



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

KFST – uafhængig konkurrencemyndighed

# VELFUNDERENDE MARKEDER

NR 62 | August 2022

# EU-KOMMISSIONENS NYE VERTIKALE GRUPPEFRITAGELSE

**Den 1. juni 2022 trådte EU-Kommissionens nye gruppefritagelsesforordning for vertikale aftaler og de tilhørende retningslinjer for vertikale begrænsninger i kraft.**

Artiklen beskriver de væsentligste ændringer og præciseringer, som er resultatet af EU-Kommissionens netop afsluttede evaluering af reglerne for vertikale aftaler. Artiklen er målrettet praktikere med forudgående kendskab til reglerne om vertikale aftaler.

De væsentligste ændringer og præciseringer vedrører:

- 1) parallel distribution,
- 2) paritetsklausuler,
- 3) mere fleksible distributionssystemer,

- 4) en ny definition af leverandører af onlineformidlingstjenester
- 5) en modernisering af reglerne om begrænsninger af online salg,
- 6) stiltiende fornyelse af konkurrenceklausuler samt ny vejledning om
- 7) agentaftaler,
- 8) prisbindinger og
- 9) bæredygtighedsmål.

Læs artiklen ↓

## Baggrunden for reglerne om vertikale aftaler og ændringen heraf

Den 10. maj 2022 vedtog EU-Kommissionen den nye vertikale gruppefritagelsesforordning<sup>1</sup> ("VGFO" eller "gruppefritagelsen") og de tilhørende retningslinjer for vertikale begrænsninger ("VRL" eller "retningslinjerne").

De nye regler trådte i kraft den 1. juni 2022. Reglerne vedrører således "vertikale aftaler" mellem virksomheder og kaldes derfor også "de vertikale regler".

"Vertikale aftaler" er aftaler mellem virksomheder, som i relation til aftalen opererer i forskellige led i produktions- og distributionskæden. Det kan fx være en producent og en detailforhandler, der indgår en aftale om, hvad detailhandleren må købe, sælge eller videresælge.<sup>2</sup>

Vertikale aftaler kan have negative virkninger på markedet<sup>3</sup> og indeholde begrænsninger, som er i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF ") art. 101, stk. 1.<sup>4</sup>

Et eksempel på vertikale aftaler, der – typisk – vil være forbudte efter TEUF art. 101, stk. 1, er aftaler om prisbindinger, hvor en leverandør fx fastsætter minimumspriser eller faste priser for sine distributørers videresalg.<sup>5</sup>

Et andet eksempel er vertikale aftaler om markedsdeling, hvor leverandøren fastlægger, hvor eller til hvem distributørerne må videresælge varerne ("videresalgsbegrænsninger").<sup>6</sup>

Nogle vertikale aftaler med negative virkninger på markedet kan dog også have positive virkninger for markedet.<sup>7</sup> Der er derfor vertikale aftaler, som – efter en konkret vurdering – kan være fritaget fra forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, hvis de opfylder de fire kumulative betingelser i TEUF art. 101, stk. 3, herefter:

(i) aftalen skal være forbundet med effektivitetsgevinster, idet den bidrager til at forbedre produktionen eller distributionen af varer eller tjenester eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,

(ii) aftalen skal sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,

(iii) aftalen må ikke pålægge virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og

(iv) aftalen må ikke give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

I gruppefritagelsen definerer EU-Kommissionen en række kategorier af vertikale aftaler/begrænsninger, som kan antages at opfylde disse fire, kumulative betingelser, og som gruppefritagelsen derfor på forhånd fritager<sup>8</sup> fra forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, forudsat at nogle nærmere angivne betingelser er opfyldt, jf. nedenfor.

For de vertikale aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsen, har EU-Kommissionen således vurderet, at de med aftalerne forbundne effektivitetsgevinster med tilstrækkelig sikkerhed kan antages at opveje eventuelle konkurrenceskadelige virkninger.

Fritagelse efter gruppefritagelsen forudsætter imidlertid, at følgende tre kumulative betingelser ("de almindelige betingelser for gruppefritagelse") alle er opfyldt:

(i) ingen af parternes markedsandele må overstige 30 % på de relevante salgs- og købsmarkeder<sup>9</sup>, (ii) aftalen må ikke indeholde nogle særligt angivne såkaldt "alvorlige" ("hard-core") konkurrencebegrænsninger<sup>10</sup>, der indebærer, at *hele aftalen* ikke kan nyde godt af gruppefritagelsen, og

(iii) aftalen må ikke indeholde nogle særligt angivne såkaldt "ikke-fritagne" eller "udelukkede" konkurrencebegrænsninger<sup>11</sup>, der indebærer, at *den specifikke begrænsning* ikke kan nyde godt af gruppefritagelsen.

Gruppefritagelsen skaber således en legalitetsformodning ("safe harbour") for disse kategorier af aftaler, der er undtaget fra forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, når de almindelige betingelser for fritagelse er opfyldt.

<sup>1</sup> "Kommissionens forordning (EU) 2022/720 af 10. maj 2022 om anvendelsen af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis" samt Kommissionens meddelelse C (2022) 4238 af 28. juni.2022 "Retningslinjer for vertikale begrænsninger".

<sup>2</sup> jf. gruppefritagelsens art. 1, stk. 1, litra a), og retningslinjernes pkt. (56) - (58).

<sup>3</sup> se retningslinjerne afsnit 2.2 for en eksemplificering af hvilke negative virkninger på markedet, som vertikale begrænsninger navnlig kan medføre.

<sup>4</sup> Konkurrencelovens § 6, stk. 1 indeholder et forbud, der indholdsmæssigt svarer til og skal fortolkes i overensstemmelse med TEUF art. 101, stk. 1.

<sup>5</sup> se gruppefritagelsen art. 4, litra a) samt afsnit 8 nedenfor.

<sup>6</sup> se gruppefritagelsen art. 4, litra b), c), d) og e).

<sup>7</sup> se retningslinjerne afsnit 2.1 for en eksemplificering af hvilke positive virkninger på markedet, som vertikale begrænsninger navnlig kan medføre.

<sup>8</sup> jf. gruppefritagelsens art. 2, stk. 1.

<sup>9</sup> jf. gruppefritagelsens art. 3.

<sup>10</sup> jf. gruppefritagelsens art. 4. De ovenfor nævnte eksempler på aftaler, der typisk vil være forbudt efter TEUF art. 101, stk. 1, er blandt de "alvorlige" konkurrencebegrænsninger nævnt i gruppefritagelsens art. 4.

<sup>11</sup> jf. gruppefritagelsens art. 5. I modsætning til art. 4, er resten af den vertikale aftale dog fortsat omfattet af gruppefritagelsen, såfremt den specifikke begrænsning, fx en konkurrenceklausul af mere end 5 års varighed, kan udskilles fra resten af aftalen.

Retningslinjerne indeholder vejledning om, hvordan gruppefritagelsen skal fortolkes og anvendes, og hvordan aftaler, der falder uden for legalitetsformodningen, skal vurderes konkret og individuelt på basis af TEUF art. 101, stk. 1 og stk. 3.

Den tidligere vertikale gruppefritagelsesforordning fra 2010 og de tilhørende retningslinjer<sup>12</sup> har været igennem en omfattende evalueringsproces.

Mens strukturen i gruppefritagelsen er bevaret, er der foretaget en del materielle ændringer. Desuden har EU-Kommissionen foretaget strukturelle ændringer i og tilføjet flere afsnit om nye temaer i retningslinjerne, som er vokset betydeligt i omfang.

Revisionens formål har bl.a. været at give virksomhederne enklere og klarere regler og en forbedret vejledning, som er opdateret med ny praksis. Samtidig er der taget hensyn til den stadigt stigende digitalisering med øget online-salg og

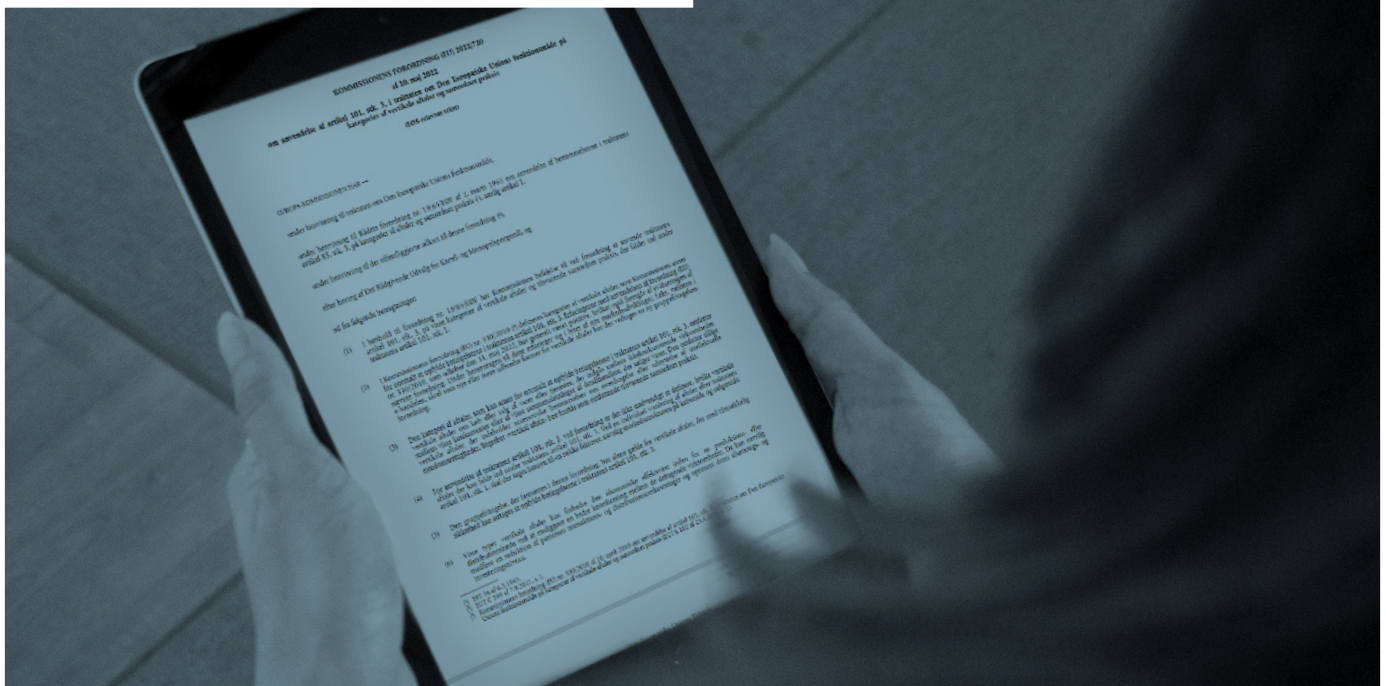
fremvæksten af nye digitale markedsaktører såsom online-markedspladser, prissammenligningstjenester, søgemaskiner, app-butikker, sociale medietjenester m.v.

Formålet har også været at sikre, at legalitetsformodningen hverken er for bred eller for snæver, således at gruppefritagelsen kun omfatter vertikale aftaler, som med tilstrækkelig sikkerhed kan antages at opfylde de fire betingelser i TEUF art. 101, stk. 3.

Et overblik over de væsentligste ændringer og præciseringer fremgår af boks 1 nedenfor og uddybes i de efterfølgende afsnit.

”Den reviderede gruppefritagelsesforordning for vertikale aftaler og de nye vertikale retningslinjer er resultatet af en grundig revisionsproces. De nye regler vil give virksomhederne ajourført vejledning, der er tilpasset de kommende ti år, som vil være præget af stigende digitalisering. Reglerne er vigtige redskaber, der vil hjælpe alle typer virksomheder, også små og mellemstore virksomheder, med at vurdere deres vertikale aftaler som led i deres daglige aktiviteter.”

*Konkurrencekommissær, Margrethe Vestager  
10. maj 2022*



<sup>12</sup> ”Kommissionens forordning (EU) 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” samt Kommissionens meddelelse af 19. maj 2010 om ”Retningslinjer for vertikale begrænsninger”.

## Boks 1. Væsentligste ændringer og præciseringer i gruppefritagelsen og retningslinjerne

Tema/vertikal begrænsning	Væsentligste ændringer og præciseringer
1. Parallel distribution	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fritagelsen er udvidet til også at omfatte importører og grossister.</li> <li>• Fritagelsen udelukker udtrykkeligt "hybridplatformes" aftaler om levering af onlineformidlingstjenester.</li> <li>• Fritagelsen er indsnævret til kun at omfatte informationsudveksling, der er (i) direkte forbundet med gennemførelsen af den vertikale aftale, og (ii) nødvendig for at forbedre produktionen eller distributionen af aftaleprodukterne.</li> </ul>
2. Paritetsklausuler	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fritagelsen er indsnævret, idet paritetsklausuler i detailledet mellem konkurrerende platforme ikke længere er omfattet men i stedet er tilføjet listen over ikke-fritagne begrænsninger.</li> </ul>
3. Mere fleksible distributions-systemer og mere vejledning om videresalgsbegrænsninger  (Kunde- og område salgsbegrænsninger)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fritagelsen er udvidet til at omfatte muligheden for "delt eksklusivitet" for op til fem forhandlere pr. eksklusivområde/-kunde-gruppe.</li> <li>• Begrænsning af aktivt salg for at beskytte forhandleres eksklusivområder/-kunde-gruppe kan nu videreføres til alle leverandørens forhandleres direkte kunder.</li> <li>• Leverandøren har nu mulighed for at kombinere selektive og eksklusive distributionssystemer inden for EØS, dog fortsat ikke inden for samme område.</li> <li>• Fritagelsen giver øget mulighed for at beskytte disse distributionssystemer herunder mod salg fra hinanden.</li> <li>• Mere vejledning i VRL om såvel offline som online videresalgsbegrænsninger.</li> </ul>
4. Onlineformidlingstjenester	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ny definition af onlineformidlingstjenester. Fastlagt at udbydere heraf skal anses som "leverandører" ift. aftaler om levering af sådanne tjenester.</li> </ul>
5. Modernisering af reglerne om begrænsninger af onlinesalg	<ul style="list-style-type: none"> <li>• "Dobbelt prissætning" overfor samme forhandler med højere engrospriser for onlinesalg end offlinesalg, er som udgangspunkt ikke længere en alvorlig begrænsning.</li> <li>• Anvendelse af forskellige kriterier for onlinesalg hhv. offlinesalg er som udgangspunkt ikke længere en alvorlig begrænsning.</li> <li>• Ny overordnet test for begrænsning af onlinesalg, hvorefter hindring af køberens eller dennes kunders effektive brug af internettet med henblik på salg af produkterne udgør en ny alvorlig begrænsning.</li> <li>• Udvidet vejledning i VRL om rene online videresalgsbegrænsninger.</li> <li>• Udvidet definition af aktivt og passivt salg.</li> </ul>
6. Stiltiende fornyelse af konkurrenceklausuler	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fritagelsen omfatter nu konkurrenceklausuler, som stiltiende fornyes udover en periode på fem år, forudsat køber rent faktisk kan genforhandle eller opsigte den vertikale aftale.</li> </ul>
7. Agentaftaler	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Præciseret, at kortvarig overtagelse af ejendomsretten ikke udelukker, at der kan foreligge en "ægte" agentaftale.</li> <li>• Ny vejledning i VRL om de måder, hvorpå agenturgiver kan dække relevante risici og omkostninger.</li> <li>• Ny vejledning i VRL om betingelserne for, at agenter/forhandlere kan have en "dobbelt rolle" for samme leverandør.</li> <li>• Ny vejledning om refusion af allerede afholdte markedsspecifikke investeringer.</li> <li>• Præciseret, at onlineplatforme generelt ikke kan anses for at være agenter.</li> </ul>
8. Prisbindinger	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Præciseret, at "annoncerede mindstepriser" udgør indirekte prisbindinger.</li> <li>• Ny vejledning i VRL om "opfyldelsesaftaler".</li> <li>• Præciseret, at det udgør prisbindinger, når leverandører af onlineformidlingstjenester begrænser den pris, de formidlede varer eller tjenester må sælges til.</li> </ul>
9. Bæredygtighedsmål	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Præciseret, at bæredygtighedsmål e.o. kan indgå som mulige effektivitetsgevinster.</li> </ul>

## 1. Parallel distribution

Vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder er som hovedregel fortsat ikke omfattet af gruppefritagelsen, jf. gruppefritagelsens art. 2, stk. 4, 1. pkt.

Visse vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder kan<sup>13</sup> imidlertid være omfattet af gruppefritagelsen, når der er tale om såkaldt "parallel distribution" ("dual distribution").

Parallel distribution kan fx være, at en producent sælger til en detailforretning og samtidig (parallelt) selv sælger til slutkundemarkedet i konkurrence med detailforretningen.

De vertikale aftaler, som er omfattet af gruppefritagelsen, vedrører imidlertid først og fremmest det vertikale forhold mellem leverandøren og køberen – og der accepteres derfor inden for rammerne af gruppefritagelsen begrænsninger i den intra-brand konkurrence, der udspringer på slutbrugermarkedet mellem leverandøren og køberen.

Reglerne er nu ændret på tre områder ift. parallel distribution:

For det *første* er definitionen på parallel definition i gruppefritagelsens art. 2, stk. 4, litra a) og b), udvidet til ikke kun at omfatte producenter/udbydere men også *importører og grossister* (både på leverandør og købersiden).<sup>14</sup>

For det *andet* er gruppefritagelsen indsnævret til udtrykkeligt *ikke at omfatte vertikale aftaler om levering af onlineformidlingstjenester*, hvor udbyderen også sælger de formidlede varer eller tjenester på det relevante marked i konkurrence med de virksomheder, som de leverer onlineformidlingstjenester til (såkaldte "*hybridplatforme*"), jf. også afsnit 4 nedenfor.<sup>15</sup>

Det skal ses i lyset af, at hybridplatforme kan have et incitament til at favorisere deres eget salg og på anden måde svække konkurrencen mellem virksomheder, der sælger produkter gennem platformens onlineformidlingstjenester.<sup>16</sup>

Hybridplatformes aftaler om levering af onlineformidlingstjenester er således ikke omfattet af gruppefritagelsen.

Imidlertid gælder der ikke for sådanne aftaler nogen forudsætning for, at TEUF art. 101(1) er overtrådt. Der skal derfor foretages en konkret, individuel vurdering efter TEUF art. 101(1) og 101(3). EU-Kommissionen ventes primært at prioritere sager om sådanne aftaler, hvis der er tale om virksomheder med en stærk markedsposition, eller aftalen har et konkurrencebegrænsende formål.<sup>17</sup>

For det *tredje* har EU-Kommissionen indsnævret gruppefritagelsen til kun at omfatte informationsudveksling ifm. parallel distribution, som opfylder den to-ledelede test i gruppefritagelsen art. 2, stk. 5, hvorefter informationsudvekslingen skal være:

(i) "*direkte forbundet med gennemførelsen af den vertikale aftale*" og

(ii) "*nødvendig for at forbedre produktionen eller distributionen af aftalevarerne eller tjenesterne*"

Begge betingelser skal således være opfyldt, før gruppefritagelsen er relevant.

Tidligere var vertikale aftalevilkår om informationsudveksling ifm. parallel distribution ikke særskilt omtalt i de vertikale regler, og de var dermed omfattet af den tidligere gruppefritagelse, såfremt de almindelige betingelser for gruppefritagelse i øvrigt var opfyldt.

Indsnævringen af gruppefritagelsen fsva. informationsudveksling ved parallel distribution er blevet debatteret indgående i høringsprocessen og skal navnlig ses i lyset af, at parallel distribution – som følge af den markante vækst i e-handlen og den øgede brug af internettet – i dag er væsentligt mere udbredt end i 2010.<sup>18</sup>

Retningslinjernes pkt. (99) angiver en ikke-udtømmende liste med eksempler på oplysninger, som normalt – opfylder den nye test i gruppefritagelsens art. 2, stk. 5, og som derfor som udgangspunkt er omfattet af gruppefritagelsen ("hvid liste").

Desuden angiver retningslinjernes pkt. (100) en række eksempler på oplysninger, som normalt ikke opfylder denne test, og som derfor som udgangspunkt ikke er omfattet af gruppefritagelsen ("sort" liste), jf. boks 2 på næste side.

<sup>13</sup> jf. art. 2, stk. 4, litra a) eller b), og hvor de vertikale aftaler opfylder betingelserne i gruppefritagelsens art. 2, stk. 5-7 samt i øvrigt opfylder de almindelige betingelser i gruppefritagelsen.

<sup>14</sup> "Parallel distribution" blev tidligere defineret som ikke-gensidige vertikale aftaler, hvor leverandøren var vertikalt integreret og aktiv både som producent/udbyder og tillige var tilstede som forhandler i detailledet i konkurrence med selvstændige forhandlere, der ikke samtidig var konkurrenter i produktionsledet/i det omsætningsled, hvor køberen købte produkterne, jf. art. 2, stk. 4, litra a) eller b) i den tidligere gruppefritagelse.

<sup>15</sup> jf. gruppefritagelsens art. 2, stk. 6, og retningslinjernes pkt. (104).

<sup>16</sup> jf. gruppefritagelsens præambel pkt. (14) og retningslinjernes pkt. (105).

<sup>17</sup> jf. retningslinjernes pkt. (107) - (109).

<sup>18</sup> jf. gruppefritagelsens præambel pkt. (13), retningslinjernes pkt. (96) samt EU-Kommissionens "Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines" af 10. maj 2022, s. 2.

## Boks 2. "Hvid"-listede og "sort"-listede typer af informationsudveksling i vertikale aftaler mellem konkurrenter, dvs. vertikale aftaler, hvor der foreligger parallel distribution omfattet af gruppefritagelsen

### "Hvid" liste: Som udgangspunkt omfattet af gruppefritagelsen, jf. retningslinjernes pkt. (99):

- Tekniske oplysninger om aftaleprodukterne (fx registrering, certificering, lovgivnings- og kundekrav m.v.).
- Logistiske oplysninger vedrørende produktion og distribution (fx produktion, lagerbeholdning, salgsmængder, afkast), se dog retningslinjernes pkt. (100), litra b).
- Aggregerede oplysninger om kundekøb, -præferencer og -feedback m.v., se dog retningslinjernes pkt. (100), litra b) og gruppefritagelsens art. 4, litra b), c) og d).
- Oplysninger om leverandørens priser over for køberen i det vertikale led.
- Oplysninger om leverandørens vejledende eller maksimale videresalgspriser og om de priser, hvortil køberen videresælger, se dog retningslinjernes pkt. (100), litra a).
- Oplysninger om markedsføring og kampagner m.v., se dog retningslinjernes pkt. (100), litra e).
- Resultatrelaterede aggregerede oplysninger fra leverandøren til køberen om andre køberes markedsførings- og salgsaktiviteter (benchmarking).

### "Sort" liste: Som udgangspunkt ikke omfattet af gruppefritagelsen, jf. retningslinjernes pkt. (100):

- Oplysninger om de fremtidige priser, som leverandøren eller køberen påtænker at sælge aftalevarerne eller -tjenesterne til i næste led.
- Kundespecifikke oplysninger, med mindre det er nødvendigt for fx at sætte leverandøren i stand til at opfylde en bestemt endelig brugers krav, yde den endelige bruger før- og eftersalgsservice, herunder garantiydelse m.v.
- Oplysninger om varer, som sælges af en køber under dennes eget varemærke (private label), som udveksles mellem køberen og en producent af konkurrerende mærkevarer.

Som det fremgår af boks 2, er eksempelvis informationsudveksling om de fremtidige priser, som leverandøren eller køberen agter at sælge aftalevarerne eller tjenesterne til i efterfølgende led, omfattet af den sorte liste.<sup>19</sup> Denne form for informationsudveksling inden for rammerne af en vertikal aftale<sup>20</sup> er således som udgangspunkt ikke omfattet af gruppefritagelsen.

Den valgte distributionsmodel kan også have betydning for, om testen er opfyldt. Eksempelvis kan det ifm. med eksklusiv distribution være nødvendigt for parterne at udveksle information om deres salgsaktiviteter i bestemte områder eller overfor bestemte kundegrupper.<sup>21</sup>

Eksemplerne er tænkt som en hjælp til virksomhederne ved vurderingen af, om testen i gruppefritagelsens art. 2, stk. 5, er opfyldt – dvs. om den pågældende informationsudveksling er gruppefritaget eller ej. Virksomhederne skal altid anvende betingelserne i gruppefritagelsens art. 2, stk. 5, på de specifikke omstændigheder for deres vertikale aftale.<sup>22</sup>

En aftale kan kun være omfattet af gruppefritagelsen, hvis den er vertikal. Det skal derfor indledningsvist vurderes, om der i det hele taget foreligger en "vertikal aftale".<sup>23</sup>

Definitionen forudsætter, at (i) virksomhederne hver især opererer inden for forskellige led i produktions- eller distributionskæden i relation til den konkrete aftale eller samordnede praksis, som er genstand for den konkurrenceretlige vurdering, og (ii) at denne konkrete aftale eller samordnede praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester.

Med andre ord omfatter gruppefritagelsen kun de dele af en aftale, der indgår i forbindelse med parallel distribution, som relaterer sig til det vertikale forhold mellem parterne.

Eksempelvis vil en bestemmelse i en distributionsaftale mellem en vertikalt integreret leverandør og en forhandler, der er konkurrenter i detailledet men ikke i produktionsledet, om, at leverandøren og forhandleren altid skal tage de samme priser for samme produkter i detailledet, ikke

<sup>19</sup> jf. retningslinjernes pkt. (100), litra a).

<sup>20</sup> jf. definitionen heraf i gruppefritagelsens art. 1, stk. 1, litra a).

<sup>21</sup> jf. retningslinjernes pkt. (98).

<sup>22</sup> jf. retningslinjernes pkt. (101).

<sup>23</sup> jf. definitionen heraf i gruppefritagelsens art. 1, stk. 1, litra a).

udgøre en vertikal aftale men en horisontal prisaf tale, som falder helt uden for gruppefritagelsen.<sup>24</sup>

## 2. Paritetsklausuler

"Paritetsklausuler"<sup>25</sup> forpligter en sælger af et produkt til ikke at udbyde produktet til visse andre parter eller via andre kanaler på betingelser (fx pris), der er MERE favorable end de betingelser, hvorpå sælgeren udbyder produktet til aftaleparten.<sup>26</sup>

Disse klausuler har i de seneste år været hyppigt omtalt i forbindelse med de såkaldte hotelbooking-platform-sager rundt om i EU. Konkret havde visse platforme indført krav om, at hotellerne på platformen ikke måtte tilbyde endelige brugere bedre betingelser (fx lavere pris) på deres egen hjemmeside eller på andre booking-platforme end de betingelser, som de tilbød på den pågældende platform.

Tidligere var aftaler om paritetsklausuler ikke særskilt omtalt i de vertikale regler, og dermed omfattede den tidligere gruppefritagelse *alle* typer af paritetsklausuler, såfremt de almindelige betingelser for gruppefritagelse i øvrigt var opfyldt.

Det var tilfældet, uanset om de vedrørte (i) "offline"-salg/ "online"-salg, (ii) "direkte"/ "indirekte" salgskanaler (leverandørens egne hhv. via tredjeparter), (iii) betingelserne for salg til "forudgående led"/ "detailleret" (andre virksomheder hhv. endelige brugere), og (iv) såkaldt "brede" eller "snævre"/ "smalle" paritetsklausuler (alle salgskanaler hhv. kun direkte salgskanaler).

Som noget nyt er gruppefritagelsen blevet indskrænket, således at *paritetsklausuler i detailløbet mellem konkurrerende platforme (APPAs)* er undtaget fra gruppefritagelsen, således at de ikke længere er gruppefritaget.

Det indebærer, at paritetsklausuler anvendt af eksempelvis en hotelbooking-platform, hvor hotellerne på platformen ikke må tilbyde de endelige brugere værelser billigere eller i øvrigt på bedre betingelser på andre bookingplatforme, ikke længere er gruppefritaget.

<sup>24</sup> Konkurrencerådet har senest i de såkaldte *Hugo Boss*-sager, truffet to afgørelser vedrørende informationsudveksling i forbindelse med parallel distribution. Hugo Boss anvendte et parallelt distributionssystem og var således både leverandør og konkurrent til de selvstændige detailforhandlere Ginsborg og Kaufmann. Den informationsudveksling, som var de to sagers omdrejningspunkt, omhandlede oplysninger fra Hugo Boss til Ginsborg henholdsvis Kaufmann om Hugo Boss' fremtidige priser, rabatter og mængder ved Hugo Boss' egne fremtidige udsalg i detailløbet. Se Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020, Informationsudveksling mellem Hugo Boss og Ginsborg, Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020, Informationsudveksling mellem Hugo Boss og Kaufmann samt Konkurrenceankenævnets kendelser af 23. juni 2021 om Hugo Boss Nordic ApS mod Konkurrencerådet hhv. Axel Kaufmann ApS mod Konkurrencerådet. Afgørelserne er indbragt for Sø- og Handelsretten.

<sup>25</sup> Paritetsklausuler har i praksis en lang række betegnelser, som fx "paritetsaftaler", "mestbegunstigelsesklausuler", "Most-Favoured Nation Clauses"/ "MFNs", "Most-Favoured Customer Clauses"/ "MFCs" og "Across Platform Parity Agreements"/ "APPAs" mv.

<sup>26</sup> jf. retningslinjernes pkt. (356).

Disse paritetsklausuler er blevet tilføjet listen over ikke-fritagne begrænsninger i gruppefritagelsens art. 5, stk. 1, litra d), da denne type af paritetsklausuler vurderes at kunne svække konkurrencen mellem platforme og samtidig ikke længere med tilstrækkelig sikkerhed vurderes generelt at kunne opfylde betingelserne i TEUF art. 101, stk. 3.

Det betyder, at disse paritetsklausuler fremadrettet – uanset markedsandel – skal vurderes konkret og individuelt efter TEUF art. 101, stk. 1 og stk. 3.<sup>27</sup>

## 3. Mere fleksible distributionssystemer

De nye vertikale regler giver leverandøren en øget fleksibilitet i tilrettelæggelsen af sine distributionssystemer, herunder øget mulighed for at anvende videresalgsbegrænsninger, dvs. kunde- og områdesalgsbegrænsninger.

Desuden giver de nye regler øget vejledning om såvel offline- som onlinevideresalgsbegrænsninger.

Ved *eksklusiv distribution* tildeler leverandøren et geografisk område eller en bestemt kundegruppe eksklusivt til én bestemt forhandler eller reserverer området eller kundegruppen til sig selv, der så beskyttes mod såkaldt aktivt salg (til eneforhandlere og forbrugere i området) fra alle leverandørens øvrige købere.

"Aktivt" salg er et salg, der sker som følge af en aktiv henvendelse (fra en forhandler eller dennes direkte kunder) til kunder fx gennem besøg, breve, emails, opkald eller andre former for direkte kommunikation i modsætning til "passivt" salg, som er et salg, der sker som følge af en uopfordret henvendelse fra en kunde, jf. nærmere herom i afsnit 5 nedenfor.

Som en *første* udvidelse af gruppefritagelsen har leverandøren nu mulighed for at give såkaldt "*delt eksklusivitet*" til op til fem forhandlere til et givent område eller kundegruppe.<sup>28</sup>

Som en *anden* udvidelse af gruppefritagelsen kan leverandøren nu også beskytte eksklusivforhandlere, fx i Tyskland, mod aktivt salg, ikke bare fra forhandlere beliggende uden for eksklusivområdet (og uanset hvilket distributionssystem leverandøren anvender i de andre områder) men også *disses direkte kunder*.

Leverandøren kan således nu efter gruppefritagelsen forpligte køberen til at videreføre begrænsningen i aktivt salg til købers direkte kunder i første (men ikke senere) omsætningsled.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> EU-Kommissionens vejledning om den konkrete, individuelle vurdering af denne type af paritets-klausuler og af øvrige typer paritetsklausuler, når markedsandelstærsklen på 30 % er overskredet, kan findes i retningslinjerne i de helt nye afsnit 6.2.4 og 8.2.5.

<sup>28</sup> jf. gruppefritagelsens art. 4, litra b), i).

<sup>29</sup> jf. gruppefritagelsens art. 4, litra b), i), art. 4, litra c), i), 1) og art. 4, litra d), i).

Den nye gruppefritagelse giver således leverandøren bedre muligheder for og større fleksibilitet til at beskytte eksklusive distributionsområder og kunde grupper mod *aktivt* videresalg.

Ved *selektiv distribution* forpligter leverandøren sig til udelukkende at sælge aftaleprodukterne til forhandlere, der er udvalgt på grundlag af bestemte kriterier, og hvor disse forhandlere forpligter sig til ikke at sælge produkterne til uautoriserede forhandlere i det område, som leverandøren har afsat til at drive systemet, fx Danmark.

Som en *trejde* udvidelse af gruppefritagelsen er det nu udtrykkeligt muligt for leverandøren at *kombinere selektiv distribution og eksklusiv distribution* i EØS ("Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde"), dog således at det ikke sker inden for det samme geografiske område i EØS. Gruppefritagelsen omfatter således eksempelvis fortsat ikke en situation, hvor leverandøren samtidig anvender eksklusiv distribution i engrosledet og selektiv distribution i detailledet i fx Danmark, eller hvor eksklusiv og selektiv distribution anvendes samtidig i detailledet i fx hele Danmark.

Den nye gruppefritagelse giver leverandøren en øget frihed til at tilrettelægge sit distributionssystem, som leverandøren finder det mest hensigtsmæssigt, bl.a. ved at anvende forskellige distributionssystemer i forskellige geografiske områder.

Som en *fjerde* udvidelse af gruppefritagelsen giver gruppefritagelsen nu også leverandøren *øget mulighed for at beskytte sine eksklusive og selektive distributionssystemer*, herunder mod salg fra hinanden. Leverandøren kan således pålægge medlemmerne af et selektivt distributionssystem, fx i Danmark, og disse medlemmers direkte kunder, at de ikke *aktivt* må sælge til fx Tyskland eller til en afgrænset kunde gruppe, som leverandøren har tildelt til højst fem eksklusivforhandlere, eller som leverandøren har forbeholdt sig selv.<sup>30</sup>

Leverandøren har også mulighed for at beskytte sine selektive distributionssystemer mod *aktivt og passivt salg til uautoriserede distributører*, der er beliggende i et område, hvor leverandøren driver et selektivt distributionssystem, fx Danmark.

### Boks 3. Udvidet vejledning om såvel offline som online videresalgsbegrænsninger

#### "Forbudte" direkte forpligtelser

(retningslinjernes pkt. (204)):

- forbud mod salg til bestemte områder ("hvor") eller kunder ("hvem")
- pligt til at henvise ordrer fra sådanne kunder til andre forhandlere

#### "Forbudte" indirekte foranstaltninger

vedr. salg til sådanne kunder (retningslinjernes pkt. (204)), fx:

- krav om indhentelse af forudgående tilladelse fra leverandøren
- afvisning eller reduktion af bonusser eller rabatter
- leveringsstandsning eller begrænsning eller reduktion af leverancer
- trusler om opsigelse eller ikke-fornyelse
- anvendelse af højere priser overfor forhandleren for produkter, der sælges til sådanne kunder
- begrænsning af køberens andel af salget til sådanne kunder
- forbud mod anvendelse af flere sprog på emballagen eller til salg fremstød for produkterne
- levering af andet produkt eller betalinger til køberen som modydelse for at indstille salget
- krav om at lade fortjeneste fra salg gå videre til leverandøren
- ikke tilbyde EU-dækkende garanti

#### Som udgangspunkt "lovlige" forpligtelser

omhandlende "måden" ("hvordan") hvorpå der skal sælges, uanset typen af distributionssystem (retningslinjernes pkt. (207) og (205)) fx:

- krav til minimumsstørrelsen og udseendet af køberens fysiske butik eller til præsentation af produkterne
- foranstaltninger, der gør det muligt for en producent at kontrollere de leverede varers bestemmelsessted (fx differentierede etiketter, serienumre m.v.) eller gennemførelse af kontrolbesøg for at sikre overholdelse af andre (lovlige) begrænsninger er – i sig selv – ikke ulovlige. Men kan være det ifm. anden (ulovlig) adfærd (retningslinjernes pkt. (203) og (204))

<sup>30</sup> jf. gruppefritagelsens art. 4, litra c), b), 1).



Leverandøren kan således forbyde sine distributører (fx eksklusiv-, selektive- eller "frie" distributører) og deres kunder at gennemføre *aktivt og passivt salg*, uanset om disse distributører og kunder selv er beliggende inden for et område, fx Danmark, eller – som noget nyt – *uden for* dette område, fx Tyskland (med fx eksklusiv distribution) og Sverige (med fx "fri" distribution eller selektiv distribution).<sup>31</sup>

Endvidere er gruppefritagelsens tidligere art. 4, litra b), blevet omstruktureret i tre forskellige grupper i den nye art. 4, litra b), c) og d), dækkende hver af distributionskategorierne "eksklusiv distribution", "selektiv distribution" og "fri" distribution (alt andet end selektiv hhv. eksklusiv distribution).<sup>32</sup>

Endelig har Kommissionen *udvidet vejledningen* i retningslinjerne med eksempler på indirekte foranstaltninger, som må anses for at være alvorlige eller "forbudte" såvel *offline som online videresalgsbegrænsninger* samt eksempler på som udgangspunkt fritagne eller "lovlige" videresalgsbegrænsninger.

Flere af eksemplerne er nye og udgør en kodificering af praksis. Retningslinjerne eksemplificerer og præciserer således omfanget af alvorlige begrænsninger som beskrevet i gruppefritagelsens art. 4 litra b), c) og d).

En samlet oversigt over de i retningslinjerne nævnte eksempler på alvorlige såvel offline- som online videresalgsbegrænsninger fremgår af boks 3 på forrige side.

#### 4. Onlineformidlingstjenester

Det har hidtil ikke været helt klart, om virksomheder, der leverer onlineformidlingstjenester – fx online-markedspladser, prissammenligningstjenester, søgemaskiner, app-butikker, sociale medietjenester m.v.<sup>33</sup> – skulle kategoriseres som "leverandører" eller "købere" ift. gruppefritagelsen, hvilket har væsentlig betydning for, hvordan fx markedsandele skal beregnes, og hvordan mulige konkurrencebegrænsninger skal analyseres juridisk.

Det er nu fastlagt i gruppefritagelsens art. 1, litra d), at "leverandører" også omfatter virksomheder, der leverer onlineformidlingstjenester, og at de virksomheder, der sælger deres varer eller tjenester via onlineformidlingstjenesten ift. gruppefritagelsen, skal anses for købere (af online formidlingstjenesten).

Dette betyder eksempelvis, at det vil udgøre en alvorlig begrænsning i form af prisbinding, hvis en onlineplatform pålægger en køber af onlineformidlingstjenesterne en mindstepris eller en fast salgspris, som de videreformidlede varer eller tjenester må sælges til.<sup>34</sup>

Onlinemarkedspladser m.v. er altså ikke "købere" af de varer eller tjenester, som udbydes af tredjemand via de pågældende onlinemarkedspladser m.v.

I gruppefritagelsens art. 1, litra e), er der således indsat en *ny definition af "onlineformidlingstjenester"*, hvorved forstås informations-samfundstjenester, som gør det muligt for virksomheder at udbyde varer eller tjenester til andre virksomheder eller endelige forbrugere med henblik på at lette igangsættelsen af direkte transaktioner mellem disse virksomheder eller mellem disse virksomheder og de endelige forbrugere. Definitionen er inspireret af definitioner i anden EU-lovgivning.<sup>35</sup>

#### 5. Modernisering af reglerne om begrænsninger af onlinesalg

"*Dobbelt prissætning*" ("dual pricing") i form af anvendelse af højere engrospriser overfor en forhandler for produkter, som forhandleren sælger online, end for produkter, som forhandleren sælger offline, blev efter de tidligere retningslinjer anset som en alvorlig konkurrencebegrænsning.

Onlinesalget står imidlertid i dag meget stærkere end i 2010, og dobbelt prissætning er nu som udgangspunkt omfattet af legalitetsformodningen, idet betingelserne for fritagelse i TEUF art. 101, stk. 3, antages at være opfyldt, "*hvis forskellen i engrosprisen i rimeligt omfang hænger sammen med forskelle i køberens investeringer og omkostninger ifm. salg i hver kanal*".<sup>36</sup>

Det gælder samtidig, at forskellen i engrosprisen ikke må "*have til formål at hindre køberens effektive brug af internettet til at sælge produkterne til bestemte områder eller kunder*".

Dette er ifølge retningslinjerne navnlig tilfældet, hvis prisforskellen gør det "*urentabelt eller økonomisk uholdbart at sælge online, eller hvis dobbelt prissætning anvendes til at begrænse mængden af produkter, der stilles til rådighed for køberen med henblik på onlinesalg*".<sup>37</sup>

<sup>31</sup> jf. gruppefritagelsens art. 4, litra b), ii), art. 4, litra c), i), 2), og art. 4, litra d), ii).

<sup>32</sup> jf. også retningslinjernes afsnit 6.1.2.3. Formålet med denne opdeling i tre distributionskategorier er, at man lettere end før kan slå op ud for den enkelte distributionskategori og fastslå, hvornår videresalgsbegrænsninger er omfattet af gruppefritagelsen eller ej. I retningslinjernes afsnit 4.6 findes en detaljeret gennemgang af hver af de tre distributionskategorier, og hvornår der er tale om "alvorlige konkurrencebegrænsninger" ifm. hvert enkelt distributionssystem.

<sup>33</sup> jf. retningslinjernes pkt. (62) - (68).

<sup>34</sup> jf. gruppefritagelsens art. 4, litra a) og retningslinjernes pkt. (67), litra (c) og pkt. (194).

<sup>35</sup> nærmere bestemt Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/1150, Platform to Business forordningen om forholdet mellem digitale platforme og deres erhvervsbrugere ("P2B-forordningen") og Europa-Parlamentets direktiv (EU) 2015/1535 om informations-samfundets tjenester, jf. gruppefritagelsens præambel pkt. (11).

<sup>36</sup> jf. retningslinjernes pkt. (209).

<sup>37</sup> jf. retningslinjernes pkt. (209).

I de tidligere retningslinjer blev det i forbindelse med selektive distributionssystemer anset som en alvorlig konkurrencebegrænsning, hvis en leverandør anvendte kriterier for onlinesalg, der ikke "samlet set" svarede til de kriterier, som gjaldt ved offlinesalg, også kaldt for "ækvivalens-princippet".

Dette princip er ligeledes lempet, så *anvendelse af forskellige kriterier for online- hhv. offlinesalg* nu som udgangspunkt er undtaget fra forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1., hvis de almindelige betingelser for fritagelse i øvrigt er opfyldt.

Der gælder dog ligeledes her en undtagelse, hvis forskellen i kriterierne har til formål at hindre køberen i effektivt at benytte internettet til at sælge aftalevarerne/-tjenesterne til bestemte områder eller kunder. Af retningslinjerne fremgår nogle få eksempler på tilladte krav knyttet til onlinesalg.<sup>38</sup>

Gruppefritagelsens art. 4, litra e), indeholder en væsentlig ændring af den tidligere gruppefritagelse i form af en ny kategori af alvorlige begrænsninger, der vedrører rene onlinesalgsbegrænsninger.<sup>39</sup> Det fremgår således af en *ny overordnet test for begrænsning af onlinesalg*, at der vil være tale om en alvorlig begrænsning, såfremt aftalen:

... har til formål at hindre "*køberens eller dennes kunders effektive brug af internettet med henblik på at sælge aftalevarerne eller -tjenesterne, eftersom det begrænser det område eller de kunder, hvortil aftalevarerne eller -tjenesterne kan sælges som omhandlet i litra b), c) eller d) ...*"

Det fremgår dog samtidig af bestemmelsen, at dette ikke berører muligheden for at pålægge køberen (i) "*andre begrænsninger af onlinesalg*", eller (ii) "*begrænsninger af onlineannoncering, der ikke har til formål at hindre brugen af en hel onlineannonceringskanal*".

Der sondres således efter, om begrænsningen er knyttet til onlinesalg eller onlineannoncering.

Af forskellige bestemmelser i retningslinjerne fremgår en nu *udvidet vejledning om*, hvornår der er tale om *videre-salgsbegrænsninger* af onlinesalg hhv. onlineannoncering.

Desuden er der angivet en række eksempler på, dels hvornår der er tale om alvorlige eller "forbudte" forpligtelser, som forhindrer den "*effektive brug*" af internettet med henblik på salg, dels hvornår der omvendt er tale om forpligtelser, der i udgangspunktet "*kan være*" omfattet af gruppefritagelsen eller "lovlige", jf. boks 4 på næste side.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> jf. retningslinjernes pkt. (235).

<sup>39</sup> og som EU-Kommissionen har baseret på Domstolens dom af 13. oktober 2011 i sag C-439/09, Pierre Fabre, henholdsvis Domstolens dom af 6. december 2017 i sag C-230/16, Coty. Se også præambelens pkt. (15).

<sup>40</sup> jf. retningslinjernes pkt. (203) og (206) - (210).

Retningslinjerne fastslår, at en aftale generelt ikke vil have til formål at hindre den "*effektive brug*" af internettet med henblik på salg, hvis køberen (i) frit kan drive sin egen onlinebutik og (ii) annoncere online.<sup>41</sup>

En samlet oversigt over de i retningslinjerne anførte "forbudte" eller som udgangspunkt lovlige forpligtelser fremgår af boks 4 på næste side.<sup>42</sup>

Som det fremgår af boks 4 følger det af retningslinjerne, at forbud mod anvendelse af "*en hel*" onlineannonceringskanal, fx annoncering via prissammenligningstjenester, udgør en "forbudt" forpligtelse, mens forbud mod brug af "*bestemte*" (men altså ikke alle) prissammenligningstjenester – som udgangspunkt – udgør lovlige forpligtelser, idet køberen kan anvende andre onlineannonceringstjenester til at øge bevidstheden om sine onlinesalgsaktiviteter.<sup>43</sup>

Dette udgangspunkt fraviges dog, hvis et forbud mod brug af "*de mest almindelige*" annonceringstjenester i den pågældende onlineannonceringskanal, fx prissammenligningstjenester, indebærer, at de resterende tjenester i den pågældende onlinereklamekanal *de facto* ikke er i stand til at tiltrække kunder til køberens onlinebutik.<sup>44</sup>

Som udgangspunkt udgør det desuden en lovlige forpligtelse, hvis leverandøren forbyder køberen at anvende "*en hel*" onlinesalgskanal såsom tredje parters onlinemarkedspladser, idet køberen stadig har adgang til at anvende *andre* online-salgskanaler såsom sin egen onlinebutik.<sup>45</sup>

Dette er en kodificering af Domstolens dom i *Coty*-sagen, der dog kun direkte vedrørte salg af luksusvarer inden for rammerne af et selektivt distributionssystem. Hvert af de i boks 4 nævnte eksempler på "forbudte" hhv. som udgangspunkt "lovlige" forpligtelser gælder imidlertid for *alle* typer produkter og distributionssystemer.<sup>46</sup>

Begrænsninger af såvel aktivt som passivt salg udgør fortsat som det klare udgangspunkt alvorlige konkurrencebegrænsninger, som er omfattet af gruppefritagelsens art. 4, litra b), c) og d), og som dermed indebærer, at hele den vertikale aftale ikke kan nyde godt af gruppefritagelsen. Eksklusiv distribution er fortsat en – nu udvidet – undtagelse, idet det fortsat er fritaget at beskytte eksklusive forhandlere mod andre forhandlers aktive salg ind i deres eksklusive område eller til deres eksklusivt forbeholdte kundegruppe.

<sup>41</sup> jf. retningslinjernes pkt. (208).

<sup>42</sup> En række af de i retningslinjerne anførte eksempler er nye og udgør kodificeringer af såvel ny Kommissions- som Domstolspraksis.

<sup>43</sup> jf. retningslinjernes pkt. (206), litra (g) og pkt. (208).

<sup>44</sup> jf. retningslinjernes pkt. (206), litra (g).

<sup>45</sup> jf. retningslinjernes pkt. (208), litra (c) og pkt. (336).

<sup>46</sup> Yderligere vejledning om den konkrete, individuelle vurdering af begrænsninger af anvendelsen af onlinemarkedspladser hhv. prissammenligningstjenester, som skal foretages, når gruppefritagelsen ikke finder anvendelse, fx fordi markedsandelstærsklerne på 30 % er overskredet, kan findes i retningslinjerne i de helt nye afsnit 6.2.4 og 8.2.5.

#### Boks 4. Udvidet vejledning om rene online videresalgsbegrænsninger

##### "Forbudte" direkte forpligtelser

(retningslinjernes pkt. (206)):

- Absolut forbud mod (ethvert) onlinesalg

##### "Forbudte" indirekte forpligtelser

(retningslinjerne pkt. (206)), fx:

- krav om at hindre kunder fra andre områder i at gå ind på eller automatisk omdirigering af kunder fra hjemmesiden
- krav om at standse forbrugernes onlinetransaktioner, hvis kreditkortdata afslører en adresse uden for køberens område
- krav om at køberen kun må sælge fra fysiske omgivelser eller i fysisk tilstedeværelse af specialiseret personale (Domstolens dom af 13. oktober 2011 i sag C-439/09, *Pierre Fabre*, præmis 56-57)
- krav om indhentelse af forudgående tilladelse fra leverandøren forud for individuelle onlinesalg
- forbud mod at anvende leverandørens handelsnavne og varemærker på sit websted eller i sin onlinebutik
- forbud mod anvendelse af "en hel" onlineannonceringskanal, fx annoncering i søgemaskiner ("online search advertising") (EU-Kommissionens beslutning af 17. december 2018 i sag AT.40.428, *Guess*, pkt. 118-126) eller prissammensammenligningstjenester, fx via krav om ikke at anvende leverandørens handelsnavne/varemærker herpå eller begrænsning i anvendelsen af prisrelaterede oplysninger
- krav om salg af en vis *mindsteandel* offline (retningslinjernes pkt. (208), litra (e), modsætningsvist)

##### Som udgangspunkt "lovlige" forpligtelser

omhandlende "måden" ("hvordan"), hvorpå der skal sælges online (retningslinjernes pkt. (208) - (210)) fx:

- krav til forbud mod brug af "bestemte" prissammenligningstjenester eller søgemaskiner, dvs. *dele* af en onlineannonceringskanal (modsat "en hel" online-annonceringskanal). Se dog retningslinjernes pkt. (206), litra (g), med et forbehold ifm. forbud mod brug af "de mest almindelige" annonceringstjenester i den pågældende onlinereklamekanal, hvilket *de facto* kan umuliggøre, at køber kan tiltrække kunder til sin onlinebutik
- kvalitet/udseende af købers onlinebutik og visning af varer
- direkte eller indirekte forbud mod brug af onlinemarkedspladser (= en onlinesalgskanal) (Domstolens dom af 6. december 2017 i sag C-230/16, *Coty*, præmis 64-69)
- krav om drift af en eller flere fysiske butikker/show rooms
- Krav om salg af en vis *mindstemængde* offline
- Krav om at køberens onlineannoncering skal opfylde visse kvalitetsstandarder eller omfatte specifikt indhold eller specifik information
- Krav om at køberen ikke anvender "bestemte udbydere" af onlineannoncering, der ikke opfylder visse kvalitetsstandarder
- Krav om at køberen ikke at anvender leverandørens varemærke i domænenavnet for købers onlinebutik

Sondringen mellem aktivt salg og passivt salg er derfor fortsat vigtig, når det gælder eksklusiv distribution.

Definitionen af begreberne aktivt og passivt salg er nu flyttet ind under definitioner i gruppefritagelsens art. 1, litra l) og m), og er derudover udvidet og ajourført i såvel gruppefritagelsen som retningslinjerne med mange nye eksempler, især om hvordan salg og annoncering via onlinemedier, prissammenligningstjenester, søgemaskiner, drift af websteder med forskellige valg af sprog og topdomæner mv. skal kategoriseres.

En samlet oversigt over de i gruppefritagelsen nævnte overordnede definitioner på aktivt og passivt salg og de i retningslinjerne anførte eksempler på aktivt og passivt salg fremgår af boks 5 på næste side.<sup>47</sup>

Det kan udledes af reglerne, at onlinesalg fortsat - generelt set - anses for at udgøre passivt salg.

Dette er dog nu blevet kvalificeret nærmere, idet det fremgår af retningslinjerne, at der er tale om passivt salg, forudsat at det på hjemmesiden/onlinebutikken anvendte sprog er "almindeligt anvendt" i det område, hvor sælgeren er etableret samt engelsk (da engelsk er almindeligt forstået og anvendt i hele EU), og at topdomænenavnet er enten generisk eller svarer til det land, hvor sælgeren er etableret.

Omvendt udgør det aktivt salg, hvis et salg eksempelvis er sket fra en i Danmark etableret forhandler til en i Tyskland etableret kunde som følge af, at forhandler har anvendt tysk som sprog og/eller anvendt topdomænet .de for sin onlinebutik.

<sup>47</sup> jf. retningslinjernes pkt. (211) - (215).

## Boks 5. Opdateret definition af aktivt og passivt salg

### Aktivt salg, overordnet definition:

"Aktiv henvendelse til kunder gennem besøg, breve, e-mails, opkald eller andre former for direkte kommunikation eller gennem målrettet reklame og målrettede salgsmetoder, offline eller online, eksempelvis i trykt form eller via digitale medier ..." (gruppefritagelsens art. 1, litra l))

### Aktivt salg, konkrete eksempler. Salg som følge af:

- etablering af egen hjemmeside eller onlinebutik med sprog der IKKE er "almindeligt anvendt" i det område, hvor sælgeren er etableret" (bortset fra engelsk) og/eller med et topdomænenavn, der svarer til et andet område end det land, hvor sælgeren er etableret
- at sælger aktivt (til-) vælger visning af onlinereklamer i områder eller til kunder, der ud fra deres særlige karakteristika, f.eks. geografisk placering eller personlig profil, er beliggende uden for det område, hvor sælgeren er etableret, f.eks. via søgemaskine-annoncering, på websteder, i app-butikker og på sociale medier
- brug af prissammenligningstjenester med topdomæne, der svarer til områder uden for det område, hvor sælgeren er etableret

### Passivt salg, overordnet definition:

"Salg foretaget som følge af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder ..." (gruppefritagelsens art. 1, litra m))

### Passivt salg, konkrete eksempler. Salg som følge af:

- etablering af egen hjemmeside eller onlinebutik på et sprog der er "almindeligt anvendt" i det område, hvor sælgeren er etableret" (samt engelsk) og med et topdomænenavn, der er generisk (f.eks. .com, .org og .net) eller svarer til det land, hvor sælgeren er etableret
- at kunden automatisk holder sig løbende orienteret af sælgeren (nyhedsmails mv.)
- anvendelse af værktøjer/teknikker til søgemaskine-optimering af synlighed/rangordning af onlinebutik
- tilbud af en app i en app-butik
- generel annoncering i form af sponsoreret indhold på en lokal eller national avis hjemmeside, som kan tilgås af alle
- brug af prissammenligningstjenester med generiske og ikke-landespecifikke topdomænenavne
- deltagelse i offentlige eller private udbud

## 6. Stiltiende fornyelse af konkurrenceklausuler

Vertikale aftalers konkurrenceklausuler ("non-compete obligations")<sup>48</sup>, er fortsat omfattet af gruppefritagelsen, med mindre konkurrenceklausulen er tidsbegrænset eller af en varighed på over 5 år.<sup>49</sup>

Som noget nyt er legalitetsformodningen blevet udvidet fsva. *konkurrenceklausuler, der stiltiende fornyes ud over fem år*, idet disse ikke længere er på listen over ikke-fritagne begrænsninger i gruppefritagelsens art. 5, stk. 1.

Dette forudsætter dog, at køberen rent faktisk kan genforhandle eller opsige den vertikale aftale, "*inden for en rimelige varslingsfrist og til en rimelig pris*", og "*effektivt skifte leverandør efter 5 årsperiodens udløb*".<sup>50</sup>

## 7. Agentaftaler

Retningslinjerne indeholder en udvidet vejledning om bedømmelsen af agentaftaler.

Ved en agentaftale bemyndiges en juridisk eller fysisk person til på en anden persons vegne (agenturgiver) enten i agentens navn eller i agenturgivers navn at forhandle og/

eller indgå kontrakter om agenturgivers køb af varer eller tjenester eller om salg af varer eller tjenester, der leveres af agenturgiver.<sup>51</sup>

Agentaftaler falder fortsat helt udenfor TEUF art. 101, stk. 1, hvis agenten ikke bærer nogle væsentlige økonomiske eller kommercielle risici ifm. de kontrakter, der indgås eller forhandles på agenturgivers vegne.

I disse tilfælde anses agenten og agenturgiver for tilsammen at udgøre én økonomisk enhed fsva. de indgåede/forhandlede aftaler, og agenten betegnes i disse tilfælde i praksis ofte som en "ægte" agent.

Retningslinjerne indeholder nu i afsnit 3.2 udvidet vejledning om bedømmelsen af agentaftaler, navnlig på følgende punkter:

For det første er det præciseret, at en *midlertidig og meget kortvarig overtagelse af ejendomsretten* til aftalevarerne, mens de sælges på vegne af agenturgivere efter omstændighederne, dvs. i fravær af omkostninger og risici i forbindelse med overdragelse af ejendomsretten, ikke udelukker, at der foreligger en "ægte" agentaftale.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Jf. definitionen i art. 1, litra f).

<sup>49</sup> jf. gruppefritagelsens art. 5, stk. 1, litra a).

<sup>50</sup> jf. gruppefritagelsens art. 5, stk. 1, litra a) og retningslinjernes pkt. (248).

<sup>51</sup> jf. retningslinjernes pkt. (29).

<sup>52</sup> jf. retningslinjernes pkt. (33) (a).

For det *andet* indeholder retningslinjerne ny vejledning om de måder, hvorpå agenturgiver kan dække relevante risici og omkostninger for agenten for at sikre, at der er tale om en "ægte" agentaftale.<sup>53</sup>

For det *tredje* indeholder retningslinjerne ny vejledning om betingelserne for, at agenter/forhandlere kan have en "dobbelt rolle" ("dual role") på samme eller forskellige relevante markeder for samme leverandør.

Det bør i den forbindelse fremhæves, at agenten/den uafhængige forhandler skal have haft reel frihed ift. leverandøren til at indgå agenturaftalen eller en aktivitet som uafhængig forhandler.<sup>54</sup>

For det *fjerde* indeholder retningslinjerne ny vejledning om den refusion af allerede afholdte markedsspecifikke investeringer i forbindelse med en agentaftale med en selvstændig forhandler, som allerede er aktiv på det relevante marked, der skal ske for, at agenten både kan anses som en "ægte" agent ift. visse produkter og som selvstændig forhandler ift. andre produkter, der formidles/sælges for samme leverandør.<sup>55</sup>

For det *femte* er det præciseret, at *onlineplatforme generelt ikke kan anses for at være agenter*.<sup>56</sup>

## 8. Prisbindinger

Prisbindinger ("bindende videresalgspriser", "resale price maintenance" eller "RPM") fx i form af minimumspriser eller faste priser for videresalg udgør fortsat en alvorlig konkurrencebegrænsning. Vejledningen herom er nu samlet ét sted i retningslinjernes afsnit 6.1.1, og af væsentlige ændringer skal fremhæves følgende:

For det *første* er det nu præciseret, at "annoncerede mindstepriser" ("minimum advertised prices" / "MAPs") vil blive behandlet som en indirekte form for prisbindinger og derfor udgøre en alvorlig konkurrencebegrænsning.<sup>57</sup>

Annoncerede mindstepriser kan efter omstændighederne opfylde betingelserne for individuel fritagelse i TEUF art. 101, stk. 3, hvis disse skal forhindre en bestemt forhandler i at anvende leverandørens varer som "lokkevarer", idet anvendelsen af lokkevarer kan skade produktets image og undergrave leverandørens incitament til at investere i kvalitet og mærkeimage.<sup>58</sup>

For det *andet* er der indsat ny vejledning om, at leverandørens pålæggelse af en videresalgspris ifm. de såkaldte "opfyldelsesaftaler" ("fulfilment contracts") efter omstæn-

dighederne kan udgøre prisbinding. Vurderingen afhænger af, om det er den endelige bruger eller leverandøren, der indgår en vertikal aftale med en køber om, at denne skal opfylde en tidligere indgået leveringsaftale mellem leverandøren og den endelige bruger.<sup>59</sup>

For det *tredje* er det nu præciseret, at det udgør prisbinding, når leverandører af onlineformidlingstjenester pålægger køberen af disse tjenester begrænsninger fsva. den pris, de formidlede varer eller tjenester må sælges til.

Eksempelvis vil pålæggelse af en fast salgspris eller en minimumspris for en transaktion, der formidles via en online-plattform, udgøre prisbindinger omfattet af gruppefritagelsens art. 4, litra a).<sup>60</sup>

## 9. Bæredygtighedsmål

"Bæredygtighed" ("sustainability") eller "bæredygtighedsmål" er nu, som noget nyt, omtalt i retningslinjerne. Bæredygtig udvikling er sammen med digitalisering og et "modstandsdygtigt indre marked" alle prioriterede mål for EU's politikker.

Bæredygtighedsmål kan fx vedrøre klimaændringer, miljøbeskyttelse eller begrænsning i anvendelsen af naturressourcer.<sup>61</sup>

Aftaler, der forfølger mål om bæredygtighed (samt digital teknologi eller et modstandsdygtigt indre marked), udgør ift. retningslinjerne ikke en særskilt kategori af aftaler og er heller ikke genstand for behandling i særskilte afsnit i retningslinjerne.

Dog indeholder retningslinjerne enkelte steder ny vejledning om, under hvilke omstændigheder *bæredygtighedsmål m.v. kan indgå* i TEUF art. 101, stk. 3-analysen *som mulige effektivitetsgevinster*. Eksempelvis vil bæredygtighedsrelaterede kriterier i et selektivt distributionssystem og indgåelse af konkurrenceklausuler af mere end 5 års varighed med henblik på at kunne afdrage på "grønne" investeringer kunne udgøre effektivitetsgevinster.<sup>62</sup>

## 10. Varighed, overgangsregel og danske regler

De nye vertikale regler trådte i kraft 1. juni 2022 og er gældende frem til 31. maj 2034, jf. gruppefritagelsens art. 11. Aftaler, der er indgået fra og med 1. juni 2022 skal således overholde betingelserne i den nye gruppefritagelse for at være gruppefritaget.

Aftaler, der var i kraft senest 31. maj 2022, og som ikke opfylder betingelserne i den nye gruppefritagelse, men som opfylder betingelserne i den tidligere gruppefritagelse, er

<sup>53</sup> jf. retningslinjernes pkt. (35).

<sup>54</sup> jf. retningslinjernes pkt. (36) - (38).

<sup>55</sup> jf. retningslinjernes pkt. (39) - (40).

<sup>56</sup> jf. retningslinjernes pkt. (46).

<sup>57</sup> jf. retningslinjernes pkt. (187, litra (d)) og pkt. (189).

<sup>58</sup> jf. retningslinjernes pkt. (197, litra (c)).

<sup>59</sup> jf. retningslinjernes pkt. (193).

<sup>60</sup> jf. retningslinjernes pkt. (67), litra (c)) og pkt. (194).

<sup>61</sup> jf. retningslinjernes pkt. (8) og pkt. (144).

<sup>62</sup> jf. retningslinjernes pkt. (8), (9), (144) og (316).

– som følge af overgangsreglen i gruppefritagelsens art. 10 – fortsat fritaget frem til 31. maj 2023.

Virksomhederne har således et år til at sikre, at deres gamle aftaler – efter eventuelle ændringer heri – også er omfattet af den nye gruppefritagelse.

For så vidt angår vertikale aftaler uden mærkbar påvirkning af samhandlen, dvs. vertikale aftaler, der alene er omfattet af konkurrencelovens bestemmelser, finder gruppefritagelsen tilsvarende anvendelse, jf. bekendtgørelse nr. 1164 af 6. august 2022.

Den danske bekendtgørelse trådte i kraft 15. august 2022, og alle aftaler, der er indgået fra og med 15. august 2022 skal således overholde betingelserne for fritagelse efter denne bekendtgørelse.

Aftaler uden mærkbar påvirkning af samhandlen, der var i kraft senest den 14. august 2022, og som ikke opfylder betingelserne i den nye bekendtgørelse, men som opfyldte betingelserne for fritagelse i den gamle bekendtgørelse nr. 739 af 23. juni 2010, er – som følge af overgangsreglen i den nye bekendtgørelses § 5 – fortsat fritaget frem til den 31. maj 2023. Overgangsreglen følger således den i gruppefritagelsesforordningen.

Artiklen er skrevet af Martin Andreas Gravengaard, chefkonsulent og ekspert i konkurrenceret i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

### **Links til de nye vertikale regler**

Ny vertikal gruppefritagelsesforordning. [Se her](#).

Nye vertikale retningslinjer. [Se her](#).

EU-Kommissionens pressemeddelelse af 10. maj 2022 om vedtagelsen af den nye vertikale gruppefritagelsesforordning og de nye vertikale retningslinjer. [Se her](#).

Bekendtgørelse nr. 1164 af 6. august 2022 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis. [Se her](#).