

Leverandørens muligheder for at regulere forhandlerens salg og markedsføring på internettet i et selektivt distributionssystem

- hvor går grænsen?

The ability of suppliers to regulate sales and marketing policies of online retailers in a selective distribution system

- what are the legal limitations?

af VICTORIA DYREHAVE RASMUSSEN

Spicalet undersøger, hvilke muligheder leverandøren i et selektivt distributionssystem har for at forbyde, begrænse og regulere detailforhandlerens adgang til at markedsføre og sælge leverandørens varer online inden for rammerne af EU's konkurrenceregler.

Der fokuseres på fire praktiske problemstillinger, som en leverandør naturligt vil skulle overveje inden fastlæggelse af vilkårene for samarbejdet med forhandlerne i det selektive distributionssystem. De fire problemstillinger er (1) muligheden for at opstille et absolut forbud mod forhandlerens salg og markedsføring online, (2) muligheden for at opstille kvalitetsstandarder for forhandlerens salg og markedsføring online, (3) muligheden for at forbyde forhandlerens salg og markedsføring via tredjemandsplatforme, (4) muligheden for at imødegå free-riding mellem offline- og onlinekanalerne inden for det selektive distributionssystem.

Det konkluderes, at leverandøren kun i ganske særlige situationer kan opstille et absolut forbud mod forhandlerens salg eller markedsføring over internettet. Et sådant krav vil i de fleste tilfælde blive anset som uproportionelt. Leverandøren må derimod gerne opstille kvalitetsstandarder for forhandlerens ageren ved markedsføring og salg af leverandørens varer online. Det gælder både, når salget eller markedsføringen finder sted på forhandlerens egen hjemmeside og andre steder på internettet. Kravene må blot ikke være egnede til at forhindre eller afskrække forhandlerne fra at bruge internettet.

Det konkluderes desuden, at leverandøren i mange tilfælde kan forbyde forhandlerne at sælge varerne via tredjemandsplatforme. Det er derimod endnu ikke afklaret i EU-regi, om leverandøren kan forbyde forhandlerens brug af tredjemandsplatforme, hvor der alene sker markedsføring, men et sådant forbud vil formentlig være vanskeligere for leverandøren at begrunde.

Endelig diskuteres leverandørens muligheder for at reducere virkningen af free-riding mellem forhandlerne inden for det selektive distributionssystem. Det konkluderes, at leverandøren som udgangspunkt kan kræve, at forhandlerne har mindst én fysisk butik. Kravet skal dog kunne begrundes i produktets egenskaber og må ikke alene sigte på at beskytte produktet mod priskonkurrence fra rene onlineforhandlere. Det konkluderes endvidere, at leverandøren kan imødegå free-riding-problemet ved at (1) fastsætte samme vejledende videresalgspriser for alle forhandlere uanset salgskanal, (2) støtte driften af forhandlerens fysiske butikker med et fast beløb, (3) opkræve højere priser for varer, der sælges til rene onlineforhandlere.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1	Indledning	4
1.1	<i>Problemformulering</i>	4
1.2	<i>Metode</i>	5
1.3	<i>Afgrænsning.....</i>	6
1.4	<i>Disposition.....</i>	6
2	Selektiv distribution	6
3	De økonomiske effekter af selektiv distribution	7
3.1	<i>Konkurrencefremmede effekter af selektiv distribution.....</i>	8
3.2	<i>Konkurrencebegrænsende effekter af selektiv distribution.....</i>	9
3.3	<i>Juraens rolle i forhold til at afbalancere modstridende økonomiske effekter</i>	9
4	Den konkurrenceretlige regulering af selektiv distribution	10
4.1	<i>Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF art. 101, stk. 1.....</i>	10
4.1.1	<i>Metro-testen.....</i>	11
4.1.1.1	<i>Kvalitative krav og ikke-diskriminationskriteriet</i>	12
4.1.1.2	<i>Nødvendighedskriteriet</i>	13
4.1.1.3	<i>Proportionalitetskriteriet</i>	13
4.1.1.4	<i>Kumulative virkninger</i>	14
4.1.1.5	<i>Metro-testens betydning i praksis</i>	14
4.2	<i>Fritagelse fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF art. 101, stk. 3.....</i>	14
4.3	<i>Fritagelse efter gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler, Kfo 330/2010</i>	15
5	Begrænsninger i forhandlerens adgang til at sælge og markedsføre via internettet.....	17
5.1	<i>Muligheden for at opstille et absolut forbud mod salg og markedsføring på internettet</i>	18
5.1.1	<i>Absolut forbud mod salg via internettet efter TEUF art. 101, stk. 1</i>	18
5.1.2	<i>Absolut forbud mod salg via internettet efter gruppefritagelsesforordningen.....</i>	21
5.1.3	<i>Absolut forbud mod markedsføring via internettet</i>	24
5.2	<i>Muligheden for at opstille kvalitetsstandarder for salg og markedsføring på internettet.....</i>	24
6	Begrænsninger i forhandlerens salg og markedsføring via online tredjemandsplatforme	26
6.1	<i>Muligheden for at forbyde salg via online markedspladser</i>	26
6.1.1	<i>Forbud mod salg via online markedspladser efter TEUF art. 101, stk. 1</i>	27
6.1.2	<i>Forbud mod salg via online markedspladser efter gruppefritagelsesforordningen.....</i>	29
6.2	<i>Muligheden for at forbyde markedsføring via prissammenligningshjemmesider</i>	31
6.2.1	<i>Forbud mod markedsføring via prissammenligningshjemmesider efter TEUF art. 101, stk. 1.....</i>	32
6.2.2	<i>Forbud mod markedsføring via prissammenligningshjemmesider efter gruppefritagelsesforordningen</i>	34
7	Begrænsninger med henblik på at imødegå free-riding.....	36
7.1	<i>Generelt om free-riding.....</i>	36
7.2	<i>Muligheden for at stille krav om en fysisk butik.....</i>	37

7.3	<i>Muligheden for at opstille bindende eller vejledende videresalgspriser for internetbutikker og fysiske butikker</i>	39
7.4	<i>Muligheden for at opkræve højere leverandørpriser for varer forhandleren sælger online</i>	39
8	Konklusion	41
9	Perspektivering	43
10	Litteraturliste	43

Abstract

This thesis discusses the options granted to suppliers with regards to prohibiting, limiting or regulating the online marketing and sales opportunities of retailers, within the framework of EU antitrust law.

The focus of the thesis is on four practical issues that a supplier will naturally need to consider before setting out the terms of cooperation with the distributors in the selective distribution system. The four issues are: The possibility of making an absolute ban on the online sales and marketing opportunities of retailers; The possibility of providing retailers with a set of quality standards for sales and marketing behavior; The ability to ban retailers' sales and marketing opportunities through third-party platforms; The ability to counteract free-riding between offline and online channels within the selective distribution system.

The thesis concludes that suppliers can only impose an absolute ban on the retailers' sales or marketing opportunities over the Internet under very specific circumstances; such a requirement will in most cases be regarded as disproportionate. The supplier, on the other hand, may be inclined to set quality standards for retailers' actions with regards to marketing and selling supplied goods online. This applies regardless of whether the sale or promotion takes place on the retailers' own website or elsewhere on the internet. The requirements may, however, not be constructed in such a way that they prevent or deter retailers from making use of distribution and commerce through the Internet.

Furthermore the thesis concludes that in many cases the supplier may prohibit retailer from selling the goods through third-party platforms. However, it has not yet been resolved in the EU whether the supplier can ban the use of third-party platforms that is solely used for marketing; such a prohibition would in all likelihood be more difficult for the supplier to justify.

Finally, the supplier's ability to reduce the effect of free-riding between dealers within the selective distribution system is discussed. It is concluded that the supplier may, as a rule, require retailers to have at least one physical store. However, the requirement must be justified in the product's characteristics and should not solely be aimed at protecting the product against price competition from pure online retailers. Furthermore, it is concluded that the supplier can address the free-riding problem by (1) fixing the same indicative resale prices for all retailers regardless of sales channel, (2) supporting the physical stores of retailers with a fixed monetary amount, (3) charging higher prices for goods sold to pure online retailers.

1 Indledning

Som led i strategien for det digitale indre marked udgav Kommissionen i maj 2017 en rapport om Kommissionens sektorundersøgelse af elektronisk handel i EU. Rapporten viser, at den stigende e-handel har haft stor betydning for kundernes adfærd og virksomhedernes distributionsstrategier.

Kundernes adfærd er ret evident. Flere og flere handler på internettet. Inden endeligt køb kan forbrugerne besøge forskellige forhandlernes hjemmesider, prissammenligningshjemmesider, online markedspladser og andre relevante netsteder med henblik på at kvalificere købsbeslutningen. Det er både hurtigt og nemt for forbrugerne at afdække markedet på tværs af salgskanaler og forhandlere. Det gælder med hensyn til produktspecifikationer, og det gælder især hvad angår priser.

For samfundet og den enkelte forbruger er det alt andet lige attraktivt med den forøgede gennemsigtighed i markedet og den deraf følgende konkurrence mellem forhandlerne, som ofte først og fremmest bliver priskonkurrence.

Leverandører af mærkevareprodukter kan derimod opleve det som problematisk med stor fokus på pris i forhandlerledet. Den forøgede priskonkurrence kan betyde, at konkurrencen på andre parametre som kvalitet, service, innovation og mærkets image træder i baggrunden. Disse er ofte vigtige parametre i konkurrencen mellem mærkevareleverandører, og leverandørerne kan derfor have et ønske om at begrænse eller kontrollere forhandlernes markedsføring og salg over internettet med henblik på at mindske fokus på pris og sikre kvaliteten i distributionen.

Denne kontrol søges ofte opnået gennem selektiv distribution. Det fremgår af Kommissionens e-handelsrapport, at anvendelsen af selektive distributionssystemer er en af leverandørernes hyppigste reaktioner på den ekspanderede e-handel.

Det er derfor relevant at se nærmere på, hvilke muligheder leverandøren i et sådant distributionssystem har for at ”styre” forhandlernes brug af internettet i forbindelse med salg og markedsføring af leverandørens produkter til slutbrugeren. Det forhold er udgangspunkt for specialets formål og konkrete undersøgelsesspørgsmål.

1.1 Problemformulering

Formålet med specialet er at undersøge og analysere i hvilket omfang det er muligt i et selektivt distributionssystem at forbyde, begrænse og regulere detailforhandlernes adgang til at markedsføre og sælge leverandørens varer online inden for rammerne af Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmådes (TEUF) artikel 101.

De konkrete undersøgelsesspørgsmål er følgende:

- i. Kan leverandøren opstille et absolut forbud mod forhandlernes salg og markedsføring online?
- ii. Hvilke muligheder har leverandøren for at opstille kvalitetsstandarder for forhandlernes salg og markedsføring online?

- iii. Kan leverandøren forbyde forhandlerne at sælge og markedsføre via tredjemandsplatforme?
- iv. Hvilke muligheder har leverandøren for at imødegå free-riding mellem offline- og onlinekanalerne inden for det selektive distributionssystem?

Baggrunden for valget af undersøgelsesspørgsmål er, at det er meget centrale spørgsmål, som en leverandør naturligt vil skulle stille sig selv inden fastlæggelse af vilkårene for samarbejdet med forhandlerne i et selektivt distributionssystem.

1.2 Metode

Specialet tager sit udgangspunkt i den traditionelle retsdogmatiske metode. Metoden vil blive anvendt til at beskrive, fortolke og analysere gældende ret på baggrund af en systematisk gennemgang af relevante retskilder.

Problemstillingerne behandles ud fra et EU-retligt perspektiv. Den retlige ramme for specialet er Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) art. 101 og Kommissionens forordning nr. 330/2010 om anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3 (Gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler). Disse retskilder er *hard law*, hvilket vil sige, at de er retligt bindende retsakter.

Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger¹ (herefter ”retningslinjerne”) vil blive inddraget og analyseret. Retningslinjerne er *soft law* og derfor ikke bindende for andre end Kommissionen selv. Det betyder dog ikke, at retningslinjerne er uden retlig relevans, da de i udstrakt grad anvendes som fortolkningsbidrag af nationale domstole og myndigheder, virksomheder og af andre EU-institutioner.²

Kommissionens rapport om e-handelssektoren³ (herefter ”e-handels-rapporten”) er ligeledes ikke af bindende retlig karakter. E-handels-rapporten giver vigtige indblik i både leverandørens, forhandlerens og kundernes adfærd i forbindelse med e-handel, og Kommissionen kommer med konklusioner af både praktisk og retlig relevans.

I specialet vil der primært blive fokuseret på afgørelser afsagt af EU-institutionerne. Ved analysen af EU-domstolens afgørelser i *Pierre Fabre*-dommen⁴ og *Coty*-dommen⁵ må det haves for øje, at der er tale om præjudicelle afgørelser. Det betyder, at EU-Domstolen ikke træffer afgørelse i den konkrete sag men alene forsyner den nationale ret, der har forelagt sagen, med fortolkningsbidrag.

¹ Meddelelse fra Kommissionen om Retningslinjer for vertikale begrænsninger, EUT 2010 C 130/01.

² Frank Wijckmans m.fl., *Vertical Agreements in EU Competition Law*, s. 26-28.

³ EU-Kommissionen: ”Rapport fra Kommissionen til Rådet og Europaparlamentet: Endelig rapport om undersøgelsen af e-handelssektoren” COM (2017) 229 final og European Commission: ”Staff Working Document - Accompanying the Document Report from the Commission to the Council and the European Parliament - Final Report on the E-commerce Sector Inquiry” SWD (2017) 154 final.

⁴ C-439/09, *Pierre Fabre*.

⁵ C-230/16, *Coty*.

1.3 Afgrænsning

At der primært fokuseres på afgørelser afsagt i EU-regi betyder omvendt, at national praksis kun inddrages i begrænset omfang. Det er utvivlsomt, at praksis fra medlemsstaterne også ville kunne bidrage til analysen, men afgrænsningen er nødvendiggjort af specialets sideomfang.

Som det vil fremgå nedenfor, indgås selektive distributionsaftaler mellem leverandøren og senere led i distributionskæden, herunder både grossister og detailhandlere. Specialet vil alene behandle forholdet mellem leverandøren og detailhandlerne.

1.4 Disposition

Opgaven er opbygget således, at kapitel 2 kortfattet introducerer selektive distributionssystemer. Med henblik på at skabe en dyberegående forståelse for selektive distributionssystemer, gennemgås i kapitel 3 systemernes væsentligste økonomiske virkninger og rationaler. Det er disse indbyggede økonomiske mekanismer, som bestemmer behovet for den retlige ramme og regulering, som behandles i kapitel 4. I kapitel 5, 6 og 7 gennemføres analyser med henblik på at belyse og besvare specialets undersøgelsesspørgsmål. Specialet afsluttes med en konklusion i kapitel 8 og en perspektivering i kapitel 9.

2 Selektiv distribution

Inden for EU-konkurrenceretten sonderer man overordnet mellem to typer af aftaler. Horisontale aftaler, der indgås mellem virksomheder i samme omsætningsled, og vertikale, som indgås mellem virksomheder i forskellige led i produktions- eller distributionskæden.

Et selektiv distributionssystem er i Kfo 330/2010, art. 1, stk. 1, litra e) defineret som:

”et salgssystem, hvor leverandøren forpligter sig til, enten direkte eller indirekte, at sælge aftalevarerne eller -tjenesterne udelukkende til forhandlere, der er udvalgt på grundlag af bestemte kriterier, og hvor disse forhandlere forpligter sig til ikke at sælge sådanne varer eller tjenester til forhandlere, der ikke er godkendt på det område, som leverandøren har afsat til at drive systemet”⁶

En selektiv distributionsaftale indgås altså mellem leverandøren af et produkt (producenten) og dennes forhandler (de senere led i distributionskæden, i praksis grossister og detailhandlere) og er derfor en vertikal aftale.

Som det fremgår af definitionen, er der i et selektivt distributionssystem tre centrale relationer mellem leverandør og forhandlere.

⁶ Definitionen sigter på at fastlægge grænserne for gruppefritagelsesforordningen, men den indfanger de centrale elementer i et selektivt distributionssystem og kan anvendes som generel reference.

- i. Leverandøren fastsætter nogle kriterier, som forhandlerne skal opfylde for at blive optaget i det selektive distributionssystem. Kriterierne kan eksempelvis relatere sig til forhandlerens og hans personales kvalifikationer, salgslokaliteterne eller markedsføringen af varerne.
- ii. Leverandøren forpligter sig til udelukkende at sælge til de forhandlere, der opfylder kravene (de "autoriserede" eller "godkendte" forhandlere).
- iii. De autoriserede forhandlere forpligter sig til ikke at sælge varerne til forhandlere, der ikke opfylder kriterierne (de "uautoriserede" forhandlere), men alene til andre autoriserede forhandlere og slutbrugere.

Det selektive distributionssystem er, hvis det fungerer optimalt, et lukket system, hvor uautoriserede forhandlere holdes ude. Formålet er økonomisk og forretningsmæssigt, som det vil fremgå af det følgende.

3 De økonomiske effekter af selektiv distribution

Et selektivt distributionssystem har betydning for konkurrencesituationen på det marked, systemet opererer på. Det er derfor, at leverandører, og ofte også forhandlere, ønsker at etablere og indgå i sådanne systemer. En leverandør kan eksempelvis se muligheder i at sikre sig kvalitet i forhandlernettet: Faglig indsigt i produktet, et professionelt salgssarbejde, god kundebehandling etc. Alt sammen med henblik på at give kunden en samlet kvalitetsoplevelse, ikke bare af selve produktet men også af de processer, som fører frem til købet, og af eftersalgssprocesserne. Leverandøren kan efter omstændighederne tillige se muligheder i, at et vertikalt salgssystem virker afdæmpende på priskonkurrencen med større indtjening til følge. Forhandlerne kan også opnå oplagte fordele. Eksempelvis ved at være med i et afgrænset forhandlernetværk, som agerer på nogenlunde lige vilkår og beskyttet fra konkurrenter af mere ustyrlig karakter.

Nogle af de nævnte og andre positive muligheder, en leverandør eller en forhandler kan se i selektive distributionssystemer, er attraktive i et samfundsøkonomisk perspektiv. Omvendt kan der være en potentiel risiko for, at vertikale aftaler virker hæmmende for konkurrencen. Det er potentielt problematisk, hvis der indgås vertikale aftaler, som sætter normale udbuds- og efterspørgselsmekanismer ud af kraft med højere priser til følge – og med negative konsekvenser for samfundsøkonomi og forbrugernes velfærd.

Inden der tages fat i den juridiske ramme, vil mulige konkurrencefremmende og konkurrencehæmmende mekanismer i systemerne blive diskuteret. Fagøkonomer har behandlet problemstillingerne i mange år. De er meget komplekse og vil langt fra kunne behandles udtømmende på dette sted, men de er tema for de tre næste afsnit som grundlag for at forstå de juridiske forhold omkring selektiv distribution.

3.1 Konkurrencefremmede effekter af selektiv distribution

Selektiv distribution anvendes typisk ved salg af færdige mærkevareprodukter⁷, hvor det rette brand og forbrugernes opfattelse af produkterne som kvalitets- eller luksusprodukter er afgørende faktorer for efterspørgslen. Køberne af mærkevarer vil ofte have høje forventninger til før- og eftersalgsservice i forbindelse med salget, og til hvordan produktet præsenteres. Det vil derfor være vigtigt for leverandøren, at alle produkter præsenteres på markedet af kompetente forhandlere på en måde, der er bedst egnet til at beskytte produkternes image.

Selektive distributionssystemer kan efter omstændighederne fremme interbrand-konkurrencen (konkurrencen mellem leverandører af forskellige mærker), hvilket kan være i forbrugernes interesse;⁸ det vil sige de forbrugere, som efterspørger mærkevareprodukter, deres materielle og immaterielle kvaliteter samt service- og kvalitetsoplevelsen i hele købsprocessen.

På et effektivt marked ville man kunne argumentere for, at velfungerende udbuds- og efterspørgselsmekanismer sikrer, at også mærkevareprodukter vil finde en markedsligevægt, hvor varerne produceres og leveres i de rette kvaliteter, med den rette image, service m.v. til priser, kunderne er villige til at betale. Det argument tager dog ikke højde for imperfektioner i markedet. En af disse, som typisk rammer blandt andet markeder for mærkevarer, er free-riding.⁹

Selektiv distribution kan være leverandørens eller forhandlernes bedste mulighed at beskytte sig mod free-riding. For at opfylde leverandørens krav om salgsstedets indretning, før- og eftersalgsservice eller annoncering, er forhandleren nødt til at foretage ofte betydelige investeringer og salgsfremmende indsatser. I fravær af selektive distributionsaftaler vil konkurrenter kunne udnytte disse - og "free-ride" - uden selv at investere tilsvarende. Forhandlernes incitament til at investere vil dermed efterhånden falde bort, og der vil kunne opstå et samfundsøkonomisk velfærdstab. Det vil der, fordi visse egenskaber og serviceydelser, som nogle forbrugere egentlig gerne vil betale for, ikke længere tilbydes på markedet, fordi forhandleren ikke kan få sine omkostninger dækket på grund af free-riding fra konkurrenter.¹⁰ Ved at forbyde salg til uautoriserede forhandlere i distributionsaftalerne, kan free-riding-problematikken begrænses.

Der er altså situationer, hvor selektive distributionsaftaler kan være formålstjenlige; ikke blot i et leverandør- og/eller forhandlerperspektiv men også for samfundsøkonomien. Medaljen har dog som oftest en bagside. Det er en kendsgerning, at når uautoriserede forhandlere udelukkes med henblik på at øge interbrand-konkurrencen på image, kvalitet, service mm., så kan det få negative konsekvenser for priskonkurrencen. I det følgende afsnit diskuteres kortfattet mulige konkurrencehæmmende konsekvenser af selektiv distribution.

⁷ De vertikale retningslinjer, pkt. 174.

⁸ Thomas Buettner m.fl., *An Economic Analysis of the Use of Selective Distribution by Luxury Goods Suppliers*, s. 215.

⁹ Thomas Buettner m.fl., *An Economic Analysis of the Use of Selective Distribution by Luxury Goods Suppliers*, s. 215.

¹⁰ Paulo Buccrossi, *Vertical Restraints on E-Commerce and Selective Distribution*, s. 751.

3.2 Konkurrencebegrænsende effekter af selektiv distribution

Selektive distributionssystemer vil typisk begrænse intrabrand-konkurrencen (konkurrencen mellem forhandlere inden for samme mærke). Hvis alle forhandlere skal leve op til leverandørens selektive distributionskriterier, vil konkurrencen på priser blive mindre, da de priser, der kan tilbydes af forhandlerne, bevæger sig inden for en snævrere margen, end når ”ikke-specialiserede-forhandlere” kan sælge varerne.¹¹ Fælles koncepter vil også betyde, at konkurrencemulighederne inden for service, salgsindsats, garantibestemmelser mm. indsnævres.

Problemet vil være særligt stort, hvis leverandørens markedsandel er betydelig, og interbrand-konkurrencen (konkurrencen mellem leverandører af forskellige mærker) dermed er begrænset.¹² I så fald kan det samlede system være meget dominerende på markedet og i vidt omfang kunne diktere salgspriser, salgsvilkår, service-niveauer m.v. Man vil også have mulighed for koordinerede indsatser som reaktion på nye eller eksisterende konkurrenters ageren på markedet.¹³

Sluttelig skal problemstillingen med såkaldte kumulative virkninger nævnes. Der kan navnlig opstå konkurrencebegrænsende virkninger, hvis alle eller de fleste leverandører på et marked anvender selektiv distribution. I så fald kan den samlede (kumulative) virkning af de forskellige net af parallelle selektive distributionssystemer bevirke, at bestemte forhandlere - hvilket typisk vil være lavprisforhandlere - afskærmes fra markedet.¹⁴ Det vil igen efterlade forbrugerne med færre muligheder, især hvad angår prisen, men også med hensyn til udvalget af forskellige servicemuligheder.

3.3 Juraens rolle i forhold til at afbalancere modstridende økonomiske effekter

Som det fremgik af det foregående, er de samfundsøkonomiske konsekvenser af selektive distributionssystemer komplekse og ikke entydige. Næsten uanset de konkrete aftalevilkår i et givent selektivt distributionssystem vil der kunne argumenteres for, at systemet på én og samme tid har både konkurrencefremmende og –hæmmende effekter.

Juraen omkring selektive distributionssystemer er nært forbundet med disse konkurrencemæssige og økonomiske mekanismer og deres velfærdsmæssige konsekvenser. Den juridiske regulering har som en central opgave at bidrage til at fremme forhold, som giver øget konkurrence, og begrænse systemets muligheder for at sætte konkurrencen mere eller mindre ud af kraft.¹⁵

Det følgende kapitel vil se på den retlige ramme for regulering af selektive distributionsaftaler under EU's konkurrenceregler.

¹¹ Alison Jones m.fl., EU Competition law, s. 806 og C-107/82, *AEG-Telefunken*, præmis 42.

¹² Vincent Verouden, *Vertical Agreements: Motivation and Impact*, s. 1838.

¹³ Paulo Buccirossi, *Vertical Restraints on E-Commerce and Selective Distribution*, s. 753.

¹⁴ Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, s. 453.

¹⁵ *Ibid.*, s. 7-8.

4 Den konkurrenceretlige regulering af selektiv distribution

To regelsæt er afgørende for den materielle behandling af selektiv distribution under EU-konkurrenceretten: Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) artikel 101 og Gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler, Kfo 330/2010.

Undersøgelsen af, om en selektiv distributionsaftale er forenelig med disse regler, må foretages i to tempi: For det første må det undersøges, om aftalen er omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF art. 101, stk. 1. Hvis aftalen er omfattet af forbuddet, må det undersøges, om aftalen kan fritages fra forbuddet enten efter den individuelle fritagelsesmulighed i TEUF art. 101, stk. 3 eller, i praksis mest relevant, gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler.

I denne rækkefølge vil reglerne blive behandlet i de følgende tre afsnit. Afsnittene indeholder ikke en udtømmende redegørelse for betingelserne i de enkelte bestemmelser men giver et overblik og en introduktion, der er nødvendig for forståelsen af den EU-konkurrenceretlige regulering af selektiv distribution.

4.1 Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF art. 101, stk. 1

TEUF art. 101, stk. 1 indeholder et forbud mod aftaler, der påvirker eller kan påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne, og som hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen på det indre marked.

”Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt (...)”

For at afgøre, om en aftale rammes af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, skal man helt overordnet undersøge tre forhold:

- i. For det første om der foreligger en *aftale mellem virksomheder*. Virksomhederne skal blot, enten udtrykkeligt eller stiltiende, have givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en måde, der begrænser eller kan begrænse deres kommercielle handlefrihed¹⁶. Det betyder omvendt, at bestemmelsen ikke finder anvendelse på en virksomheds ensidige adfærd.
- ii. Dernæst må det undersøges, om aftalen kan *påvirke samhandel mellem medlemsstaterne*. Den grænseoverskridende aktivitet mellem mindst to medlemsstater skal således påvirkes. Det er ikke et krav, at en faktisk påvirkning har fundet sted, hvis blot aftalen er egnet til at påvirke handlen; men den faktiske eller sandsynlige påvirkning af samhandlen skal være mærkbar.¹⁷

¹⁶ Jens Fejø m.fl., EU-Konkurrenceret, s. 36.

¹⁷ Pernille Wegener m.fl., Regulering af Konkurrence i EU, s. 51-52. Se vedrørende mærkbarhedskrav i meddelelse om Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handlen i traktatens artikel 81 og 82.

- iii. Endelig må det undersøges, om *aftalen har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen*.¹⁸ Analysen af, om en aftale har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, tager udgangspunkt i aftalebestemmelserne, det formål aftalen sigter at opfylde samt den retlige og økonomiske sammenhæng, aftalen indgår i.¹⁹ De to kriterier, *til formål* og *til følge*, er alternative, således forstået at aftalen gribes af bestemmelsen, hvis blot ét af kriterierne er opfyldt. Hvis det konstateres, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, kan Domstolen altså afvise at foretage en nærmere undersøgelse af aftalens virkninger på konkurrencen.²⁰

Konsekvensen af en overtrædelse af TEUF art. 101, stk. 1 er, at aftalen er ugyldig. Ugyldighedsvirkningen rammer som udgangspunkt kun de dele af aftalen, der indeholder en konkurrencebegrænsning, medmindre det ikke er muligt at udskille de ugyldige vilkår.²¹

For selektive distributionssystemer har Domstolens i sin retspraksis udviklet en særlig test, der anvendes til at vurdere aftalernes forenelighed med TEUF art. 101, stk. 1. Hvis en selektiv distributionsaftale opfylder betingelserne i testen, vil de begrænsninger, der pålægges forhandlerne, ikke blive ramt af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1.

Testen er navngivet ”Metro-testen” eller ”Metro-doktrinen” efter de to domme, den udspringer af, *Metro I*²² og *Metro II*²³, og vil blive behandlet i det følgende.

4.1.1 *Metro-testen*

De to Metro-sager udspringer af en tvist mellem cash-and-carry kæden, Metro, og en producent af high-end forbrugerelektronik, SABA. Metro ønskede at blive en del af SABAs selektive distributionssystem men blev afvist, da virksomheden ikke levede op til betingelserne, SABA havde opstillet for autoriserede forhandlere.

Metro hævdede, at systemet eliminerede konkurrencen fra ikke-specialiserede forhandlere, der, ved at undlade nogle af de tjenester der typisk leveres af specialhandlerne, kunne tilbyde SABA-varer til lavere priser. SABAs selektive distributionssystem resulterede derfor i højere priser for forbrugerne, og det anså Metro som uforeneligt med TEUF art. 101, stk. 1. Kommissionen og SABA hævdede derimod, at SABAs selektive distributionssystem forbedrede konkurrencen på andre parametre end prisen, da udvælgelsen af autoriserede forhandlere sikrede forbrugerne teknisk rådgivning og service i købsprocessen.

¹⁸ Der skal foreligge en mærkbar konkurrenceskadelig virkning, se Bagatelmeddelelsen, pkt. 8.

¹⁹ Jens Fejø m.fl., EU-Konkurrenceret, s. 75.

²⁰ Pernille Wegener m.fl., Regulering af Konkurrence i EU, s. 57. Hvis det konstateres, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, vil Domstolen i dag ofte undersøge aftalens virkninger, hvis det er tvivlsomt, om disse er skadelige for konkurrencen. For visse mere ”hard core” aftaler, for eksempel markedsopdeling og prisfastsættelse, er Domstolen dog af den opfattelse, at de konkurrencebegrænsende virkninger er så åbenlyse, at en undersøgelse af aftalens virkninger ikke er nødvendig.

²¹ Ibid., s. 71. Virksomheden kan ved overtrædelse af forbuddet også blive pålagt bøde og eventuelt erstatningsansvar.

²² C-26/76, *Metro I*.

²³ C-75/84, *Metro II*.

I *Metro I* anerkendte Domstolen, at selektive distributionssystemer ikke nødvendigvis udelukkende eller i overvejende grad lægger vægt på priskonkurrencen. Domstolen tilkendegav derimod, at priskonkurrence ikke er den eneste form for effektiv konkurrence. Selvom konkurrencen på pris ikke må elimineres helt gennem aftalekomplekset, kan visse begrænsninger accepteres, hvis de er nødvendige for andre legitime mål; blandt andet ved at øge konkurrencen på andre parametre der er i forbrugernes interesse.²⁴

Domstolen konkluderede, at selektive distributionssystemer er i overensstemmelse med TEUF art. 101, stk. 1 såfremt ”*udvælgelsen af videreforhandlere sker på grundlag af objektive kvalitetskriterier for videreforhandlerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgslokalers beskaffenhed, og såfremt disse betingelser fastsættes ens for alle mulige videreforhandlere og anvendes uden diskriminering.*”²⁵

Metro-testen kan herefter sammenfattes til følgende tre betingelser:

- i. Forhandlerne skal udvælges på grundlag af objektive kvalitetskriterier, der er fastsat ens for alle forhandlere og anvendes uden forskelsbehandling.
- ii. Produktets egenskaber skal nødvendiggøre selektiv distribution.
- iii. De fastsatte kriterier må ikke gå videre end nødvendigt.

Metro-betingelserne vil blive uddybet i de følgende afsnit.

4.1.1.1 Kvalitative krav og ikke-diskriminationskriteriet

Den første betingelse, der skal være opfyldt, for at aftalen falder uden for TEUF art. 101, stk. 1, er, at forhandlerne i det selektive distributionssystem skal udvælges på grundlag af objektive kvalitetskriterier, der fastsættes ens for alle mulige forhandlere og anvendes uden forskelsbehandling.

Der følger heraf, at alene distributionssystemer baseret på rent kvalitative kriterier kan undtages fra forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1. Det er derfor afgørende at få afgrænset kvalitative kriterier over for kvantitative.

Kvalitative kriterier er kriterier designet til at udvælge forhandlere på grundlag af objektive kriterier, der er nødvendige som følge af produktets egenskaber.²⁶ Som eksempler kan nævnes krav til indretning af salgslokaler, personalets uddannelse, krav til butikkens navn og skiltning eller produkternes adskillelse fra andre artikler.²⁷ Kvantitative kriterier er derimod kriterier, der mere direkte begrænser antallet af potentielle forhandlere.²⁸ En begrænsning i antallet af forhandlere eller salgssteder, krav til omfanget af forretningens aktiviteter,

²⁴ C-26/76, *Metro I*, præmis 21 og i samme retning C-107/82, *AEG-Telefunken*, præmis 42.

²⁵ C-26/76, *Metro I*, præmis 20.

²⁶ De vertikale retningslinjer, pkt. 175.

²⁷ C-26/76, *Metro I*, præmis 20 og T-19/92, *Leclerc I*, præmis 132, 137, 146 og 158.

²⁸ De vertikale retningslinjer pkt. 175.

mindsteomsætning, opretholdelsen af et mindstelager eller deltagelse i reklamesamarbejde og salgsfremstød er eksempler på kriterier, der er blevet anset som kvantitative.²⁹

Hvis en forhandler opfylder de opstillede kriterier, har leverandøren pligt til at godkende virksomheden til distributionssystemet ("ikke-diskriminationskriteriet").³⁰

4.1.1.2 Nødvendighedskriteriet

Det er for det andet en betingelse, at *produktets karakteristika eller egenskaber* nødvendiggør anvendelsen af et selektivt distributionssystem. Produktets egenskaber kan begrunde selektiv distribution, hvis det er nødvendigt for at bevare produktets *kvalitet* eller sikre produktets *rette brug*.³¹

EU-domstolen har accepteret selektive distributionssystemer for forskellige typer af produkter, der helt overordnet kan kvalificeres som: (1) Teknisk komplicerede produkter eller produkter af høj kvalitet. Det kan for eksempel være fjernsyn, kameraer, ure og computere.³² (2) Luksusprodukter eller produkter med et særligt prestigemæssigt eller branded image, blandt andet luksuskosmetik, smykker, og keramik og porcelæn.³³ (3) Produkter, der kun er på hylderne i meget kort tid, for eksempel aviser og tidsskrifter.³⁴

4.1.1.3 Proportionalitetskriteriet

Metro-testens tredje betingelse er, at de opstillede kriterier ikke må være mere vidtgående end nødvendigt. Hvert kriterie i den selektive distributionsaftale skal således være forholdsmæssigt i forhold til det forfulgte formål, det vil sige i lyset af produktets særlige egenskaber og karakteristika.³⁵

For at finde ud af, om en aftalebestemmelse er proportional, må det for det første undersøges, om aftalebestemmelsen er *egnet* til at opnå det forfulgte mål, for eksempel at sikre produktets rette brug eller kvalitet, og for det andet om aftalebestemmelsen *går videre end nødvendigt*.³⁶

²⁹ C-26/76, *Metro I*, præmis 39-40, T-19/92, *Leclerc I*, præmis 148-155.

³⁰ C-75/84, *Metro II*, præmis 72. En leverandørs ensidige beslutning om ikke at sælge til en forhandler, der opfylder samtlige krav, kan ikke rammes af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, da der ikke vil være tale om en "aftale". Domstolen har dog fastslået, at en beslutning om at afslå forhandlere kan anses som en aftale, hvis kravet indgår i de kontraktmæssige forpligtelser, som forhandlerne udtrykkeligt eller stiltiende accepterer, når de bliver optaget i systemet. Det har i den forbindelse betydning, om afslagene forekommer i et tilstrækkeligt stort antal til, at det kan udelukkes, at der er tale om et enkeltstående tilfælde, se C-107/82, *AEG-Telefunken*, præmis 38-39.

³¹ C-31/80, *L'oreal*, præmis 16. Det er en betingelse, at disse mål ikke allerede nås i kraft af nationale bestemmelser om adgangen til erhvervet som forhandler eller om betingelserne for salg af produktet.

³² C-75/84, *Metro II* (fjernsyn), C-86/82, *Hasselblad* (kameraer), Kommissionens beslutning 84/233 EØF: *IBM*, 1984 L 118/24 (computere) og C-376/93, *Metro/Cartier* (ure). Dog ikke masseproducerede ure, se C-31/85, *ETA mod DK Investment*.

³³ T-19/02, *Leclerc I* og C-230/16, *Coty* (luksuskosmetik), Kommissionens beslutning 83/610 EØF, *Murat*, 1983 L 348/20 (guld og sølv smykker), Kommissionens beslutning 85/611/EØF, *Villeroy & Boch*, 1985 L 376/15 (keramik og porcelæn).

³⁴ C-243/43, *Binon* (aviser).

³⁵ Se blandt andet T-19/91, præmis 60.

³⁶ C-230/16, *Coty*, præmis 43.

4.1.1.4 Kumulative virkninger

Hvis Metro-betingelserne er opfyldt, er aftalen som udgangspunkt ikke omfattet af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1. I den efterfølgende *Metro II*-dom, blev det dog tilføjet en fjerde betingelse: Hvis der eksisterer flere parallelle net af selektive distributionssystemer på et marked, kan kumulative konkurrencebegrænsende virkninger medføre, at et selektivt distributionssystem, der opfylder Metro-betingelserne, rammes af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1.³⁷

I *Leclerc I*-dommen³⁸ fastslog Retten dog, at selv hvor alle eller de fleste leverandører på et marked anvender selektiv distribution, bevirker det ikke automatisk, at TEUF art. 101, stk. 1 finder anvendelse. Det vil kun være tilfældet, hvis det godtgøres, at antallet af selektive distributionssystemer hindrer nye konkurrenter i at få adgang til markedet, og der ikke er effektiv konkurrence, navnlig med hensyn til priser.

4.1.1.5 Metro-testens betydning i praksis

Metro-testen er blevet kritiseret fra flere sider. Det er blandt andet blevet fremhævet, at testen er for formalistisk og ignorerer aftalernes økonomiske realiteter og virkninger, idet de opstillede betingelser måske ikke i alle tilfælde afspejler aftalens egentlige konkurrencefremmende eller -begrænsende virkninger.³⁹

Metro-testen har dog den fordel, at den er relativt nem at anvende. Kommissionen har adopteret testen i de vertikale retningslinjer⁴⁰, og såvel Domstolen som Kommissionen fortsætter med at bruge den i vurderingen af selektive distributionsaftalers forenelighed med TEUF art. 101, stk. 1.

Selektive distributionssystemer, der ikke opfylder Metro-betingelserne, vil være omfattet af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, forudsat at betingelserne i bestemmelsen, som er gennemgået i afsnit 4.1, er opfyldt. Sådanne selektive distributionssystemer kan dog efter omstændigheder undergives individuel fritagelse efter TEUF art. 101, stk. 3 eller fritages efter gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler, Kfo 330/2010.

4.2 Fritagelse fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF art. 101, stk. 3

Bestemmelsen i TEUF art. 101, stk. 3 fritager aftaler, der er forbundet med tilstrækkelige fordele til at opveje de konkurrenceskadelige virkninger, fra forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1.

TEUF art. 101, stk. 3 opstiller fire betingelser, der alle skal være opfyldt, for at aftalen kan undergives individuel fritagelse.⁴¹ Det er følgende:

³⁷ C-75/84, *Metro II*, præmis 40.

³⁸ T-19/92, *Leclerc I*, præmis 182.

³⁹ Anne C Witt, Restrictions on the use of third-party platforms in selective distribution agreements for luxury goods, s. 441-442, Alison Jones m.fl., EU Competition law, s. 807-809, og Barry E. Hawk, System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law, s. 976.

⁴⁰ De vertikale retningslinjer, pkt. 175.

⁴¹ Se for uddybning Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3.

- i. Aftalen skal medføre objektive økonomiske fordele, for eksempel ved at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne, eller fremmer teknisk eller økonomisk udvikling.
- ii. Aftalen skal sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, for eksempel lavere priser eller bedre kvalitet i distributionen.
- iii. Aftalen må ikke pålægge virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå opnå effektivitetsfordelene.
- iv. Aftalen må ikke give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

Betingelserne i TEUF art. 101, stk. 3 er formuleret bredt, og vurdering af de enkelte betingelser forudsætter således en del fortolkning og kendskab til retspraksis. For at gøre anvendelsen af TEUF art. 101, stk. 3 lettere, har EU-Rådet, gennem en række bemyndigelsesforordninger, givet Kommissionen hjemmel til at udstede gruppefritagelsesforordninger.

Gruppefritagelsesforordninger indeholder en række lettere anvendelige betingelser, som virksomhedernes aftaler skal opfylde, og hvis betingelserne i forordningen er opfyldt, er aftalen automatisk fritaget fra forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1.⁴² Den relevante gruppefritagelsesforordning for selektiv distribution er gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler, Kfo 330/2010.

4.3 Fritagelse efter gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler, Kfo 330/2010

Selektive distributionsaftaler kan alene fritages efter gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler, Kfo 330/2010, hvis hverken leverandøren eller forhandlerens markedsandel overstiger 30% af det relevante marked.⁴³

Som det fremgik ovenfor, opstiller Metro-testen en række betingelser til de selektive udvælgelseskriterier, herunder at kriterierne skal være objektivt begrundet, kvalitative, ikke-diskriminerende og forholdsmæssige. Disse betingelser gælder imidlertid ikke for selektive distributionsaftaler efter gruppefritagelsesforordningen.

⁴² Jens Fejø m.fl., EU-Konkurrenceret, s. 107-108.

⁴³ Kfo 330/2010, art. 3 og art. 7 og 8. Kravet forudsætter en afgrænsning af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked, samt en beregning af virksomhedernes markedsandele. For uddybning se De vertikale retningslinjer, pkt. 86-85. Aftalen skal desuden opfylde betingelserne i forordningens art. 2 og art. 5, men disse vil ikke blive gennemgået nærmere i denne sammenhæng.

Det fremgår af definitionen af selektiv distribution i Kfo 330/2010, der er gengivet i kapitel 2, at forhandlerne skal udvælges på grundlag af *bestemte kriterier*. Ifølge Kommissionen skal der ikke læses yderligere betingelser ind i bestemmelsen.⁴⁴ Selektive distributionsaftaler kan derfor fritages efter gruppefritagelsesforordningen uafhængigt af *produktets art* og uafhængigt af *udvælgelseskriterierne*.⁴⁵ Det betyder blandt andet at:

- i. Produktet ikke behøver have særlige egenskaber eller karakteristika, for eksempel være et luksusprodukt eller et produkt, der er teknisk kompliceret eller af høj kvalitet.
- ii. Både kvantitative og kvalitative selektive distributionssystemer kan fritages efter gruppefritagelsesforordningen.⁴⁶ Leverandøren kan dermed fastsætte en direkte kvantitativ begrænsning af antallet af forhandlere i distributionsnettet.
- iii. Gruppefritagelsesforordningen indeholder ikke et diskriminationsforbud.⁴⁷ Det er således muligt at opstille forskellige kriterier for forskellige forhandlere.
- iv. Kriterierne behøver ikke at være objektivt begrundede. Leverandøren behøver derfor ikke at give en objektiv begrundelse for den valgte kvantitative grænse eller en eventuel forskelsbehandling af forhandlerne.

Den eneste betingelse er således, at de selektive udvælgelseskriterier er specificeret for hver enkelt forhandler.⁴⁸

Selektive distributionsaftaler kan dog ikke fritages efter gruppefritagelsesforordningen, hvis de indeholder en af de *alvorlig konkurrencebegrænsninger*, der er defineret i forordningens artikel 4. I så fald vil aftalen i sin helhed falde uden for gruppefritagelsesforordningen.⁴⁹ De alvorlige konkurrencebegrænsninger omfatter blandt andet aftaler, der har til formål at fastsætte bindende videresalgspriser eller begrænse forhandlerens salg til bestemte områder eller bestemte kundekredse.

⁴⁴ Frank Wijckmans m.fl., *Vertical Agreements in EU Competition Law* s. 207-208. Wijckmans og Tuytshaecer, havde lejlighed til at diskutere spørgsmålet med Kommissionen i forbindelse med forberedelserne til Kfo 330/2010, hvor Kommissionen bekræftede, at Kfo 330/2010 kun stiller krav om, at forhandlerne skal udvælges på grundlag af "bestemte kriterier". Ifølge Kommissionen indeholder forordningen ikke et diskriminationsforbud, og at de opstillede kriterier behøver ikke at være objektivt begrundet eller nødvendige.

⁴⁵ De vertikale retningslinjer, pkt. 176.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Se også Andreas Eberhardt, *Why the discriminatory application of criteria in selective distribution systems is block exempted under Regulation 330/2010*.

⁴⁸ Se også C-158/11, *Auto 24*, hvor Domstolen i relation til gruppefritagelsesforordningen for motorkøretøjer, Kfo 1400/2002, udtalte, at udtrykket "bestemte kriterier" ikke stiller krav om, at kriterierne skal være objektivt begrundet, anvendes ensartet og ikke-differentieret. Der skal blot være tale om kriterier, hvis præcise indhold kan efterprøves. Afgørelsen kan ikke overføres direkte på gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler, men det er sandsynligt, at Domstolene vil nå til samme resultat. Definitionen af selektiv distributionssystemer i de to forordninger er harmoniserede, og fra 1. juni 2013 er Kfo 1400/2002 ikke længere i kraft, hvorefter motorkøretøjer fritages efter Kfo 330/2010.

⁴⁹ De vertikale retningslinjer, pkt. 47.

De relevante alvorlige konkurrencebegrænsninger vil blive inddraget og behandlet nedenfor i forbindelse med analysen af undersøgelsesspørgsmålene.

Selv hvor en aftale opfylder betingelserne i gruppefritagelsesforordningen, kan Kommissionen *inddrage fritagelsen*, hvis aftalen falder ind under TEUF art. 101, stk. 1 og ikke opfylder alle betingelserne i TEUF art. 101, stk. 3. Det følger af Kommissionens retningslinjer, at det kan være tilfældet, hvis et produktets egenskaber ikke kræver selektiv distribution eller ikke nødvendiggør de kriterier, der anvendes⁵⁰. Det er i forbindelse med inddragelsesproceduren Kommissionen, som har bevisbyrden for, at aftalen falder ind under art. TEUF art. 101, stk. 1 og ikke opfylder alle betingelserne i TEUF art. 101, stk. 3.⁵¹

Der er imidlertid ikke på nuværende tidspunkt meget praksis for sådanne inddragelser⁵², men som det vil fremgå i blandt andet afsnit 7.2, har Kommissionen i e-handels-rapporten lagt op til, at selektive distributionsaftaler, der indeholder bestemte aftalebestemmelser, vil kræve nærmere undersøgelse i konkrete tilfælde.

5 Begrænsninger i forhandlerens adgang til at sælge og markedsføre via internettet

Som introduceret tidligere, er der forretningssituationer, hvor leverandører vil se det som meget problematisk, hvis konkurrencesituationen får karakter af overvejende priskonkurrence på bekostning af konkurrencen på øvrige parametre, såsom kvalitet, service og image. Internetsalg har en iboende kraft, som medfører, at pris hyppigt bliver den dominerende konkurrenceparameter på bekostning af øvrige parametre. Leverandøren kan derfor have et ønske om at undgå eller begrænse forhandlernes brug af internettet, og et afgørende spørgsmål for leverandøren er derfor, hvilke muligheder han har for at fastlægge og håndhæve sådanne begrænsninger.

I de følgende analyser vil der hovedsageligt blive fokuseret på TEUF art. 101, stk. 1, herunder Metro-testen, og gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler.

TEUF art. 101, stk. 3 vil blive inddraget og drøftet, hvor den er relevant, men da anvendelsen af bestemmelsen forudsætter en mere indgående analyse af den konkrete aftales virkninger på markedet, vil bestemmelsen ikke være en del af den overordnede analyseramme. Det må dog i alle tilfælde have for øje, at individuel fritagelse efter TEUF art. 101, stk. 3 kan være en mulighed.

I afsnit 5.1 diskuteres, om det er muligt at opstille et absolut forbud mod forhandlernes salg eller markedsføring over internettet. I afsnit 5.2 behandles leverandørens muligheder for at opstille kvalitetsstandarder for forhandlernes brug af internettet. I afsnit 6 behandles leverandørens muligheder for at forbyde forhandlerne at sælge og markedsføre via tredjemandsplatforme, og i afsnit 7 diskuteres hvilke muligheder, leverandøren har for at imødegå free-riding mellem de forskellige salgskanaler inden for det selektive distributionssystem.

⁵⁰ Rfo 1/2003, art. 29, stk. 1. I visse tilfælde kan konkurrencemyndigheden i en medlemsstat også inddrage fritagelsen for den pågældende medlemsstats område, se art. 29, stk. 2.

⁵¹ De vertikale retningslinjer, pkt. 77.

⁵² Frank Wijckmanns, *Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH: Possibility in Selective Distribution System to Ban Sales via Third-Party Platforms*, s. 3.

5.1 Muligheden for at opstille et absolut forbud mod salg og markedsføring på internettet

Den mest vidtgående begrænsning, en leverandør kan overveje, er et absolut forbud mod forhandlernes brug af internettet som salgs- og markedsføringskanal. I dette afsnit diskuteres mulighederne herfor.

Analysen vil tage udgangspunkt i *Pierre Fabre*-dommen.⁵³ I dommen tog EU-Domstolen stilling til, i hvilket omfang en aftalebestemmelse, der forbyder forhandlerne at sælge via internettet, kunne være forenelig med EU's konkurrenceregler.

Pierre Fabre Dermo-Cosmétique er et fransk selskab, der fremstiller og markedsfører kosmetiske produkter og kropsplejemidler. Selskabet solgte produkterne gennem et selektivt distributionssystem. Det fremgik af distributionsaftalerne for en række af produkterne, at salget udelukkende måtte ske på en fysisk lokalitet med en uddannet farmaceut på stedet.

Aftalerne havde derfor som konsekvens, at forhandlernes adgang til at sælge produkterne via internettet de facto var udelukket. Problemstillingen var, om aftalen kunne være forenelig med TEUF art. 101, stk. 1, og/eller om den kunne fritages efter TEUF art. 101, stk. 3⁵⁴ eller gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler.⁵⁵

I afsnit 5.1.1 vil det blive diskuteret, i hvilket omfang en leverandør har mulighed for at forbyde sine forhandlere at sælge via internettet efter TEUF art. 101, stk. 1, og i afsnit 5.1.2 undersøges det, om en sådan aftale kan fritages efter gruppefritagelsesforordningen. Endelig vil leverandørens mulighed for at forbyde forhandlerne at markedsføre over internettet blive behandlet i afsnit 5.1.3.

5.1.1 Absolut forbud mod salg via internettet efter TEUF art. 101, stk. 1

Med hensyn til spørgsmålet om muligheden for et absolut forbud mod salg via internettet giver *Pierre Fabre*-dommen nogle svar. Dommen leverer nogle centrale fortolkningsbidrag ved særligt at forholde sig til to punkter i relation til TEUF art. 101, stk. 1:

- 1) Om aftalen har til formål eller følge at begrænse konkurrencen
- 2) Om aftalen kan opfylde Metro-betingelserne

Med hensyn til det første punkt konstaterede Domstolen i *Pierre Fabre*-dommen, at en aftalebestemmelse, der forbyder forhandlerne i et selektivt distributionssystem at sælge via internettet, har et konkurrencebegrænsende formål efter TEUF art. 101, stk. 1, medmindre den er objektivt begrundet. For at være objektivt begrundet skal de tre Metro-betingelser være opfyldt.⁵⁶

⁵³ C-439/09, *Pierre Fabre*.

⁵⁴ Domstolen havde dog ikke tilstrækkelige oplysninger til at vurdere, om aftalen opfyldte betingelserne i TEUF art. 101, stk. 3 og kunne derfor ikke forsyne den forelæggende ret med fortolkningsbidrag i relation til dette spørgsmål.

⁵⁵ Dommen vedrører den dagældende gruppefritagelsesforordning for vertikale aftaler, Kfo 2790/1999, men de for problemstillingen relevante bestemmelser er ikke ændret med indførelsen af Kfo 330/2010.

⁵⁶ C-439/09, *Pierre Fabre*, præmis 39-41.

En fortolkning af selektive distributionsaftaler som havende konkurrencebegrænsende *formål* kan ikke findes i Domstolens tidligere praksis. Domstolen synes derimod i tidligere afgørelser at have brugt Metro-testen til at undersøge, om aftalerne havde *til følge* at begrænse konkurrencen i henhold til TEUF art. 101, stk. 1.⁵⁷ Hvis Metro-betingelserne var opfyldt, er aftalen generelt blevet anset for at have tilstrækkelige konkurrencefremmende virkninger til at opveje de konkurrencebegrænsninger virkninger, der består i en begrænsning af pris-konkurrencen og forhandlernes økonomiske frihed, og aftalen havde derfor ikke til følge at begrænse konkurrencen.⁵⁸ Formålsmotivet er derimod ikke adresseret i disse tidligere afgørelser.

I *Pierre Fabre* bruger Domstolen altså endnu en gang Metro-testen, men anvender den i stedet til at skelne mellem distributionssystemer, der er begrænsende ved formål og objektivt begrundede distributionssystemer. Resultaterne er umiddelbart ikke så forskellige. I begge tilfælde vil aftalen, hvis den ikke opfylder Metro-betingelserne, falde ind under TEUF art. 101, stk. 1 med mulighed for individuel fritagelse efter TEUF art. 101, stk. 3 eller gruppefritagelsesforordningen. Ved at kvalificere aftalen som begrænsende ved formål opstiller Domstolen imidlertid en formodning for, at aftalen er konkurrencebegrænsende i sin natur, og der synes dermed at blive stillet større krav til den objektive begrundelse, der kan retfærdiggøre, at aftalen falder uden for TEUF art. 101, stk. 1.⁵⁹

Det andet af punkterne ovenfor handler om at vurdere aftalen i forhold til Metro-betingelserne; om en aftale, der indeholder et absolut forbud mod forhandlerens salg over internettet, kan opfylde dem.

I *Pierre Fabre* konstaterede Domstolen, at aftalebestemmelserne i Pierre Fabres selektive distributionsaftaler var af kvalitativ karakter, og at der ikke var noget, der tydede på, at virksomheden havde anvendt distributionssystemet på en diskriminerende måde (første Metro-betingelse). Det måtte herefter undersøges, om aftalen forfulgte et legitimt formål på forholdsmæssig vis (anden og tredje Metro-betingelse).⁶⁰

Pierre Fabre fremlagde to hovedargumenter, som selskabet mente kunne begrunde forbuddet mod forhandlerens salg via internettet.

For det første at tilstedeværelsen af en udannet farmaceut gjorde det muligt for kunderne at få professionel rådgivning baseret på visuel kontakt mellem farmaceuten og forbrugeren, og at kunderne dermed kunne vælge det produkt, der var bedst egnet for dem.⁶¹ Den visuelle kontakt anså selskabet som væsentlig på grund af produkternes karakter, blandt andet for at imødegå risikoen for allergiske reaktioner. Forbuddet var altså begrundet i sikkerheds- og sundhedsmæssige hensyn.

⁵⁷ Alison Jones m.fl., EU Competition Law, s. 813.

⁵⁸ Christina De Faveri, The Assessment of Selective Distribution Systems Post-Pierre Fabre, s. 178.

⁵⁹ Giorgio Monti, Restraints on Selective Distribution Agreements, s. 501-502.

⁶⁰ C-439/09, *Pierre Fabre*, præmis 43. Domstolen bruger en anden formulering for Metro-testens anden betingelse ("legitimt formål" i stedet for "nødvendigt af hensyn til produktets karakter"). Domstolen anvender dog den oprindelige formulering i præmis 41.

⁶¹ *Ibid.*, præmis 17.

Det andet argument var, at forbuddet mod salg via internettet var nødvendigt for at bevare produkternes prestigebetonede karakter.⁶²

Domstolen konstaterede, at argumenterne om nødvendigheden i personlig vejledning og beskyttelse af kunden mod ukorrekt anvendelse af produkterne ikke var blevet accepteret som begrundelse for at forbyde internetsalg i forbindelse med salg af ikke receptpligtige lægemidler i *Deutscher Apotherverband*-dommen⁶³ og kontaktlinser i *Ker-Optika*-dommen⁶⁴.

For så vidt angik Pierre Fabres argument om, at formålet var begrundet i hensynet til at beskytte produktets image, fastslog Domstolen, at "*formålet med at bevare et prestigebetonet image ikke kan udgøre et legitimt konkurrencebegrænsende formål og kan således ikke begrunde, at en kontraktbestemmelse, der forfølger et sådant formål, ikke henhører under TEUF art. 101, stk. 1*"⁶⁵

Dommene *Deutscher Apotherverband* og *Ker Optika*, som Domstolen henviste til, er ikke afsagt på grundlag af konkurrencereglerne, men efter reglerne om de frie bevægeligheder.⁶⁶ I begge domme fandt Domstolen, at hensynet til forbrugerne og korrekt brug af produkterne kunne iagttages i tilstrækkelig grad over internettet, blandt andet fordi det er muligt at indføre kontaktfunktioner på hjemmesiden, hvor forbrugeren kan få rådgivning forud for købet. I det lys giver det god mening, hvorfor en sådan begrundelse heller ikke kan anvendes for blandt andet kosmetiske produkter og kropsplejeprodukter, hvis brug typisk ikke vil være forbundet med samme risici som brugen af kontaktlinser.

Det er måske mindre indlysende, hvorfor Domstolen konstaterede, at formålet med at bevare et prestigebetonet image ikke udgør et legitimt konkurrencebegrænsende formål. Formålet med at beskytte et brands image, herunder et luksus- eller prestigebetonet, er netop en af de væsentligste grunde til at indføre et selektivt distributionssystem, og et sådan formål udgør en form for konkurrence i sig selv. En forringelse af produktets image vil, som Domstolen konkluderede i dommen *Leclerc I*, der omhandlede et selektivt distributionssystem for luksusvarer⁶⁷, være til skade for selve produktets *karakter*, da det netop er dette image, der efterspørges af forbrugerne. Et prestigebetonet image kan derfor forbedre konkurrencen i forbrugernes interesse.

Det er ikke utænkeligt, at salg over internettet for visse produkter kan være til skade for produktets image. Ser man for eksempel på det meget eksklusive setup, der er omkring visse luksusprodukter i fysiske butikker, kan det være svært at forestille sig, at et salg på internettet ikke vil kunne skade produktets image. Dette uanset hvor lækker og strømlinet, hjemmesiden designes. Med *Pierre Fabre* har Domstolen dog vægtet forhandlernes adgang for at sælge og markedsføre over internettet højere end virksomhedens interesse i at beskytte deres

⁶² Ibid., præmis 45.

⁶³ C-322/01, *Deutscher Apotherverband*, præmis 106, 107 og 112.

⁶⁴ C-108/09, *Ker Optika*, præmis 76, og C-439/09, *Pierre Fabre*, præmis 44.

⁶⁵ C-439/09, *Pierre Fabre*, præmis 46.

⁶⁶ Reglerne om de frie bevægeligheder beskæftiger sig med, i hvilket omfang myndighederne i medlemsstaterne kan opstille hindringer for samhandlen inden for EU.

⁶⁷ T-19/92, *Leclerc I*, præmis 120.

brand, og Domstolens begrundelse lader ikke til at efterlade nogen dør åben for sådanne argumenter under TEUF art. 101, stk. 1.⁶⁸

Som det vil fremgå nedenfor i afsnit 5.2 og kapitel 6, er der da også andre og mindre indgribende midler, som leverandøren kan gøre brug af for at beskytte produktets image ved salg over internettet.

Der synes herefter kun at være få produkter, hvis karakter vil kunne begrunde, at et forbud mod salg via internettet udgør et forholdsmæssigt krav under Metro-testen. Muligheden er indskrænket til ganske særlige tilfælde, hvor internetsalget er helt uhensigtsmæssigt på grund af produktets egenskaber, for eksempel fordi produktet kan udgøre en fare for forbrugers sundhed eller sikkerhed. Når Domstolen har affejet argumentet om at sikre produktets rette brug for kontaktlinser og ikke-receptpligtige lægemidler, virker det mindre sandsynligt, at den vil acceptere argumentet for et teknisk kompliceret produkt, der måske er vanskeligt at anvende men ikke forbundet med nogen særlig fare for brugeren af produktet eller for andre.

Henvisningen til retspraksis om den frie bevægelighed tyder på, at Domstolen har overvejet mere overordnede traktatmål i afgørelsen, nemlig målet om et integreret indre marked. Ved at indføre et absolut forbud mod salg via internettet udelukkede Pierre Fabre en salgsmetode, der gjorde det muligt for forhandlerne at sælge på tværs af grænserne i EU. Konkurrenceretten har ikke alene til formål at sikre, at virksomheder ikke bruger aftaler til at begrænse konkurrencen på markedet til skade for forbrugerne, men også at der ikke indgås aftaler, der modvirker markedsintegrationen i EU. Som det fremgår af Kommissionens retningslinjer: *”Når det er lykkedes at få afskaffet de statslige barrierer mellem medlemsstaterne, bør virksomhederne derfor ikke kunne genindføre dem.”*⁶⁹

5.1.2 Absolut forbud mod salg via internettet efter gruppefritagelsesforordningen

Det kan herefter undersøges, om et absolut forbud mod forhandlerens brug af internettet som salgskanal har mulighed for at blive fritaget efter gruppefritagelsesforordningen.

Selektive distributionsaftaler er som udgangspunkt omfattet af gruppefritagelsesforordningen uanset produktets art og udvælgelseskriterierne. Hvis aftalen indeholder en eller flere af de alvorlige konkurrencebegrænsninger, der er opført i gruppefritagelsesforordningens art. 4, vil den imidlertid ikke kunne fritages. Særligt art. 4, litra b) og art. 4, litra c) er relevante i denne sammenhæng.

Bestemmelsen i art. 4, litra b) definerer en alvorlig begrænsning således:

⁶⁸ Kommissionen kom til en anden konklusion i 1991, se Kommissionens beslutning 92/33/EØF, *Yves Saint Laurent*, 1991 L 12/24, pkt. 5. Kommissionen konstaterede, at Yves Saint Laurents forbud mod forhandlerens salg over internettet ikke udgjorde en overtrædelse af TEUF art. 101, stk. 1, da den optimale salgssituation for produkterne (luksuskosmetikprodukter) forudsatte direkte kontakt mellem kunden og personalet, og kravet udgjorde et nødvendigt supplement til de kriterier, der sikrede ensartethed og kvalitet i distributionen.

⁶⁹ De vertikale retningslinjer, pkt. 7.

”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: (...) begrænsning af de i et selektivt distributionssystem deltagende virksomheders salg til uautoriserede forhandlere på det område, som leverandøren har afsat til at drive systemet.”

Art. 4, litra c) definerer en alvorlig begrænsning således:

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

Begge bestemmelser regulerer, i hvilket omfang der kan fastsættes begrænsninger for forhandlerne aktive og passive salg. Inden for et selektivt distributionssystem skal forhandlerne, der opererer i detailledet, således kunne sælge aktivt og passivt til alle endelige forbrugere, men leverandøren kan kræve, at forhandlerne ikke sælger varerne til uautoriserede forhandlere eller driver virksomhed fra et uautoriseret etableringssted.⁷⁰

Bestemmelserne i gruppefritagelsesforordningen henviser ikke direkte til internethandel. I Kommissionen retningslinjer giver Kommissionen sit syn på, hvordan reglerne om aktivt og passivt salg skal fortolkes i forbindelse med salg og markedsføring over internettet.⁷¹ Selvom sondringen mellem aktivt og passivt salg ikke er afgørende for selektiv distribution, da begrænsninger i begge tilfælde vil være forbudt efter art. 4, litra c), kan Kommissionens definition og fortolkning af begreberne bidrage til forståelsen for betydningen af de alvorlige konkurrencebegrænsninger i relation til selektiv distribution.

Den grundlæggende forskel mellem aktivt og passivt salg består i, om forhandleren eller forbrugeren tager initiativet til kontakten. Hvis forhandleren aktivt målretter sin markedsføring mod individuelle kunder eller kunde grupper eller mod bestemte områder foreligger der et aktivt salg til kunderne eller til området. Omvendt vil der være tale om et passivt salg, hvis forbrugeren uopfordret henvender sig til forhandleren, som herefter besvarer henvendelsen og sælger varen til forbrugeren.⁷²

Kommissionen opfatter som udgangspunkt salg via internettet som passivt salg.⁷³ Hvis en forbruger finder forhandlerens hjemmeside på internettet, og forbrugeren herefter køber og får leveret varer af forhandleren, er det forbrugeren, der har taget initiativet til kontakten, og salget er derfor passivt. Noget andet kan dog gøre sig gældende, hvis forhandleren aktivt henvender sig til kunderne på internettet. Hvis forhandleren sender uopfordrede e-mails til forbrugere, der ikke selv har tilmeldt sig et nyhedsbrev, eller hvis forhandleren betaler en

⁷⁰ Efter Kfo 330/2010 art. 4, litra d) må leverandøren endvidere ikke fasttætte begrænsninger for de autoriserede forhandlerne i et selektivt distributionssystem mulighed for at handle med hinanden.

⁷¹ Kommissionen har anført, at EU's konkurrenceregler for offline og online restriktioner i vertikale aftaler er de samme og anvendes grundlæggende ens, se OECD Policy Roundtable, Vertical Restraints for On-line Sales, s. 75.

⁷² De vertikale retningslinjer, pkt. 51.

⁷³ Ibid., pkt. 52.

søgemaskine for at vise reklamer til forbrugerne i et bestemt geografisk område, vil han blive anset for at sælge aktivt.⁷⁴

I *Pierre Fabre* kunne forhandlerne stadig sælge aktivt og passivt til slutforbrugere via fysiske butikker og fysiske markedsføringskanaler. Der er heller ikke noget, der tyder på, at forhandlerne ikke kunne markedsføre produkterne over internettet, da det blot var en betingelse, at salget af produkterne skete med tilstedeværelse af en udannet farmaceut. Gevinsten ved at kunne markedsføre via internettet er dog begrænset, hvis det faktiske salg alene må finde sted i den fysiske butik.

Bestemmelserne i gruppefritagelsesforordningen kræver heller ikke, at alt aktivt eller passivt salg til endelige forbrugere er udelukket. Det er således tilstrækkeligt for at udgøre en alvorlig konkurrencebegrænsning, at blot én form for adfærd, der kan karakteriseres som enten aktivt eller passivt salg, er begrænset. Domstolen fulgte Kommissionens fortolkning og konstaterede, at en aftalebestemmelse, der de facto forbyder brug af internettet som salgsmetode, i det mindste må have til formål at begrænse passivt salg til forbrugere, der ønsker at købe via internettet, og som ikke opholder sig i den godkendte forhandlers fysiske dækningsområde, der er omfattet af det selektive distributionssystem.⁷⁵

Det sidste spørgsmål, der blev taget stilling til i *Pierre Fabre*, var, om salg over internettet kan svare til at drive virksomhed fra et uautoriseret etableringssted efter art. 4, litra c). Muligheden for at forbyde forhandlerne at drive virksomhed fra et uautoriseret etableringssted sikrer blandt andet, at leverandøren til enhver tid kan kontrollere, at forhandlerens forretningssted lever op til kvalitetsstandarder, leverandøren har opstillet for forhandlerens salgsløkke. Forhandleren vil derfor ikke uden leverandørens forudgående samtykke kunne flytte sit forretningssted eller åbne et nyt et andet sted.⁷⁶

Det følger af Kommissionens retningslinjer, at forhandlerens hjemmeside ikke kan betragtes som et uautoriseret etableringssted, som derfor forudsætter leverandørens samtykke.⁷⁷ Domstolen delte Kommissionens opfattelse og konstaterede, at bestemmelsen alene henviser til fysiske salgssteder. Da TEUF art. 101, stk. 3 under alle omstændigheder giver mulighed for individuel fritagelse, var det ikke nødvendigt at tillægge bestemmelsen en udvidet fortolkning til også at omfatte internettet.⁷⁸

Et absolut forbud mod forhandlerens brug af internettet som salgskanal kan således ikke fritages efter gruppefritagelsesforordningen og vil kun i ganske få tilfælde falde uden for forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1.

⁷⁴ Ibid., pkt. 51-52.

⁷⁵ C-439/09, *Pierre Fabre*, præmis 54. Kommissionen kom til en anden konklusion i 2002, hvor den accepterede, at B&W Loudspeakers i henhold til Kfo 2790/1999 kunne afvise forhandlerens anmodning om at sælge via internettet, hvis det var begrundet i produktets image og omdømme, se BW Loudspeakers, IP/02/916.

⁷⁶ De vertikale retningslinjer, pkt. 57.

⁷⁷ Ibid., pkt. 57.

⁷⁸ C-439/09, *Pierre Fabre*, præmis 56-58.

5.1.3 Absolut forbud mod markedsføring via internettet

Endeligt kan det overvejes, om leverandøren har mulighed for at opstille et absolut forbud mod forhandlerens markedsføring via internettet.

Når det, som det fremgår af det foregående afsnit, kun undtagelsesvis er muligt at forbyde salg, vil det også være en absolut undtagelse, at der ikke må markedsføres på internettet. I det hele taget er det vanskeligt at forestille sig situationer, hvor et sådant forbud vil være praktisk muligt, rimeligt og i nogen af parternes interesse. Det vil i sin yderste konsekvens betyde, at forhandleren end ikke har mulighed for på egen hjemmeside at informere om, at man er forhandler af det givne produkt.

Det må på den baggrund konstateres, at et sådan forbud ikke, eller måske alene i ekstraordinære situationer, vil udgøre et forholdsmæssigt krav efter Metro-testen. Aftalen vil desuden ikke have mulighed for at blive fritaget efter gruppefritagelsesforordningen, da et absolut forbud mod forhandlerens markedsføring via internettet må anses som en begrænsning af såvel forhandlerens aktive som passive salg til de endelige slutbrugere.

5.2 Muligheden for at opstille kvalitetsstandarder for salg og markedsføring på internettet

Leverandøren kan altså som altovervejende hovedregel ikke forbyde forhandleren at sælge og markedsføre via internettet. Det betyder dog ikke, at leverandøren nødvendigvis er udelukket fra at regulere forhandlerens onlinehandel.

Metro-testens mulighed for at opstille kvalitative krav til autoriserede forhandlere gælder nemlig uafhængigt af salgs- og markedsføringskanalen. Leverandøren kan derfor inden for rammerne af Metro-testen, og dermed uden at blive omfattet af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, opstille visse krav til forhandlerens onlinehandel. Som introduceret tidligere, skal kravene være af objektiv kvalitativ karakter, fastsat ens for alle forhandlere og anvendes ikke-differentieret, og de opstillede krav må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre et hensigtsmæssigt salg af produkterne. Denne vurdering må altid afgøres på case-to-case basis.

Det er også muligt at opstille kvalitetskrav til forhandlerens internetsalg og -markedsføring under gruppefritagelsesforordningen. De alvorlige konkurrencebegrænsninger i forordningens art. 4, der blev gennemgået ovenfor, udelukker aftaler, der sigter på at begrænse *hvor* eller *til hvem*, forhandleren kan sælge aftaleprodukterne eller -tjenesterne, men bestemmelserne er ikke til hinder for aftaler, hvori leverandøren opstiller krav til, *hvordan* forhandlerne sælger produkterne på internettet. Det følger af Kommissionens retningslinjer, at leverandøren kan fastsætte kvalitetsstandarder for forhandlerens salg og markedsføring via internettet på samme måde, som der kan opstilles kvalitetsstandarder for en forretning, for salgskataloger eller for reklame og salgsfremstød i almindelighed.⁷⁹

⁷⁹ De vertikale retningslinjer, pkt. 54.

Kriterierne skal dog samlet set svare til de kriterier, der er opstillet for salg via den fysiske butik.⁸⁰ Det betyder ikke, at kriterierne behøver at være identiske, da det ofte hverken vil være muligt eller hensigtsmæssigt at overføre kvalitetsstandarder for en fysiske butik til onlinebutikken. Men hvis der formuleres krav egnet til at afskrække eller gøre det mindre attraktivt for forhandleren at sælge eller markedsføre produkterne over internettet, vil Kommissionen anse det som en begrænsning af forhandlerens aktive eller passive salg efter gruppefritagelsesforordningen. Kriterierne skal derfor generelt have *samme formål, føre til sammenlignelige resultater og være begrundet i distributionsformernes forskellige karakter*.⁸¹

Udfordringen består i at finde ud af, hvornår kriterierne for forhandlernes markedsføring og salg på internettet samlet set svarer til de kriterier, der er opstillet for den fysiske butik. Nogle krav er nemmere at overføre på internethandlen end andre. Ligesom leverandøren kan stille krav til forhandlerens indretning af salgslokalerne, kan det eksempelvis kræves, at forhandleren følger visse retningslinjer i forbindelse med hjemmesiden (for eksempel design, farvevalg og grafik), eller at produkterne vises på hjemmesiden på en måde, der gør det muligt at adskille dem fra andre produkter.⁸² For andre krav kan vurderingen være forbundet med større vanskeligheder.

Domstolen har for eksempel fastslået, at leverandøren ved salg via en fysisk butik kan kræve, at der i butikkens åbningstid er en person på salgsstedet med særlige faglige kvalifikationer og branchekendskab, som kan give forbrugerne passende rådgivning og oplysninger.⁸³ Et sådant krav kan, omend ikke med fysisk tilstedeværelse, efterkommes ved hjælp af chatservices eller call-centre i forbindelse med internetsalget. I modsætning til den fysiske butik har internetbutikken imidlertid ”åbent” døgnet rundt alle ugens dage. Spørgsmålet er derfor, om der ville kunne kræves, at chatservicen eller call-centret på samme måde er tilgængeligt for forbrugerne i hele internetbutikkens åbningstid.

Leverandøren kan argumentere for, at det netop er af afgørende betydning for salget, at kunden har mulighed for at få rådgivning og forklaring op til og under købet, uanset hvornår på døgnet det finder sted. Hvis produktet er et luksusprodukt, kan den personlige rådgivning være kædet sammen med hele luksusoplevelsen, og hvis produktet er et teknisk kompliceret produkt, kan det være af stor betydning at forklare produktets korrekte brug for kunden. Kravet har således samme formål som et tilsvarende krav for den fysiske butik og kan begrundes i distributionsformernes forskellige karakter. Der vil dog være en risiko for, at kravet vil blive anset som uproportionelt, da det vil være forbundet med betydelige omkostninger, hvis der skal investeres i en kundeservice, der er tilgængelig alle ugens timer.

Eksemplet viser, at det i nogle tilfælde kan være en vanskelig mission for virksomhederne at vurdere, hvornår online- og offlinekriterierne samlet set svarer til hinanden. Det skyldes ikke mindst, at distributionskanalerne

⁸⁰ Ibid., pkt. 56.

⁸¹ De vertikale retningslinjer, pkt. 56.

⁸² Sag C-26/76, *Metro I*, præmis 20 og T-19/92, *Leclerc I*, præmis 146.

⁸³ Sag C-26/76, *Metro I*, præmis 20 og T-19/92, *Leclerc I*, præmis 132.

på mange punkter er fundamentalt forskellige. Virksomhederne må derfor nøje overveje valget af kvalitetsstandarder, da for strenge krav til internethandlen kan betyde, at aftalen ikke kan fritages efter gruppefritagelsesforordningen.

Muligheden for at opstille kvalitetsstandarder for forhandlerens salg og markedsføring gælder uafhængigt af, om salget eller markedsføringen finder sted på forhandlerens egne hjemmesider og webshops eller på tredjemandsplatforme. I nogle situationer kan leverandøren imidlertid have en interesse i at opstille et egentlig forbud mod bestemte former for salg og markedsføring på internettet.⁸⁴ Leverandøren kan navnlig have en interesse i, at forhandlerens salg eller markedsføringen ikke sker via tredjemandsplatforme. Denne problemstilling diskuteres i det følgende kapitel.

6 Begrænsninger i forhandlerens salg og markedsføring via online tredjemandsplatforme

En tredjemandsplatform er en hjemmeside ejet og administreret af en tredjepart uden for leverandørens selektive distributionssystem. Tredjemandsplatforme fører nogle særlige problemstillinger med sig i forhold til egentlige forbud. I det følgende diskuteres derfor, hvilke muligheder leverandøren har for at forbyde forhandlerne at sælge og markedsføre via tredjemandsplatforme. Der vil blive fokuseret på to praktiske problemstillinger: Et forbud mod forhandlerens salg via online markedspladser og et forbud mod forhandlerens markedsføring via prissammenligningshjemmesider. Begge problemstillinger vil blive analyseret i lyset af TEUF art. 101, stk. 1 og gruppefritagelsesforordningen.

6.1 Muligheden for at forbyde salg via online markedspladser

En online markedsplads er en hjemmeside eller app, der forbinder forhandlere og forbrugere. Forhandlere kan udbyde produkter via markedspladsen, og forbrugerne kan finde og købe dem. Selve transaktionen finder således sted på platformen. Nogle online markedspladser fungerer som rene formidlere mellem forhandlerne og forbrugerne (f.eks. eBay), mens andre har en hybrid forretningsmodel, idet de både opererer som formidlere og forhandlere (f.eks. Amazon).⁸⁵

Der har i de seneste år hersket en del tvivl blandt nationale konkurrencemyndigheder og domstole i EU-medlemsstaterne om, hvorvidt et forbud mod forhandlerens brug af online markedspladser er foreneligt med EU's konkurrenceregler. Oberlandesgericht Frankfurt am Main forelagde spørgsmålet for EU-domstolen, der herefter tog stilling til lovligheden af et forbud mod salg via online markedspladser i *Coty*-dommen.⁸⁶

Coty-sagen udspringer af en tvist mellem virksomheden Coty Germany, der sælger luksuskosmetikprodukter gennem et selektivt distributionssystem, og en af Cotys autoriserede forhandlere, Parfümerie Akzente. Det fremgik af Cotys distributionsaftale, at forhandlerne var berettigede til at sælge produkterne på internettet, så

⁸⁴ Sondringen mellem kvalitetsstandarder og forbud er selvfølgelig ikke absolut, da kvalitative krav kan udformes, så de har samme virkning som et egentligt forbud. C-439/09, *Pierre Fabre* er et eksempel på dette.

⁸⁵ Staff Working Document, pkt. 103.

⁸⁶ C-230/16, *Coty*.

længe det skete via forhandlernes egne hjemmesider. Aftalen indeholdt desuden et forbud imod at benytte en anden forretningsbetegnelse, ligesom synlig involvering af en tredjepartsvirksomhed, der ikke var autoriseret Coty-forhandler, ikke var tilladt. Coty begrundede kriterierne med, at det var nødvendigt for at bevare produkternes image af luksus. Parfümerie Akzente, der solgte Cotys produkter via sin egen onlinebutik og Amazon, nægtede at efterkomme kravene.

EU-Domstolen tog stilling til, om det vil være foreneligt med TEUF art. 101, stk. 1 og/eller gruppefritagelsesforordningen at forbyde forhandlerne i et selektivt distributionssystem for luksusvarer at sælge via tredje-mandsplatforme på internettet.

6.1.1 Forbud mod salg via online markedspladser efter TEUF art. 101, stk. 1

Med hensyn til spørgsmålet om en leverandørs muligheder for at forbyde salg via online markedspladser efter TEUF art. 101, stk. 1 er det med udgangspunkt i dommen relevant at se på følgende i forhold specialets problemstilling:

- 1) Om aftalen har til formål eller følge at begrænse konkurrencen
- 2) Om luksusprodukter kan opfylde Metro-betingelserne
- 3) Om andre produkter end luksusprodukter kan opfylde Metro-betingelserne

Som det fremgik i afsnit 5.1.1 konstaterede Domstolen i *Pierre Fabre*, at et absolut forbud mod salg via internettet har et konkurrencebegrænsende *formål*, medmindre aftalen opfylder Metro-betingelserne. Det var første gang, at formålsmotivet blev adresseret i en afgørelse omhandlende selektiv distribution.

I *Coty* tog Domstolen ikke stilling til, om et forbud mod forhandlerens salg via online markedspladser har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, hvis Metro-betingelserne ikke er opfyldt. I Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i dommen konstaterer han, at bestemmelsen ikke efter hans opfattelse kan anses som ”begrænsende ved formål”, da begrebet skal fortolkes restriktivt. Begrebet restriktion »med et konkurrencebegrænsende formål« skal derfor kun anvendes på visse typer af koordinering mellem virksomheder, der er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen til, at en undersøgelse af aftalernes virkninger ikke er nødvendig.⁸⁷

Domstolen undlod at adressere spørgsmålet men sendte måske et diskret signal: Domstolen gengiver den del af præmissen fra *Pierre Fabre*, hvor det konstateres, at aftaler i et selektivt distributionssystem nødvendigvis påvirker konkurrencen på det indre marked men undlader den sidste del, hvor det fastslås, at aftalerne i mangel af en objektiv begrundelse må anses som begrænsende ved formål.⁸⁸ Det kan således tyde på, at aftalen ikke skal anses som begrænsende ved formål.

Det andet punkt ovenfor var en af de centrale problemstillinger i *Coty*; nemlig om et forbud mod salg via online markedspladser, der pålægges forhandlerne i et selektivt distributionssystem for luksusvarer, kan være

⁸⁷ C-230/16, *Coty*, forslag til afgørelse, præmis 117.

⁸⁸ C-230/16, *Coty*, præmis 23 og C-439/09, *Pierre Fabre*, præmis 39.

forenelig med TEUF art. 101, stk. 1. Domstolen konstaterede, at det måtte afgøres på grundlag af Metro-testen. Da der ikke var tvivl om, at de to første Metro-betingelser var opfyldt, koncentrerede Domstolen sig om den tredje: Er et forbud mod salg via online markedspladser et forholdsmæssigt krav for at bevare et produkts image af luksus?⁸⁹

Undersøgelsen af, om Metro-testens proportionalitetskrav var opfyldt, skete i to tempi. Det måtte for det første undersøges, om et forbud mod salg via online markedspladser er *egnet* til at bevare varernes image af luksus, og for det andet om kravet *går videre end nødvendigt* for at opnå dette formål.⁹⁰

For så vidt angik spørgsmålet om, hvorvidt kravet var egnet til at bevare varernes image af luksus, lagde Domstolen vægt på tre forhold:

- i. For det første at forbuddet gør det muligt for leverandøren at sikre, at varerne i forbindelse med e-handel udelukkende er knyttet til de autoriserede forhandlere, hvilket netop er et af målene med selektive distributionssystemer.⁹¹
- ii. For det andet at forbuddet gør det muligt for leverandøren af luksusprodukter at kontrollere, at varerne sælges i omgivelser, der lever op til de aftalte kvalitative betingelser. Fordi leverandøren ikke er i et kontraktforhold med markedspladsen, har leverandøren ikke mulighed for sikre sig, at platformene overholder de kvalitetsbetingelser, der er pålagt de autoriserede forhandlere, og der vil derfor være en risiko for, at produkterne præsenteres på en måde, der kan skade produktets image.⁹²
- iii. Endelig lagde Domstolen vægt på, at markedspladserne bruges til salg af alle varetyper. En bestemmelse om, at luksusvarerne ikke må sælges via sådanne platforme, men alene på de autoriserede forhandlers egen hjemmeside, vil derfor bidrage til imaget af luksus.⁹³

Kriterierne i Cotys selektive distributionsaftaler, der forbød forhandlerne at sælge via tredjemandsplatforme, var derfor egnet til at bevare varernes image af luksus.⁹⁴

For så vidt angik spørgsmålet om, hvorvidt forbuddet gik videre end, hvad der var nødvendigt for at bevare produkternes image af luksus, konstaterede Domstolen, at forhandlerne i Coty's selektive distributionssystem havde mulighed for at sælge via egne internetbutikker. Der var derfor ikke tale om et absolut forbud mod salg via internettet.⁹⁵ Domstolen fremhævede, at e-handels-rapporten viser, at på trods af den øgede betydning af

⁸⁹ C-230/16, *Coty*, præmis 42.

⁹⁰ *Ibid.*, præmis 43.

⁹¹ *Ibid.*, præmis 44-46.

⁹² *Ibid.*, præmis 46-49.

⁹³ *Ibid.*, præmis 50.

⁹⁴ *Ibid.*, præmis 51.

⁹⁵ *Ibid.*, præmis 52-53.

tredjemandsplatforme, udgør forhandlerens egen internetbutik stadig den vigtigste forhandlingskanal på internettet.⁹⁶ Det fremgår af rapporten, at mere end 90 % af forhandlerne driver egen netbutik, og for 61 % af forhandlerne vedkommende udgør egen internetbutik den eneste salgskanal. Kun 4 % af de adspurgte forhandlerne sælger udelukkende via markedspladser.⁹⁷

Forbuddet gik derfor ikke videre, end hvad der er nødvendigt for at bevare produkternes image af luksus.⁹⁸

Det følger således af det foregående, at leverandøren af et luksusprodukt kan forbyde forhandlerens salg via online markedspladser, uden at aftalen rammes af forbuddet TEUF art. 101, stk. 1.

Det tredje punkt, der kan overvejes, er, om andre typer af produkter end luksusprodukter, for eksempel teknisk komplicerede produkter og produkter af høj kvalitet, vil kunne begrunde et forbud mod salg via online tredjemandsplatforme.

Det må afgøres på grundlag af Metro-betingelserne for hver enkelt sag, men en del af Domstolens begrundelse synes at kunne overføres på andre produkter.

Hvis et teknisk kompliceret produkt eller et produkt af høj kvalitet kan begrunde anvendelsen af et selektivt distributionssystem, vil det også være af afgørende betydning for leverandøren, at salget i forbindelsen med e-handlen alene er knyttet til autoriserede forhandlere. Som Domstolen fremhæver, er det netop et af de mål, der forfølges med et selektivt distributionssystem, og forbuddet hænger derfor sammen med det selektive distributionssystemes egne egenskaber. Argumentet kan derfor lige så vel anvendes for teknisk komplicerede produkter eller produkter af høj kvalitet.

Endeligt vil det også være afgørende for leverandøren af andre produkter end luksusprodukter at have mulighed for håndhævelse af de kvalitetsstandarder, optagelsen i det selektive distributionssystem er betinget af, og at leverandøren i den forbindelse kan støtte sig på kontraktforholdet med forhandlerne. Også dette argument kan altså anvendes for såvel teknisk komplicerede produkter som produkter af høj kvalitet.

Det er derfor muligt, at leverandører af andre produkter end luksusprodukter også vil have mulighed for at forbyde forhandlerens salg via online markedspladser, uden at aftalen rammes af forbuddet TEUF art. 101, stk. 1.

6.1.2 Forbud mod salg via online markedspladser efter gruppefritagelsesforordningen

Det kan herefter undersøges, om en aftale, der indeholder et forbud mod salg via online markedspladser, kan fritages efter gruppefritagelsesforordningen.

⁹⁶ Ibid., præmis 54.

⁹⁷ Staff Working Document, pkt. 447.

⁹⁸ C-230/16, *Coty*, præmis 55.

I *Coty* konstaterede Domstolen, at det ”rene” forbud mod forhandlerens salg via online markedspladser i selektive distributionssystem ikke udgør en begrænsning af forhandlerens kundegruppe efter gruppefritagelsesforordningens art. 4, litra b) eller en begrænsning af passivt salg til slutbrugere efter art. 4, litra c).⁹⁹ Domstolen lagde vægt på, at der ikke er tale om et absolut forbud mod salg via internettet, og at forhandlerne – hvis forbuddet ikke knyttes sammen med andre forbud – har mulighed for at *markedsføre* via tredjemandsplatforme og figurere i onlinesøgemaskiner. Kunderne vil derfor normalt være i stand til at finde de autoriserede forhandleres tilbud på internettet.

Coty-dommen er på linje med Kommissionens e-handels-rapport og Kommissionens retningslinjer. Det fremgår af retningslinjerne, at leverandøren efter gruppefritagelsesforordningen kan opstille kvalitetsstandarder for forhandlerens brug af tredjemandsplatforme, blandt andet ved at kræve at *kunderne ikke må komme ind på forhandlerens hjemmeside via et websted, der bærer navnet på eller logoet for en tredjemandsplatform*.¹⁰⁰ Et sådant krav vil i praksis have samme virkning som et direkte forbud mod salg via online markedspladser, da markedspladserne stort set altid vil have deres navn og logo på hjemmesiden. I e-handels-rapporten bekræfter Kommissionen, at et absolut forbud mod brug af markedspladser ikke bør anses som en begrænsning af det passive salg efter gruppefritagelsesforordningen.¹⁰¹

At et forbud mod salg via online markedspladser ikke udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning efter gruppefritagelsesforordningen har forskellige praktiske implikationer.

For det første er fritagelsen efter gruppefritagelsesforordningen uafhængig af produktets art. Hvis hverken leverandørens eller forhandlerens markedsandel overstiger 30 % af det relevante marked kan parterne indgå aftaler, der indeholder forbud mod salg via online markedspladser, uanset om der er tale om et luksusprodukt eller et andet produkt.¹⁰²

For det andet indeholder gruppefritagelsesforordningen ikke et diskriminationsforbud. Selvom markedspladsen selv optræder som forhandler (f.eks. Amazon) og opfylder kriterierne i leverandørens selektive distributionsaftaler, vil leverandøren derfor ikke have pligt til at optage markedspladsen i netværket.

Kommissionen kan dog inddrage fritagelsen efter gruppefritagelsesforordningen, hvis et forbud mod markedspladser i konkrete tilfælde vil udgøre en begrænsning af konkurrencen i henhold til TEUF art. 101, stk. 1 og være uforenligt med TEUF art. 101, stk. 3. I e-handels-rapporten gør Kommissionen det klart, at markedspladsens betydning som online salgskanal i forhold til det pågældende produkt og det geografiske marked,

⁹⁹ Ibid., præmis 65-69.

¹⁰⁰ De vertikale retningslinjer, pkt. 54.

¹⁰¹ Staff Working Document, pkt. 507.

¹⁰² De vertikale retningslinjer, pkt. 176 og Competition Policy Brief, EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the *Coty* judgment?, s. 4.

typen af anvendte restriktioner (absolut forbud eller kvalitative kriterier), hensynet til brandbeskyttelse og behovet for før- og eftersalgsservice vil være vigtige elementer i vurderingen i forbindelse med inddragelsesproceduren.¹⁰³

Som det fremgår af det foregående, har forhandleren gode muligheder for at forbyde forhandlerens *salg* via tredjemandsplatforme. I det følgende vil det blive diskuteret, hvilke muligheder leverandøren har for at forbyde *markedsføring* via tredjemandsplatforme. Det sker med udgangspunkt i prissammenligningshjemmesider.

6.2 Muligheden for at forbyde markedsføring via prissammenligningshjemmesider

På en prissammenligningshjemmeside kan forbrugerne søge efter produkter og sammenligne priser på tværs af flere forhandlere, men de har ikke mulighed for at købe produkterne direkte via platformen. Prissammenligningshjemmesider indeholder derimod links til forhandlernes hjemmesider, hvortil kunderne kan blive omdirigeret og foretage det endelige køb.¹⁰⁴ Et eksempel på en sådan platform er Pricerunner.

Lovligheden af at forbyde forhandlerne i et selektivt distributionssystem at markedsføre produkter via prissammenligningshjemmesider er, i modsætning til forbuddet mod forhandlernes salg via online markedspladser, endnu ikke afprøvet i EU-regi.¹⁰⁵

En uge efter EU-Domstolens afsigelse af *Coty*-dommen fastslog den tyske højesteret imidlertid, at det var i strid med EU's konkurrenceregler, da ASICS forbød sine forhandlere at markedsføre ASICS-produkterne via prissammenligningssider. Retten lagde vægt på, at prissammenligningssiderne, på grund af det store produkt-sortiment på internettet og det store antal udbydere der opererer der, bliver stadig vigtigere. Hjemmesiderne gør det nemlig muligt for forbrugere, der allerede har besluttet sig for at købe et produkt, at søge selektivt på forhandlernes priser og betingelser, og en forhandler vil derfor i betydelig grad forbedre muligheden for, at forbrugerne finder hans onlinetilbud.¹⁰⁶ Retten stadfæstede dermed appeldomstolen i Düsseldorfs afgørelse fra 2017, der igen stadfæstede en tidligere afgørelse afsagt af den tyske konkurrencemyndighed i 2015.

Med udgangspunkt i den tyske praksis og EU-retlig praksis om selektive distributionssystemer i øvrigt vil det i det følgende blive diskuteret, i hvilket omfang et absolut forbud mod forhandlernes markedsføring via prissammenligningshjemmesider kan tænkes at være foreneligt med TEUF art. 101, stk. 1 og gruppefritagelsesforordningen.

¹⁰³ Staff Working Document, pkt. 512-514.

¹⁰⁴ Ibid., pkt. 116 og pkt. 515.

¹⁰⁵ I e-handels-rapporten gør Kommissionen det klart, at den endnu ikke har taget stilling til hvorvidt og under hvilke omstændigheder restriktioner for brugen af prissammenligningsværktøjer vil være i strid med TEUF art. 101, stk. 1. Det må afhænge af en case-by-case vurdering af omstændighederne i den enkelte sag og den konkrete restriktion. Se Staff Working Document, pkt. 542.

¹⁰⁶ Bundesgerichtshofs dom af den 12. december 2017, KVZ 41/17, præmis 25.

6.2.1 Forbud mod markedsføring via prissammenligningshjemmesider efter TEUF art. 101, stk. 1

Det første spørgsmål er, om et forbud mod forhandlerens markedsføring via prissammenligningshjemmesider kan opfylde Metro-betingelserne og dermed falde helt uden for forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1. Det er i den forbindelse særligt relevant at overveje, om forbuddet kan opfylde Metro-testens proportionalitetskrav. Eller sagt med andre ord: Om forbuddet er forholdsmæssigt i forhold til det forfulgte formål.

I så fald må det indledningsvis afgøres, hvad det forfulgte formål kan være. Det fremgår af Kommissionen e-handels-rapport, at leverandørnes primære bekymringer i relation til forhandlernes brug af prissammenligningshjemmesider er (1) hensynet til brandbeskyttelse og (2) risikoen for free-riding.¹⁰⁷ Det var også disse argumenter, ASICS gjorde gældende som begrundelse for forbuddet mod prissammenligningsværktøjer i virksomhedens selektive distributionsaftaler.¹⁰⁸

Det kan derfor for det første overvejes, om et forbud er egnet til at beskytte en virksomheds brand på forholdsmæssig vis.

Den rette markedsføring kan have afgørende betydning for virksomhedens brand-værdi og for efterspørgslen efter virksomhedens produkter. Leverandøren kan iagttage disse hensyn ved at opstille kvalitetsstandarder for forhandlernes markedsføring på internettet, herunder også når markedsføringen finder sted på tredjemandsplatforme.¹⁰⁹

I *Coty* lagde Domstolen vægt på, at leverandøren, på grund af det manglende kontraktforhold mellem leverandøren og markedspladserne, ikke kan sikre sig, at kvalitetsstandarderne håndhæves på platformene, og at der derfor er risiko for, at produkterne præsenteres på en måde, der skader deres image.¹¹⁰ Spørgsmålet er således, om betragtningerne fra *Coty* kan overføres på forhandlerens markedsføring via prissammenligningssider.

Der er en grundlæggende forskel mellem prissammenligningshjemmesider og online markedspladser, nemlig at der på prissammenligningssiderne ikke sker et egentligt salg. Prissammenligningssiderne udgør således alene en markedsføringskanal og en måde, hvorpå forhandleren kan genere trafik til sin hjemmeside. Det er af afgørende betydning for forhandlerne, særligt mindre og mellemstore forhandlere, at de har mulighed for at markedsføre andre steder på internettet end på egen hjemmeside. Det kan være i form af annoncer på sociale medier, prissammenligningstjenester, ved at figurere i søgemaskiner og lignende. Hvis forhandlerne ikke har mulighed for at synliggøre sig på andre platforme, vil deres hjemmesider drukne i den store mængde af tilbud og udbydere på internettet, og i så fald kan der argumenteres for, at der ikke er langt fra det absolutte forbud mod internetsalg i *Pierre Fabre*-dommen. Argumentet om det manglende kontraktforhold mellem leverandøren og platformen bør derfor formentlig ikke overføres på forhandlerens markedsføring via sådanne platforme.

¹⁰⁷ Staff Working Document, pkt. 535-537.

¹⁰⁸ Bundeskartellamts afgørelse af den 26. august 2015, B2-98/11, pkt. 263-267.

¹⁰⁹ Se afsnit 5.2.

¹¹⁰ C-230/16, *Coty*, præmis 47-49.

Argumentet blev også afvist af appeldomstolen i *ASICS*-sagen, hvor domstolen konstaterede, at overholdelsen af kvalitetsstandardernes på prissammenligningshjemmesider kan sikres ved mindre indgribende midler, blandt andet ved en effektiv sanktionsmekanisme i forhandleraftalen og stikprøvekontrol med forhandlernes brug af hjemmesiderne.¹¹¹

For det andet kan free-riding-argumentet overvejes.

Det er muligt, at forhandlernes brug af prissammenligningstjenester kan gøre konkurrencen mere prisfokuseret og mindre kvalitets- og serviceorienteret. På hjemmesiderne er det typisk den forhandler, der kan tilbyde den laveste pris, som vinder kunden. Leverandøren kan derfor måske have en berettiget frygt for, at forhandlere med aggressiv prispolitik og lav service stjæler kunderne fra forhandlere med høj service til højere priser med den konsekvens, at sidstnævnte mister incitamentet til at tilbyde denne service. Som fremhævet af de tyske konkurrencemyndigheder er denne free-riding-problematik imidlertid ikke et problem, der knytter sig specifikt til brugen af prissammenligningsværktøjer, men til onlinehandel generelt.¹¹² Free-riding-problematikken behandles mere indgående i kapitel 7. Her skal det blot pointeres, at leverandøren har andre midler, der kan anvendes til at imødegå free-riding, og nogle af disse vil formentlig være mindre indgribende end et absolut forbud mod forhandlerens brug af prissammenligningstjenester.

Selvom der kan argumenteres for, at forhandlerens brug af prissammenligningshjemmesider kan have negative konsekvenser for konkurrencen på andre parametre end pris, skal det understreges, at brugen af prissammenligningssider kan have forskellige konkurrencefremmende virkninger. Hjemmesiderne kan bidrage til større gennemsigtighed på markedet og øge intrabrand-konkurrencen mellem forhandlerne. Mange af hjemmesiderne er desuden begyndt at lægge vægt på andre parametre end prisen. Det fremgår af e-handels-rapporten, at flere prissammenligningstjenester tilbyder detaljerede produktbeskrivelser, information om leveringstider, giver adgang til kundevurdering af de forskellige forhandlere repræsenteret på siden mv.¹¹³

Det kan ikke udelukkes, at forbud mod forhandlernes markedsføring på prissammenligningssider kan opfylde Metro-testens proportionalitetskrav i konkrete tilfælde, navnlig hvis forhandlerens mulighed for at markedsføre på andre internetplatforme ikke forhindres. Som det fremgår af det foregående, kan der dog også være gode grunde til at være tilbageholdende med at tillade leverandøren at forbyde forhandlernes markedsføring på prissammenligningstjenester.

Det næste spørgsmål, der kan overvejes, er, om et forbud mod markedsføring via prissammenligningshjemmesider udgør en begrænsning af det aktive eller passive salg efter gruppefritagelsesforordningen.

¹¹¹ Oberlandesgericht Düsseldorfs afgørelse af 5. april 2017, VI-Kart 13/15 (V), præmis 80-81.

¹¹² Bundeskartellamts afgørelse af den 26. august 2015, B2-98/11, pkt. 266.

¹¹³ Staff Working Document, pkt. 539.

6.2.2 Forbud mod markedsføring via prissammenligningshjemmesider efter gruppefritagelsesforordningen

I *ASICS*-dommen fastslog den tyske højesteret, at et forbud mod forhandlerens brug af prissammenligningshjemmesider udgør en begrænsning af det passive salg efter gruppefritagelsesforordningens art. 4, litra c). Da der, ifølge den tyske højesteret, ikke hersker tvivl om denne konklusion, var der ikke grundlag for at forelægge spørgsmålet for EU-Domstolen.¹¹⁴

Det kan dog overvejes, om afgørelsen i *Coty* kan pege i en anden retning.

I *Coty* lagde Domstolen vægt på, at *Cotys* selektive distributionsaftaler under visse betingelser tillod, at de autoriserede forhandlere markedsførte via tredjemandsplatforme og anvendte onlinesøgemaskiner. Kunderne ville derfor normalt kunne finde forhandlernes tilbud og egen hjemmeside på internettet, og forbuddet mod forhandlernes salg via online markedspladser udgjorde derfor ikke en begrænsning af det passive salg.¹¹⁵ Domstolens begrundelse tyder på, at *en kombination* af et forbud mod salg via tredjemandsplatforme og et forbud mod markedsføring via tredjemandsplatforme vil blive anset som en alvorlig begrænsning efter gruppefritagelsesforordningen. Det er imidlertid ikke klart, om det også vil være tilfældet, hvis leverandøren alene forbyder forhandleren at anvende hjemmesider, hvor der sker prissammenligning.

Hvis forhandleren fortsat kan sælge og markedsføre via andre platforme, herunder online markedspladser, søgemaskiner, sociale medier og lignende, vil kunderne normalt være i stand til at finde forhandlerens tilbud på internettet. Prissammenligningshjemmesiderne udgør blot én ud af mange onlinemarkedsføringsmuligheder. Der kan i så fald argumenteres for, at et "rent" forbud mod én form for tredjemandsplatforme, prissammenligningshjemmesider, ikke bør behandles anderledes end et "rent" forbud mod en anden form for tredjemandsplatforme, online markedspladser. Et forbud vil i ingen af tilfældene faktisk forhindre forhandlerne i at anvende internettet som salgskanal som i *Pierre Fabre*, og ingen af forbuddene vil, hvis de ikke kobles sammen med andre forbud, forhindre forhandlerne i at synliggøre sig for forbrugerne på internettet. Da forbrugerne således stadig kan finde forhandlerens hjemmeside, er forhandlerens passive salg ikke begrænset.

Kommissionen undersøgte problemstillingen vedrørende prissammenligningssider i forbindelse med undersøgelsen af e-handelssektoren. I e-handels-rapporten fremhæver Kommissionen, at et absolut forbud mod brugen af prissammenligningshjemmesider kan gøre det vanskeligere for potentielle kunder at finde den autoriserede forhandlers hjemmeside og begrænse forhandlerens mulighed for at fremme sit onlinetilbud. Kommissionen konstaterer på den baggrund, at et forbud mod forhandlernes brug af prissammenligningshjemmesider *potentielt* begrænser den effektive anvendelse af internettet som salgskanal, og at forbuddet derfor *kan* udgøre en alvorlig konkurrencebegrænsning efter gruppefritagelsesforordningen.¹¹⁶

¹¹⁴ Bundesgerichtshofs afgørelse af den 12. december 2017, KVZ 41/17, præmis 25. Bundesgerichtshofs begrundelse er gengivet ovenfor i afsnit 6.2.

¹¹⁵ C-230/16, *Coty*, præmis 67-69.

¹¹⁶ Staff Working Document, pkt. 551-552.

Kommissionens konklusion kan fortolkes på to måder. Den første er, at Kommissionen endnu ikke har taget endelig stilling til, om et forbud mod prissammenligningshjemmesider skal anses som en alvorlig begrænsning af det passive salg efter gruppefritagelsesforordningen. Den anden fortolkningsmulighed er, at et forbud mod prissammenligningshjemmesider udgør en begrænsning af det passive salg, hvis forbuddet *i konkrete tilfælde* begrænser forhandlerens effektive brug af internettet som salgskanal.

Ifølge Kommissionen skal gruppefritagelsesforordningen være nem at anvende for virksomhederne, og virksomhederne skal derfor nemt kunne identificere de alvorlige konkurrencebegrænsninger, der udelukker muligheden for fritagelse. Efter afsigelsen i *Coty* konstaterede Kommissionen blandt andet at: *”Det er vigtigt, at udelukkelsen fra gruppefritagelsesforordningen på grundlag af de alvorlige konkurrencebegrænsninger, der er nævnt i artikel 4, fortsat er forudsigelig og ikke er baseret på særlige markedsforhold eller på de restriktive virkninger i enkelttilfælde, på et bestemt (nationalt) marked eller for bestemte produktkategorier.”*¹¹⁷

Vurderingen af om en aftale, der forbyder forhandlere at sælge via prissammenligningshjemmesider, udgør en begrænsning af det passive salg, bør derfor ikke afhænge af, om forbuddet *i konkrete tilfælde* begrænser forhandlerens effektive brug af internettet som salgskanal. Det vil netop betyde, at udelukkelse fra gruppefritagelsesforordningen på grundlag af de alvorlige konkurrencebegrænsninger afhænger af de restriktive virkninger i enkelttilfælde, og at udelukkelsen således ikke er forudsigelig for virksomhederne.

Spørgsmålet om, hvorvidt et forbud mod prissammenligningshjemmesider udgør en begrænsning af forhandlerens passive salg eller ej, er således endnu ikke afklaret i EU-regi, men det tyder på, at forbuddet ikke nødvendigvis vil blive behandlet på samme måde som et forbud mod forhandlerens brug af online markedspladser under EU's konkurrenceregler. Forklaringen kan måske findes i det følgende.

Et salg på online markedspladser kan forhindres, da markedspladserne rent faktisk ikke er autoriserede forhandlere, og den grundlæggende præmis for selektiv distribution er netop, at leverandøren kan afgøre, hvem der er en del af distributionssystemet. Rimeligheden i at forbyde de autoriserede forhandlere at anvende prissammenligningshjemmesider er ikke lige så indlysende. Hvis forbrugerne finder forhandlerens tilbud på prissammenligningshjemmesiden, bliver de omdirigeret til den autoriserede forhandleres hjemmeside, der opfylder kriterier, leverandøren har opstillet for, hvordan produktet må sælges. Det faktiske salg er derfor fortsat knyttet til den autoriserede forhandler og finder sted under rammer, leverandøren har fastsat og fortsat kan føre kontrol med.

I det foregående blev free-riding-problematikken nævnt. Det vil sige den problematik, der opstår, når nogle forhandlere ”kører frihjul” på salgsfremmende investeringer foretaget af andre forhandlere. Denne problemstilling er temaet for det følgende kapitel.

¹¹⁷ Competition Policy Brief, EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the *Coty* judgment?, s. 4. Egen oversættelse.

7 Begrænsninger med henblik på at imødegå free-riding

Risikoen for free-riding er stort set altid til stede, når varer handles i både fysiske og virtuelle butikker. Nogle af de foranstaltninger, leverandøren har mulighed for at gøre brug af, og som er beskrevet tidligere i specialet – eksempelvis fastsættelsen af kvalitetsstandarder – kan være med til at begrænse risikoen for free-riding mellem offline- og onlineforhandlere inden for det selektive distributionssystem¹¹⁸, men problemstillingen er af så særlig karakter, at den underkastes særskilt behandling i dette kapitel.

7.1 Generelt om free-riding

Free-riding-problemet kan forekomme mellem forskellige salgskanaler, offline og online.¹¹⁹ Det klassiske eksempel er, at forbrugeren finder produkterne i den fysiske butik og nyder godt af personlig betjening og vejledning for herefter at købe det produkt, de beslutter sig for, til en lavere pris online. Free-riding problemet kan dog også gå den anden vej. Nogle forbrugere vil foretrække at søge efter produkterne online, læse produktinformation, kundeforhold og lignende, for derefter at foretage det endelige køb i den fysiske butik, eventuelt i forbindelse med en prisforhandling, hvis salgsprisen er fundet lavere på internettet. Fælles for de to tilfælde er, at den forhandler, der har investeret i servicen forud for købet, ikke bliver den forhandler, der får det endelige salg.

Forhandlere med fysiske butikker, vil typisk være mere sårbare for free-riding fra rene onlineforhandlere end omvendt.¹²⁰ Omkostningerne ved den førsalgsservice, der ydes i de fysiske butikker, er ofte knyttet til antallet af kunder i butikken. Jo flere kunder og jo mere tid, de ansatte skal bruge på den enkelte kunde, jo højere vil udgiften være. Servicen på internettet har derimod ofte karakter af en fast udgift, der ikke stiger med kundeantallet. Det vil ikke blive væsentligt dyrere for forhandleren, uanset om der er 5, 10 eller 50 kunder, der besøger hjemmesiden og benytter sig af tilgængelig produktinformation.

Hvis forhandlere med fysiske butikker oplever at blive "free-ridet", kan det mindske deres incitament til at investere i førsalgsservices i den fysiske butik. Der er ingen grund til at investere i dyr kundeservice eller produktpræsentation, hvis en konkurrent alligevel høster gevinsten. Free-riding kan derfor i det lange løb medføre mindre eller ringere service i de fysiske butikker, hvilket kan påvirke mærket negativt. Mange leverandører betragter fysiske butikker som en vigtig del af en markedsførings- og salgsstrategi¹²¹ og vil derfor være interesseret i at beskytte offlinekanalerne mod free-riding fra onlinekanalerne inden for det selektive distributionssystem.

Der er, inden for rammerne af TEUF art. 101 og gruppefritagelsesforordningen, forskellige muligheder, hvorpå leverandøren kan forsøge at reducere effekten af free-riding mellem forhandlerne.

¹¹⁸ Det er altså en anden problemstilling end den, der blev præsenteret i afsnit 3.1, der omhandler risikoen for free-riding mellem autoriserede forhandlere og uautoriserede forhandlere.

¹¹⁹ Free-riding kan desuden opstå inden for den samme salgskanal, men dette spørgsmål vil ikke blive behandlet nærmere i denne sammenhæng.

¹²⁰ Dennis W Carlton m.fl., *Free Riding and Sales Strategies for the Internet*, s. 443.

¹²¹ Staff Working Document, pkt. 246-247 og pkt. 253.

7.2 Muligheden for at stille krav om en fysisk butik

Efter gruppefritagelsesforordningen kan leverandøren som udgangspunkt kræve, at forhandlerne har et eller flere fysiske forretningssteder eller showrooms som forudsætning for, at de kan deltage i distributionssystemet.¹²² Leverandøren kan dermed reducere risikoen for, at rene onlineforhandlere kører på frihjul på bekostning af rene offlineforhandlere eller hybride forhandlere (forhandlere der sælger både offline og online), som har investeret i en fysisk butik.

Kravet skærmer dog ikke leverandøren mod risikoen for, at forhandlere, der ønsker at blive optaget i det selektive distributionssystem, åbner en "alibi-butik", som opfylder de af leverandøren opstillede kvalitetskrav, mens den egentlige markedsføring, den salgsfremmende indsats og salget reelt foregår via internettet. I retningslinjerne har Kommissionen forsøgt at balancere på den ene side hensynet til leverandører, der ønsker at udligne virkningen af free-riding og sikre effektiv drift af den fysiske butik, og på den anden side hensynet til, at forhandlerne adgang til at bruge internettet ikke begrænses. Det følger heraf, at leverandøren ikke må begrænse andelen af forhandlerens samlede salg, der foretages via internettet, men at leverandøren kan kræve, at en vis absolut mængde sælges uden om internettet. Mængden skal dog fastsættes enten i værdi eller omfang, da en procentvis fastsættelse vil være egnet til at begrænse forhandlerens internetsalg.¹²³

Hvis alle forhandlerne inden for det selektive distributionssystem skal have mindst én fysisk butik og sælge en vis mængde uden om internettet, kan det øge forhandlerenes incitament til at investere i offline-kanalen og i kvaliteten af butikkernes ydelser. Kravene kan derfor være med til at sikre, at salget i de fysiske butikker ikke nedprioriteres til fordel for onlinehandlen, og at forbrugerne ikke efterlades med færre muligheder med hensyn til hvilken service, der ydes i forbindelse med salget, og hvor produktet sælges.

Omvendt kan det betyde, at produktet beskyttes mod priskonkurrence fra rene onlineforhandlere, der ville kunne tilbyde forbrugerne lavere priser. Begrænsningen af priskonkurrencen kan især være et problem i tilfælde af kumulative virkninger.¹²⁴ Hvis der er seks leverandører på et marked, der sælger en bestemt produkttype, for eksempel kufferter, og alle leverandørerne sælger produkter gennem et selektivt distributionssystem, hvor det kræves, at forhandlerne har mindst én fysisk butik, vil rene onlineforhandlere blive afskåret fra det pågældende marked. Forbrugeren vil derfor være henvist til at købe sin kuffert hos hybride eller rene offlineforhandlere til en måske højere pris, end hvis kufferten blev solgt af en ren onlineforhandler.

En kuffert er ikke et særligt kompliceret produkt og kræver ikke nogen væsentlig førssalgsservice. Kunderne ved typisk, hvordan den skal bruges. De oplysninger, kunderne skal bruge forud for købet - for eksempel størrelse, rummelighed, materiale, antallet af rum eller hjul - kan relativt nemt gives på internettet. Hvis produktet er et mærkevareprodukt, er det muligt, at den service og præsentation, der kan tilbydes i en fysisk butik, er egnet til at beskytte produktets image på en måde, der ikke er mulig på internettet, og dermed være

¹²² De vertikale retningslinjer, pkt. 54.

¹²³ De vertikale retningslinjer, pkt. 52 c.

¹²⁴ Ibid., pkt. 179 og 188.

til gavn for de forbrugere, der efterspørger mærkevarekufferter. Men hvis det ikke er tilfældet, og hvis rene onlineforhandlere i tilstrækkelig grad kan imødekomme behovet hos forbrugere, der efterspørger kufferter, og en udelukkelse af sådanne forhandlere ultimativt vil føre til højere priser, er det ikke indlysende, hvordan kravet om, at forhandleren skal have mindst én fysisk butik, vil komme forbrugerne til gode.

Det følger af Domstolens praksis, at et selektivt distributionssystem, der medfører en begrænsning af priskonkurrencen uden at øge konkurrencen på andre parametre i forbrugernes interesse, vil savne sin berettigelse.¹²⁵ Som beskrevet tidligere gælder gruppefritagelsesforordningen uanset produktets art og udvælgelseskriterierne, men hvis produktet ikke har egenskaber, der nødvendiggør de kriterier, der anvendes, kan fritagelsen være i fare. Kommissionen nævner udtrykkeligt, at det kan være tilfældet, hvis produktet ikke kan begrunde kravet om en fysisk butik.¹²⁶ I e-handels-rapporten har Kommissionen lagt op til, at aftaler, der indeholder et krav om en fysisk butik uden tydelig forbindelse til distributionskvalitet, mærkets image eller andre konkurrencefremmende virkninger, vil kræve nærmere undersøgelse i det enkelte tilfælde.¹²⁷

Kommissionen har ikke givet nogen vejledning til, hvornår et produkts egenskaber kan begrunde kravet om en fysisk butik. Som eksemplet ovenfor viser, vil det muligvis være tilfældet, hvis produktet ikke er særligt kompliceret og ikke nødvendigt at prøve forud for købet, og der ikke er specielle hensyn at tage til dets mærkeimage. Leverandøren må for hvert af sine produkter nøje overveje, om kravet vil være forbundet med effektivitetsfordele, der i sidste ende kan komme forbrugerne til gode. Det er dog Kommissionen, der har bevisbyrden for, at aftalen er omfattet af TEUF art. 101, stk. 1 og at betingelserne i TEUF art. 101, stk. 3 ikke er opfyldt.¹²⁸

Selv hvor kravet om en fysisk butik kan begrundes i produktets egenskaber, vil gruppefritagelsen kunne inddrages i tilfælde af kumulative virkninger; det vil sige hvor alle eller de fleste leverandører på et marked anvender selektiv distribution og stiller krav om, at forhandlerne har mindst én fysisk butik.¹²⁹

I de følgende to afsnit vil leverandørens muligheder for at imødegå free-riding gennem en pris- og kompensationspolitik blive diskuteret.

¹²⁵ C-107/82, *AEG-Telefunken*, præmis 33, 34 og 42.

¹²⁶ De vertikale retningslinjer, pkt. 176.

¹²⁷ Staff Working Document, pkt. 253-255.

¹²⁸ De vertikale retningslinjer, pkt. 77.

¹²⁹ *Ibid.*, pkt. 76 og 179. Det vil typisk forudsætte, at mere end 50 % af markedet er dækket af selektiv distribution, og at de fem største leverandørers markedsandel overstiger 50 %. Inddragelse af fritagelsen kan desuden kun komme på tale for leverandører, der mærkbart bidrager til de konkurrencebegrænsende virkninger, hvilket normalt forudsætter, at leverandøren har en markedsandel på mere end 5 % af det relevante marked.

7.3 Muligheden for at opstille bindende eller vejledende videresalgspriser for internetbutikker og fysiske butikker

Fastsættelse af en fast eller mindste videresalgspris, som alle medlemmer af det selektive distributionssystem skal overholde, vil formentlig være det mest effektive middel for leverandøren til at imødegå free-riding problematikken. Det ville dermed kunne forhindres, at nogle af forhandlerne inden for det selektive distributionssystem underbyder andre, og hvis alle forhandlerne sælger produktet til samme pris, vil forbrugernes incitament til at free-ride mellem de forskellige salgskanaler blive reduceret.

Bindende videresalgspriser er imidlertid begrænsninger, der normalt anses som begrænsende ved *formål* efter TEUF art. 101, stk. 1, og en sådan aftale vil ikke have mulighed for at blive fritaget efter gruppefritagelsesforordningens art. 4, litra a), der udelukker aftaler, som direkte eller indirekte har til formål at fastsætte forhandlerne faste eller mindste videresalgspris.

I retningslinjerne anerkender Kommissionen, at der kan være effektivitetsfordele knyttet til bindende videresalgspriser, som kan begrunde, at aftalen fritages efter TEUF art. 101, stk. 3.¹³⁰ Kommissionen konstaterer, at det kan være tilfældet, hvis det er nødvendigt for at imødegå free-riding.

Leverandøren skal i så fald bevise, at to betingelser er opfyldt. For det første skal prisbindingsaftalen ikke alene fungerer som et *middel* men også som et *incitament* til at afhjælpe eventuelle free-riding-problemer blandt forhandlerne på serviceområdet. Aftalen skal altså indeholde positive incitamenter til, at forhandleren yder noget ekstra til kunden. Det kan være en særligt kvalificeret førsalgsservice, særlige garantibetingelser, muligheder for vejledning i brugen af varen efter salgets afslutning etc. For det andet skal kunden tillægge disse ekstra ydelser værdi. Kunden skal så at sige modtage noget, der berettiger den højere pris, som er resultatet af prisbindingsaftalen. Kriterierne er noget teoretiske, og det vil sjældent være en let bevisbyrde at løfte for en leverandør.

Leverandøren må derimod gerne fastsætte vejledende videresalgspriser og håbe, at de følges af forhandlerne. Anbefalingen må dog ikke kobles sammen med pres, trusler, sanktioner eller lignende fra leverandørens side, da der i så fald vil være tale om ulovlig prisbinding omfattet af de ovenfor nævnte bestemmelser.¹³¹

7.4 Muligheden for at opkræve højere leverandørpriser for varer forhandleren sælger online

En anden mulighed, der kan overvejes, er at leverandøren opkræver højere priser for varer, forhandlerne sælger online.

Der må i den forbindelse sondres mellem priser, der opkræves fra *forskellige* forhandlere, som sælger ad forskellige salskanaler, og de priser, der opkræves fra *samme* forhandler, som sælger både online og offline ("en hybrid forhandler").

¹³⁰ De vertikale retningslinjer, pkt. 225.

¹³¹ Pernille Wegener m.fl., Regulering af Konkurrence i EU, s. 93.

Hvis medlemmerne i det selektive distributionssystem både består af rene online forhandlere og forhandlere med en fysisk butik, kan leverandøren opkræve højere priser for varer, der sælges til rene onlineforhandlere. Medmindre leverandøren har en dominerende stilling¹³², eller formålet med de forhøjede salgspriser er at forhindre eksport eller opdele markeder¹³³, vil en sådan praksis ikke være problematisk. I e-handels-rapporten understreger Kommissionen, at det generelt anses som en normal del af konkurrenceprocessen at opkræve forskellige priser fra forskellige forhandlere.¹³⁴

Leverandøren må derimod som udgangspunkt ikke opkræve forskellige priser fra den samme hybride forhandler, alt efter om forhandleren påtænker at sælge varerne via den fysiske butik eller via internettet ("et dobbelt prissystem").

Problemstillingen svarer i store træk til den, der blev diskuteret ovenfor i afsnit 5.2, hvor det blev fastslået, at de krav, der opstilles for forhandlerens salg og markedsføring, *samlet set* skal svare til de krav, der er opstillet for den fysiske butik. Hvis forhandleren skal betale en merpris for varer, der skal sælges online, kan det være mindre attraktivt for forhandleren at sælge via internettet og dermed begrænse internetsalget. Doblede prissystemer udgør derfor en alvorlig begrænsning af forhandlerens passive salg efter gruppefritagelsesforordningens art. 4, litra c).¹³⁵

I forbindelse med Kommissionens sektorundersøgelse efterspurgte flere af respondenterne en mere fleksibel tilgang til reglerne om doublede prissystemer. Det blev blandt andet fremhævet, at doublede prissystemer til samme hybride forhandler kan skabe lige vilkår mellem online- og offlinesalg ved at gøre det muligt for leverandørerne at tage hensyn til de meromkostninger, der typisk er forbundet med offline salg.¹³⁶ Kommissionen understregede i den forbindelse, at doublede prissystemer kan opfylde betingelserne i TEUF art. 101, stk. 3, hvis det er nødvendigt for at imødegå free-riding mellem de forskellige kanaler inden for det selektive distributionssystem.¹³⁷

Det er ikke klart, hvilke krav Kommissionen stiller til en leverandør, der skal bevise, at et dobbelt prissystem opfylder betingelserne i TEUF art. 101, stk. 3. Leverandøren må formentlig godtgøre, at de merrabatter eller lavere priser, der knyttes til de varer, der skal sælges i den fysiske butik, er fastsat på grundlag af objektive og realistiske vurderinger, såsom gennemsnitlige ekstraudgifter til opretholdelse af det fysiske salgsmiljø og serviceydelser, gennemsnitlige ekstraudgifter til leje, personale etc., og således ikke er egnet til at afskrække forhandlerne fra onlinehandlen.

Leverandøren må dog i alle tilfælde gerne støtte forhandlerens drift af den fysiske butik ved at betale et *fast beløb*, der ikke stiger i takt med omsætningen. En sådan kompensation udgør ikke et dobbelt prissystem og er

¹³² Richard Whish m.fl., Competition Law, s. 804.

¹³³ Ibid., s. 672-673.

¹³⁴ Staff Working Document, pkt. 37.

¹³⁵ De vertikale retningslinjer, pkt. 52 d.

¹³⁶ Staff Working Document, pkt. 599.

¹³⁷ Ibid., pkt. 601.

tilladt efter gruppefritagelsesforordningen.¹³⁸ Et fast beløb uden andre tilknyttede krav, end at forhandleren skal have en fysisk butik, vil dog ikke have indbyggede incitamentter til, at forhandleren gør sig større bestræbelser med den fysiske butik. Hvis internetsalg er økonomisk mest attraktivt for forhandleren uden et tilskud, vil det også være det med tilskud.

Hvis et tilskud i form af et fast beløb skal have incitamentseffekt, skal der altså knyttes nogle betingelser til det. Beløbet kan eksempelvis betinges af, at der er et bestemt antal kvalificeret personale til stede i butikken, eller at der tilbydes bestemte services forud for og efter købet.

Som det fremgår af det foregående, har leverandøren således forskellige muligheder for at reducere virkningen af free-riding mellem offline- og onlinesalgskanalerne inden for det selektive distributionssystem og dermed sikre driften af og kvaliteten i den fysiske butik.

8 Konklusion

Internettet har ændret den måde, vi handler på, og det er fra leverandørens synspunkt ikke altid til det bedre. Forbrugere har fået flere muligheder for at shoppe rundt og sammenligne priser på tværs af salgskanaler og forhandlere. Det kan få nogle forhandlere til at ændre deres marketingsindsats mod strategier, der giver dem mulighed for at konkurrere på priser i stedet for på andre parametre som kvaliteten og omfanget af den service, der tilbydes forbrugerne. En leverandør af et givent produkt, der ønsker at sælge produktet med afsæt i andre parametre end pris – eksempelvis kvalitet, service, innovation og mærkets image - kan derfor have et ønske om at forhindre eller begrænse forhandlernes brug af internettet.

Formålet med specialet var at undersøge og analysere, i hvilket omfang det er muligt i et selektivt distributionssystem at forbyde, begrænse og regulere forhandleres adgang til at markedsføre og sælge produkter online inden for rammerne af Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmådes (TEUF) artikel 101. Den er belyst på de foregående sider, særligt i analyserne i kapitlerne 5, 6 og 7, og konklusionerne på de enkelte undersøgelsesspørgsmål sammenfattes i det følgende.

I afsnit 5.1-5.3 konkluderes det, at leverandørens *absolutte forbud* mod forhandlerens salg eller markedsføring via internettet som altovervejende hovedregel ikke vil være forenelig med TEUF art. 101, stk. 1 og gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler.

Som det fremgår af konklusionerne i afsnit 5.4, har leverandøren dog forskellige muligheder for at regulere forhandlerens ageren ved markedsføring og salg af leverandørens varer online. Leverandøren kan opstille kvalitetsstandarder for forhandlerens brug af internettet på samme måde, som det er muligt, når forhandleren markedsfører og sælger produkterne i den fysiske verden. Kriterierne skal dog være proportionelle og må generelt ikke være egnet til at forhindre forhandleren eller afskrække ham fra at bruge internettet i sin markedsførings- og salgsstrategi.

¹³⁸ De vertikale retningslinjer, pkt. 52 d.

Disse problemstillinger vedrørte forhandlerens salg og markedsføring generelt; altså uanset om det foregik via forhandlerens egen hjemmeside eller andre steder på internettet. I kapitel 6 blev det undersøgt, hvilke muligheder leverandøren har for at forbyde forhandleren at sælge og markedsføre via online tredjemandsplatforme. Der blev fokuseret på to praktiske problemstillinger: Et forbud mod salg via online markedspladser og et forbud mod markedsføring på prissammenligningshjemmesider.

I afsnit 6.1 konkluderes det, at leverandøren af luksusprodukter kan forbyde forhandlerens salg via online markedspladser, uden at aftalen rammes af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1. Muligheden består måske også for leverandører af andre produkter, navnlig teknisk komplicerede produkter og produkter af høj kvalitet. I praksis vil det dog i mange tilfælde ikke være nødvendigt at sondre mellem luksusprodukter og andre produkter, da forbud mod online markedspladser generelt er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler. Fritagelsen efter forordningen gælder uafhængigt af produktets art, og leverandøren kan derfor, hvis betingelserne i forordningen i øvrigt er opfyldt, forbyde forhandlerens salg via online markedspladser, uanset om der er tale om et luksusprodukt eller et andet produkt.

Det er derimod ikke sikkert, om et forbud mod forhandlernes markedsføring via prissammenligningshjemmesider vil være foreneligt med TEUF art. 101, stk. 1 og gruppefritagelsesforordningen. Spørgsmålet er endnu ikke afklaret i EU-regi, men det tyder på, at et sådant forbud vil være vanskeligere for leverandøren at begrunde end forbuddet mod forhandlernes salg via online markedspladser. På prissammenligningssiderne sker der nemlig ikke et egentligt salg, men forbrugerne omdirigeres til den autoriserede forhandlers egen hjemmeside, som må antages at opfylde de krav, leverandøren har opstillet for, hvordan produktet må præsenteres og sælges, og som leverandøren kan føre kontrol med. Det faktiske salg er derfor fortsat knyttet til autoriserede forhandlere. For uddybning henvises til afsnit 6.2.

Endelig blev det i kapitel 7 diskuteret, hvilke muligheder leverandøren har for at imødegå free-riding mellem offline- og onlinesalgskanalerne inden for et selektivt distributionssystem. Det fremgår her, at leverandøren efter gruppefritagelsesforordningen generelt kan kræve, at alle forhandlere har en fysisk butik. Kommissionen kan dog inddrage fritagelsen, hvis kravet alene sigter på at beskytte produktet mod pris konkurrence fra rene onlineforhandlere, og der ikke er tydelig forbindelse til mærkets image, distributionskvalitet eller andre konkurrencefremmende virkninger. Det blev endvidere konkluderet, at leverandøren kan imødegå free-riding-problematikken ved at (1) fastsætte samme vejledende videresalgspriser for alle forhandlere uanset salgskanal, (2) støtte driften af forhandlernes fysisk butikker med et fast beløb, (3) opkræve højere priser for varer, der sælges til rene onlineforhandlere. I nogle tilfælde vil leverandøren også kunne opkræve højere priser for varer, der sælges til en hybrid forhandler (forhandler der sælger både online og offline), men det forudsætter, at han kan bevise, at betingelserne i TEUF art. 101, stk. 3 er opfyldt.

9 Perspektivering

Specialet er udarbejdet med afsæt i gældende ret og det teknologiske stadie, internettet, e-handel, virtuel markedsføring, generel IT mm. er på i dag. Der er nye teknologier som kunstig intelligens, chatbots, virtual reality, 3d-print m.fl. i hastig fremmarch. Nogle af disse udviklingstendenser vil bringe virtuelle og fysiske verdener tættere sammen i den forstand, at noget, som før kun var muligt i den fysiske verden, pludselig kan håndteres lige så godt eller måske endda bedre på internettet eller virtuelt på anden måde.

Man vil allerede i dag kunne se eksempler på, at simulationsværktøjer med indbyggede træningsseancer kan introducere en forbruger til et teknisk vanskeligt produkt, meget grundigere end en sælger i en fysisk butik formår. Med virtuel reality kan man opbygge virtuelle verdener, hvor oplevelsen er så tæt på den fysiske verden, at argumenter om, at luksusbrands kun kan komme til sin fulde ret i eksklusive omgivelser i en fysisk konceptbutik, er vanskelige at fastholde. Akkurat den samme butik kan bygges op i 3D og Ultra HD, så kunden kan få den samme eksklusive oplevelse af produktet.

I forhold til specialets problemstilling er det forventningen, at tilnærmelsen mellem virtuelle og fysiske verdener vil betyde, at det bliver vanskeligere for aktører i et selektivt distributionssystem at argumentere sagligt for, at der skal kunne differentieres mellem forhandleres gøren og laden i fysiske butikker og digitale fora.

Den hastige teknologiske udvikling betyder også, at der konstant kommer nye teknologier til, som man retligt er nødt til at forholde sig. I dag er EU's konkurrenceregler for offline og online restriktioner i vertikale aftaler de samme og anvendes grundlæggende ens.¹³⁹ Kommissionen og Domstolen har gjort forskellige forsøg på at oversætte reglerne om aktivt og passivt salg til den virtuelle verden, men det er muligt, at fremmarchen af nye teknologier vil betyde, at de eksisterende konkurrenceretlige regler, der blev skabt i en offline-kontekst, ikke længere vil være hverken tilstrækkelige eller hensigtsmæssige. Den nuværende gruppefritagelsesforordning for vertikale aftaler udløber i 2022, og det må forventes, at e-handel bliver et vigtigere tema i en ny gruppefritagelsesforordning. Budskabet i dette er således, at juraen må følge med samfundsudviklingen og teknologiens foranderlighed. Det noget af en udfordring, når det betænkes, hvor hurtigt teknologierne ændres.

10 Litteraturliste

Traktater og forordninger

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

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.

¹³⁹ OECD Policy Roundtable, Vertical Restraints for On-line Sales, s. 75.

EU-Kommissionens meddelelser

Kommissionens meddelelse om Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, EUT 2004 C 101/81.

Meddelelse fra Kommissionen om Retningslinjer for anvendelsen af TEUF artikel 81, stk. 3, EUT 2004 C 101/97.

Meddelelse fra Kommissionen om Retningslinjer for vertikale begrænsninger, EUT 2010 C 130/01.

Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, EUT 2014 C 291/1 (bagatelmeddelelsen).

Rapporter

EU-Kommissionen: Rapport fra Kommissionen til Rådet og Europaparlamentet: Endelig rapport om undersøgelsen af e-handelssektoren, COM (2017) 229 final.

European Commission: Staff Working Document - Accompanying the Document Report from the Commission to the Council and the European Parliament - Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD (2017) 154 final.

OECD Competition Committee: Policy Roundtable, Vertical Restraints on On-line Sales, 2013, DAF/COMP(2013)13.

Publikationer

Bøger

Bellamy, Christopher og *Child, Graham*: European Union Law of Competition, 7. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Fejøl, Jens og *Ølykke, Grith Skovgaard*: EU-Konkurrenceretten- Almindelig del, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2014.

Jones, Alison and *Sufrin, Brenda*: EU Competition Law: Text, cases and materials, 5. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Jessen, Pernille Wegener, Mortensen, Bent Ole Gram, Steinicke, Michael og *Sørensen, Karsten Engsig*: Regulering af konkurrence i EU, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2016.

Whish, Richard og *Bailey, David*: Competition Law, 8. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Wijckmans, Frank og *Tuytschaever*, Filip: *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Artikler

Buccirossi, Paulo: *Vertical Restraints on E-Commerce and Selective Distribution*, *Journal of European Competition Law & Practice*, bind 11, hæfte 3, side 747-773, Oxford University Press, 2015.

Buettner, Thomas, *Coscelli*, Andrea, *Vergé*, Thibaud og *Winter*, Ralph A: *An Economic Analysis of the Use of Selective Distribution by Luxury Goods Suppliers*, *European Competition Journal*, bind 5, hæfte 1, side 201-226, Taylor & Francis, 2009.

Carlson, Dennis W. og *Chevalier*, Judith A.: *Free Riding and Sales Strategies for the Internet*, *The Journal of Industrial Economics*, bind 49, hæfte 4, side 441-461, 2001.

Colangelo, Giuseppe og *Torti*, Valerio: *Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions under EU Competition Rules after Coty Prestige*, *European Competition Journal*, bind 14, hæfte 1, side 81-109, Taylor & Francis, 2018.

De Faveri, Christina: *The Assessment of Selective Distribution Systems Post-Pierre Fabre*, *Global Antitrust Review*, side 163-197, 2014.

Eberhardt, Andreas: *Why the discriminatory application of criteria in selective distribution systems is block exempted under Regulation 330/2010*, *European Competition Journal*, bind 11, hæfte 1, side 168-192, Taylor & Francis, 2015.

Hawk, Barry E.: *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, *Common Market Law Review*, bind 32, hæfte 4, s. 973-989, Kluwer Law International, 1995.

Monti, Giorgio: *Restraints on Selective Distribution Agreements*, *World Competition*, bind 36, hæfte 4, side 489-511, Kluwer Law International, 2013.

Verouden, Vincent: *Vertical Agreements: Motivation and Impact*, *Issues in Competition Law and Policy*, 3. udgave, side 1813-1840, American Bar Association, 2008.

Wijckmans, Frank: *Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH: Possibility in Selective Distribution System to Ban Sales via Third-Party Platforms*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford University Press, 2018.

Witt, Anne C.: *Restrictions on the use of third-party platforms in selective distribution agreements for luxury goods*, *European Competition Journal*, bind 12, hæfte 2-3, side 435-461, Taylor & Francis, 2016.

Pressemeddelelser og nyhedsbreve

European Commission: *Competition Policy Brief, EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgment?* 2018.

European Commission: Commission clears B&W Loudspeakers distribution system after company deletes hard-core violations, IP/02916, 2002.

Domme

Dom af 25. oktober 1977, Metro I, sag C-26/76, EU:C:1977:167.

Dom af 11. december 1980, L'Oreal, sag C-31/80, EU:C:1980:289.

Dom af 25. oktober 1983, AEG-Telefunken, sag C-107/82, EU:C:1983:293.

Dom af 21. februar 1984, Hasselblad, sag C-86/82, ECLI:EU:C:1984:65.

Dom af 3. juli 1985, Binon, sag C-243/83, EU:C:1985:284.

Dom af 10. december 1985, ETA mod DK Investment, sag C-31/85, ECLI:EU:C:1985:494

Dom af 22. oktober 1986, Metro II, sag C-75/84, EU:C:1986:399.

Dom af 27. februar 1992, Vichy, sag T-19/91, EU:T:1992:28.

Dom af 13. januar 1994, Metro mod Cartier, sag C-376/92, ECLI:EU:C:1994:5.

Dom af 12. december 1996, Leclerc I, sag T-19/92, EU:T:1996:190.

Dom af 12. december 1996, Leclerc II, sag T-88/92, EU:T:1996:192.

Dom af 11. december 2003, Deutscher Apotherverband, sag C-322/01, EU:C:2003:664.

Dom af 2. december 2010, Ker Optika, sag C-108/09, EU:C:2010:725.

Dom af 13. oktober 2011, Pierre-Fabre, sag C-439/09, EU:C:2011:649.

Dom af 14. juni 2012, Auto 24, sag C-158/11, EU:C:2012:351.

Dom af 6. december 2017, Coty, sag C-230/16, EU:C:2017:941.

Oberlandesgericht Düsseldorfs dom af 5. april 2017, VI-Kart 13/15 (V),
DE:OLGD:2017:0405.VI.KART13.15V.00.

Bundesgerichtshofs dom af 12. december 2017, KVZ 41/17, DE:BGH:2017:121217BKVZ41.17.0.

Generaladvokatens forslag til afgørelse

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat N. Wahl af 26. juli 2017 i Coty, sag C-230/16, EU:C:2017:603.

EU-Kommissionens beslutninger

Kommissionens beslutning 92/33/EØF, Yves Saint Laurent, 1991 L 12/24.

Kommissionens beslutning, 85/616/EØF, Villeroy & Boch, 1985 L 376/15.

Kommissionens beslutning 83/610 EØF, Murat, 1983 L 348/20.

Kommissionens beslutning 84/233 EØF: IBM, 1984 L 118/24.

Afgørelser fra konkurrencemyndigheder

Bundeskartellamts afgørelse af den 26. august 2015, B2-98/11.