



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

26 oktober 2023*

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 101 VWEU – Mededingingsregelingen – Verbod van mededingingsregelingen – Overeenkomsten tussen ondernemingen – Onderscheid tussen verticale en horizontale overeenkomsten – Potentiële mededinging – Beperking van de mededinging naar strekking of naar gevolg – Overeenkomst tussen een elektriciteitsleverancier en een detailhandelaar in consumentengoederen die hypermarkten en supermarkten exploiteert – Concurrentiebeding – Verordening (EU) nr. 330/2010 – Agentuurovereenkomst – Liberalisering van de markt voor de levering van elektriciteit”

In zaak C-331/21,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Tribunal da Relação de Lisboa (rechter in tweede aanleg Lissabon, Portugal) bij beslissing van 6 april 2021, ingekomen bij het Hof op 26 mei 2021, in de procedure

EDP – Energias de Portugal SA,

EDP Comercial – Comercialização de Energia SA,

MC retail, SGPS SA, voorheen Sonae MC, SGPS, SA,

Modelo Continente Hipermercados SA

tegen

Autoridade da Concorrência,

in tegenwoordigheid van:

Ministério Público,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Jürimäe (rapporteur), kamerpresident, N. Piçarra, M. Safjan, N. Jääskinen en M. Gavalec, rechters,

advocaat-generaal: A. Rantos,

* Procestaal: Portugees.

griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 november 2022,

gelet op de opmerkingen van:

- EDP – Energias de Portugal SA, vertegenwoordigd door C. Botelho Moniz, T. Coelho Magalhães, T. Geraldo, P. Gouveia e Melo, J. Lima Cluny en L. Nascimento Ferreira, advocados,
- EDP Comercial – Comercialização de Energia SA, vertegenwoordigd door C. Botelho Moniz, T. Coelho Magalhães, T. Geraldo, P. Gouveia e Melo, J. Lima Cluny en L. Nascimento Ferreira, advocados,
- MC retail, SGPS SA, voorheen Sonae MC, SGPS SA, vertegenwoordigd door I. Gouveia, G. Rosas, D. Silva Ramalho en C. Vieira Peres, advocados,
- Modelo Continente Hipermercados SA, vertegenwoordigd door J. Vieira Peres, advocado,
- Autoridade da Concorrência, vertegenwoordigd door D. Cardoso, A. Cruz Nogueira en I. Nascimento, advocadas,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door P. Barros da Costa en C. Chambel Alves als gemachtigden, bijgestaan door S. Assis Ferreira, advogada
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door S. Baches Opi, T. Baumé, P. Caro de Sousa en B. Rechená als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 2 maart 2023,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 101 VWEU en artikel 1, lid 1, onder a) en c), van verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, [VWEU] op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB 2010, L 102, blz. 1).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, enerzijds, EDP – Energias de Portugal SA (hierna: „EDP Energias”), EDP Comercial – Comercialização de Energia SA (hierna: „EDP Comercial”), MC retail, SGPS SA (voorheen Sonae MC, SGPS SA en, op datum van de feiten van het hoofdgeding, Sonae Investimentos, SGSP SA en SONAE MC – Modelo Continente SGPS) (hierna: „MC retail”) en Modelo Continente Hipermercados SA (hierna: „Modelo Continente”) en, anderzijds, de Autoridade da Concorrência (hierna: „AdC”) ter zake van geldboeten die zijn opgelegd wegens het sluiten van een mededingingsbepalkende overeenkomst.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Verordening nr. 330/2010

3 Artikel 1 van verordening nr. 330/2010 heeft als opschrift „Definities” en bepaalt:

„1. Voor de toepassing van deze verordening gelden de volgende definities:

- a) ‚verticale overeenkomst’ betekent een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen;
- b) ‚verticale beperking’ betekent een beperking van de mededinging in een verticale overeenkomst die binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, [VWEU] valt;
- c) ‚concurrerende onderneming’ betekent een daadwerkelijke of potentiële concurrent; ‚daadwerkelijke concurrent’ betekent een onderneming die actief is op dezelfde relevante markt; ‚potentiële concurrent’ betekent een onderneming die, bij afwezigheid van de verticale overeenkomst, op grond van realistische verwachtingen en niet als louter theoretische mogelijkheid, in geval van een geringe maar duurzame verhoging van de relatieve prijzen wellicht binnen een korte tijd de vereiste extra investeringen zou doen of andere noodzakelijke omschakelingskosten zou maken om de relevante markt te betreden;

[...]”

Richtsnoeren inzake verticale beperkingen

4 De richtsnoeren inzake verticale beperkingen zijn opgenomen in de bekendmaking van de Commissie van 10 mei 2010 [SEC(2010) 411 definitief; hierna: „richtsnoeren inzake verticale beperkingen”] en specificeren met name het toepassingsgebied van verordening nr. 330/2010.

5 Titel II van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, met als opschrift „Verticale overeenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, [VWEU] vallen”, bevat een deel 2, met als opschrift „Agentuurovereenkomsten”, dat onder meer de punten 12 tot en met 17 van deze richtsnoeren bevat. Die punten luiden als volgt:

„12) Een agent is een natuurlijke of rechtspersoon die bevoegd is tot het onderhandelen over en/of het sluiten van contracten namens een andere persoon (de principaal), hetzij op eigen naam van de agent hetzij op naam van de principaal, betreffende:

- de koop van goederen of diensten door de principaal, of
- de verkoop van door de principaal geleverde goederen of diensten.

- 13) De bepalende factor voor de definitie van een agentuurovereenkomst met het oog op de toepassing van artikel 101, lid 1, [VWEU] is het financiële of commerciële risico dat de agent draagt in verband met de activiteiten waarvoor hij door de principaal als agent is aangewezen. Het is in dit verband niet van belang of de agent voor één principaal dan wel voor meerdere principalen handelt. Het is evenmin van belang welke kwalificatie door de partijen of in de nationale wetgeving aan de overeenkomst wordt gegeven.
- 14) Voor de definitie van een agentuurovereenkomst met het oog op de toepassing van artikel 101, lid 1, [VWEU] zijn drie soorten financiële of commerciële risico's van belang. Ten eerste zijn er de contractspecifieke risico's die rechtstreeks verband houden met de contracten waarover de agent onderhandelt en/of die hij sluit namens de principaal, zoals de financiering van het aanhouden van voorraden. Ten tweede zijn er de risico's die verband houden met marktspecifieke investeringen. Dit zijn investeringen die specifiek vereist zijn voor het type activiteit waarvoor de agent door de principaal is aangesteld, d.w.z. die noodzakelijk zijn om de agent in staat te stellen tot het onderhandelen over en/of het sluiten van het betrokken type contracten. Bij dergelijke investeringen gaat het gewoonlijk om 'verzonken investeringen', d.w.z. dat de investering bij beëindiging van de activiteit op het betrokken gebied niet voor andere activiteiten kan worden gebruikt of slechts met aanzienlijk verlies kan worden verkocht. Ten derde zijn er de risico's die verband houden met andere activiteiten op dezelfde productmarkt, voor zover de principaal van de agent verlangt dat hij dergelijke activiteiten verricht, maar niet als agent namens de principaal, doch voor eigen risico.
- 15) Voor de toepassing van artikel 101, lid 1, [VWEU] wordt een overeenkomst als agentuurovereenkomst beschouwd indien de agent geen of slechts minieme risico's draagt in verband met de contracten die hij sluit en/of waarover hij onderhandelt namens de principaal, in verband met marktspecifieke investeringen voor het betrokken type activiteit en in verband met andere activiteiten die de principaal van hem verlangt op dezelfde productmarkt. Risico's die met de bedrijvigheid van het verrichten van agentuurdiensten in het algemeen verband houden, zoals het risico dat het inkomen van de agent afhankelijk is van zijn succes als agent, of algemene investeringen in bijvoorbeeld bedrijfsruimte of personeel, zijn echter niet relevant voor deze beoordeling.
- 16) Voor de toepassing van artikel 101, lid 1, [VWEU] wordt een overeenkomst over het algemeen dus als agentuurovereenkomst beschouwd wanneer de eigendom van de gekochte of verkochte contractgoederen niet bij de agent berust of de agent niet zelf de contractdiensten verleent, en de agent:
 - a) niet bijdraagt in de kosten in verband met de koop/levering van de contractgoederen of -diensten, met inbegrip van de kosten voor het vervoer van de goederen. Dit betekent niet dat de agent niet zelf de vervoersdienst mag verrichten, op voorwaarde dat de principaal hem hiervoor vergoedt;
 - b) niet op eigen kosten of op eigen risico de contractgoederen in voorraad houdt. Tot deze kosten behoren de kosten voor de financiering van het aanhouden van de voorraden en de kosten in geval van verlies van voorraden. De agent moet niet-verkochte goederen zonder kosten naar de principaal kunnen terugzenden. Het voorgaande geldt voor zover de agent niet zelf een fout begaat (bijvoorbeeld door na te laten redelijke veiligheidsmaatregelen te treffen om verlies van voorraden te voorkomen);
 - c) geen aansprakelijkheid jegens derden aanvaardt voor schade die door het verkochte product wordt veroorzaakt (productaansprakelijkheid), tenzij de agent in dit verband zelf schuld treft;

- d) geen aansprakelijkheid aanvaardt voor het geval dat de klant het contract niet naleeft, met uitzondering van het verlies van de provisie van de agent. Het voorgaande geldt voor zover de agent niet zelf een fout begaat (bijvoorbeeld door niet mee te werken aan redelijke veiligheidsmaatregelen of maatregelen ter voorkoming van diefstal of door geen passende stappen te ondernemen om een diefstal aan de principaal of aan de politie te melden of door de principaal niet alle aan de agent beschikbare noodzakelijke informatie betreffende de financiële betrouwbaarheid van de klant te verstrekken);
- e) direct noch indirect verplicht is te investeren in verkoopbevordering, bijvoorbeeld door bij te dragen in het reclamebudget van de principaal;
- f) niet overgaat tot marktspecifieke investeringen in uitrusting, lokalen of personeelsopleiding, zoals bijvoorbeeld investeringen in de opslagtank voor de detailverkoop van benzine of de aanschaf van speciale software voor de verkoop van polissen door verzekeringsagenten, tenzij deze kosten volledig worden vergoed door de principaal;
- g) geen andere door de principaal verlangde activiteiten op dezelfde productmarkt verricht, tenzij deze activiteiten volledig worden vergoed door de principaal.

17) Deze opsomming is niet volledig. Wanneer de agent echter een van de in de punten 14, 15 en 16 vermelde risico's of kosten draagt, wordt de overeenkomst tussen de agent en de principaal niet als agentuurovereenkomst beschouwd. Het vraagstuk van het risico moet in elk geval afzonderlijk worden beoordeeld, waarbij eerder naar de economische realiteit moet worden gekeken dan naar de rechtsvorm. Om praktische redenen kan de risicoanalyse beginnen met de beoordeling van de contractspecifieke risico's. Als de agent contractspecifieke risico's draagt, volstaat dit om te concluderen dat hij een onafhankelijke distributeur is. Als de agent daarentegen geen contractspecifieke risico's draagt, moet de analyse worden voortgezet door de risico's in verband met marktspecifieke investeringen te beoordelen. Als de agent noch contractspecifieke risico's, noch risico's in verband met marktspecifieke investeringen draagt, moeten ten slotte de risico's in verband met andere verlangde activiteiten op dezelfde productmarkt worden beoordeeld."

6 De punten 24 en 25 van die richtsnoeren luiden als volgt:

„24) Een verticale overeenkomst is in artikel 1, lid 1, onder a), van [verordening nr. 330/2010] gedefinieerd als ‚een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen’.

25) De in punt 24 bedoelde definitie van verticale overeenkomsten omvat vier hoofdbestanddelen:

[...]

c) bij de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn ondernemingen betrokken die, met het oog op de toepassing van de overeenkomst, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn. Dit betekent bijvoorbeeld dat de ene onderneming een grondstof produceert die door de andere

onderneming wordt verwerkt, of dat de eerste een producent is, de tweede een groothandelaar en de derde een detailhandelaar. Dit sluit niet uit dat een onderneming werkzaam is in meer dan één stadium van de productie- of distributieketen;

[...]

7 Punt 27 van de richtsnoeren bepaalt:

„Artikel 2, lid 4, van [verordening nr. 330/2010] sluit ‚verticale overeenkomsten gesloten tussen concurrerende ondernemingen’ uitdrukkelijk van het toepassingsgebied ervan uit. Verticale overeenkomsten tussen concurrenten zijn, wat de mogelijkerwijs daaruit voortvloeiende collusie betreft, behandeld in de [richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten]. Wat de verticale aspecten ervan betreft moeten dergelijke overeenkomsten echter overeenkomstig deze richtsnoeren worden beoordeeld. Een concurrerende onderneming wordt in artikel 1, lid 1, onder c), van [verordening nr. 330/2010] gedefinieerd als ‚een daadwerkelijke of potentiële concurrent’. Twee ondernemingen worden als daadwerkelijke concurrenten behandeld indien zij actief zijn op dezelfde relevante markt. Een onderneming wordt als potentiële concurrent van een andere onderneming behandeld indien zij, zonder verticale overeenkomst, in geval van een geringe maar duurzame relatieve prijsstijging, wellicht binnen een korte tijd – normaal niet langer dan één jaar – de vereiste extra investeringen zou doen of andere noodzakelijke omschakelingskosten zou maken om de relevante markt waarop de andere onderneming actief is, te betreden. Deze beoordeling moet op realistische gronden berusten; de louter theoretische mogelijkheid om een markt te betreden is ontoereikend. Een distributeur die een producent specificaties verstrekt voor de productie van bepaalde goederen onder de merknaam van de distributeur, mag niet als de producent van deze onder zijn huismerk verkochte goederen worden beschouwd.”

Portugees recht

8 Artikel 9, lid 1 van lei n° 19/2012 – Aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n°s 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à lei n° 2/99, de 13 de janeiro (wet nr. 19/2012 tot goedkeuring van de nieuwe mededingingsregels en tot intrekking van wet nr. 18/2003 van 11 juni 2003 en wet nr. 39/2006 van 25 augustus 2006 en tot wijziging, voor de tweede keer, van wet nr. 2/99 van 13 januari 1999) van 8 mei 2012 (*Diário da República*, serie I, nr. 89 van 8 mei 2012; hierna: „NRJC”), bepaalt:

„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 op de nationale markt of een gedeelte daarvan wordt verhinderd, wordt vervalst of merkbaar wordt beperkt, [...].”

Hoofdinging en prejudiciële vragen

9 Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat Modelo Continente en MC retail deel uitmaken van een groep ondernemingen die actief zijn in verschillende sectoren, onder meer detailhandel, telecommunicatie en audiovisuele media, winkelcentra, houtproducten, toerisme en energie, en zijn georganiseerd onder de paraplu van holdings en subholdings, welke zijn gestructureerd naar activiteiten en/of bedrijfssegmenten (hierna: „Sonae-groep”).

- 10 Binnen deze groep houdt Modelo Continente zich bezig met de distributie van levensmiddelen en consumptiegoederen in Portugal. Zij exploiteert direct of indirect, via deelnemingen, een aantal winkels die onder de handelsnamen Continente, Continente Modelo en Continente Bom Dia opereren. MC retail, die het beheer van aandelen tot doel had, was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding actief in de detailhandel. Zij had het kapitaal van Modelo Continente Hipermercados volledig in handen.
- 11 EDP Energias en EDP Comercial maken deel uit van een Portugees conglomeraat met als moedermaatschappij EDP Energias. EDP Energias is met name actief op de markt voor de productie en levering van elektriciteit en aardgas in Portugal (hierna: „EDP-groep”). De EDP-groep is de grootste speler op de markten voor de productie, distributie en levering van elektriciteit in Portugal, de op twee na grootste speler bij de elektriciteitsproductie en een van de grootste gasleveranciers op het Iberisch Schiereiland.
- 12 Op 5 januari 2012 hebben EDP Comercial en Modelo Continente een partnerschapsovereenkomst gesloten waarin de voorwaarden van het „Programma EDP Continente” werden omschreven. Deze overeenkomst had tot doel klanten aan te trekken, de verkoop te stimuleren en de consument kortingen te bieden. Ten tijde van de sluiting van deze overeenkomst bevonden deze twee ondernemingen zich niet in een situatie van daadwerkelijke mededinging op de onderscheiden markten voor de detailhandel in levensmiddelen en consumptiegoederen en voor de levering van elektriciteit en aardgas in Portugal.
- 13 Volgens clausule 2.1 van de partnerschapsovereenkomst bestonden het doel en de reikwijdte van die overeenkomst er in wezen in om de ontwikkeling van activiteiten te bevorderen, namelijk enerzijds de levering van elektriciteit door EDP Comercial en anderzijds de retail distributie van levensmiddelen door Modelo Continente in verschillende hyper- en supermarkten alsook in de verkooppunten die werden geëxploiteerd door andere ondernemingen waarin de Sonae-groep een deelneming had.
- 14 Vanuit commercieel oogpunt behelsde het „Programma EDP Continente” de toekenning van kortingen op de elektriciteitsprijs aan houders van de „Continente-kaart”. Dat is een door Modelo Continente in het kader van een getrouwheidsprogramma uitgegeven kortingskaart.
- 15 Klanten die aan het „Programma EDP Continente” wensten deel te nemen, moesten niet alleen houder zijn van deze kaart, maar dienden ook een contract met EDP Comercial te sluiten voor de levering van laagspanningsstroom onder de geliberaliseerde regeling in Portugal. Deze klanten genoten dan een korting van 10 % op hun elektriciteitsverbruik. Die korting werd aangeboden in de vorm van kortingsvouchers waarvan de waarde overeenkwam met het kortingsbedrag dat op de „Continente-kaart” van de betrokken klanten werd geladen. Zij konden deze vouchers vervolgens gebruiken om aankopen te doen in de winkels die werden genoemd in clausule 2.1 van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst.
- 16 Aanvankelijk werden de kortingen volledig gedragen door EDP Comercial. Modelo Continente moest maandelijks een debetnota opstellen voor het bedrag van de in de voorgaande maand uitgegeven en daadwerkelijk geactiveerde vouchers. Deze debetnota moest worden voldaan aan het einde van de maand waarin elke factuur was uitgereikt. Afhankelijk van de toename van het handelsverkeer in de vestigingen van de Sonae-groep en van de stijging van de omzet als gevolg van het „Programma EDP Continente” was echter overeengekomen dat Modelo Continente een deel van de toegekende kortingen voor haar rekening zou nemen.

17 De overige kosten van het partnerschap voor reclame, marketing, communicatie en de verdediging in procedures werden gelijkelijk gedragen door EDP Comercial en Modelo Continente.

18 Clausule 12.1 van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst, met als opschrift „Exclusiviteit”, bepaalde:

„Gedurende de looptijd van deze overeenkomst, en gedurende een periode van één jaar na het verstrijken ervan, verbindt Modelo Continente zich ertoe om:

a. noch rechtstreeks, noch via ondernemingen waarin SGPS SA een meerderheidsdeelneming heeft, activiteiten op het gebied van de handel in elektriciteit en aardgas in continentaal Portugal te ontwikkelen;

b. met geen enkele elektriciteits- of aardgasleverancier die geen zeggenschapsrelatie of groepsrelatie met EDP Comercial heeft [...], te onderhandelen over of toe te treden tot partnerschapsovereenkomsten, gezamenlijke ondernemingen, principeakkoorden, reclamecampagnes of andere overeenkomsten die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat kortingen of andere vermogensvoordelen in verband met elektriciteit of aardgas worden toegekend, ongeacht in welke vorm dan ook.

[...]”

19 Krachtens clausule 12.2 van deze overeenkomst ging EDP Comercial overeenkomstige verplichtingen aan op de retailmarkt voor levensmiddelen in continentaal Portugal.

20 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst is van kracht gebleven tot en met 31 december 2012, hoewel de periode waarin consumenten aan het „Programma EDP Continente” konden deelnemen, slechts liep van 9 januari 2012 tot en met 4 maart 2012.

21 De overeenkomsten voor de levering van elektriciteit konden worden gesloten in een netwerk van 180 door Modelo Continente geëxploiteerde verkooppunten. De elektriciteitsvoorziening werd gezamenlijk door EDP Comercial en Modelo Continente verzekerd. Aan het „Programma EDP Continente” namen 146 775 klanten deel, van wie er 137 144 tijdens en na afloop van de campagne contractueel gebonden bleven aan EDP Comercial.

22 De som van de kortingen waarop de deelnemers aan het „Programma EDP Continente” recht hadden, bedroeg 6 907 354 EUR en in totaal werden vouchers geactiveerd voor een bedrag van ongeveer 6 024 252 EUR. Van dat bedrag werd 1 795 912 EUR gedragen door Modelo Continente.

23 De verwijzende rechter geeft aan dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst in de tijd samenviel met een cruciale fase in de liberalisering van de markt voor de levering van elektriciteit, waarbij de gereguleerde tarieven voor normale laagspanning eind 2012 uitdoofden. De EDP-groep heeft dus getracht om op de geliberaliseerde nationale markt een groot aantal klanten aan te trekken door te profiteren van een periode waarin op deze markt de meeste laagspanningsklanten nog geen overstap hadden gemaakt.

24 Dienaangaande zij opgemerkt dat uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat de liberalisering van de elektriciteitsvoorziening in Portugal vanaf 1995 geleidelijk aan is verlopen. Het Portugese regelgevingskader voor de handel in elektriciteit moedigde in deze sector vanaf

datzelfde jaar een stelsel van vrije mededinging aan door de wettelijke voorwaarden voor de toegang tot en de uitoefening van de activiteit van levering van elektriciteit te vereenvoudigen door hiervoor alleen nog een registratie in plaats van een vergunning als vereiste te stellen, waardoor de toetreding van onafhankelijke marktdeelnemers werd vergemakkelijkt.

- 25 De verwijzende rechter geeft aan dat Portugal in de loop van 2006 een overgangsperiode heeft ingevoerd waarin consumenten enkel op basis van de geboden stimulans en de commerciële aantrekkelijkheid van aanbiedingen konden kiezen tussen de gereguleerde en de geliberaliseerde markt, zonder enige regelgevende last of beperking.
- 26 Met ingang van 1 januari 2011 zijn de gereguleerde tarieven voor eindafnemers van elektriciteit op extra hoge, hoge en middelhoge spanning en op bepaalde laagspanning afgeschaft. De gereguleerde tarieven voor de levering van elektriciteit op laagspanning (kleinbedrijf/huishoudens) zijn met ingang van 1 juli 2012 afgeschaft voor eindafnemers met een contractvermogen van 10,35 kVA of meer, en met ingang van 1 januari 2013 voor eindafnemers met een contractvermogen van minder dan 10,35 kVA. Na die data konden nieuwe overeenkomsten alleen nog op de geliberaliseerde markt worden gesloten. Er zijn echter tijdelijke tariefregelingen ingesteld voor consumenten die er op die data nog niet voor hadden gekozen om een overeenkomst op de geliberaliseerde markt te sluiten. Voor die consumenten golden door de Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (regelgevende instantie voor energiediensten, Portugal) vastgestelde tarieven, die duurder waren om de overstap naar de geliberaliseerde markt aan te moedigen. De laatste van deze overgangsregelingen is op 31 december 2017 afgelopen.
- 27 Volgens de verwijzende rechter heeft de Sonae-groep in deze context tussen 2002 en 2008 activiteiten ontwikkeld op de markt voor de levering van elektriciteit in Portugal door een partnerschap aan te gaan met Endesa, een gevestigde onderneming op de Spaanse markt voor de productie en levering van elektriciteit. Dit partnerschap had de vorm van een gemeenschappelijke onderneming, Sodesa – Comercialização de Energia SA (hierna: „Sodesa”), die voor 50 % in handen was van elk van de deelnemende ondernemingen en die op 1 mei 2002 was opgericht met het oog op de levering van elektriciteit en diensten op de geliberaliseerde Portugese markt.
- 28 In mei 2007 heeft de EDP-groep marktaandeel verloren op de geliberaliseerde markt voor de levering van elektriciteit in Portugal. Haar concurrenten, zoals Sodesa en Unión Fenosa, bereikten een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 50 % van de eindafnemers die ervoor kozen van leverancier te veranderen. Dit verlies van marktaandeel was echter beperkt tot het industriële segment.
- 29 Modelo Continente en Petróleos de Portugal – Petrogal SA, een onderneming die met name actief is op de Portugese markt voor de levering van elektriciteit en op de markt voor de levering van motorbrandstoffen, hebben bovendien sinds 2004 een partnerschap opgezet waarbij aan gemeenschappelijke klanten kortingen werden toegekend. Daarnaast was de Sonae-groep sinds 2009 actief op de markt voor de productie van elektriciteit door middel van fotonvoltaïsche zonnepanelen die zijn geïnstalleerd op de daken van de geëxploiteerde ruimten.
- 30 Bij besluit van 4 mei 2017 heeft de AdC verzoeksters in het hoofdgeding geldboeten opgelegd wegens inbreuk op artikel 9 NRJC, dat in wezen artikel 101 VWEU overneemt.
- 31 Volgens de AdC bestond de inbreuk op de mededingingsregels uit het sluiten van een partnerschapsovereenkomst tussen deze ondernemingen om de markten te verdelen, waarbij er gebruik werd gemaakt van een concurrentiebeding op de markten voor de levering van

elektriciteit, aardgas en levensmiddelen, alle drie in continentaal Portugal gelegen. Bovendien is deze overeenkomst ten uitvoer gelegd op een cruciaal tijdstip in het proces van liberalisering van de nationale markt voor de levering van elektriciteit, wat het mededingingsbeperkende karakter van de overeenkomst heeft versterkt.

- 32 Voorts heeft de AdC zich met name op het standpunt gesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst voor de toepassing van de mededingingsregels geen agentuurovereenkomst en ook geen verticale overeenkomst vormt en dat niet kon worden uitgesloten dat het bij clause 12.1, onder a), en clause 12.2 van die overeenkomst om „horizontale samenwerking” ging. Het concurrentiebeding in die overeenkomst moest dus worden aangemerkt als een beperking naar strekking en vormde een schending van het verbod van artikel 9 NRJC.
- 33 Nadat verzoeksters in het hoofdgeding beroep hadden ingesteld, heeft de Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (rechter voor mededinging, regulering en toezicht, Portugal) bij vonnis van 30 september 2020 het in het hoofdgeding aan de orde zijnde sanctiebesluit bevestigd, maar het bedrag van de opgelegde geldboeten met 10 % verlaagd. Om vast te stellen dat er sprake was van een mededingingsbeperking naar strekking, heeft deze rechter met name rekening gehouden met de activiteiten van de Sonae-groep op de markten voor de productie en levering van elektriciteit vóór en tijdens de uitvoering van de partnerschapsovereenkomst.
- 34 Verzoeksters in het hoofdgeding en de AdC zijn tegen dit vonnis opgekomen bij de Tribunal da Relação de Lisboa (rechter in tweede aanleg Lissabon, Portugal), de verwijzende rechter.
- 35 De verwijzende rechter betwijfelt of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst, en dan met name het daarin vervatte concurrentiebeding, de mededinging op de relevante markten ongunstig had kunnen beïnvloeden. In dit verband benadrukt hij dat verzoeksters in het hoofdgeding zich niet in een situatie van daadwerkelijke mededinging op die markten bevonden. Bovendien stelt hij vast dat er geen elementen zijn waaruit blijkt dat Modelo Continente of de ondernemingen die deel uitmaken van de Sonae-groep aanzienlijke en toereikende voorbereidingen hebben getroffen of investeringen hebben verricht.
- 36 De verwijzende rechter vraagt zich ook af onder welke voorwaarden een dergelijke overeenkomst kan worden aangemerkt als een mededingingsbeperking naar strekking, in tegenstelling tot een mededingingsbeperking naar gevolg, gelet op het feit dat de consumenten er bepaalde voordelen uit hebben gehaald.
- 37 Hij herinnert eraan dat het volgens de recente rechtspraak van het Hof mogelijk is het vermoeden te weerleggen dat bepaalde gedragingen die voldoende mededingingsbeperkend zijn om de mededinging ernstig te schaden, mededingingsbeperkende gevolgen hebben wanneer met de overeenkomsten rechtmatige en evenredige doelstellingen worden nagestreefd of wanneer mededingingsbevorderende doelstellingen of gevolgen worden aangetoond. Voorts vraagt hij zich af of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst kan worden aangemerkt als agentuurovereenkomst en aldus – op grond van de nationale bepaling die overeenkomt met artikel 101, lid 3, VWEU – kan ontsnappen aan het verbod van lid 1 van die bepaling.

38 In die omstandigheden heeft de Tribunal da Relação de Lisboa besloten om de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

- „1) Moet artikel 101 [VWEU], waarop artikel 9 [NRJC] is gebaseerd, aldus worden uitgelegd dat er sprake is van een overeenkomst die naar strekking mededingingsbeperkend is in het geval van een concurrentiebeding als dat in de clausules 12.1 en 12.2 van de [in het hoofdgeding aan de orde zijnde] partnerschapsovereenkomst die is gesloten tussen een elektriciteitsleverancier en een kleinhandelaar in levensmiddelen die hypermarkten en supermarkten exploiteert, teneinde kortingen toe te kennen aan klanten die zijn toegetreden tot een bepaald, in continentaal Portugal verkrijgbaar tariefplan van de elektriciteitsleverancier en tegelijk houder zijn van een klantenkaart van de kleinhandelaar in levensmiddelen, waarbij de kortingen alleen kunnen worden gebruikt voor de aankoop van producten in de vestigingen van deze kleinhandelaar of van daarmee verbonden ondernemingen, wanneer in deze overeenkomst andere clausules zijn opgenomen waarin is bepaald dat deze overeenkomst tot doel had de ontwikkeling van de activiteiten van de deelnemende ondernemingen te bevorderen [...] en de voordelen voor de consument vaststaan [...], maar de concrete schadelijke gevolgen van voornoemde clausules 12.1 en 12.2 voor de mededinging niet zijn onderzocht?
- 2) Kan artikel 101, lid 1, VWEU aldus worden uitgelegd dat een overeenkomst die de ontwikkeling van bepaalde economische activiteiten verbiedt en die neerkomt op een vermeende verdeling van markten tussen twee ondernemingen, als mededingingsbeperkend naar strekking kan worden aangemerkt wanneer deze overeenkomst wordt gesloten tussen entiteiten die elkaar niet daadwerkelijk of potentieel beconcurreren op een van de onder het concurrentiebeding vallende markten, ook al kunnen de onder dat beding vallende markten worden geacht geliberaliseerd te zijn of vrij te zijn van onoverkomelijke wettelijke toegangsbelemmeringen?
- 3) Kan artikel 101, lid 1, VWEU aldus worden uitgelegd dat wanneer een elektriciteitsleverancier en een kleinhandelaar in levensmiddelen die hypermarkten en supermarkten exploiteert onderling een overeenkomst hebben gesloten ter bevordering van elkaars bedrijfsactiviteiten en de verhoging van de omzet van de wederpartij (en, in het geval van de kleinhandelaar in levensmiddelen, van ondernemingen waarin [zijn moedermaatschappij] een meerderheidsdeelneming heeft), zij als potentiële concurrenten moeten worden beschouwd als de kleinhandelaar in levensmiddelen en de met hem verbonden ondernemingen ten tijde van de sluiting van de overeenkomst noch op de relevante geografische markt, noch op enige andere markt actief waren als elektriciteitsleverancier, en als tijdens de procedure niet is gebleken dat zij voornemens waren om een dergelijke activiteit op die markt te ontwikkelen of dat zij daartoe stappen hadden ondernomen?
- 4) Blijft het antwoord op de vorige prejudiciële vraag ongewijzigd indien een andere, niet binnen de personele werkingssfeer van het concurrentiebeding vallende onderneming waarin een meerderheidsdeelneming wordt gehouden door een moedermaatschappij van de kleinhandelaar in levensmiddelen die partij is bij de overeenkomst (maar geen van deze twee entiteiten door de [AdC] is beschuldigd of veroordeeld en ook geen partij is geweest in de procedure bij deze rechterlijke instantie), een deelneming van 50 % bezat in een derde entiteit die in Portugal activiteiten op het gebied van de handel in elektriciteit heeft ontwikkeld, welke activiteiten drieënhalf jaar vóór het sluiten van de overeenkomst werden beëindigd als gevolg van de ontbinding van laatstgenoemde entiteit?

- 5) Blijft het antwoord op de vorige prejudiciële vraag ongewijzigd wanneer de kleinhandelaar die partij is bij de overeenkomst, elektriciteit produceert door middel van mini- en micro-installaties op het dak van zijn vestigingen, maar alle geproduceerde energie tegen gereguleerde prijzen levert aan de noodleverancier?
- 6) Blijft het antwoord op de vierde prejudiciële vraag ongewijzigd indien de kleinhandelaar die partij is bij de overeenkomst, acht jaar vóór de datum van die overeenkomst een andere (op de datum van de overeenkomst nog van kracht zijnde) commerciële samenwerkingsovereenkomst heeft gesloten met een derde partij, namelijk een distributeur van vloeibare brandstoffen, met het oog op de toekenning van wederzijdse kortingen bij aankoop van die producten en van de in de hypermarkten en supermarkten van de onderneming verkochte producten, wanneer de wederpartij op haar beurt niet alleen vloeibare brandstoffen, maar ook elektriciteit op de markt brengt in continentaal Portugal, en wanneer niet is komen vast te staan dat de partijen ten tijde van de sluiting van de overeenkomst het voornemen hadden de samenwerkingsovereenkomst uit te breiden tot de handel in elektriciteit of daartoe stappen hadden ondernomen?
- 7) Blijft het antwoord op de vierde prejudiciële vraag ongewijzigd indien een andere, niet binnen de personele werkingssfeer van het concurrentiebeding vallende onderneming waarin een meerderheidsdeelneming wordt gehouden door een moedermaatschappij van de kleinhandelaar in levensmiddelen die partij is bij de overeenkomst (maar, wederom, geen van deze twee entiteiten door de [AdC] is beschuldigd of veroordeeld en ook geen partij is geweest in de procedure bij deze rechterlijke instantie), elektriciteit produceerde in een warmte-krachtkoppelinginstallatie, maar alle geproduceerde energie tegen gereguleerde prijzen leverde aan de noodleverancier?
- 8) Indien de vorige prejudiciële vragen bevestigend worden beantwoord, moet artikel 101, lid 1, VWEU dan aldus worden uitgelegd dat een clause als mededingingsbeperkend naar strekking kan worden aangemerkt wanneer die clause voornoemde kleinhandelaar in levensmiddelen verbiedt om tijdens de looptijd van de overeenkomst en in het jaar onmiddellijk daarna zelf of via een onderneming waarin een meerderheidsdeelneming wordt gehouden door een moedermaatschappij die bij de procedure betrokken is, activiteiten op het gebied van de handel in elektriciteit te ontwikkelen op het door de overeenkomst bestreken grondgebied?
- 9) Kan het begrip ‚potentiële concurrent’ in de zin van artikel 101 VWEU [en] artikel 1, lid 1, onder c), van [verordening nr. 330/2010] aldus worden uitgelegd dat het ook ziet op een onderneming die is gebonden door een concurrentiebeding en die aanwezig is op een productmarkt die volledig gescheiden is van die van de wederpartij bij de overeenkomst, wanneer in de stukken van het dossier van de procedure bij de nationale rechter geen concrete aanwijzing te vinden is (zoals projecten, investeringen of andere voorbereidingen) dat de betrokken onderneming voorafgaand aan en bij gebreke van dat beding op korte termijn de markt van de wederpartij zou betreden, noch is komen vast te staan dat die onderneming voorafgaand aan en bij gebreke van dat beding door de wederpartij bij de overeenkomst als een potentiële concurrent op de relevante markt werd beschouwd?
- 10) Kan artikel 101, lid 1, VWEU aldus worden uitgelegd dat het enkele feit dat [de in het hoofdging aan de orde zijnde] partnerschapsovereenkomst die tussen een onderneming die zich bezighoudt met de handel in elektriciteit en een onderneming die zich bezighoudt met de kleinhandel in levensmiddelen en non-foodproducten voor huishoudelijk gebruik, is

gesloten ter wederzijdse bevordering van hun respectieve activiteiten (in het kader waarvan met name de eerste onderneming aan haar klanten kortingen voor hun stroomverbruik toekent die de tweede onderneming in mindering brengt op de prijs van de aankopen van die klanten in de kleinhandelsvestigingen), een beding bevat uit hoofde waarvan beide partijen zich ertoe verbinden niet met elkaar te concurreren en ook geen soortgelijke overeenkomsten te sluiten met concurrenten van de andere partij, impliceert dat dit beding ertoe strekt de mededinging te beperken in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, ook al:

- is de temporele werkingssfeer van het betrokken beding (één jaar looptijd van de overeenkomst plus één jaar) identiek aan de in diezelfde overeenkomst vastgestelde periode gedurende welke het de partijen niet is toegestaan om in het kader van projecten met derden gebruik te maken van bedrijfsgeheimen of knowhow die zijn verkregen bij de uitvoering van het partnerschap;
- is de geografische werkingssfeer van het beding beperkt tot de geografische werkingssfeer van de overeenkomst;
- is de personele werkingssfeer van het beding beperkt tot de partijen bij de overeenkomst en tot de ondernemingen waarin zij een meerderheidsdeelneming hebben, alsmede tot andere ondernemingen van dezelfde groep die ook eigenaar of exploitant zijn van kleinhandelsvestigingen die binnen de werkingssfeer van de overeenkomst vallen;
- sluit de personele werkingssfeer van het beding de grote meerderheid van ondernemingen uit die tot dezelfde economische groep als de partijen behoren, waardoor zij niet door het beding gebonden zijn en tijdens en na de looptijd van de overeenkomst kunnen concurreren met de wederpartij;
- zijn de aan het concurrentiebeding onderworpen ondernemingen op volstrekt gescheiden productmarkten actief en is niet komen vast te staan dat zij ten tijde van de sluiting van de overeenkomst een project of plan hadden ontwikkeld, dan wel investeringen hadden gedaan of andere stappen hadden ondernomen om de productmarkt van de wederpartij te betreden?

11) Moet het begrip ‚verticale overeenkomst’ in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU [en] artikel 1, lid 1, onder a), van [verordening nr. 330/2010] aldus worden uitgelegd dat het ook ziet op een overeenkomst met de kenmerken die in de bovenstaande vragen zijn beschreven, waarbij de partijen op volstrekt gescheiden productmarkten aanwezig zijn en niet is aangetoond dat zij voorafgaand aan en bij gebreke van de overeenkomst een project of plan hebben ontwikkeld dan wel investeringen hebben gedaan om de productmarkt van de wederpartij te betreden, maar waarbij de partijen in het kader van de betrokken overeenkomst hun respectieve verkoopnetwerken, verkoopmedewerkers en knowhow ter beschikking stellen van de wederpartij teneinde de klantenkring en de zakenactiviteiten van de wederpartij te bevorderen, op te bouwen en uit te breiden?”

Bevoegdheid van het Hof en ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

- 39 Wat ten eerste de bevoegdheid van het Hof betreft, moet worden opgemerkt dat verzoeksters in het hoofdgeding naar Portugees recht zijn veroordeeld, te weten op grond van de NRJC, en niet op grond van een bepaling van Unierecht. De verwijzende rechter merkt niettemin op dat de relevante nationale bepalingen in wezen artikel 101 VWEU overnemen en in het licht van de rechtspraak van het Hof op dezelfde wijze worden uitgelegd als deze bepaling van Unierecht.
- 40 Volgens vaste rechtspraak is het Hof in het kader van de procedure van artikel 267 VWEU niet bevoegd voor de uitlegging van het nationale recht en is deze uitlegging uitsluitend een taak van de verwijzende rechter [zie in die zin arresten van 1 december 1965, Dekker, 33/65, EU:C:1965:118, blz. 1116, en 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 25].
- 41 Het Hof is echter bevoegd om uitspraak te doen over verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende Unierechtelijke bepalingen in situaties waarin de feiten van het hoofdgeding weliswaar niet rechtstreeks binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, maar de bepalingen ervan intern toepasselijk zijn gemaakt doordat het nationale recht naar de inhoud ervan verwijst [zie in die zin arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi, C-297/88 en C-197/89, EU:C:1990:360, punten 41 en 42, en 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 26].
- 42 Wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeert aan de in het Unierecht gekozen oplossingen, teneinde bijvoorbeeld eventuele distorsies van de mededinging te voorkomen of in vergelijkbare situaties één enkele procedure te verzekeren, heeft de Unie er immers stellig belang bij dat ter vermindering van uiteenlopende uitleggingswijzen in de toekomst de overgenomen bepalingen of begrippen van het Unierecht op een uniforme wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moeten vinden [zie in die zin arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi, C-297/88 en C-197/89, EU:C:1990:360, punt 37, en 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 27].
- 43 In het onderhavige geval is het zo dat, zoals blijkt uit de door de verwijzende rechter verstrekte informatie, artikel 9 NRJC de inhoud van artikel 101 VWEU overneemt en door de bevoegde nationale autoriteiten en de nationale rechterlijke instanties in overeenstemming met laatstgenoemde bepaling wordt toegepast.
- 44 Het Hof is derhalve bevoegd om de prejudiciële vragen te beantwoorden.
- 45 Wat ten tweede de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen betreft, zij eraan herinnerd dat de prejudiciële verwijzing, een instrument van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, berust op een dialoog van rechter tot rechter. Aangezien het aan de verwijzende rechter staat om te beoordelen of hij de uitlegging van een regel van Unierecht noodzakelijk acht voor de beslechting van het aan hem voorgelegde geschil, is hij, gelet op de regeling van artikel 267 VWEU, eveneens bevoegd om te beslissen hoe deze vragen moeten worden geformuleerd. De verwijzende rechter mag de partijen van het bij hem aanhangige geding weliswaar uitnodigen mogelijke formuleringen van deze prejudiciële vragen voor te stellen, maar uiteindelijk blijft hij zelf bij uitsluiting bevoegd om zowel over de vorm als over de inhoud van deze vragen te beslissen (arrest van 29 juni 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 46 Er rust een vermoeden van relevantie op de vragen inzake de uitlegging van het Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid te onderzoeken. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een verzoek van een nationale rechter wanneer de gevraagde uitlegging van het Unierecht kennelijk op generlei wijze verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is en voorts wanneer het niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (arrest van 29 juni 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 47 Wat dit laatste betreft, zij eraan herinnerd dat de nationale rechter volgens vaste rechtspraak, waaraan thans uiting wordt gegeven in artikel 94, onder a) en b), van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, wegens het vereiste om tot een voor hem nuttige uitlegging van het Unierecht te komen, een omschrijving dient te geven van het feitelijke en wettelijke kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of ten minste de feiten moet uiteenzetten waarop die vragen zijn gebaseerd. Deze vereisten gelden a fortiori op het gebied van de mededinging, dat door complexe feitelijke en juridische situaties wordt gekenmerkt (arrest van 29 juni 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 Het is onontbeerlijk dat in het verzoek om een prejudiciële beslissing de redenen worden uiteengezet die de verwijzende rechter ertoe hebben gebracht om zich over de uitlegging of de geldigheid van bepalingen van het recht van de Unie vragen te stellen, alsook het verband tussen die bepalingen en de op het hoofdgeding toepasselijke nationale wettelijke regeling, zoals is bepaald in artikel 94, onder c), van het Reglement voor de procesvoering.
- 49 In de geest van samenwerking die inherent is aan de dialoog van rechter tot rechter en om het Hof in staat te stellen een zo nuttig mogelijke beslissing te geven was het in casu wenselijk geweest dat de verwijzende rechter zijn eigen opvatting van het bij hem aanhangige geding en van de rechtsvragen die aan zijn verzoek om een prejudiciële beslissing ten grondslag liggen, beknopter en duidelijker had uiteengezet in plaats van een groot aantal uitzonderlijk lange uittreksels uit de hem overgelegde stukken te reproduceren.
- 50 Verder heeft de verwijzende rechter, zoals de Commissie en de Portugese regering in wezen opmerken, weliswaar uiteengezet waarom hij het Hof om een prejudiciële beslissing heeft verzocht, maar had hij in het belang van een nuttige samenwerking ook de vragen die hem door de partijen in het hoofdgeding zijn voorgesteld, kunnen herformuleren teneinde onnodige overlappingsen tussen deze vragen te voorkomen en de juridische en feitelijke premissen te verduidelijken waarop deze vragen berusten.
- 51 Bovendien moet worden opgemerkt dat in de verwijzingsbeslissing bij de relevante feiten een onderscheid wordt gemaakt tussen die welke als bewezen worden beschouwd en die welke niet als bewezen worden beschouwd. De tweede vraag is gebaseerd op feitelijke veronderstellingen die niet bewezen zijn, aangezien die vraag uitgaat van de premisse dat er geen sprake is van potentiële mededinging, terwijl een van de belangrijkste rechtsvragen die de prejudiciële verwijzing rechtvaardigen, dat begrip betreft.
- 52 Ook bij de negende vraag wordt aangenomen dat er geen bewijs is dat de onderneming die op de markt voor de levering van elektriciteit actief is, haar medecontractant, een detailhandelaar in levensmiddelen, als een potentiële concurrent opvat. Deze hypothese valt echter niet onder de vaststaande feiten zoals die door de verwijzende rechter zijn uiteengezet. Uit het verzoek om een

prejudiciële beslissing blijkt integendeel dat de Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão bij het vonnis in eerste aanleg rekening heeft gehouden met het feit dat verzoeksters in het hoofdgeding elkaar wederzijds en onderling als potentiële concurrenten beschouwden.

- 53 Ten slotte betreft de in de tiende vraag gemaakte feitelijke veronderstelling dat de reikwijdte van het concurrentiebeding samenvalt met de periode gedurende welke het de partijen bij de partnerschapsovereenkomst niet was toegestaan gebruik te maken van tijdens de uitvoering van die overeenkomst verkregen bedrijfsgeheimen of knowhow, geen vaststaand feit, maar een feit dat niet bewezen is.
- 54 Gelet op het voorgaande moet de tweede vraag niet-ontvankelijk worden verklaard. De negende en de tiende vraag moeten niet-ontvankelijk worden geacht voor zover zij zijn gebaseerd op de in de vorige punten genoemde veronderstellingen.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 55 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de prejudiciële vragen elkaar gedeeltelijk overlappen voor zover zij betrekking hebben op de uitlegging van een beperkt aantal begrippen van Unierecht, maar verschillen wat de feiten betreft.
- 56 Dienaangaande is het volgens vaste rechtspraak van het Hof in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof de taak van het Hof om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan hij het bij hem aanhangige geding kan beslechten. Daartoe dient het Hof de voorgelegde vragen indien nodig te herformuleren. Het staat in dit verband aan het Hof om uit alle door de nationale rechterlijke instantie verschaft gegevens, en met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, de elementen van het Unierecht te putten die, gelet op het voorwerp van het geding, uitlegging behoeven (zie in die zin arresten van 29 november 1978, Redmond, 83/78, EU:C:1978:214, punt 26, en 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 58).
- 57 Zoals de advocaat-generaal in de punten 33 en 34 van zijn conclusie suggereert, moeten de gestelde vragen in casu worden geherformuleerd door ze te groeperen wanneer zij betrekking hebben op een gemeenschappelijke problematiek waarover de verwijzende rechter duidelijkheid wenst te verkrijgen.
- 58 Dienaangaande is het zo dat de derde tot en met de zevende en de negende vraag betrekking hebben op de criteria die relevant zijn om te bepalen of twee ondernemingen die op onderscheiden productmarkten actief zijn zich in een situatie van potentiële mededinging bevinden. De elfde vraag heeft betrekking op de begrippen „agentuurovereenkomst” en „verticale overeenkomst”. De tiende vraag betreft de voorwaarden waaronder een mededingingsbeperking kan worden beschouwd als een nevenrestrictie bij een overeenkomst die geen mededingingsbeperkend doel heeft. De eerste en de achtste vraag kunnen ook samen worden behandeld, aangezien zij betrekking hebben op het onderscheid tussen de begrippen „mededingingsbeperking naar strekking” en „mededingingsbeperking naar gevolg”.

Derde tot en met zevende en negende vraag: begrip „potentiële mededinging”

- 59 Met zijn derde tot en met zevende en negende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of en onder welke voorwaarden artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een onderneming die een netwerk van detailhandelaars in consumentengoederen beheert, op de elektriciteitsmarkt kan worden beschouwd als een potentiële concurrent van een elektriciteitsleverancier met wie zij een partnerovereenkomst met een concurrentiebeding heeft gesloten, ook al is die onderneming niet actief op die productmarkt.
- 60 Om te beoordelen of een onderneming die niet op een markt aanwezig is, in een verhouding staat van potentiële mededinging met een of meer reeds op die markt aanwezige ondernemingen, moet volgens vaste rechtspraak worden nagegaan of er reële en concrete mogelijkheden bestaan dat eerstgenoemde onderneming tot die markt toetreedt en de concurrentie aangaat met de laatstgenoemde(n) [arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 61 Wanneer het gaat om een overeenkomst die tot gevolg heeft dat een onderneming tijdelijk van de markt wordt gehouden, moet dus worden nagegaan of er voor deze onderneming zonder die overeenkomst reële en concrete mogelijkheden zouden zijn geweest om tot die markt toe te treden en met de op die markt gevestigde ondernemingen te concurreren [arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 37].
- 62 Dat criterium sluit uit dat de vaststelling van een potentiële concurrentieverhouding kan voortvloeien uit de louter hypothetische mogelijkheid van een dergelijke toetreding of uit de loutere wil van de onderneming die niet aanwezig is op de markt in kwestie. Omgekeerd vereist die vaststelling geenszins dat met zekerheid wordt aangetoond dat deze onderneming daadwerkelijk deze markt zal betreden en nog minder dat zij vervolgens in staat zal zijn zich er te handhaven [arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 38].
- 63 Het bewijs van potentiële mededinging moet dus worden onderbouwd met een geheel van onderling overeenstemmende feitelijke gegevens, waarbij er rekening wordt gehouden met de structuur van de markt en met de economische en juridische context die de werking ervan beheerst, hetgeen ertoe strekt aan te tonen dat de betrokken onderneming zonder de overeenkomst reële en concrete mogelijkheden zou hebben gehad om tot de markt in kwestie toe te treden [zie in die zin arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 39].
- 64 In het arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a. (C-307/18, EU:C:2020:52, punt 58), heeft het Hof aldus rekening gehouden met de specifieke kenmerken van de geneesmiddelenmarkt en met de economische en juridische context van die markt, om in wezen te oordelen dat een fabrikant van generieke geneesmiddelen moet worden beschouwd als een potentiële concurrent van een fabrikant van oorspronkelijke geneesmiddelen die houder is van farmaceutische octrooien op het betreffende geneesmiddel, wanneer hij het vaste voornemen heeft en zelf in staat is om de markt in kwestie te betreden.
- 65 Zoals de advocaat-generaal in punt 55 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan, anders dan verzoeksters in het hoofdgeding betogen, de uitlegging van het begrip „potentiële mededinging” die het Hof in het in het vorige punt genoemde arrest heeft gegeven, niet worden geacht algemeen toepasselijk te zijn. Een dergelijk bewijsniveau vereisen om aan te tonen dat de

betrokken onderneming zonder de overeenkomst reële en concrete mogelijkheden zou hebben gehad om tot de markt in kwestie toe te treden, berust immers op een analyse die specifiek is voor de geneesmiddelenmarkten die aan de orde waren in de zaak die tot dat arrest heeft geleid.

- 66 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst in de tijd samenviel met een cruciale fase in de liberalisering van de markt voor de levering van elektriciteit, waarbij de gereguleerde tarieven voor normale laagspanning eind 2012 uitdoofden. Toen was een vergunning om activiteiten op die markt te ontwikkelen niet langer vereist. De EDP-groep heeft getracht om op de geliberaliseerde nationale markt een groot aantal klanten aan te trekken door te profiteren van een periode waarin op deze markt de meeste laagspanningsklanten nog geen overstap hadden gemaakt. Uit die beschrijving blijkt dus dat, onder voorbehoud van de verificaties die uitsluitend onder de bevoegdheid van de verwijzende rechter vallen, de specifieke economische en juridische context van deze markt niet kan worden vergeleken met de geneesmiddelenmarkt, die sterk gereguleerd is en toetredingsdrempels heeft, zoals octrooien ter bescherming van de geneesmiddelen.
- 67 In deze context vraagt de verwijzende rechter het Hof in wezen naar de relevantie van bepaalde aanwijzingen die in aanmerking kunnen worden genomen om aan te tonen dat er sprake is van potentiële mededinging. In het bijzonder vraagt hij het Hof of rekening moet worden gehouden met wat de partijen bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst – vóór zij deze overeenkomst ondertekenden – als intentie hadden waar het gaat om de activiteiten van de entiteiten van de groep waarvan de niet op de markt in kwestie aanwezige onderneming deel uitmaakte, of om de activiteiten van deze onderneming op die markt en op de upstream- of aanverwante markten, alsook met wat destijds hun perceptie was van deze activiteiten. Tevens vraagt hij het Hof of rekening moet worden gehouden met de voorbereidende stappen van die onderneming om de markt in kwestie te betreden.
- 68 Het staat weliswaar aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de gegevens waarover hij beschikt in dit geval relevant zijn, maar het Hof kan hem in dit verband een aantal nuttige aanwijzingen verschaffen.
- 69 Wat in de eerste plaats de relevantie van subjectief bewijsmateriaal betreft, heeft het Hof, overeenkomstig hetgeen in punt 63 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, reeds geoordeeld dat het bewijs van potentiële mededinging moet worden onderbouwd met een geheel van onderling overeenstemmende feitelijke gegevens, waarbij er rekening wordt gehouden met de structuur van de markt en met de economische en juridische context die de werking ervan beheerst. Een subjectieve aanwijzing, zoals de loutere wil van de onderneming die niet op de markt in kwestie aanwezig is om deze markt te betreden of het beeld over die onderneming dat leeft bij de reeds op die markt actieve onderneming, kan dus geen autonome, beslissende of onmisbare aanwijzing vormen om potentiële mededinging aan te tonen.
- 70 Zoals de advocaat-generaal in punt 66 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, staat er niettemin niets aan in de weg dat subjectief bewijsmateriaal in aanmerking wordt genomen om objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen te onderbouwen, en aldus het bewijs te versterken dat er reële en concrete mogelijkheden bestaan om de markt in kwestie te betreden.
- 71 Wat meer in het bijzonder de perceptie betreft die een reeds op de markt aanwezige onderneming heeft van de onderneming waarmee zij een overeenkomst heeft gesloten die erin voorziet dat laatstgenoemde onderneming buiten die markt wordt gehouden, zij opgemerkt, zoals de advocaat-generaal dit heeft gedaan in punt 73 van zijn conclusie, dat het sluiten van een

dergelijke overeenkomst een sterke aanwijzing vormt dat er sprake is van potentiële mededinging. Mochten de partijen bij een niet-concurrentieovereenkomst elkaar niet beschouwen als potentiële concurrenten, zouden zij in beginsel geen enkele reden hebben om een dergelijke overeenkomst te sluiten. Deze aanwijzing kan dus nuttig zijn om objectieve gegevens te staven die aantonen dat er voor de niet op de markt aanwezige onderneming reële en concrete mogelijkheden zijn om die markt te betreden.

- 72 Wat in de tweede plaats de activiteiten – vóór de ondertekening van de aan de orde zijnde overeenkomst – betreft van de entiteiten van de groep waarvan deze onderneming deel uitmaakt, alsook de activiteiten van deze onderneming op de markt in kwestie en op de upstream- en aanverwante markten, moet worden geoordeeld dat dergelijke factoren ook in aanmerking kunnen worden genomen bij de vaststelling van potentiële mededinging. Het is juist dat het bestaan van reële en concrete mogelijkheden om de markt in kwestie te betreden, moet worden beoordeeld ten tijde van de sluiting van de betreffende overeenkomst, zodat aanwijzingen over omstandigheden die zich na het sluiten van die overeenkomst hebben voorgedaan, logischerwijs zijn uitgesloten. Hetzelfde geldt echter niet voor de eerdere economische activiteiten op de markt in kwestie of op de upstream- of aanverwante markten van entiteiten van de groep waartoe de niet op die markt aanwezige onderneming behoort of van deze onderneming op deze markten. Dergelijke activiteiten kunnen met name relevant zijn om eventuele toetredingsdrempels of de structuur van de markt te bepalen, of aanwijzingen vormen voor een potentiële levensvatbare economische strategie om de markt in kwestie te betreden.
- 73 In casu merkt de verwijzende rechter op dat Sodesa, waarover de Sonae-groep en Endesa – de gevestigde onderneming op de Spaanse markt voor de productie en levering van elektriciteit – gezamenlijk zeggenschap hadden, in Portugal actief was op de markt voor de levering van elektriciteit van 2002 tot en met 2008. Voorts heeft de Sonae-groep via een van haar entiteiten een onderneming verworven die eigenaar en exploitant was van een warmte-krachtkoppelingcentrale. Bovendien produceerde Modelo Continente ten tijde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst elektriciteit door middel van mini- en micro-installaties op het dak van haar verkoopruimten en verkocht zij deze elektriciteit aan de noodleverancier. Wat ten slotte verwante markten betreft, wijst de rechter er ook op dat Modelo Continente met een distributeur van vloeibare brandstoffen een overeenkomst voor wederzijdse kortingen heeft gesloten die vergelijkbaar is met de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst.
- 74 Zoals de advocaat-generaal in punt 78 van zijn conclusie heeft opgemerkt, moet in dit verband worden geoordeeld dat er rekening kan worden gehouden met de economische activiteiten van de verschillende entiteiten van de groep op de markt in kwestie van vóór de ondertekening van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst, aangezien zij relevante feitelijke elementen vormen die kunnen duiden op potentiële mededinging, los van de vraag of de Sonae-groep als één enkele onderneming in de zin van het mededingingsrecht kon worden beschouwd. Naast het feit dat er sprake is van de mogelijke ontwikkeling of overdracht van knowhow die nuttig is om de markt in kwestie te betreden, kunnen dergelijke gegevens met name relevant zijn om te beoordelen of het voor de betrokken onderneming economisch haalbaar zou kunnen zijn om die markt te betreden. Dit kan met name het geval zijn wanneer de onderneming reeds heeft aangetoond dat zij in staat is haar sterke aanwezigheid op een bepaalde geografische markt te gebruiken om nieuwe activiteitensectoren te betreden via partnerschappen met ondernemingen die reeds actief zijn op de productmarkten in kwestie. In dezelfde zin kan

rekening worden gehouden met de activiteiten van de betrokken onderneming op markten die verwant zijn met de markt in kwestie, indien daarmee kan worden aangetoond dat er voor die onderneming reële en concrete mogelijkheden zijn om die markt te betreden.

- 75 Wat in de derde plaats de relevantie betreft van de voorbereidende stappen van de betrokken onderneming om de markt in kwestie te betreden, is het zo dat deze, zoals de advocaat-generaal in punt 69 van zijn conclusie heeft opgemerkt, geen opzichzelfstaand vereiste kunnen vormen om aan te tonen dat er sprake is van potentiële mededinging. Dergelijke stappen zijn namelijk enkel relevant voor zover zij nuttig kunnen zijn om aan te tonen dat de betrokken onderneming reële en concrete mogelijkheden had om de markt in kwestie te betreden. Er kan dan ook niet worden geoordeeld dat het noodzakelijk is dat wordt aangetoond dat de betrokken onderneming voorbereidende stappen heeft ondernomen om als potentiële concurrent op de markt in kwestie te worden beschouwd.
- 76 Hoe dan ook hangt het eventuele belang van dergelijke stappen om de markt in kwestie te betreden met name af van de structuur van deze markt en van de economische en juridische context die de werking ervan beheerst. Zo heeft het Hof in wezen geoordeeld dat dergelijke stappen belangrijk kunnen zijn wanneer deze markt, net als de geneesmiddelenmarkt, talrijke toetredingsdrempels heeft [zie in die zin arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 43].
- 77 Gelet op een en ander moet op de derde tot en met de zevende en de negende vraag worden geantwoord dat artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een onderneming die een netwerk van detailhandelaars in consumentengoederen beheert, op de elektriciteitsmarkt moet worden beschouwd als een potentiële concurrent van een elektriciteitsleverancier met wie zij een partnerschapsovereenkomst met een concurrentiebeding heeft gesloten, ook al is die onderneming ten tijde van de sluiting van die overeenkomst niet actief op die markt, wanneer aan de hand van een geheel van onderling overeenstemmende feitelijke gegevens, waarbij er rekening wordt gehouden met de structuur van de markt en met de economische en juridische context die de werking ervan beheerst, wordt aangetoond dat er voor die onderneming reële en concrete mogelijkheden bestaan om tot die markt toe te treden en de concurrentie aan te gaan met die leverancier.

Elfde vraag: onderscheid tussen verticale en horizontale overeenkomsten

- 78 Met zijn elfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 101, lid 3, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 1, lid 1, onder a), van verordening nr. 330/2010, aldus moet worden uitgelegd dat een zakelijke partnerschapsovereenkomst tussen twee ondernemingen die actief zijn op verschillende productmarkten die geen upstream- of downstreammarkten van elkaar zijn, wordt gecategoriseerd als „verticale overeenkomst” en „agentuurovereenkomst” wanneer die overeenkomst ertoe strekt de verkoop van de producten van deze beide ondernemingen verder uit te bouwen door middel van een systeem van promoties en wederzijdse kortingen, waarbij elk van deze ondernemingen een deel van de aan de implementatie van dat partnerschap verbonden kosten draagt.
- 79 Vooraf zij opgemerkt, zoals de advocaat-generaal heeft gedaan in punt 98 van zijn conclusie, dat het aan de verwijzende rechter staat om los van de aard van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst te beoordelen of het concurrentiebeding de mededinging

beperkt, in het bijzonder tegen de achtergrond van de vraag of dit concurrentiebeding een nevenrestrictie bij die overeenkomst is. Deze vraag moet dus uitsluitend vanuit die hypothese worden beantwoord.

- 80 Voorts voorziet artikel 101, lid 3, VWEU in een vrijstelling van de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU voor overeenkomsten die voldoende voordelen bieden om de concurrentiebeperkende effecten te compenseren. Voor de toepassing van artikel 101, lid 3, VWEU stelt verordening nr. 330/2010 voor bepaalde groepen overeenkomsten de voorwaarden vast waaronder de in die bepaling bedoelde vrijstelling kan worden toegepast. De verwijzende rechter moet dus niet alleen nagaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst onder een van de aldus omschreven categorieën overeenkomsten valt, maar ook – in voorkomend geval – of daadwerkelijk is voldaan aan alle voorwaarden van die verordening opdat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst in aanmerking komt voor de uitzondering waarin die bepaling voorziet.
- 81 Na deze verduidelijking zij opgemerkt dat artikel 1, lid 1, onder a), van verordening nr. 330/2010 het begrip „verticale overeenkomst” definieert als „een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen”.
- 82 De richtsnoeren inzake verticale beperkingen rekenen agentuurovereenkomsten tot de verticale overeenkomsten die in het algemeen niet onder artikel 101, lid 1, VWEU vallen en definiëren deze overeenkomsten als overeenkomsten waarbij een agent namens een andere persoon, de principaal, de bevoegdheid krijgt contracten te onderhandelen en/of te sluiten betreffende onder andere de verkoop van door die principaal geleverde goederen of diensten. Volgens punt 13 van de richtsnoeren is de bepalende factor om te kunnen spreken van een agentuurovereenkomst met het oog op de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU het financiële of commerciële risico dat de agent draagt in verband met de activiteiten waarvoor hij door de principaal als agent is aangewezen. Met andere woorden, voor de toepassing van deze bepaling wordt een overeenkomst als een agentuurovereenkomst beschouwd indien de agent geen of slechts minieme risico's draagt in het kader van de contracten waarover hij onderhandelt of die hij sluit namens de principaal.
- 83 In casu betogen verzoeksters in het hoofdgeding dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst moet worden opgevat als twee wederzijdse agentuurovereenkomsten, aangezien elk van de wederpartijen ermee belast is de verkoop van de andere contractpartij te bevorderen. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt echter dat de kosten voor de uitvoering van het „Programma EDP Continente” gelijkelijk werden gedragen door de partijen bij deze partnerschapsovereenkomst.
- 84 Dienaangaande volgt uit de punten 81 en 82 van dit arrest dat een overeenkomst niet als agentuurovereenkomst kan worden aangemerkt wanneer de risico's die verbonden zijn aan de verrichtingen waarin zij voorziet, tussen de wederpartijen worden verdeeld. Een dergelijke kwalificatie kan evenmin worden aanvaard wanneer de wederpartijen, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedragingen in kwestie, niet binnen dezelfde productie- of distributieketen actief zijn.

- 85 Het staat echter uitsluitend aan de verwijzende rechter om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst te kwalificeren, rekening houdend met alle voorgaande verduidelijkingen.
- 86 Gelet op het voorgaande moet op de elfde vraag worden geantwoord dat artikel 101, lid 3, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 1, lid 1, onder a), van verordening nr. 330/2010, aldus moet worden uitgelegd dat een zakelijke partnerschapsovereenkomst tussen twee ondernemingen die actief zijn op verschillende productmarkten die geen upstream- of downstreammarkten van elkaar zijn, niet wordt gecategoriseerd als „verticale overeenkomst” en „agentuurovereenkomst” wanneer die overeenkomst ertoe strekt de verkoop van de producten van deze beide ondernemingen verder uit te bouwen door middel van een systeem van promoties en wederzijdse kortingen, waarbij elk van deze ondernemingen een deel van de aan de implementatie van dat partnerschap verbonden kosten draagt.

Tiende vraag: begrip „nevenrestrictie”

- 87 Met zijn tiende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een concurrentiebeding dat is opgenomen in een zakelijke partnerschapsovereenkomst tussen twee op verschillende productmarkten actieve ondernemingen waarmee wordt beoogd om de verkoop van de producten van die beide ondernemingen verder uit te bouwen door een systeem van promoties en wederzijdse kortingen, kan worden beschouwd als een nevenrestrictie bij die partnerschapsovereenkomst.
- 88 Wanneer een bepaalde transactie of activiteit niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU valt omdat zij geen invloed of een positieve invloed heeft op de mededinging, valt een beperking van de commerciële autonomie van een of meer partijen bij die transactie of die activiteit volgens vaste rechtspraak evenmin onder dit verbod indien die beperking objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van die transactie of activiteit en evenredig is aan de doelstelling ervan (zie in die zin arresten van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 89, en 23 januari 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a., C-179/16, EU:C:2018:25, punt 69).
- 89 Wanneer het bestaan of de doelstellingen van de primaire transactie of activiteit in het gedrang komen bij gebreke van die beperking, moet de verenigbaarheid van die beperking met artikel 101 VWEU dan ook samen worden onderzocht met de verenigbaarheid van de primaire transactie of activiteit waarvan zij de nevenrestrictie vormt, ook al kan die restrictie – afzonderlijk beschouwd – op het eerste gezicht onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU lijken te vallen (zie in die zin arresten van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 90, en 23 januari 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a., C-179/16, EU:C:2018:25, punt 70).
- 90 Om te bepalen of een mededingingsversturende restrictie aan het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde verbod kan ontsnappen omdat zij een nevenrestrictie vormt van een primaire transactie die de mededinging niet beperkt, moet worden nagegaan of deze transactie nog zou kunnen worden uitgevoerd zonder de betrokken beperking. Het feit dat die transactie zonder de restrictie in kwestie gewoon moeilijker te realiseren of zelfs minder winstgevend is, leidt er niet toe dat die restrictie objectief noodzakelijk is, hetgeen zij moet zijn om als nevenrestrictie te kunnen worden aangemerkt. Een dergelijke uitlegging zou namelijk erop neerkomen dat dit begrip wordt uitgebreid tot beperkingen die niet strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de primaire transactie. Een dergelijk resultaat zou afdoen aan de nuttige werking van het in

artikel 101, lid 1, VWEU vervatte verbod (zie in die zin arresten van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 91, en 23 januari 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a., C-179/16, EU:C:2018:25, punt 71).

- 91 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat elk van de wederpartijen bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst zich er op grond van het daarin opgenomen concurrentiebeding toe heeft verbonden om voor een periode van twee jaar, te weten een jaar langer dan de voor die partnerschapsovereenkomst vastgestelde looptijd, direct of indirect geen activiteiten te ontwikkelen op de markt waarop de andere contractpartij actief was. Wat meer in het bijzonder de markt voor de levering van elektriciteit betreft, was dit concurrentiebeding – in tegenstelling tot de partnerschapsovereenkomst – niet louter beperkt tot de levering van laagspanningsstroom, maar gold het ook voor de levering van elektriciteit voor middelhoge en hoge spanning aan industriële afnemers. Dit beding verbood Modelo Continente ook om met een andere elektriciteitsleverancier te onderhandelen of een overeenkomst te sluiten die ertoe strekte of ten gevolge had dat kortingen of andere vermogensvoordelen in verband met de levering van elektriciteit werden toegekend.
- 92 Verzoeksters in het hoofdgeding betogen dat het concurrentiebeding van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst enkel tot doel had de partijen bij deze overeenkomst te beletten om commercieel gevoelige informatie, uitgewisseld met het oog op de uitvoering van het „Programma EDP Continente”, in hun eigen voordeel te gebruiken, en dat deze informatie met name betrekking had op het consumptiepatroon voor elektriciteit van de afnemers die partij waren bij het „Programma EDP Continente”. De clausules inzake vertrouwelijkheid, bescherming van intellectuele eigendom en gegevensbescherming volstonden naar hun mening niet om de gedane investeringen en de gedeelde knowhow te beschermen. Met het in het hoofdgeding aan de orde zijnde concurrentiebeding kon dit risico wel worden gedekt.
- 93 In dit verband staat het aan de verwijzende rechter om te beoordelen of dit concurrentiebeding objectief noodzakelijk was voor de uitvoering van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst en of het beding evenredig was aan de doelstellingen van die overeenkomst. Daartoe moet met name worden nagegaan of de partijen bij deze overeenkomst die doelstellingen hadden kunnen bereiken door bij het sluiten van de overeenkomst gebruik te maken van een oplossing die de mededinging minder beperkt. Hierbij kan de verwijzende rechter met name rekening houden met de reikwijdte van het concurrentiebeding om na te gaan of deze overeenkomst met het doel en de temporele werkingsfeer van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst.
- 94 Uit het voorgaande volgt dat op de tiende vraag moet worden geantwoord dat artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een concurrentiebeding dat is opgenomen in een zakelijke partnerschapsovereenkomst tussen twee op verschillende productmarkten actieve ondernemingen waarmee wordt beoogd om de verkoop van de producten van die beide ondernemingen verder uit te bouwen door een systeem van promoties en wederzijdse kortingen, niet kan worden beschouwd als een nevenrestrictie bij die partnerschapsovereenkomst, tenzij de uit dat beding voortvloeiende beperking objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van die partnerschapsovereenkomst en evenredig is aan de doelstellingen ervan.

Eerste en achtste vraag: onderscheid tussen „mededingingsbeperking naar strekking” en „mededingingsbeperking naar gevolg”

- 95 Met zijn eerste en achtste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een in een zakelijke partnerschapsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding waarbij het een van de partijen bij deze overeenkomst met name wordt verboden om toe te treden tot de nationale markt voor de levering van elektriciteit waarop de wederpartij bij die overeenkomst een belangrijke marktdeelnemer is, en waarbij dit verbod geldt in de laatste fasen van de liberalisering van die markt, een overeenkomst vormt die ertoe strekt de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen, ook al behalen de consumenten bepaalde voordelen uit die overeenkomst en is dat concurrentiebeding beperkt in de tijd.
- 96 Volgens artikel 101, lid 1, VWEU zijn onverenigbaar met de interne markt en verboden, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
- 97 Een overeenkomst valt slechts onder het verbod van dat artikel wanneer zij „ertoe [strekt] of ten gevolge [heeft]” dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Volgens vaste rechtspraak van het Hof sinds het arrest van 30 juni 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38), volgt uit het alternatieve karakter van deze voorwaarde, dat blijkt uit het voegwoord „of”, dat eerst moet worden gelet op de strekking van de overeenkomst (zie in die zin arresten van 26 november 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 18 november 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, punten 54 en 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Wanneer de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst vaststaat, behoeven de gevolgen daarvan voor de mededinging dus niet te worden onderzocht (arrest van 29 juni 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 98 Bovendien moet het begrip „beperking van de mededinging naar strekking” restrictief worden uitgelegd. Dit begrip kan dus uitsluitend worden toegepast op bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen, die dermate schadelijk zijn voor de mededinging dat de effecten ervan niet hoeven te worden onderzocht (arrest van 29 juni 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 99 Uit bepaalde collusiepraktijken tussen ondernemingen blijkt op zich, gelet op de bewoordingen, de doelstellingen en de economische en juridische context ervan, dat zij in voldoende mate schadelijk zijn voor de mededinging dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht, aangezien bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging [zie in die zin arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 100 Tot die collusiepraktijken, die onder de categorie beperkingen naar strekking kunnen vallen, behoren onder meer marktverdelingsovereenkomsten. Dergelijke overeenkomsten vormen namelijk bijzonder ernstige schendingen van het mededingingsrecht (zie in die zin arresten van 5 december 2013, Solvay Solexis/Commissie, C-449/11 P, EU:C:2013:802, punt 82, en 4 september 2014, YKK e.a./Commissie, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punt 26), aangezien zij

op zich een mededingingsbeperkend doel hebben en behoren tot een groep overeenkomsten die uitdrukkelijk door artikel 101, lid 1, VWEU zijn verboden. Een dergelijk doel kan immers niet worden gerechtvaardigd op basis van een analyse van de economische context waarin de betrokken mededingingsverstoringe gedragingen worden verricht (zie in die zin arrest van 20 januari 2016, *Toshiba Corporation/Commissie*, C-373/14 P, EU:C:2016:26, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 101 Hetzelfde geldt voor marktuitsluitingsovereenkomsten, die tot doel hebben de potentiële mededinging uit te schakelen en de vrije mededinging te verhinderen door een potentiële concurrent buiten de betrokken markt te houden.
- 102 In een dergelijk geval kan de analyse van de economische en juridische context van een dergelijke overeenkomst worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om te kunnen besluiten dat er sprake is van een mededingingsbeperkende strekking (zie in die zin arrest van 20 januari 2016, *Toshiba Corporation/Commissie*, C-373/14 P, EU:C:2016:26, punt 29). In dit verband kan de mededingingsbeperkende strekking van die overeenkomst dus worden bevestigd door de omstandigheid dat zij tot stand is gekomen in de specifieke context van liberalisering van de markt, hetgeen het wegnemen van belangrijke toetredingsdrempels impliceert.
- 103 Voorts heeft het Hof ook geoordeeld dat wanneer de partijen bij een overeenkomst zich beroepen op de mededingingsbevorderende gevolgen van de overeenkomst, met deze gevolgen voor de kwalificatie ervan als „beperking naar strekking” naar behoren rekening moet worden gehouden als aspecten van de context van deze overeenkomst, aangezien zij de algehele beoordeling van de mate waarin de collusie de mededinging nadelig heeft beïnvloed, en bijgevolg de kwalificatie ervan als „beperking naar strekking”, op de helling kunnen zetten (arrest van 12 januari 2023, *HSBC Holdings e.a./Commissie*, C-883/19 P, EU:C:2023:11, punt 139 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 104 Het loutere bestaan van mededingingsbevorderende gevolgen volstaat echter niet om een dergelijke kwalificatie uit te sluiten. Enkel indien deze gevolgen bewezen, relevant, specifiek voor de overeenkomst in kwestie en voldoende groot zijn, zodat er redelijkerwijs kan worden betwijfeld of die overeenkomst in voldoende mate schadelijk is voor de mededinging, moet de kwalificatie als beperking naar strekking terzijde worden geschoven [zie in die zin arrest van 30 januari 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, punten 103, 105-107].
- 105 In casu dient de verwijzende rechter rekening te houden met de door hem in de verwijzingsbeslissing genoemde omstandigheid dat de toepassing van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde concurrentiebeding samenviel met de specifieke context van de laatste fase van de liberalisering van de markt voor de levering van elektriciteit in Portugal. Evenzo staat het aan de verwijzende rechter om, indien het concurrentiebeding geen nevenrestrictie was bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde partnerschapsovereenkomst, na te gaan of de mededingingsbevorderende gevolgen waarop verzoeksters in het hoofdgeding zich beroepen, daadwerkelijk eigen waren aan dat beding en niet louter verband hielden met die overeenkomst.
- 106 Gelet op een en ander dient op de eerste en de achtste vraag te worden geantwoord dat artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een in een zakelijke partnerschapsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding waarbij het een van de partijen bij deze overeenkomst met name wordt verboden om toe te treden tot de nationale markt voor de levering van elektriciteit waarop de wederpartij bij die overeenkomst een belangrijke marktdeelnemer is, en waarbij dit verbod geldt in de laatste fasen van de liberalisering van die markt, een overeenkomst vormt die ertoe

strekt de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen, ook al behalen de consumenten bepaalde voordelen uit die overeenkomst en is dat concurrentiebeding beperkt in de tijd, voor zover uit een analyse van de inhoud van dat beding en de economische en juridische context ervan blijkt dat het beding dermate schadelijk is voor de mededinging dat de gevolgen ervan niet hoeven te worden onderzocht.

Kosten

- 107 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 101, lid 1, VWEU

moet aldus worden uitgelegd dat

een onderneming die een netwerk van detailhandelaars in consumentengoederen beheert, op de elektriciteitsmarkt moet worden beschouwd als een potentiële concurrent van een elektriciteitsleverancier met wie zij een partnerschapsovereenkomst met een concurrentiebeding heeft gesloten, ook al is die onderneming ten tijde van de sluiting van die overeenkomst niet actief op die markt, wanneer aan de hand van een geheel van onderling overeenstemmende feitelijke gegevens, waarbij er rekening wordt gehouden met de structuur van de markt en met de economische en juridische context die de werking ervan beheerst, wordt aangetoond dat er voor die onderneming reële en concrete mogelijkheden bestaan om tot die markt toe te treden en de concurrentie aan te gaan met die leverancier.

- 2) Artikel 101, lid 3, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 1, lid 1, onder a), van verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, [VWEU] op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen,**

moet aldus worden uitgelegd dat

een zakelijke partnerschapsovereenkomst tussen twee ondernemingen die actief zijn op verschillende productmarkten die geen upstream- of downstreammarkten van elkaar zijn, niet wordt gecategoriseerd als „verticale overeenkomst” en „agentuurovereenkomst” wanneer die overeenkomst ertoe strekt de verkoop van de producten van deze beide ondernemingen verder uit te bouwen door middel van een systeem van promoties en wederzijdse kortingen, waarbij elk van deze ondernemingen een deel van de aan de implementatie van dat partnerschap verbonden kosten draagt.

3) Artikel 101, lid 1, VWEU

moet aldus worden uitgelegd dat

een concurrentiebeding dat is opgenomen in een zakelijke partnerschapsovereenkomst tussen twee op verschillende productmarkten actieve ondernemingen waarmee wordt beoogd om de verkoop van de producten van die beide ondernemingen verder uit te bouwen door een systeem van promoties en wederzijdse kortingen, niet kan worden beschouwd als een nevenrestrictie bij die partnerschapsovereenkomst, tenzij de uit dat beding voortvloeiende beperking objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van die partnerschapsovereenkomst en evenredig is aan de doelstellingen ervan.

4) Artikel 101, lid 1, VWEU

moet aldus worden uitgelegd dat

een in een zakelijke partnerschapsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding waarbij het een van de partijen bij deze overeenkomst met name wordt verboden om toe te treden tot de nationale markt voor de levering van elektriciteit waarop de wederpartij bij die overeenkomst een belangrijke marktdeelnemer is, en waarbij dit verbod geldt in de laatste fasen van de liberalisering van die markt, een overeenkomst vormt die ertoe strekt de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen, ook al behalen de consumenten bepaalde voordelen uit die overeenkomst en is dat concurrentiebeding beperkt in de tijd, voor zover uit een analyse van de inhoud van dat beding en de economische en juridische context ervan blijkt dat het beding dermate schadelijk is voor de mededinging dat de gevolgen ervan niet hoeven te worden onderzocht.

ondertekeningen