, er det Kommissionen, der skal bevise, at den ene parts ensidige handlemåde foregår med den anden parts samtykke. Når der er tale om vertikale aftaler, er der to måder, hvorpå det kan fastslås, om der er samtykke til en konkret ensidig handlemåde. Det kan for det første udledes af beføjelser, som parterne måtte have i henhold til en på forhånd indgået generel aftale. Hvis denne på forhånd indgåede aftale bestemmer, at en part siden kan eller skal anlægge en konkret ensidig handlemåde, som vil være bindende for den anden part, kan det danne grundlag for at fastslå, at den anden part har givet sit samtykke til denne handlemåde [...] For det andet vil Kommissionen i mangel af et sådant udtrykkeligt samtykke kunne påvise et stiltiende samtykke. Det forudsætter for det første, at det bevises, at den ene part udtrykkeligt eller stiltiende beder om den anden parts samarbejde for at kunne gennemføre sin ensidige handlemåde, og for det andet at den anden part opfylder dette ønske ved at iværksætte denne ensidige handlemåde i praksis [...] [For] vertikale aftaler [gælder det], at et stiltiende samtykke kan udledes af, hvor stort et pres en part lægger på den anden part eller de andre parter i en aftale for at gennemtvinge sin ensidige politik, sammenholdt med antallet af distributører, der rent faktisk i praksis følger leverandørens ensidige politik. F.eks. er et system med overvågning og sanktioner, hvor en leverandør straffer de distributører, der ikke følger hans ensidige politik, et indicium for et stiltiende samtykke i leverandørens ensidige politik, hvis dette system sætter leverandøren i stand til at føre sin politik ud i livet. [...]«

9. Følgende fremgår af punkt 51 i retningslinjerne af 2010:

»Der er fire undtagelser fra den alvorlige begrænsning, der er nævnt i [...] artikel 4, litra b)[, i forordning nr. 330/2010]. Den første undtagelse i artikel 4, litra b)[, nr. i),] giver en leverandør mulighed for at begrænse en forhandlers aktive salg i et område eller til en kundegruppe, som en anden forhandler har fået eneret på, eller som leverandøren har forbeholdt sig selv. Der er givet eneret til et område eller en kundegruppe, når leverandøren indvilliger i at sælge sit produkt til kun én forhandler til salg i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, og eneforhandleren er beskyttet mod, at alle leverandørens øvrige kunder i [Den Europæiske Union] aktivt sælger i hans område eller til hans kundegruppe, uafhængigt af leverandørens salg. Leverandøren kan kombinere tildelingen af et eneforhandlingsområde og en bestemt kundegruppe med f.eks. at udpege en eneforhandler for en bestemt kundegruppe i et bestemt område. Denne beskyttelse af eneforhandlingsområder og eneret til kundegrupper skal dog åbne mulighed for passivt salg til sådanne områder eller kundegrupper. I relation til [...] artikel 4, litra b), [i forordning nr. 330/2010] definerer Kommissionen »aktivt« og »passivt« salg således:

- Ved »aktivt« salg forstås aktiv henvendelse til individuelle kunder, f.eks. i form af adresserede breve, herunder uopfordrede e-mails, eller besøg, eller aktiv henvendelse til en bestemt kundegruppe eller bestemte kunder i et bestemt område, gennem reklamer i medierne, på internettet eller andre salgsfremstød, der specifikt er rettet mod denne kundegruppe eller kunder i det pågældende område. Reklamer og salgsfremmende tiltag, der kun er attraktive for køberen, hvis de (også) når ud til en bestemt kundegruppe eller kunder i et bestemt område, betragtes som aktivt salg til denne kundegruppe eller kunderne i dette bestemte område.

[...]«

B. Belgisk ret

10. Artikel VI.104 i Wetboek van economisch recht (lov om økonomisk ret, herefter »WER«) af 28. februar 2013 fastsætter:

»Enhver handling, der er i strid med ærlig markedspraksis, og hvorved en virksomhed skader eller kan skade en eller flere andre virksomheders erhvervsmæssige interesser, er forbudt.«

II. De faktiske omstændigheder, som har givet anledning til tvisten i hovedsagen, og de præjudicielle spørgsmål

11. Appellanten i hovedsagen, Beevers Kaas, er i Belgien eksklusivforhandler af Beemster-ost, som denne køber hos producenten Cono, der er et selskab med hjemsted i Nederlandene.

12. Siden den 1. januar 1993 har der således foreligget en eksklusiv distributionsaftale mellem Cono og Beevers Kaas om forhandling af Beemster-ost i Belgien og Luxembourg (herefter »den eksklusive distributionsaftale«).

13. Albert Heijn-selskaberne driver virksomhed i supermarkedssektoren i Belgien og Nederlandene. De køber⁷ Beemster-ost, der af Cono produceres til markederne uden for Belgien og Luxembourg.

14. Beevers Kaas beskylder Albert Heijn-selskaberne for at tilsidesætte ærlig markedspraksis ved i Belgien at udøve aktiviteter, der direkte eller indirekte medfører, at Beevers Kaas' eksklusive distributionsaftale krænkes, på trods af at de er klar over, at Cono er bundet af denne aftale.

15. Ifølge Albert Heijn-selskaberne ønsker Beevers Kaas og Cono at pålægge dem et forbud mod aktivt salg, hvilket er forbudt. De er af den opfattelse, at den eksklusive distributionsaftale ikke forpligter Cono til at beskytte Beevers Kaas mod andre køberes aktive salg, og at den ikke opfylder konkurrencerettens strenge betingelser for at begrunde et forbud mod videresalg.

16. Ved dom af 9. juli 2021 gav præsidenten for ondernemingsrechtbank Antwerpen (retten i handels- og erhvervsretlige sager i Antwerpen, Belgien) ikke Beevers Kaas medhold i det anlagte søgsmål med den begrundelse, at »det ikke følger af nogen kontrakt- eller lovbestemmelse, at det er forbudt for virksomheder at erhverve forsyninger direkte hos Cono i Nederlandene og distribuere [dem] i Belgien«. Præsidenten for denne ret fremhævede navnlig den omstændighed, at den eksklusive distributionsaftale alene bestemte, at Cono ikke selv kunne sælge til belgiske forhandlere. Beevers Kaas' fortolkning ville indebære, at alle virksomheder, uanset hvor de er etableret, skal overholde den aftale og afholde sig fra at sælge Conos ost i Belgien. Beevers Kaas nyder heller ikke nogen kontraktmæssig beskyttelse i sit eksklusivområde i Belgien mod aktivt salg fra andre købere, der foretager indkøb hos Cono.

17. Beevers Kaas har iværksat appel til prøvelse af denne dom ved hof van beroep te Antwerpen (appeldomstolen i Antwerpen), som er den forelæggende ret.

⁷ – I princippet tilbyder en »køber« sine produkter direkte til forbrugeren, mens en »distributør« tilbyder sine produkter til andre virksomheder. Jeg vil anvende de to udtryk i flæng, da den foreliggende sag ikke afhænger af sonderingen mellem dem.

18. Parterne er for denne ret uenige om, hvorvidt den eksklusive distributionsaftale opfylder betingelserne i artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 og navnlig den betingelse, der er kendt som betingelsen om »parallel pålæggelse«. I henhold til denne betingelse er leverandøren forpligtet til at beskytte sin eksklusivforhandler mod aktivt salg i eksklusivområdet foretaget af alle leverandørens øvrige forhandlere/købere inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS).

19. Ved delafgørelse af 27. april 2022 har den forelæggende ret truffet afgørelse om det omtvistede spørgsmål vedrørende den eksklusive distributionsaftales indhold og rækkevidde til fordel for Beevers Kaas. Den fastslog, at Beevers Kaas havde godtgjort, at Albert Heijn-selskaberne i det mindste stiltiende havde accepteret forbuddet mod aktivt salg. Ifølge den forelæggende ret skal Beevers Kaas imidlertid også godtgøre, at alle andre forhandlere/købere end Albert Heijn-selskaberne har erklæret sig indforstået med dette forbud.

20. Den forelæggende ret er enig i en udtalelse fra den belgiske nationale konkurrencemyndighed (herefter »NCA«), som denne ret har anmodet om at intervenere som amicus curiae, hvorefter betingelsen om parallel pålæggelse skal være opfyldt, for at et forbud mod aktivt salg er lovligt. Denne betingelse skal fortolkes i lyset af begrebet »aftale« som omhandlet i artikel 101 TEUF og WER's artikel IV.1.

21. I denne henseende har den forelæggende ret anført, at forordning nr. 330/2010 og retningslinjerne af 2010 ikke præciserer, hvordan leverandøren skal beskytte sine eksklusivforhandlere mod aktivt salg i eksklusivområdet foretaget af leverandørens øvrige købere. De angiver navnlig ikke, på hvilken måde leverandøren skal meddele sine øvrige købere forbuddet om aktivt salg, eller på hvilken måde disse købere skal samtykke til forbuddet.

22. I den foreliggende sag er der intet bevis for, at alle Conos øvrige købere udtrykkeligt har accepteret forbuddet mod aktivt salg. NCA er af den opfattelse, at den forelæggende ret kan udlede et stiltiende samtykke til dette forbud af det blotte forhold, at ingen af disse købere på nuværende tidspunkt sælger produkter, som de har indkøbt hos Cono i Belgien. Beevers Kaas deler denne opfattelse og mener derfor at have ført tilstrækkeligt bevis for, at alle Conos købere accepterede forbuddet mod aktivt salg.

23. Albert Heijn-selskaberne er derimod af den opfattelse, at Beevers Kaas skal bevise, at Conos strategi om, at intet Beemster-produkt, der er købt i Nederlandene, må sælges aktivt i Belgien, er blevet meddelt alle selskabets købere, for at der kan være tale om et stiltiende samtykke.

24. På denne baggrund har hof van beroep te Antwerpen (appeldomstolen i Antwerpen) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan betingelsen om parallel pålæggelse i henhold til artikel 4, litra b), [nr. i),] i [forordning nr. 330/2010] anses for opfyldt, og kan leverandøren, der opfylder denne forordnings øvrige betingelser, således med bindende virkning forbyde en af sine køberes aktive salg ind i et område, som eksklusivt er tildelt en anden køber, når forbuddet udelukkende bygger på en konstatering af, at de øvrige købere ikke foretager aktivt salg ind i området? [...] Skal det anses for tilstrækkeligt bevist, at der foreligger en aftale om et forbud mod aktivt salg mellem disse øvrige købere og leverandøren alene på grundlag af den blotte konstatering af, at disse øvrige købere ikke aktivt sælger ind i det tildelte eksklusivområde?

- 2) Kan betingelsen om parallel pålæggelse i henhold til artikel 4, litra b), [nr. i),] i [forordning nr. 330/2010] anses for opfyldt, og kan leverandøren, der opfylder denne forordnings øvrige betingelser, således med bindende virkning forbyde en af sine køberes aktive salg ind et område, som eksklusivt er tildelt en køber, hvis han kun opnår sine andre køberes samtykke, når og hvis de er i færd med at foretage aktive salg ind i det område, der på denne måde er tildelt eksklusivt? Eller kræves det tværtimod, at leverandøren har opnået et sådant samtykke fra alle sine købere, uafhængigt af, om disse er i færd med at foretage aktive salg ind i det eksklusivt tildelte område?»

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

25. Beevers Kaas, Albert Heijn-selskaberne, Cono, den belgiske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Der blev afholdt retsmøde den 16. oktober 2024, hvor disse parter var repræsenteret.

IV. Bedømmelse

A. Det første præjudicielle spørgsmål

26. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 skal fortolkes således, at i en situation, hvor en leverandør har tildelt en bestemt forhandler et eksklusivt område, er den blotte konstatering af, at leverandørens andre købere (dvs. købere, der ikke er omfattet af denne specifikke eksklusivitetsordning) ikke foretager aktive salg i dette område, tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger en aftale mellem denne leverandør og disse andre købere vedrørende forbuddet mod aktivt salg i dette område.

1. *Spørgsmålet om, hvorvidt betingelsen om parallel pålæggelse er en del af artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010*

27. Den forelæggende ret har i sit første spørgsmål henvist til betingelsen om parallel pålæggelse. Med henblik på at besvare dette spørgsmål skal det undersøges, om de forhold, der fremgår af artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010, gør det muligt for Domstolen – for første gang i sin praksis – at drage den konklusion, at denne artikel indeholder en betingelse om parallel pålæggelse, selv om den nævnte artikel ikke udtrykkeligt henviser til en sådan betingelse.

28. Det skal nævnes, at en EU-retlig bestemmelses rækkevidde både skal vurderes ud fra dens indhold, dens kontekst og dens målsætninger⁸.

29. Det er hensigtsmæssigt at begynde med den sammenhæng, hvori artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 indgår.

30. Denne forordnings artikel 2 fastsætter på visse betingelser en *gruppefritagelse* for vertikale aftaler fra forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, hvorved der skabes en safe harbour-ordning for disse aftaler.

⁸ – Dom af 8.12.2005, Jyske Finans (C-280/04, EU:C:2005:753, præmis 34). Jf. om dette emne K. Lenaerts, »Interpretation and the Court of Justice: A basis for comparative reflection«, *International Lawyer*, bind 41, nr. 4, 2007, s. 1011.

31. Samtidig udelukker den fra gruppefritagelsen visse typer af vertikale aftaler, som, uanset de deltagende virksomheders markedsandel, indeholder visse former for alvorlige konkurrencebegrænsninger. Der er tale om aftaler, der indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger som omhandlet i forordningens artikel 4.

32. I henhold til artikel 4, litra b), i forordning nr. 330/2010 *finder gruppefritagelsen derfor ikke anvendelse* på vertikale aftaler, der direkte eller indirekte har til formål at begrænse det område eller de kunder, hvortil køberen, som er part i aftalen, må sælge kontraktstvarerne og -tjenesterne med forbehold af en begrænsning med hensyn til forretningssted.

33. Artikel 4, litra b), i forordning nr. 330/2010 fastsatte imidlertid fire *undtagelser*. De begrænsninger, der er omfattet af disse undtagelser, betragtes ikke i denne forordning som alvorlige konkurrencebegrænsninger og medfører derfor ikke, at gruppefritagelsen for den pågældende aftale bortfalder. Med andre ord giver denne bestemmelse mulighed for, at fire typer begrænsninger fortsat er omfattet af gruppefritagelsen.

34. Det skal i denne forbindelse erindres, at denne artikel fastsætter fire undtagelser (til en undtagelse), og at undtagelser til reglen skal fortolkes indskrænkende⁹.

35. Det fører mig frem til formålet med artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010. Bestemmelsens formål, som fremgår af dens ordlyd, var at fritage begrænsninger af aktivt salg inden for en forhandlers/købers eksklusivområde (herefter »forbuddet mod aktivt salg«)¹⁰, når disse begrænsninger er indeholdt i en bindende aftale mellem leverandøren og dennes øvrige købere¹¹.

36. I den foreliggende sag gør undtagelsen i denne bestemmelse det derfor muligt – under forudsætning af at betingelserne i denne bestemmelse er opfyldt – at leverandøren (Cono) kan tildele et område eksklusivt til en af sine forhandlere/købere (Beevers Kaas) og samtidig kan begrænse sine øvrige købers aktive salg i dette område.

37. For så vidt angår ordlyden af artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 gælder det, som jeg allerede har påpeget ovenfor¹², og som det også korrekt blev forklaret i ekspertrapporten om revisionen af den vertikale gruppefritagelsesforordning¹³, at *betingelsen om parallel pålæggelse* – dvs. en »betingelse, som skal gøre det muligt, at en begrænsning af aktivt salg kan drage fordel af gruppefritagelsen«, som udgør rammen for forholdet mellem leverandøren (Cono) og alle dennes forhandlere/købere i den foreliggende sag, »ikke er udtrykkeligt afspejlet i [ordlyden af] artikel 4, litra b), nr. i), i forordning [nr.] 330/2010, men [den] er i punkt 51 i retningslinjerne [af 2010] knyttet til begrebet »eksklusiv tildeling««. Det følger heraf, at det skal efterprøves, om dette krav er en del af artikel 4, litra b), nr. i), og således udgør en betingelse, der skal opfyldes, for at denne artikel kan finde anvendelse i en sag som den i hovedsagen omhandlede.

⁹ – Jf. dom af 4.3.2020, Marine Harvest mod Kommissionen (C-10/18 P, EU:C:2020:149, præmis 58). Jf. i denne retning ligeledes dom af 9.7.2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535, præmis 68).

¹⁰ – »Aktivt salg« forklares i punkt 9 i dette forslag til afgørelse. Det skal ses i modsætning til »passivt salg«, hvorved forstås besvarelse af *uopfordrede* henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering af varer eller tjenesteydelser til disse kunder.

¹¹ – Dette forbud må dog ikke begrænse de salg, der foretages af den eksklusive købers *kunder* i eksklusivområdet.

¹² – Jf. punkt 27 i dette forslag til afgørelse.

¹³ – Europa-Kommissionen, F. Wijckmans og S. Jaques, *Expert report on the review of the Vertical Block Exemption Regulation – Active sales restrictions in different distribution models and combinations of distribution models – Final report*, Den Europæiske Unions Publikationskontor, Luxembourg, 2021, s. 27 (herefter »ekspertrapporten«); min fremhævelse.

38. Hvis dette er tilfældet, vil betingelsen om parallel pålæggelse indebære, at tildelingen af territorial eksklusivitet til en bestemt forhandler/køber (Beevers Kaas) og anvendelsen af forbuddet mod aktivt salg over for alle øvrige købere ledsages af en forpligtelse for leverandøren (Cono) til at beskytte en sådan købers eneforhandlingsret i forhold til alle øvrige købere.

39. Begrebet »eneforhandling« henviser til en situation, hvor et område (eller en kundegruppe) er »eksklusivt tildelt«, dvs. når leverandøren indvilliger i kun at sælge sit produkt til en enkelt køber med henblik på forhandling i et bestemt område (eller til en bestemt kundegruppe)¹⁴.

40. For det første følger det efter min opfattelse *implicit*¹⁵ af ordlyden af artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010, og navnlig af udtrykket »eksklusivområde«, at en leverandør har ret til at tildele et eksklusivt område til en af sine købere. Tildelingen af et eksklusivområde indebærer nødvendigvis, at kun en bestemt køber får ret til at forhandle produktet inden for dette specifikke område. For at eksklusiviteten skal være meningsfuld, skal udnyttelsen af den ret, der er tildelt den pågældende køber, beskyttes mod potentiel skade. Hvis en leverandør beslutter at gøre brug af undtagelsen til de alvorlige konkurrencebegrænsninger, har denne leverandør derfor en tilsvarende forpligtelse til at sikre effektiviteten af denne eksklusive tildeling af et område, herunder ved at beskytte denne køber mod aktive salg i dette område foretaget af alle leverandørens andre købere.

41. Som den forelæggende ret i det væsentlige har anført, ville en leverandørs mulighed for på eksklusivt grundlag at tildele en af sine forhandlere/købere et bestemt område nemlig miste enhver effektiv virkning, hvis den eksklusive forhandler/køber ikke var beskyttet mod aktivt salg foretaget i dette område af leverandørens andre købere¹⁶. I den forbindelse erindrer jeg om, at det følger af Domstolens faste praksis, at såfremt en EU-retlig bestemmelse kan fortolkes på flere måder, hvoraf kun den ene kan sikre bestemmelsens effektive virkning, skal der gives denne fortolkning prioritet¹⁷.

42. For det andet fremgår det *udtrykkeligt* af ordlyden af artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010, at en leverandør har ret til at begrænse andre køberes aktive salg ind i eksklusivområdet. Denne mulighed ville miste sit indhold og ville blot være en tom skal, hvis den ikke blev ledsaget af en forpligtelse for leverandøren til at sikre, at begrænsningen af aktivt salg rent faktisk overholdes af disse andre købere. Samtidig skal det påpeges, at en sådan forpligtelse kun opstår, hvis en leverandør havde til hensigt og rent faktisk gjorde brug af undtagelsen i artikel 4, litra b), nr. i).

43. Det følger heraf, at forordning nr. 330/2010 ved at tillade begrænsninger af aktivt salg i et »eksklusivområde« inkluderer betingelsen om parallel pålæggelse i ordningen i forordningens artikel 4, litra b), nr. i).

44. Det fremgår af femte betragtning til forordning nr. 330/2010, at »[f]ordelen 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]«.

¹⁴ – Jf. punkt 51 i retningslinjerne af 2010.

¹⁵ – Denne fortolkning kan også udledes af ekspertrapporten, fodnote 13, op.cit., s. 27 og 28.

¹⁶ – Det er med andre ord nødvendigt, at et eksklusivområde ikke blot tildeles en forhandler/køber som Beevers Kaas, men også at denne forhandler/køber beskyttes mod aktivt salg foretaget i dette område af andre købere. Uden en sådan beskyttelse ville det de facto være umuligt at tildele et eksklusivområde, eftersom der uden et forbud mod aktivt salg gældende for de andre købere og deres efterlevelse af dette forbud, ikke ville være noget eksklusivt ved dette område.

¹⁷ – Dom af 24.2.2000, Kommissionen mod Frankrig (C-434/97, EU:C:2000:98, præmis 21).

45. Det anføres i sjette og syvende betragtning til denne forordning, at visse typer af vertikale aftaler kan forbedre den økonomiske effektivitet, føre til lavere transaktionsomkostninger og optimere afsætnings- og investeringsniveauerne. Det følger af disse betragtninger, at sådanne effektivitetsfremmende virkninger kan opveje eventuelle virkninger til skade for konkurrencen, forudsat at forordningens krav overholdes.

46. Endelig anføres det i tiende betragtning til forordning nr. 330/2010, at »[d]enne forordning [ikke] bør [...] fritage vertikale aftaler, som indeholder begrænsninger, som kan begrænse konkurrencen og skade forbrugerne, eller som ikke er nødvendige til at opnå de effektivitetsfremmende virkninger«.

47. Det følger heraf, at aftaler som de i den foreliggende sag omhandlede i princippet kan anses for at opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3, TEUF. For at undtagelsen i artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 kan have disse effektivitetsfremmende virkninger, skal betingelserne for denne undtagelse imidlertid være opfyldt og effektivt gennemført af de berørte parter. En specifik aftale eller samordnet praksis vil med andre ord kun være undtaget fra det generelle forbud, hvis de betingelser, der er fastsat i denne forordning, faktisk gennemføres og kan have sådanne effektivitetsfremmende virkninger. Anvendt på undtagelsen i artikel 4, litra b), nr. i), vil det kun være muligt at nå dette mål, hvis eksklusiviteten og forbuddet mod aktivt salg kombineres med en effektiv beskyttelse af den af leverandøren tildelte eksklusivitet.

48. I betragtning af formålet med gruppefritagelsen i forordning nr. 330/2010, således som det fremgår af betragtningerne til forordningen, er grunden til, at betingelsen om parallel pålæggelse er en betingelse, at artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 *kun* finder anvendelse på eneforhandlingsaftaler, som *reelt* tilskynder eneforhandleren til at investere i sine salgsaktiviteter i eksklusivområdet¹⁸.

49. I en sådan situation er det for at sikre denne stimulering nødvendigt, at leverandøren effektivt begrænser alle andre køberes aktive salg i eksklusivområdet i EØS¹⁹.

50. Ovenstående fortolkning af ordlyden af forordning nr. 330/2010 fremgik af Kommissionens retningslinjer af 2010, som ledsagede denne forordning. Jeg gør i denne forbindelse opmærksom på, at selv om de som soft law ikke er bindende for Domstolen, forholder det sig ikke desto mindre således, at Kommissionen er ophavsmand til denne forordning, og at de ledsagende retningslinjer derfor i princippet udgør et relevant redskab til en korrekt forståelse af, hvad lovgiver (i dette tilfælde Kommissionen) havde til hensigt med forordningen. Domstolen har således tidligere henvist til de samme retningslinjer til støtte for sin fortolkning af artikel 101, stk. 1, TEUF²⁰. Denne fortolkning af artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 – i lyset af de ledsagende

¹⁸ – Jf. punkt 164 i retningslinjerne af 2010: »Eneforhandling kan resultere i effektivitetsfordele, især når det kræves, at forhandlerne foretager investeringer for at beskytte eller opbygge mærkets omdømme. Generelt er effektivitetsfordelene størst for nye produkter, komplekse produkter og produkter, hvis kvalitet vanskeligt kan vurderes før forbrug ([...] oplevelsesprodukter), eller hvis kvalitet vanskeligt kan bedømmes selv efter forbrug ([...] tillidsprodukter). [...]«

¹⁹ – Jeg henviser til alle andre købere »i EØS« og ikke »i EU«, idet forelæggelsesafgørelsen henviser til »[...] aktivt salg ind i det eksklusivt tildelte område af alle leverandørens købere i [EØS]« (min fremhævelse).

²⁰ – Jf. dom af 26.10.2023, Autoridade da Concorrência og EDP (C-331/21, EU:C:2023:812, præmis 82 ff.). Jf. ligeledes generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Coty Germany (C-230/16, EU:C:2017:603, punkt 57) – vedrørende samme forordning og de samme retningslinjer som dem, der behandles her – »[...] det [kan] 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«. Jf. ligeledes 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 210 ff.) (Domstolen bemærkede, at Kommissionens meddelelser, såsom dens retningslinjer, der retter sig til de erhvervsdrivende, skal fremkalde retsvirkninger udadtil, er af generel rækkevidde og kan fremkalde retsvirkninger).

retningslinjer – er i overensstemmelse med denne forordnings formål, som sammen med retningslinjerne har til formål at sikre retssikkerheden og en ensartet anvendelse af konkurrenceretten, navnlig artikel 101 TEUF, i Unionen.

51. Punkt 51 i retningslinjerne af 2010 præciserer således, at »[d]er er givet eneret til et område eller en kundegruppe, når leverandøren indvilliger i at sælge sit produkt til kun én forhandler til salg i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, og *eneforhandleren er beskyttet mod, at alle leverandørens øvrige kunder i [Den Europæiske Union] aktivt sælger i hans område* eller til hans kundegruppe, uafhængigt af leverandørens salg« (min fremhævelse). Det følger heraf, at Kommissionens forklaring i retningslinjerne knytter eksklusivitet og begrænsningen af aktivt salg sammen med nødvendigheden af at sikre beskyttelsen af de rettigheder, der følger af disse aftaler.

52. Det følger af ovenstående betragtninger, at betingelsen om parallel pålæggelse udgør en integreret del af ordningen i artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010, og at retningslinjerne af 2010 i denne sammenhæng har til formål at afklare, hvordan betingelserne i denne bestemmelse skal anvendes i praksis.

53. Efter min opfattelse bekræftes ovenstående fortolkning af den nye forordning, nemlig forordning 2022/720, som erstattede forordning nr. 330/2010, og som forklaret i anden betragtning til forordning 2022/720, bygger på de generelt positive erfaringer med anvendelsen af forordning nr. 330/2010.

54. Som Kommissionen forklarede i retsmødet, indeholder forordning 2022/720, der blev vedtaget med henblik på at præcisere visse elementer, nu udtrykkeligt en definition af begrebet »eksklusivt distributionssystem«. For bedre at forklare reglerne og skabe retssikkerhed for de aktører, der forlader sig på gruppefritagelsesforordningen, indeholder den nye forordning derfor – i definitionen af et eksklusivt distributionssystem – betingelsen om parallel pålæggelse. Med andre ord indeholder denne forordning nu en *udtrykkelig* definition af betingelserne for et sådant distributionssystem, hvilket efter min opfattelse *implicit* fulgte af den tidligere forordning. Den nye forordning har klart til formål at knytte betingelsen om parallel pålæggelse sammen med eksklusivitet²¹.

55. I denne forbindelse forklares det i Retningslinjer for vertikale begrænsninger fra 2022²², at »[f]or at bevare deres investeringsincitamenter skal leverandøren beskytte eksklusivforhandlerne mod aktivt salg, herunder målrettet onlineannoncering, i deres eksklusive område eller til deres eksklusive kundegruppe fra alle leverandørens øvrige købere«.

2. Hvordan kan betingelsen om parallel pålæggelse opfyldes?

56. Det følger af analysen ovenfor, at det for at opfylde betingelsen om parallel pålæggelse i den foreliggende sag for det første skal godtgøres, at der var eller er en aftale mellem leverandøren (Cono) og alle dennes købere. Det følger nemlig af logikken bag den fritagelsesordning, der er fastsat i artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010, at undtagelsen fra de

²¹ – Artikel 1, [stk. 1,] litra h), i forordning 2022/720 definerer et »eksklusivt distributionssystem« som »et distributionssystem, hvor leverandøren tildeler et område eller en kundegruppe eksklusivt til sig selv eller til højst fem købere og *hindrer alle sine øvrige købere i aktivt at foretage salg i det eksklusive område* eller til den eksklusive kundegruppe« (min fremhævelse).

²² – EUT 2022, C 248, s. 1, punkt 219 (herefter »retningslinjerne af 2022«).

»[b]egrænsninger, som fjerner fordelene ved gruppefritagelse (alvorlige konkurrencebegrænsninger)« først finder anvendelse, når parterne (leverandøren og dennes købere) har accepteret at overholde de betingelser, der er fastsat i denne artikel.

57. I overensstemmelse med ånden i artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 forekommer det mig, at den mest indlysende måde at påvise, at betingelsen om parallel pålæggelse er overholdt, ville være at indsætte en udtrykkelig klausul i bindende skriftlige aftaler mellem leverandøren og alle dennes øvrige købere, der begrænser aktivt salg²³. En sådan løsning ville være at foretrække af hensyn til retssikkerhedsprincippet. I denne henseende gør jeg opmærksom på, at det i hovedsagen allerede ved endelig dom er blevet fastslået, at den eksklusivitet, der blev tildelt Beevers Kaas, nødvendigvis indebar en forpligtelse for Cono til at beskytte Beevers Kaas mod aktivt salg fra alle andre købere i Belgien og Luxembourg²⁴.

58. Eftersom sagen for den forelæggende ret hverken synes at indeholde sådanne udtrykkelige klausuler²⁵ eller skriftlige aftaler, er de vigtigste spørgsmål, der skal behandles i den foreliggende sag, i) den retlige kvalificering af forholdet mellem leverandøren (Cono) og dennes øvrige købere, og ii) identifikationen af de konsekvenser, der skal drages af dette forhold.

59. Henset til den manglende præcisering i forordning nr. 330/2010 af, hvordan betingelsen om parallel pålæggelse skal opfyldes, navnlig med henblik på at godtgøre, at parterne har aftalt de forudsætninger, der ligger til grund for denne betingelse, må der henvises til begrebet aftale som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

60. Det følger heraf – således som den forelæggende ret har foreslået i forelæggelsesafgørelsen – at det skal undersøges, om der sideløbende med den eksklusive distributionsaftale mellem Cono og Beevers Kaas forelå en aftale i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Domstolens praksis, mellem leverandøren Cono og dennes øvrige købere vedrørende et forbud mod aktivt salg i det eksklusivområde, der var tildelt Beevers Kaas.

61. Domstolens praksis gør det navnlig klart, at »en akt eller en tilsyneladende ensidig adfærd for at udgøre en aftale i henhold til artikel [101, stk. 1, TEUF] blot i det mindste skal udtrykke de to parter samstemmende vilje, idet den måde, hvorpå denne samstemmighed kommer til udtryk, ikke er afgørende«²⁶.

62. Det følger desuden af denne retspraksis, at »[p]arternes vilje kan følge af såvel bestemmelserne i den pågældende forhandleraftale som af parternes adfærd og navnlig tilstedeværelsen af forhandlernes eventuelt stiltiende samtykke til producentens opfordring«²⁷. Dette ræsonnement finder ligeledes anvendelse på et forhold mellem en leverandør og dennes forhandlere/købere som det i hovedsagen omhandlede.

²³ – Jf. ligeledes R. Wijkman og F. Tuytschaever, »Active sales restrictions revisited«, *European Competition Law Review*, bind 25, nr. 2, 2004, s. 110.

²⁴ – Jf. forelæggelsesafgørelsen (den originale sprogversion), s. 19 og 20, punkt 2, andet led.

²⁵ – Ekspertrapporten, fodnote 13, op.cit., s. 37, indeholder et generelt eksempel på en klausul om forbud mod aktivt salg: »[Køberen] udøver sin virksomhed i [områderne]. [Køberen] må ikke foretage aktivt salg i områder, der eksklusivt er forbeholdt [leverandøren], og heller ikke i områder, som eksklusivt er tildelt en anden køber udpeget af leverandøren.«

²⁶ – Dom af 13.7.2006, Kommissionen mod Volkswagen (C-74/04 P, EU:C:2006:460, præmis 37).

²⁷ – Ibidem, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis.

63. I henhold til Bayer-dommen²⁸ kan en sådan aftale ikke bygge på noget, som blot er udtryk for den ene af de kontraherende parter ensidige politik, der kan gennemføres uden den andens hjælp. For at en aftale som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF kan anses for at være indgået gennem stiltiende accept, »er det nødvendigt, at den af den ene kontraherende part udtrykte vilje vedrørende et konkurrencebegrænsende formål udgør en udtrykkelig eller stiltiende opfordring til den anden part om sammen at gennemføre dette formål«²⁹.

64. Med henblik på at anerkende, at der forelå en aftale som omhandlet i artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 og den deri fastsatte undtagelse, skal der tages udgangspunkt i denne retspraksis, hvilket indebærer, at det er nødvendigt at fastslå i) at leverandøren har opfordret til at gøre brug af denne undtagelse, og ii) at køberne i det mindste stiltiende har accepteret denne opfordring.

65. Den relevante retspraksis afspejles ligeledes i Kommissionens retningslinjer af 2010³⁰. Det følger af disse retningslinjer, at når hensigten ikke er påvist i en udtrykkelig aftale, skal det påvises, at den ene parts ensidige strategi har fået den anden parts samtykke. Stiltiende samtykke foreligger, når der er en udtrykkelig eller implicit opfordring fra den ene part til at samarbejde om gennemførelsen af denne ensidige strategi, og den anden part efterfølgende samtykker hertil ved at gennemføre strategien.

66. Den nyligt afsagte dom i Super Bock-sagen³¹ tydeliggør og kodificerer denne retspraksis. Det kan udledes af denne dom, at det med henblik på anvendelsen af betingelsen om parallel pålæggelse (dvs. med henblik på at fastslå, at der forelå en aftale mellem leverandøren og dennes øvrige købere) skal undersøges, om der har foreligget en samstemmende vilje mellem parterne, som kan følge af såvel bestemmelserne i distributionsaftalen som af parternes adfærd og navnlig af, om forhandlerne har givet et udtrykkeligt eller stiltiende samtykke³².

67. Denne dom³³ – der blev afsagt i en sag, hvor en leverandør pålagde sine forhandlere visse begrænsninger, navnlig minimumspriser for videresalg – præciserede, at »for at der foreligger en »aftale« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, [er det] tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har udtrykt deres fælles vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde«.

68. Dernæst bemærkede Domstolen i denne dom³⁴, at »[e]n aftale [...] således ikke [kan] baseres på udtrykket af en rent ensidig politik fra en part i en forhandleraftale«.

69. Domstolen bemærker imidlertid i den samme dom³⁵, at »[e]n akt eller en tilsyneladende ensidig adfærd udgør [...] en aftale i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, når parterne i det mindste har udtrykt samstemmende vilje, idet den måde, hvorpå denne samstemmighed kommer til udtryk, ikke i sig selv er afgørende«.

²⁸ – Dom af 6.1.2004, BAI og Kommissionen mod Bayer (C-2/01 P og C-3/01 P, EU:C:2004:2, præmis 100-102).

²⁹ – Ibidem, præmis 102.

³⁰ – Jf. punkt 25 i retningslinjerne af 2010.

³¹ – Dom af 29.6.2023, Super Bock Bebidas (C-211/22, EU:C:2023:529, herefter »Super Bock-dommen«).

³² – Jf. Super Bock-dommen, præmis 47-50.

³³ – Ibidem, præmis 47.

³⁴ – Ibidem, præmis 48.

³⁵ – Ibidem, præmis 49.

70. Parternes samstemmende vilje kan således følge af »såvel bestemmelserne i den pågældende forhandleraftale [...] som af et eventuelt udtrykkeligt eller stiltiende samtykke fra forhandlerne til opfordringen til at overholde [det pågældende krav]«³⁶.

71. Det følger heraf, at der med henblik på at godtgøre, at betingelsen om parallel pålæggelse i forhold til Conos øvrige forhandlere/købere er opfyldt i hovedsagen, er flere alternativer til at påvise, at betingelserne i artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 er opfyldt.

72. For det første kan forbuddet mod aktivt salg udtrykkeligt være fastsat i den distributionsaftale, der er indgået med hver enkelt forhandler/køber, hvilket ikke synes at være tilfældet i hovedsagen.

73. For det andet kan et udtrykkeligt samtykke fra andre købere end Beevers Kaas under visse omstændigheder udledes af de beføjelser, som parterne måtte have i henhold til den aftale, de har indgået³⁷. Dette ville være tilfældet, hvis de indgåede aftaler mellem Cono og de øvrige købere gav Cono beføjelse til at udstede forbud mod aktivt salg i de områder, som Cono havde tildelt, eller udelukkende tildelte en eller flere bestemte købere.

74. For det tredje kan Domstolens praksis, som afspejlet i punkt 25 i retningslinjerne af 2010, lægges til grund for at fastslå, at det i mangel af et udtrykkeligt samtykke skal godtgøres, at der foreligger et stiltiende samtykke. Med henblik herpå skal det fastslås dels, at den ene part udtrykkeligt eller stiltiende kræver, at den anden part samarbejder om gennemførelsen af sin ensidige strategi, dels at denne anden part opfylder dette krav ved at gennemføre denne ensidige strategi.

75. Hertil kommer, at præmis 57 i Super Bock-dommen indeholder et andet relevant element, for så vidt som »det ikke blot ved direkte beviser, *men ligeledes på grundlag af sammenfaldende omstændigheder og indicier* kan godtgøres, at der foreligger en »aftale« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF [...], når det heraf kan udledes, at en leverandør har opfordret sine forhandlere til at følge [et bestemt krav], og at de sidstnævnte i praksis har overholdt [det] af leverandøren [stillede krav]« (min fremhævelse).

76. Det følger heraf, at det i det foreliggende tilfælde – hvor der ikke synes at foreligge direkte eller udtrykkelige kontraktvilkår eller direkte beviser for aftalen mellem Cono og dennes købere – er hensigtsmæssigt at undersøge, hvad der kan udgøre »sammenfaldende omstændigheder og indicier«, som i tilfælde af et forbud mod aktivt salg i et eksklusivområde gør det muligt at konkludere, at leverandøren (Cono) har opfordret sine øvrige forhandlere/købere til at overholde et sådant forbud, og at disse sidstnævnte i praksis har overholdt forbuddet.

77. Den forelæggende ret skal således undersøge de faktiske omstændigheder i relation til to elementer, der er forbundne og kumulative, for så vidt som de, såfremt disse forhold foreligger, tilsammen vidner om, at der foreligger en samstemmende vilje og følgelig en aftale som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

78. Det første element er »opfordringen«, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt leverandøren (Cono) udtrykkeligt eller stiltiende opfordrede de øvrige købere til at afstå fra aktivt salg i eksklusivområdet. En sådan opfordring kan antage forskellige former. Den kan f.eks. være blevet kommunikeret ved en specifik meddelelse til disse andre købere (i form af e-mails, breve, kontraktbestemmelser, påkrav, modforanstaltninger eller lignende), hvorved Cono har opfordret

³⁶ – Ibidem, præmis 50.

³⁷ – Jf. punkt 25, litra a), i retningslinjerne af 2010.

dem til at respektere eksklusivområdet og forbuddet mod aktivt salg under trussel om modforanstaltninger. En opfordring kan også fremsættes på anden vis, dvs. ved at medtage specifikke oplysninger eller betingelser i leverandørens almindelige kontraktvilkår, som f.eks. kan vedlægges fakturaen til dennes forhandlere/købere eller på anden måde være gjort tilgængelig.

79. Efter min opfattelse kan der her drages en parallel til præmis 52 i Super Bock-dommen, hvoraf det følger, at leverandøren proaktivt og klart skal oplyse sine forhandlere/købere om sin brug af det eksklusive distributionssystem og om et forbud mod aktivt salg samt kontrollere deres overholdelse af systemet³⁸. Leverandøren bør f.eks. informere alle sine købere på tidspunktet for tildelingen af eksklusivitet samt ved hver udpegelse af nye distributører/købere og klart oplyse dem om, at hver enkelt køber er forpligtet til at overholde dette system.

80. Det følger heraf, at vurderingen for at fastslå, at der forelå en »opfordring«, skal vise Conos klare hensigt om at beskytte Beevers Kaas i eksklusivområdet og angive, hvilken specifik adfærd Cono forventede af sine øvrige købere.

81. Det andet element er de øvrige køberes »accept« af eller samtykke til ovennævnte forbud mod aktivt salg. Denne accept eller dette samtykke kan også følge af forskellige faktorer, såsom en *udtrykkelig* anerkendelse af dette forbud (gennem brevveksling, interne notater i forbindelse med kontraktforhandlinger) eller en *stiltiende* anerkendelse. En stiltiende anerkendelse kan f.eks. komme til udtryk ved, at de øvrige købere indstiller eller undlader aktivt salg i eksklusivområdet, eller ved, at køberne opgiver at fortsætte med et sådant salg, efter henvendelse fra leverandøren. Anerkendelsen kan ligeledes godtgøres ved den omstændighed, at disse købere ikke har anfægtet forbuddet mod aktivt salg i dette område eller accepten af de almindelige kontraktvilkår, der henviser til dette forbud.

82. For at fastslå en stiltiende anerkendelse skal de ovennævnte »sammenfaldende omstændigheder og indicier« klart påvise de andre forhandleres/køberes vilje til at acceptere leverandørens opfordring til at respektere det eksklusive distributionssystem og til at overholde det. Dette er tilfældet i en situation, hvor forhandlerne/køberne bliver informeret, men vælger ikke at modsætte sig dette system og samtykker.

83. Det fremgår ikke af forelæggelsesafgåelsen, at alle andre købere (end Albert Heijn-selskaberne) har overtrådt eller anfægtet forbuddet mod aktivt salg. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt denne omstændighed i sig selv er tilstrækkelig til at godtgøre de øvrige køberes samtykke til Conos mulige opfordring.

84. Som Kommissionen har påpeget, udgør den omstændighed – som fremgår af de for Domstolen fremlagte sagsakter – at ingen af Conos øvrige købere aktivt solgte Beemster-ost i Belgien, i denne henseende et relevant forhold, som den forelæggende ret måtte ønske at tage hensyn til i sin vurdering som et af de sammenfaldende omstændigheder og indicier.

³⁸ – Domstolen bemærker, at den omstændighed, at en leverandør regelmæssigt tilsender sine forhandlere lister over minimumspriser for videresalg, som leverandøren har fastsat, og som leverandøren anmoder dem om at overholde, hvilket leverandøren kontrollerer, idet der ellers kan blive pålagt modforanstaltninger, ligesom manglende overholdelse af disse foranstaltninger kan medføre anvendelse af negative forhandlerleverancer, ikke længere afspejler en ensidig adfærd, *hvis forhandlerne har overholdt priserne*. Domstolen præciserer også, at i denne forbindelse kan den omstændighed, at forhandlerne *i praksis følger disse priser*, eller at *de anmoder om en indikation af sådanne priser* og, skønt de klager over de anførte priser til leverandøren, *imidlertid ikke anvender andre priser på eget initiativ*, afspejle forhandlerens samtykke til leverandørens fastsættelse af minimumspriser for videresalg.

85. En sådan omstændighed er imidlertid ikke i sig selv tilstrækkelig eller nødvendig med henblik herpå³⁹. Med henblik på at fastslå, om der foreligger en aftale som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, er det ikke tilstrækkeligt at fastslå, at de øvrige købere ikke har været aktive. Det er snarere deres vilje til at samtykke, som skal påvises. I denne forbindelse kan spørgsmålet om, hvorvidt en forhandler/køber faktisk er i stand til at indtræde på markedet i eksklusivområdet, være en del af vurderingen.

86. Det kan f.eks. vurderes, om leverandørens øvrige købere klagede over eller anfægtede forbuddet mod aktivt salg i det eksklusive område⁴⁰, og om de på den baggrund ændrede deres adfærd. Selv om en eller flere købere havde klaget over eller anfægtet dette forbud, ville dette imidlertid ikke i sig selv være tegn på, at der ikke forelå et stiltiende samtykke, hvis de ikke desto mindre fortsat overholdt forbuddet mod aktivt salg⁴¹.

87. Jeg er med andre ord af den opfattelse, at den blotte omstændighed, at de andre købere ikke sælger i eksklusivområdet, ikke er tilstrækkelig til at godtgøre disse køberes samtykke til en opfordring fra Cono.

88. Det følger af ovenstående betragtninger, at betingelsen om parallel pålæggelse er opfyldt, hvis det kan påvises, at der forelå en aftale mellem leverandøren og dennes øvrige købere, dvs. dels, at leverandøren udtrykkeligt eller stiltiende har opfordret disse øvrige købere til at acceptere forbuddet mod aktivt salg i eksklusivområdet, dels at de øvrige købere i det mindste stiltiende har givet udtryk for deres vilje til at acceptere dette forbud, hvilket skal fastslås på grundlag af sammenfaldende omstændigheder eller indicier.

3. Besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål

89. Det følger heraf, at artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 skal fortolkes således, at betingelsen om parallel pålæggelse udgør en integreret del af denne artikel, og den blotte konstatering af, at andre købere ikke foretager aktive salg i det område, der eksklusivt er tildelt en bestemt køber, er ikke tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger en aftale mellem en leverandør og dennes købere vedrørende et forbud mod aktivt salg i dette område. For at det kan fastslås, at der foreligger en sådan aftale, er det nødvendigt dels, at leverandøren udtrykkeligt eller stiltiende har opfordret disse andre købere til at optræde på markedet på en bestemt, klart defineret måde, dvs. til ikke at foretage aktivt salg i det eksklusive område, dels at køberne i det mindste stiltiende har givet udtryk for deres vilje til at acceptere dette forbud, hvilket skal fastslås på grundlag af sammenfaldende omstændigheder eller indicier.

³⁹ – Jf. dom af 10.2.2011, Activision Blizzard Germany mod Kommissionen (C-260/09 P, EU:C:2011:62, præmis 82).

⁴⁰ – Jf. dom af 11.1.1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici mod Kommissionen (C-277/87, EU:C:1990:6, præmis 11).

⁴¹ – Jf. Super Bock-dommen (præmis 52).

B. Det andet præjudicielle spørgsmål

1. Det andet præjudicielle spørgsmål

90. Det andet spørgsmål vedrører *det relevante tidspunkt*, hvor de øvrige køberes samtykke skal foreligge, i lyset af Domstolens praksis vedrørende begrebet aftale som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF. Den forelæggende ret ønsker navnlig oplyst, om det er tilstrækkeligt, at leverandøren kun godtgør, at dennes øvrige købere har accepteret forbuddet mod aktivt salg, *hvis og når disse købere tilkendegiver en hensigt om aktivt at sælge* ind i eksklusivområdet.

91. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at dette spørgsmål opstår i en sammenhæng, hvor Conos forhandlere/købere, bortset fra selskaberne Albert Heijn, aldrig synes at have været villige til at foretage aktive salg i Belgien. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om det med henblik på anvendelsen af artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 er tilstrækkeligt, at Cono beskytter Beevers Kaas mod disse forhandlere/køberes aktive salg, hvis og i det omfang de er villige til at gøre det i fremtiden, eller om denne beskyttelse skal sikres fra det tidspunkt, hvor Cono indgik en aftale med disse andre forhandlere/købere.

92. Som anført i punkt 51 i dette forslag til afgørelse indebærer betingelsen om parallel pålæggelse, at eksklusivforhandleren beskyttes mod aktivt salg i sit område foretaget af alle leverandørens øvrige købere inden for EU.

93. Det følger af mit forslag til besvarelse af det første spørgsmål, at denne betingelse kun er opfyldt, i det omfang de øvrige købere udtrykkeligt eller stiltiende samtykker i forbuddet mod aktivt salg i eksklusivområdet. Af hensyn til forudsigeligheden og retssikkerhedsprincippet skal der være et tilstrækkeligt tidsmæssigt sammenfald mellem det tidspunkt, hvor leverandøren formulerer forbuddet mod aktivt salg, og det tidspunkt, hvor de øvrige købere samtykker heri.

94. Med henblik herpå skal det på grundlag af alle beviser (som anført i punkt 76-83 i dette forslag til afgørelse) påvises, at der forelå en aftale om et forbud mod aktivt salg. Som jeg har forklaret i punkt 34 i dette forslag til afgørelse, fastsætter artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 en undtagelse (til en undtagelse) og skal derfor fortolkes indskrænkende. Desuden er en alt for lempelig tilgang til betingelsen om parallel pålæggelse og forbud mod aktivt salg ikke begrundet, eftersom det, der står på spil, i øvrigt udgør en alvorlig begrænsning i EU-konkurrenceretten.

95. Det følger heraf, at det for at opfylde betingelsen om parallel pålæggelse *ikke* er tilstrækkeligt – med henblik på at fastslå, at der foreligger en aftale som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF – at leverandøren kun kan påvise, at dennes andre købere har samtykket i forbuddet mod aktivt salg, *hvis og når de står over for at foretage et sådant salg* i eksklusivområdet.

96. Så længe leverandøren ikke har opnået et sådant samtykke fra de øvrige købere, er betingelserne i artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 for, at aftalen er omfattet af gruppefritagelsen, således ikke opfyldt.

97. Som Kommissionen har understreget, er disse betingelser med andre ord kun opfyldt, hvis og fra det tidspunkt, hvor de øvrige købere har samtykket i forbuddet mod aktivt salg i eksklusivområdet og ikke i en forudgående periode. Hvis leverandøren først opnår et sådant samtykke på tidspunkt »X«, hvor en erhvervsdrivende er ved at påbegynde aktivt salg i eksklusivområdet, finder gruppefritagelsen i forordning nr. 330/2010 derfor ikke anvendelse i perioden forud for tidspunkt »X«.

98. I denne forbindelse er det vigtigt at sondre mellem på den ene side eksistensen af et sådant samtykke og på den anden side de elementer, der er nødvendige for at bevise dette.

99. Sidstnævnte er et faktisk spørgsmål, som skal undersøges fra sag til sag under hensyntagen til alle relevante omstændigheder.

100. Det påhviler derfor leverandøren at godtgøre, at denne betingelse er opfyldt i forhold til alle dennes øvrige købere i princippet i hele den periode, for hvilken leverandøren gør krav på gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 330/2010⁴².

2. Besvarelse af det andet præjudicielle spørgsmål

101. Det følger heraf, at artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 skal fortolkes således, at når en leverandør eksklusivt har tildelt et område til en bestemt køber, er det med henblik på anvendelsen af denne bestemmelse *ikke tilstrækkeligt*, at leverandøren kun kan påvise, at dennes andre købere samtykker i begrænsningen af aktivt salg i det eksklusivt tildelte område, *når og hvis disse købere står over for at foretage aktivt salg i dette område*. Med henblik på anvendelsen af denne bestemmelse skal leverandøren derimod påvise, at betingelsen om parallel pålæggelse er opfyldt i forhold til alle leverandørens øvrige købere inden for EØS i hele den periode, inden for hvilken denne gør krav på gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 330/2010.

C. Afsluttende betragtninger

102. For fuldstændighedens skyld finder jeg det hensigtsmæssigt at komme med nogle få afsluttende betragtninger.

103. Det tilkommer alene den forelæggende ret at træffe afgørelse om den retlige kvalificering af de omhandlede aftaler i hovedsagen under hensyntagen til alle ovenstående præciseringer.

104. Såfremt den forelæggende ret konkluderer, at artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010 ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, skal den dernæst afgøre, om den eksklusive distributionsaftale begrænser konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, og i bekræftende fald om betingelserne for undtagelsen i artikel 101, stk. 3, TEUF er opfyldt⁴³.

105. For det første skal den forelæggende ret foretage en individuel vurdering af den omhandlede vertikale aftale for at fastslå, om den er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1, TEUF, og i bekræftende fald om den har et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende virkning i overensstemmelse med de kriterier, der er fastsat i Domstolens praksis⁴⁴.

⁴² – Det skal dog påpeges, at det fremgår af retningslinjerne af 2022 (punkt 122), at »[h]vis det eksklusive område eller den eksklusive kundegruppe af praktiske grunde – og ikke med det formål at forhindre parallelhandel – ikke er beskyttet mod visse køberes aktive salg i en midlertidig periode, f.eks. hvis leverandøren ændrer det eksklusive distributionssystem og har brug for tid til at genforhandle aktive salgsbegrænsninger med visse købere, kan det eksklusive distributionssystem stadig være omfattet af fritagelsen i artikel 2, stk. 1, i [forordning 2022/720]«. Det følger af dette afsnit i retningslinjerne af 2022, at den tilladte periode er begrænset til den tid, der er nødvendig for, at betingelsen om parallel pålæggelse kan opfyldes.

⁴³ – Jf. punkt 47 i retningslinjerne af 2010.

⁴⁴ – Jf. Super Bock-dommen, præmis 37-42, og dom af 18.11.2021, Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, præmis 54-82).

106. For det andet kan aftalen, såfremt den forelæggende ret konkluderer, at den begrænser konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, ikke desto mindre være forenelig med artikel 101 TEUF, forudsat at parterne godtgør, at den opfylder de fire kumulative betingelser, der er fastsat i artikel 101, stk. 3, TEUF⁴⁵.

107. Som Kommissionen har påpeget, vil den forelæggende ret i så fald skulle foretage en afvejning af aftalens konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende aspekter inden for den specifikke vurderingsramme, der følger af artikel 101, stk. 3, TEUF, under hensyntagen til alle relevante omstændigheder.

108. Den forelæggende ret vil bl.a. skulle vurdere Conos konkurrenters stilling, købekraften, markedsdynamikken, produktets art og parternes forretningsmæssige aktivitetsniveau. Den vil ligeledes skulle vurdere, om den aftale, som forbyder visse forhandlere at foretage aktive salg i et område, der eksklusivt er tildelt en anden forhandler (Beevers Kaas), medfører effektivitetsgevinster i den forstand, at sidstnævnte skal foretage investeringer (f.eks. i specifikt udstyr, færdigheder eller knowhow) for at udvikle salget af det produkt, der distribueres i dette område, og om det er nødvendigt at beskytte mod andre forhandlers aktive salg i området for at stimulere sådanne investeringer.

V. Forslag til afgørelse

109. Jeg foreslår, at Domstolen besvarer de af hof van beroep te Antwerpen (appeldomstolen i Antwerpen, Belgien) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 4, litra b), nr. i), 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

skal fortolkes således, at betingelsen om parallel pålæggelse udgør en integreret del af denne artikel, og den blotte konstatering af, at andre købere ikke foretager aktive salg i det område, der eksklusivt er tildelt en bestemt køber, er ikke tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger en aftale mellem en leverandør og dennes købere vedrørende et forbud mod aktivt salg i dette område. For at det kan fastslås, at der foreligger en sådan aftale, er det nødvendigt dels, at leverandøren udtrykkeligt eller stiltiende har opfordret disse andre købere til at optræde på markedet på en bestemt, klart defineret måde, dvs. til ikke at foretage aktive salg i eksklusivområdet, dels at køberne i det mindste stiltiende har givet udtryk for deres vilje til at acceptere dette forbud, hvilket skal fastslås på grundlag af sammenfaldende omstændigheder eller indicier.

2) Artikel 4, litra b), nr. i), i forordning nr. 330/2010

skal fortolkes således, at når en leverandør eksklusivt har tildelt et område til en bestemt køber, er det med henblik på anvendelsen af denne bestemmelse ikke tilstrækkeligt, at leverandøren kun kan påvise, at dennes andre købere samtykker i begrænsningen af aktivt salg i det eksklusivt tildelte område, når og hvis disse købere står over for at foretage aktivt salg i dette område. Med henblik på anvendelsen af denne bestemmelse skal leverandøren derimod påvise, at betingelsen om parallel pålæggelse er opfyldt i forhold til alle

⁴⁵ – Jf. retningslinjerne af 2022, punkt 125-140.

leverandørens øvrige købere inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde i hele den periode, inden for hvilken denne gør krav på gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 330/2010.«