



EUROPA-KOMMISSIONEN

Bruxelles, den 29. september 2024

sj.e(2024)7778972

TIL HØJESTERET

SKRIFTLIGT INDLÆG

indgivet i henhold til artikel 15, stk. 3, i Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, af

EUROPA-KOMMISSIONEN,

repræsenteret ved: Sergio BACHES OPI, Pascal BERGHE og Christian VANG, Medlemmer af Den Juridiske Tjeneste som befuldmægtigede, med valgt adresse på: *Service Juridique, Greffe contentieux, BERL 01/093, 1049 Bruxelles, Belgien, i*

Sag BS-53152/2023-HJR

Konkurrencerådet mod Deutz AG

I. INDLEDNING

1. Østre Landsret afsagde den 27. februar 2023 dom i sag BS-5308/2021-OLR, Deutz AG mod Konkurrencerådet. I dommen fortolkede Østre Landsret blandt andet 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 ⁽¹⁾ ("Gruppefritagelsesforordningen").
2. På side 75 i dommen udtalte Østre Landsret:

"Landsretten finder – i overensstemmelse med, hvad der [...] også er antaget i Konkurrencerådets afgørelse – at aftalen mellem Deutz og DMN må forstås sådan, at Deutz påtog sig ved ensidige handlinger som blokeringen af reservedele i Deutz' system og/eller ved at indgå aftale med sine øvrige forhandlere, herunder Equipco, om, at disse forhandlere skulle undlade passivt salg til Danmark, at sikre, at der ikke ville ske nogen form for salg til Fleco i Danmark, hvor DMN var Deutz' eneforhandler. Den herved aftalte konkurrencebegrænsning angår således dels ensidige handlinger, som Deutz skulle foretage, og dels aftaler, som det må anses for forudsat, at Deutz skulle indgå med andre Deutz-forhandlere.

For så vidt angår Deutz' ensidige handlinger er det ikke efter gruppefritagelsen forbudt for en leverandør at påtage sig en forpligtelse til hverken aktivt eller passivt selv at levere ind i en eneforhandlers område, jf. herved også pkt. 50, 8. pkt., i Kommissionens meddelelse af 19. maj 2010 om retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010/C130/01). De aftaler, som Deutz måtte indgå med andre Deutz-forhandlere om at undlade passivt salg til Fleco i Danmark, ville derimod være omfattet af listen i [Gruppefritagelsesforordningens] artikel 4, stk. 1, litra b. Efter ordlyden af artikel 4, stk. 1, litra b, er der imidlertid ikke grundlag for at anse det mellem Deutz og DMN aftalte for omfattet af begrænsningen i bestemmelsen, og der er heller ikke i forordningen i øvrigt eller praksis herom holdepunkter for en sådan forståelse. Det følger heraf, at Deutz og DMN's aftale om, at Deutz skulle hindre

⁽¹⁾ EU-Tidende L 102 af 23. april 2010, side 1.

passivt salg og parallelhandel til Fleco i Danmark fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, er omfattet af gruppefritagelsen, idet det, som nævnt ovenfor, ikke af Konkurrencerådet er godtgjort, at Deutz og DMN's markedsandele overstiger tærsklen i forordningens artikel 3.”

(understregning tilføjet)

3. Kommissionen er enig med Østre Landsret i, at de aftaler, Deutz måtte have indgået med andre Deutz-forhandlere om at begrænse passivt salg til kunder i Danmark, ville have udgjort en (hardcore) begrænsning som omhandlet i Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), og derfor ikke være fritaget i henhold til forordningens artikel 2, stk. 1.
4. Omvendt er Kommissionen ikke enig i, at aftalen mellem Deutz og DMN falder uden for begrænsningen i Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), og at aftalen som følge heraf er omfattet af Gruppefritagelsesforordningen.
5. Det er Kommissionens opfattelse, at Østre Landsrets fortolkning af Gruppefritagelsesforordningen risikerer at skade den ensartede anvendelse af artikel 101 i Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde ("TEUF"). Kommissionen har derfor i overensstemmelse med artikel 15, stk. 3, i Rådets Forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 ⁽²⁾ truffet afgørelse om at afgive indlæg i sagen. Indlægget vedrører udelukkende den abstrakte fortolkning af Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b). Kommissionen forholder sig ikke til sagens øvrige spørgsmål.

II. KOMMISSIONENS RETLIGE BEMÆRKNINGER

II.1. EU-Domstolens fortolkningsstil

6. Østre Landsret har, som det fremgår af citatet ovenfor i punkt 2, ved fortolkningen af Gruppefritagelsesforordningen udelukkende henvist til ordlyden af forordningen.
7. Det følger imidlertid af Domstolens faste praksis, at der ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse ikke blot skal tages hensyn til ordlyden, men også til den

⁽²⁾ EF-Tidende L 1 af 4. januar 2003, side 1.

sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, og de mål, der følges med den retsakt, som bestemmelsen udgør en del af. Bestemmelsens tilblivelseshistorie kan ligeledes give relevante elementer med henblik på dens fortolkning. ⁽³⁾

8. Domstolen har i overensstemmelse hermed fastslået, at fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse ikke kan føre til, at bestemmelsens klare og præcise ordlyd berøves enhver effektiv virkning, men at Domstolen i visse situationer kan anvende de fortolkningsmetoder, som Domstolen finder hensigtsmæssige med henblik på at belyse den nøjagtige rækkevidde af en EU-retlig bestemmelse, der fremstår som klar, idet enhver EU-retlig bestemmelse skal ses i sin sammenhæng og fortolkes i lyset af EU-rettens bestemmelser som helhed, den bagvedliggende målsætning og EU-rettens udviklingstrin på tidspunktet for den pågældende bestemmelses anvendelse. ⁽⁴⁾
9. Selv i de tilfælde, hvor en bestemmelses ordlyd virker klar, nøjes Domstolen ikke med en isoleret læsning af bestemmelsens ordlyd, men foretager endvidere en kontekstuel fortolkning og en formålsfortolkning, der er belyst af bestemmelsens tilblivelseshistorie. ⁽⁵⁾
10. Et illustrativt eksempel på dette er dommen i *Illumina*, ⁽⁶⁾ hvor Domstolen tog stilling til, om artikel 22, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser ("Fusionsforordningen") gav Kommissionen hjemmel til at behandle en fusion på baggrund af en anmodning fra en medlemsstat, der ifølge sin nationale lovgivning ikke selv var kompetent til at behandle fusionen.

⁽³⁾ Domstolens dom af 10. december 2018, *Wightman m.fl.*, C-621/18, EU:C:2018:999, præmis 47, og Domstolens dom af 3. september 2024, *Illumina mod Kommissionen*, C-611/22 P og C-625/22 P, EU:C:2024:677, præmis 116.

⁽⁴⁾ Se f.eks. Domstolens dom af 27. april 2023, *A1 og A2*, C-352/21, EU:C:2023:344, præmis 29, og Domstolens dom i *Illumina mod Kommissionen*, præmis 126 og 127.

⁽⁵⁾ Domstolens dom i *Illumina mod Kommissionen*, præmis 128.

⁽⁶⁾ Se fodnote 3.

11. Ifølge bestemmelsens ordlyd skal fire kumulative betingelser være opfyldt for at tillade en henvisning af en fusion til Kommissionen. For det første skal en anmodning til Kommissionen om at behandle en fusion hidrøre fra en eller flere medlemsstater. For det andet skal den transaktion, der er genstand for denne anmodning, opfylde definitionen af en fusion i forordningens artikel 3 uden at nå op over de tærskler for EU-dimension, der er fastsat i forordningens artikel 1. For det tredje skal fusionen påvirke samhandelen mellem medlemsstater. For det fjerde skal der være fare for, at den nævnte fusion vil påvirke konkurrencen betydeligt i den eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen.
12. På baggrund af en bredere fortolkning, der udover ordlyden også inddrog historiske forhold, ⁽⁷⁾ konteksten ⁽⁸⁾ og formålet, ⁽⁹⁾ fandt Domstolen, at Fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, til trods for den klare ordlyd skal fortolkes således, at en medlemsstat ikke gyldigt kan anmode Kommissionen om at behandle en fusion, hvis medlemsstaten, som følge af, at de deltagende virksomheders omsætning er lavere end medlemsstatens nationale tærskelværdier, ikke selv er kompetent til at behandle fusionen.
13. I *Illumina* indebar inddragelsen af andre fortolkningselementer end ordlyden, at Kommissionens beføjelser blev begrænset. Domstolen har imidlertid også foretaget en bredere fortolkning i sager, hvor der ikke var tale om at begrænse myndigheders beføjelser. Et eksempel på dette er *A1 og A2*, ⁽¹⁰⁾ hvor spørgsmålet var, om Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område ("Bruxelles Ia-forordningen") hindrer, at der gyldigt kan indgås en aftale om, at der er værnetinget for tvister mellem et forsikringsselskab og private bådere i en anden medlemsstat end den, hvor båderne bor.

⁽⁷⁾ Domstolens dom i *Illumina mod Kommissionen*, præmis 129ff.

⁽⁸⁾ Domstolens dom i *Illumina mod Kommissionen*, præmis 151ff.

⁽⁹⁾ Domstolens dom i *Illumina mod Kommissionen*, præmis 186ff.

⁽¹⁰⁾ Se fodnote 4.

14. En forsikringsgiver kan i henhold til Bruxelles Ia-forordningens artikel 11, stk. 1, litra b), som udgangspunkt sagsøges af en forsikringstager ved retterne i den medlemsstat, hvor forsikringstageren har bopæl. Ifølge Bruxelles Ia-forordningens artikel 15 er det muligt at fravige forordningens bestemmelser om værneting i forsikringsager i en række oplyste tilfælde. I henhold til artikel 15, nr. 5, er dette blandt andet muligt i forsikringsaftaler, der dækker en eller flere af de i forordningens artikel 16 nævnte risici. Forordningens artikel 16, nr. 5, fastslår, at de i artikel 15, nr. 5, omhandlede risici blandt andet er alle ”*store risici*” som defineret i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF af 25. november 2009 om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II) (”Solvens II-direktivet”). ”*Store risici*” er i Solvens II-direktivets artikel 13, nr. 27, litra a), defineret som blandt andet risici under forsikringsklasse 6 i Del A i direktivets bilag I. Det fremgår af bilaget, at forsikringsklasse 6 omfatter kaskoforsikring for fartøjer til sejlads på have, indsøer og floder.
15. En ordlydsfortolkning af Bruxelles Ia-forordningens artikel 15, nr. 5, og 16, nr. 5, samt Solvens II-direktivets artikel 13, nr. 27, litra a), og bilag I – uden hensyntagen til andre fortolkningslementer – fører således til det resultat, at værnetingsaftaler mellem forsikringstagere og forsikringsgivere om kaskoforsikring af skibe er gyldige uanset skibets type, uanset om skibet anvendes erhvervsmæssigt, og uanset om forsikringstageren er forbruger. ⁽¹¹⁾
16. Til trods for dette fandt Domstolen på baggrund af den sammenhæng, bestemmelserne indgår i, og bestemmelsernes formål, ⁽¹²⁾ at Bruxelles Ia-forordningen hindrer, at der gyldigt kan indgås en aftale om, at der er værneting for tvister mellem et forsikringselskab og private bådere i en anden medlemsstat end den, hvor båderne bor.
17. Det følger af Domstolens faste praksis, at nationale domstole ved anvendelsen af EU-retsakter er forpligtet til at fortolke disse under anvendelse af den særlige EU-retlige

⁽¹¹⁾ Domstolens dom i *AI og A2*, præmis 31-38.

⁽¹²⁾ Domstolens dom i *AI og A2*, præmis 39-55.

fortolkningsstil som Domstolen anvender med henblik på at sikre en ensartet anvendelse af EU-retten i alle medlemsstater. ⁽¹³⁾

18. Det er på denne baggrund Kommissionens opfattelse, at Østre Landsrets begik en fejl, da den foretog en ren ordlydsfortolkning af Gruffefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), uden at inddrage andre fortolkningsmomenter såsom den sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, de mål, der forfølges med bestemmelsen, eller bestemmelsens tilblivelseshistorie.

II.2. Gruffefritagelsesforordningens artikel 4, litra b)

19. Østre Landsrets blotte ordlydsfortolkning af Gruffefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), indebærer, at en aftale mellem en leverandør og dennes køber om, at leverandøren skal forbyde sine andre købere at sælge varer, leveret af leverandøren, ind i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, er gruffefritaget, selvom sådanne aftaler mellem leverandøren og dennes andre kunder vil være i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF, og ikke kunne fritages i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF.
20. Fortolkes Gruffefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), i lyset af den sammenhæng, hvori den indgår, dens formål og dens tilblivelseshistorie, er det som nærmere redegjort for nedenfor klart, at Østre Landsrets fortolkning er forkert.
21. Gruffefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), har følgende ordlyd

”Artikel 4

Begrænsninger, som fjerner fordelen ved gruffefritagelse (alvorlige konkurrencebegrænsninger)

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

⁽¹³⁾ Domstolen dom af 6. oktober 1982, *CILFIT mod Ministero della Sanità*, 283/83, EU:C:1982:335, præmis 20.

[...]

- b) *begrænsning af det område eller den kundegruppe, hvortil køberen, som er part i aftalen, med forbehold af en begrænsning med hensyn til forretningssted må sælge kontraktvarerne og -tjenesterne, undtagen:*
 - i) *begrænsning af aktivt salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, som er reserveret leverandøren, eller som leverandøren har tildelt en anden køber, forudsat at begrænsningen ikke begrænser køberens kunders salg*

[...]"

22. Gruppefritagelsesforordningens præambelbetragtning 10 har følgende ordlyd:

"Denne forordning bør ikke fritage vertikale aftaler, som indeholder begrænsninger, som kan begrænse konkurrencen og skade forbrugerne, eller som ikke er nødvendige til at opnå de effektivitetsfremmende virkninger. Navnlig bør vertikale aftaler, som indeholder visse former for alvorlige konkurrencebegrænsninger, såsom mindste og faste videresalgspriser samt visse former for områdebeskyttelse, ikke være omfattet af den gruppefritagelse, der indføres ved denne forordning, uanset de deltagende virksomheders markedsandel."

(understregning tilføjet)

23. Det fremgår af Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, at fritagelsen ikke gælder for aftaler *"der, direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på"* har til formål at begrænse *"det område eller den kundegruppe, hvortil køberen, som er part i aftalen, med forbehold af en begrænsning med hensyn til forretningssted må sælge kontraktvarerne og -tjenesterne"*. En aftale mellem en leverandør og dennes køber om, at leverandøren skal forbyde sine andre købere at sælge varer, leveret af leverandøren, ind i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, har netop, sammen med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, nemlig de forhandleraftaler, parterne har aftalt, at leverandøren skal indgå med sine øvrige købere, til formål at begrænse *"det område eller den kundegruppe, hvortil køberen"* der var part i disse aftaler måtte sælge kontraktvarerne.

24. Det følger af Domstolens faste praksis, at undtagelser generelt skal fortolkes strengt. ⁽¹⁴⁾ Domstolens har i overensstemmelse hermed udtalt, at ”undtagelsesbestemmelserne i en gruppefritagelsesforordning ikke [må] fortolkes udvidende og [...] ikke [kan] fortolkes således, at forordningens virkninger udstrækkes ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte de interesser, som de har til formål at sikre.” ⁽¹⁵⁾
25. En aftale mellem en leverandør og dennes kunde, om at kunden skal undlade passivt salg til kunder i et bestemt område, hindrer parallelhandel. Hindring af parallelhandel har ifølge Domstolens faste praksis til formål at begrænse konkurrencen. ⁽¹⁶⁾ En sådan begrænsning af konkurrencen vil – hvis den kan påvirke handlen mellem medlemsstater – være forbudt, jf. artikel 101, stk. 1, TEUF. Det er meget vanskeligt at forestille sig situationer, hvor sådanne aftaler kan retfærdiggøres i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF.
26. Gruppefritagelsesforordningen skal fortolkes i lyset af forordningens formål – herunder at sikre markedsintegration – med henblik på at sikre forordningens effektivitet. Det er usandsynligt, at en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen gennem et forbud mod passivt salg ind i en given medlemsstat, og som derfor er forbudt i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, TEUF. Det er

⁽¹⁴⁾ Se f.eks. Rettens dom af 26. oktober 2017, *Marine Harvest*, T-704/14, EU:T:2017:753, præmis 201. Denne tilgang er i overensstemmelse med Domstolens faste retspraksis på andre områder, hvor Domstolen gentagne gange har fastslået, at EU-regler, der indeholder undtagelser til de mål, der forfølges med EU-traktaterne, skal fortolkes strengt, se f.eks. Domstolens dom af 1. februar 2017, *Kommissionen mod Ungarn*, C-392/15, EU:C:2017:73, præmis 64, og Domstolens dom af 15. marts 2018, *Kommissionen mod Den Tjekkiske Republik*, C-575/15, EU:C:2018:186, præmis 55.

⁽¹⁵⁾ Domstolens dom af 24. oktober 1995, *Bayerische Motorenwerke v ALD*, C-70/93, EU:C:1995:344, præmis 28. Se endvidere Rettens dom i *Marine Harvest*, præmis 201.

⁽¹⁶⁾ Domstolens dom af 13. juli 1966, *Consten og Grundig mod EØF-Kommissionen*, 56/64, EU:C:1966:41, Domstolens dom af 1. februar 1978, *Miller mod Kommissionen*, 19/77, EU:C:1978:19, præmis 7, Domstolens dom af 18. september 2003, *Volkswagen mod Kommissionen*, C-338/00 P, EU:C:2003:473, præmis 49, og Domstolens dom af 6. februar 2006, *General Motors*, C-551/03 P, EU:C:2006:229, præmis 66-68.

derfor usandsynligt, at en sådan aftale er (gruppe-)fritaget fra forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, blot fordi forbuddet mod passivt salg skal pålægges en tredjemand. ⁽¹⁷⁾

27. Bestemmelser, der giver absolut territorial beskyttelse til en eksklusiv distributør, er konsekvent blevet undtaget fra gruppefritagelse, idet sådanne bestemmelser har til formål at opdele det indre marked og dermed skader et af EU's grundlæggende mål, jf. artikel 3 TEU. ⁽¹⁸⁾ Dette gælder både i de vertikale gruppefritagelsesforordninger, der var gældende før Gruppefritagelsesforordningens ikrafttræden, ⁽¹⁹⁾ og i den nugældende vertikale gruppefritagelse, ⁽²⁰⁾ der har afløst Gruppefritagelsesforordningen.
28. Kommissionen offentliggjorde i 2010 sine retningslinjer for vertikale begrænsninger ⁽²¹⁾ ("Retningslinjerne"). Retningslinjernes punkt 50 og 51 har følgende ordlyd:

"50) Den alvorlige begrænsning, der er omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), vedrører aftaler eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål at begrænse salg, der foretages af en køber, som er part i aftalen, eller af dennes kunder, for så vidt som disse begrænsninger vedrører det område eller den kundegruppe, hvortil køberen

⁽¹⁷⁾ Se Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, EF-Tidende C 101 af 27. april, 2004 side 97, punkt 46. Se endvidere Domstolens dom af 17. september 1985, *Ford mod Kommissionen*, 25/84 og 26/84, EU:C:1985:340, præmis 33 og 34.

⁽¹⁸⁾ Se Kommissionen retningslinjer for vertikale begrænsninger, EU-Tidende C 130 af 19. maj 2010, side 1, punkt 7, samt Kommissionen retningslinjer for vertikale begrænsninger, EU-Tidende C 248 af 30. juni 2022, side 1, punkt 18(d).

⁽¹⁹⁾ Se Kommissionens forordning nr. 67/67/EØF af 22. marts 1967 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3 på kategorier af eneforhandlingsaftaler artikel 2, stk. 1, litra b), Kommissionens forordning (EØF) nr. 1983/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler artikel 3, litra c) og d), Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis artikel 4, litra b).

⁽²⁰⁾ Se Kommissionens forordning (EU) 2022/720 af 10. maj 2022 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, artikel 4, litra b) - e).

⁽²¹⁾ EU-Tidende C 130 af 19. maj 2010, side 1.

eller dennes kunder må sælge aftalevarerne eller -tjenesteydelserne. Denne alvorlige begrænsning indebærer en markedsopdeling i områder eller kundegrupper. Den kan bero på direkte forpligtelser, såsom et forbud mod passivt salg til bestemte kunder eller til kunder i bestemte områder eller en pligt til at henvise ordrer fra sådanne kunder til andre forhandlere. [...] Eftersom artikel 4, litra b), kun drejer sig om begrænsninger i køberens eller dennes kunders salg, betyder det, at begrænsninger i leverandørens salg heller ikke betragtes som alvorlige begrænsninger, idet der dog skal tages hensyn til, hvad der anføres i punkt 59) angående salg af reservedele i relation til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra e). [...]

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

- Ved "aktivt" salg forstås aktiv henvendelse til individuelle kunder, f.eks. i form af adresserede breve, herunder uopfordrede e-mails, eller besøg, eller aktiv henvendelse til en bestemt kundegruppe eller bestemte kunder i et bestemt område, gennem reklamer i medierne, på internettet eller andre salgsmidler, der specifikt er rettet mod denne kundegruppe eller kunder i*

det pågældende område. Reklamer og salgsfremmende tiltag, der kun er attraktive for køberen, hvis de (også) når ud til en bestemt kundegruppe eller kunder i et bestemt område, betragtes som aktivt salg til denne kundegruppe eller kunderne i dette bestemte område.

- *Ved "passivt" salg forstås besvarelse af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering af varer eller tjenesteydelser til disse kunder. Generelle reklamer eller salgsfremstød, der når frem til kunder i andre forhandlers (eksklusive) områder eller kundegrupper, men som udgør en rimelig måde til at nå ud til kunder uden for disse områder eller kundegrupper, f.eks. ved at nå ud til kunder i ens eget område, anses for at være passivt salg. Generelle reklamer eller salgsfremstød betragtes som en rimelig måde at nå ud til sådanne kunder på, hvis det vil kunne betale sig for køberen at investere i dem, også selv om de ikke når ud til kunder i andre forhandlers (eksklusivt tildelte) områder eller kundegrupper."*

(understregning tilføjet)

29. Retningslinjerne understreger, at selv hvis en forhandler er blevet udpeget som eneforhandler i et område, skal det altid være muligt for andre forhandlere at foretage passivt salg ind i området. En leverandør, der beskytter sine forhandlere mod passivt salg, kan ikke nyde godt af gruppefritagelse.
30. Det fremgår af Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), nr. i), at forbud mod aktivt salg i visse tilfælde kan være gruppefritaget, nemlig når salget sker "*ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, som er reserveret leverandøren, eller som leverandøren har tildelt en anden køber, forudsat at begrænsningen ikke begrænser køberens kunders salg*".
31. Baggrunden for bestemmelsen er, at man har vurderet, at eksklusiv distribution kan indebære effektivitetsgevinster, idet en sådan eksklusivitet øger incitamentet til at investere i distributionsservices. Eksklusivitet kan derfor under visse forhold retfærdiggøre begrænsninger af aktivt salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe. Eksklusivitet kan derimod ikke retfærdiggøre begrænsninger af

passivt salg. Muligheden for passivt salg sikrer, at der ikke sker en fuldstændig markedsopdeling.

32. I overensstemmelse hermed anføres det i Kommissionens Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, side 13f, ⁽²²⁾ at

”Exclusive distribution enables the supplier to reserve for himself or to designate only one distributor in a particular territory and to protect that distributor against other (exclusive) distributors actively approaching customers in the exclusively allocated territory (protection against so-called active sales). This protection provides the exclusive distributor with more incentives to invest in distributing the supplier's products or services in that territory, as the exclusive distributor will be protected to a certain extent against possible free-riding by other distributors on its investments. However, this protection does not allow the supplier to prohibit other distributors from responding to unsolicited requests from individual customers (so-called passive sales). It is considered that a restriction of passive sales would go beyond what is necessary to protect the investments made by the exclusive distributor. The possibility to make passive sales into exclusive territories was also seen as a safety valve for protecting the internal market, which allows consumers, businesses and their agents to purchase products wherever they want within the EU. Restrictions of passive sales therefore qualify as hardcore restrictions under the VBER.”

(understregning tilføjet)

33. Grøppefritagelsesforordningen blev i 2022 erstattet af Kommissionens forordning (EU) 2022/720 af 10. maj 2022 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis ⁽²³⁾ (”2022-Grøppefritagelsesforordningen”), der i artikel 4, litra b), indeholder en bestemmelse, der – for så vidt angår de dele, der er relevante for denne sag – svarer til Grøppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b).

⁽²²⁾ SWD(2020) 172 final.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0172>

⁽²³⁾ EU-Tidende L 134 af 11. maj 2022, side 4.

34. I forbindelse med udstedelsen af 2022-Gruppefritagelsesforordningens offentliggjorde Kommissionen sine opdaterede Retningslinjer for vertikale begrænsninger. ⁽²⁴⁾ Punkt 222 i disse retningslinjer har følgende ordlyd:

”Beskyttelsen af eksklusivt tildelte områder eller kundegrupper er ikke absolut. For at forhindre markedsopdeling må passivt salg i sådanne områder eller til sådanne kundegrupper ikke begrænses. Artikel 4, litra b), i forordning (EU) 2022/720 finder dog kun anvendelse på begrænsninger, der pålægges køberen. Det betyder, at leverandøren kan acceptere salgsbegrænsninger alene, både online og offline, i eksklusivområdet eller til nogle eller alle kunder, der tilhører en eksklusiv kundegruppe. Begrænsninger af passivt salg til de endelige brugere kan dog i visse tilfælde være ugyldige, jf. artikel 6, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2018/302.” ⁽²⁵⁾

(understregning tilføjet)

35. Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), bør fortolkes i lyset af den ovennævnte konsistente lovgivningsmæssige baggrund, den langvarige og faste retspraksis om forbud mod opdeling af det indre marked, og det grundlæggende formål med Gruppefritagelsesforordningen, som skitseret blandt andet i præambelens betragtning 10.
36. Hvis aftalen mellem Deutz og DMN var gruppefritaget som følge af, at den ikke begrænser det område eller den kundegruppe, hvortil DMN måtte sælge de relevante varer, ville det indebære, at parterne i henhold til Gruppefritagelsesforordningen lovligt kunne aftale, at Deutz skulle indgå aftaler, der (i) havde til formål at begrænse konkurrencen i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF og (ii) som ikke kunne fritages i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, da de indeholder hardcore restriktioner.

III. KONKLUSION

37. Det er på denne baggrund Kommissionens opfattelse, at en aftale, der reelt forpligter en virksomhed til at indgå aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen i strid med

⁽²⁴⁾ EU-Tidende C 248 af 30. juni 2022, side 1.

⁽²⁵⁾ Fodnote udeladt.

artikel 101, stk. 1, TEUF og som ikke kan fritages i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, ikke kan være gruppefritaget.

38. Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), skal derfor fortolkes således, at aftaler mellem en leverandør og en kunde, der indeholder en bestemmelse om, at leverandøren skal forpligte sine øvrige kunder til ikke at sælge varer, leveret af leverandøren, ind i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, ikke er gruppefritaget i henhold til Gruppefritagelsesforordningen.

Sergio BACHES OPI

Pascal BERGHE

Christian VANG

Kommissionens befuldmægtigede