

Sag C-211/22

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

17. marts 2022

Forelæggende ret:

Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal)

Afgørelse af:

24. februar 2022

Appellanter:

Super Bock Bebidas, S.A.

AN

BQ

Indstævnt:

Autoridade da Concorrência (konkurrencemyndigheden)

Hovedsagens genstand

Det spørgsmål, der skal afgøres, består i at afklare, hvorvidt de godtgjorte faktiske omstændigheder udgør den overtrædelse, der er fastlagt i artikel 9, stk. 1, i Lei da Concorrência (konkurrenceloven) (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprovou o Novo Regime Jurídico da Concorrência (lov nr. 19/2012 af 8.5.2012 om indførelse af en ny lovgivningsmæssig ramme for konkurrence, herefter »den nye konkurrencelovgivning«)), og i artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), hvilket indebærer, at det først og fremmest undersøges, om der i hovedsagen foreligger en konkurrencebegrænsende aftale eller praksis som omhandlet i de nævnte lovbestemmelser.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

I den foreliggende sag har konkurrencemyndigheden foreholdt Super Bock Bebidas, S.A., AN (medlem af dette selskabs bestyrelse) og BQ (direktør for en af dette selskabs handelsafdelinger) (herefter »appellanterne«) en overtrædelse af konkurrenceretten i form af den administrative overtrædelse, der er fastsat i og straffes efter den nye konkurrencelovgivnings artikel 9, stk. 1, litra a), og artikel 68, stk. 1, litra a) og b). Artikel 9 er inspireret af artikel 101 TEUF, hvis indhold førstnævnte bestemmelse stort set gengiver. Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém (retten i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn i Santarém, Portugal) gav konkurrencemyndigheden medhold.

Konkurrencemyndigheden og retten i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn i Santarém var af den opfattelse, at der i forbindelse med de forhandleraftaler, som Super Bock havde indgået med sine forhandlere, blev iværksat en aftale med konkurrencebegrænsende formål i det mindste i perioden fra den 15. maj 2006 til den 23. januar 2017.

Retten i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn i Santarém dømte appellanterne til at betale følgende bøder: Super Bock Bebidas, S. A., til at betale en bøde på 24 000 000 EUR, AN til at betale en bøde på 12 000 EUR og BQ til at betale en bøde på 8 000 EUR.

Appellanterne har iværksat appel til prøvelse af denne afgørelse, da de efter egen opfattelse ikke har begået nogen overtrædelse, eftersom der hverken er blevet påvist en tilstrækkelig grad af skadelighed i den konkurrencebegrænsende adfærd/aftale, eller at denne adfærd/aftale har en konkurrencebegrænsende virkning, og har nedlagt påstand om frifindelse, eller, i det mindste, om nedsættelse af de pålagte bøder.

Præjudicielle spørgsmål

1. Udgør en vertikal fastsættelse af mindstepriser i sig selv en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål, som ikke kræver en forudgående undersøgelse af, om aftalen frembyder en tilstrækkelig grad af skadelighed?
2. Er det for at påvise, at elementet »aftale« er til stede i en overtrædelse i form af en (stiltiende) fastsættelse af mindstepriser for forhandlere, nødvendigt, at det i det konkrete tilfælde godtgøres, at forhandlerne i praksis anvendte de fastsatte priser, navnlig gennem direkte beviser?
3. Udgør nedenstående eksempler elementer, der er tilstrækkelige til at fastslå, at der er begået en overtrædelse i form af en (stiltiende) fastsættelse af mindstepriser for forhandlere: i) fremsendelse af lister med angivelse af mindstepriser og forhandleravancer, ii) anmodning om oplysninger fra forhandlerne om, hvilke salgspriser de anvender, iii) klager fra forhandlerne (når de er af den opfattelse, at de videresalgspriser, de pålægges, ikke er

konkurrencedygtige, eller påviser, at konkurrerende forhandlere ikke overholder dem), iv) forekomsten af mekanismer til prisovervågning (gennemsnitlige mindstepriser) og v) forekomsten af repressalier (uden at det er blevet påvist, at de anvendes i praksis)?

4. Kan det i betragtning af artikel 101, stk. 1, litra a), TEUF, artikel 4, litra a), i forordning nr. 330/2010, Europa-Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger og Domstolens praksis antages, at en aftale mellem en leverandør og dennes forhandlere om (vertikal) fastsættelse af mindstepriser og andre handelsbetingelser for videresalg frembyder en tilstrækkelig grad af skadelighed for konkurrencen med forbehold af en undersøgelse af de mulige positive økonomiske virkninger af en sådan praksis som omhandlet i artikel 101, stk. 3, TEUF?

5. Er artikel 101, stk. 1, litra a), TEUF og Domstolens praksis til hinder for en retsafgørelse, hvorefter det anses for godtgjort, at det objektive element »aftale« er til stede mellem en leverandør og forhandlere på grundlag af:

i) førstnævntes regelmæssige, generelle og i perioden for praksis uændrede fastsættelse og pålæggelse af handelsbetingelser over for sidstnævnte, som sidstnævnte skal opfylde ved videresalg af de varer, som de køber af leverandøren, navnlig de priser, som sidstnævntes kunder skal betale, hovedsageligt i form af mindstepriser eller gennemsnitlige mindstepriser

ii) underretning om anvendte videresalgspriser mundtligt eller skriftligt (via e-mail)

iii) forhandlernes manglende evne til selvstændigt at fastsætte deres videresalgspriser

iv) en sædvanlig og generel praksis, hvorefter leverandørens ansatte (i en telefonsamtale eller ved fysisk fremmøde) anmoder forhandlerne om at overholde de angivne priser

v) forhandlernes generelle overholdelse af de af leverandøren fastsatte videresalgspriser (med undtagelse af enkelte uenigheder) samt kontrollen af, at forhandlernes adfærd på markedet er i overensstemmelse med de af leverandøren fastsatte betingelser

vi) den omstændighed, at forhandlerne ofte, for ikke at overtræde de fastsatte betingelser, selv anmoder leverandøren om at angive videresalgspriser

vii) efterprøvelse af den omstændighed, at forhandlerne ofte klager over leverandørens priser i stedet for blot at anvende andre priser

viii) leverandørens fastsættelse af (nedsatte) forhandleravancer og forhandlernes antagelse af, at disse avancer svarer til vederlagssatsen for deres forretninger

ix) konstateringen af, at leverandøren ved at fastsætte lave avancer pålægger en mindstepris for videresalg, da forhandleravancerne ellers bliver negative

x) den rabatpraksis, som leverandøren har fastsat for forhandlerne i betragtning af de videresalgspriser, som sidstnævnte anvender i praksis – i hvilken forbindelse den mindstepris, som leverandøren tidligere har fastsat, er prisen for genopfyldning af lageret ved »*sell out*«

xi) kravet om, at forhandlerne – ofte i betragtning af den negative forhandleravance – overholder de af leverandøren fastsatte videresalgspriser; praksis i form af lavere videresalgspriser finder kun sted i enkeltstående tilfælde, og når forhandlerne anmoder leverandøren om en ny »*sell out*«-rabat

xii) leverandørens fastsættelse og forhandlernes overholdelse af maksimumrabatter, som skal anvendes på de respektive kunder, hvilket giver anledning til en mindstepris for videresalg, da forhandleravancerne ellers bliver negative

xiii) leverandørens direkte kontakt med forhandlernes kunder og fastsættelsen af de betingelser for videresalg, der efterfølgende gælder for disse

xiv) leverandørens involvering, på forhandlernes anmodning, således at det er førstnævnte, der vælger at anvende bestemte handelsrabatter eller genforhandler handelsbetingelserne for videresalg, og

xv) forhandlernes anmodning til leverandøren om, at sidstnævnte giver tilladelse til at gennemføre en bestemt transaktion under bestemte vilkår med henblik på at sikre deres forhandleravance?

6. Kan en aftale om fastsættelse af mindstepriser for videresalg med de ovenfor anførte kendetegn, som omfatter næsten hele det nationale område, påvirke handelen mellem medlemsstaterne?

Anførte EU-retlige forskrifter

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde: artikel 101.

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 (EUT 2010, L 102, s. 1): artikel 4.

Meddelelse fra Kommissionen – Retningslinjer for vertikale begrænsninger (SEK(2010) 0411 endelig udg.)

Anførte nationale forskrifter

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro (lov nr. 19/2012 af 8.5.2012 om indførelse af den nye lovgivningsmæssige ramme for konkurrence, om ophævelse af lov nr. 18/2003 af 11.6.2003 og af lov nr. 39/2006 af 25.8.2006 og om anden ændring af lov nr. 2/99 af 13.1.1999): artikel 9.

Artikel 9, stk. 1:

»Aftaler mellem virksomheder, samordnet praksis og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, som har til formål eller til følge mærkbart at hindre, fordreje eller begrænse konkurrencen på en del af eller på hele det nationale marked, er forbudt, navnlig når de består i:

a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser [...]

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Virksomheden Super Bock beskæftiger sig med fremstilling og markedsføring af drikkevarer, nærmere bestemt af øl, vand på flaske (med og uden brus), iste, vin, sangria og cider, som virksomheden distribuerer i Portugal gennem to kanaler, nærmere bestemt fødevarekanalen (som også kaldes »off-trade«-kanalen) og HORECA-kanalen (som også kaldes »on-trade«-kanalen).
- 2 Med hensyn til fødevarekanalen (*off-trade*), som er forbundet med køb i varehuse, supermarkeder, engrosmarkeder, traditionelle forretninger og discountforretninger med henblik på forbrug i hjemmet, anvender Super Bock sin handelspolitik direkte, dvs. at virksomheden direkte leverer sine varer til en begrænset kundedreds, de såkaldte »direkte kunder« eller »store detailkunder«, der som regel kræver direkte forhandlinger med Super Bock på grund af deres købsmængde.
- 3 For så vidt angår HORECA-kanalen (*on-trade*), som er forbundet med indkøb i »hoteller, restauranter og cafeer« med henblik på forbrug uden for hjemmet, benytter Super Bock hovedsageligt et netværk af uafhængige forhandlere, som køber virksomhedens varer med henblik på videresalg på det nationale område med undtagelse af nedenstående områder, hvor Super Bock varetager distributionen direkte: Lissabon, Porto, Madeira, indtil 2013 Coímbra, og siden 2014 øerne Faial y Ilha do Pico i Azorerne.
- 4 Super Bock har forretningsmæssige forbindelser til sit netværk af uafhængige forhandlere (herefter »forhandlerne«), i hvilken forbindelse sidstnævnte køber et større udvalg af drikkevarer fra førstnævnte, som omfatter øl, vand på flaske,

juice/sodavand, cider og vin, hovedsageligt med henblik på videresalg i detaileddet gennem HORECA-kanalen.

- 5 Forretningsforbindelserne mellem Super Bock og virksomhedens forhandlere (som ikke er en del af Super Bock-koncernen) er baseret på aftaler om eneforhandling i et bestemt geografisk salgsområde.
- 6 Disse aftaler har en varighed på et år, med tilsvarende på hinanden efterfølgende forlængelser, og parterne kan til enhver tid opsige dem.
- 7 I denne forbindelse forhandler Super Bock årlige salgsmål for de enkelte varekategorier med sine forhandlere, og kan, såfremt disse mål ikke indfris, opsige den pågældende forhandleraftale.
- 8 I forbindelse med forretningsforbindelserne med forhandlerne fastsatte og pålagde Super Bock regelmæssigt og generelt (hele netværket af forhandlere) uden ændringer i perioden som minimum fra den 15. maj 2006 til den 23. januar 2017 de handelsbetingelser, som disse forhandlere var pligtige at anvende ved videresalg af varer købt fra Super Bock, navnlig de priser, som forhandlerne skulle anvende over for deres detailkunder, enten ved at angive en konkret pris eller ved at fastsætte mindstepriser eller gennemsnitlige mindstepriser.
- 9 Super Bock forbeholder sig udtrykkeligt retten til at fastsætte videresalgspriserne for de varer, som virksomheden markedsfører, og forhandlerne har i praksis ingen beslutningsevne.
- 10 Super Bock udøver denne praksis gennem egne ansatte, som internt benævnes som netværksansvarlige, områdeansvarlige eller markedsansvarlige afhængig af de opgaver, som de pågældende varetager.
- 11 I de fleste tilfælde pålægger Super Bocks ansatte forhandlerne de omhandlede videresalgspriser mundtligt eller skriftligt via e-mail.
- 12 Super Bock fastsætter de videresalgspriser, som forhandlerne pålægges, med henblik på at sikre opretholdelse af et stabilt og sammenhængende mindsteprisniveau på hele det nationale marked.
- 13 Den sædvanlige procedure i forbindelse med fastsættelse og pålæggelse af videresalgspriser over for forhandlere er følgende: hver måned (som regel) godkender salgsledelsen i Super Bock, appellant, en liste over mindstepriser for videresalg, som Super Bocks netværksansvarlige eller markedsansvarlige formidler til de respektive forhandlere, idet de i de fleste tilfælde bemærker, at de omhandlede priser er obligatoriske, at der ikke kan anvendes priser, der er lavere end den fastsatte mindstepris, samt at manglende overholdelse af dette vil blive anmeldt af de ansatte i Super Bock, der er ansvarlige for koordinering og kontrol, til salgsledelsen, som vil træffe de fornødne foranstaltninger.

- 14 I praksis anvender forhandlerne de af Super Bock fastsatte salgspriser (som beskrevet ovenfor eller indirekte, således som det vil fremgå nedenfor).
- 15 Det er en sædvanlig og generel praksis hos Super Bocks ansatte at anmode forhandlerne udtrykkeligt og direkte (ved telefonsamtale eller ved fysisk fremmøde) om at overholde de af Super Bock angivne videresalgspriser.
- 16 Super Bock har indført mekanismer til kontrol og overvågning af de videresalgspriser, som forhandlerne anvender.
- 17 Det kontrol- og overvågningssystem, som Super Bock har indført, er grundlæggende baseret på den forpligtelse, som forhandlerne pålægges til at oplyse om deres videresalg, herunder mængde og priser, idet sidstnævnte f.eks. anmodes om regelmæssigt at fremsende salgsfakturaer, og på den omstændighed, at manglende overholdelse anmeldes til salgsledelsen af gruppen af netværksansvarlige og markedsansvarlige og af koordinerings- og kontrolgruppen.
- 18 Super Bock truer forhandlerne med forskellige former for repressalier som f.eks. fjernelse af økonomiske incitamenter (f.eks. handelsrabatter på forhandlerens køb af varer hos Super Bock og tilbagebetaling af de rabatter, som forhandlerne har anvendt i forbindelse med videresalg) og manglende levering til og opfyldning af varelagre med henblik på at forpligte forhandlerne til at anvende de af Super Bock fastsatte videresalgspriser.
- 19 Ved manglende overholdelse af de af appellantens fastsatte forretningsbetingelser, der gælder for videresalg, kan appellantens i praksis gå så langt som at afskære forhandlere fra levering af varer og medbestemmelse med hensyn til videresalgspriserne (dvs. justering af sidstnævnte).
- 20 Med henblik på at undgå manglende overholdelse anmoder forhandlerne i mange tilfælde selv Super Bock om at angive de videresalgspriser, som forhandlerne skal anvende, for således at undgå, at Super Bock iværksætter repressalier mod dem, som anses for troværdige.
- 21 I henhold til § 2, stk. 1, i de forhandleraftaler, der indgås mellem Super Bock og virksomhedens forhandlere, »sælger UNICER (nu Super Bock) varerne til forhandleren i overensstemmelse med en liste over priser og med UNICER's almindelige salgsbetingelser, der udgør en integrerende del af nærværende aftale i alle henseender«.
- 22 I perioden mellem som minimum den 15. maj 2006 og den 23. januar 2017 pålagte Super Bock regelmæssigt og generelt forhandlerne bestemte handelsbetingelser, hvorved sidstnævnte blev sikret positive forhandleravancer, hvilket var betinget af, at mindstepriserne for videresalg blev overholdt.
- 23 Appellantens mål var at sikre opretholdelse af et stabilt og sammenhængende minimumsprisniveau på hele det nationale marked.

- 24 AN har været bestyrelsesmedlem i Super Bock siden den 31. marts 2014, og BQ har været direktør i Super Bocks kommercielle afdeling med ansvar for salg gennem HORECA-kanalen siden den 4. februar 2013.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

Appellanterne har i det væsentlige anført, at:

- Retten i første instans fastslog, at der forelå en »aftale« alene på grundlag af indicier, hvorved retten afveg fra Domstolens praksis, der kræver, at det påvises, at forhandlerne faktisk har anvendt de anbefalede mindstepriser, således som Domstolen har fastslået, og som det fremgår af »Retningslinjer for vertikale begrænsninger« – 2010/C130/01.
- Forekomsten af en aftale kræver, at det påvises, at leverandørens politik i praksis er blevet fulgt.
- På grundlag af de faktiske omstændigheder, der anses for godtgjort i den appellerede dom, kan der ikke drages konklusioner med hensyn til forekomsten af direkte eller indirekte prisfastsættelse.
- For at kunne kvalificere overtrædelsen som en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål må det undersøges, om den kritiserede adfærd frembyder en tilstrækkelig grad af skadelighed, hvilket indebærer et kendskab til den økonomiske sammenhæng, der ligger til grund for den praksis, som angiveligt er konkurrencebegrænsende, hvilket ikke fremgår af dommen.

Konkurrencemyndigheden har forkastet appellanternes argumenter.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 25 Appellanterne er blevet dømt for en overtrædelse af den nye konkurrencelovgivnings artikel 9, stk. 1, hvis ordlyd er i nøje overensstemmelse med ordlyden af artikel 101, stk. 1, TEUF, med henblik på tilnærmelse og harmonisering med den gældende ordning i EU med hensyn til praksis, der kan bevirke, at samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart bliver påvirket, idet den nationale konkurrenceret i øvrigt generelt næsten fuldstændig støtter sig på de tilsvarende EU-retlige konkurrenceregler, og dermed har Domstolen kompetence til at træffe afgørelse om anmodningen om præjudiciel afgørelse (jf. dom af 26.11.2015, SAI Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784)).
- 26 Det er uklart, om den i sagsakterne beskrevne adfærd udgør en aftale eller praksis med et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i den nye konkurrencelovgivnings artikel 9, stk. 1, og artikel 101, stk. 1, litra a), TEUF.
- 27 De af Domstolens domme, som retten i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn i Santarém har nævnt i sin dom (dom af 30.6.1966, Societé

Technique Minière (56/65, EU:C:1966:38), af 11.9.2014, Cartes Bancaires (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), og af 2.4.2020 Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2020:265)), vedrører ikke situationer som den, der er genstand for den foreliggende sag.

- 28 Det er vigtigt at afklare, om denne praksis eller aftale har en konkurrencebegrænsende karakter eller et konkurrencebegrænsende formål, således at det ikke er nødvendigt at undersøge dens virkninger, eller om det for, at den kan udgøre en konkurrencebegrænsende praksis eller aftale, er nødvendigt at påvise, at den frembyder en tilstrækkelig skadelighed, eller at den har konkurrencebegrænsende virkninger.

ARBEJDSDOKUMENT