

**Zaak C-211/22**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

17 maart 2022

**Verwijzende rechter:**

Tribunal da Relação de Lisboa (rechter in tweede aanleg Lissabon, Portugal)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

24 februari 2022

**Verzoekende partijen:**

Super Bock Bebidas, S. A.

AN

BQ

**Verwerende partij:**

Autoridade da Concorrência

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

De te beantwoorden vraag is of de vastgestelde feiten al dan niet kwalificeren als een inbreuk zoals bedoeld in artikel 9, lid 1, van de Lei da Concorrência (mededingingswet) [Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprovou o Novo Regime Jurídico da Concorrência (wet nr. 19/2012 van 8 mei 2012 tot vaststelling van een nieuw rechtskader voor de mededinging; hierna: „NRJC”)] en artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), hetgeen betekent dat bovenal moet worden onderzocht of er in het hoofdgeding sprake is van een mededingingsbeperkende overeenkomst of gedraging in de zin van voornoemde wettelijke bepalingen.

## **Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

In de onderhavige zaak verwijt de Autoridade da Concorrência (Portugese mededingingsautoriteit) Super Bock Bebidas SA, AN (lid van de raad van bestuur van Super Bock Bebidas SA) en BQ (directeur van een van twee commerciële afdelingen van Super Bock Bebidas SA) (hierna: „rekwiranten”) een inbreuk op het mededingingsrecht bestaande uit de in artikel 9, lid 1, onder a), en artikel 68, lid 1, onder a) en b), NRJC omschreven en strafbaar gestelde administratieve overtreding. Artikel 9 is geïnspireerd op artikel 101 VWEU, waarmee het inhoudelijk grotendeels overeenkomt. De Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém (rechter voor mededinging, regulering en toezicht Santarém, Portugal) heeft deze beschuldiging bevestigd.

Volgens de Autoridade da Concorrência en de Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém bevatten de distributieovereenkomsten die Super Bock heeft gesloten met haar distributeurs, althans in de periode van 15 mei 2006 tot en met 23 januari 2017, een overeenkomst die strekte tot beperking van de mededinging.

De Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém heeft rekwiranten veroordeeld tot betaling van geldboeten. SUPER BOCK BEBIDAS, S.A. werd veroordeeld tot betaling van een geldboete van 24 000 000 EUR, AN tot betaling van een geldboete van 12 000 EUR, en BQ tot betaling van een geldboete van 8 000 EUR.

Rekwiranten hebben tegen die beslissing hoger beroep ingesteld, daar zij van mening zijn dat zij geen enkele inbreuk hebben begaan, aangezien noch een voldoende mate van schadelijkheid van de mededingingsbeperkende gedraging/overeenkomst, noch de mededingingsverstorende effecten ervan zijn bewezen. Zij vorderen vrijspraak, subsidiair verlaging van de opgelegde geldboeten.

## **Prejudiciële vragen**

1. Vormt de verticale vaststelling van minimumprijzen op zichzelf een inbreuk naar strekking, die geen voorafgaande analyse van de voldoende mate van schadelijkheid van de overeenkomst vereist?
2. Moet, om het bestaan van het bestanddeel „overeenkomst” van de inbreuk bestaande uit de (stilzwijgende) vaststelling van minimumprijzen voor distributeurs aan te tonen, in het concrete geval, met name door middel van rechtstreeks bewijs, worden vastgesteld dat de distributeurs de vastgestelde prijzen daadwerkelijk hebben toegepast?
3. Volstaan de volgende elementen om te concluderen dat er een inbreuk is gepleegd bestaande in de (stilzwijgende) vaststelling van minimumprijzen voor distributeurs: i) de toezending van lijsten met minimumprijzen en

distributiemarges, ii) het verzoek van de distributeurs om informatie over de verkoopprijzen, iii) de klachten van distributeurs (wanneer de aan hen opgelegde wederverkoopprijzen volgens hen niet concurrerend zijn of wanneer zij constateren dat concurrerende distributeurs die prijzen niet in acht nemen), iv) het bestaan van prijstoezichtmechanismen (minimumgemiddelden), en v) het bestaan van vergeldingsmaatregelen (zonder dat de concrete toepassing ervan is aangetoond)?

4. Kan, in het licht van artikel 101, lid 1, onder a), VWEU, artikel 4, onder a), van verordening nr. 330/2010, de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen en de rechtspraak van de Unie, een overeenkomst tussen een leverancier en zijn distributeurs waarbij (verticaal) minimumprijzen en andere commerciële voorwaarden voor wederverkoop worden vastgesteld, worden geacht in voldoende mate schadelijk te zijn voor de mededinging, onverminderd de analyse van de mogelijke positieve economische effecten van die praktijk in de zin van artikel 101, lid 3, VWEU?

5. Verzetten artikel 101, lid 1, onder a), VWEU en de rechtspraak van de Europese Unie zich tegen een rechterlijke beslissing waarin het bestaan van het objectieve bestanddeel „overeenkomst” tussen leverancier en distributeurs bewezen wordt geacht op grond van:

i) de vaststelling en oplegging, door eerstgenoemde aan laatstgenoemden, op regelmatige en algemene basis en zonder wijzigingen gedurende de periode van de gedraging, van de commerciële voorwaarden waaraan laatstgenoemden moeten voldoen bij de wederverkoop van de producten die zij afnemen van de leverancier, inzonderheid de prijzen die zij hun klanten in rekening brengen, voornamelijk uitgedrukt als minimumprijzen of gemiddelde minimumprijzen;

ii) de kennisgeving van de wederverkoopprijzen die mondeling of schriftelijk (via e-mails) worden opgelegd;

iii) het gebrek aan vermogen van de distributeurs om autonoom hun wederverkoopprijzen vast te stellen;

iv) de gangbare en wijdverbreide praktijk volgens welke werknemers van de leverancier de distributeurs (telefonisch of persoonlijk) vragen de aangegeven prijzen in acht te nemen;

v) de algemene inachtneming door de distributeurs van de door de leverancier vastgestelde wederverkoopprijzen (behoudens bijzondere meningsverschillen) en de verificatie door de leverancier of het gedrag van de distributeurs op de markt in algemene zin strookt met de door hem vastgestelde voorwaarden;

vi) de omstandigheid dat de distributeurs, om de vastgestelde voorwaarden niet te schenden, de leverancier vaak zelf vragen om een opgave van de wederverkoopprijzen;

vii) de constatering dat distributeurs zich geregeld beklagen over de prijzen van de leverancier in plaats van simpelweg andere prijzen toe te passen;

viii) de vaststelling, door de leverancier, van (lage) distributiemarges en de veronderstelling van de distributeurs dat die marges overeenkomen met de hoogte van de vergoeding voor hun bedrijfsactiviteiten;

ix) de constatering dat de leverancier, door lage marges op te leggen, een minimumverkoopprijs oplegt, op straffe van negatieve distributiemarges;

x) het beleid van de leverancier om distributeurs korting toe te kennen op basis van de feitelijk door hen toegepaste wederverkoopprijzen – waarbij de eerder door de leverancier vastgestelde minimumprijs de vervangingsprijs bij „uitverkoop” is;

xi) de noodzaak voor distributeurs – gelet op de, in veel gevallen, negatieve distributiemarge – om de door de leverancier opgelegde wederverkoopprijzen in acht te nemen; de praktijk van lagere wederverkoopprijzen wordt alleen toegepast in zeer specifieke situaties en wanneer distributeurs de leverancier om een nieuwe uitverkoopkorting vragen;

xii) de vaststelling van maximumkortingen door de leverancier, en de inachtneming van deze op hun respectieve klanten toe te passen kortingen door de distributeurs, hetgeen leidt tot een minimumwederverkoopprijs waaronder de distributiemarge negatief wordt;

xiii) het rechtstreekse contact van de leverancier met de klanten van de distributeurs en de vaststelling van de voorwaarden voor wederverkoop die vervolgens worden opgelegd aan de distributeurs;

xiv) de tussenkomst van de leverancier, op initiatief van de distributeurs, in de zin dat het eerstgenoemde is die beslist over de toepassing van bepaalde commerciële kortingen of die opnieuw onderhandelt over de commerciële voorwaarden voor wederverkoop, en

xv) de verzoeken van distributeurs aan de leverancier om onder bepaalde voorwaarden toestemming te verlenen voor de uitvoering van een bepaalde transactie teneinde hun distributiemarge veilig te stellen?

6. Kan een overeenkomst tot vaststelling van minimumwederverkoopprijzen met de beschreven kenmerken, en die bijna het gehele nationale grondgebied bestrijkt, de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie: artikel 101.

Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van

de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB 2010, L 102, blz. 1): artikel 4.

Bekendmaking van de Commissie — Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (SEC/2010/0411 final)

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro (wet nr. 19/2012 van 8 mei 2012 tot vaststelling van een nieuw rechtskader voor de mededinging en tot intrekking van wet nr. 18/2003 van 11 juni 2003 en wet 39/2006 van 25 augustus 2006 en tot wijziging, voor de tweede keer, van wet 2/99 van 13 januari 1999): artikel 9.

Artikel 9, lid 1:

„Verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen en alle besluiten van ondernemersverenigingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de hele of een deel van de nationale markt wordt verhinderd, vervalst of beperkt, met name die welke bestaan in:

a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden [...];”

### **Korte beschrijving van de feiten en het geding**

- 1 De onderneming Super Bock houdt zich bezig met de productie en het op de markt brengen van dranken, meer bepaald bieren, gebotteld water (niet-koolzuurhoudend en koolzuurhoudend), frisdranken, ijstheeën, wijnen, sangria's en ciders, die zij in Portugal distribueert via twee kanalen: het levensmiddelenkanaal (ook wel het „off-trade”-kanaal genoemd) en het horecakanal (ook wel het „on-trade”-kanaal genoemd).
- 2 In het levensmiddelen- of off-trade-kanaal, voor verkopen aan hypermarkten, supermarkten, groothandels, traditionele winkels en discountwinkels met het oog op thuisconsumptie, past Super Bock zijn commerciële beleid rechtstreeks toe, dat wil zeggen dat zij de levensmiddelen rechtstreeks levert aan een beperkte groep afnemers, aangeduid als „rechtstreekse afnemers” of „grote detailhandelsafnemers”, die meestal rechtstreeks met Super Bock wensen te onderhandelen vanwege het volume van hun aankopen.
- 3 In het horeca- of on-trade-kanaal, voor verkopen aan „hotels, restaurants en cafés” met het oog op consumptie buitenshuis, maakt Super Bock voor het merendeel

gebruik van een netwerk van onafhankelijke distributeurs, die haar producten kopen om ze op het nationale grondgebied door te verkopen, behalve in de hiernavolgende gebieden, waar Super Bock zelf rechtstreeks verantwoordelijk is voor de distributie: Lissabon, Porto, Madeira, tot 2013 Coimbra, en sinds 2014 de eilanden Faial en Pico van de Azoren.

- 4 Super Bock onderhoudt een commerciële relatie met haar netwerk van onafhankelijke distributeurs (hierna: „distributeurs”), in het kader waarvan deze een gevarieerd assortiment aan dranken bij haar inkopen, waaronder bieren, gebotteld water, sappen/frisdranken, ciders en wijnen, voornamelijk met het oog op wederverkoop in de detailhandel via het horecakanaal.
- 5 De zakelijke relaties tussen Super Bock en de distributeurs (die geen deel uitmaken van de Super Bock-groep) zijn gebaseerd op exclusieve distributieovereenkomsten voor een bepaald geografisch verkoopgebied.
- 6 Deze overeenkomsten hebben een looptijd van een jaar, met opeenvolgende verlengingen van telkens een jaar, en de partijen kunnen de overeenkomst te allen tijde ontbinden.
- 7 In dat verband komt Super Bock met haar distributeurs verkoopdoelstellingen per jaar en per productcategorie overeen, waarbij rekwirante de mogelijkheid heeft om de desbetreffende distributieovereenkomst te beëindigen indien de doelstellingen niet worden gehaald.
- 8 In het kader van de commerciële relaties met haar distributeurs heeft Super Bock ten minste in de periode van 15 mei 2006 tot en met 23 januari 2017 op regelmatige en algemene basis – in die periode ongewijzigde – commerciële voorwaarden vastgesteld en (aan het hele netwerk van distributeurs) opgelegd, die door alle distributeurs moesten worden toegepast bij de wederverkoop van de van Super Bock afgenomen producten, met name de prijzen die zij aan hun detailhandelsklanten in rekening moesten brengen, hetzij door een specifieke prijs te vermelden, hetzij door minimumprijzen of gemiddelde minimumprijzen vast te stellen.
- 9 Super Bock behoudt zich uitdrukkelijk het recht voor om de wederverkoopprijzen van de door haar op de markt gebrachte producten vast te stellen, en in de praktijk hebben de distributeurs geen enkele erkende beslissingsbevoegdheid.
- 10 Super Bock voert deze praktijk uit via eigen werknemers, die intern worden aangesteld door netwerkmanagers, gebiedsmanagers of marktmanagers, afhankelijk van de functies die zij bekleden.
- 11 Meestal leggen de werknemers van Super Bock die wederverkoopprijzen mondeling of schriftelijk, via e-mail, op aan de distributeurs.

- 12 Super Bock bepaalt de wederverkoopprijzen die zij aan de distributeurs oplegt om te waarborgen dat op de hele nationale markt een stabiel en consistent minimumprijsniveau wordt gehandhaafd.
- 13 De gebruikelijke procedure voor de vaststelling en oplegging van de wederverkoopprijzen aan de distributeurs is als volgt: de verkoopdirectie van Super Bock, appellante, keurt gewoonlijk maandelijks een lijst van minimumwederverkoopprijzen goed, die vervolgens door de netwerkmanagers of de marktmanagers van Super Bock wordt doorgezonden aan de respectieve distributeurs, in de meeste gevallen met de vermelding dat die prijzen een verplicht karakter hebben en er geen prijzen onder het vastgestelde minimum mogen worden toegepast; niet-naleving ervan zal door de werknemers van Super Bock die verantwoordelijk zijn voor de coördinatie en controle worden gemeld aan de verkoopdirectie, die dan passende maatregelen zal nemen.
- 14 In de praktijk passen distributeurs de door Super Bock vastgestelde verkoopprijzen toe (op de hierboven beschreven wijze of indirect, zoals hieronder uiteengezet).
- 15 Het is een gangbare en algemene praktijk van werknemers van Super Bock om distributeurs uitdrukkelijk en rechtstreeks (telefonisch of persoonlijk) te verzoeken de door Super Bock opgegeven wederverkoopprijzen in acht te nemen.
- 16 Super Bock beschikt over controle- en toezichtmechanismen voor de door de distributeurs toegepaste wederverkoopprijzen.
- 17 Het door Super Bock opgezette controle- en toezichtstelsel is in essentie gebaseerd op de verplichting voor distributeurs om informatie over hun wederverkopen te verschaffen, met inbegrip van de hoeveelheden en de prijzen, waarbij werknemers van Super Bock hen bijvoorbeeld verzoeken om de periodieke toezending van de facturen voor hun verkopen, alsmede op de rapportage van niet-nalevingen door het team van netwerkmanagers en marktmanagers en door het coördinatie- en controleteam aan de verkoopdirectie.
- 18 Super Bock dreigt de distributeurs met verschillende vergeldingsmaatregelen, waaronder afschaffing van financiële incentives (zoals commerciële kortingen op de afname van producten door distributeurs van Super Bock en vergoeding van de kortingen die distributeurs bij de wederverkoop toepassen) en stopzetting van leveringen of van de aanvulling van voorraden, als middel om hen te dwingen tot het toepassen van de door haar vastgestelde wederverkoopprijzen.
- 19 In geval van niet-naleving van de door haar opgelegde voorwaarden voor wederverkooptransacties kan rekwirante feitelijk de levering van producten en de deelneming in de wederverkoopprijzen (dat wil zeggen de vervangingsprijzen) stopzetten.



- 20 Om niet-naleving te voorkomen, vragen distributeurs Super Bock vaak zelf om kennisgeving van de wederverkooprijzen die zij moeten toepassen, zodat die entiteit geen door hen geloofwaardig geachte vergeldingsmaatregelen zal nemen.
- 21 In overeenstemming met beding 2.1 van de tussen Super Bock en de distributeurs gesloten distributieovereenkomsten „verkoopt UNICER (thans Super Bock) de producten aan de distributeur overeenkomstig de prijslijsten en algemene verkoopvoorwaarden van UNICER, die in alle opzichten worden geacht integraal deel uit te maken van deze overeenkomst.
- 22 Ten minste vanaf 15 mei 2006 en ten minste tot 23 januari 2017 heeft Super Bock op regelmatige en algemene basis bepaalde commerciële voorwaarden opgelegd aan de distributeurs, waarbij positieve distributiemarges voor de distributeurs werden gewaarborgd indien de minimumverkooprijzen in acht werden genomen.
- 23 Het doel van rekwirante was om de handhaving van een stabiel en consistent minimumprijsniveau op de hele nationale markt te waarborgen.
- 24 AN is sinds 31 maart 2014 lid van de raad van bestuur van Super Bock, en BQ was vanaf 4 februari 2013 directeur van de commerciële afdeling van Super Bock en verantwoordelijk voor de verkopen via het horecakanal.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

Rekwiranten betogen in wezen dat:

- De verwijzende rechter op grond van louter indicatieve elementen heeft geconcludeerd dat er een „overeenkomst” bestond, waarbij hij is afgeweken van de Europese rechtspraak, die vereist dat wordt aangetoond dat de distributeurs de aanbevolen minimumprijzen feitelijk hebben toegepast, zoals bepaald door het Hof van Justitie van de Europese Unie en in de „richtsnoeren inzake verticale beperkingen” — 2010/C130/01.
- Het bestaan van een overeenkomst vereist dat wordt aangetoond dat het beleid van de leverancier in de praktijk daadwerkelijk is uitgevoerd.
- Uit de feiten die in de bestreden uitspraak bewezen worden geacht, kan geen conclusie over het bestaan van directe of indirecte prijsstelling worden getrokken.
- Om de inbreuk te kunnen aanmerken als een mededingingsbeperking naar strekking, moet worden onderzocht of de gelaakte gedraging een voldoende mate van schadelijkheid vertoont, hetgeen kennis veronderstelt van de economische context die aan de gestelde mededingingsverstoringe praktijken ten grondslag ligt, welke kennis niet kan worden afgeleid uit de uitspraak.

De Autoridade da Concorrência verwierpt de argumenten van rekwiranten.



**Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

- 25 Rekwiranten zijn veroordeeld wegens een inbreuk op artikel 9, lid 1, NRJC, waarvan de bewoordingen in essentie overeenkomen met die van artikel 101, lid 1, VWEU, in het kader van de onderlinge aanpassing en harmonisatie van de in de Europese Unie geldende regeling inzake gedragingen die de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden, terwijl het nationale mededingingsrecht, in algemene zin, vrijwel volledig is gestoeld op de overeenkomstige regels van het Europees mededingingsrecht, zodat het Hof van Justitie van de Europese Unie bevoegd is om kennis te nemen van het verzoek om een prejudiciële beslissing (zie arrest SAI Maxima Latvija van 26 november 2015, C-345/14, EU: C:2015:784).
- 26 Niet duidelijk is of de in de stukken van het dossier beschreven gedraging een overeenkomst of praktijk met mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 9, lid 1, NRJC en artikel 101, lid 1, onder a), VWEU vormt.
- 27 De arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie die de Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém aanhaalt in zijn arrest (Société Technique Minière, van 30 juni 1966, 56/65, EU:C:1966:38; Cartes Bancaires, van 11 september 2014 (C-67/13 P, EU:C:2014:2204) en Budapest Bank e.a. (2 april 2020, C-228/18, EU:C:2020:265) zien niet op situaties die vergelijkbaar zijn met die welke het voorwerp van de onderhavige zaak is.
- 28 Verduidelijkt dient te worden of die gedraging of overeenkomst de mededinging naar haar aard en strekking beperkt, zodat de gevolgen ervan niet behoeven te worden onderzocht, dan wel of de mate van schadelijkheid of het mededingingsversturende effect ervan moet worden aangetoond om te kunnen worden aangemerkt als een mededingingsbeperkende gedraging of overeenkomst.