

**Zaak C-680/20**

**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:**

15 december 2020

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Stato (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

7 december 2020

**Verzoekende partij:**

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

**Verwerende partij:**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Hoger beroep tegen het vonnis van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg voor Latium, Italië; hierna: „TAR Lazio”) houdende afwijzing van het beroep dat verzoekster had ingesteld tegen het besluit waarbij de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Italiaanse mededingingsautoriteit; hierna: „mededingingsautoriteit”) haar een boete heeft opgelegd wegens misbruik van machtspositie op de nationale markt van de distributie en de verkoop van verpakt ijs aan wederverkopers.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag**

Uitlegging van de artikelen 101 en 102 VWEU krachtens artikel 267 VWEU

## Prejudiciële vragen

„1) Wat zijn, buiten gevallen van zeggenschap over vennootschappen, de criteria op grond waarvan kan worden bepaald of door de contractuele coördinatie tussen formeel zelfstandige en onafhankelijke ondernemers een economische eenheid in de zin van de artikelen 101 en 102 VWEU ontstaat? In het bijzonder, kan het bestaan van een zekere mate van inmenging in het handelsbeleid van een andere onderneming – dat kenmerkend is voor de commerciële samenwerking tussen producenten en tussenpersonen in de distributie – volstaan opdat deze ondernemingen kunnen worden geacht deel uit te maken van een economische eenheid? Of moet daarvoor tussen de twee ondernemingen een ‚hiërarchisch‘ verband bestaan, waarvan sprake kan zijn in geval van een overeenkomst op grond waarvan meerdere autonome vennootschappen zich ‚onderwerpen‘ aan de leiding en de coördinatie van een van hen, met als gevolg dat de mededingingsautoriteit bewijs moet leveren van meerdere systematische en voortdurende sturende handelingen waarmee invloed kan worden uitgeoefend op de beheersbeslissingen van de onderneming, dat wil zeggen, op de strategische en operationele keuzen van financiële, industriële en commerciële aard?

2) Moet artikel 102 VWEU, met het oog op de beoordeling of er sprake is van misbruik van een machtspositie door middel van exclusiviteitsclausules, aldus worden uitgelegd dat de mededingingsautoriteit verplicht is na te gaan of deze clausules ertoe leiden dat even efficiënte concurrenten van de markt worden uitgesloten, en de door de partij verstrekte economische analyses betreffende de mate waarin de onderzochte gedraging even efficiënte concurrenten daadwerkelijk van de markt kan uitsluiten, grondig te beoordelen? Of is de mededingingsautoriteit in geval van exclusiviteitsclausules of handelwijzen die worden gekenmerkt door meerdere misbruikpraktijken (getrouwheidskortingen en exclusiviteitsclausules) niet wettelijk verplicht om de beschuldiging van oneerlijke mededinging op het criterium van de even efficiënte concurrent te baseren?”

## Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen

Artikelen 101 en 102 VWEU

## Aangevoerde nationale bepalingen

Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (wet nr. 287 van 10 oktober 1990 - Bepalingen ter bescherming van de mededinging en de markt), artikel 3: „Het is verboden dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de nationale markt of een wezenlijk deel daarvan [...].”

## **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure**

- 1 Unilever Italia Mkt. Operations srl (hierna: „Unilever”) is een vennootschap die zich bezighoudt met de ontwikkeling en de verkoop van consumptiegoederen, met zeer bekende merken, waaronder, in de ijssector, Algida en Carte d’Or. La Bomba snc is een vennootschap die waterijsjes produceert en actief is in enkele regio’s van centraal Italië.
- 2 La Bomba heeft bij de mededingingsautoriteit aangifte gedaan van het feit dat Unilever exploitanten van strandpaviljoens en cafés die als haar wederverkopers optreden tijdens de afgelopen jaren heeft gelast om naast haar eigen producten geen waterijsjes van het merk La Bomba te verkopen, ook niet in afzonderlijke koeltoonbanken, en daarbij heeft gedreigd de overeengekomen kortingen niet langer toe te passen of de verkoopovereenkomsten op te zeggen, en eveneens boetes heeft opgelegd.
- 3 De mededingingsautoriteit heeft vastgesteld dat Unilever een strategie hanteert die mededinging op basis van verdiensten uitsluit. Daarom heeft zij haar een geldboete opgelegd en gelast de onrechtmatig geachte handelwijze te staken op grond van de volgende conclusies: a) Unilever heeft op de relevante markt een machtspositie; b) de 150 plaatselijke distributeurs van Unilever (hierna: „distributeurs”) zijn geen zelfstandige ondernemingen en hun handelspraktijk kan aan Unilever worden toegeschreven; c) de handelwijze van Unilever en haar distributeurs op de markt – die er met name in bestaat exclusiviteitsverplichtingen met betrekking tot bepaalde producten vast te stellen, kortingen te geven en beloningen toe te kennen wanneer bepaalde omzetdoelstellingen werden behaald – vormt misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU.
- 4 Unilever heeft tegen het besluit waarbij een boete werd opgelegd beroep ingesteld bij de TAR Lazio. Tegen het vonnis tot verwerping van het beroep is zij opgekomen bij de verwijzende rechter, de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).

## **Voornaamste argumenten van de verzoekende partij in het hoofdgeding**

- 5 In het bijzonder voert verzoekster aan dat methodologische fouten zijn gemaakt bij de vaststelling van de relevante markt (ook schepijs had in aanmerking moeten worden genomen, aangezien dat een substitueerbaar product voor verpakt ijs is) en van de geografische markt (niet het hele nationale grondgebied had in aanmerking moeten worden genomen, maar de plaatselijke markt), en dat in meerdere opzichten inbreuk is gemaakt op artikel 102 VWEU: a) Unilever heeft geen machtspositie; b) haar plaatselijke distributeurs zijn elk in hun eigen zones zelf verantwoordelijk voor de verkoop van Unilever-producten, en de gevolgen van hun gedragingen kunnen dus niet aan Unilever worden toegeschreven; c) de mededingingsautoriteit is niet specifiek nagegaan in hoeverre door de aan Unilever toegeschreven gedragingen even efficiënte concurrenten van de markt kunnen worden uitgesloten (in slechts 0,8 % van het totale aantal verkooppunten

in Italië gelden exclusiviteitsovereenkomsten tussen Unilever en de distributeurs, terwijl in 8 % daarvan exclusiviteitsovereenkomsten tussen distributeurs en hun klanten gelden), en heeft evenmin de gestelde mededingingsverstoringe gevolgen daarvan afgewogen tegen de mededingingsbevorderende gevolgen, te weten een grotere verspreiding van de producten en een lagere prijs voor exploitanten en consumenten.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing**

- 6 In de onderhavige zaak worden de gedragingen die volgens de mededingingsautoriteit misbruik van een machtspositie opleveren – hoewel zij feitelijk niet door Unilever, maar door haar distributeurs zijn verricht – uitsluitend aan Unilever toegerekend op grond van de veronderstelling dat zij en haar distributeurs kunnen worden geacht één economische eenheid te vormen. Afgezien van het feit dat het aan de nationale rechter staat om de feitelijke inhoud van de contractuele betrekking tussen Unilever en haar distributeurs te onderzoeken, moeten vanuit juridisch oogpunt de begrippen „onderneming” en „ondernemer” in het mededingingsrecht worden verduidelijkt, alsook de criteria om te bepalen aan wie mededingingsverstoringe handelingen moeten worden toegerekend. Met name moet worden verduidelijkt aan welke voorwaarden moet zijn voldaan opdat de coördinatie tussen formeel autonome en onafhankelijke ondernemingen kan worden opgevat als één beslissingscentrum, met als gevolg dat de gedragingen van de één ook aan de ander kunnen worden toegerekend.
- 7 De verwijzende rechter haalt in de eerste plaats vaste rechtspraak van het Hof aan over de vaststelling van één beslissingscentrum met betrekking tot ondernemingsgroepen, en legt daarbij de nadruk op de noodzaak om in concreto aan te tonen dat de moederonderneming daadwerkelijk beslissende invloed op haar dochteronderneming uitoefent [arresten *Areva e.a.*, (gevoegde zaken C-247/11 P en C-253/11 P, EU:C:2014:257); *Schindler Holding Ltd* (C-501/11, EU:C:2013:522); *Dow Chemical* (C-179/12 P, EU:C:2013:605)]. Vervolgens wijst hij erop dat naar Italiaans handelsrecht in situaties waarin een vennootschap feitelijk of rechtens zeggenschap uitoefent, het bestaan van leiding en coördinatie bij wet wordt verondersteld, terwijl in het geval waarin de leiding en de coördinatie van vennootschappen zijn gebaseerd op een overeenkomst met deze vennootschappen of op bedingen in hun statuten, daarvan bewijs moet worden geleverd [artikel 2497 sexies en septies en artikel 2359, codice civile (burgerlijk wetboek)].
- 8 Met betrekking tot de op een overeenkomst gebaseerde coördinatie, zoals in de onderhavige zaak, merkt de verwijzende rechter op dat in alle commerciële samenwerkingsverbanden, ook de – in casu relevante – betrekkingen die aan distributieovereenkomsten ten grondslag liggen, de principaal een zekere invloed uitoefent op de wijze waarop de intermediair de prestatie uitvoert. Dergelijke samenwerkingsverbanden houden evenwel niet noodzakelijkerwijs in dat leiding wordt gegeven, aangezien zij ook louter kunnen regelen dat het werk op een

bepaalde wijze tussen grote bedrijven en kleine-middelgrote ondernemingen wordt verdeeld. Het kan zijn dat de onderneming geen absolute autonomie heeft, bijvoorbeeld wanneer de distributeur wordt beperkt door bepaalde instructies die hij heeft ontvangen, maar dat neemt niet weg dat zij in commercieel opzicht en qua besluitvorming onafhankelijk is en rechtstreeks verantwoordelijk is voor de met haar activiteit samenhangende kosten en de risico's. Normaal gesproken beperkt de distributeur zich er immers niet toe de partijen bij een koopovereenkomst met elkaar in contact te brengen – zoals een handelsagent daarentegen doet, die het sluiten van toekomstige overeenkomsten tussen de principaal en derden vereenvoudigt – maar koopt hij zelf producten van de principaal, verkoopt hij deze door aan derden, met de verplichting de goederen te promoten, en hij ontvangt het verschil tussen de koopprijs en de verkoopprijs.

- 9 Tegen deze achtergrond wenst de verwijzende rechter met zijn eerste vraag in wezen te vernemen welk structureel verband er in abstracto tussen de producent en zijn tussenpersonen moet bestaan om te kunnen spreken van een economische eenheid naar mededingingsrecht: is daarvan reeds sprake in geval van een normale inmenging in de voornoemde handelsbetrekkingen, of moeten een of meer ondernemingen eerder echt aan een andere onderneming onderworpen zijn, wat moet worden aangetoond met formele stukken (zoals besluiten of overeenkomsten), of volstaat ook louter sturing (instructies, gedragsregels, dienstorders) die de beheersbeslissingen van de handelstussenpersoon aanzienlijk kunnen beïnvloeden?

Een dergelijke vaststelling is des te meer relevant omdat de betrokken geldboete ook een „bestraffend” karakter heeft (de boete is gezien de hoogte ervan immers een straf) in de zin van artikel 7 EVRM, en dus alleen kan worden opgelegd in de gevallen en voor de duur die bij wet zijn vastgesteld.

- 10 Het tweede uitleggingsprobleem, dat de verwijzende rechter in de tweede prejudiciële vraag aan de orde stelt, betreft het objectieve element van de oneerlijke mededinging, en met name de bewijsstandaard waaraan de mededingingsautoriteiten moeten voldoen om vast te stellen dat misbruik wordt gemaakt van een machtspositie door concurrenten uit te sluiten. Net als in zaak C-377/20, die thans bij het Hof aanhangig is, vraagt de Consiglio di Stato of ook in geval van een handelswijze die in abstracte zin mededingingsbeperkende gevolgen kan sorteren, het de bestrafte onderneming niettemin is toegestaan het bewijs te leveren dat dit gedrag in werkelijkheid geen mededingingsbeperkende gevolgen heeft opgeleverd.
- 11 Om vast te stellen welk belang bij de in artikel 102 VWEU bedoelde beoordeling moet worden toegekend aan de werkelijke of potentiële invloed op de mededinging, verwijst de verwijzende rechter met name naar het arrest Intel (C-413/14 P, EU:C:2017:632). De vennootschap Intel, marktleider in de sector van processoren voor computers, paste volgens de Commissie een stelsel van kortingen en betalingen toe teneinde de enige leverancier voor computerfabrikanten te zijn en concurrenten op de markt van deze producten uit te

sluiten. Volgens het Gerecht deden deze gedragingen naar hun aard afbreuk aan de mededinging en was het daarom, gelet op alle omstandigheden van de zaak, niet nodig om bij de vaststelling van de mededingingsverstoringe aard daarvan de werkelijke of potentiële invloed op de mededinging te beoordelen. Het Hof van Justitie was het evenwel niet met die opvatting eens, en oordeelde dat wel degelijk rekening moest worden gehouden met de argumenten van Intel dat de Commissie fouten had gemaakt bij de analyse van de vraag of het betrokken systeem van getrouwheidskortingen even efficiënte concurrenten van de markt kon uitsluiten („AEC-criterium”).

- 12 Onder verwijzing naar het genoemde arrest Intel voert verzoekster aan dat de mededingingsautoriteit geen onderzoek heeft gedaan naar de concrete gevolgen van de handelswijze van Unilever (namelijk dat even efficiënte concurrenten door deze handelswijze niet van de markt worden uitgesloten) en naar de mededingingsbevorderende gevolgen daarvan (zoals blijkt uit de studie die een gezaghebbend economisch adviesbureau in opdracht van Unilever heeft uitgevoerd). De mededingingsautoriteit is daarentegen van mening dat de in het arrest Intel vastgestelde beginselen niet op de onderhavige zaak van toepassing zijn aangezien zij uitsluitend gelden voor misbruik door middel van getrouwheidskortingen; dat het Hof van Justitie simpelweg heeft vastgesteld dat het Gerecht een „vormfout” heeft gemaakt door geen uitspraak te doen op de betwistingen die de verzoeker tegen het AEC-criterium had aangevoerd; dat er hoe dan ook geen enkele toets bestaat waarmee gelijktijdig meerdere misbruikpraktijken kunnen worden geanalyseerd.
- 13 Op deze gronden wenst de verwijzende rechter te vernemen of – zoals verzoekster stelt – de beginselen van het arrest Intel ook van toepassing zijn op exclusiviteitsclausules of handelswijzen die meerdere misbruikpraktijken omvatten, en indien dat het geval is, in welke gevallen of onder welke voorwaarden kan worden uitgesloten dat het AEC-criterium of de door de onderneming verstrekte studies en onderzoeken relevant zijn. In het bijzonder vraagt hij of het oordeel van de mededingingsautoriteit dat het AEC-criterium en de studies met een gelijkaardige functie niet relevant zijn in geval van handelswijzen als in de onderhavige zaak aan de orde zijn, gerechtvaardigd is in het licht van het arrest Intel.