



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

19 januari 2023*

„Prejudiciële verwijzing – Mededinging – Artikel 102 VWEU – Machtspositie – Toerekening aan de producent van gedragingen van zijn distributeurs – Bestaan van contractuele banden tussen de producent en de distributeurs – Begrip ‚economische eenheid‘ – Werkings sfeer – Misbruik – Exclusiviteitsclausule – Noodzaak om de gevolgen voor de markt aan te tonen”

In zaak C-680/20,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 7 december 2020, ingekomen bij het Hof op 15 december 2020, in de procedure

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

tegen

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

in tegenwoordigheid van:

La Bomba Snc,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: E. Regan (rapporteur), kamerpresident, D. Gratsias, M. Ilešič, I. Jarukaitis en Z. Csehi, rechters,

advocaat-generaal: A. Rantos,

griffier: C. Di Bella, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 3 maart 2022,

* Procestaal: Italiaans.

gelet op de opmerkingen van:

- Unilever Italia Mkt. Operations Srl, vertegenwoordigd door G. Bitonto, S. Borocci, S. Lembo, L. Perfetti, C. Tesauro en C. Thomas, avvocati,
- de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, vertegenwoordigd door F. Sclafani, avvocato dello Stato,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,
- de Griekse regering, vertegenwoordigd door K. Boskovits als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Conte, N. Khan en C. Sjödin als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 14 juli 2022,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 101 en 102 VWEU.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Unilever Italia Mkt. Operations Srl (hierna: „Unilever”) en de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (mededingings- en marktautoriteit, Italië; hierna: „AGCM”) over een door deze autoriteit aan de genoemde onderneming opgelegde sanctie wegens misbruik van een machtspositie op de Italiaanse markt van de distributie van voorverpakte ijsjes aan bepaalde soorten handelszaken, waaronder strandpaviljoens en cafés.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 3 Unilever is actief in de productie en verkoop van algemene verbruiksgoederen, waaronder voorverpakte ijsjes, die op de markt worden gebracht onder de merken „Algida” en „Carte d’Or”. In Italië distribueert Unilever deze voorverpakte ijsjes voor consumptie „buitenshuis”, te weten buiten de woning van de consument, in bars, cafés, sportclubs, zwembaden of andere ontspanningsgelegenheden (hierna: „verkooppunten”), via een netwerk van 150 distributeurs.
- 4 Op 3 april 2013 heeft een concurrerende onderneming bij de AGCM een klacht ingediend wegens misbruik van een machtspositie door Unilever op de markt van voorverpakte ijsjes. De AGCM heeft een onderzoek ingesteld.
- 5 In de loop van haar onderzoek was de AGCM onder andere tot de bevinding gekomen dat zij niet verplicht was in te gaan op de economische analyses die Unilever had overgelegd om aan te tonen dat de onderzochte praktijken geen uitsluitingseffect hadden op haar even efficiënte

concurrenten, op grond dat deze analyses volstrekt irrelevant waren in geval van exclusiviteitsclausules, aangezien het gebruik van dergelijke clausules door een onderneming met een machtspositie volstaat om misbruik van die positie vast te stellen.

- 6 Bij besluit van 31 oktober 2017 heeft de AGCM zich op het standpunt gesteld dat Unilever in strijd met artikel 102 VWEU misbruik had gemaakt van haar machtspositie op de markt voor de verkoop van voorverpakte ijsjes voor consumptie buitenshuis.
- 7 Uit dat besluit blijkt dat Unilever op de relevante markt een uitsluitingsstrategie heeft gevoerd die haar concurrenten in hun groei kon belemmeren. Deze strategie berustte voornamelijk op de oplegging – door de distributeurs van Unilever – van exclusiviteitsclausules aan de exploitanten van verkooppunten, waardoor zij verplicht waren om al hun bestellingen van voorverpakte ijsjes uitsluitend bij Unilever te plaatsen. Als tegenprestatie genoten deze exploitanten een groot aantal kortingen en commissies, waarvan de toekenning afhankelijk was van voorwaarden inzake de omzet of de verkoop van een bepaald assortiment Unilever-producten. Deze kortingen en commissies, die in uiteenlopende combinaties en op verschillende wijzen aan vrijwel alle klanten van Unilever werden toegekend, dienden de exploitanten ertoe aan te zetten zich uitsluitend bij die onderneming te blijven bevoorraden, door hen te ontmoedigen om hun overeenkomst op te zeggen teneinde zich bij concurrenten van Unilever te bevoorraden.
- 8 Twee aspecten van het besluit van de AGCM van 31 oktober 2017 zijn in het bijzonder van belang voor de onderhavige prejudiciële verwijzing.
- 9 Ten eerste was de AGCM, hoewel de gedragingen die misbruik opleveren feitelijk niet door Unilever maar door haar distributeurs zijn verricht, van mening dat deze gedragingen uitsluitend aan Unilever moesten worden toegerekend, op grond dat laatstgenoemde en haar distributeurs een en dezelfde economische entiteit vormden. Unilever mengt zich immers in zekere mate in het handelsbeleid van de distributeurs, zodat deze laatsten niet onafhankelijk handelden toen zij exclusiviteitsclausules oplegden aan de exploitanten van verkooppunten.
- 10 Ten tweede heeft de AGCM geoordeeld dat het gedrag van Unilever er in het licht van de specifieke kenmerken van de relevante markt, en met name de beperkte ruimte in de verkooppunten en de doorslaggevende rol die de omvang van het aanbod in deze verkooppunten heeft bij de keuze van de consument, toe had geleid dat het concurrerende marktdeelnemers onmogelijk of op zijn minst moeilijk werd gemaakt om mededinging op basis van de verdiensten van hun producten aan te gaan.
- 11 Bijgevolg heeft de AGCM bij haar besluit van 31 oktober 2017 Unilever een boete van 60 668 580 EUR opgelegd omdat er in strijd met artikel 102 VWEU sprake was van misbruik van een machtspositie.
- 12 Unilever heeft tegen dat besluit beroep ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië), die dit beroep in zijn geheel heeft verworpen.
- 13 Unilever heeft tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).

- 14 Ter ondersteuning van dit hoger beroep betoogt Unilever dat de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio had moeten vaststellen dat het besluit van de AGCM van 31 oktober 2017 gebreken vertoonde ten aanzien van, ten eerste, de toerekenbaarheid aan Unilever van de door haar distributeurs verrichte gedragingen en, ten tweede, de gevolgen van de betrokken gedragingen, die volgens haar de mededinging niet konden verstoren.
- 15 De verwijzende rechter verklaart dat hij twijfels koestert over de aan het Unierecht te geven uitlegging om op de twee voornoemde grieven te antwoorden. In het bijzonder wijst hij er met betrekking tot de eerste grief op dat het nodig is te achterhalen of en onder welke voorwaarden de coördinatie tussen formeel zelfstandige en onafhankelijke ondernemers zodanig is dat er sprake is van één beslissingscentrum, met als logisch gevolg dat de gedragingen van de ene ook aan de andere kunnen worden toegerekend.
- 16 In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „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 [bevoegde] mededingingsautoriteit het 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 [bevoegde] 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 vraag of de onderzochte gedraging even efficiënte concurrenten in concreto van de markt kan uitsluiten, grondig te beoordelen? Of is de [bevoegde] mededingingsautoriteit in geval van exclusiviteitsclausules of gedragingen die worden gekenmerkt door meerdere misbruikpraktijken (getrouwheidskortingen en exclusiviteitsclausules) niet wettelijk verplicht om het criterium van de even efficiënte concurrent te hanteren voor de vaststelling van de inbreuk op het mededingingsrecht?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

Ontvankelijkheid

- 17 De AGCM en de Italiaanse regering betogen dat de eerste vraag niet-ontvankelijk is, aangezien de verwijzingsbeslissing de vereiste nauwkeurigheid ontbeert. Voorts verwijst deze vraag naar artikel 101 VWEU, terwijl deze bepaling niet door de AGCM is toegepast.
- 18 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak, waaraan thans uiting wordt gegeven in artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, de nationale rechter 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 5 maart 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, punt 49).
- 19 Bovendien kan het Hof geen uitspraak doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter wanneer de gevraagde uitlegging van het Unierecht kennelijk geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het opgeworpen vraagstuk van hypothetische aard is (zie in die zin arrest van 13 oktober 2022, Baltijas Starptautiskā Akadēmija en Stockholm School of Economics in Riga, C-164/21 en C-318/21, EU:C:2022:785, punt 33).
- 20 Zoals de advocaat-generaal in punt 19 van zijn conclusie heeft opgemerkt is de in de verwijzingsbeslissing vervatte informatie weliswaar summier, maar wordt daarmee voldoende uiteengezet op welke feitelijke hypothese de eerste prejudiciële vraag berust. Voorts doet de omstandigheid dat de verwijzende rechter in de eerste vraag niet alleen artikel 102 VWEU vermeldt, maar ook artikel 101 VWEU, niet af aan de ontvankelijkheid van de eerste vraag in haar geheel.
- 21 Aangezien uit de motivering van de verwijzingsbeslissing echter blijkt dat de AGCM artikel 101 VWEU niet heeft toegepast op de zaak die in het hoofdgeding aan de orde is, moet de eerste vraag als hypothetisch en dus niet-ontvankelijk worden beschouwd voor zover zij betrekking heeft op de uitlegging van dat artikel, ook al komt het begrip „onderneming” zowel in artikel 101 VWEU als in artikel 102 VWEU voor.
- 22 Bijgevolg is de eerste vraag slechts ontvankelijk voor zover zij betrekking heeft op de uitlegging van artikel 102 VWEU.

Ten gronde

- 23 Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat de AGCM, wat betreft de door de distributeurs verrichte gedragingen die misbruik opleveren, uitsluitend Unilever heeft bestraft vanwege misbruik van haar machtspositie. In dit verband wenst de verwijzende rechter met zijn eerste vraag te vernemen onder welke voorwaarden de gedragingen van formeel zelfstandige en

onafhankelijke ondernemers, te weten de distributeurs, toegerekend kunnen worden aan een andere formeel zelfstandige en onafhankelijke ondernemer, te weten de producent van de door hen gedistribueerde producten.

- 24 In die omstandigheden moet worden geconstateerd dat de verwijzende rechter met zijn eerste vraag in wezen wenst te vernemen of artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat gedragingen die worden verricht door distributeurs die deel uitmaken van het distributienet van een producent met een machtspositie, aan deze producent kunnen worden toegerekend, en zo ja onder welke voorwaarden.
- 25 In het bijzonder vraagt de verwijzende rechter zich af of het bestaan van contractuele coördinatie tussen een producent – die de spil is van deze contractuele coördinatie – en verschillende juridisch zelfstandige distributeurs voldoende is voor een dergelijke toerekening, dan wel of bovendien moet worden vastgesteld dat deze producent in staat is een beslissende invloed uit te oefenen op de commerciële, financiële en industriële beslissingen die de distributeurs in verband met de betrokken activiteiten kunnen nemen, welke invloed verder gaat dan die welke gewoonlijk kenmerkend is voor de samenwerking tussen producenten en tussenpersonen in de distributie.
- 26 In dit verband is het stellig juist dat de in het kader van een contractuele coördinatie – zoals een distributieovereenkomst – genomen besluiten, voor zover de uitvoering ervan impliceert dat zij door alle partijen minstens stilzwijgend worden aanvaard, in beginsel geen eenzijdige handeling vormen, maar deel uitmaken van de betrekkingen tussen de partijen bij die coördinatie (zie in die zin arrest van 17 september 1985, Ford-Werke en Ford of Europe/Commissie, 25/84 en 26/84, EU:C:1985:340, punten 20 en 21). Dergelijke besluiten vallen dus in beginsel onder de mededingingsregelingen als bedoeld in artikel 101 VWEU.
- 27 Deze conclusie sluit echter niet uit dat aan een onderneming met een machtspositie de gedragingen van de distributeurs van haar producten of diensten – met wie zij slechts contractuele betrekkingen heeft – worden toegerekend en dat derhalve wordt vastgesteld dat deze onderneming misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU.
- 28 Op elke onderneming met een machtspositie rust immers een bijzondere verantwoordelijkheid om door haar gedrag geen afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt (arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 135 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 29 Zoals de advocaat-generaal in punt 48 van zijn conclusie heeft opgemerkt, beoogt een dergelijke verplichting niet alleen verstoringen van de mededinging te voorkomen die rechtstreeks worden veroorzaakt door het gedrag van de onderneming met een machtspositie, maar ook verstoringen door gedragingen waarvan de verrichting door deze onderneming is gedelegeerd aan onafhankelijke juridische entiteiten die haar instructies moeten uitvoeren. Wanneer de aan de onderneming met een machtspositie ten laste gelegde gedraging feitelijk is verricht door een tussenpersoon die deel uitmaakt van een distributienet, kan deze gedraging dus worden toegerekend aan die onderneming indien blijkt dat de gedraging is verricht volgens specifieke instructies van deze laatste en dus geschiedde in het kader van de uitvoering van een eenzijdig door de genoemde onderneming vastgesteld beleid waaraan de betrokken distributeurs zich dienden te houden.

- 30 In een dergelijk geval waarbij de aan de onderneming met een machtspositie verweten gedraging eenzijdig door haar is bepaald, kan deze onderneming worden beschouwd als de pleger van die gedraging en dus – indien nodig – als de enige partij die daarvoor verantwoordelijk is in de zin van artikel 102 VWEU. In die situatie moeten de distributeurs, en dus het distributienetwerk dat zij samen met deze onderneming vormen, louter worden beschouwd als een instrument voor de territoriale uitvoering van het commerciële beleid van die onderneming, en als zodanig als het instrument waarmee in voorkomend geval de betrokken uitsluitingspraktijk ten uitvoer is gebracht.
- 31 Dit is met name het geval wanneer een dergelijke gedraging de vorm aanneemt van standaardovereenkomsten die volledig zijn opgesteld door een producent met een machtspositie en die exclusiviteitsclausules ten gunste van zijn producten bevatten welke de distributeurs van deze producent moeten laten ondertekenen door de exploitanten van verkooppunten zonder deze te kunnen wijzigen, tenzij dit met de uitdrukkelijke toestemming van de producent gebeurt. In die omstandigheden kan die producent immers redelijkerwijs niet anders dan aannemen dat de distributeurs, gelet op de juridische en economische banden die hij met hen heeft, zijn instructies – en daarmee zijn beleid – zullen uitvoeren. Een dergelijke producent moet derhalve worden geacht bereid te zijn de risico's van een dergelijke gedraging te dragen.
- 32 In dat geval is het om de onderneming met een machtspositie aansprakelijk te kunnen stellen voor de gedragingen van de distributeurs die deel uitmaken van het distributienet van haar producten of diensten niet vereist dat voor de toepassing van artikel 102 VWEU wordt aangetoond dat de betrokken distributeurs ook deel uitmaken van die onderneming, en al evenmin dat er sprake is van een „hiërarchisch” verband dat voortvloeit uit een systematische en constante reeks aan voor de distributeurs bestemde aanwijzingen die invloed kunnen uitoefenen op de beslissingen die zij nemen in verband met hun respectieve activiteiten.
- 33 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat de gedragingen van distributeurs die deel uitmaken van het distributienet voor de producten of diensten van een producent met een machtspositie, aan die producent kunnen worden toegerekend indien vaststaat dat die gedragingen niet zelfstandig door die distributeurs zijn verricht, maar onderdeel zijn van een beleid dat die producent eenzijdig heeft vastgesteld en dat via de distributeurs wordt uitgevoerd.

Tweede vraag

- 34 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat wanneer in distributieovereenkomsten exclusiviteitsclausules zijn opgenomen, de bevoegde mededingingsautoriteit, om misbruik van een machtspositie vast te stellen, moet aantonen dat deze clausules tot gevolg hebben dat even efficiënte concurrenten als de onderneming met een machtspositie van de markt worden uitgesloten, en of deze mededingingsautoriteit, wanneer er sprake is van meerdere litigieuze praktijken, in elk geval gehouden is om in voorkomend geval de door de betrokken onderneming verstrekte economische analyses grondig te beoordelen, met name wanneer deze gebaseerd zijn op het criterium van de „even efficiënte concurrent”.
- 35 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat misbruik door een of meer ondernemingen van een machtspositie op de interne markt, of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, op grond van artikel 102 VWEU onverenigbaar is met de interne markt en verboden is.

- 36 Dit begrip ziet dus op de bestraffing van gedragingen van een onderneming met een machtspositie die, op een markt waar de mededinging door de aanwezigheid van deze onderneming reeds is verzwakt, afbreuk doen aan de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging (arrest van 12 mei 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 37 Artikel 102 VWEU heeft echter geenszins tot doel te beletten dat een onderneming op basis van haar eigen verdiensten, met name wegens haar bekwaamheden en capaciteiten, een machtspositie op een markt inneemt, noch om ervoor te zorgen dat minder efficiënte concurrenten dan een onderneming met een dergelijke positie op de markt aanwezig blijven. Niet elk uitsluitingseffect tast dus noodzakelijkerwijs de mededinging aan, want op verdienste gebaseerde mededinging kan er per definitie toe leiden dat minder efficiënte concurrenten, die dus op het punt van de prijs, de keuze, de kwaliteit of de innovatie voor de consument minder interessant zijn, van de markt verdwijnen of daarop een marginale plaats krijgen (arrest van 12 mei 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, punt 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 38 Daarentegen staat het aan de ondernemingen met een machtspositie, wat ook aan de basis mag liggen van die positie, om door hun gedrag geen afbreuk te doen aan daadwerkelijke, onvervalste mededinging op de interne markt (zie bijvoorbeeld arresten van 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie, 322/81, EU:C:1983:313, punt 57, en 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 135).
- 39 Zo kan met name misbruik van een machtspositie worden vastgesteld wanneer de verweten gedraging een uitsluitingseffect heeft gehad ten aanzien van concurrenten die qua kostenstructuur, innovatiecapaciteit of kwaliteit even efficiënt zijn als degene die de laakbare gedraging heeft verricht, of wanneer die gedraging berustte op het gebruik van andere middelen dan die welke vallen onder de „normale” concurrentie, dat wil zeggen op basis van verdienste (zie in die zin arrest van 12 mei 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, punten 69, 71, 75 en 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 In dit verband is het aan de mededingingsautoriteiten om aan te tonen dat een gedraging misbruik oplevert in het licht van alle relevante feitelijke omstandigheden van die gedraging (arresten van 19 april 2012, Tomra Systems e.a./Commissie, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 18, en 12 mei 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, punt 72), met inbegrip van die welke naar voren komen uit het bewijs dat de onderneming met een machtspositie als verweer heeft aangedragen.
- 41 Het is juist dat een mededingingsautoriteit, om vast te stellen dat een gedraging misbruik oplevert, niet noodzakelijkerwijs hoeft aan te tonen dat die gedraging daadwerkelijk mededingingsversturende effecten heeft gehad. Artikel 102 VWEU beoogt namelijk het feit te bestraffen dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan, ongeacht of het misbruik al dan niet succesvol is gebleken (arrest van 12 mei 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bijgevolg kan een mededingingsautoriteit een inbreuk op artikel 102 VWEU vaststellen door aan te tonen dat de laakbare gedraging in de periode waarin zij werd verricht, in de omstandigheden van het onderhavige geval de mededinging op basis van verdienste kon beperken, zelfs al heeft zij geen effect gehad.

- 42 Deze vaststelling moet echter in beginsel berusten op tastbare bewijzen die verder gaan dan een loutere hypothese en aantonen dat de betrokken praktijk daadwerkelijk dergelijke gevolgen kan hebben, aangezien het bestaan van twijfel dienaangaande in het voordeel moet spelen van de onderneming die een dergelijke praktijk hanteert (zie in die zin arresten van 14 februari 1978, *United Brands en United Brands Continentaal/Commissie*, 27/76, EU:C:1978:22, punt 265, en 31 maart 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85–C-129/85, EU:C:1993:120, punt 126).
- 43 Bijgevolg kan een praktijk niet als misbruik worden aangemerkt indien zij in het ontwerpstadium is gebleven. Voorts kan een mededingingsautoriteit zich niet baseren op de gevolgen die deze praktijk zou kunnen hebben of zou kunnen hebben gehad indien bepaalde bijzondere omstandigheden – die verschillen van die welke op de markt bestonden toen die praktijk ten uitvoer werd gebracht en waarvan de verwezenlijking op dat moment dus onwaarschijnlijk leek – zich hadden voorgedaan.
- 44 Daarnaast kan een mededingingsautoriteit zich bij de beoordeling of de gedraging van een onderneming de daadwerkelijke mededinging op een markt kan beperken, weliswaar baseren op de – door empirische onderzoeken of gedragsstudies bevestigde – bevindingen van de economische wetenschappen, maar kan het in aanmerking nemen van deze bevindingen niet volstaan. Andere factoren die specifiek zijn voor het onderhavige geval, zoals de omvang van die gedraging op de markt, de capaciteitsbeperkingen waarmee leveranciers van grondstoffen te maken hebben of het feit dat de onderneming met een machtspositie ten minste voor een deel van de vraag een onvermijdelijke partner is, moeten in aanmerking worden genomen om te bepalen of de gedraging in kwestie, gelet op deze bevindingen, moet worden geacht althans voor een deel van de periode waarin die laakbare gedraging is verricht, uitsluitingseffecten op de betrokken markt te kunnen hebben gehad.
- 45 Een soortgelijke benadering moet ook worden gevolgd ten aanzien van het bewijs dat de onderneming met een machtspositie de bedoeling heeft om de mededinging te beperken. Deze bedoeling vormt immers een aanwijzing voor de aard en doelstellingen van de door die onderneming gevoerde strategie en kan uit dien hoofde in aanmerking worden genomen. Het bestaan van een op beperking van de mededinging gerichte bedoeling kan ook relevant zijn voor de berekening van de geldboete. Het bewijs van het bestaan van een dergelijke bedoeling is echter niet vereist of op zichzelf voldoende om vast te stellen dat er sprake is van misbruik van een machtspositie, aangezien het begrip „misbruik” in de zin van artikel 102 VWEU gebaseerd is op een objectieve beoordeling van de betrokken gedraging (zie in die zin arresten van 19 april 2012, *Tomra Systems e.a./Commissie*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punten 19 en 21, en 12 mei 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, punten 61 en 62).
- 46 In dit verband is het juist dat het Hof, waar het met name gaat om exclusiviteitsclausules, heeft geoordeeld dat clausules waarbij contractanten zich ertoe verbinden om zich voor al hun behoeften, of voor een groot gedeelte daarvan, te bevoorraden bij een onderneming met een machtspositie, ook al worden er geen kortingen geboden, naar hun aard misbruik van een machtspositie vormen en dat dit ook geldt voor de getrouwheidskortingen die door een dergelijke onderneming worden toegekend (arrest van 13 februari 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissie*, 85/76, EU:C:1979:36, punt 89).

- 47 In het arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 138), heeft het Hof evenwel in de eerste plaats deze rechtspraak verduidelijkt wanneer een onderneming met een machtspositie tijdens de administratieve procedure middels het overleggen van bewijs ter onderbouwing van haar stellingen betoogt dat haar gedrag de mededinging niet kon beperken en met name niet de verweten uitsluitingseffecten kon hebben.
- 48 In dit verband heeft het Hof erop gewezen dat de mededingingsautoriteit in die situatie er niet alleen toe gehouden is de omvang van de machtspositie van de onderneming op de relevante markt, de marktdekking van de betwiste praktijk en de duur en hoogte van de betrokken kortingen alsook de voorwaarden voor het verlenen daarvan te onderzoeken, maar ook verplicht is na te gaan of er sprake is van een strategie die erop gericht is om minstens even efficiënte concurrenten als de onderneming met een machtspositie uit te sluiten (arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 139).
- 49 In de tweede plaats heeft het Hof daaraan toegevoegd dat het onderzoek naar het vermogen om concurrenten uit te sluiten ook relevant is voor de beoordeling van de vraag of een kortingssysteem dat in beginsel onder het verbod van artikel 102 VWEU valt, objectief gerechtvaardigd kan zijn. Bovendien kan het voor de mededinging nadelige uitsluitingseffect van een kortingssysteem worden gecompenseerd, of zelfs overtroffen, door voordelen op het vlak van efficiëntie die ook de verbruiker ten goede komen. Een dergelijke afweging van de positieve en negatieve gevolgen van de betwiste praktijk voor de mededinging kan pas worden gemaakt na een analyse van het inherente vermogen van de betrokken praktijk om minstens even efficiënte concurrenten als de onderneming met een machtspositie uit te sluiten (arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 140).
- 50 Het klopt dat het Hof met deze tweede verduidelijking alleen naar kortingssystemen verwees. Aangezien zowel kortingspraktijken als exclusiviteitsclausules objectief kunnen worden gerechtvaardigd en voor beide geldt dat de daaruit voortvloeiende nadelen kunnen worden gecompenseerd – of zelfs overtroffen – door voordelen op het vlak van efficiëntie die ook de verbruiker ten goede komen, moet die verduidelijking echter aldus worden begrepen dat zij zowel op de ene als op de andere praktijk van toepassing is.
- 51 Afgezien van het feit dat een dergelijke uitlegging in overeenstemming is met de eerste verduidelijking van het Hof in het arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 139), moet verder worden opgemerkt dat, hoewel exclusiviteitsclausules naar hun aard aanleiding geven tot legitieme bezorgdheid over mededinging, hun vermogen om concurrenten uit te sluiten niet automatisch is, zoals overigens blijkt uit de mededeling van de Commissie „Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van [artikel 102 VWEU] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie” (PB 2009, C 45, blz. 7, punt 36).
- 52 Hieruit volgt dat een mededingingsautoriteit die vermoedt dat een onderneming inbreuk heeft gemaakt op artikel 102 VWEU door exclusiviteitsclausules toe te passen, in het stadium van de kwalificatie van de inbreuk moet nagaan of die clausules in de omstandigheden van het geval daadwerkelijk even efficiënte concurrenten als die onderneming van de markt konden uitsluiten, wanneer de onderneming tijdens de procedure onder overlegging van bewijs betwist dat de betrokken clausules dit daadwerkelijk konden doen.

- 53 Voorts is de mededingingsautoriteit die deze procedure is gestart ook verplicht om concreet te beoordelen of die clausules de mededinging kunnen beperken, wanneer de verdachte onderneming in de administratieve procedure, zonder formeel te betwisten dat haar gedrag de mededinging kon beperken, stelt dat er rechtvaardigingsgronden zijn voor haar gedrag.
- 54 Wanneer er in de loop van de procedure bewijsmateriaal wordt overgelegd dat mogelijkerwijs aantoonbaar is dat het betrokken bedrag geen mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben, moet de mededingingsautoriteit dat bewijsmateriaal hoe dan ook onderzoeken. De eerbiediging van het recht om te worden gehoord – dat volgens vaste rechtspraak een algemeen beginsel van het Unierecht vormt – vereist immers dat de mededingingsautoriteiten de onderneming met een machtspositie horen, hetgeen inhoudt dat zij met de nodige aandacht kennisnemen van de opmerkingen van de betrokken onderneming en alle relevante gegevens van het geval, en met name de door deze onderneming overgelegde bewijsstukken, zorgvuldig en onpartijdig onderzoeken (zie in die zin arrest van 12 mei 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, punt 52).
- 55 Hieruit volgt dat, wanneer de onderneming met een machtspositie een economische studie heeft overgelegd om aan te tonen dat de aan haar verweten praktijk niet tot uitsluiting van haar concurrenten kan leiden, de bevoegde mededingingsautoriteit de relevantie van deze studie niet kan uitsluiten zonder aan te geven waarom zij van mening is dat deze geen bijdrage kan leveren aan het bewijs dat de betrokken praktijken de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt niet kunnen verstoren, en dus zonder die onderneming in de gelegenheid te stellen te bepalen welk bewijsmateriaal zij in de plaats daarvan zou kunnen aanvoeren.
- 56 Wat het door de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing expliciet aangehaalde criterium van de even efficiënte concurrent betreft, zij opgemerkt dat dit begrip verwijst naar verschillende tests waarvan het gemeenschappelijke doel is te beoordelen of een praktijk kan leiden tot mededingingsversturende uitsluitingseffecten wanneer er wordt gekeken naar het vermogen van een hypothetische concurrent van de onderneming met een machtspositie die qua kostenstructuur even efficiënt is als die onderneming, om haar klanten een voldoende voordelige prijs aan te bieden teneinde hen – ondanks de veroorzaakte nadelen – ertoe aan te zetten van leverancier te veranderen, zonder dat de concurrent daardoor verlies lijdt. Dit vermogen wordt doorgaans bepaald aan de hand van de kostenstructuur van de onderneming met een machtspositie.
- 57 Een dergelijk criterium kan echter ongeschikt zijn wanneer er met name sprake is van bepaalde niet-tarifaire praktijken, zoals een weigering om te leveren, of wanneer de relevante markt wordt afgeschermd door hoge drempels. Bovendien is dat criterium slechts een van de methoden aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een praktijk uitsluitingseffecten kan hebben en wordt er bij deze methode overigens alleen rekening gehouden met prijsconcurrentie. Zo kan de omstandigheid dat een onderneming met een machtspositie andere middelen gebruikt dan die welke gelden voor een mededinging op basis van verdienste, in bepaalde omstandigheden voldoende zijn om het bestaan van misbruik aan te tonen (zie ook in die zin arrest van 12 mei 2022, Servizio elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, punt 78).
- 58 Bijgevolg kan er geen sprake zijn van een juridische verplichting voor de mededingingsautoriteiten om het criterium van de even efficiënte concurrent te gebruiken om vast te stellen dat een praktijk misbruik oplevert (zie in die zin arrest van 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punt 57).

- 59 Niettemin kan de relevantie van dat criterium zelfs bij niet-tarifaire praktijken niet worden uitgesloten. Een dergelijk criterium kan immers nuttig zijn wanneer de gevolgen van de betrokken praktijk kunnen worden gekwantificeerd. Met name in het geval van exclusiviteitsclausules kan dat criterium in theorie worden gebruikt om te bepalen of een hypothetische concurrent met een kostenstructuur die vergelijkbaar is met die van de onderneming met een machtspositie, zijn producten of diensten op een andere manier zou kunnen aanbieden dan met verlies of met onvoldoende marge indien hij de vergoeding die de distributeurs zouden moeten betalen om van leverancier te veranderen, of de verliezen die zij in dat geval zouden lijden als gevolg van de intrekking van eerder toegekende kortingen, te zijnen laste zou moeten nemen (zie naar analogie arrest van 25 maart 2021, Slovak Telekom/Commissie, C-165/19 P, EU:C:2021:239, punt 110).
- 60 Derhalve kan een mededingingsautoriteit, wanneer een van misbruik verdachte onderneming met een machtspositie een analyse verstrekt die gebaseerd is op het criterium van de even efficiënte concurrent, dit bewijs niet buiten beschouwing laten zonder de bewijswaarde ervan te onderzoeken.
- 61 Daaraan wordt niet afgedaan door het feit dat er verschillende litigieuze praktijken zijn. Zelfs indien wordt aangenomen dat de cumulatieve gevolgen van deze praktijken niet aan de hand van dat criterium kunnen worden beoordeeld, dan nog kan de uitkomst van een dergelijke toetsing een indicatie geven van de gevolgen van sommige van die praktijken en dus relevant zijn om vast te stellen of bepaalde kwalificaties kunnen worden gehanteerd voor de betrokken praktijken.
- 62 Gelet op een en ander dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat wanneer in distributieovereenkomsten exclusiviteitsclausules zijn opgenomen, een mededingingsautoriteit, om misbruik van een machtspositie vast te stellen, op basis van alle relevante omstandigheden en onder meer rekening houdend met de door de onderneming met een machtspositie eventueel verstrekte economische analyses ter onderbouwing van de stelling dat de betrokken gedragingen niet in staat zijn om even efficiënte concurrenten als zijzelf van de markt uit te sluiten, moet aantonen dat deze clausules de mededinging kunnen beperken. De toepassing van het criterium van de even efficiënte concurrent is facultatief. Indien de betrokken onderneming de uitkomst van een dergelijke toetsing tijdens de administratieve procedure overlegt, is de mededingingsautoriteit evenwel gehouden de bewijswaarde ervan te onderzoeken.

Kosten

- 63 Ten aanzien van de partijen in de hoofdgedingen 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 (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 102 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat de gedragingen van distributeurs die deel uitmaken van het distributienet voor de producten of diensten van een producent met een machtspositie, aan die producent kunnen worden toegerekend indien vaststaat dat die gedragingen niet zelfstandig door die distributeurs zijn verricht, maar onderdeel zijn van een beleid dat die producent eenzijdig heeft vastgesteld en dat via de distributeurs wordt uitgevoerd.**
- 2) **Artikel 102 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat wanneer in distributieovereenkomsten exclusiviteitsclausules zijn opgenomen, een mededingingsautoriteit, om misbruik van een machtspositie vast te stellen, op basis van alle relevante omstandigheden en onder meer rekening houdend met de door de onderneming met een machtspositie eventueel verstrekte economische analyses ter onderbouwing van de stelling dat de betrokken gedragingen niet in staat zijn om even efficiënte concurrenten als zijzelf van de markt uit te sluiten, moet aantonen dat deze clausules de mededinging kunnen beperken. De toepassing van het zogenaamde criterium van de even efficiënte concurrent is facultatief. Indien de betrokken onderneming de uitkomst van een dergelijke toetsing tijdens de administratieve procedure overlegt, is de mededingingsautoriteit evenwel gehouden de bewijswaarde ervan te onderzoeken.**

ondertekeningen