



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 26 juli 2017¹

Mål C-230/16

**Coty Germany GmbH
mot
Parfümerie Akzente GmbH**

(begäran om förhandsavgörande från Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Regionala överdomstolen i Frankfurt am Main, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Konkurrens – Konkurrensbegränsande samverkan – Artikel 101.1 FEUF – Selektiv distribution – Klausul som förbjuder detaljister att anlita icke-auktoriserade utomstående företag i samband med nätförsäljning – Fråga huruvida klausulen omfattas av det gruppundantag som föreskrivs i förordning (EU) nr 330/2010 – Artikel 4 b och c”

1. Det faktum att vissa återförsäljare i allt större utsträckning anlitat digitala marknadsplatser (*marketplaces*) eller e-plattformar som är oberoende av tillverkarna² har fått som en naturlig följd att ett visst antal nationella myndigheter och domstolar³ frågat sig vilka möjligheter en leverantör har att förbjuda auktoriserade återförsäljare, som är medlemmar i ett selektivt distributionsnätverk, att anlita icke auktoriserade utomstående företag.

2. Förevarande begäran om förhandsavgörande ger domstolen möjlighet att, mot bakgrund av den senaste utvecklingen inom e-handelsbranschen vars ekonomiska konsekvenser inte ska underskattas⁴, ompröva lagenligheten i förhållande till konkurrensreglerna av selektiva distributionssystem, och utgöra en god återspeglings av dessa frågeställningar.

1 Originalspråk: franska.

2 Bland de mer välkända kan exempelvis nämnas Amazon, eBay eller PriceMinister. I sin slutliga rapport om utredningen av e-handelsbranschen (COM(2017) 229 final), vilken offentliggjordes den 10 maj 2017, konstaterade Europeiska kommissionen att anlita utomstående spelade en större roll i vissa länder än i andra. I Tyskland uppgav 62 procent av de detaljister som deltagit i undersökningen att de använder digitala marknadsplatser. I Förenade kungariket och Polen var den siffran 43 respektive 36 procent. I Italien och Österrike var denna siffra 13 procent, medan den i Belgien var 4 procent. Rapporten visar även att utomstående plattformar är en viktigare försäljningskanal för små och medelstora detaljister än för stora återförsäljare.

3 Vid sidan av det beslut som ligger till grund för förevarande begäran om förhandsavgörande kan följande avgöranden från tyska domstolar samt tyska respektive franska konkurrensmyndigheter nämnas som exempel. Dom från Kammergericht Berlin (Regionala överdomstolen i Berlin, Tyskland) av den 19 september 2013 i målet Scout (U 8/09 Kart.) och dom från Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Regionala överdomstolen i Frankfurt am Main) av den 22 december 2015 i målet Deuter (U 84/14). Bundeskartellamts (Federala konkurrensmyndigheten, Tyskland) dom av den 27 juni 2014 i ärendet Adidas (B3–137/12) och dom av den 26 augusti 2015 i ärendet ASICS (B2–98/11). Beslut av Autorité de la concurrence (Konkurrensmyndigheten, Frankrike) nr 14-D-07 av den 23 juli 2014 om de förfaranden som genomförts inom branschen för återförsäljning av hemelektronik, särskilt tv-apparater. Cour d'appel de Paris (Appellationsdomstolen i Paris) dom av den 2 februari 2016 i målet Caudalie nr 15/01542).

4 Enligt kommissionens ovannämnda rapport är selektiva distributionssystem mycket spridda i Europeiska unionen och används av flera tillverkare. De är inte begränsade till en viss produktkategori, men används i mycket stor utsträckning vid återförsäljningen av lyxmärkesprodukter, såsom kläder, skor och kosmetikaprodukter. I detta sammanhang har många återförsäljare uppgett att de har avtal med sina tillverkare, vilka syftar till att begränsa tillträdet till onlinemarknadsplatser eller oberoende plattformar.

3. Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Regionala överdomstolen i Frankfurt am Main, Tyskland) söker med sin begäran om förhandsavgörande klarhet i tolkningen av artikel 101.1 FEUF samt av artikel 4 b och c i förordning (EU) nr 330/2010.⁵

4. Begäran har framställts i ett mål mellan Coty Germany GmbH, den marknadsledande leverantörer av lyxkosmetika i Tyskland, och Parfümerie Akzente GmbH, auktoriserad återförsäljare av nämnda varor. Målet rör förbudet för Parfümerie Akzente att på ett sätt som är synligt utåt anlita icke auktoriserade utomstående företag för nätförsäljning av avtalsvarorna.

5. Domstolen har särskilt ombetts att klargöra om och i vilken utsträckning som selektiva distributionssystem för lyx- och prestigeprodukter, vilka huvudsakligen avser att bibehålla produkternas ”lyxframtoning” utgör konkurrensfaktorer som är förenliga med artikel 101.1 FEUF. Domstolen har i detta sammanhang att avgöra huruvida det är förenligt med nämnda bestämmelse att medlemmar i ett selektivt distributionssystem, som är verksamma som detaljister på marknaden, åläggs ett totalförbud att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående företag vid nätförsäljning, utan hänsyn till om det sker ett konkret åsidosättande av tillverkarens berättigade kvalitetskrav. Domstolen ombeds även att avgöra huruvida artikel 4 b och c i förordning nr 330/2010 ska tolkas så, att ett sådant beslut utgör en så kallad begränsning ”genom syfte” av detaljistens kundkrets och/eller av passiv försäljning till slutanvändarna.

6. Förevarande mål ger i detta avseende domstolen tillfälle att precisera huruvida domstolens dom i målet Pierre Fabre Dermo-Cosmétique⁶ har inneburit en genomgripande förändring av hur de begränsningar som ingår som en naturlig del i varje selektivt distributionssystem ska bedömas. Den domen har, såsom den hänskjutande domstolen har nämnt, varit föremål för olika tolkningar av nationella konkurrensmyndigheter och domstolar.

Tillämpliga bestämmelser

Förordning nr 330/2010

7. I skälen 3–5 i förordning nr 330/2010 anges följande:

- ”(3) Den grupp av avtal som normalt kan anses uppfylla villkoren i artikel 101.3 i fördraget omfattar vertikala avtal om inköp eller försäljning av varor eller tjänster när dessa avtal ingås mellan icke konkurrerande företag, mellan vissa konkurrenter eller av vissa sammanslutningar av varudetaljister. Gruppen omfattar även vertikala avtal som innehåller kompletterande bestämmelser om överlåtelse eller användning av immateriella rättigheter. Begreppet *vertikala avtal* bör omfatta motsvarande samordnade förfaranden.
- (4) För tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget genom förordning är det inte nödvändigt att fastställa vilka vertikala avtal som kan omfattas av artikel 101.1 i fördraget. Vid en individuell bedömning av avtal som omfattas av artikel 101.1 i fördraget måste hänsyn tas till flera faktorer, särskilt marknadsstrukturen på leverans- och inköpsidan.
- (5) Den gruppundantagsförmån som fastställs genom denna förordning bör begränsas till vertikala avtal som med tillräcklig säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 101.3 i fördraget.”

5 Kommissionens förordning av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (EUT L 102, 2010, s. 1).

6 Dom av den 13 oktober 2011 (C-439/09, EU:C:2011:649).

8. I artikel 1.1 i förordning nr 330/2010 föreskrivs följande:

”I denna förordning gäller följande definitioner:

- a) *vertikalt avtal*: ett avtal eller samordnat förfarande som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet eller det samordnade förfarandet, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster.
- b) *vertikal begränsning*: en konkurrensbegränsning i ett vertikalt avtal som omfattas av artikel 101.1 [FEUF].

...

- e) *selektivt distributionssystem*: ett distributionssystem där leverantören åtar sig att, antingen direkt eller indirekt, sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna endast till återförsäljare som valts ut på grundval av särskilda kriterier och där dessa återförsäljare åtar sig att inte sälja dessa varor eller tjänster till icke auktoriserade återförsäljare inom det område som leverantören har reserverat för att driva detta system.

...”

9. I artikel 2.1 i förordningen föreskrivs följande:

”Enligt artikel 101.3 [FEUF] och om inte något annat följer av denna förordning förklaras artikel 101.1 [FEUF] icke tillämplig på vertikala avtal.

Detta undantag ska gälla i den mån dessa avtal innehåller vertikala begränsningar.”

10. Med tillämpning av artikel 3.1 i förordningen:

”Undantaget i artikel 2 ska gälla på det villkoret att leverantörens marknadsandel inte överstiger 30 % av den relevanta marknad där denne säljer avtalsvarorna eller avtalstjänsterna och att köparens marknadsandel inte överstiger 30 % av den relevanta marknad där denne köper avtalsvarorna eller avtalstjänsterna.”

11. Artikel 4 i förordning nr 330/2010 har rubriken ”Begränsningar som medför att gruppundantaget inte gäller – särskilt allvarliga begränsning”. I den artikeln anges följande:

”Undantaget i artikel 2 ska inte tillämpas på vertikala avtal som direkt eller indirekt, ensamt eller i kombination med andra faktorer som parterna kontrollerar, har följande syfte:

...

- b) Begränsning av det område inom vilket eller av den kundkrets till vilken en köpare som är part i avtalet, utan att det påverkar en begränsning som avser etableringsstället, får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna, med undantag för

...

- iii) begränsning av försäljning till icke auktoriserade återförsäljare av medlemmarna i ett selektivt distributionssystem inom det område som leverantören reserverat för att driva detta system, och

...

- c) Begränsning av aktiv eller passiv försäljning till slutanvändare av medlemmar i ett selektivt distributionssystem som driver verksamhet i detaljhandelsledet, utan att det påverkar möjligheten att förbjuda en medlem av detta system att bedriva verksamhet från ett icke auktoriserat etableringsställe.

...”

Riktlinjerna om vertikala begränsningar

12. Enligt punkt 51 i riktlinjerna om vertikala begränsningar,⁷ vilka offentliggjordes av kommissionen samtidigt med antagandet av förordning nr 330/2010 avses med uttrycket ”passiv försäljning” tillgodoseendet av beställningar som enskilda kunder själva tagit initiativ till, inbegripet leverans av varor eller tjänster till sådana kunder.

13. I punkt 52 i riktlinjerna anges att internet är ett kraftfullt verktyg för att nå ut till ett större antal kunder av olika slag än genom mer traditionella försäljningsmetoder, och därför behandlas vissa begränsningar som avser användningen av internet som begränsningar av (åter)försäljning. I tredje meningen i punkt 52 anges att i regel betraktas en återförsäljares användning av en webbplats för försäljning som en form av passiv försäljning eftersom det är ett berättigat sätt att ge kunderna möjlighet att nå återförsäljaren.

14. Punkt 54 i riktlinjerna har följande lydelse:

”Enligt [förordning nr 330/2010] kan dock leverantören kräva kvalitetsstandarder för användningen av webbplatsen för återförsäljningen av sina varor, på samma sätt som leverantören kan kräva kvalitetsstandarder för en butik eller för katalogförsäljning eller för reklam och säljfrämjande åtgärder i allmänhet. Detta kan bli relevant särskilt vid selektiv distribution. Enligt [förordning nr 330/2010] kan leverantören till exempel ställa som villkor att återförsäljarna ska ha en eller flera vanliga butiker eller visningslokaler innan de får bli medlemmar i leverantörens distributionssystem. ... Dessutom kan en leverantör kräva att återförsäljarna använder utomstående parter plattformar till att distribuera avtalsprodukter endast i enlighet med de normer och villkor för återförsäljarnas användning av internet som leverantören och dess återförsäljare kommit överens om. Om en utomstående parts plattform t.ex. hyser återförsäljarens webbplats kan leverantören kräva att kunderna inte går in på återförsäljarens webbplats via en webbplats som är försedd med den plattformens namn eller logo som tillhör den utomstående parten.”

15. I punkt 56 i riktlinjerna förklaras det att den särskilt allvarliga begränsning som anges i artikel 4 c i förordning nr 330/2010 hindrar att medlemmar i ett selektivt distributionssystem begränsar aktiv eller passiv återförsäljning till slutanvändare, oavsett om dessa är yrkesmässiga slutanvändare eller slutkonsumenter, utan att det påverkar möjligheten att förbjuda en medlem i distributionssystemet att vara verksam från ett etableringsställe som inte godkänts. I tredje meningen i punkt 56 anges att inom ett selektivt distributionssystem bör medlemmarna ha rätt att sälja både aktivt och passivt till alla slutanvändare, även på internet. Kommissionen betraktar därför varje skyldighet som avskräcker auktoriserade återförsäljare från att använda internet för att nå ett större antal kunder av olika slag genom att de åläggs kriterier för näthandel som inte helt motsvarar de kriterier som åläggs för försäljning i en vanlig butik som en särskilt allvarlig begränsning.

⁷ EUT C 130, 2010, s. 1, nedan kallade riktlinjerna.

16. I punkt 176 i riktlinjerna anges att avtal om kvalitativ och kvantitativ selektiv distribution är undantagna enligt förordning nr 330/2010 och att undantaget gäller "oavsett den berörda produktens art och oavsett urvalskriterierna art". Om produktens karaktär inte kräver selektiv distribution eller de tillämpade kriterierna, till exempel kravet på att återförsäljarna måste ha en eller flera vanliga butiker eller måste tillhandahålla särskild service, medför ett sådant distributionssystem i regel dock inte tillräckliga effektivitetsfrämjande effekter för att uppväga en betydande minskning av konkurrensen inom varumärken. Om betydande konkurrenshämmande effekter uppstår, är det sannolikt att gruppundantaget återkallas.

Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid EU-domstolen

17. Coty Germany är en av de marknadsledande leverantörerna av lyxkosmetika i Tyskland. Coty Germany saluför vissa varumärken genom ett selektivt distributionsnätverk, vilket grundar sig på ett återförsäljningsavtal som används på samma sätt i Europa av Coty och de företag som är knutna till Coty. Återförsäljningsavtalet kompletteras av olika specialavtal, vilkas syfte är att organisera nätverket.

18. Parfumerie Akzente säljer sedan många år som auktoriserad återförsäljare Coty Germanys produkter både genom fasta försäljningsställen och på internet. Nätförsäljningen sker delvis via en egen webbutik och delvis genom plattformen amazon.de.

19. Det framgår av beslutet om hänskjutande att Coty Germany i inledningen till återförsäljningsavtalet motiverar sitt selektiva distributionssystem på följande sätt: "varumärkena Coty Prestiges beskaffenhet kräver selektiv distribution i syfte att bevara dessa varumärkens lyxframtoning".

20. Beträffande den fysiska handeln föreskrivs det i återförsäljningsavtalet att varje försäljningsställe måste godkännas av Coty Germany, vilket förutsätter att vissa i artikel 2 i avtalet uppräknade krav avseende miljö, dekor och inredning måste vara uppfyllda.

21. Enligt artikel 2.1 punkt 3 i återförsäljningsavtalet ska "försäljningsställets dekor och inredning, produktutbud, marknadsföring och försäljningspresentation framhäva och understödja lyxframtoningen hos varumärkena Coty Prestige. Vid bedömningen av detta kriterium ska bland annat följande beaktas: fasader, fast butiksinredning, golv, väggar, innertak, möbler, försäljningsytan, belysning och det generella intrycket av renlighet och ordning."

22. I artikel 2.1 punkt 6 i återförsäljaravtalet anges att "försäljningsställets beteckning, oavsett om det är genom företagets namn, tillägg eller företagssloganer får inte ge intrycket av ett begränsat varusortiment, lågkvalitativ dekor eller bristande rådgivning och ska i övrigt vara placerad på ett sådant sätt att den auktoriserade återförsäljarens dekorationer och visningsytor inte döljs."

23. Det avtalsförhållande som binder parterna innehåller ett tilläggsavtal avseende nätförsäljning. I artikel 1.3 i tilläggsavtalet föreskrivs att "återförsäljaren har inte rätt att använda ett annat namn eller anlita ett utomstående företag som inte är auktoriserat".

24. I mars 2012 omarbetade Coty Germany nätverkets avtal avseende selektiv distribution samt tilläggsavtalet. Tilläggsavtalet omarbetades så, att det i klausul I punkt 1 första stycket föreskrevs "återförsäljaren har rätt att saluföra och sälja produkter på internet, under förutsättning att nätförsäljningen genomförs via en auktoriserad butiks 'e-skyltfönster' och att produkternas lyxframtoning bebehålls". Enligt klausul I punkt 1 led 3 i tilläggsavtalet är det uttryckligen förbjudet att använda en annan firma och att låta ett utomstående företag som inte är en av Coty Prestiges auktoriserade återförsäljare framträda synligt. I en fotnot till denna klausul preciseras att "Det är följaktligen inte tillåtet för den auktoriserade återförsäljaren att inleda ett samarbete med en utomstående, om detta samarbete avser drift av webbplatsen och detta samarbete är synligt utåt."

25. Parfümerie Akzente vägrade att godkänna dessa ändringar i återförsäljningsavtalet. Coty Germany väckte därför talan vid Landgericht Frankfurt am Main (Regionaldomstolen i Frankfurt am Main, Tyskland) i syfte att Parfümerie Akzente i enlighet med klausul I punkt 1 led 3 skulle förbjudas att sälja produkter med det omtvistade varumärket via plattformen "amazon.de".

26. Landgericht Frankfurt am Main (Regionaldomstolen i Frankfurt am Main) ogillade i avgörande av den 31 juli 2014 ansökan med hänvisning till att den aktuella avtalsklausulen stred mot artikel 101.1 FEUF och artikel 1 i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lagen om konkurrensbegränsningar).

27. Den domstolen fann att ändamålet att bevara varumärkets lyxframtoning inte, i enlighet med dom av den 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), kan motivera inrättandet av ett selektivt distributionssystem, vilket per definition är konkurrensbegränsande. Den omtvistade avtalsklausulen är vidare en särskilt allvarlig begränsning, i den mening som avses i artikel 4 c i förordning nr 330/2010, och kan därför inte omfattas av ett gruppundantag enligt den förordningen.

28. Enligt Landgericht Frankfurt am Main (Regionaldomstolen i Frankfurt am Main) är förutsättningarna för ett individuellt undantag inte heller uppfyllda, eftersom det inte visats att det generella förbudet mot nätförsäljning via utomstående parterers plattformar hör samman med effektivitetsfördelar som överväger de negativa effekterna på konkurrensen som distributionsbegränsningen innebär. Den domstolen anser att det generella förbud som föreskrivs i den klausulen inte är nödvändigt, eftersom det finns andra lämpliga medel som är mindre konkurrensbegränsande såsom kvalitetskriterier som är specifikt tillämpliga på utomstående plattformar.

29. Coty Germany överklagade Landgericht Frankfurt am Mains (Regionaldomstolen i Frankfurt am Main) avgörande till Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Regionala överdomstolen i Frankfurt am Main). Mot denna bakgrund beslutade Oberlandesgericht att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

"1) Utgör selektiva distributionssystem för distribution av lyx- och prestigevaror vars primära syfte är att säkerställa varornas 'lyxiga framtoning' en konkurrensfaktor som är förenlig med artikel 101.1 FEUF?

2) Om svaret på fråga 1 är jakande:

Kan ett totalförbud för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem som driver verksamhet i detaljhandelsledet att anlita utomstående företag på ett sätt som är synligt utåt vid nätförsäljning, utan hänsyn till om tillverkarens legitima kvalitetskrav åsidosätts i det konkreta fallet anses utgöra en konkurrensfaktor som är förenlig med artikel 101.1 FEUF?

3) Ska artikel 4 b i [förordning nr 330/2010] tolkas på så sätt att ett förbud för medlemmar i ett selektivt distributionssystem som driver verksamhet i detaljhandelsledet att anlita utomstående företag på ett sätt som är synligt utåt vid nätförsäljning har till syfte att begränsa detaljhandlarnas kundkrets?

4) Ska artikel 4 c i [förordning nr 330/2010] tolkas på så sätt att ett förbud för medlemmar i ett selektivt distributionssystem som driver verksamhet i detaljhandelsledet att anlita utomstående företag på ett sätt som är synligt utåt vid nätförsäljning har till syfte att begränsa passiv försäljning till slutanvändarna?"

30. Coty Germany, Parfümerie Akzente, den tyska, den franska, den italienska, den luxemburgska, den nederländska och den österrikiska regeringen samt kommissionen har inkommit med yttranden till domstolen.

31. Muntlig förhandling hölls den 30 mars 2017. Vid förhandlingen närvarade Coty Germany, Parfümerie Akzente, den tyska, den franska, den italienska, den luxemburgska, den nederländska och den svenska regeringen samt kommissionen.

Bedömning

Inledande och generella anmärkningar om de principer som styr tillämpningen av artikel 101 FEUF på selektiva distributionssystem

32. Konkurrensreglerna i allmänhet och artikel 101 FEUF i synnerhet har till syfte att förhindra snedvridningar av "konkurrensen". Det ska emellertid preciseras att konkurrens, som tenderar att främja ekonomisk effektivitet och i slutändan konsumenternas bästa, inte bara ska göra det möjligt att ha så låga priser som möjligt, utan ska även vara en pådrivare för ett brett produktutbud, för optimering av kvaliteten på produkter och tjänster och för ökad innovation. Europeisk konkurrensrätt ser inte priskonkurrens som den enda möjliga modellen.

33. Domstolen fann tidigt att priskonkurrens, trots att den är mycket betydelsefull, inte utgör den enda formen av effektiv konkurrens och att den inte heller är den form av konkurrens som under alla omständigheter ska ges absolut företräde.⁸ Det finns därför berättigade krav, såsom upprätthållande av en fackhandel som kan erbjuda särskild service för tekniskt avancerade produkter av hög kvalitet, vilka kan motivera en begränsning av priskonkurrensen till förmån för en konkurrens som grundar sig på andra faktorer än priset.⁹

34. Det är med utgångspunkt i denna premiss som selektiva distributionssystem ska bedömas.

35. Selektiva distributionssystem definieras som distributionssystem där leverantören ("nätverkstoppen") åtar sig att sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna endast till återförsäljare som valts ut på grundval av fastställda kriterier och där dessa återförsäljare åtar sig att inte sälja dessa varor eller tjänster till icke auktoriserade återförsäljare inom det område som leverantören har avsatt för dem.¹⁰

36. Sedan domen Consten och Grundig/kommissionen¹¹, gäller att ett vertikalt avtal mellan företag som inte är jämbördiga kan begränsa den konkurrens som skulle kunna utövas mellan dessa företag eller mellan ett av företagen och utomstående företag. Det är därför inte på förhand uteslutet att avtalsklausuler i selektiva distributionsavtal medför konkurrensbegränsningar, vilka bland annat kan omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan. Beträffande tillämpligheten i egentlig mening av bestämmelserna om förbud mot konkurrensbegränsande samverkan på definitionen av urvalskriterier i distributionsnätverk, är det fastställt att detta urval kan omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan, eftersom det följer av klausuler i avtal som undertecknats mellan nätverkstoppen och auktoriserade återförsäljare.¹²

8 Se dom av den 25 oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/kommissionen (26/76, EU:C:1977:167, punkt 21).

9 Se, bland annat, dom av den 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/kommissionen (107/82, EU:C:1983:293, punkt 33), och dom av den 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, punkt 40).

10 Se, bland annat, artikel 1 e i förordning nr 330/2010.

11 Dom av den 13 juli 1966 (56/64, och 58/64, EU:C:1966:41, s. 493).

12 Se, bland annat, dom av den 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/kommissionen (107/82, EU:C:1983:293). I punkt 38 i den domen uttalas att "[e]tt sådant förhållningssätt från tillverkarens sida utgör inte ett ensidigt beteende från företagets sida som ... skall undantas från förbudet [mot konkurrensbegränsande samverkan]. [F]örhållningssättet är en del av de avtalsförhållanden som företaget upprätthåller med återförsäljarna".

37. Domstolen har emellertid alltid varit försiktig i sin bedömning av selektiva distributionssystem grundade på kvalitativa kriterier.¹³ Alltsedan den berömda domen Metro SB-Großmärkte/kommissionen¹⁴ har domstolen således tydligt erkänt lagenligheten av selektiva distributionssystem grundade på kvalitativa kriterier i förhållande till bestämmelserna om förbud mot konkurrensbegränsande samverkan.

38. Domstolen har i detta sammanhang understrukit att kravet på en icke snedvriden konkurrens medger att konkurrensens beskaffenhet och omfattning kan variera beroende på vilka produkter eller tjänster som är aktuella och beroende på den ekonomiska strukturen på de relevanta marknaderna. Marknadsstrukturen utgör i synnerhet inte hinder för differentierade distributionskanaler som är anpassade till de särdrag som kännetecknar olika tillverkare och till behoven hos olika kategorier av konsumenter. Domstolen har genom sitt resonemang underförstått medgett att en minskning av konkurrensen inom varumärken (*intra-brand competition*) kan vara tillåten när den är nödvändig för att stimulera konkurrensen mellan varumärken (*inter-brand competition*).

39. Domstolen har upprepade gånger slagit fast att sådana system kan förklaras vara förenliga med artikel 101.1 FEUF om valet av återförsäljare görs utifrån kvalitativa kriterier som är objektiva, fastställda på ett enhetligt sätt och som tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.

40. Uppfattningen att sådana system i allmänhet har positiva effekter på konkurrensen har gradvist vunnit mark bland annat vid utarbetandet av en ny generation av gruppundantagsförordningar, efter att först ha lyfts fram i viss doktrin,¹⁵ vilken inspirerats av analyser utförda av ekonomer.¹⁶

41. Denna utveckling, som inte är begränsad till unionens konkurrensrätt,¹⁷ vilar på följande konstateranden.

42. För det första gynnar och skyddar selektiva distributionssystem utvecklingen av varumärktes image (*brand image*) i den mån återförsäljarna av vissa produkter auktoriseras på grundval av kvalitativa kriterier som produktens beskaffenhet erfordrar. De utgör en faktor som stimulerar konkurrensen mellan leverantörer av märkesvaror, det vill säga konkurrensen mellan varumärken, i den mån de gör det möjligt för tillverkare att på ett effektivt sätt organisera distributionen av produkter och tillfredsställa konsumenterna.

43. Selektiva distributionssystem är, särskilt för produkter som har speciella egenskaper, ett instrument för marknadsutveckling. Varumärken, och i synnerhet lyxvarumärken, grundar en stor del av sitt mervärde på konsumenternas varaktiga uppfattning av varumärkets höga kvalitet och exklusivitet i presentation och saluföring. Varaktigheten i uppfattningen kan emellertid inte garanteras när det inte är samma företag som ombesörjer distributionen av varorna. Anledningen till att selektiva distributionssystem finns är att de gör det möjligt att utvidga distributionen av vissa varor, bland annat till områden som är geografiskt avlägsna från tillverkningsområdet, samtidigt som konsumenternas varaktiga uppfattning behålls genom att auktoriserade företag väljs ut för att distribuera avtalsvarorna.

13 Det finns spår av denna relativt flexibla inställning till exklusiva distributionsavtal redan i det mål som avgjordes genom dom av den 30 juni 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38).

14 Se dom av den 25 oktober 1977 (26/76, EU:C:1977:167, punkt 20).

15 Den skrivna rätten och rättspraxis i fråga om vertikala avtal har varit föremål för ett ”doktrinärt uppror” (se, i detta hänseende, Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013).

16 Bland ett flertal studier kan särskilt nämnas Tirole, J., *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, Cambridge, 1988, i synnerhet s. 186. Författaren kommer bland annat till följande slutsats: ”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 Högsta domstolen i Amerikas förenta stater övergav i sitt avgörande *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* [551 US 877 (2007)] den så kallade *Dr Miles*-praxisen, vilken fram till dess innebar att vissa vertikala restriktioner var förbjudna i sig, och införde en så kallad ”rule of reason”. Högsta domstolen uttalade att ”[t]he 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”.

44. På grund av den likhet mellan auktoriserade återförsäljare som är resultatet av att kvalitativa urvalskriterier i princip tillämpas objektivt och på ett icke diskriminerande sätt, kan selektiv distribution för det andra, betraktad utifrån konkurrensen mellan varumärken, visserligen leda till att samtliga företag som är medlemmar i det selektiva distributionsnätverket underkastas liknande konkurrensvillkor och således till en potentiell minskning av såväl antalet återförsäljare av avtalsvaror, som av bland annat priskonkurrensen mellan varumärken. Paradoxalt nog utsätter sig leverantören för en ökad risk att förlora marknadsandelar och kunder ju strängare urvalskriterier som denna ställer upp, eftersom distributionen av varor minskar som en följd av detta. Såvida leverantören (nätverkstoppen) inte har ett betydande marknadsinflytande måste denne i princip "självreglera" sitt beteende så, att det överensstämmer med konkurrensreglerna.

45. Följaktligen kan det anses att selektiva distributionssystem i allmänhet har neutrala, och till och med positiva, effekter på konkurrensen.

46. Det ska erinras om att selektiva distributionssystemens förenlighet med artikel 101.1 FEUF i slutändan vilar på tanken att det kan vara berättigat att inte fokusera på "priskonkurrens" till förfång för en konkurrens som bygger på kvalitativa faktorer. Förenlighet av detta slag kan därför inte vara begränsad till produkter som uppvisar särskilda materiella kvaliteter. Vad som är avgörande för att fastställa förekomsten av en konkurrensbegränsning är inte de aktuella varornas inneboende egenskaper, utan snarare den omständigheten att det är nödvändigt för att distributionssystemet ska fortsätta att fungera väl, vilket är avsett att bevara varumärkets image och avtalsprodukternas kvalitet.

47. Sammanfattningsvis kan det sägas att vid en ytlig och formalistisk bedömning kan vissa avtalsförpliktelser som åläggs detaljisterna inom ramen för selektiva distributionssystem utan svårighet likställas med potentiella konkurrensbegränsningar, på grund av att de begränsar de berörda återförsäljarnas affärsmässiga frihet, men att den uppfattningen tidigt slagit igenom att ett selektivt distributionssystem som grundar sig på kvalitativa kriterier, under vissa förutsättningar, kan ha konkurrensfrämjande verkan och därför inte falla under förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i artikel 101.1 FEUF. Sistnämnda uppfattning återfinns i den praxis som bygger på domen *Metro SB-Großmärkte/kommissionen*¹⁸ och i lagstiftningen om gruppundantag.

48. I detta sammanhang ska det understrykas att artikel 101 FEUF inte syftar till att reglera eller förbjuda fritt ingångna avtalsförpliktelser, såsom dem som följer av ett avtal mellan återförsäljare och leverantör, utan tar väsentligen sikte på de ekonomiska verkningarna av de beteenden som omfattas av artikeln ur ett konkurrensperspektiv. Det faktum att ett selektivt distributionsavtal eventuellt kan medföra obalans mellan avtalsparterna, särskilt till nackdel för den auktoriserade återförsäljaren, utgör inte en omständighet som är relevant vid bedömningen av avtalets konkurrensbegränsande verkningar.¹⁹

49. Vad gäller därefter beträffande den exakta ramen för att bedöma de åtgärder som vidtas inom ett selektivt distributionssystem i förhållande till reglerna om förbud mot konkurrensbegränsande samverkan?

50. Prövningen av de beteenden som företag utarbetar och ålägger inom selektiv distribution ska göras i två steg. Det ska först prövas huruvida dessa beteenden i princip kan omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i artikel 101.1 FEUF. Detta är vad den hänskjutande domstolen bett domstolen att göra i frågorna 1 och 2. Om det visar sig att de omtvistade restriktionerna omfattas av den bestämmelsen måste det därefter avgöras huruvida de omtvistade beteendena är av sådan beskaffenhet att de omfattas av ett undantag enligt artikel 101.3 FEUF. Detta är syftet med frågorna 3 och 4.

¹⁸ Dom av den 25 oktober 1977 (26/76, EU:C:1977:167).

¹⁹ Se, för ett motsvarande synsätt, Waelbroeck, M., och Frignani, A., *Le droit de la CE – Concurrence*, Éditions de l'Université de Bruxelles, samling "Commentaire J. Mégret", Bryssel, 1997, s. 171.

51. Beträffande frågan huruvida de villkor som nätverkstoppen ålägger sina återförsäljare i princip kan undantas från förbudet mot konkurrensbegränsade samverkan eller inte, har domstolen medgett att med avseende på konsumtionsvaror av hög kvalitet kan sinsemellan olika distributionskanaler som är anpassade till de olika tillverkarnas särdrag och till konsumenternas behov vara förenliga med artikel 101.1 FEUF.²⁰

52. Såsom domstolen har erinrat om i sin senaste rättspraxis omfattas inte upprättandet av ett selektivt distributionssystem av förbudet i artikel 101.1 FEUF, förutsatt att valet av återförsäljare sker enligt objektiva kriterier av kvalitativ natur som fastställs på ett enhetligt sätt gentemot alla de återförsäljare som kan komma i fråga och tillämpas utan diskriminering, att produkten i fråga har egenskaper som fordrar ett sådant distributionssystem, på så sätt att ett sådant distributionssystem krävs för att bevara produkternas kvalitet och säkerställa att de handhas på ett riktigt sätt och slutligen att föreskrivna villkor inte går utöver vad som är nödvändigt.²¹

53. För det andra, och för det fall att domstolen skulle komma fram till att den omtvistade åtgärden, som ingår i ett selektivt distributionssystem, i princip inte kan undantas från tillämpningen av artikel 101 FEUF, ska det avgöras huruvida åtgärden ingår bland de åtgärder som kan vara undantagna enligt den tillämpliga gruppundantagsförordningen, i föreliggande fall förordning nr 330/2010.

54. Det ska i detta avseende noteras att gruppundantagsförordningen inte har som ändamål att förteckna ett antal beteenden som kan omfattas av förbudet i artikel 101 FEUF eller ett antal beteenden som i princip inte omfattas av den bestämmelsen. I skäl 4 i förordningen understryks det att det "[v]id en individuell bedömning av avtal som omfattas av artikel 101.1 i fördraget måste [tas] hänsyn ... till flera faktorer, särskilt marknadsstrukturen på leverans- och inköpsidan".

55. I syfte att ge berörda företag en viss rättssäkerhet (se, för ett motsvarande synsätt, skäl 5 i förordning nr 330/2010), innehåller förordningen däremot upplysningar om de åtgärder som i princip inte kan omfattas av ett undantag enligt förordningen. Detta utesluter emellertid inte att sådana åtgärder inte kan omfattas av ett individuellt undantag. Med förbehåll för att vissa trösklar avseende leverantörens respektive återförsäljarnas marknadsandelar är uppfyllda, är det fråga om åtgärden som medför "särskilt allvarliga begränsningar" enligt artikel 4 i förordningen.

56. Dessa båda steg i bedömningen är fristående från varandra, men det kan trots detta råda viss begreppsmässig överlappning. Oavsett om den omtvistade åtgärden bedöms enligt artikel 101.1 eller 101.3 FEUF, grundar sig bedömningen på åtgärdens förmodade eller bevisade skadlighet. En begränsning av återförsäljarnas passiva försäljning kan anses utgöra en begränsning "genom syfte", i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, men även som en särskilt allvarlig begränsning som inte kan omfattas av ett gruppundantag. Kvalificeringen av en begränsning som en begränsning "genom syfte" med avseende på tillämpningen av artikel 101.1 FEUF måste emellertid skiljas från förekomsten av en "särskilt" allvarlig begränsning med avseende på tillämpligheten av ett eventuellt undantag enligt förordning nr 330/2010. Jag återkommer till detta nedan.

²⁰ Se, bland annat, dom av den 25 oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/kommissionen (26/76, EU:C:1977:167, punkt 20), och dom av den 11 december 1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289, punkterna 15 och 16). Se även dom av den 27 februari 1992, Vichy/kommissionen (T-19/91, EU:T:1992:28, punkt 32 och följande punkter).

²¹ Dom av den 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

57. Det är vidare viktigt att understryka att de riktlinjer som upprättats av kommissionen, och särskilt riktlinjerna om vertikala begränsningar (vilka onekligen är av särskilt intresse i föreliggande fall), inte ensamma kan styra bedömningen. Dessa riktlinjer binder inte medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar, utan anger endast det sätt på vilket kommissionen, i egenskap av unionens konkurrensmyndighet, kommer att tillämpa artikel 101 FEUF.²² Det innebär emellertid inte att det är uteslutet att domstolen, inom ramen för sitt uppdrag att tillämpa unionsrätten, själv kan tillämpa de ståndpunkter och juridiska bedömningar som finns i riktlinjerna.

58. Efter att ha lämnat dessa generella preciseringar kommer jag nu i tur och ordning att bedöma de frågor som har ställts av den hänskjutande domstolen.

Fråga 1: Förenligheten med artikel 101.1 FEUF av selektiva distributionssystem för lyx- och prestigevaror, vilka har till huvudsakligt syfte att bibehålla varornas "lyxframtoning"

59. Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 1 för att få klarhet i huruvida selektiva distributionsnätverk för lyx- och prestigevaror, vilka har till huvudsakligt syfte att bibehålla varornas lyxframtoning omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF. Denna fråga knyter direkt an till de olika tolkningar som har gjorts av dom av den 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649).

60. I princip är det två uppfattningar som står mot varandra.

61. Parfumerie Akzente och den luxemburgska regeringen anser att avtal som upprättar ett selektivt distributionssystem för försäljning av lyx- och prestigevaror, vilket huvudsakligen syftar till att bevara varornas lyxframtoning, inte kan vara uteslutna från tillämpningsområdet för det förbud som föreskrivs i artikel 101.1 FEUF. Enligt dem finner denna slutsats tydligt stöd i uttalandet i punkt 46 i domen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. Den tyska regeringen föreslår på samma sätt att frågan ska besvaras så, att artikel 101.1 FEUF är tillämplig på de krav i selektiva distributionssystem som är avsedda att bevara varornas lyx- eller prestigeframtoning, utan att det finns anledning att pröva huruvida de aktuella varornas egenskaper innebär att det krävs att det inrättas ett selektivt distributionssystem, under förutsättning att kraven enligt systemet tillämpas utan diskriminering och de är lämpade att bevara lyx- eller prestigeframtoningen.

62. Coty Germany, den franska, den italienska, den nederländska, den österrikiska och den svenska regeringen samt kommissionen anser å sin sida att avtal som upprättar ett selektivt distributionssystem för försäljning av lyx- och prestigevaror, vilket huvudsakligen syftar till att bevara varornas lyxframtoning kan uteslutas från tillämpningsområdet för förbudet i artikel 101.1 FEUF. Dessa rättegångsdeltagare anser att det framgår av rättspraxis att det för varor av hög kvalitet, vilkas lyxframtoning är uppskattad av konsumenterna, kan behöva inrättas ett selektivt distributionsnätverk, bland annat för att "säkerställa att varorna presenteras på ett sätt som framhäver deras värde" och bevarar deras "lyxframtoning". De har understrukit att i domen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, vilken inte avsåg det selektiva distributionssystemet i egentlig mening utan endast den avtalsklausul som var aktuell i det målet, inte kan tolkas så, att skyddet av varornas lyxframtoning inte längre kan motivera förekomsten av ett selektivt distributionssystem.

63. Enligt min mening är det endast den andra uppfattningen som det går att ansluta sig till utan att göra en grundläggande förändring av principerna för att bedöma selektiva distributionssystem enligt konkurrensreglerna. Fråga 1 ska därför, såsom den formulerats av den hänskjutande domstolen, besvaras jakande.

²² Se, bland annat, för ett liknande resonemang dom av den 28 juni 2005, Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkt 211), dom av den 14 juni 2011, Pfeiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, punkt 21) och dom av den 13 december 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punkterna 24–31).

64. För att återknyta till vad jag angett ovan, måste selektiva distributionssystem på grund av sina positiva – eller i vart fall neutrala – effekter för konkurrensen kunna anses vara förenliga med förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i artikel 101.1 FEUF.

65. Enligt domstolens²³ och tribunalens²⁴ fasta rättspraxis, vars huvudsakliga innehåll återgetts i punkt 175 i riktlinjerna, omfattas selektiva distributionssystem som är enbart kvalitativa inte av förbudet i artikel 101 FEUF om tre villkor är uppfyllda (nedan kallade Metrokriterierna).

66. För det första ska det vara visat att produkten i fråga har egenskaper som fordrar ett selektivt distributionssystem, på så sätt att ett sådant system är berättigat, med hänsyn till de berörda produkternas karaktär och särskilt deras höga kvalitet eller avancerade teknik, för att bevara deras kvalitet och säkerställa att de handhas på ett riktigt sätt. För det andra måste valet av återförsäljare ske utifrån objektiva kriterier av kvalitativ karaktär, vilka fastställs på ett enhetligt sätt för alla potentiella återförsäljare och tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt. För det tredje får de fastställda kriterierna inte gå utöver vad som är nödvändigt.

67. Frågan huruvida dessa villkor är uppfyllda ska bedömas objektivt av den nationella domstolen, men domstolen har emellertid kommit fram till ett antal parametrar som får beaktas vid bedömningen av huruvida selektiva distributionssystem är förenliga med artikel 101.1 FEUF.

68. Beträffande kriteriet att det fordras ett selektivt distributionssystem, särskilt för lyxvaror, vilket är det kriterium som i första hand är aktuellt i förevarande mål, ska det erinras om att domstolen vid flera tillfällen har funnit att selektiva distributionssystem som grundar sig på kvalitativa kriterier kan godtas inom branschen för tillverkning av konsumtionsvaror av hög kvalitet utan att åsidosätta artikel 101.1 FEUF, bland annat för bibehålla en fackhandel som kan tillhandahålla tjänster som är specifika för sådana varor.²⁵

69. Domstolen har tillagt att, oberoende av huruvida de aktuella varorna kvalificeras som ”lyxvaror” eller inte, kan bibehållandet av varans ”kvalitet” fordra ett selektivt distributionssystem.²⁶

70. Det är således de aktuella varornas specifika kännetecken eller egenskaper som kan göra ett selektivt distributionssystem förenligt med artikel 101.1 FEUF. Såsom jag angett ovan kan dessa egenskaper avse de aktuella varornas materiella egenskaper (till exempel varor av hög teknisk kvalitet), men även varornas ”lyxframtoning”.²⁷

71. Såsom vissa rättegångsdeltagare har påpekat i sina yttranden, ligger denna slutsats nära de överväganden som utvecklats i rättspraxis avseende varumärkesrätt, vilket är ett rättsområde som på grund av sin särskilda funktion i konkurrenshänseende onekligen har ett nära samband med förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan. Varumärket har en väsentlig funktion i det system med icke snedvriden konkurrens som EUF-fördraget inrättar och upprätthåller, eftersom varumärket garanterar att samtliga varor eller tjänster som det betecknar har tillverkats eller tillhandahållits under ett enda företags kontroll, som är ansvarigt för varornas eller tjänsternas kvalitet.²⁸ I ett sådant system måste ett företag ha möjlighet att bygga upp en fast kundkrets på grundval av kvaliteten på sina varor och

23 Se, bland annat, dom av den 25 oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/kommissionen (26/76, EU:C:1977:167, punkterna 20 och 21), dom av den 11 december 1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289, punkterna 15 och 16), dom av den 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/kommissionen (107/82, EU:C:1983:293, punkt 35), och dom av den 22 oktober 1986, Metro/kommissionen (75/84, EU:C:1986:399, punkterna 37 och 40).

24 Se, bland annat, dom av den 12 december 1996, Leclerc/kommissionen (T-19/92, EU:T:1996:190, punkterna 111–120), och dom av den 12 december 1996, Leclerc/kommissionen (T-88/92, EU:T:1996:192, punkterna 106–117).

25 Se, bland annat, dom av den 25 oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/kommissionen (26/76, EU:C:1977:167, punkt 20) och dom av den 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/kommissionen (107/82, EU:C:1983:293, punkt 33).

26 Se, bland annat, dom av den 11 december 1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289).

27 Se, bland annat, dom av den 12 december 1996, Leclerc/kommissionen (T-88/92, EU:T:1996:192, punkt 109).

28 Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 23 maj 1978, Hoffmann-La Roche (102/77, EU:C:1978:108, punkt 7), och dom av den 23 april 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

tjänster, vilket är möjligt enbart om det finns särskiljande kännetecken som gör att kunderna kan identifiera dessa varor och tjänster. För att varumärket ska kunna fylla den funktionen, måste det erbjuda en garanti för att alla varor som bär märket har tillverkats under ett enda företags kontroll, vilket är ansvarigt för deras kvalitet.²⁹

72. Domstolen har på varumärkesrättens område understrukit att lyx- och prestigevaror inte enbart definieras utifrån deras materiella kännetecken, utan även utifrån den specifika uppfattning som konsumenterna har om varorna och i synnerhet av den "aura av lyx" som varorna omges av. Eftersom prestigevaror är artiklar i den högre prisklassen är nämligen den lyxframtoning som varorna har grundläggande för att konsumenterna ska kunna skilja dem från andra liknande varor. Ett agerande som har en menlig inverkan på denna aura av lyx kan därför påverka själva kvaliteten på varorna. Domstolen har härvidlag redan funnit att de egenskaper och villkor som är utmärkande för ett selektivt distributionssystem i sig kan medföra att kvaliteten bevaras och en riktig användning säkerställs beträffande sådana varor.³⁰

73. Domstolen har av detta dragit slutsatsen att ett selektivt distributionssystem som syftar till att på försäljningsstället presentera sådana varor på ett sätt som framhäver deras värde, "särskilt vad gäller placering, marknadsföring, presentation av varorna och affärspolicy", bidrar till att förbättra de aktuella varornas anseende och således till att upprätthålla deras aura av lyx.³¹

74. Det framgår av denna rättspraxis att lyxvaror, med hänsyn till deras kännetecken och deras beskaffenhet, kan kräva inrättandet av ett distributionssystem för att bibehålla varornas kvalitet och säkerställa deras riktiga användning. Annorlunda uttryckt omfattas selektiva distributionssystem för distribution av lyx- och prestigevaror vars primära syfte är att säkerställa varornas "lyxframtoning" inte av förbudet i artikel 101.1 FEUF?

75. I motsats till den tolkning som förordats av vissa av rättegångsdeltagarna i deras yttranden, påverkas denna slutsats inte av domen av den 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), och särskilt av punkt 46 i den domen där det uttalas att "syftet att skydda prestige kan inte rättfärdiga en konkurrensbegränsning och kan således inte motivera att en avtalsbestämmelse med detta syfte inte ska omfattas av artikel 101.1 FEUF".

76. Såsom framgår av yttrandena i förevarande mål och av de ställningstaganden som har gjorts av ett stort antal nationella domstolar och konkurrensmyndigheter³², har sistnämnda uttalande gett upphov till mycket olika tolkningar.

77. Det framstår därför som lämpligt att domstolen i förevarande mål klargör räckvidden av den domen med hänvisning såväl till det sammanhang som domen ingår som de exakta skäl som domstolen åberopat i den domen. Detta är också vad de flesta parter som har inkommit med yttranden har anmodat domstolen att göra.

²⁹ Se, särskilt, dom av den 17 oktober 1990, *HAG GF* (C-10/89, EU:C:1990:359, punkt 13).

³⁰ Se, bland annat, dom av den 23 april 2009, *Copad* (C-59/08, EU:C:2009:260, punkterna 24–28).

³¹ Se dom av den 23 april 2009, *Copad* (C-59/08, EU:C:2009:260, punkt 29).

³² Det hänvisas särskilt till de exempel som nämns i fotnot 3 i detta förslag till avgörande.

78. Beträffande *omständigheterna* i dom av den 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), erinrar jag om att målet rörde den förpliktelse som en tillverkare av kosmetika och kroppsvårdsprodukter ålade sina återförsäljare att på respektive försäljningsställe se till att det alltid fanns minst en utbildad apotekare på plats. Detta krav innebar enligt domstolen att det de facto var uteslutet att auktoriserade återförsäljare kunde sälja de aktuella varorna på internet. Domstolen återgav därmed den bedömning som hade gjorts av den franska konkurrensmyndigheten.³³

79. Såsom tydligt framgår av tolkningsfrågan i det målet ifrågasattes enbart den avtalsklausul som ålades de auktoriserade återförsäljarna i ett selektivt distributionsnätverk och som innebar ett generellt och absolut förbud mot nätförsäljning av avtalsvarorna till slutanvändarna. Det selektiva distributionssystemet i dess helhet var emellertid inte aktuellt i domen.

80. Beträffande den uttryckliga motivering som domstolen använde sig av i domen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique hänför den sig endast till Pierre Fabres avtalsklausul som förbjuder nätförsäljning. Enbart den omständigheten att införandet av den klausulen föranleddes av behovet av att bibehålla de aktuella varornas prestigeframtoning ansågs inte av domstolen utgöra ett berättigat mål för att begränsa konkurrensen. Detta innebär dock inte att domstolen avsåg att selektiva distributionssystem som just syftar till att bibehålla de aktuella varornas lyxframtoning i princip skulle omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i artikel 101.1 FEUF.

81. Det ska påpekas att domstolen bland annat inte frångick principen att toppen i ett distributionsnätverk i princip är fri att organisera nätverket och att domstolen följaktligen inte frångick bedömningen att de villkor som åläggs återförsäljarna ska anses vara förenliga med artikel 101.1 FEUF, när de uppfyller de villkor som domstolen fastställt.

82. På ett än mer grundläggande plan ska det påpekas att inget i domstolens ordval ger anledning att anta att domstolen haft för avsikt att frångå eller inskränka räckvidden av de principer som fram till dess hade slagits fast och utarbetats avseende bedömningen av de villkor som åläggs auktoriserade återförsäljare i ett selektivt distributionsnätverk i förhållande till artikel 101 FEUF.

83. Annorlunda uttryckt ska dom av den 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649) inte tolkas som en omläggning av rättspraxis i förhållande till tidigare rättspraxis, eftersom uttalandet i punkt 46 i den domen gjorts i samband med kontrollen av huruvida den avtalsklausul som var aktuell i det nationella målet var proportionerlig (se bland annat punkt 43 i den domen).

84. Anförda överväganden leder mig till slutsatsen att selektiva distributionssystem vilkas syfte är bibehålla varornas lyxframtoning alltså kan utgöra en konkurrensfaktor som är förenlig med artikel 101.1 FEUF. Jag delar kommissionens bedömning att det följer av den domen att det – beroende på de aktuella varornas egenskaper eller avseende särskilt allvarliga begränsningar, såsom det totalförbud mot nätförsäljning som följde av den omtvistade klausulen i domen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique – är möjligt att syftet att bibehålla de aktuella varornas prestigeframtoning inte är berättigat, vilket skulle få som följd att det inte är motiverat att undanta ett selektivt distributionssystem eller en klausul som eftersträvar ett sådant syfte.

85. En annan slutsats skulle enligt min mening innebära två betydande nackdelar.

³³ Den franska konkurrensmyndigheten fann bland annat att förbudet mot nätförsäljning i det nationella målet begränsade den kommersiella friheten för Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques återförsäljare genom att utesluta en metod för att saluföra dess produkter. Förbudet inskränkte dessutom, valmöjligheterna för de konsumenter som önskar göra inköp via internet och hindrade slutligen också försäljning till slutanvändare som inte befinner sig i den auktoriserade återförsäljarens "fysiska" distrikt.

86. För det första skulle det innebära ett ifrågasättande av de väletablerade principerna i domstolens praxis om den konkurrensrättsliga bedömningen av selektiva distributionssystem. Jag erinrar om att dessa principer just beaktar de gynnsamma effekter som sådana system har för uppnåendet av en effektiv konkurrens.

87. Det ska i detta sammanhang erinras om att det är de aktuella varornas egenskaper som ska bibehållas, oavsett om dessa avser varornas materiella kännetecken eller deras lyx- eller prestigeframtoning. Oberoende av om de aktuella varorna har vissa materiella egenskaper, såsom hög kvalitet eller avancerad teknik, eller om de förknippas med en lyxframtoning, kan selektiv distribution anses vara berättigad med hänsyn till de konkurrensfrämjande effekter som en sådan distribution skapar.

88. En tolkning av domen av den 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), enligt vilken ett selektivt distributionssystem som har till syfte att bibehålla de aktuella varornas lyxframtoning inte längre kan vara undantaget från förbudet i artikel 101.1 FEUF, skulle vidare gå emot huvudlinjerna inom immaterialrätten, och särskilt den rättspraxis som utarbetats inom varumärkesrätten.

89. I domen av den 23 april 2009, *Copad* (C-59/08, EU:C:2009:260) likställde domstolen således distributören i ett selektivt distributionssystem med en licenstagare och fann att båda befinner sig i en situation där utomstående varor omsätts med varumärkesinnehavarens samtycke. Detta får till följd att förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan inte ska tillämpas i de fall där tillverkaren/varumärkesinnehavarens åtgärder mot en auktoriserad återförsäljare endast utgör ett utövande av rätten att först omsätta en vara.

90. Domstolen har på samma sätt i domen av den 3 juni 2010, *Coty Prestige Lancaster Group* (C-127/09, EU:C:2010:313) understrukt att den ensamrätt som ett varumärke ger får till följd att varje användning av varumärket utan innehavarens samtycke åsidosätter varumärkesrätten.

91. Ett selektivt distributionssystem avseende distribution av lyx- och prestigevaror, såsom det inrättas genom det avtal som är aktuellt i det nationella målet, vilket har som främsta syfte att bibehålla en "lyxframtoning" kan därför utgöra en konkurrensfaktor som är förenlig med artikel 101.1 FEUF, såvida Metrokriterierna är uppfyllda.

92. Denna slutsats äger giltighet beträffande såväl "lyxvaror" som "kvalitetsvaror". Det som räknas är nödvändigheten för nätverkstoppen att bibehålla prestigeframtoningen.

93. Jag föreslår därför att fråga 1 ska besvaras enligt följande. Selektiva distributionssystem för distribution av lyx- och prestigevaror, vilka huvudsakligen syftar till att bibehålla varornas "lyxframtoning", utgör en konkurrensfaktor som är förenlig med artikel 101.1 FEUF, i den utsträckning som återförsäljarna väljs ut på grundval av kvalitativa kriterier som är objektiva, som fastställs på ett enhetligt sätt för samtliga och som tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt på samtliga potentiella återförsäljare; i den utsträckning som den aktuella varans beskaffenhet, inbegripet prestigeframtoningen, fordrar selektiv distribution för att bibehålla varans kvalitet och säkerställa dess riktiga användning; och i den utsträckning som de fastställda kriterierna inte går utöver vad som är nödvändigt.

Fråga 2: Förenligheten med artikel 101.1 FEUF av förbudet för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem för lyxvaror, vilka är verksamma på marknaden som auktoriserade återförsäljare, att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående plattformar för nätförsäljning

94. Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 2 för att få klarhet i om och i vilken utsträckning som artikel 101.1 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för ett förbud för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem för lyxvaror, vilka är verksamma som detaljister på marknaden, att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående plattformar för nätförsäljning av de berörda varorna.

95. Denna fråga, som har ett nära samband med fråga 1, avser förenligheten med artikel 101.1 FEUF av den speciella klausulen i det selektiva distributionssystemet som är aktuell i det nationella målet.

96. Såsom jag har funnit vid besvarandet av fråga 1, är det obestridligt att selektiv distribution som grundar sig på kvalitativa parametrar inte omfattas av artikel 101.1 FEUF, såvida Metrokriterierna är uppfyllda.

97. Enligt den trestegsbedömning som följer av den rättspraxis som bygger på domen Metro SB-Großmärkte/kommissionen, vilken inte har ifrågasatts genom domen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique,³⁴ ska det prövas huruvida valet av återförsäljare sker enligt objektiva kriterier av kvalitativ natur som fastställs på ett enhetligt sätt gentemot samtliga potentiella återförsäljare och tillämpas utan diskriminering, huruvida de aktuella varorna har egenskaper som fordrar ett sådant distributionssystem för att bibehålla deras kvalitet och säkerställa deras riktiga användning och huruvida de fastställda villkoren är förenliga med proportionalitetsprincipen.

98. Det första av dessa villkor är inte föremål för diskussion i föreliggande fall, och min bedömning kommer därför att inrikta sig på frågan huruvida förbudet för auktoriserade återförsäljare att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående plattformar är berättigat med hänsyn till de kvalitativa ändamål som eftersträvas och, i förekommande fall, huruvida förbudet är proportionerligt.

99. Vad beträffar frågan huruvida det omtvistade förbudet är berättigat, är – såsom jag har angett i mitt förslag till svar på fråga 1 – ändamålet att bibehålla varors lyx- och prestigeframtoning alltid berättigat för att motivera ett selektivt distributionssystem som grundar sig på kvalitativa kriterier, såsom det distributionssystem som är aktuellt i det nationella målet.

100. Det ska således avgöras huruvida den omtvistade klausulen, det vill säga den klausul som förbjuder auktoriserade återförsäljare att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående plattformar, kan vara motiverat av nödvändigheten av att bibehålla de aktuella varornas lyxframtoning.

101. Jag är i detta avseende av den uppfattningen att förbudet mot att anlita ett utomstående företags firma kan vara motiverat av ändamålet att bibehålla och kontrollera kvalitetskriterier, vilket bland annat kräver tillhandahållande av vissa tjänster i samband med försäljningen av varor samt att de varor som säljs presenteras på ett speciellt sätt.

102. Det måste nämligen medges att toppen i ett selektivt distributionsnätverk får, i syfte att bibehålla lyx- eller prestigeframtoningen³⁵ av de varor som företaget saluför, förbjuda återförsäljare, och även auktoriserade återförsäljare, att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående företag. Ett sådant förbud kan vara lämpat för att bibehålla garantierna avseende varornas kvalitet, säkerhet och

³⁴ Dom av den 13 oktober 2011 (C-439/09, EU:C:2011:649, punkterna 41 och 43).

³⁵ I det nationella målet framgår det av punkt 1.1 i det selektiva distributionsavtal som ingåtts mellan Coty Germany och Parfümerie Akzente att förbudet mot att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående plattformar just har till ändamål att bibehålla avtalsvarornas lyxframtoning.

igenkänning av ursprung, genom att ålägga detaljisterna att tillhandahålla tjänster som håller en viss nivå i samband med försäljningen av avtalsvarorna. Förbudet gör det även möjligt att bibehålla varumärkets skydd och ställning med avseende på varumärkesförfalskning och snyltning, som kan ha konkurrensbegränsande effekter.

103. Såsom kommissionen har angett i punkt 54 i sina riktlinjer kan leverantören kräva kvalitetsstandarder för användningen av webbplatsen för återförsäljningen av sina varor, på samma sätt som leverantören skulle göra för en butik eller för katalogförsäljning, reklam och säljfrämjande åtgärder i allmänhet.

104. Anlitandet av utomstående plattformar i samband med distributionen av varorna innebär emellertid att de auktoriserade återförsäljarna, och i än högre utsträckning nätverkstoppen, i synnerhet inte längre har kontroll över varornas framtoning eller hur de presenteras, eftersom sådana plattformar ofta visar den egna logotypen i samtliga skeden av köp av avtalsvarorna.

105. Totalförbudet för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående företag för sin nätförsäljning utgör således en begränsning som helt och hållet motsvarar den begränsning som enligt domstolen är motiverad och nödvändig för att säkerställa att ett selektivt distributionssystem som uteslutande grundar sig på fysisk handel fungerar, och som således i enlighet med rättspraxis är berättigad enligt konkurrensrätten.³⁶

106. Förbudet för auktoriserade återförsäljare att anlita utomstående plattformar kan således vara undantaget från tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF, i den mån förbudet är ägnat att, grundat på kvalitativa kriterier, förbättra konkurrensen. I linje med mina hittills gjorda överväganden avseende selektiv distribution, är ett sådant förbud ägnat att bibehålla de aktuella varornas lyxframtoning på flera sätt: det garanterar inte enbart att varorna säljs i en miljö som motsvarar de kvalitetskrav som nätverkstoppen har ställt, utan gör det även möjligt att skydda sig mot snyltning genom att förhindra att de investeringar och ansträngningar som leverantören och andra auktoriserade återförsäljare har gjort för att förbättra varornas kvalitet och framtoning kommer andra företag till godo.

107. Detta förbud skiljer sig tydligt från den klausul som var omtvistad i det mål som avgjordes genom dom av den 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649).

108. Jag erinrar om att domstolen i domen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique beslutade att en avtalsklausul som innebar ett totalförbud för auktoriserade återförsäljare att sälja avtalsvarorna på internet, kunde utgöra en begränsning genom syfte och således strida mot artikel 101.1 FEUF om ”det av en individuell, konkret bedömning av avtalsbestämmelsens innehåll och mål och det ekonomiska och juridiska sammanhang den ingår i framgår att den med hänsyn till de aktuella produkternas egenskaper inte är objektivt motiverad”.

109. I föreliggande fall kan det konstateras att Coty Germany, endast har ålagt sina auktoriserade återförsäljare att inte saluföra avtalsprodukterna via utomstående plattformar, eftersom sådana plattformar enligt nätverkstoppen inte är skyldiga att iaktta samma kvalitetskrav som auktoriserade återförsäljare åläggs. Det är således långt ifrån fråga om något totalförbud mot nätförsäljning.

110. Den klausul som är omtvistad i det nationella målet bibehåller i själva verket möjligheten för auktoriserade återförsäljare att distribuera avtalsvarorna via sina egna webbplatser. Likaså förbjuder den inte återförsäljarna att anlita utomstående plattformar för att distribuera samma varor på ett sätt som inte är synligt utåt.

³⁶ Se, bland annat, dom av den 25 oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/kommissionen (26/76, EU:C:1977:167), dom av den 11 december 1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289), dom av den 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/kommissionen (107/82, EU:C:1983:293), och dom av den 23 april 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260).

111. Såsom kommissionen har kunnat konstatera i sin utredning av e-handelsbranschen, är det emellertid återförsäljarnas egna nätbutiker som, i detta skede av e-handels utveckling, utgör den främsta distributionskanalen för nätförsäljning. Oaktat den ökade betydelsen av utomstående plattformar i saluföringen av detaljisternas varor, kan därför inte förbudet för auktoriserade återförsäljare att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita sådana plattformar, på e-handels nuvarande utvecklingsstadium, likställas med ett totalförbud mot nätförsäljning eller en väsentlig begränsning av sådan försäljning.

112. Det förefaller mig inte som om det av handlingarna i målet är möjligt att i nuläget dra slutsatsen att ett sådant förbud generellt inte ska anses stå i proportion till det eftersträvade ändamålet.

113. Det ska understrykas att leverantören (nätverkstoppen) visserligen har möjlighet att, i kraft av det avtalsförhållande som binder leverantören och dennes auktoriserade återförsäljare, ålägga återförsäljarna vissa skyldigheter och sålunda utöva en viss kontroll över distributionskanalerna för varorna, men leverantören befinner sig inte i en ställning där vederbörande kan utöva kontroll över den distribution av varorna som sker genom utomstående plattformar. Ur denna synvinkel framstår den omtvistade skyldigheten som ett lämpligt medel för att uppnå de ändamål som Coty Germany eftersträvar.

114. Det kan inte förnekas att e-plattformar, såsom den plattform som är aktuell i det nationella målet, kan utforma och säkerställa en presentation av de aktuella varorna som framhäver deras värde på samma sätt som auktoriserade återförsäljare skulle göra. Iakttagandet av de kvalitetskrav som är berättigade att ålägga inom ramen för ett selektivt distributionssystem kan emellertid endast säkerställas på ett effektivt sätt om miljön för nätförsäljningen utformas av de auktoriserade återförsäljarna, vilka är bundna till leverantören/toppen av distributionsnätverket genom avtal, och inte av en utomstående näringsidkare vars agerande leverantören saknar inflytande över.

Preliminär slutsats

115. Den omtvistade klausulen kan således anses förenlig med artikel 101.1 FEUF, såvitt den tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt och är objektivt motiverad av avtalsvarornas beskaffenhet. Dessa förutsättningar förefaller inte vara ifrågasatta i föreliggande fall, men ska under alla omständigheter kontrolleras av den hänskjutande domstolen.

116. Även om det i föreliggande fall antas att den omtvistade klausulen kan omfattas av artikel 101.1 FEUF, bland annat på grund av att Metrokriterierna inte är uppfyllda, måste det prövas huruvida klausulen har en konkurrensbegränsande verkan och i synnerhet avgöras huruvida klausulen utgör en begränsning ”genom syfte”, i den mening som avses i den bestämmelsen.

117. Beträffande sistnämnda punkt förefaller det inte som om det omtvistade förbudet i förevarande mål, under några omständigheter och till skillnad från den avtalsklausul som var aktuell i domen av den 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), kan kvalificeras som ”begränsning genom syfte”, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF. Begreppet ”begränsning genom syfte” ska tolkas restriktivt. Det är nämligen obestridligt att begreppet ”begränsning genom konkurrensbegränsande syfte” endast kan tillämpas på vissa typer av samordning mellan företag, vilka är *så pass skadliga* för konkurrensen att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras.³⁷

118. I motsats till ett totalförbud för auktoriserade återförsäljare att använda sig av internet för att distribuera avtalsvarorna, är ett förbud mot att anlita utomstående plattformar dock inte så pass skadligt för konkurrensen att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras, i vart fall inte på e-handels nuvarande stadium, vilken på kortare eller längre sikt kan förändras.

³⁷ Se, bland annat, dom av den 11 september 2014, *CB/kommissionen* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 58).

119. Alltjämt för det fall att slutsatsen skulle bli att den omtvistade klausulen omfattas av artikel 101 FEUF och att den är konkurrensbegränsande, erinrar jag för övrigt om att det ska prövas huruvida klausulen kan omfattas av ett undantag enligt artikel 101.3 FEUF, särskilt i form av ett gruppundantag enligt förordning nr 330/2010. Detta är föremål för frågorna 3 och 4.

120. Såsom framgår av beslutet om hänskjutande skulle den omtvistade klausulen, för det fall den nationella domstolen skulle finna att klausulen är oförenlig med artikel 101.1 FEUF, nämligen kunna omfattas av ett undantag enligt artikel 2 i förordning nr 330/2010 (se skäl 8 i förordningen), i den mån som trösklarna för marknadsandelar i artikel 3 i den förordningen inte har överskridits. En sådan möjlighet skulle emellertid inte under några omständigheter vara möjlig om det omtvistade förbudet utgjorde en särskilt allvarlig begränsning, i den mening som avses i artikel 4 i förordningen.

121. Om den nationella domstolen således skulle finna att förbudet mot att anlita utomstående plattformar inte är undantaget från artikel 101.1 FEUF och att det i princip är konkurrensbegränsande, skulle den omtvistade klausulen i det selektiva distributionssystemet fortfarande kunna vara motiverad med tillämpning av artikel 101.3 FEUF antingen direkt med stöd av gruppundantagsförordningen, som eventuellt är tillämplig, eller efter en bedömning från fall, vilken avser just de undantag som föreskrivs i förordning nr 330/2010.

Slutsats

122. Jag föreslår följaktligen att fråga 2 ska besvaras enligt följande. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att, vid bedömningen av huruvida en avtalsklausul som förbjuder auktoriserade återförsäljare i ett distributionsnätverk att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående plattformar vid nätförsäljning är förenlig med artikel 101.1 FEUF, utreda huruvida klausulen är betingad av varans beskaffenhet, huruvida den är fastställd på ett enhetligt sätt och tillämpas utan åtskillnad och huruvida den inte går utöver vad som är nödvändigt.

Frågorna 3 och 4: Tillämpligheten av ett gruppundantag enligt artikel 4 b och c i förordning nr 330/2010

123. Den hänskjutande domstolen söker med frågorna 3 och 4 klarhet i huruvida artikel 4 i förordning nr 330/2010 ska tolkas så, att ett förbud för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem, som är verksamma som detaljister på marknaden, att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående företag vid nätförsäljning utgör en begränsning av kundkretsen, i den mening som avses i artikel 4 b i den förordningen, och/eller utgör en begränsning av den passiva försäljningen till slutanvändarna, i den mening som avses i artikel 4 c i samma förordning.

124. Trots att den hänskjutande domstolen i frågorna 3 och 4 har hänvisat till problematiken med att fastställa konkurrensbegränsningar "genom syfte" av kundkretsen respektive den passiva försäljningen, avser dessa frågeställningar i själva verket huruvida det aktuella distributionssystemet, för det fall det skulle anses vara konkurrensbegränsande i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, ändå kan vara undantaget med stöd av förordning nr 330/2010.

125. Följaktligen uppkommer frågan huruvida den omtvistade klausulen ska bedömas som en territoriell begränsning och/eller en begränsning av kundkretsen, eller en begränsning av passiv försäljning i den mening som avses i förordning nr 330/2010.

Inledande anmärkningar beträffande räckvidden av och ratio legis för förordning nr 330/2010

126. Såsom anges i skäl 5 i förordning nr 330/2010 bör den gruppundantagsförmån som fastställs genom förordningen begränsas till vertikala avtal ”som med tillräcklig säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 101.3 [FEUF]”.

127. För att avgöra huruvida en begränsning kan omfattas av ett gruppundantag måste företagen först göra en första bedömning av det omtvistade avtalet i förhållande till de presumtioner för oförenlighet som är föreskrivna i förordning nr 330/2010.

128. I artikel 4 i förordning nr 330/2010 finns en förteckning över begränsningar som kvalificeras som ”särskilt allvarliga” beträffande vilka förmånen av gruppundantag är utesluten.

129. Såsom domstolen har funnit finns det inte anledning att ge bestämmelserna om vilka avtal eller förfaranden som ska omfattas av gruppundantaget en vid tolkning, eftersom ett företag under alla omständigheter har möjlighet att på individuell basis hävda att det lagstadgade undantaget i artikel 101.3 FEUF ska tillämpas.³⁸

130. Jag delar för övrigt kommissionens uppfattning att det, av förutsebarhets- och rättssäkerhetsskäl, utan svårighet ska gå att känna igen gruppundantagen i artikel 4 b och c i förordning nr 330/2010 och att de därför inte ska vara beroende av en fördjupad bedömning av förhållandena på marknaden och av de konkurrensbegränsande effekter som konstaterats på marknaden vid en given tidpunkt.

131. Det får nämligen inte glömmas bort att det ändamål som eftersträvas med de gruppundantagsförordningar som antagits med stöd av förordning nr 19/65/EEG³⁹ särskilt utgörs av nödvändigheten av att företagen själva gör en bedömning av huruvida deras beteenden är förenliga med konkurrensreglerna.

132. Eftersträvandet av detta ändamål skulle undergrävas om det – för att kvalificera åtgärder som företag vidtagit som vertikala avtal ”med syfte” att begränsa vissa typer av försäljning i den mening som avses i artikel 4 b och c i förordning nr 330/2010 – krävdes att företagen skulle göra en ingående och fördjupad bedömning av de konkurrensbegränsande effekterna, med hänsyn tagen till marknadssituationen och deras ställning på marknaden, av nämnda åtgärder.

133. Som jag nämnt ovan måste det göras en skillnad mellan fastställandet av en ”konkurrensbegränsning genom syfte”, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, och kategoriseringen av vissa beteenden som *särskilt allvarliga* (i föreliggande fall begränsningarna i artikel 4 b och c i förordning nr 330/2010) med avseende på tillämpningen av gruppundantagsförordningen.

134. I båda fallen är det emellertid fråga om att identifiera beteenden som kan antas vara särskilt skadliga för konkurrensen med hänvisning till en bedömning av det *direkta* ekonomiska och juridiska sammanhang som företagens åtgärder ingår i.

³⁸ Dom av den 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, punkt 57).

³⁹ Rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden (EGT 36, 1965, s. 533; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 36).

135. Jag erinrar om att skillnaden mellan ”överträdelse genom syfte” och ”överträdelse genom resultat” beror på att vissa former av samverkan mellan företag, nämligen överträdelse genom syfte, till sin natur kan anses vara skadliga för en väl fungerande normal konkurrens.⁴⁰ Artikel 4 i förordning nr 330/2010 anger ett antal särskilt allvarliga begränsningar. Anledningen till införandet av den artikeln bygger på idén, vilken är uttryckt i skäl 10 i förordningen, att ”gruppundantaget enligt denna förordning [bör] inte omfatta vertikala avtal som innehåller vissa typer av allvarligt konkurrenshämmande begränsningar, såsom lägsta pris eller fasta återförsäljningspriser och vissa slag av territoriellt skydd, oberoende av de berörda företagens marknadsandel”.

136. I likhet med tillvägagångssättet för att fastställa förekomsten av en konkurrensbegränsning genom syfte, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, är utgångspunkten vid bedömningen av huruvida en avtalsklausul har ”till syfte att begränsa” det område inom vilket, eller den kundkrets till vilken, återförsäljaren får sälja [artikel 4 b i förordning nr 330/2010], eller den aktiva eller passiva försäljningen till slutanvändare [artikel 4 c i förordningen], de aktuella avtalsbestämmelsernas lydelse och de ändamål som eftersträvas med dem, tolkade i sitt direkta ekonomiska och juridiska sammanhang. Jag erinrar nämligen om att ändamålet med att underlätta den bedömning som de berörda företagen själva ska göra av sitt beteende skulle undergrävas om de, för att fastställa förekomsten av särskilt allvarliga begränsningar i den mening som avses i artikel 4 i förordning nr 330/2010, skulle vara tvungna att göra en fördjupad bedömning genom en kontrafaktisk analys av verkningarna av de planerade åtgärderna på strukturen på den eller de relevanta marknaderna och på de villkor under vilka den eller de marknaderna fungerar.

137. Såsom kommissionen har påpekat, ska det understrykas att såväl artikel 4 b i förordning nr 330/2010 som artikel 4 c i samma förordning måste, i likhet med de tillämpliga bestämmelserna i gruppundantagsförordningen, ses mot bakgrund av den övergripande och grundläggande målsättningen att *bekämpa avskärmning av marknader*.

138. Dessa bestämmelser ska således förstås så, att de syftar till att utesluta vissa avtalsklausuler från förmånen av gruppundantaget, vilka avser en begränsning av *det område i vilket eller den kundkrets till vilken* återförsäljaren får sälja. Det förefaller däremot som om samma bestämmelser inte kan tolkas så, att de utesluter begränsningar som styr försäljningsformerna för varorna från undantaget.⁴¹ Det är enligt min mening viktigt att erinra om att toppen i ett selektivt distributionsnätverk måste åtnjuta stor frihet vid bestämmandet av distributionsformerna för varorna, vilka utgör faktorer som främjar innovation och kvaliteten på de tjänster som tillhandahålls kunderna och som därför är ägnade att ha konkurrensfrämjande effekter. Såsom anges i punkt 54 i riktlinjerna kan leverantören, inom ramen för gruppundantagsförordningen, kräva kvalitetsstandarder för användningen av webbplatsen för återförsäljningen av sina varor, på samma sätt som denne skulle göra för en butik.

139. Det är mot bakgrund av dessa inledande anmärkningar som jag i tur och ordning ska bedöma frågorna 3 och 4.

⁴⁰ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 september 2014, CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkterna 49–52 och där angiven rättspraxis samt punkt 57). Domstolen har bland annat slagit fast att det avgörande juridiska kriteriet för att avgöra huruvida en samordning mellan företag medför en konkurrensbegränsning ”genom syfte” består i konstaterandet att en sådan samordning i sig uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen.

⁴¹ I likhet med det tillvägagångssätt som gäller vid tillämpningen av reglerna om fri rörlighet för varor, är det bland annat inte styrkt att de omtvistade åtgärderna i större utsträckning påverkar saluföringen av varor med ursprung i andra medlemsstater (se dom av den 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, punkt 74, och dom av den 2 december 2010, Ker-Optika, C-108/09, EU:C:2010:725, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

Fråga 3: Förekomsten av en begränsning av detaljistens kundkrets

140. Enligt artikel 4 b i förordning nr 330/2010 gäller undantaget inte för vertikala avtal som ”direkt eller indirekt, ensamt eller i kombination med andra faktorer som parterna kontrollerar, [har till syfte att begränsa] det område inom vilket eller av den kundkrets till vilken en köpare som är part i avtalet, utan att det påverkar en begränsning som avser etableringsstället, får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna”.

141. Såsom anges i punkt 50 i riktlinjerna syftar denna bestämmelse på åtgärder som avser att dela upp marknaden eller kunderna, vilka leder till avskärmning av marknader.

142. I föreliggande fall förbjuder den omtvistade klausulen enbart auktoriserade återförsäljare att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående plattformar. Det finns ingenting i den klausulen som visar att den ska kvalificeras på det sättet.

143. Såsom den hänskjutande domstolen har nämnt är det i princip inte möjligt att identifiera en grupp av kunder eller en bestämd marknad som motsvarar användarna av utomstående plattformar.

144. Förekomsten av en begränsning av kundkretsen eller av marknaden kan enligt min mening endast fastställas för det fall att den auktoriserade återförsäljaren utsätts för risken att förlora marknadsandelar eller kunder på grund av det omtvistade förbudet och trots bibehållandet av möjligheten att ha tillgång till sina varor genom sin egen webbplats.

145. Beträffande klausulens *inhåll* föreskriver den att nätförsäljning ska genomföras via detaljistens eget e-skyltfönster eller på en utomstående webbplats, under förutsättning att detta inte är synligt utåt. Denna klausul utesluter således inte all nätförsäljning, utan endast ett sätt bland andra för att nå kunder via internet. Innehållet i klausulen har inte i sig någon marknadsavskärmande effekt.

146. Till skillnad från den klausul som var aktuell i det mål som avgjordes genom dom av den 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), tillåter den omtvistade klausulen att internet används som distributionskanal, såvida detaljisten bedriver nätförsäljningen via den auktoriserade butikens ”e-skyltfönster” eller via en utomstående webbplats och iakttar ett antal bestämmelser, vilka syftar till att bibehålla varornas lyxframtoning.

147. Såsom den hänskjutande domstolen har nämnt, har denna begränsning inte i praktiken hindrat de auktoriserade återförsäljarna från att samarbeta med utomstående för webbannonseringsändamål. Eftersom förbudet inte har hindrat dessa nätåterförsäljare från att finnas på internet, har deras potentiella kunder alltid haft möjlighet att via internet få tillgång till de auktoriserade återförsäljarnas utbud, till exempel genom att använda sökmotorer.

148. Beträffande klausulens uppgivna *ändamål* består det i att bibehålla avtalsvarornas lyxframtoning genom att föreskriva att nätförsäljning måste ske via detaljistens ”e-skyltfönster”. Även i detta fall har förbudet mot att auktoriserade återförsäljare, på ett sätt som är synligt utåt, anlitar utomstående plattformar i princip inte till syfte att avskärma marknaden genom att begränsa det området inom vilket eller den kundkrets till vilken den eller de auktoriserade återförsäljarna har rätt att sälja.

149. Beträffande det *ekonomiska och juridiska sammanhanget*, framgår det av de uppgifter som lagts fram för domstolen, och särskilt av resultatet av utredningen av e-handelsbranschen, att anlita andra marknadsplatser eller utomstående plattformar, till skillnad från de auktoriserade återförsäljarnas egna nätbutiker, inte nödvändigtvis är en viktig distributionskanal, även om det finns stora skillnader från ett land till ett annat. Förbudet för detaljister att anlita sådana plattformar är inte att likställa med det totalförbud mot nätförsäljning som var aktuellt i målet *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

150. Det finns för övrigt ingenting som gör det möjligt att i föreliggande fall dra slutsatsen att den omtvistade klausulen har som resultat att dela upp områden eller att begränsa tillgången till en viss kundkrets. I detta sammanhang är det inte, med i nuläget "förvärvat erfarenhet", visat att användarna av de aktuella utomstående plattformarna – i allmänhet och oberoende av särdragen på en viss relevant marknad – utgör en avgränsad kundkrets, och att den omtvistade klausulen således skulle leda till en uppdelning av kundkretsen i den mening som avses i artikel 4 b i förordning nr 330/2010.

151. Mot bakgrund av det anförda föreslår jag att fråga 3 ska besvaras enligt följande. Ett förbud för medlemmar i ett selektivt distributionssystem, som är verksamma som detaljister på marknaden, att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående företag vid nätförsäljning utgör inte en begränsning av detaljistens kundkrets, i den mening som avses i artikel 4 b i förordning nr 330/2010.

Fråga 4: Förekomsten av en begränsning av den passiva försäljningen till slutanvändarna

152. Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 4 för att få klarhet i huruvida artikel 4 c i förordning nr 330/2010 ska tolkas så, att ett förbud för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem, som är verksamma som detaljister på marknaden, att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående företag vid nätförsäljning utgör en begränsning av den passiva försäljningen till slutanvändarna.

153. I linje med vad jag har redogjort för ovan, i samband med avgörandet av huruvida den omtvistade avtalsklausulen ska anses ha till syfte att begränsa den passiva försäljningen till slutanvändarna, ska det kontrolleras huruvida klausulen, med hänsyn till sin lydelse, sitt ändamål och det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilken den ingår, till sin natur ska anses vara ägnad att skada genomförandet av passiva försäljningar, det vill säga försäljningar som följer av beställningar som enskilda kunder själva tagit initiativet till.

154. Jag anser att det inte finns någonting i handlingarna i målet som gör det möjligt att dra slutsatsen att klausulen ska bedömas på det sättet.

155. Såsom jag redan har konstaterat förbjuder den omtvistade avtalsklausulen inte all nätförsäljning, i motsats till den klausul som var omtvistad i det mål som avgjordes genom dom av den 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649). Klausulen tillåter denna distributionskanal, såvida återförsäljaren säljer varorna via det auktoriserade företagets eget e-skytffönster eller, utan att det är synligt utåt, säljer varorna på en utomstående webbplats och iakttar ett antal bestämmelser avsedda att bibehålla framtoningen av tillverkarens varumärke.

156. Mot bakgrund av det anförda föreslår jag att fråga 4 ska besvaras enligt följande. Ett förbud för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem, som är verksamma som detaljister på marknaden, att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående företag vid nätförsäljning utgör inte en begränsning av den passiva försäljningen till slutanvändarna, i den mening som avses i artikel 4 c i förordning nr 330/2010.

Förslag till avgörande

157. Mot bakgrund av det anförda föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som ställts av Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Regionala överdomstol i Frankfurt am Main, Tyskland) på följande sätt:

- 1) Selektiva distributionssystem för distribution av lyx- och prestigevaror, vilka huvudsakligen syftar till bibehålla varornas "lyxframtoning", utgör en konkurrensfaktor som är förenlig med artikel 101.1 FEUF, i den utsträckning som återförsäljarna väljs ut på grundval av kvalitativa kriterier som är objektiva, som fastställs på ett enhetligt sätt för samtliga och som tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt på samtliga potentiella återförsäljare; i den utsträckning som den aktuella

varans beskaffenhet, inbegripet prestigeframtoningen, fordrar selektiv distribution för att bibehålla varans kvalitet och säkerställa dess riktiga användning; och i den utsträckning som de fastställda kriterierna inte går utöver vad som är nödvändigt.

- 2) Det ankommer på den hänskjutande domstolen att, vid bedömningen av huruvida en avtalsklausul som förbjuder auktoriserade återförsäljare i ett distributionsnätverk att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående plattformar vid nätförsäljning är förenlig med artikel 101.1 FEUF, utreda huruvida klausulen är betingad av varans beskaffenhet, huruvida den är fastställd på ett enhetligt sätt och tillämpas utan åtskillnad och huruvida den inte går utöver vad som är nödvändigt.
- 3) Ett förbud för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem, som är verksamma som detaljister på marknaden, att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående företag vid nätförsäljning utgör inte en begränsning av detaljistens kundkrets, i den mening som avses i artikel 4 b i kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden.
- 4) Ett förbud för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem, som är verksamma som detaljister på marknaden, att, på ett sätt som är synligt utåt, anlita utomstående företag vid nätförsäljning utgör inte en begränsning av den passiva försäljningen till slutanvändarna, i den mening som avses i artikel 4 c i förordning nr 330/2010.