

Version anonymisée

Traduction

C-211/22 - 1

Affaire C-211/22

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

17 mars 2022

Juridiction de renvoi :

Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal)

Date de la décision de renvoi :

24 février 2022

Partie demanderesse :

Super Bock Bebidas SA

AN

BQ

Partie défenderesse :

Autoridade da Concorrência

Tribunal da Relação de Lisboa (Cour d'appel de Lisbonne)

Section Propriété intellectuelle et concurrence, réglementation et surveillance

Pourvoi en matière pénale

[OMISSIS]

Tribunal défendeur : Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de la concurrence, de la réglementation et de la surveillance)

Parties requérantes : SUPER BOCK BEBIDAS, S.A., AN et BQ

Partie défenderesse : AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

FR

*

SOMMAIRE (dont le rapporteur est responsable) :

I [OMISSIS]

II [OMISSIS]

III [OMISSIS]

IV [OMISSIS : Points non pertinents pour la décision préjudicielle].

V. L'article 9 du Regime Jurídico da Concorrência [régime juridique de la concurrence], tout comme l'article 101, paragraphe 1, sous a), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « TFUE »), décrit un ensemble de comportements, traduits par des accords et des pratiques concertées d'entreprises, qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

VI. La distinction entre les notions d'atteinte/restriction de la concurrence par objet et par effet réside essentiellement dans la nature et l'objet du comportement lui-même et dans le niveau de preuve requis ; dans le premier cas, si l'objet anticoncurrentiel, révélé par le « degré de nocivité suffisant », est prouvé, il n'est pas nécessaire d'apprécier ses effets sur le fonctionnement du marché ; dans le second cas, il n'est pas nécessaire de prouver l'objet anticoncurrentiel, mais il faut démontrer les effets anticoncurrentiels probables sur le marché.

VII. L'interprétation et l'application uniformes du droit de l'Union européenne dans tous les États membres et le principe de la primauté de ce droit sur le droit national imposent au juge national, en vertu de l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de toute question préjudicielle jugée pertinente pour la solution du litige concret, lorsqu'il existe un doute raisonnable quant à l'interprétation de cette solution à la lumière du droit européen et qu'il n'existe pas de jurisprudence consolidée de la Cour (« théorie de l'acte clair »).

*

La section de la propriété intellectuelle et de la concurrence, de la réglementation et de la surveillance du Tribunal da Relação de Lisboa [Cour d'appel de Lisbonne] décide :

*

I. RAPPORT

SUPER BOCK BEBIDAS, S.A, AN et BQ ont introduit un recours contre la décision de l'**AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA** [AUTORITÉ DE CONCURRENCE], qui a déclaré chacun des défendeurs coupable d'avoir commis une infraction administrative aux règles de concurrence, énoncée à l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la loi n° 19/2012 (Novo Regime Jurídico da Concorrência [nouveau régime juridique de la concurrence], ci-après le « RJC ») et à l'article 101, paragraphe 1, alinéa a), TFUE, sanctionnée, en vertu de l'article 68, paragraphe 1, sous a) et b), de la loi n° 19/2012, par le paiement d'une amende de la manière suivante :

- SUPER BOCK BEBIDAS S.A. – une amende de 24 000 000 (vingt-quatre millions) d'euros ;
- AN – une amende de 12 000 (douze mille) euros ;
- BQ – une amende de 8 000 (huit mille) euros ;

SUPER BOCK BEBIDAS, S.A. est de plus condamnée à la peine accessoire de publication de la décision de condamnation dans la série II du Diário da República [Journal officiel] et dans un journal à tirage national, conformément à l'article 71 de la loi n° 19/2012.

*

Le Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão [tribunal de la concurrence, de la réglementation et de la surveillance] (ci-après le « TCRS ») a rendu un jugement rejetant le recours juridictionnel introduit par les parties requérantes, confirmant la décision de l'Autorité de la concurrence, dans les termes suivants [*transcription*] :

« Eu égard à ce qui précède et par ces motifs, le recours formé par les requérants Super Bock, S.A., BQ et AN contre la décision de l'Autoridade da Concorrência (AdC) est rejeté dans son ensemble, la décision est confirmée et, par conséquent, il est décidé ce qui suit :

a) [OMISSIS]

b) déclarer que, en participant à une pratique de fixation, par des moyens directs et indirects, des prix et des autres conditions applicables à la revente par un réseau de distributeurs indépendants dans le canal de l'HORECA sur l'ensemble du territoire national (à l'exception de Lisbonne – y compris Amadora et Sintra, Porto et archipel autonome de Madère, jusqu'en 2013 Coimbra et après 2014 les îles de Pico et Faial des Açores) pendant une période de onze années consécutives, la partie requérante SUPER BOCK BEBIDAS, S.A. a commis une infraction aux règles de concurrence, au sens de l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la loi n° 19/2012 et du paragraphe 1, sous a), de l'article 101 TFUE, passible d'une

amende, conformément à l'article 68, paragraphe 1, sous a) et b), de la loi n° 19/2012 ;

c) déclarer que, en participant à une pratique de fixation, par des moyens directs et indirects, des prix et autres conditions applicables à la revente par un réseau de distributeurs indépendants dans le canal de l'HORECA sur l'ensemble du territoire national (à l'exception de Lisbonne – y compris Amadora et Sintra, Porto et archipel autonome de Madère, jusqu'en 2013 Coimbra et après 2014 les îles de Pico et Faial des Açores) pendant une période de deux années consécutives, le requérant AN a commis une infraction aux règles de concurrence, conformément à l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la loi n° 19/2012 et du paragraphe 1, sous a), de l'article 101 TFUE, passible d'une amende, conformément à l'article 68, paragraphe 1, sous a) et b), et de l'article 73, paragraphe 6, de la loi n° 19/2012 ;

d) déclarer que, en participant à une pratique de fixation, par des moyens directs et indirects, des prix et autres conditions applicables à la revente par un réseau de distributeurs indépendants dans le canal de l'HORECA sur l'ensemble du territoire national (à l'exception de Lisbonne – y compris Amadora et Sintra, Porto et archipel autonome de Madère, jusqu'en 2013 Coimbra et après 2014 les îles de Pico et Faial des Açores) pendant une période de quatre années consécutives, le requérant BQ a commis une infraction aux règles de concurrence, conformément à l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la loi n° 19/2012 et du paragraphe 1, sous a), de l'article 101 TFUE, passible d'une amende, conformément à l'article 68, paragraphe 1, sous a) et b), et de l'article 73, paragraphe 6, de la loi n° 19/2012 ;

e) confirmer et condamner la requérante SUPER BOCK BEBIDAS, S.A. à payer l'amende infligée de 24 000 000,00 (vingt-quatre millions) d'euros, conformément aux dispositions de l'article 69 de la loi n° 19/2012 ;

f) confirmer et condamner le requérant AN à payer l'amende infligée de 12 000,00 (douze mille) euros, conformément aux dispositions de l'article 69 et de l'article 73, paragraphe 6, de la loi n° 19/2012 ;

g) confirmer et condamner le requérant BQ à payer l'amende infligée de 8 000,00 (huit mille) euros, conformément aux dispositions de l'article 69 et de l'article 73, paragraphe 6, de la loi n° 19/2012 ;

h) confirmer et condamner à la requérante SUPER BOCK BEBIDAS, S.A. à la peine accessoire, de procéder à la publication, dans les 20 jours à compter du moment où la présente décision devient définitive, d'un extrait de celle-ci, dans les termes et selon la copie qui lui sera communiquée en temps utile, dans la série II du Diário da República et dans un journal à tirage national, conformément aux dispositions de l'article 71 de la loi n° 19/2012. »

*

Insatisfaites de ce jugement, les parties défenderesses SUPER BOCK BEBIDAS, S.A., AN et BQ ont formé un pourvoi devant la juridiction de céans et formulé les **conclusions** suivantes [*transcription*] :

I – DES NULLITÉS

[Omissis : prétentions des parties requérantes relatives à l'irrecevabilité de la saisie/utilisation de courriers électroniques dans le cadre d'une procédure d'infraction administrative].

II – DES ERREURS, INSUFFISANCES ET CONTRADICTIONS DES FAITS

[Omissis : les parties requérantes considèrent que la décision attaquée est entachée d'erreurs, d'insuffisances et de contradictions insurmontables quant à la motivation de la constatation des faits, puisqu'ont été considérés comme prouvés des faits qui ne sont pas compatibles entre eux et/ou avec les faits considérés comme non prouvés, et que ces erreurs, insuffisances et contradictions peuvent fonder le pourvoi, en vue du renvoi de l'affaire devant le Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ci-après le « TCRS ») pour y remédier].

III – DE LA MISE EN ŒUVRE TEMPORELLE ET DU DÉLAI DE PRESCRIPTION

[Omissis : les parties requérantes contestent l'interprétation du TCRS selon laquelle il s'agit ici d'une infraction administrative continue, le délai de prescription ne courant pas puisque la pratique a duré au moins jusqu'en janvier 2017 : elles considèrent que tous les faits imputés antérieurs à août 2013 sont prescrits].

IV – DES ERREURS DE JUGEMENT EN DROIT

A) L'absence d'accord et de fixation directe et indirecte des prix

CXV. La juridiction de première instance a considéré que la partie requérante avait fixé, directement et indirectement, les prix de revente minimaux par les distributeurs, et a conclu à cet égard qu'il y avait un accord entre ces distributeurs et la partie requérante.

CXVI. Toutefois, la juridiction de première instance commet une erreur tant en qualifiant la procédure décrite dans le jugement d'« accord » aux fins du droit de la concurrence qu'en qualifiant la pratique en cause de fixation directe des prix.

CXVII. En ce qui concerne la première de ces erreurs, la juridiction de première instance a conclu à l'existence d'un « accord » sur la base d'éléments purement circonstanciels, s'écartant de la position adoptée par la jurisprudence européenne qui exige la preuve que les distributeurs ont effectivement suivi les prix minimaux recommandés, comme l'exige la Cour et les « lignes directrices sur les restrictions verticales » – 2010/C 130/01.

CXVIII. En effet, il ressort de ces lignes directrices, notamment du point 25, qu'il faut démontrer que la politique du fournisseur a été « effectivement » mise en œuvre dans la pratique.

CXIX. La juridiction de première instance n'a pas établi des faits qui démontrent que la prétendue politique de la requérante a été effectivement mise en œuvre par les distributeurs dans la pratique, dans la mesure où le ministère public s'est abstenu d'analyser si les prix pratiqués par ceux-ci étaient conformes aux recommandations de la requérante, en s'appuyant sur l'affirmation péremptoire selon laquelle il s'agissait d'une infraction par objet et que ses effets étaient dépourvus de pertinence.

CXX. D'autre part, on ne saurait ignorer que la notion d'accord de volontés implique intrinsèquement qu'il soit conclu par au moins deux entreprises en vue de générer ou de contribuer à une interprétation commune de ce que seront les actions des parties sur le marché, en ce qui concerne des paramètres essentiels du processus concurrentiel, tels que les prix, la qualité et la quantité.

CXXI. Toutefois, dans le contexte des courriers électroniques échangés entre les employés de la partie requérante Super Bock et les distributeurs, il n'y a aucune preuve d'un accord de volontés.

CXXII. Et si la qualification d'un accord de volontés part d'un comportement effectif des entreprises impliquées, qui « traduit un état de convergence stable entre ces comportements », on ne saurait conclure qu'en l'espèce les distributeurs se sont volontairement comportés de manière coordonnée et conforme aux intentions de la partie requérante, de manière stable et liminaire au cours du temps.

CXXIII. D'ailleurs, à la lumière des articles 101 et 102 TFUE, le comportement unilatéral d'une entreprise qui ne détient pas de position dominante ne relève pas des règles de concurrence du traité, pas plus que des articles 9 et 11 équivalents de la LdC (loi sur la concurrence).

CXXIV. La jurisprudence de la Cour a évolué dans le sens de durcir les exigences de preuve par les autorités du fait que les distributeurs ont effectivement accepté une politique de distribution particulière. En vertu de l'article 2 du règlement (CE) n° 1/2003 (et de l'article 9 de la LdC), la charge de la preuve de l'infraction incombe à l'autorité alléguant une telle infraction.

CXXV. En ce qui concerne la notion d'accord, il convient de souligner que le niveau de preuve requis pour établir l'existence d'un accord anticoncurrentiel dans le cadre d'une relation verticale est, en principe, similaire à celui requis dans le cadre d'une relation horizontale.

CXXVI. Même si certains éléments suggérant l'existence d'un accord horizontal peuvent ne pas s'avérer propres à démontrer l'existence d'un accord vertical, puisque, contrairement à ce qui se passe entre entreprises concurrentes, les

contacts et les échanges d'informations entre un fournisseur et ses distributeurs sont nécessaires et licites.

CXXVII. Ainsi, pour qu'il y ait accord au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de l'article 9 LdC, il est nécessaire que les entreprises concernées aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée.

CXXVIII. Par conséquent, l'autorité de la concurrence aurait dû prouver l'existence d'une intention commune, ce qui tend à être prouvé par la constatation d'une proposition et d'une acceptation.

CXXIX. Aucune conclusion ne peut être tirée d'un comportement unilatéral (tel que l'envoi de listes de prix recommandés), quant à l'existence, ou non, d'un accord.

CXXX. Pour qu'il y ait un accord de volontés, au sens de pouvoir affirmer qu'il y a eu acceptation, il ne suffit pas qu'il y ait :

i) orientation et influence du fournisseur sur la politique de prix des distributeurs, prouvées par l'échange de lettres, ii) envoi de listes de prix, iii) échange de correspondance avec les distributeurs, y compris envoi de factures faisant référence aux prix convenus avec le fournisseur, iv) des mécanismes de rétorsion et de menaces visant à provoquer l'adhésion des distributeurs à ladite politique de prix, notamment avec la menace de réduire le volume des fournitures, s'ils ne démontrent pas avoir pris des mesures tendant à sa mise en œuvre, ni v) qu'il y ait des cas dans lesquels les distributeurs eux-mêmes demandent des explications au fournisseur lorsqu'ils détectent des écarts par rapport aux prix fixés par d'autres distributeurs.

CXXXI. Il s'ensuit que, pour conclure à l'existence d'un accord, il est nécessaire de démontrer que la politique du fournisseur était « effectivement » mise en œuvre dans la pratique, ce que la juridiction n'a manifestement pas fait.

CXXXII. En revanche, en ce qui concerne l'élément de fixation directe et indirecte des prix, la juridiction de première instance, partant de faits qui pouvaient seulement, in abstracto, révéler l'existence d'une pratique de fixation des prix par des moyens indirects, conclut finalement à l'existence d'une situation de fixation directe et indirecte des prix, en partant du principe que, entre le 15 mai 2006 et le 23 janvier 2017, la partie requérante avait fixé et imposé, de manière régulière, généralisée et inchangée, les conditions commerciales que ses distributeurs devaient obligatoirement respecter lors de la revente des produits qu'elle fabriquait et commercialisait.

CXXXIII. À la lumière des dispositions des articles 9, paragraphe 1, sous a), de la LdC et 101, paragraphe 1, sous a), TFUE, outre qu'un accord est nécessaire, celui-ci doit refléter les tentatives des fournisseurs de contrôler directement les prix que les distributeurs doivent facturer à leurs clients.

CXXXIV. Dès lors, pour qu'il y ait eu fixation directe des prix, il faudrait que l'accord ait été contenu dans une clause contractuelle existante (soit dans le contrat de distribution, soit dans un autre contrat, préexistant ou non), visant à régler cette question et attribuant à la partie requérante cette prérogative.

CXXXV. Étant entendu que, dans le cas de pratiques concertées, l'acceptation effective doit être démontrée, ce qui ne peut être fait qu'en analysant les prix effectivement pratiqués – voir le point 48 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

CXXXVI. En fait, la fixation des prix de revente minimaux par l'intermédiaire d'accords (i) fixant la marge de distribution, (ii) fixant de la remise maximale que le distributeur peut accorder à partir d'un certain prix établi, (iii) conditionnant l'octroi de remises, (iv) de remboursement par le fournisseur des coûts promotionnels à partir d'un certain prix, et (v) liant le prix de revente fixé au prix de revente des concurrents, peut tout au plus constituer une forme de fixation indirecte des prix.

CXXXVII. Ainsi, lorsque la possibilité de déterminer les prix de revente que les distributeurs factureront à leurs clients ne résulte pas d'une clause contractuelle spécifique ou d'un accord entre les parties, mais uniquement des pratiques commerciales unilatérales effectivement adoptées par le fournisseur qui contraignent les distributeurs à se conformer aux instructions émises par le fournisseur, et dès lors qu'une telle politique unilatérale entraîne une restriction absolue de la liberté de choix et d'action de la contrepartie, on peut alors conclure que l'on a affaire à une fixation indirecte des prix.

CXXXVIII. Par conséquent, dans ces situations, il faudra prouver, d'une part, que la politique unilatérale de l'une des parties suppose l'acceptation de l'autre partie et, d'autre part, que cette dernière se soit conformée à cette exigence en appliquant en pratique la politique unilatérale qui lui a été imposée.

CXXXIX. En tout état de cause, il faudra, concrètement, démontrer, d'une part, qu'une partie a demandé, expressément ou implicitement, la coopération de l'autre partie dans la mise en œuvre de sa politique unilatérale et, d'autre part, que cette dernière se soit conformée à cette demande en appliquant dans la pratique la politique unilatérale qui lui a été imposée.

CXL. Ainsi, contrairement à ce qui semble résulter du jugement attaqué, notamment des points 86 et 87 des faits prouvés, le niveau de contrainte effectivement exercé pour imposer une politique imposée commercialement et le nombre de distributeurs concernés ne peuvent servir que d'indice de l'existence d'une acceptation tacite, et l'on ne saurait en tirer aucune conclusion quant à l'existence d'une fixation directe ou indirecte des prix.

CXLI. En l'espèce, la juridiction de première instance n'a pas constaté l'existence d'une clause contractuelle conférant la prérogative de fixer les prix de revente minimaux, de sorte qu'il n'est pas possible d'affirmer que la partie requérante a pu

imposer contractuellement à ses distributeurs leurs prix de revente dans leurs domaines d'activité respectifs ; et

CXLII. Dans les constatations de fait, aucun fait prouvé ne permet de conclure que la requérante a pu les imposer, immédiatement ou directement, en vertu d'un accord de volontés antérieur ou postérieur entre les parties.

CXLIII. Par conséquent, la procédure décrite [OMISSIS] ne saurait nullement constituer une fixation directe des prix de revente par la partie requérante à l'égard des distributeurs.

CXLIV. Les affirmations générales faites par la juridiction de première instance et reprises au point 82 de la décision sur les faits prouvés, selon lesquelles les distributeurs ont en général suivi les prix recommandés par la requérante, ne suffisent pas non plus, s'agissant d'un jugement purement conclusif, à étayer la décision de droit rendue par la juridiction.

CXLV. Dès lors, en l'absence d'indices concrets d'un accord susceptible de fonder une fixation directe des prix et en l'absence de tout lien entre les prix conseillés par la partie requérante Super Bock et les prix effectivement pratiqués par les distributeurs, la juridiction de première instance ne pouvait pas conclure à une violation de l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la LdC et de l'article 101, paragraphe 1, sous a), TFUE.

B) De l'absence de démonstration de la nocivité

CXLVI. La juridiction de première instance a commis une erreur de jugement en ce qui concerne la (non-)nécessité pour l'autorité de la concurrence de démontrer le caractère nocif de l'accord pour pouvoir considérer qu'il existe une restriction par objet.

CXLVII. Pour que l'infraction puisse être qualifiée de restriction par objet, l'autorité de la concurrence doit analyser si le comportement est suffisamment nocif.

CXLVIII. Il ressort également de l'avis rendu par José Luís da Cruz Vilaça, joint au dossier, que « [p]our conclure qu'un accord entre entreprises présente ce degré de nocivité, il faut tenir compte de son contenu, de ses objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel il s'inscrit ».

CXLIX. Dans ce domaine précis, la juridiction de première instance a ignoré la jurisprudence de la Cour et, lorsqu'elle a été amenée à traiter de la question, elle s'est bornée à affirmer sans arrêt de manière aprioristique et conclusive que l'infraction en cause était une infraction par objet, croyant ainsi remédier à l'absence d'analyse du degré de nocivité de l'accord.

CL. Dans l'approche de la question par la juridiction de première instance, la forme trouvée pour justifier une prise de position plus concrète quant à ce qui est

allégué par les parties requérantes dans le recours contre la décision finale, est passée par l'affirmation hors contexte du fait que « le contexte économique dans lequel Super Bock a agi n'est pas "clair, étanche, liminaire, et est plutôt complexe" ».

CLI. L'interprétation de la juridiction de première instance contredit carrément l'interprétation la plus récente de la jurisprudence européenne en la matière car, même si l'on considérait, in abstracto, que le comportement type imputé à la partie requérante était qualifiable du point de vue du droit de la concurrence et avait été considéré comme capable de fausser la concurrence – quod non –, cette « capacité » aurait dû être établie par l'autorité de la concurrence moyennant la démonstration de la nocivité de l'accord, eu égard (i) au contexte économique et juridique, (ii) à l'objectif et (iii) au contenu de l'« accord ».

CLII. Par conséquent, la juridiction de première instance commet clairement une erreur lorsqu'elle considère que la restriction verticale, par fixation des prix, est, en soi et nécessairement, une restriction par objet et que l'autorité de la concurrence n'est pas et n'était pas tenue de procéder à un examen rigoureux de toutes les circonstances de l'affaire avant de qualifier le comportement de la partie requérante de restriction par objet !

CLIII. Dans le cadre de l'analyse de la « restriction par objet/effet », il convient tout d'abord d'apprécier si l'accord a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, « cet examen (...) devant être effectué à la lumière du contenu de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'inscrit », puis de combiner cette analyse détaillée des circonstances en vue d'apprécier si, au regard de ces trois critères, un état défavorable au fonctionnement du marché a été créé ou non, ce qui n'a manifestement pas été fait dans la décision.

CLIV. L'appréciation rigoureuse du « degré suffisant de nocivité » relève précisément de l'analyse des circonstances de l'espèce et ne se présume pas, contrairement à ce qui semble être l'interprétation de la juridiction de première instance.

CLV. Contrairement à ce qui s'imposerait, dans la décision finale de la partie défenderesse et, par conséquent, dans le jugement attaqué, le contexte économique qui a pu présider aux prétendues pratiques anticoncurrentielles n'a pas du tout été caractérisé, et il n'y est même pas fait référence.

CLVI. Les contextes économiques qui sous-tendent les faits sont variés et distincts, et en aucun cas ces contextes économiques ne peuvent être considérés ou traités comme un tout.

CLVII. Et sachant qu'il n'appartenait pas à la partie requérante de se substituer à la partie défenderesse s'agissant des paramètres d'analyse sur lesquels le contexte économique devrait porter, l'autorité de la concurrence était tenue d'analyser les

effets que le comportement allégué de la partie requérante auraient eus sur le marché afin de pouvoir affirmer qu'il y avait un « degré suffisant de nocivité ».

CLVIII. L'analyse de l'élément nocivité nécessiterait également d'examiner des objectifs qui ont pu sous-tendre la création d'un « environnement » de marché malsain, une lecture qui ne peut être détachée d'une analyse précise des différents contextes économiques vécus par la partie requérante.

CLIX. La partie requérante Super Bock n'a pas fixé les mêmes objectifs économiques pour le réseau de distribution, notamment pour les opérations directes, pour le lancement de nouveaux produits, pour les pics saisonniers.

CLX. Pour tenter d'évaluer la nature du raisonnement sous-jacent, il est nécessaire de procéder à un examen plus à l'encontre des faits visant à savoir si la structure concurrentielle et les conditions réelles de fonctionnement des marchés sur lesquels la partie requérante opère auraient été différentes si celle-ci avait agi autrement.

CLXI. Outre que l'autorité de la concurrence n'a pas démontré ni même allégué l'existence d'effets sur le marché (et, partant, que cela ne figure pas non plus dans le jugement attaqué), il résulte de l'étude économique à cet égard jointe au dossier qu'il n'y aurait pas eu de différence structurelle entre la structure concurrentielle du marché et la rivalité concurrentielle si le comportement de la partie requérante avait été différent.

CLXII. Sur ce point, la juridiction de première instance s'est contentée de conclure, de manière circulaire, qu'un accord de fixation des prix (i.) « porte objectivement atteinte à la concurrence », (ii.) « entraîne (c'était du moins le but recherché) la restriction de la liberté des distributeurs de déterminer effectivement leurs prix [...] éliminant la concurrence par le prix des produits, au détriment des consommateurs finals qui ne peuvent plus bénéficier de produits à des prix plus bas » et que (iii.) « le préjudice pour les consommateurs est particulièrement important ».

CLXIII. Comme il convient de constater, l'analyse concrète des objectifs de l'accord permettrait précisément de savoir si cet accord spécifique « porte atteinte à la concurrence » et « élimine la concurrence », or la juridiction de première instance effectue son exercice de substitution en recourant à des conclusions et non à des faits pouvant déterminer l'existence d'un degré suffisant de nocivité de l'accord.

CLXIV. Toutefois, ce que la loi entend et exige, c'est que la nocivité de l'accord spécifiquement en question soit appréciée et non pas la nocivité d'un accord.

CLXV. L'autorité de la concurrence n'allègue rien (et donc, il n'y a rien dans le jugement) sur le contenu de l'accord aux fins d'apprécier sa nocivité, mais ici aussi la juridiction de première instance a considéré que, compte tenu de

l'infraction qui est imputée aux parties requérantes, une telle approche était inutile, ce qui est faux.

CLXVI. Au contraire, l'autorité de la concurrence aurait dû démontrer que le contenu de l'accord, eu égard au contexte juridique et économique vécu, contribuait à la création d'un état, en soi, défavorable au fonctionnement concurrentiel des marchés.

CLXVII. Elle était tenue d'apprécier de manière réelle, concrète et casuistique les comportements réels et leur contribution à l'altération du bon fonctionnement du marché, ce qui n'a pas été fait.

CLXVIII. En effet, l'autorité de la concurrence n'a accordé à ce comportement aucune matérialisation objective – c'est-à-dire qu'elle n'a pas étayé, sur des faits, la circonstance que cette prétendue fixation du prix de revente créait un état de risque permanent pour le fonctionnement du marché, l'autorité, d'abord, et la juridiction de première instance, ensuite, se contentant d'affirmer que c'était nécessairement le cas !!!

CLXIX. Le point de vue des parties requérantes selon lequel il n'y avait pas de limitation de l'efficacité économique est également soutenu par la juridiction de première instance elle-même en ce qu'elle considère que l'impact sur les consommateurs était « neutre ».

CLXX. Par conséquent, il ne fait aucun doute que pour conclure qu'il s'agit d'une restriction par objet, indépendamment du fait que le comportement imputé soit une fixation des prix, l'autorité de la concurrence aurait dû démontrer l'existence d'un degré suffisant de nocivité.

CLXXI. En ignorant cette exigence au motif qu'une infraction résultant d'une fixation des prix dispense de cette analyse, la juridiction de première instance a commis une erreur manifeste d'appréciation.

C) L'inapplicabilité de l'article 101 TFUE

CLXXII. La juridiction de première instance a commis une erreur de droit en considérant que l'article 101 TFUE s'appliquait à la présente affaire, partageant ainsi l'avis de l'autorité de la concurrence selon lequel l'infraction imputée aux parties requérantes affectait le commerce entre les États membres de l'Union européenne.

CLXXIII. La juridiction attaquée est parvenue à cette conclusion en partant du principe que : i) le fait que le commerce entre États membres puisse être affecté « implique inévitablement qu'il n'est pas nécessaire que l'accord ou la pratique ait effectivement eu un effet sur le commerce entre États membres et qu'il n'y a donc aucune obligation ou nécessité de calculer le volume réel du commerce entre États membres affecté par l'accord ou la pratique » ; ii) « la pratique en cause a concerné la grande majorité du territoire national », renforçant « la segmentation

ou le cloisonnement des marchés sur une base nationale », portant atteinte aux « échanges commerciaux entre États membres » ; iii) « il s'agit de produits susceptibles d'être exportés », et que « Super Bock est l'une des entreprises les plus importantes sur le marché national et fait partie d'un groupe d'entreprises dans lequel des sociétés multinationales détiennent des parts » ; iv) « [l']accord visant à fixer des prix de revente minimaux, dans ces conditions, est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, ce qui inclut une augmentation des importations en provenance d'autres États et une diminution des exportations de notre pays » ; (v.) que les remises sur les ventes aux consommateurs hors fût accordées aux distributeurs constituaient une politique ayant un « effet de blocage » potentiel, dans la mesure où « tout type d'offensive d'une autre société souhaitant pénétrer le marché était bloqué par la partie requérante, moyennant l'attribution de remises supplémentaires aux distributeurs », « rendant plus difficile la pénétration du marché national par les entreprises d'autres États membres », ce qui affecte « la structure des échanges entre États membres ».

CLXXIV. La juridiction de première instance souligne en outre, s'agissant de la démonstration du fait que le commerce entre États membres était sensiblement affecté : « le fait qu'une entreprise se trouve dans une situation de duopole de marché sur l'ensemble du territoire d'un État membre, se livrant à une pratique de restriction par objet, considérée comme l'une des pratiques les plus graves au regard du droit de la concurrence, eu égard au chiffre d'affaires qui a été considéré comme prouvé, même séparé des ventes directes réalisées par la partie requérante, peut être suffisant, en soi, pour rendre plus difficile la pénétration du marché national par les concurrents des autres États membres ».

CLXXV. À l'inverse, le critère de l'affectation du commerce exige la réunion des conditions suivantes : i) qu'elle soit prévisible, ii) avec un degré de probabilité suffisant, iii) sur la base d'un ensemble de facteurs objectifs de fait ou de droit, iv) que le comportement affecte sensiblement le commerce entre les États membres de l'UE.

CLXXVII. Dans ce contexte, les juridictions de l'UE ont également déjà énoncé qu'il ne suffisait pas de simplement alléguer des faits tendant à décrire certains comportements ou de s'appuyer sur des hypothèses ou des prémisses de fait hypothétiques ou spéculatives sans expliquer dans quelle mesure ils permettraient de conclure que le comportement était susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

CLXXVII. À l'appui de cette interprétation, le Tribunal da Relação de Lisboa [Cour d'appel de Lisbonne] a déjà énoncé : « (...) de sorte qu'il serait nécessaire, à tout le moins, de prouver qu'elles "rendent plus difficile aux entreprises d'autres États membres la pénétration du marché national en cause, soit au moyen d'exportations, soit au moyen de l'établissement (effet d'éviction)", ce qui n'est manifestement pas démontré ni révélé par les faits prouvés » ;

CLXXVIII. Notons en particulier que l'affectation du commerce entre États membres est un test purement juridictionnel, destiné à déterminer si le comportement en question a une dimension transfrontalière et donc européenne (afin que le droit de l'UE lui soit applicable) – auquel cas elle peut relever de l'article 101 du TFUE – ou n'a pas de dimension européenne – auquel cas elle ne peut relever que des règles de concurrence nationales.

CLXXIX. Par conséquent, dès lors qu'il n'est pas établi que la pratique reprochée à la partie requérante était susceptible « d'affecter le commerce entre États membres », l'article 101 TFUE n'est pas applicable.

CLXXX. La juridiction de première instance a considéré qu'il y avait un effet sensible sur le commerce entre États membres à partir de formulations générales et non étayées, sans tenir compte des caractéristiques du cas d'espèce, faisant ainsi une application erronée du droit.

CLXXXI. Il n'existe aucune preuve de faits concrets indiquant que les accords et pratiques allégués étaient « susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres », et encore moins avec un degré de « probabilité suffisant ».

CLXXXII. S'agissant de la notion de commerce entre États membres ou d'activité économique transfrontalière, la question est de savoir si l'activité économique exercée par la partie requérante a affecté la structure concurrentielle du marché.

CLXXXIII. La structure concurrentielle du marché sera affectée si l'accord élimine un concurrent ou menace d'éliminer un concurrent opérant dans l'Union européenne.

CLXXXIV. Aucun comportement initié par la partie requérante n'a provoqué l'exclusion du marché par un autre concurrent, et cela ne ressort pas non plus des faits prouvés – il n'y a tout simplement aucune trace de faits concrets permettant de l'affirmer.

CLXXXV. Les affirmations susmentionnées de la juridiction de première instance, selon lesquelles « des produits susceptibles d'être exportés sont en cause » et que « Super Bock (...) fait partie d'un groupe d'entreprises dans lequel des sociétés multinationales détiennent des parts », ne suffisent pas pour qu'il y ait affectation sensible du commerce entre États membres.

CLXXXVI. Toute projection internationale de la société est, à proprement parler, un élément à prendre en compte, mais uniquement pour la qualification de la société, voire de certains de ses actionnaires, et non pas pour établir la susceptibilité d'affecter le commerce dans l'UE.

CLXXXVII. En effet cette question de susceptibilité ne se pose pas parce que l'entreprise est plus ou moins reconnue, mais lorsque ses « performances » auront déterminé l'existence d'une influence sur « le schéma des échanges entre États membres », ce qui n'a pas été prouvé par les faits.

CLXXXVIII. L'affirmation de la simple possibilité d'exportation des produits est une observation générale et non étayée, dénuée de pertinence pour le cas d'espèce, puisque, dans un marché libre, tout produit est en soi susceptible d'être exporté ; et

CLXXXIX. Le fait qu'un actionnaire soit un groupe multinational, et sa pertinence pour la concurrence dans l'espace européen, n'est significatif que s'agissant de l'actionnaire et non pas de l'entreprise détenue, qui peut elle-même, par exemple, être une toute petite entreprise sans activité au-delà de la ville dans laquelle elle est établie !!!

CXC. Par conséquent, les considérations susmentionnées ne disent rien de concret sur l'affectation du commerce au sein de l'UE et personne (ni l'autorité de la concurrence ni la juridiction de première instance) n'a même voulu savoir quel était l'impact des ventes de la partie requérante sur les échanges entre États membres, ni même si elle les réalisait au profit de son actionnaire multinational et dans quel volume, ce qui entache le raisonnement de la juridiction de première instance, notamment lorsqu'elle affirme que : (i) « [l']accord visant à fixer des prix de revente minimaux (...) est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, ce qui inclut une augmentation des importations en provenance d'autres États et une diminution des exportations de notre pays » ; et que (ii) les remises sur les ventes aux consommateurs elles-mêmes constituaient une politique ayant un « effet de blocage » potentiel, « rendant plus difficile la pénétration du marché national par les entreprises d'autres États membres ».

CXCI. L'essentiel est en revanche de déterminer si, du fait de l'existence d'un accord anticoncurrentiel, la structure concurrentielle du commerce au sein de l'UE s'est probablement développée d'une manière différente de ce qui aurait été le cas si un tel accord n'avait pas existé, analyse que la juridiction n'a pas effectuée.

CXCII. La juridiction de première instance s'est au contraire fondée sur l'affirmation péremptoire selon laquelle il s'agissait d'une l'infraction par objet et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire de connaître autre chose que ce fait lui-même.

CXCIII. Comme il est aussi indiqué dans le jugement de première instance, le Portugal est un nain par rapport aux plus grands producteurs de bière de l'UE et cette situation n'a pas varié pendant toute la durée des faits.

CXCIV. En ce qui concerne l'analyse de l'impact du prétendu comportement de la partie requérante, afin d'affirmer qu'il est possible de prévoir « avec un degré de probabilité suffisant » que ce comportement a affecté ou était susceptible d'affecter la structure concurrentielle du commerce de l'Union, il est nécessaire que cette affirmation tienne compte d'éléments objectifs de droit et de fait (que la juridiction attaquée a omis d'examiner).

CXCV. L'appréciation de ce critère « dépend d'un certain nombre de facteurs [parmi lesquels la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits qui

font l'objet de l'accord ou de la pratique et la position et l'importance des entreprises concernées] qui, pris individuellement, peuvent ne pas être décisifs », et ces facteurs doivent être compris « par référence au cadre réel dans lequel s'inscrit l'accord ».

CXCVI. Il convient de souligner que le commerce intracommunautaire n'a pas évolué autrement que ce qu'aurait été son évolution attendue en raison du comportement allégué de la partie requérante, et que le contraire n'est pas affirmé ni prouvé dans le dossier, alors qu'il est certain que « la probabilité qu'un accord donné ait une influence indirecte ou potentielle doit être expliquée par l'autorité (...) L'influence hypothétique ou spéculative n'est pas suffisante pour établir l'applicabilité du droit communautaire ».

CXCVII. Et la juridiction de première instance, se rangeant du côté de l'autorité de la concurrence, n'a fait que s'appuyer sur la constatation que toute pratique équivalente à une fixation du prix de revente est problématique.

CXCVIII. La juridiction de première instance ne dispose pas d'un seul fait concernant l'affectation du commerce et le degré de probabilité suffisant.

CXCIX. Le manque de fondement de ce qui sous-tend les affirmations absolues de la juridiction de première instance (« il est certain que », « il est presque », « l'écrasante majorité ») illustre suffisamment le fait qu'en amont, l'autorité de la concurrence (désormais secondée par la juridiction de première instance) n'a pas joué le rôle qui lui incombait, à savoir démontrer, de manière effective et concrète, la probabilité suffisante, sur la base d'éléments de fait et de droit (non produits), que le prétendu accord restrictif de la concurrence imputé à la partie requérante avait eu un impact sur le commerce entre États membres.

CC. Ne serait-ce que parce même s'il n'est nullement démontré dans le jugement attaqué ou dans la décision finale de l'autorité de la concurrence que la pratique alléguée a affecté l'ensemble du marché national, la juridiction de première instance (et l'autorité de la concurrence) n'a même pas pris en considération ce qui ressort des lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce entre États membres, où l'on peut lire ce qui suit : « [l]es accords verticaux couvrant l'ensemble d'un État membre sont notamment susceptibles d'affecter les courants d'échanges entre États membres lorsqu'ils rendent plus difficile aux entreprises d'autres États membres la pénétration du marché national en cause, soit au moyen d'exportations, soit au moyen de l'établissement (effet d'éviction) ».

CCI. Contrairement à ce qu'affirme la juridiction de première instance, même si l'ensemble du marché national était affecté (quod non), l'existence d'un « effet d'éviction » sur le marché devrait être démontrée, que ce soit au niveau des exportations ou au niveau des importations, ou encore par référence à la pertinence de l'activité de la partie requérante sur le marché européen, ce qui n'a

manifestement pas été fait et ne ressort pas du jugement de première instance, qui est entaché d'un manque total de motivation à cet égard.

CCII. En outre, contrairement à ce que prétend la juridiction de première instance, il n'est même pas possible, au vu des preuves produites tout au long de la procédure, d'affirmer que la prétendue infraction a affecté l'ensemble du marché national (selon la formule utilisée par la juridiction de première instance, certainement consciente de l'insuffisance des preuves, de « l'écrasante majorité du territoire national », ou de la « quasi-totalité d'un État membre »).

CCIII. En effet, la juridiction de première instance ne pouvait pas prendre la décision qu'elle a prise, en droit, eu égard à l'insuffisance grave des éléments de preuve, car les éléments produits et les faits établis conduisaient précisément à la conclusion que l'infraction alléguée n'avait pas eu lieu sur l'ensemble du territoire national, l'assimilation qui a été faite, à savoir que « ce n'était pas sur l'ensemble du territoire national, mais c'était comme si c'était le cas » étant manifestement abusive !!!

CCIV. La juridiction de première instance, malheureusement, a pallié les lacunes de l'autorité de la concurrence, comme le montre le fait qu'elle a négligé l'importance (évidente) des zones, par exemple, de Lisbonne et de Porto, qui ont toujours été en dehors du système de distribution, à savoir le canal de la prétendue infraction, comme si le Portugal était le même voire équivalent avec et sans les zones des deux plus grandes villes !!!

CCV. En effet, la juridiction attaquée n'a pas apprécié le fait que les zones très pertinentes de Lisbonne et de Porto se trouvent en dehors du système de distribution faisant l'objet du litige ni leur poids ont en termes de géographie, de pouvoir d'achat et, par conséquent, de ventes par rapport à l'ensemble de celles réalisées par la partie requérante.

CCVI. Il est bien connu et inutile de prouver qu'il n'existe pas de marché véritablement national, dans quelque secteur que ce soit, sans les deux principales métropoles du Portugal.

CCVII. En outre, ainsi qu'il ressort même du peu d'éléments de preuve examinés dans le jugement, le comportement imputé aux parties requérantes ne s'étendait pas à l'ensemble des marchés portugais de la distribution des différentes boissons prétendument visés par ce comportement, mais seulement à un segment (HORECA/on-trade), en excluant de ce segment les ventes en libre-service de gros et les ventes directes de la requérante Super Bock.

CCVIII. Par conséquent, le comportement en cause dans la présente procédure n'est pas susceptible de déclencher une présomption simple établie par la pratique décisionnelle de l'UE.

CCIX. Même si le comportement en cause s'étendait à l'ensemble des marchés portugais des différentes boissons, tant en termes de segments de marché qu'en

termes de territoire, la présomption simple ne s'appliquerait pas puisqu'elle concerne exclusivement les comportements horizontaux (ainsi qu'il ressort des lignes directrices de la Commission relatives à l'affectation du commerce entre États membres, qui ne font référence à cette présomption qu'au chapitre 3.2.1. intitulé « Ententes couvrant un seul État membre ») ou des comportements qui, par leur nature même, sont susceptibles d'avoir un effet d'éviction, tels que les obligations d'achat exclusif, l'obstruction faite aux importations parallèles et la protection territoriale absolue.

CCX. Aucun de ces cas ne fait référence à un comportement de nature similaire à celui qui a fait l'objet de la décision attaquée, à savoir une prétendue fixation verticale individuelle des prix de revente, qui, en l'absence de toute obligation d'achat exclusif, ne restreint pas la concurrence inter-marques et n'est pas susceptible d'avoir des effets d'éviction !

CCXI. En effet, et même dans cette situation hypothétique, l'extension du comportement de la requérante à l'ensemble des marchés portugais des différentes boissons visées (quod non) ne serait qu'un des éléments à prendre en compte dans l'analyse à effectuer ; et ce seulement s'il avait été expliqué comment l'extension du comportement en cause pouvait permettre de conclure à un effet sur le commerce entre États membres.

CCXII. Enfin, il convient de noter que les lignes directrices relatives à l'affectation du commerce ne prévoient rien concernant le fait que, *per se*, les restrictions par objet affectent sensiblement le commerce.

CCXIII. Faute d'affectation sensible du commerce *per se* ou de toute présomption positive concernant l'effet sensible, aucun élément du dossier ne démontre le degré de probabilité sérieuse que le commerce entre États membres est sensiblement affecté.

CCXIV. Il résulte donc de ce qui précède qu'il n'a été ni précisé, ni démontré de quelque manière que ce soit, en quoi le comportement imputé à la partie requérante aurait affecté sensiblement le commerce entre États membres pour l'ensemble des boissons distribuées par la partie requérante et couvertes par la décision de l'autorité de la concurrence pendant toute la période de la prétendue infraction,

CCXV. Il est manifestement insuffisant que la juridiction de première instance conclue à cet égard que « cela peut suffire en soi pour rendre plus difficile la pénétration de concurrents d'autres États membres sur le marché national », après n'avoir exposé à cette fin que i) la position sur le marché de la partie requérante Super Bock au Portugal, ii) son chiffre d'affaires et iii) le fait qu'elle a commis une infraction par objet, comme s'il s'agissait d'une simple analyse à l'échelle nationale.

CCXVI. Ce qu'il faut retenir, c'est donc l'inapplicabilité manifeste de l'article 101 TFUE au comportement de la partie requérante, faute d'être susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre États membres.

V- DÉTERMINATION DU MONTANT DE L'AMENDE

[OMISSIS : observations des parties requérantes concernant le montant des amendes].

En conséquence,

[OMISSIS : allégations concernant des points non pertinents pour la demande de décision préjudicielle].

CCC. La juridiction de première instance a commis une erreur de jugement et, par conséquent, une violation de l'article 9 de la LdC, de l'article 101 TFUE et des articles 4 et 5 du règlement (UE) n° 330/2010 du fait d'avoir considéré que (i) il y a une fixation directe et indirecte de prix minimaux et moyens minimaux à l'égard des distributeurs ; (ii) l'élément de type « accord » est présent ; (iii) la fixation directe et indirecte de prix minimaux et de prix minimaux moyens à l'égard des distributeurs est en soi une infraction par objet, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que l'accord a un degré de nocivité suffisant ; et (iv) l'infraction imputée aux parties requérantes affecterait le commerce entre les États membres de l'Union européenne.

[OMISSIS : considérations sur au montant des amendes].

Les parties requérantes font valoir que le jugement de première instance doit être annulé et remplacé par une décision donnant gain de cause aux parties requérantes ou, à défaut, réduisant substantiellement le montant des amendes infligées.

*

[OMISSIS : les parties requérantes attaquent ici une ordonnance de rejet d'une demande d'expertise et demandent que ce recours accompagne le recours au principal, extrait de l'ordonnance attaquée, nullités invoquées, conclusions et erreurs de jugement].

*

Le ministère public et l'autorité de la concurrence ont formulé des observations en réponse sur les recours dans lesquelles elles demandent leur rejet.

*

Devant la juridiction de céans, le Procureur général adjoint, souscrivant au raisonnement du mémoire en réponse du Ministère public de la première instance, a émis un avis conforme, en ce sens que le recours contre le jugement devrait être

rejeté et que le jugement de la juridiction de première instance devrait être confirmé.

*

[OMISSIS]

*

II. QUESTIONS À TRANCHER

[OMISSIS : éléments de procédure nationale]

Au vu des conclusions ci-dessus, les questions à trancher sont les suivantes :

[OMISSIS]

B) *Recours contre le jugement*

[OMISSIS : questions sans rapport avec le renvoi préjudiciel].

4. Erreurs de jugement en droit :

- a) (in)existence d'un *accord* direct et/ou indirect de fixation des prix ;
- b) qualification de l'infraction en tant que *restriction de concurrence par objet ou effet et nécessité (ou non) de démontrer le degré de nocivité pour la concurrence*
- c) application en l'espèce de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ;
- d) [OMISSIS]
- e) demande de décision préjudicielle (article 267 du TFUE)

[OMISSIS]

*

III EN FAITS

A) FAITS CONSTANTS

Dans le jugement de première instance, les faits suivants ont été considérés comme prouvés :

I.1 Identification et caractérisation de Super Bock :

1. Super Bock est une société anonyme, dont le capital social est actuellement de 38 500 000 euros, ayant pour objet la « production et la vente de boissons en général et autres activités connexes ».
2. Elle est détenue à 100 % par Super Bock Group, SGPS, S.A., la société holding du groupe d'entreprises actuellement détenu par Viacer, SGPS, Lda. (56 % du capital social) et Carlsberg Breweries A/S (44 % du capital social).
3. La holding Viacer est composée de deux groupes portugais : Violas, SGPS, S.A., qui possède une participation 71,5 % et Arsopi – Indústrias Metalúrgicas Arlindo S. Pinho, S.A., qui en détient 28,5 %.
4. Le groupe Super Bock se considère comme « la plus grande entreprise portugaise de boissons rafraîchissantes, avec une stratégie multi-marques et multi-marchés, dont l'activité principale repose sur les secteurs de la bière et de l'eau en bouteille ». [Elle est] également présente dans les secteurs des boissons rafraîchissantes, du vin, de la production et de la commercialisation du malt et dans le tourisme ».
5. Super Bock commercialise les marques de boissons Super Bock, Carlsberg, Cristal, Cheers, Somersby, Água das Pedras, Vitalis, Melgaço, Caramulo, Vidago, Frutea, Frisumo, Frutis, Guaraná Brasil, Snappy, Vinha de Mazouco, Campo da Vinha, Vinhas das Garças, Porta Nova, Tulipa, Planura, Monte Sacro, Quinta do Minho et Sangria Vini.
6. La plupart de ces marques sont des marques reconnues par tout consommateur moyen au Portugal, elles sont les préférées de nombreux consommateurs portugais et ont une visibilité au niveau international.
7. Par exemple, en 2008 et en 2016, Superbrands a distingué Super Bock comme étant la première marque au Portugal et la bière nationale la plus vendue dans le monde.
8. En 2013, selon l'étude menée par Marktest, les Portugais ont élu Super Bock comme la marque la plus réputée avec un indice de notoriété de 85,44 %, en tête du classement en matière de bouche à oreille (la marque dont les consommateurs entendent le plus positivement parler), confiance et image.
9. En 2016, l'indice de réputation Marktest a attribué à Carlsberg la troisième place du classement dans la catégorie des bières, avec un indice de notoriété de 66,96 %.
10. En 2017, selon l'étude menée par Marktest, Super Bock s'est une nouvelle fois distinguée comme le leader en matière de réputation dans la catégorie des bières, avec un indice de notoriété de 78,97 %.

11. Mais également dans le secteur des eaux gazeuses non aromatisées, les marques commercialisées par Super Bock, à savoir Água das Pedras et Vidago, se sont distinguées comme des marques à forte visibilité auprès des consommateurs.

12. À cet égard, l'étude Awareness Index Tracking (A.I.T.) réalisée par Marktest en février 2003 a distingué Água das Pedras comme la marque d'eau gazeuse ayant la plus grande notoriété, Vidago occupant la troisième place.

13. Superbrands a également distingué la marque Água das Pedras, comme synonyme d'eau gazeuse au Portugal.

14. Le chiffre d'affaires réalisé par Super Bock au cours des années 2016 et 2017 était respectivement de 401 381 826 euros et 461 170 892 euros.

15. Le chiffre d'affaires de Super Bock en 2018 était de 397 751 788,00 euros.

16. La baisse du chiffre d'affaires en 2018 par rapport à 2017 s'explique en particulier par l'application de la norme comptable internationale IFRS 15 « Produits des activités ordinaires tirés de contrats avec des clients », dont l'application a débuté en 2018, la partie requérante estimant que sans l'effet de cette norme, la baisse ne serait que de 1,75 %.

I.2 Identification des parties requérantes, personnes physiques

17. AN est membre du conseil d'administration de Super Bock depuis le 31 mars 2014, sa rémunération annuelle était de 258 199,79 euros en 2015 et de 285 861 euros en 2016.

18. BQ était directeur du service commercial de Super Bock pour les ventes dans le canal on-trade depuis le 4 février 2013, sa rémunération annuelle était de 135 769,59 € en 2016.

I.3 Identification des marchés concernés :

19. Super Bock produit et commercialise des boissons telles que des bières, des eaux en bouteille (plates et gazeuses), des boissons rafraîchissantes, du thé glacé, des vins, des sangrias et des cidres, qu'elle distribue au Portugal par l'intermédiaire de deux canaux, le canal alimentaire (également appelé canal « off-trade ») et le canal HoReCa (également appelé canal « on-trade »).

20. En ce qui concerne le canal alimentaire (off-trade), correspondant aux achats en hypermarchés, supermarchés, libre distribution de gros, magasins traditionnels et magasins discount pour une consommation à domicile, Super Bock met en œuvre sa politique commerciale de manière directe, c'est-à-dire que Super Bock approvisionne directement un ensemble restreint de clients, appelés « clients directs » ou « clients de la grande distribution », qui généralement exigent de négocier directement avec Super Bock en raison de leur volume d'achat.

21. En ce qui concerne le canal HoReCa (on-trade), qui correspond aux achats dans les « hôtels, restaurants et cafés » pour une consommation hors domicile, Super Bock utilise majoritairement un réseau de distributeurs indépendants qui achètent les produits pour les revendre sur le territoire national, à l'exception des zones suivantes car elles sont approvisionnées par des ventes directes de la partie requérante Super Bock :

- Lisbonne (y compris Amadora et Sintra, jusqu'en 2017) ;
- Porto ;
- Madère ;
- jusqu'en 2013, Coimbra ; et
- depuis 2014, les îles de Faial et Pico aux Açores ;

Marchés des boissons :

Portée du produit :

22. Du point de vue des produits, les bières, les eaux (plates et gazeuses), les boissons rafraîchissantes, le thé glacé, les vins tranquilles (ou de table), les sangrias et les cidres constituent des marchés distincts car ils ne sont pas substituables du point de vue de la demande.

Bières :

23. La bière est une boisson alcoolisée produite par la fermentation de produits à base d'amidon, principalement des céréales maltées comme l'orge et le blé.

24. En plus de ces ingrédients, l'eau constitue un ingrédient important pour le brassage de la bière.

25. Il existe une grande variété de types de bière, certaines peuvent contenir du houblon, de la levure, des épices, des fruits, des herbes et d'autres plantes.

Eau plate non aromatisées :

26. Les eaux minérales naturelles en bouteille et les eaux de source sont d'origine souterraine.

27. Leurs caractéristiques de pureté les rendent propres à la consommation humaine sans qu'il soit nécessaire de recourir à un quelconque traitement chimique ou à une désinfection préalable.

28. Elles se distinguent des eaux des réseaux de distribution publics, généralement captées dans les rivières et les réservoirs, en ce que ces dernières sont soumises à un traitement chimique destiné à leur conférer des caractéristiques

de potabilité, ce qui donne lieu à la présence de résidus de désinfection (goût, couleur, odeur, etc.).

29. Du point de vue de la demande, les eaux minérales et de source naturelles en bouteille et les eaux des réseaux de distribution publics sont perçues comme des produits distincts, compte tenu des caractéristiques des eaux minérales et de source naturelles en bouteille, notamment du prix, de la composition, de l'image et du goût.

Eaux gazeuses non aromatisées :

30. Les eaux gazeuses non aromatisées se distinguent des eaux gazeuses aromatisées, d'abord par leurs caractéristiques intrinsèques : inodores, insipides, incolores et sans calories.

31. De plus, les prix des eaux gazeuses non aromatisées ont tendance à être inférieurs à ceux des eaux gazeuses aromatisées.

Boissons gazeuses rafraîchissantes :

32. Les boissons gazeuses rafraîchissantes sont des boissons non alcoolisées et non fermentées produites à partir d'eau, de sucre ou d'édulcorant, de concentrés, d'extraits, d'arômes et de dioxyde de carbone (carbonatation). Elles présentent également différents arômes (par exemple cola, citron-citron vert ou autres fruits).

Thé glacé :

33. Les boissons au thé glacé désignent toute forme de thé servi frais.

34. Le format industriel utilise plusieurs types de feuilles (vertes, noires et blanches), il est généralement mélangé à d'autres arômes (citron, citron vert, fruit de la passion, pêche, orange, cerise, etc.).

35. La plupart des boissons au thé glacé sont sucrées artificiellement avec des sirops de maïs et des sucres.

36. Compte tenu de l'écart de prix entre les boissons rafraîchissantes aux fruits et le thé glacé, ainsi que du fait que le marketing associé à ce dernier est davantage orienté vers les jeunes adultes, et aussi en raison de l'image de boisson santé attribuée à ce type de boisson, il est entendu que ces produits ne sont pas substituables entre eux.

Vins tranquilles (ou de table) :

37. Le vin est défini comme le produit obtenu exclusivement par la fermentation alcoolique totale ou partielle de raisins frais, foulés ou non, ou de moût de raisin, et doit avoir un titre alcoométrique égal ou supérieur à 9 % mais n'excédant pas, en principe, 15 %.

38. Le vin mousseux résulte de la première ou de la deuxième fermentation alcoolique et auquel on peut ajouter ou non du dioxyde de carbone en solution égale ou supérieure à 3 bars.

39. Compte tenu des différentes caractéristiques physiques de chaque produit et des différents usages auxquels ils sont destinés – les vins tranquilles sont généralement utilisés pour accompagner les repas alors que les vins mousseux sont utilisés dans différentes situations, notamment festives – il est entendu que les vins tranquilles et les vins mousseux ne sont pas substituables.

40. Il existe un degré élevé de substituabilité du côté de la demande entre les vins tranquilles des différentes origines.

Sangrias :

41. La sangria est un cocktail à base de vin (rouge ou blanc), de jus de fruits et de sucre, qui peut contenir des morceaux de fruits, des épices et des herbes aromatiques.

42. La sangria se distingue du vin et des autres boissons non alcoolisées en termes de demande, notamment en raison de sa teneur en alcool.

43. La partie requérante ne commercialise pas un produit de sangria vendable à l'unité, mais uniquement un produit en fût appelé « vini sangria » (rouge ou blanc).

44. Ce produit est généralement utilisé par le client pour faire de la « sangria maison » avec d'autres produits qui ne doivent pas nécessairement être commercialisés par la partie requérante.

Cidres :

45. Le cidre est une boisson obtenue par la fermentation alcoolique de pommes, d'eau et de glucose. Il est généralement présenté en bouteilles, en canettes, en tonneaux ou en fûts.

46. Le consommateur n'a pas tendance à substituer le cidre et la bière l'un l'autre, bien que les deux produits soient similaires en termes de niveaux de prix et de formes de commercialisation.

Dimension géographique

47. En raison de la préférence des consommateurs, de la fidélité aux marques nationales, de la nécessité de disposer d'un réseau de distribution et de logistique garantissant l'approvisionnement des points de vente, de la fiscalité et de la législation applicable, les marchés des produits susmentionnés ont une dimension nationale : [à l'exception de Lisbonne (y compris Amadora et Sintra jusqu'en 2017), Porto, Madère, jusqu'en 2013, à l'exception également de Coimbra, et

depuis 2014, également à l'exception des îles de Faial et de Pico, car il s'agit de zones approvisionnées par des ventes directes par la requérante Super Bock].

Canal alimentaire et canal HoReCa :

48. Le canal alimentaire (off-trade) correspond grossièrement au canal de vente des produits destinés à être commercialisés dans les hypermarchés, supermarchés, magasins de proximité et autres surfaces équivalentes, pour une consommation hors du lieu d'achat, incluant également les libres services de gros.

49. Le canal HoReCa (on-trade), qui comprend les hôtels, les restaurants et les cafés, correspond, grosso modo, au canal de vente de produits destinés à être consommés sur le lieu d'achat, présentant des caractéristiques similaires au petit commerce alimentaire traditionnel en termes d'atomicité des établissements et de pouvoir de négociation négligeable, les deux étant approvisionnés principalement par des réseaux de distributeurs indépendants et des réseaux de grossistes, tels que les libre services de gros.

50. L'analyse de la substituabilité entre le canal alimentaire et le canal HoReCa fait ressortir qu'ils ne sont pas substituables, compte tenu des différences de leurs structures de la demande, des niveaux de prix de détail – plus élevés dans le canal HoReCa – et des variations des marges, ainsi que du réseau de distribution utilisé et de l'existence de différents formats et types de certains emballages, selon le canal auquel ils sont destinés.

La position de Super Bock sur les marchés nationaux des bières, des eaux plates non aromatisées, des eaux gazeuses non aromatisées, des boissons gazeuses, des boissons au thé glacé, des vins tranquilles, des sangrias et des cidres dans le canal HORECA :

51. Le chiffre d'affaires de Super Bock sur les marchés nationaux des bières, des eaux plates non aromatisées, des eaux gazeuses non aromatisées, des boissons rafraîchissantes gazeuses, des boissons au thé glacé, des vins tranquilles, des sangrias et des cidres dans le canal HORECA (y compris les ventes directes et les ventes par le réseau de distributeurs) entre 2007 et 2017 a été le suivant :

Chiffre d'affaires réalisé par Super Bock sur **les** marchés identifiés

Marché (Euro)	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Bières	105 020 969	131 467 196	130 283 609	135 599 806	125 701 899	114 468 870
Eaux plates non aromatisées	15 428 706	23 010 468	21 808 735	19 853 272	15 552 907	11 976 833

Eaux gazeuses non aromatisées	11 246 888	12 780 030	13 231 551	13 592 264	12 517 932	11 496 396
Boissons rafraîchissantes	14 594 664	16 346 926	14 339 467	12 533 065	10 611 487	8 475 344
Boissons à base de thé glacé	2 387 441	3 323 156	3 565 147	2 893 488	2 912 419	2 389 673
Vins tranquilles ¹	3 915 351	9 684 262	9 434 835	8 161 552	6 840 861	5 872 080
Sangrias ²				1 073 483	1 728 662	1 889 607
Cidres ³	44 498				383 680	736 808

Marché (Euro)	2013	2014	2015	2016	2017
Bières	112 564 260	104 503 385	112 026 321	116 910 563	123 773 874
Eaux plates non aromatisée	11 305 208	11 748 303	12 438 715	12 990 497	13 392 073
Eaux gazeuses non aromatisées	10 087 313	9 768 773	10 410 967	11 380 368	12 559 813
Boissons rafraîchissantes	6 992 000	6 039 139	5 724 814	5 323 147	4 952 655
Boissons à base de thé glacé	2 315 756	2 139 086	1 974 266	1 980 979	1 935 603

¹ En ce qui concerne le marché des vins tranquilles, les informations fournies comprennent les vins en bouteille et les vins sous pression [OMISSIS].

² [OMISSIS] Il convient également de noter que la partie requérante a commencé à commercialiser le produit « vini sangria » rouge en 2010 et le produit « vini sangria » blanc en 2014 [OMISSIS].

³ SuperBock ne commercialise actuellement qu'un seul produit cidricole, appelé « Somersby », dont la commercialisation a débuté en 2011. Le chiffre d'affaires enregistré sur ce marché en 2007 correspond à la commercialisation du produit cidricole appelé « Decider » [OMISSIS].

Vins tranquilles	5 950 906	5 648 922	6 046 540	6 315 143	6 977 629
Sangrias	2 190 076	2 385 394	2 575 178	2 727 311	2 973 047
Cidres	2 084 253	3 974 167	6 184 905	6 591 628	6 561 583

52. S'agissant de l'année 2006, le chiffre d'affaires réalisé sur les marchés identifiés n'aura pas été significativement différent de celui de l'année 2007.

53. Les parts du chiffre d'affaires réalisé par Super Bock sur chacun des marchés identifiés par rapport à son chiffre d'affaires total sur l'ensemble des marchés identifiés sont les suivants :

Tableau 2 : Parts du chiffre d'affaires réalisé par le Super Bock sur chacun des marchés identifiés par rapport à son chiffre d'affaires total sur l'ensemble des marchés identifiés.

Marché (%)	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Bières	68,80 %	66,87 %	67,62 %	70,00 %	71,32 %	72,77 %
Eaux plates non aromatisées	10,11 %	11,70 %	11,32 %	10,25 %	8,82 %	7,61 %
Eaux gazeuses non aromatisées	7,37 %	6,50 %	6,87 %	7,02 %	7,10 %	7,31 %
Boissons rafraîchissantes	9,56 %	8,31 %	7,44 %	6,47 %	6,02 %	5,39 %
Boissons à base de thé glacé	1,56 %	1,69 %	1,85 %	1,49 %	1,65 %	1,52 %
Vins tranquilles	2,57 %	4,93 %	4,90 %	4,21 %	3,88 %	3,73 %
Sangrias	-	-	-	0,55 %	0,98 %	1,20 %
Cidres	0,03 %	-	-	-	0,22 %	0,47 %
Source : Autorité de la Concurrence	100,00 %	100,00 %	100,00 %	100,00 %	100,00 %	100,00 %

Marché (%)	2013	2014	2015	2016	2017
Bières	73,34 %	71,48 %	71,18 %	71,19 %	71,49 %
Eaux plates non aromatisées	7,37 %	8,04 %	7,90 %	7,91 %	7,74 %
Eaux gazeuses non aromatisées	6,57 %	6,68 %	6,62 %	6,93 %	7,25 %
Boissons rafraîchissantes	4,56 %	4,13 %	3,64 %	3,24 %	2,86 %
Boissons à base de thé glacé	1,51 %	1,46 %	1,25 %	1,21 %	1,12 %
Vins tranquilles	3,88 %	3,86 %	3,84 %	3,85 %	4,03 %
Sangrias	1,43 %	1,63 %	1,64 %	1,66 %	1,72 %
Cidres	1,36 %	2,72 %	3,93 %	4,01 %	3,79 %
Source : Autorité de la Concurrence	100,00 %	100,00 %	100,00 %	100,00 %	100,00 %

54. Les ventes de Super Bock sur les marchés identifiés dans la présente décision au cours des années 2006 à 2017 correspondent aux parts de marché indiquées dans les tableaux 3 à 9 ci-dessous :

Tableau 3 : Estimation des parts de marché de Super Bock sur le marché national de la bière pour les années 2006 à 2017.

Indication en %.	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Bières	Estimation similaire à celle de 2009 à 2017			50,2	49,5	49,3	49,7	50,1	51,2	50,1	49,8	50

Tableau 4 : Estimation des parts de marché de Super Bock sur le marché national des eaux plates non aromatisées pour les années 2006 à 2017.

Indication en %.	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Eaux plates non aromatisées	Estimation similaire à celle de 2009 à 2017			32,1	27,9	25,2	27,8	24,6	25	20	18,6	17,8

Tableau 5 : Estimation des parts de marché de Super Bock sur le marché national des eaux gazeuses non aromatisées pour les années 2006 à 2017.

Indication en %.	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Eaux gazeuses non aromatisées	Estimation similaire à celle de 2009 à 2017			55,9	55	57,2	59	60	57,2	58,2	61,6	63,1

Tableau 6 : Estimation des parts de marché de Super Bock sur le marché national des boissons gazeuses rafraîchissantes pour les années 2006 à 2017

Indication en %.	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Boissons rafraîchissantes ⁴	Estimation similaire à celle de 2016 à 2017										3,7	3,9

⁴ Les informations mises à disposition pour le marché des boissons rafraîchissantes comprennent les colas, les jus de fruits citronnés, gazeux et non gazeux, le ginger ale, l'eau tonique et la guarana.

Tableau 7 : Estimation des parts de marché de Super Bock sur le marché national des boissons au thé glacé pour les années 2006 à 2017.

Indication en %.	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Boissons à base de thé glacé	Estimation similaire à celle de 2016 à 2017										8,9	7,5

Tableau 8 : Estimation des parts de marché de Super Bock sur le marché national des vins tranquilles pour les années 2006 à 2017.

Indication en %.	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
vins tranquilles ⁵	Estimation similaire à celle de 2015 à 2017									5	4,7	5,6

Tableau 9 : Estimation des parts de marché de Super Bock sur le marché national des cidres pour les années 2006 à 2017.

Indication en %.	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Cidres	Non commercialisé					Estimation similaire à celle de 2015 à 2017				93	82	76

55. Pour les marchés des bières, des eaux plates non aromatisées et des eaux gazeuses non aromatisées pour les années 2006 à 2008 (inclus), pour les boissons rafraîchissantes et le thé glacé pour les années 2006 à 2015 (inclus), pour les vins tranquilles pour les années 2006 à 2014 (inclus) et pour les cidres pour les années 2011 à 2014 (inclus), les parts de marché y afférentes n'étaient pas significativement différentes de celles présentées pour les autres années, respectivement, pour chacun des marchés identifiés, à l'exception des parts de marché pour les boissons rafraîchissantes, qui ont pu être plus élevées, bien que cela n'ait pas été spécifiquement établi.

⁵ Les informations fournies pour le marché des vins tranquilles incluent les vins en bouteille et les vins sous pression.

56. En ce qui concerne le marché national des sangrias, la part de Super Bock est inférieure à 5 % et ce depuis qu'elle a commencé à commercialiser « vini sangria » rouge en 2010 et « vini sangria » blanc en 2014.

57. Les informations présentées dans les tableaux 3 à 9 ci-dessus comprennent des articles provenant du canal libre-service de gros.

58. Le chiffre d'affaires réalisé par Super Bock sur les marchés identifiés, sans tenir compte des montants relatifs aux ventes directes, a été le suivant :

Chiffre d'affaires réalisé par Super Bock sur les marchés identifiés, **sans** tenir compte des montants relatifs aux ventes directes

Marché (euros)	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Bières	104 409 084	97 897 347	102 479 846	111 335 601	104 134 330	91 501 419
Eaux plates non aromatisées	14 986 847	14 009 327	13 574 350	12 364 481	9 376 585	6 784 048
Eaux gazeuses non aromatisées	10 827 105	9 669 091	10 114 041	11 326 800	10 300 448	9 333 783
Boissons rafraîchissantes	14 326 240	12 075 109	10 943 174	9 545 869	8 101 937	6 538 090
Boissons à base de thé glacé	2 336 104	2 177 192	2 595 442	2 038 360	2 052 864	1 766 875
Vins tranquilles	3 874 689	4 544 271	4 917 181	4 342 277	3 787 875	3 327 076
Sangrias	-	-	-	813 788	1 230 609	1 310 319
Cidres	41 232	-	-	-	323 073	620 530

Marché (euros)	2013	2014	2015	2016	2017
Bières	85 567 101	75 991 335	83 700 241	88 557 679	96 395 542
Eaux plates non aromatisées	6 599 997	6 570 944	6 961 742	6 985 733	7163154
Eaux gazeuses non aromatisées	7 639 475	6 880 998	7 356 314	7 939 720	8 390 904
Boissons rafraîchissantes	5 201 185	4 470 462	4 251 338	3 893 250	3 721 081
Boissons à base de thé glacé	1 700 822	1 605 719	1 460 640	1 531 022	1 590 685
Vins tranquilles	3 303 962	3 173 386	3 510 667	4 347 714	5 607 133
Sangrias	1 433 239	1 546 650	1 654 668	1 810 494	2 208 546
Cidres	1 626 193	2 820 470	4 265 050	4 572 110	4 641 420

59. Le montant total des ventes de la partie requérante aux distributeurs suivants, opérant dans les zones suivantes pour le canal HORECA, dans la période comprise entre le 15 mai 2006 et le 23 janvier 2017, s'est élevé à 136 883 515,00 euros :

- JMSR : zone divisée par Refrescante et Sotarvil ;
- Refrescante : Almeida ; Belmonte ; Celorico da Beira ; Covilhã ; Figueira De Castelo Rodrigo ; Fomos de Algodres ; Fundão ; Gouveia ; Guarda ; Manteigas ; Pinhel ; Sabugal ; Trancoso.
- Sotarvil : Castro Daire ; Mangualde ; Oliveira De Frades ; Penalva Do Castelo ; Santa Comba Dão ; São Pedro do Sul ; Sátão ; Tábua ; Tondela ; Vila Nova De Paiva ; Viseu ; Vouzela.
- Cerdilima (1) : Barcelos ; Ponte de Lima.
- Fernando Fernandes : absorbé 100 % Dabinorte
- José Soucasaux : Barcelos

- Ribacer : Almeirim ; Alpiarça ; Benavente ; Cartaxo ; Rio Maior ; Salvaterra de Magos ; Santarém.
- SoSousas : Madère et Porto Santo ;
- Suminho : Amares ; Braga ; Guimarães ;
- Teles : Alandroal ; Évora ; Montemor-o-Novo ; Mourão ; Portel ; Redondo ; Reguengos de Monsaraz ; Vendas Novas ; Viana do Alentejo ; Vila Viçosa.
- Vidis C (Coimbra) : Anadia ; Cantanhede ; Coimbra ; Condeixa-a-Nova ; Mealhada ; Oliveira do Bairro.
- DSB CER/DSB Alcanena ; Chamusca ; Entroncamento ; Golegã ; Torres Novas.
- Bastos & Bastos : Aveiro ; Ílhavo ; Vagos ;
- F. Gomes : Arcos de Valdevez ; Melgaço ; Monção ; Paredes de Coura ; Ponte da Barça ; Valença ; Vila Nova de Cerveira.
- Rota do Lis : Batalha ; Leiria ; Marinha Grande ; Porto de Mós.
- Segorbe, Ferreira & Mesquita : Ferreira do Zêzere ; Tomar ; Vila Nova da Barquinha ; Vila Nova de Ourém.
- FGP : Alcobaça ; Alenquer ; Arruda dos Vinhos ; Azambuja ; Bombarral ; Cadaval ; Lourinhã ; Mafra ; Nazaré ; Peniche ; Sobral de Monte Agraço ; Torres Vedras ; Vila Franca de Xira
- José Francisco : Guimarães ; Póvoa de Lanhoso ; Terras de Bouro ; Vieira do Minho.
- Besul : Alcochete ; Almada ; Barreiro ; Moita ; Montijo ; Palmeia ; Seixal ; Sesimbra ; Setúbal.
- Cerdisa (1) : Felgueiras ; Lousada ; Paços de Ferreira ; Paredes ; Penafiel ; Vizela.
- Teófilo : Albufeira ; Lagoa ; Monchique ; Silves.

(1) Cerdilima et Cerdisa sont considérés comme le même distributeur.

- Autres caractéristiques du marché évoquées dans le recours :

60. Le marché de la brasserie au Portugal repose principalement sur quatre entreprises :

- SuperBock Bebidas, S.A. (commercialise les marques Super Bock, Cristal, Carlsberg, Cheers et Marina) ;
- SCC – Sociedade Central de Cervejas e Bebidas, S.A. (commercialise les marques Sagres, Imperial, Heineken et Cergal) ;
- SUMOL/COMPAL, S.A. (commercialise les marques Tagus et Estrella Damm) ;
- Font Salem – Companhia de Indústria de Bebidas e Alimentação, S.A. (commercialise la marque Cintra, exclusivement pour une centrale d'achat de libre-service de gros de Unimark).

61. Bien que le principal marché sur lequel ces entreprises opèrent soit celui de la bière, elles commercialisent d'autres boissons que la bière, telles que l'eau en bouteille, les boissons gazeuses, les jus de fruits, les vins et le café.

62. En termes de parts de marché, la requérante et SCC représentent ensemble environ 90 % du marché national de la bière.

63. Sachant que le secteur portugais de la bière présente une structure de marché de duopole, il est possible d'affirmer que chaque entreprise prend ses décisions, en ce qui concerne les variables stratégiques qu'elle contrôle [telles que les prix, les quantités, le marketing (planification du produit, publicité et distribution) et la R&D (recherche et développement)], en tenant compte, notamment, des décisions et des réactions de son rival.

64. Sur le marché de la bière, la différence entre les coûts des facteurs (entendus comme l'ensemble des éléments coûts, y compris ceux des différents acteurs de la chaîne de production et/ou d'approvisionnement – comme la marge bénéficiaire) et les prix du marché est faible, et le marché tend à être celui des ventes en quantité.

I.4 Comportements :

I.4.1 Introduction :

65. Super Bock entretient avec son réseau de distributeurs indépendants (ci-après « les distributeurs ») des relations commerciales dans le cadre desquelles les distributeurs achètent à Super Bock une gamme de boissons comprenant des bières, des eaux en bouteille, des jus/rafraîchissements, des cidres et des vins pour, notamment, les vendre au détail dans le canal HoReCa.

66. Les relations commerciales entre Super Bock et les distributeurs se développent sur la base de contrats de distribution exclusive pour une certaine zone géographique de vente.

67. Les distributeurs n'ont aucun lien de groupe avec Super Bock et, aux termes et pour les besoins desdits contrats, ils supportent le risque commercial et financier lié à la revente des produits en cause et à l'activité de distribution qu'ils exercent.

68. Ces contrats sont conclus pour une durée d'un an, avec des prolongations égales et successives, et peuvent être résiliés à tout moment par l'une ou l'autre partie.

69. Dans le cadre de ces contrats, Super Bock et les distributeurs négocient des objectifs de vente pour ces distributeurs, pour chaque année et pour chaque groupe de produits, et il est prévu dans les contrats de distribution que si ces objectifs ne sont pas atteints, la partie requérante peut mettre fin au contrat de distribution.

70. Dans le cadre des contrats conclus, il est convenu d'attribuer aux distributeurs un territoire de vente exclusif (correspondant généralement à une municipalité ou à un ensemble de communes).

71. Les distributeurs de Super Bock, dont le nombre n'a pas été concrètement déterminé mais qui serait d'environ 39, sont géographiquement répartis dans les zones nord, centre et sud, à savoir Minho, Trás-os-Montes, Beira Interior, Douro Litoral, Beira Litoral, Algarve, Estremadura et Alentejo + Estremadura Interior, à l'exception des zones concrètes identifiées ci-dessus où la partie requérante Super Bock réalise des ventes directes.

72. Aux huit zones géographiques susmentionnées s'ajoute la zone correspondant à l'archipel des Açores, qui est approvisionnée par cinq distributeurs, comme indiqué ci-dessus (à l'exception, depuis 2014, des îles de Faial et de Pico, qui sont approvisionnées par des opérations directes par la partie requérante).

IV.4.2 Fixation et imposition directe des prix de revente :

73. Dans le cadre des relations commerciales établies entre les distributeurs et Super Bock, cette dernière a fixé et imposé, de manière régulière, généralisée (à l'ensemble du réseau de distributeurs) et sans aucun changement pendant la période allant au moins du 15 mai 2006 au 23 janvier 2017, les conditions commerciales que ces distributeurs doivent obligatoirement respecter lors de la revente des produits qu'ils achètent à Super Bock, à savoir les prix qu'ils pratiquent à l'égard de leurs clients détaillants, tant concrètement, qu'en termes de minima ou de minima moyens.

74. Super Bock revendique expressément le droit de fixer ces prix de revente pour les produits qu'elle commercialise, sans que distributeurs n'aient un pouvoir d'autodétermination à cet égard dans la pratique.

75. Cette pratique est mise en œuvre par Super Bock par l'intermédiaire de ses employés, désignés en interne, en fonction du champ des fonctions qu'ils

occupent, comme responsables de réseau, responsables de zone ou responsables de marché.

76. Les responsables de marché ont pour mission de suivre sur place l'évolution de l'activité des distributeurs, c'est-à-dire qu'ils sont présents quotidiennement dans les locaux des distributeurs et les accompagnent même lors des visites chez leurs clients.

77. Les responsables de zone ou de réseau, qui sont leurs supérieurs hiérarchiques, ont d'autres fonctions spécifiques, mais très orientées vers le contact direct avec les partenaires de Super Bock (y compris les distributeurs), ils sont répartis en fonction de la zone géographique ou du canal de distribution en question.

78. La plupart du temps, les employés de Super Bock imposent ces prix de revente aux distributeurs oralement ou les transmettent par écrit par courrier électronique.

79. Les prix de revente imposés aux distributeurs sont déterminés par la partie requérante Super Bock afin d'assurer le maintien d'un niveau minimal de prix stable et aligné sur l'ensemble du marché national.

80. La procédure habituelle pour fixer et imposer des prix de revente aux distributeurs est la suivante : tous les mois (en règle générale), le service des ventes de la partie requérante Super Bock approuve une liste des prix de revente minimaux qui est ensuite transmis par les responsables de réseau ou les responsables de marché de Super Bock à leurs distributeurs respectifs, souvent avec l'indication que les prix sont d'application obligatoire et que des prix inférieurs au minimum fixé ne peuvent pas être pratiqués, faute de quoi le non-respect sera signalé par les employés de Super Bock responsables de la coordination et du contrôle auprès du service des ventes, qui prendra des mesures en conséquence.

81. Il arrive également que Super Bock, réagissant au repositionnement des prix par ses concurrents, impose directement, généralement et immédiatement de nouveaux prix de revente minimaux ou fixes aux distributeurs.

82. Bien que ponctuellement ce ne soit pas le cas, les prix de revente fixés par la partie requérante Super Bock (soit de la manière décrite ci-dessus, soit indirectement, de la manière expliquée ci-dessous) sont généralement appliqués dans les faits par les distributeurs.

83. Il est de pratique courante et généralisée pour les employés de Super Bock de demander expressément et directement aux distributeurs (lors de conversations téléphoniques ou en personne) de respecter les prix de revente indiqués par Super Bock.

IV.4.3 Contrôle et surveillance :

84. La partie requérante Super Bock entretient des formes de contrôle et de surveillance sur les prix de revente pratiqués par les distributeurs.

85. Le système de contrôle et de surveillance mis en place par la requérante Super Bock repose essentiellement sur l'imposition aux distributeurs d'une obligation de communiquer des informations sur la revente, y compris en termes de quantité et de montant, en leur demandant, par exemple, d'envoyer périodiquement leurs factures de ventes et sur le signalement des manquements par l'équipe des responsables de réseau et des responsables de marché et par l'équipe de coordination et de contrôle du services des ventes.

IV.4.4 Formes de représailles :

86. La partie requérante Super Bock intimide les distributeurs par diverses formes de représailles, telles que la suppression des incitations financières (par exemple, les remises commerciales applicables à l'achat de produits par les distributeurs auprès de Super Bock et le remboursement des remises appliquées par les distributeurs lors de la revente), l'approvisionnement et le réapprovisionnement des stocks, afin de les contraindre à pratiquer les prix de revente qu'elle a fixés.

87. La requérante va jusqu'à arrêter effectivement de fournir des produits aux distributeurs et de subventionner (repositionnement) les prix de revente en cas de non-respect des conditions commerciales applicables à la revente qu'elle a fixées.

88. Pour ne pas manquer à leurs obligations, ce sont souvent les distributeurs eux-mêmes qui demandent à Super Bock d'indiquer les prix de revente, évitant ainsi les risques de représailles de la part de la partie requérante Super Bock qui leur paraissent crédibles.

89. Les distributeurs se plaignent auprès de la requérante Super Bock, plutôt que de pratiquer d'autres prix lorsqu'ils estiment que les prix de revente qui leur sont imposés ne sont pas compétitifs ou lorsqu'ils constatent que les distributeurs concurrents ne se sont pas alignés et ont donc une meilleure rentabilité, et ce afin d'éviter toute possibilité de représailles à leur encontre de sa part.

IV.4.6 Fixation des prix de revente par des moyens indirects :

90. Selon la clause 2, paragraphe 1, des contrats de distribution conclus entre Super Bock et les distributeurs, « [I]es produits seront vendus par UNICER au distributeur conformément aux tarifs et aux conditions générales de vente d'UNICER qui sont considérés, à tous égards, comme faisant partie intégrante du présent contrat ».

91. Le paragraphe 2 de la même clause stipule que « UNICER peut à tout moment modifier, une ou plusieurs fois, au moyen d'une communication adressée

au DISTRIBUTEUR, les tarifs et les conditions générales de vente visées au paragraphe précédent ».

92. Il est également prévu au paragraphe 3 que « [a]u plus tard 30 jours après la communication visée au paragraphe précédent, le DISTRIBUTEUR peut résilier le contrat par simple communication adressée à UNICER ».

93. En pratique, cependant, les conditions de vente sont celles qui figurent sur les factures, lesquelles sont communiquées au préalable aux distributeurs, notamment par des courriers électroniques envoyés par les employés de la requérante Super Bock à ces derniers.

94. Depuis au moins le 15 mai 2006 et jusqu'au 23 janvier 2017 au moins, la requérante Super Bock a fixé de manière régulière et généralisée des conditions commerciales à l'égard des distributeurs, leur garantissant des marges de distribution positives, sous réserve du respect de prix de revente minimaux.

95. Le mécanisme de formation des prix comprend les opérations suivantes :

96. Tout d'abord, Super Bock détermine le prix de base du produit, qui correspond au prix de base de vente aux distributeurs.

97. Deuxièmement, sur le prix de base s'appliquent des remises commerciales échelonnées (rappel) et/ou autres applicables aux ventes aux distributeurs.

98. Troisièmement, au prix de base sont ajoutées, le cas échéant, des accises débitées auprès des distributeurs.

99. Quatrièmement, les employés de Super Bock imposent aux distributeurs les remises « cycliques », généralement sur une base mensuelle, le montant de référence étant généralement ledit montant de base.

100. S'ajoute à cela le fait que Super Bock, dans certains cas, accorde (ou impose au distributeur, qui l'accepte) des remises « extra-cycliques » (EC) ou des remises spéciales adaptées à chaque type de client.

101. La plupart des remises extra-cycliques, depuis au moins le 15 mai 2006 jusqu'en février 2015, ont été accordées, en tant que système, sur les ventes aux clients finals, leur montant étant déterminé sur la base des prix pratiqués par les distributeurs à l'égard de leurs clients HoReCa, la partie requérante établissant mensuellement les prix minimaux (parfois moyens) auxquels les distributeurs peuvent vendre, qui servent également de limite jusqu'à laquelle la partie requérante prend en charge les remises « répercutées sur les clients » des distributeurs par l'intermédiaire de « repositionnements ».

102. La partie requérante procédait à ces repositionnements au moyen de notes de crédit.

103. Après février 2015 et jusqu'au 23 janvier 2017 au moins, le système des remises sur les ventes aux clients finals est resté en vigueur pour les produits en fût/pression, accordées également sur la base des prix minimaux précédemment fixés par la partie requérante, ceux-ci étant toutefois déterminés de manière personnalisée, en fonction des points de vente spécifiques (clients des distributeurs), ces prix minimaux servant également de limite jusqu'à laquelle la partie requérante prenait en charge les remises « répercutées » sur les clients de ces distributeurs, au moyen de « repositionnements ».

104. Sans ces remises sur les ventes aux clients finals, la marge de distribution serait dans de nombreux cas négative, ce qui forçait les distributeurs à respecter les prix de revente imposés par la partie requérante Super Bock.

105. Les incitations financières sous forme de remises sur les ventes aux clients finals accordées par la requérante Super Bock aux distributeurs étaient donc essentielles pour maintenir la marge de distribution à des niveaux positifs.

106. Le consommateur, traditionnellement, ne sait pas si le produit à la pression qu'il consomme est de la marque de la partie requérante ou d'une autre marque, pour les points de vente seul importe alors les prix qu'ils peuvent offrir aux consommateurs, dans la mesure où ces derniers ne tiennent pas compte des autres caractéristiques ni ne font de distinctions fondées sur celles-ci.

107. La vente du produit à la pression ne peut pas se passer de l'intervention de la requérante, de sa présence et de son interaction directement sur le lieu de vente, compte tenu de la nécessité de fournir et d'entretenir l'équipement d'extraction de la bière du fût, qui appartient à la requérante Super Bock.

108. Même après février 2015 et jusqu'au 23 janvier 2017 au moins, la requérante a continué à accorder des remises sur les ventes aux clients finals, mais de manière plus ponctuelle, à la demande du distributeur, pour des produits en bouteille/canette, chaque fois que le distributeur en avait besoin pour conserver un client ou en attirer un nouveau.

109. Or, tout au long de la période allant du 15 mai 2006 au 23 janvier 2017, la partie requérante a également imposé et fixé, de manière discrétionnaire, des remises maximales que les distributeurs étaient tenus d'appliquer à leurs clients, de sorte que, dans la pratique, les distributeurs étaient tenus de respecter un certain de prix de revente minimal, faute de quoi leur marge de distribution serait négative.

110. Du 15 mai 2006 au 23 janvier 2017, les remises maximales et autres conditions commerciales ont souvent été négociées préalablement et directement par Super Bock avec les clients des distributeurs (opérateurs de détail).

111. Par ailleurs, Super Bock s'adresse quelques fois directement aux clients des distributeurs, avec lesquels elle contractualise certaines conditions commerciales

pour l'achat de produits, conditions qu'elle impose ensuite aux distributeurs et qu'ils doivent mettre en œuvre lors de la revente aux clients concernés.

112. Lorsque ce sont les clients des distributeurs eux-mêmes qui demandent l'application d'une remise promotionnelle, ou lorsqu'ils souhaitent négocier ou renégocier leurs conditions commerciales, alors les distributeurs soit les renvoient vers un commercial de Super Bock, qui décidera ensuite des conditions commerciales applicables et/ou des modalités d'application des remises promotionnelles par les distributeurs, soit les distributeurs eux-mêmes demandent l'autorisation à Super Bock de négocier afin que Super Bock puisse rétablir leur marge.

113. L'objectif de la partie requérante était d'assurer le maintien d'un niveau de prix minimum, stable et aligné sur l'ensemble du marché national.

IV.5. Implication des membres du conseil d'administration de la requérante Super Bock, en particulier de AN :

114. L'organe de direction de Super Bock est directement impliqué dans la pratique de la fixation et de l'imposition des prix de revente, il avait toute connaissance des faits considérés comme prouvés et établissait les lignes directrices selon lesquelles les faits en cause dans la procédure étaient mis en œuvre, les membres du conseil d'administration João Miguel Ventura Rego Abecasis, AN, Otto Alexandre Von Hafe Teixeira da Cruz et Rui Fernando Santos Henriques Freire en avaient spécifiquement et directement connaissance et ont promu ce comportement au fil du temps.

115. Dans la période du 31 mars 2014 au 7 novembre 2016, le requérant AN était membre du conseil d'administration de Super Bock, chargé du portefeuille commercial, il avait une connaissance directe des faits considérés comme prouvés, au moins concernant la période du 1^{er} février 2015 au 7 novembre 2016.

116. Le requérant AN a assisté à au moins une des réunions, qui ont eu lieu en janvier 2015, sur les projets de Super Bock, notamment les projets « Gestion des canaux » et « Partnership for Growth ».

117. La réunion en question a été une réunion où certains membres de la direction et de la direction commerciale de Super Bock se sont réunis dans le cadre d'un groupe de pilotage dans le but de travailler sur ces projets, au cours de laquelle, notamment, a été définie la politique commerciale de l'entreprise, qui incluait la définition de prix de revente fixes pour un ensemble de produits clés et donc la définition de la rentabilité pour les distributeurs (« modèle de rémunération des distributeurs »), où il a été décidé que la remise sur la facture du distributeur reflétait le prix de revente prévu par la requérante sur le marché, les remises que les distributeurs devraient recevoir et le système de suivi et de contrôle pour garantir le respect de ces prix sur le marché, le distributeur ne pouvant pas déterminer de manière autonome sa politique commerciale.

118. Le requérant AN était également présent aux réunions tenues à ce sujet, en février et mars 2015 ; en sa qualité d'administrateur, qui avait le contrôle de l'activité de la société et jouait un rôle transversal de direction, de coordination et de surveillance des équipes et de leurs projets, il contribuait activement à la définition des lignes directrices selon lesquelles la stratégie de prix de revente serait mise en œuvre.

119. En outre, le requérant était le promoteur des projets cités, il siégeait au comité de pilotage, avec notamment le requérant BQ, qui approuvait tous les aspects relatifs aux projets, y compris la définition des prix minimaux de revente.

120. La connaissance et l'implication du requérant dans les faits considérés comme prouvés portent sur la période allant au moins du 1^{er} février 2015 au 7 novembre 2016.

121. Il n'a pas adopté de mesures propres à mettre fin aux comportements en cause dans la présente procédure.

IV.6. Implication des responsables du service commercial de la partie requérante Super Bock, en particulier du requérant BQ :

122. Les fonctions qui, dans le cadre de la pratique en cause dans la procédure, relevaient de la direction commerciale de Super Bock et qui ont été identifiées dans les faits précédents étaient accomplies par les directeurs du service commercial de Super Bock pour le canal HORECA. Avaient spécifiquement connaissance et ont promu cette conduite au fil du temps, les directeurs du service commercial suivants : Carlos Luís Casanova Campos et BQ.

123. Le requérant BQ était directeur du service commercial de la partie requérante Super Bock pour les ventes *on trade* depuis au moins le 4 février 2013.

124. Du 7 février 2013 au moins jusqu'au 13 janvier 2017 au moins, le requérant BQ a également eu une connaissance directe des faits en cause dans le dossier et considérés comme prouvés, par référence à cette période, et a joué un rôle actif dans la coordination et la supervision de la stratégie de fixation et d'imposition des prix de revente en cause dans la présente affaire, il donnait des instructions aux responsables de réseaux afin qu'ils contrôlent les prix auxquels les distributeurs devaient revendre.

120. Toutes les actions commerciales impliquant des modifications des remises applicables lors des reventes et, par conséquent, des modifications du prix de revente fixe (précédemment déterminé par Super Bock) ont été expressément autorisées par la direction commerciale de Super Bock, en particulier par BQ.

121. BQ a été impliqué dans la stratégie de fixation et d'imposition des prix de revente et dans la manière dont cela a été réalisé, de même que, notamment, dans la coordination entre les équipes responsables des différents canaux de distribution, afin d'assurer le nivellement des prix pratiqués par les distributeurs.

122. BQ était présent aux mêmes réunions que AN, tenues en février et mars 2015, en sa qualité de directeur du service commercial de Super Bock avec un rôle transversal de coordination et de supervision des équipes et de leurs projets, il contribuait activement à la définition des lignes directrices selon lesquelles la stratégie de prix de revente serait mise en œuvre.

128. Le requérant BQ, en sa qualité de directeur commercial des ventes *on trade*, s'est vu confier des fonctions spécifiques, à savoir la coordination et la supervision des équipes de vente et le contrôle de l'activité commerciale dans ce canal.

129. Malgré cette position de direction et le contrôle de l'activité dans les domaines où les comportements se sont produits, il n'a pris aucune mesure pour les faire cesser immédiatement ou pour s'en distancer.

130. Le cas échéant, le requérant BQ contactait les distributeurs en vue de renforcer la position de Super Bock.

131. Actuellement, le requérant BQ n'est plus employé par la partie requérante Super Bock.

IV.7. Autres faits :

132. Les années 2006 à 2012 – et plus particulièrement les années 2006 à 2010 – ont été des années financièrement et économiquement fragiles et volatiles, non seulement en raison de la situation économique de l'époque (avec un impact transversal sur les structures et le contexte du marché), mais aussi en raison de la férocité de la pression concurrentielle exercée par la Sociedade Central de Cervejas, qui a entraîné une baisse des ventes, une perte de parts de marché et des problèmes financiers.

133. Les requérants BQ et AN ont joué un rôle déterminant dans la modification du modèle commercial de la partie requérante, en février 2015, en ce qui concerne les remises accordées sur les ventes aux clients finals, conformément à ce qui a été considéré comme prouvé ci-dessus.

134. Hormis la tendance générale des distributeurs à suivre les prix déterminés par la partie requérante, les faits reprochés aux parties requérantes ne semblent pas avoir eu d'autres effets sur le marché, tant au niveau des opérateurs économiques que des consommateurs.

135. En ce qui concerne un scénario économique orienté vers l'exportation, le Portugal n'est pas considéré comme l'un des plus grands producteurs de bière de l'Union européenne, puisqu'il produit moins de 2 % de la bière produite par les 28 pays de l'UE.

136. Pendant la période de la pratique en cause, un nouveau cidre « Bandida do Pomar » a été lancé par des concurrents.

137. La bière Estrella Damm a été reprise par d'autres opérateurs et marchés, de même en ce qui concerne le concurrent Sumol Compal.

138. À une date non concrètement établie mais au cours de l'année 2018, la partie requérante a adopté et diffusé en interne un manuel de conformité des procédures visant à ce que soit adoptée une position concurrentielle conforme aux directives légales et réglementaires.

139. Après 2017, elle a également mis en œuvre plusieurs sessions de formation de ses employés sur le domaine du droit de la concurrence, dans le but de les sensibiliser et de fortifier une culture interne en faveur de la concurrence.

140. Les requérants, personnes physiques, n'ont pas d'antécédents d'infractions administratives.

141. Par décision du 18 décembre 1985, dans le cadre de la procédure d'infraction administrative n° 1/85, le conseil de la concurrence (auquel a succédé l'autorité de la concurrence), a imposé à l'ancienne União Cervejeira EP de supprimer toutes les clauses qui pouvaient conduire à la fixation des prix dans les contrats de distribution (même indirectement, comme l'octroi d'une indemnité de transport), ainsi que toutes les pratiques produisant indirectement ce résultat, comme la construction de listes de prix qui pouvaient, « par un malentendu entre les agents », conduire à la fixation des prix.

142. Par décision du 13 juillet 2000, dans l'affaire d'infraction administrative n° 2/99, le conseil de la concurrence a condamné l'ancienne société Unicer – União Cervejeira SA à une amende de 100 millions de PTE (100 000.000\$00) pour violation du droit de la concurrence, considérant que Super Bock ne s'était pas pleinement conformée à la décision de 1985 (il avait été conclu dans cette affaire que, en ce qui concerne les tarifs et les conditions de vente, la rémunération du distributeur fixée en fonction d'une remise sur le tarif pour les distributeurs éliminait substantiellement la concurrence entre les marques formellement autorisée par les contrats de distribution), cette procédure d'infraction administrative a été considérée comme éteinte par prescription par arrêt du Tribunal da Relação de Lisboa (cour d'appel de Lisbonne), du 28 mars 2001.

143. Dans le cadre de la procédure pour infraction administrative n° PRC 01/03, le conseil d'administration de l'autorité de la concurrence a estimé qu'il existait encore des indices sérieux de clauses restreignant la concurrence dans les contrats de distribution de l'ancienne société Unicer – Distribuição de Bebidas, SA et que « en maintenant, jusqu'à une date très récente, la même structure formelle des listes de prix qu'elle pratique, nonobstant les engagements pris antérieurement auprès de l'ancien conseil de la concurrence en vue de leur restructuration complète, cela renforçait indirectement leur effet normalisateur, en incitant les distributeurs à aligner leurs prix à l'égard des clients sur les listes de prix de l'entreprise ».

144. Le conseil d'administration de l'autorité de la concurrence a ordonné la clôture de l'enquête à la suite des modifications des contrats de distribution proposées par la partie requérante.

145. En ce qui concerne l'année 2020, le requérant AN a eu des revenus bruts au Portugal provenant d'un emploi salarié s'élevant à 292 576,00 euros et le requérant BQ, bien qu'il ne réside pas au Portugal, a uniquement eu des revenus fonciers bruts au Portugal, s'élevant à 2 700,00 euros, il n'a pas attesté de ses revenus (salariés ou indépendants) actuels.

146. La partie requérante Super Bock, en référence à l'année 2020, a présenté des ventes et des services pour 332 960 377,00 euros et un bénéfice net pour la période de 28 701 301,00 euros, elle emploie 831 travailleurs.

IV.8 L'élément subjectif :

147. La partie requérante Super Bock a agi librement, volontairement, sciemment et intentionnellement et n'a jamais cherché, pendant la durée de la pratique en cause, à y mettre fin ou à s'en distancier, mais l'a poursuivie, en cherchant délibérément à créer un obstacle à la concurrence sur le marché et à bénéficier des avantages de sa suppression.

148. Elle a agi en sachant que son comportement consistait à fixer directement et indirectement les prix de revente pratiqués par les distributeurs indépendants et que ce comportement entravait la concurrence sur les marchés concernés, ce qui était son objectif.

149. Elle a agi en pleine conscience du caractère répréhensible de sa conduite.

150. La partie requérante Super Bock, connaissant l'illégalité de la pratique qui lui est reprochée, a voulu la mettre en œuvre et en a voulu le résultat, elle s'est montrée insensible à ses conséquences, à savoir le fait qu'elle pourrait être responsable d'une infraction administrative.

151. Les requérants, personnes physiques, ont agi librement, volontairement, sciemment et intentionnellement dans la commission des faits en question.

*

B) FAITS NON ÉTABLIS

Il n'a pas été prouvé que [transcription] :

1.3 Identification et caractérisation des marchés concernés :

[OMISSIS]

1.4 Comportements :

[OMISSIS]

– Autres caractéristiques du marché évoquées dans le recours :

[OMISSIS]

IV.4.4 Formes de représailles :

[OMISSIS]

IV.4.5 Fixation directe des prix au détail :

[OMISSIS]

IV.4.6 Fixation des prix de revente par des moyens indirects :

[OMISSIS]

IV.5 Implication du requérant AN :

[OMISSIS]

IV.6. Implication du requérant BQ, en tant que chargé de la direction du service commercial de Super Bock pour le canal HORECA

[OMISSIS]

IV.7. Autres faits :

[OMISSIS]

*

[OMISSIS]

*

IV – EN DROIT

1. LA PRESCRIPTION DE LA PROCÉDURE D'INFRACTION ADMINISTRATIVE

[Omissis : allégations concernant la prescription de la procédure et conclusion au rejet de celle-ci].

*

2. LA NULLITÉ DE LA PREUVE – COURRIER ÉLECTRONIQUE SAISI PAR L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE ET LA NULLITÉ DE

L'ORDONNANCE DU MINISTÈRE PUBLIC ORDONNANT LA PERQUISITION

[Omissis : discussion sur les allégations concernant la validité des preuves et la compétence de l'autorité judiciaire, et conclusion au rejet de celles-ci].

*

3. LES ERREURS, LES INSUFFISANCES ET LES CONTRADICTIONS DE FAIT

[Omissis : appréciation des allégations concernant les erreurs, les insuffisances et les contradictions de fait, et conclusion au rejet de celles-ci].

*

4. ERREURS DE JUGEMENT EN DROIT

4.1. LES QUESTIONS RELATIVES À L'ABSENCE D'ACCORD DIRECT ET INDIRECT DE FIXATION DES PRIX DE REVENTE ET LA QUALIFICATION DE L'INFRACTION COMME RESTRICTION DE CONCURRENCE PAR OBJET OU PAR EFFET

Les requérants contestent le fait que la présente affaire relève de l'article 9 de la loi n° 19/2012, du 8 mai 2012, qui a approuvé le Novo Regime Jurídico da Concorrência [nouveau régime juridique de la concurrence] (RJC) et de l'article 101, paragraphe 1, sous a), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) au motif que la juridiction de première instance aurait commis une erreur, tant en qualifiant la procédure décrite dans le jugement d'« accord » aux fins du droit de la concurrence qu'en qualifiant la restriction verticale, par fixation des prix, de restriction par objet, sans démontrer le degré suffisant de nocivité du comportement/accord en question.

Ils affirment, en résumé, que :

- la juridiction de première instance a conclu à l'existence d'un « accord » uniquement sur la base d'indices au mépris de la jurisprudence européenne exigeant de démontrer que les distributeurs ont effectivement suivi les prix minimaux recommandés, comme l'exigent la Cour et les « lignes directrices sur les restrictions verticales » – 2010/C130/01 ;
- l'existence d'un accord implique de démontrer que la politique du fournisseur a été effectivement appliquée dans la pratique ;
- les faits prouvés dans le jugement attaqué ne permettent pas de conclure à l'existence d'une fixation directe ou indirecte des prix ;

- pour que l’infraction soit qualifiée de restriction par objet, il est nécessaire d’apprécier si le comportement a un degré de nocivité suffisant, ce qui implique de tenir compte du contexte économique sous-jacent aux pratiques anticoncurrentielles alléguées, or cela n’apparaît pas dans le jugement.

L’autorité de la concurrence et le ministère public ont fait valoir que cette partie du recours devait être rejetée.

Appréciation :

L’article 9 du RJC prévoit que :

« Sont interdits les accords entre entreprises, les pratiques concertées entre entreprises et les décisions d’associations d’entreprises qui ont pour objet ou pour effet d’empêcher, de fausser ou de restreindre totalement ou partiellement le jeu de la concurrence à l’intérieur du marché national [...] ».

Cette disposition converge en substance avec le contenu de l’article 101, paragraphe 1, TFUE, qui établit :

« Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d’associations d’entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d’affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d’empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l’intérieur du marché intérieur [...] »

Le bien juridique protégé par ces dispositions est la concurrence.

Le principe de la concurrence est l’un des objectifs poursuivis par l’Union économique et monétaire, y compris la construction du marché intérieur.

En droit national, la protection de la concurrence est un devoir constitutionnel de l’État portugais, comme corollaire de l’initiative économique privée et de la liberté d’entreprise (article 61 de la Constitution de la République portugaise, ci-après « CRP »), à laquelle s’ajoute une dimension liée à la protection du droit à la propriété privée (article 62) et des droits économiques des consommateurs (article 60). Il incombe donc à l’État de « d’assurer le fonctionnement efficace des marchés pour permettre une concurrence saine entre les entreprises, pour contrarier les différentes formes de monopoles et réprimer les abus de position dominante et les autres pratiques qui portent atteinte à l’intérêt général » (article 81, sous [f]), de la CRP).

L’article 9, paragraphe 1, du RJC décrit un ensemble de comportements, traduits par des accords et pratiques concertées d’entreprises et des décisions d’associations d’entreprises, qui ont pour objet ou pour effet d’empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence de manière sensible, sur tout ou partie du territoire national, tandis que le paragraphe 2 de la même disposition se contente d’énumérer des exemples de comportements typiques.

L'utilisation de la conjonction « ou » dans le texte de cette disposition permet de déduire le caractère alternatif de la condition qui y est prévue, à savoir qu'un accord doit avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

D'autre part, il a été interprété que cette disposition légale délimitait des types de simple activité et risque et des types de résultat et de préjudice, selon que les actions typiques avaient pour objet la restriction de la concurrence ou provoquaient le même effet sur la concurrence.

Cette disposition comprend donc deux notions distinctes concernant l'infraction ou la restriction de la concurrence : par objet et par effet.

Compte tenu des motifs du recours, il est important de clarifier ces notions.

La différence entre une infraction/restriction par objet ou par effet réside essentiellement dans la nature et l'objectif même du comportement ; si l'objectif anticoncurrentiel est prouvé, il n'est pas nécessaire d'apprécier ses effets sur la concurrence.

Il s'agit essentiellement de l'idée que certaines infractions en matière de concurrence sont évidentes « à l'œil nu ». En d'autres termes, il y a certains types de pratiques concurrentielles restrictives dont l'expérience montre qu'elles ont une forte probabilité de nuire à l'efficacité économique et aux consommateurs, ce qui rend inutile de prouver qu'elles ont un effet anticoncurrentiel, il suffit qu'elles soient susceptibles d'avoir un certain impact sur le marché.

Par conséquent, le degré de preuve requis est différent, il est plus élevé dans le cas des restrictions par effet.

Comme l'enseigne la professeure Sofia Oliveira Pais, la dichotomie entre la restriction par objet et la restriction par effet est liée aux différentes fonctions que chacune remplit. « La restriction par objet cherche à déterminer si le but de l'accord, sa raison d'être, son intention objectivement déterminée est de restreindre la concurrence. Alors que la restriction par effet vise à apprécier si l'accord restreint effectivement la concurrence de manière réelle ou potentielle.

Dans le premier cas, les autorités de la concurrence n'ont pas besoin de démontrer les effets anticoncurrentiels probables sur le marché, car les clauses restrictives qui possèdent un degré suffisant de nocivité par rapport à la concurrence sont présumées produire des effets anticoncurrentiels. Alors que dans le second cas, il n'est pas nécessaire de prouver l'objet anticoncurrentiel.

Il n'y a pas de catégorie fermée de restrictions par objet, dont l'application suppose de réaliser une enquête purement formelle concernant l'accord. Les autorités de la concurrence devront toujours procéder à une analyse de l'accord au regard de son contexte économique et juridique ».

Il est donc essentiel que cette analyse permette de conclure que les clauses révèlent « un degré suffisant de nocivité par rapport à la concurrence », il y a lieu alors de présumer l'existence d'effets anticoncurrentiels sur le marché.

En d'autres termes, il faut prouver que l'accord est susceptible d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, c'est-à-dire qu'il est notamment capable, compte tenu de son contexte juridique et économique, de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Dans le même sens, José Luís da Cruz Vilaça [OMISSIS] déclare que « [e]n résumé, l'article 101, paragraphe 1, TFUE peut être interprété comme contenant une présomption légale implicite selon laquelle certaines catégories d'accords, compte tenu des objectifs qu'ils poursuivent, ont généralement un effet restrictif sur la concurrence. Cette présomption ne dispense donc pas d'apprécier correctement l'objectif concret de l'accord, appréciation indispensable au fonctionnement d'une telle présomption. Dans ces conditions, la notion de restriction par objet ne donne lieu à aucune présomption d'illégalité ».

La Cour a identifié, parmi beaucoup d'autres, les accords verticaux (accords entre entreprises opérant à différents stades du processus économique de production de biens/prestation de services) sur les prix de revente comme étant des d'accords anticoncurrentiels par objet.

À cet égard, il a été écrit dans le jugement attaqué, en citant l'un des segments les plus pertinents pour la question en cause, que :

« Parallèlement à l'article 101 TFUE, l'article 9, paragraphe 1, de notre droit national (RJC) prévoit également que l'infraction par objet puisse être punie.

Ainsi, pour affirmer qu'il existe un accord restreignant la concurrence, il suffit, aux yeux de la loi, que celui-ci ait un objet restrictif, sans avoir à apprécier ni démontrer ses effets restrictifs sur la concurrence.

La Cour de justice a admis ce type d'atteinte par objet, comme il ressort, par exemple, son arrêt rendu le 4 juin 2009 dans l'affaire T-Mobile Netherlands BV e.a. contre Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Dans le même sens, voir également les arrêts Consten et Grundig/Commission (arrêt de la Cour dans les [affaires jointes 56/64 et 58/64], Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm (arrêt de la Cour dans l'affaire 56/65), Sandoz/Commission (arrêt de la Cour dans l'affaire C-277/87) et Ferriere Nord/Commission (arrêt de la Cour dans l'affaire C-49/05 P).

En effet, l'appréciation du caractère restrictif de la concurrence des accords se fait soit en fonction de l'objet des accords, soit en fonction de leurs effets, et l'arrêt de la Cour du 17 juillet 1997 dans l'affaire C-219/95 P, Ferriere Nord SpA/Commission a précisé que ces facteurs doivent toujours être interprétés de manière alternative.

Le Tribunal lui-même, dans l'affaire « JFE Engineering Corp », affaires jointes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, a également estimé que la Commission n'était pas tenue de démontrer l'effet qu'un certain comportement a eu sur la concurrence pour constater une infraction aux règles de concurrence, il suffisait de démontrer qu'il y avait eu un accord ou une pratique entre entreprises qui avait pour objet de restreindre la concurrence.

Néanmoins, les parties requérantes font valoir qu'il est impossible que les infractions de risque puissent être sanctionnées par le droit sur les infractions administratives, au motif que cela « suppose baisse de la pertinence du bien juridique à protéger, ce qui n'est pas compatible avec le principe de proportionnalité ».

Cependant, avec le grand respect que nous avons pour la position exposée, nous considérons que cette interprétation n'est pas soutenue par la Constitution ou la loi.

Nous considérons qu'il est tout à fait constant, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que les infractions administratives pour risque sont recevables. En effet, selon Paulo Pinto Albuquerque [OMISSIS], en fonction du bien juridique protégé par la règle, « les infractions administratives peuvent concerner des préjudices ou des risques. (...) L'infraction administrative relative à un préjudice est celle pour laquelle une atteinte au bien juridique protégé par la règle est constatée. L'infraction administrative relative à un risque est celle où l'intérêt juridique protégé par la règle est seulement mis en danger ».

C'est précisément ce qui se passe lorsque nous parlons des infractions administratives pour pratiques restrictives en matière de concurrence par objet dans lesquelles « l'idée principale qui sous-tend cette catégorie d'objet restrictif de la concurrence est que, intrinsèquement, certains éléments des accords entre entreprises, associés au contexte dans lequel ces accords s'inscrivent, présentent un potentiel élevé de restriction de la concurrence qui, en soi, se traduit par une perte de valeur juridique particulière (déclenchant l'application de la règle générale d'interdiction et la constatation de l'infraction y afférente, indépendamment de l'appréciation concrète des effets des accords sur le fonctionnement de certains marchés (...) »

« Subordonner l'interdiction des accords, dont l'objet est d'organiser artificiellement le fonctionnement du marché, à la preuve d'effets négatifs sur la concurrence – extrêmement difficiles à établir dans leur globalité – ne permettrait pas d'assurer une protection efficace de la concurrence effective, intérêt collectif dont l'atteinte entraîne de multiples externalités négatives, et pas seulement pour les consommateurs » [OMISSIS].

*

La question à trancher consiste à déterminer si les faits prouvés constituent ou non l'infraction prévue à l'article 9, paragraphe 1, RGCO et à l'article 101,

paragraphe 1, TFUE, ce qui implique d'analyser, dès le départ, si nous sommes en présence d'un accord ou d'une pratique anticoncurrentielle, au sens de ces dispositions juridiques.

Il convient de noter que la juridiction de céans se borne à apprécier les questions de droit et ne peut examiner les questions de fait (article 75, paragraphe 1, RGCO).

Cela dit, il convient de garder à l'esprit la notion d'accord établie par la Cour et le Tribunal, selon laquelle « la notion d'accord au sens de l'article [101] du traité « est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci » – voir arrêt du 6 janvier 2004, BAI et Commission/Bayer, C-2/01 P et C-3/01 P, EU:C:2004:2, point 97.

À cette fin, selon le Tribunal, « il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée » – voir arrêt du 26 octobre 2000, Bayer/Commission, T-41/96, EU:T:2000:242, point 67.

Analysant ces arrêts (également cités dans le jugement attaqué) rendus à la suite d'une décision de la Commission (qui condamnait l'entreprise pharmaceutique Bayer pour avoir prétendument imposé une interdiction d'exporter dans ses relations avec les grossistes en médicaments espagnols), Miguel Moura e Silva [OMISSIS] affirme que *« la décision de la Commission était fondée sur une jurisprudence de la Cour qui attribue la nature d'accord à certaines pratiques adoptées de manière apparemment unilatérale par un producteur, à condition qu'il y ait un acquiescement, au moins tacite, de la part des distributeurs. Il convient de noter dans ce contexte l'arrêt AEG, dans lequel la Cour a confirmé la décision de la Commission selon laquelle cette entreprise avait imposé à ses distributeurs une obligation de ne pas revendre les produits contractuels en dessous du prix recommandé afin de garantir aux distributeurs des marges plus élevées sur leurs produits. L'argument de la Commission était fondé sur l'exclusion du réseau des distributeurs de ceux qui n'adhéraient pas à la politique de prix en question. La Cour a confirmé cette interprétation de la Commission dans les termes suivants :*

(...) Une pareille attitude de la part du fabricant ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise qui, comme le soutient AEG, échapperait à l'interdiction de l'article [101] du traité. Elle s'insère, par contre, dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec les revendeurs. En effet, dans le cas d'admission d'un distributeur, l'agrément se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique poursuivie par AEG exigeant, entre autres, l'exclusion du réseau de distributeurs ayant les qualités pour y être admis, mais n'étant pas disposés à adhérer à cette politique. »

Dans cette ligne, la juridiction de première instance a déclaré dans le jugement attaqué [OMISSIS] que :

« “Pour qu’un accord au sens de l’article [101], paragraphe 1, du traité puisse être réputé conclu au moyen d’une acceptation tacite, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l’une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l’autre partie, qu’elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d’un tel but, et ce d’autant plus qu’un tel accord n’est pas, comme en l’espèce, à première vue, dans l’intérêt de l’autre partie(...)” – voir l’arrêt du 6 janvier 2004, BAI et Commission/Bayer, C-2/01 P et C-3/01 P, EU:C:2004:2, précité.

Évidemment, un clair exemple d’accord est la conclusion d’un contrat écrit. Toutefois, comme nous l’avons vu, l’élément essentiel est que les parties aient une intention commune (il n’est pas nécessaire d’exprimer cette intention au moyen d’un contrat valide et contraignant en vertu du droit national ni même au moyen d’un contrat formel).

En effet, les « gentlemen’s agreements » (voir l’arrêt de la Cour du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma NV (41/69), C.J. (1970) 661), les simples ententes, les accords oraux dont découle une coopération tacite entre deux entreprises sont également considérés comme des accords (voir Whish, R. & Bailey, D., 2012, Competition Law, New York, Oxford University Press).

En outre, il n’est même pas nécessaire de déterminer la date exacte de l’accord – voir l’arrêt du Tribunal du 15 mars 2000, Cimenteries CBR (T-25/95), C.J. (2000) II-491 – ni même qu’il y ait eu une volonté de lier formellement les parties ou qu’elle soit justiciable.

La question est donc essentiellement la preuve d’une intention commune convenue.

“Dans ces conditions, il est sans pertinence d’examiner, contrairement à ce que soutient la requérante, si les entreprises en cause se sont considérées tenues – juridiquement, factuellement ou moralement – d’adopter le comportement convenu” (voir arrêt de la Cour du 14 mai 1998, Mayr-MelnhofKartongesellschaft (T-347/94), C.J. (1998) II-1751).

Bien qu’en théorie les accords entre entreprises soient distincts des pratiques concertées, dans la pratique, il n’est souvent pas facile d’établir une distinction claire entre les deux, surtout s’ils sont complexes et durables. Parce qu’il en est ainsi, la jurisprudence communautaire admet la possibilité de qualifier une pratique d’accord et de pratique concertée (voir, arrêt CJUE du 20 avril 1999, NV Limburgse Vinyl Maatschappij (T-305/94, etc.), arrêt CJUE du 8 juillet 1999, Anic (C-49/92), arrêt CJUE du 20 mars 2002, HFP (T-9/99)).

Il est donc également pertinent, aux fins de la présente analyse, d’évoquer la notion de “pratique concertée”.

Une pratique concertée est “une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu’à la réalisation d’une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence” (voir arrêt de la CJUE du 14 juillet 1972, ICI (48/69)).

Toutefois, pour qu’une telle pratique soit interdite, elle doit avoir pour objet (ou pour effet) d’établir “des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché, compte tenu de la nature des produits, de l’importance et du nombre des entreprises ainsi que du volume du marché en question” [voir l’arrêt de la CJUE du 16 décembre 1975 dans l’affaire Suiker Unie (40/73)].

La juridiction de première instance a ainsi développé un long raisonnement pour conclure à l’existence d’un véritable « accord d’entreprise », compte tenu du « comportement répété dans le temps, d’un véritable acquiescement des distributeurs concernant la pratique de la requérante » [OMISSIS].

Il convient de noter que la notion d’accord en droit de la concurrence qui a été adoptée par la doctrine et la jurisprudence est très large, et couvre tous les contrats, indépendamment de leur forme, puisqu’est considéré comme un accord tout comportement coordonné d’entreprises, quelle que soit sa forme juridique, dans lequel au moins l’une s’engage à avoir une certaine pratique ou dans lequel l’incertitude du comportement de l’autre est éliminée, que celui-ci soit expresse ou tacite, symétrique ou asymétrique [OMISSIS].

Les parties requérantes contestent l’existence d’un « accord » au sens du droit de la concurrence au motif que la juridiction de première instance n’a pas établi de faits démontrant que la prétendue politique de la partie requérante a été mise en œuvre par les distributeurs et que les faits prouvés n° 86 et 87 ne sont que des indices d’une acceptation tacite.

Par ailleurs, les parties requérantes soutiennent que la juridiction de première instance a commis une erreur de jugement en ce qui concerne le fait que l’autorité de la concurrence (n’)était (pas) tenue de démontrer de la nocivité de l’accord pour que l’on puisse considérer qu’il y avait une restriction par objet. À cet égard, elles se réfèrent à l’avis, joint au dossier, de José Luís da Cruz Vilaça dans lequel on peut lire que « pour conclure qu’un accord entre entreprises présente ce degré de nocivité, il faut tenir compte de son contenu, de ses objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel il s’inscrit ».

Voici les faits prouvés dont il convient de tenir compte à ce stade aux fins de leur qualification juridique (les soulignements sont de nous) :

[OMISSIS : points 65 à 104 des faits prouvés]

La liste des faits décrits ci-dessus contient les éléments essentiels du comportement adopté dans le cadre des accords de distribution exclusive conclus entre Super Bock et ses distributeurs en vue de la revente par ces derniers, dans le

canal Horeca, des marchandises (une gamme variée de boissons, comprenant des bières, des eaux, des jus et des vins) achetées à Super Bock, dont le but était d'assurer le maintien d'un niveau de prix minimum stable et aligné sur l'ensemble du marché national.

Super Bock (direction des ventes) approuvait chaque mois une liste de prix de revente minimaux, qu'elle transmettait aux distributeurs ; les employés de Super Bock fixaient les prix de revente à l'égard des distributeurs oralement ou par écrit (par courrier électronique) et ces prix fixés étaient appliqués, de manière généralisée, par les distributeurs. À leur tour, ces derniers, dans le cadre du système de contrôle et de surveillance établi par Super Bock, avaient l'obligation de communiquer à cette société les données relatives à la revente (par exemple, les quantités, les montants), ils s'exposaient ainsi aux formes de représailles définies par Super Bock, telles que la suppression des incitations financières (remises commerciales sur l'achat des produits par les distributeurs et remboursement des remises pratiquées par les distributeurs sur la revente) et de l'approvisionnement et du réapprovisionnement des stocks.

Cette pratique s'est poursuivie pendant la période allant au moins du 15 mai au 23 janvier 2017. Au cours de cette période, Super Bock a fixé des conditions commerciales à l'égard des distributeurs de manière régulière et généralisée, en leur garantissant des marges de distribution positives, sous réserve du respect de prix de revente minimaux, système qui s'est maintenu après février 2015 et ce jusqu'au 23 janvier 2017 en ce qui concerne les produits en fût/pression (voir fait n° 103).

Analysant les éléments factuels en cause, la juridiction de première instance a formulé les considérations suivantes, dont la partie la plus importante est transcrite ci-dessous [OMISSIS] :

La fixation directe et indirecte de prix minimaux entraîne (c'était du moins le but recherché) la limitation de la liberté des distributeurs de déterminer effectivement les prix à pratiquer (en les baissant, s'ils le souhaitent), en dessous des seuils fixés, éliminant ainsi la concurrence sur le prix des produits, au détriment des consommateurs finals qui ne pouvaient plus bénéficier de produits à des prix inférieurs.

Le préjudice pour les consommateurs est particulièrement grave en l'espèce, compte tenu des marchés en cause et de la prépondérance de Super Bock sur ceux-ci, ainsi que du fait que la pratique a été mise en œuvre par un réseau de distributeurs couvrant la quasi-totalité du territoire national.

La restriction de cette liberté entraîne nécessairement une distorsion du marché, puisqu'elle influence la loi de l'offre et de la demande (car c'est le facteur prix qui est déterminant), en éliminant (ou en cherchant à éliminer) l'incertitude du comportement des entreprises concurrentes.

En effet, la fixation des prix doit résulter du seul libre jeu du marché même si celui-ci doit respecter les règles applicables en la matière, qui visent à réguler le fonctionnement du marché et non à le fausser.

L'accord entre les entreprises examinées constitue en soi une restriction sensible de la concurrence, indépendamment de ses effets, qui sont d'emblée présumés par le législateur.

*

Sur la question clé concernant l'objet – anticoncurrentiel ou non – du comportement auquel les faits se réfèrent et la nécessité d'établir son contexte économique et juridique, il est important de tenir compte de la jurisprudence produite au fil des ans par la Cour, que nous devons suivre de près conformément aux principes de la primauté du droit européen, de l'interprétation conforme et de la coopération loyale (article 4, paragraphe 3, TFUE).

Comme l'indique João Alexandre Pateira Ferreira [OMISSIS], les années 1990 ont été marquées par un changement structurel important visant à éloigner le droit européen de la concurrence de l'application formaliste qui l'a caractérisé au cours de ses premières décennies de mise en œuvre et de consolidation, en recherchant les instruments d'analyse économique, pour déterminer les effets économiques des comportements et les dommages ou préjudices causés à la concurrence et aux consommateurs par certaines pratiques commerciales, en abandonnant un ensemble de présomptions fondées sur le concept de « concurrence viable » auquel la Cour de justice a eu recours au cours de sa première décennie.

Cet auteur soutient que la dichotomie entre les infractions par objet et par effet mérite une attention renouvelée à la lumière du processus de modernisation du droit européen de la concurrence, fondé sur une approche plus économique, considérant que les profits pour les consommateurs sont l'objectif premier des règles de concurrence.

La distinction entre l'objet et l'effet restrictif de la concurrence est donc au centre des principaux débats dogmatiques du droit européen de la concurrence.

Le traité ne définissant pas les notions figurant à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il appartient à la jurisprudence de les préciser et d'appliquer les règles au cas d'espèce.

L'approche plus économique du droit de la concurrence dans ce domaine a été déclenchée par l'arrêt « **Société Technique Minière** » du 30/6/1966 (affaire 56/65, ECLI:EU:C:1966:38), dans lequel la Cour a précisé qu'un accord ne peut être considéré comme restrictif de la concurrence que s'il aboutit, dans le cadre réel dont il fait partie, à une coordination des entreprises susceptible de restreindre la concurrence. Ensuite, l'impact sur la concurrence (« les modifications des conditions du marché » évoquées par la Cour) doit être apprécié au regard de

l'objet de l'accord lui-même, ou de certaines de ses clauses, « contexte économique dans lequel il doit être appliqué ». Au cas cependant où l'analyse desdites clauses ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord et de déterminer si le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé.

Une telle interprétation a été renforcée par la Cour dans **l'arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204)** dans lequel elle souligne que « le critère juridique essentiel pour déterminer si une coordination entre entreprises comporte une telle restriction de concurrence “par objet” réside dans la constatation qu'une telle coordination présente, en elle-même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence ».

Le passage pertinent de cet arrêt est le suivant :

« (...) Ainsi, il est acquis que certains comportements collusoires, tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix par des cartels, peuvent être considérés comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché (voir en ce sens, notamment, arrêt Clair, 123/83, EU:C:1985:33, point 22). En effet, l'expérience montre que de tels comportements entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs.

52 Dans l'hypothèse où l'analyse d'un type de coordination entre entreprises ne présenterait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait, en revanche, d'en examiner les effets et, pour l'interdire, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible (arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a., EU:C:2013:160, point 34 ainsi que jurisprudence citée).

53 Selon la jurisprudence de la Cour, il convient, afin d'apprécier si un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence « par objet » au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (voir, en ce sens, arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a., EU:C:2013:160, point 36 ainsi que jurisprudence citée).

54 En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord entre entreprises,

rien n'interdit aux autorités de la concurrence ou aux juridictions nationales et de l'Union d'en tenir compte (voir arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, EU:C:2013:160, point 37 ainsi que jurisprudence citée).

En ce qui concerne l'interprétation de l'article 101 TFUE, plus récemment, la Cour de justice, dans l'affaire *Budapest [arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a. (C-228/18, EU:C:2020:265)]*, a déclaré ce qui suit, les segments les plus pertinents de l'arrêt étant reproduits ici :

(...) 33 Il convient, d'emblée, de rappeler que, pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, un accord doit avoir « pour objet ou pour effet » d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence dans le marché intérieur. Selon une jurisprudence constante de la Cour depuis l'arrêt du 30 juin 1966, *LTM (56/65, EU:C:1966:38)*, le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction « ou », conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord (arrêts du 26 novembre 2015, *Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784*, point 16, et du 20 janvier 2016, *Toshiba Corporation/Commission, C-373/14 P, EU:C:2016:26*, point 24).

34 Ainsi, lorsque l'objet anticoncurrentiel d'un accord est établi, il n'y a pas lieu de rechercher ses effets sur la concurrence (arrêts du 26 novembre 2015, *Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784*, point 17, et du 20 janvier 2016, *Toshiba Corporation/Commission, C-373/14 P, EU:C:2016:26*, point 25).

35 En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que certains types de coordination entre entreprises révèlent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être qualifiés de restriction par objet, de sorte que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire. Cette jurisprudence tient à la circonstance que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu de la concurrence (arrêts du 11 septembre 2014, *MasterCard e.a./Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201*, points 184 et 185, ainsi que du 20 janvier 2016, *Toshiba Corporation/Commission, C-373/14 P, EU:C:2016:26*, point 26).

36 Ainsi, il est acquis que certains comportements collusoires, tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix par des cartels, peuvent être considérés comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché. En effet, l'expérience montre que de tels comportements entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs (arrêts du 11 septembre 2014, *CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204*, point 51, et du 26 novembre 2015, *Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784*, point 19).

37 Au regard de la jurisprudence de la Cour rappelée aux points 35 et 36 du présent arrêt, le critère juridique essentiel pour déterminer si un accord comporte une restriction de concurrence « par objet » réside donc dans la constatation qu'un tel accord présente, en lui-même, **un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour considérer qu'il n'y a pas lieu d'en rechercher les effets** (arrêt du 26 novembre 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, point 20 et jurisprudence citée).

38 Dans l'hypothèse où l'analyse d'un type de coordination entre entreprises ne présenterait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait, en revanche, d'en examiner les effets et, pour l'interdire, d'exiger la réunion **des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible** (arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 52 et jurisprudence citée).

39 S'il résulte ainsi de la jurisprudence de la Cour mentionnée aux points 33 à 38 du présent arrêt que, lorsqu'un accord est qualifié de restriction de concurrence « par objet » au titre de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il n'est pas nécessaire de démontrer, en outre, les effets de cet accord aux fins de considérer que celui-ci est interdit en vertu de cette disposition, la Cour a, par ailleurs, déjà constaté, s'agissant d'un seul et même comportement, que ce dernier avait tant pour objet que pour effet de restreindre la concurrence (voir en ce sens, notamment, arrêts du 1^{er} octobre 1987, van Vlaamse Reisbureaus, 311/85, EU:C:1987:418, point 17 ; du 19 avril 1988, Erauw-Jacquery, 27/87, EU:C:1988:183, points 14 et 15 ; du 27 septembre 1988, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 et 125/85 à 129/85, EU:C:1988:447, point 13, ainsi que du 9 juillet 2015, InnoLux/Commission, C-231/14 P, EU:C:2015:451, point 72).

(...) 51. Outre les considérations exposées aux points 33 à 40 du présent arrêt, la Cour a déjà jugé qu'il convient, afin d'apprécier si un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être considéré comme une restriction de concurrence « par objet », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de s'attacher à la teneur de ses dispositions, **aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère**. Dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 53 et jurisprudence citée).

54. De surcroît, la notion de restriction de concurrence « par objet » doit être interprétée de manière restrictive. En effet, sous peine de dispenser la Commission de l'obligation de prouver les effets concrets sur le marché d'accords dont il n'est en rien établi qu'ils sont, par leur nature même, nuisibles au bon fonctionnement du jeu de la concurrence, **la notion de restriction de concurrence « par objet »**

ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire. La circonstance que les types d'accords envisagés à l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne forment pas une liste exhaustive de collusions prohibées est, à cet égard, sans pertinence (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 58 et jurisprudence citée).

55. Dans le cas où l'accord concerné ne saurait être considéré comme ayant un objet anticoncurrentiel, il conviendrait alors d'apprécier si celui-ci peut être considéré comme interdit en raison des altérations du jeu de la concurrence qui en constituent l'effet. À cette fin, ainsi que la Cour l'a itérativement jugé, il faut examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il s'exercerait si cet accord n'avait pas existé afin d'apprécier l'incidence de ce dernier sur les paramètres de concurrence, tels que, notamment, le prix, la quantité et la qualité des produits ou des services (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard e.a./Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, points 161 et 164 ainsi que jurisprudence citée). (...)

76 En effet, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 54 et 63 à 73 de ses conclusions, afin de justifier qu'un accord soit qualifié de restriction « par objet » de la concurrence, sans que s'impose une analyse de ses effets, il doit exister une expérience suffisamment solide et fiable pour qu'il puisse être considéré que cet accord est, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour permet donc de retenir comme critère de détermination de l'objet (ou de l'effet) restrictif d'une certaine conduite commerciale le « degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence », selon lequel si l'accord présente en lui-même un tel degré de nocivité à l'égard de la concurrence, il n'est pas nécessaire d'apprécier ses effets. Ce faisant, il convient de tenir compte du contexte économique et juridique spécifique dans lequel s'inscrit la coordination entre entreprises (par exemple, un accord ou une pratique restrictive).

Comme nous l'avons vu, la juridiction de première instance a considéré qu'il s'agissait d'un accord restreignant la concurrence en raison de son objet, et elle a donc estimé qu'il n'y avait pas lieu d'apprécier ses effets sur le fonctionnement des marchés.

Les arrêts de la Cour susmentionnés et la jurisprudence connue ne traitent pas de cas identiques à l'affaire en cause et l'application/interprétation de la disposition (l'article 101, paragraphe 1, sous a), TFUE) qui s'impose en l'espèce ne peut pas être considérée comme claire, non équivoque et au-delà de tout doute raisonnable.

Nous allons maintenant examiner la demande de décision préjudicielle présentée par les requérants.

5. DEMANDE DE DÉCISION PRÉJUDICIELLE

[OMISSIS] Les requérants demandent que, dans le cadre du mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l'article 19, paragraphe 3, sous b), du traité sur l'Union européenne et à l'article 267 TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne soit saisie de plusieurs questions, tant sur la saisie du courrier électronique dans le cadre d'une procédure d'infraction administrative que sur la question de la restriction par objet, de la démonstration d'un degré suffisant de nocivité et de l'entente dans le cadre de la fixation verticale de prix minimaux.

Le Ministère public et l'autorité de la concurrence (AdC) ont plaidé pour le rejet de la demande de renvoi, l'AdC ayant, par précaution, suggéré une formulation différente de celle soumise par les parties requérantes concernant les questions à soumettre éventuellement à la Cour.

Examinons cette question.

L'article 267 du TFUE prévoit que :

« La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

- a) sur l'interprétation des traités,
- b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais. »

Le traité consacre ainsi un instrument de coopération judiciaire par lequel le juge national et le juge de l'Union européenne sont appelés, dans le cadre de leurs compétences respectives, à contribuer à une décision assurant l'interprétation et l'application uniformes du droit de l'Union européenne dans tous les États membres, dans le respect du principe de loyauté ou de coopération loyale consacré par l'article 4, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne et du principe de la primauté du droit de l'Union sur le droit national.

« Comme l’enseigne Fausto Quadros, c’est la nécessité d’assurer l’uniformité de l’interprétation du droit de l’Union, en évitant le risque d’une rupture de l’unité de l’ordre juridique communautaire du fait d’interprétations divergentes des règles communautaires par les juridictions des États membres, qui a conduit la Cour à définir les effets des décisions préjudicielles “selon le système du précédent, qui caractérise le système de common law”. En d’autres termes, la décision préjudicielle interprétative s’impose à la juridiction nationale qui a posé la question et à toutes les autres juridictions nationales et des autres États membres lorsqu’elles sont confrontées à la même question de droit » [OMISSIS].

En outre, l’uniformité dans l’interprétation et l’application du droit de l’Union européenne est renforcée par le fait que la juridiction nationale est tenue de poser en règle générale la question préjudicielle.

En effet, il résulte du troisième alinéa de l’article 267 précité que, lorsque la question de l’interprétation est soulevée devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours ordinaire, le renvoi préjudiciel est obligatoire.

Dans l’**arrêt Cilfit** (rendu le 6 octobre 1982 dans l’affaire 283/81), la Cour de justice a jugé que l’obligation de soulever une question d’interprétation dans de tels cas pouvait être levée dans les situations suivantes :

- 1) lorsque la question n’était ni nécessaire ni pertinente pour la résolution du litige spécifique ;
- 2) lorsque la Cour avait déjà statué sur la question à renvoyer ou lorsqu’il existait une jurisprudence consolidée de la Cour de justice sur la même question ;
- 3) lorsque le juge national n’avait pas de doute raisonnable sur la solution à donner à la question de droit européen parce que le sens de la règle en cause était clair et évident.

Elle a ainsi consacré dans cette dernière affaire la théorie dite de l’« **acte clair** », dont il résulte que le juge national n’est dispensé de procéder à la saisine qu’en l’absence de doute raisonnable (comme réaffirmé dans les arrêts successifs de la Cour, notamment dans l’arrêt du 1/1/2015 dans l’affaire C-452/14).

Dans ledit arrêt Cilfit, la Cour a en outre énoncé les critères que le juge national doit suivre pour apprécier la clarté et la précision de la règle communautaire, à savoir :

- il faut être convaincu que la même évidence s’impose pour les juridictions des autres États membres et pour la Cour de justice ;
- comparer toutes les versions linguistiques de la disposition législative afin de l’interpréter correctement ;

- considérer que les concepts juridiques n'ont pas nécessairement le même contenu dans le droit de l'Union et dans les différents droits nationaux ;
- considérer que chaque disposition du droit de l'Union doit être contextualisée et interprétée à la lumière de l'ensemble de ses dispositions, de ses objectifs et de son degré d'évolution.

Selon ces critères, ce n'est que dans les cas où il existe une décision préjudicielle antérieure sur la même question que le juge national échappera à l'**obligation de renvoi**, assurant ainsi l'efficacité interne du droit européen.

Dans le même sens, voir les recommandations de la Cour à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles – voir les points 5 et 6 des recommandations 2018/C 257/01 (Journal officiel de l'Union européenne C 257 du 20/7/2018).

Dans ce contexte, il est énoncé dans l'arrêt du Tribunal da Relação de Porto (Cour d'appel de Porto) que (...) « la juridiction nationale n'est pas tenue de procéder à un renvoi que si la question est si évidente qu'elle ne laisse place à aucun doute interprétatif raisonnable sur la manière dont elle doit être résolue (doctrine de l'acte clair) ». Et a conclu que « le défaut de renvoi préjudiciel peut affecter la protection juridictionnelle effective des droits découlant du droit communautaire pour les particuliers ».

La juridiction de céans s'est prononcée dans le même sens.

Pour en revenir à la présente affaire, examinons les questions suivantes qui font l'objet de la demande de renvoi préjudiciel :

[OMISSIS : Questions sans pertinence pour la demande de décision préjudicielle].

Sur la question de la restriction par objet et la démonstration du degré suffisant de nocivité de l'accord :

d) la fixation verticale de prix minimaux est-elle en soi une infraction par objet qui ne nécessite pas une appréciation préalable du degré suffisant de nocivité de l'accord ?

Quant à la question de l'accord dans le cadre de la fixation verticale de prix minimaux

e) La démonstration de l'élément « accord » de l'infraction par fixation (tacite) de prix minimaux pour les distributeurs requiert-elle de prouver concrètement que les distributeurs ont suivi, dans la pratique, les prix fixés notamment au moyen de preuves directes ?

f) i) l'envoi de listes indiquant les prix minimaux et les marges de distribution, ii) la demande de prix de vente de la part des distributeurs, iii) le dépôt de plaintes de la part des distributeurs – lorsqu'ils considèrent que les prix de revente qui leur sont imposés ne sont pas compétitifs ou lorsqu'ils constatent que les distributeurs concurrents ne sont pas alignés –, iv) l'existence de mécanismes de surveillance des prix (moyens minimaux) et v) des mesures de rétorsion (sans démonstration de leur application concrète), sont-ils des éléments suffisants pour considérer qu'il y a eu infraction par fixation (tacite) de prix minimaux pour les distributeurs ?

[OMISSIS : Question concernant le courrier électronique, de nature strictement nationale].

S'agissant des autres questions exposées ci-dessus relatives à la nature de l'infraction imputée aux parties requérantes (restriction de la concurrence par objet ou par effet), question de l'(in)existence de l'accord anticoncurrentiel dans le cadre de la fixation verticale de prix minimaux, elles sont d'une importance fondamentale pour la décision en l'espèce, car elles se rapportent directement aux questions qui ont été examinées tout au long de la présente décision, et étroitement liées à l'interprétation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (source de l'article 9 de notre RJC), dont l'application, comme nous l'avons vu, est en jeu dans l'affaire en cause.

Pour ces mêmes raisons, les questions suggérées sur ce point par l'Autorité de la concurrence dans sa réponse au recours, qui sont retranscrites ci-dessous, apparaissent nécessaires et pertinentes :

a) À la lumière de l'article 101, paragraphe 1, sous a), TFUE, de l'article 4, sous a), du règlement n° 330/2010, des lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales et de la jurisprudence de l'Union, est-il présumé que l'accord entre fournisseur et distributeurs visant à la fixation (verticale) de prix minimaux et d'autres conditions commerciales applicables à la revente, présente un degré suffisant de nocivité pour la concurrence, sans préjudice de l'appréciation des éventuels effets économiques positifs découlant de ladite pratique, conformément à l'article 101, paragraphe 3, TFUE ?

b) Est-il compatible avec l'article 101, paragraphe 1, sous a), TFUE et avec la jurisprudence de l'Union européenne qu'une décision de justice constate que l'élément de type objectif « accord » entre fournisseur et distributeurs a été établi sur la base :

i) de la fixation et de l'imposition, par le premier aux seconds, de manière régulière, généralisée et sans changement pendant la durée de la pratique, de conditions commerciales qu'ils doivent respecter lors de la revente des produits qu'ils achètent au fournisseur, à savoir les prix qu'ils pratiquent à l'égard de leurs clients, principalement en termes de prix minimaux ou de prix moyens minimaux.

ii) de la transmission des prix de revente imposés oralement ou par écrit (par courrier électronique) ;

- iii) du fait que les distributeurs ne sont pas en mesure de déterminer eux-mêmes leurs prix de revente ;
- iv) de la pratique habituelle et généralisée (lors de conversations téléphoniques ou en personne) selon laquelle des employés du fournisseur demandent aux distributeurs de respecter les prix indiqués ;
- v) du fait que tous les distributeurs respectent les prix de revente fixés par le fournisseur (sauf désaccords ponctuels) et de la constatation que le comportement des distributeurs sur le marché correspond généralement aux conditions énoncées par le fournisseur ;
- vi) du fait que, pour ne pas être en défaut, ce sont souvent les distributeurs eux-mêmes qui demandent l'indication des prix de revente au fournisseur ;
- vii) de la constatation que les distributeurs se plaignent souvent auprès du fournisseur des prix à pratiquer au lieu de pratiquer simplement d'autres prix ;
- viii) de la fixation par le fournisseur de marges de distribution (faibles) et du fait que les distributeurs considèrent que ces marges correspondent au niveau de rémunération de leur activité ;
- ix) de la constatation que, en imposant des marges faibles, le fournisseur a imposé un prix de revente minimum, faute de quoi les marges des distributeurs sont négatives ;
- x) de la politique de remises accordées par le fournisseur aux distributeurs sur la base du prix de revente qu'ils ont effectivement pratiqué (le prix minimum préalablement fixé par le fournisseur étant le seuil des repositionnements qu'il a effectués s'agissant des ventes aux clients finals) ;
- xi) de la nécessité pour les distributeurs (compte tenu, dans de nombreux cas, de la marge de distribution négative) de se conformer aux niveaux de prix de revente imposés par le fournisseur ; la pratique de prix de revente plus bas ne s'est produite que dans des situations très occasionnelles et sur demande des distributeurs au fournisseur d'une nouvelle remise sur les ventes aux clients finals ;
- xii) de la fixation, par le fournisseur, et le respect, par les distributeurs, de remises maximales à appliquer à leurs clients, conduisant à un prix de revente minimal, faute de quoi la marge de distribution est négative ;
- xiii) de la démarche directe du fournisseur auprès des clients des distributeurs et de la fixation des conditions de revente qui leur sont imposées par la suite ;
- xiv) de l'intervention du fournisseur, à l'initiative des distributeurs, pour que ce soit lui qui décide d'appliquer une certaine remise commerciale ou de renégocier les conditions commerciales de revente ; et

xv) du fait que les distributeurs demandent au fournisseur l'autorisation de conclure certaines affaires selon des conditions déterminées afin de garantir leur marge de distribution ?

*

Pour les raisons qui précèdent, il semble essentiel pour la décision à rendre dans la présente affaire que la Cour examine les questions soulevées au titre de l'article 267 TFUE.

Aux questions susmentionnées, il convient **d'ajouter la question suivante**, compte tenu de sa pertinence pour l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE :

Un accord de fixation de prix minimaux de revente, présentant les caractéristiques signalées et couvrant la quasi-totalité du territoire national, est-il susceptible d'affecter le commerce entre États membres ?

L'ordonnance de renvoi **suspend la procédure** [OMISSIS : procédure nationale]

*

V. DÉCISION

Pour les raisons susmentionnées, décident :

a) en vertu de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne est saisie, à titre préjudiciel, des questions suivantes :

1. La fixation verticale de prix minimaux est-elle en soi une infraction par objet qui ne nécessite pas une appréciation préalable du degré suffisant de nocivité de l'accord ?
2. La démonstration de l'élément « accord » de l'infraction par fixation (tacite) de prix minimaux pour les distributeurs requiert-elle de prouver concrètement que les distributeurs ont suivi, dans la pratique, les prix fixés notamment au moyen de preuves directes ?
3. i) L'envoi de listes indiquant les prix minimaux et les marges de distribution, ii) la demande de prix de vente de la part des distributeurs, iii) le dépôt de plaintes de la part des distributeurs – lorsqu'ils considèrent que les prix de revente qui leur sont imposés ne sont pas compétitifs ou lorsqu'ils constatent que les distributeurs concurrents ne sont pas alignés –, iv) l'existence de mécanismes de surveillance des prix (moyens minimaux) et v) des mesures de rétorsion (sans démonstration de leur application concrète), sont-ils des éléments suffisants pour considérer qu'il y a eu infraction par fixation (tacite) de prix minimaux pour les distributeurs ?

4. À la lumière de l'article 101, paragraphe 1, sous a), TFUE, de l'article 4, sous a), du règlement n° 330/2010, des lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales et de la jurisprudence de l'Union, est-il présumé que l'accord entre fournisseur et distributeurs visant à la fixation (verticale) de prix minimaux et d'autres conditions commerciales applicables à la revente, présente un degré suffisant de nocivité pour la concurrence, sans préjudice de l'appréciation des éventuels effets économiques positifs découlant de ladite pratique, conformément à l'article 101, paragraphe 3, TFUE ?
5. Est-il compatible avec l'article 101, paragraphe 1, sous a), TFUE et avec la jurisprudence de l'Union européenne qu'une décision de justice constate que l'élément de type objectif « accord » entre fournisseur et distributeurs a été établi sur la base :
- i) de la fixation et de l'imposition, par le premier aux seconds, de manière régulière, généralisée et sans changement pendant la durée de la pratique, de conditions commerciales qu'ils doivent respecter lors de la revente des produits qu'ils achètent au fournisseur, à savoir les prix qu'ils pratiquent à l'égard de leurs clients, principalement en termes de prix minimaux ou de prix moyens minimaux.
 - ii) de la transmission des prix de revente imposés oralement ou par écrit (par courrier électronique) ;
 - iii) du fait que les distributeurs ne sont pas en mesure de déterminer eux-mêmes leurs prix de revente ;
 - iv) de la pratique habituelle et généralisée (lors de conversations téléphoniques ou en personne) selon laquelle des employés du fournisseur demandent aux distributeurs de respecter les prix indiqués ;
 - v) du fait que tous les distributeurs respectent les prix de revente fixés par le fournisseur (sauf désaccords ponctuels) et de la constatation que le comportement des distributeurs sur le marché correspond généralement aux conditions énoncées par le fournisseur ;
 - vi) du fait que, pour ne pas être en défaut, ce sont souvent les distributeurs eux-mêmes qui demandent l'indication des prix de revente au fournisseur ;
 - vii) de la constatation que les distributeurs se plaignent souvent auprès du fournisseur des prix à pratiquer au lieu de pratiquer simplement d'autres prix ;
 - viii) de la fixation par le fournisseur de marges de distribution (faibles) et du fait que les distributeurs considèrent que ces marges correspondent au niveau de rémunération de leur activité ;

- ix) de la constatation que, en imposant des marges faibles, le fournisseur a imposé un prix de revente minimum, faute de quoi les marges des distributeurs sont négatives ;
- x) de la politique de remises accordées par le fournisseur aux distributeurs sur la base du prix de revente qu'ils ont effectivement pratiqué (le prix minimum préalablement fixé par le fournisseur étant le seuil des repositionnements qu'il a effectués s'agissant des ventes aux clients finals) ;
- xi) de la nécessité pour les distributeurs (compte tenu, dans de nombreux cas, de la marge de distribution négative) de se conformer aux niveaux de prix de revente imposés par le fournisseur ; la pratique de prix de revente plus bas ne s'est produite que dans des situations très occasionnelles et sur demande des distributeurs au fournisseur d'une nouvelle remise sur les ventes aux clients finals ;
- xii) de la fixation, par le fournisseur, et le respect, par les distributeurs, de remises maximales à appliquer à leurs clients, conduisant à un prix de revente minimal, faute de quoi la marge de distribution est négative ;
- xiii) de la démarche directe du fournisseur auprès des clients des distributeurs et de la fixation des conditions de revente qui leur sont imposées par la suite ;
- xiv) de l'intervention du fournisseur, à l'initiative des distributeurs, pour que ce soit lui qui décide d'appliquer une certaine remise commerciale ou de renégocier les conditions commerciales de revente ; et
- xv) du fait que les distributeurs demandent au fournisseur l'autorisation de conclure certaines affaires selon des conditions déterminées afin de garantir leur marge de distribution ?
6. Un accord de fixation de prix de revente minimaux, présentant les caractéristiques décrites ci-dessus et couvrant la quasi-totalité du territoire national, est-il susceptible d'affecter le commerce entre États membres ?
- b) [OMISSIS]
- c) Demander une réponse aussi rapide que possible, car il s'agit d'une procédure d'infraction administrative dont le délai de prescription est court.

Notifier et saisir la Cour de justice de l'Union européenne, [OMISSIS : formules de droit national].

*

Fait à Lisbonne, le 24 février 2022.