

Sag C-680/20

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

Dato for indlevering:

15. december 2020

Forelæggende ret:

Consiglio di Stato (Italien)

Afgørelse af:

7. december 2020

Appellant:

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

Indstævnt:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Hovedsagens genstand

Appel til prøvelse af den dom, hvorved Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) forkastede appellants søgsmål til prøvelse af en sanktionsforanstaltning truffet af Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (de italienske konkurrencemyndigheder) vedrørende appellants misbrug af sin dominerende stilling på det nationale marked for distribution og markedsføring af is i individuel detailsalgsemballage til forhandlere.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Fortolkningen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF i henhold til artikel 267 TEUF

Præjudicielle spørgsmål

1) Bortset fra tilfældene af kontrol med selskaber, hvilke kriterier er da relevante for at afgøre, om aftalemæssig samordning mellem formelt selvstændige og

uafhængige erhvervsdrivende giver anledning til én enkelt økonomisk enhed som omhandlet i artikel 101 TEUF og 102 TEUF, og kan især en vis grad af indflydelse på en anden virksomheds forretningsmæssige beslutninger, hvilket er typisk for forretningsamarbejdet mellem en producent og dennes distributionsformidlere, anses for at være tilstrækkelig til at kvalificere disse personer som tilhørende den samme økonomiske enhed, eller er det nødvendigt, at der foreligger en »hierarkisk« forbindelse mellem de to virksomheder, hvilket kan konstateres, når der foreligger en aftale, på grundlag af hvilken flere selvstændige selskaber »underkaster« sig et af disses styring og samordning, således at konkurrencemyndighederne skal løfte beviset for, at der foreligger en række systematiske og kontinuerlige retningsgivende handlinger, som kan påvirke virksomhedens driftsmæssige beslutninger, dvs. de strategiske og operative beslutninger af finansiel, industriel og forretningsmæssig karakter?

2) Skal artikel 102 TEUF i forbindelse med afgørelsen af, om der foreligger misbrug af dominerende stilling gennem eksklusivitetsbetingelser, fortolkes således, at konkurrencemyndighederne har pligt til at vurdere disse betingelsers evne til at udelukke lige så effektive konkurrenter fra markedet og pligt til at foretage en grundig vurdering af de af virksomheden indgivne økonomiske analyser vedrørende den fastlagte adfærds reelle evne til at udelukke lige så effektive konkurrenter fra markedet, eller har konkurrencemyndighederne med hensyn til eksklusivitetsbetingelser med udelukkelsesvirkning eller praksis kendetegnet ved mange forskellige former for misbrug (loyalitätsrabatter og eksklusivitetsbetingelser) ingen lovbestemt pligt til at fastlægge overtrædelsen af konkurrenceretten på grundlag af kriteriet vedrørende den lige så effektive konkurrent?

Anførte EU-retlige forskrifter

Artikel 101 TEUF og 102 TEUF

Anførte nationale forskrifter

Legge 10 ottobre 1990, n. 287 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (lov nr. 287 af 10.10.1990 – Bestemmelser om beskyttelse af konkurrencen og markedet), artikel 3: »En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det nationale marked eller en væsentlig del heraf er forbudt [...].«

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Selskabet Unilever Italia Mkt Operations Srl (herefter »Unilever«) beskæftiger sig med udvikling og markedsføring af generelle forbrugsvarer under velkendte

mærker, herunder i isbranchen Algida og Carte d'Or. Selskabet La Bomba snc fremstiller sodavandsis og opererer i flere regioner i Mellemitalien.

- 2 I en klage til Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (herefter »konkurrencemyndighederne«) gjorde La Bomba gældende, at Unilever i løbet af de seneste år havde påbudt de aktører, som driver strandfaciliteter og barer og er Unilevers forhandlere, til ikke ud over dets produkter at markedsføre sodavandsis af mærket La Bomba, end ikke i særskilte fryserne, og havde truet dem med ikke længere at yde de aftalte rabatter eller med at ophæve salgsaftalerne og pålægge dem strafgebyr.
- 3 Konkurrencemyndighederne fastlagde, at Unilever havde anvendt en strategi, som udelukkede konkurrence på ydelser; konkurrencemyndighederne pålagde derfor en bøde og påbød, at de konstaterede former for misbrug skulle bringes til ophør, på grundlag af følgende konklusioner: a) Unilever havde en dominerende stilling på det relevante marked; b) Unilevers 150 lokale distributører (herefter »koncessionshaverne«) var ikke selvstændige virksomheder, og deres handelspraksis skulle henføres til Unilever; c) den adfærd, som Unilever og dets koncessionshavere havde udvist på markedet, i form af bl.a. fastsættelse af forpligtelser om eneforhandling af et mærke og ydelse af rabatter og erstatninger betinget af opnåelsen af bestemte salgstal, udgjorde misbrug af dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF.
- 4 Unilever anlagde søgsmål ved Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) med påstand om annullation af sanktionsforanstaltningen. Den dom, hvorved søgsmålet blev forkastet, er nu genstand for appel ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), der er den forelæggende ret.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 5 Appellanten har bl.a. påberåbt sig metodologiske fejl ved identifikationen af det relevante marked (»scooping«-is skulle også betragtes som erstatning for is i individuel detailsalgsemballage) og det geografiske marked (ikke hele landet, men derimod blot det lokale marked skulle betragtes) samt flere former for tilsidesættelse af artikel 102 TEUF: a) Unilever har ingen dominerende stilling; b) dets lokale koncessionshavere er direkte ansvarlige, hver for sit område, for markedsføring af Unilevers produkter, således at virkningerne af deres adfærd ikke kan tilregnes Unilever; c) konkurrencemyndighederne har hverken reelt vurderet, om den adfærd, som tilregnes Unilever, har en evne til at udelukke lige så effektive konkurrenter fra markedet (eksklusivitetsaftalerne mellem Unilever og forhandlerne dækker blot 0,8% af det samlede antal salgssteder i Italien, hvorimod eksklusivitetsaftalerne mellem koncessionshaverne og deres kunder dækker 8%), eller afvejet den omhandlede adfærds angivelige konkurrenceskadelige virkninger med dens konkurrencefremmende virkninger i

form af øget udbredelse af produkterne og prisreduktion til gavn for salgssteder og forbrugere.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 6 De af konkurrencemyndighederne fastlagte former for misbrug, selv om de i den omhandlede situation ikke materielt blev udvist af Unilever, men af dets koncessionshavere, blev udelukkende tilregnet Unilever ud fra den forudsætning, at Unilever og dets koncessionshavere kan opfattes som én enkelt økonomisk enhed. Idet det dog tilkommer den nationale ret konkret at fastlægge indholdet af aftaleforholdet mellem Unilever og dets koncessionshavere, er det – på det retlige plan – nødvendigt at afklare begreberne »virksomhed« og »erhvervsdrivende« i konkurrenceretten og kriterierne for subjektiv tilregnelser af overtrædelsen. Især skal det afklares, på grundlag af hvilke forudsætninger samordningen mellem formelt selvstændige og uafhængige erhvervsdrivende kan være udtryk for ét enkelt beslutningscenter med den konsekvens, at den enes adfærd også kan tilregnes den anden.
- 7 Den forelæggende ret har først og fremmest anført Domstolens faste praksis vedrørende fastlæggelsen af ét enkelt beslutningscenter med hensyn til koncerner og især fremhævet behovet for konkret at godtgøre moderselskabets faktiske udøvelse af en afgørende indflydelse på sit datterselskab (dom i de forenede sager C-247/11 P og C-253/11 P, Areva m.fl., sag C-501/11 [P], Schindler Holding [m.fl.], og C-179/12 P, [The] Dow Chemical). Den forelæggende ret har endvidere oplyst, at ifølge italiensk erhvervsret er der i situationer med faktisk eller retlig kontrol gennem aktiekapital en lovbestemt formodning om styring og samordning af selskaber, hvorimod der skal føres bevis for et sådant forhold, når det er baseret på en aftale med de nævnte selskaber eller på betingelser i deres vedtægter (artikel 2497e, 2497f og 2359 i codice civile, den italienske borgerlige lovbog).
- 8 Med hensyn til tilfælde af aftalemæssig samordning som den forelæggende har den forelæggende ret bemærket, at alle former for forretnings samarbejde, herunder de – her relevante – som ligger til grund for salgskoncession, er kendetegnet ved en vis grad af indflydelse for koncessionsgiveren på de fremgangsmåder, hvorpå formidleren udfører sin ydelse. Imidlertid giver disse ikke nødvendigvis anledning til styring, fordi de godt kan være begrænset til at regulere en særlig form for opdeling af arbejdet mellem store og mellemstore virksomheder. Der er eksempelvis ikke tale om fuldstændig selvstændighed, når koncessionshaveren møder begrænsninger i bestemte modtagne instrukser, men dette sår ikke tvivl om, at den erhvervsdrivende har forretnings- og beslutningsmæssig selvstændighed samt bærer det direkte ansvar for omkostninger og risici knyttet til dennes aktivitet. I den typiske situation begrænser indehaveren af salgskoncessionen sig nemlig ikke til at oprette kontakten mellem de parter, som indgår en salgsaftale – hvilket derimod er tilfældet for en agent, der fremmer indgåelsen af fremtidige aftaler mellem ordregiveren og tredjemænd – men erhverver varen i eget navn fra koncessionsgiveren og videresælger den til tredjemænd, idet indehaveren af

salgskoncessionen har pligt til at fremme salg af varen og optjener differencen mellem indkøbs- og videresalgspris.

- 9 På denne baggrund ønsker den forelæggende ret med det første spørgsmål nærmere bestemt oplyst, hvilken strukturmæssig forbindelse der på et abstrakt plan skal foreligge mellem en producent og dennes formidlere, for at der er tale om én enkelt økonomisk enhed i konkurrenceretlig forstand. Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om den sædvanlige indflydelse på de nævnte forretningsmæssige forhold er tilstrækkelig til at fastlægge et sådant forhold, eller hvorvidt det er nødvendigt, at der foreligger en egentlig underordning af en eller flere virksomheder under en anden, hvilket skal godtgøres gennem formelle handlinger (eksempelvis beslutninger eller aftaler) eller blot simple retningsgivende handlinger (instrukser, adfærdsregler, driftsordrer), som kan øve markant indflydelse på handelsformidlerens driftsmæssige beslutninger.

Den nævnte fastlæggelse er desto mere relevant, fordi den omhandlede sanktion i form af bøde også har »strafferetlig« karakter (idet den som følge af sit samlede beløb er »gennemgribende«) som omhandlet i EMRK's artikel 7, og derfor kun må pålægges i de lovbestemte tilfælde og inden for de lovbestemte tidsrum.

- 10 Den anden fortolkningstvivil, som den forelæggende ret har redegjort for i det andet spørgsmål, vedrører det objektive element i overtrædelsen, og især den bevisbyrde, som konkurrencemyndighederne skal løfte for at fastlægge misbrug gennem ekskluderende adfærd. På lige fod med sag C-377/20, der nu verserer ved Domstolen, ønsker Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) oplyst, om den sanktionerede virksomhed – selv om dens adfærd på et abstrakt plan kan have en konkurrencebegrænsende virkning – alligevel skal gives mulighed for at godtgøre, at denne adfærd konkret ikke har været konkurrenceskadelig.
- 11 For at fastlægge betydningen af den faktiske eller potentielle virkning på konkurrencen i forbindelse med vurderingen i henhold til artikel 102 TEUF, har den forelæggende ret bl.a. henvist til Intel-dommen (sag C-413/14 P). Selskabet Intel, førende virksomhed på markedet for processorer, anvendte ifølge Kommissionen en ordning med rabatter og betalinger med henblik på at være eneleverandør til computerproducenter og udelukke en konkurrent fra markedet for de samme varer. Henset til denne adfærds iboende konkurrencebegrænsende karakter udelukkede Retten, at det for at kvalificere den som misbrug var nødvendigt at undersøge dens faktiske eller potentielle virkninger på konkurrencen i lyset af alle de relevante omstændigheder i den konkrete situation. Domstolen afkræftede derimod denne tilgang og konkluderede, at der også skulle tages højde for Intels argumenter, der sigtede mod at fremhæve angivelige fejl begået af Kommissionen i forbindelse med fastlæggelsen af, hvorvidt den vurderede ordning med loyalitetsrabatter havde evnen til at udelukke lige så effektive konkurrenter fra markedet (»AEC-test«).

- 12 Med henvisning til Intel-dommen har appellanten kritiseret konkurrencemyndighederne for ikke at have foretaget en analyse af de faktiske virkninger af Unilevers adfærd (og derfor fastlagt, at den ikke kan have en udelukkelsesvirkning for selskabets lige så effektive konkurrenter) og de respektive konkurrencefremmende virkninger (som det fremgår af den undersøgelse, som Unilever bestilte hos et anset konsulentfirma). Konkurrencemyndighederne er derimod af den opfattelse, at de i Intel-dommen fastlagte principper ikke finder anvendelse i den foreliggende situation, fordi de kun vedrører misbrug gennem loyalitetsrabatter; Domstolen konstaterede blot, at Retten havde begået en »formel fejl« ved ikke at tage stilling til Intels argumenter om AEC-testen; der findes under alle omstændigheder ingen test til samtidig analyse af mange forskellige former for misbrug.
- 13 På denne baggrund ønsker den forelæggende ret oplyst, om de i Intel-dommen fastlagte principper – sådan som appellanten har gjort gældende – kan udvides til at omfatte eksklusivitetsbetingelser eller adfærd i form af mange forskellige former for misbrug, og i givet fald hvornår og på hvilke betingelser relevansen af AEC-testen eller de af virksomheden fremlagte undersøgelser og uddybende studier kan udelukkes. Især ønskes oplyst, om konkurrencemyndighedernes vurdering, hvor relevansen af AEC-testen og undersøgelser med tilsvarende funktion er udelukket i tilfælde af former for adfærd som de omhandlede, er lovlig i lyset af Intel-dommen.