



Datum van inontvangstneming : 12/10/2021

Zaak C-331/21

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

Datum van indiening:

26 mei 2021

Verwijzende rechter:

Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

6 april 2021

Appellantes en geïntimeerden:

Autoridade da Concorrência (Portugal)

EDP – Energias de Portugal, S.A.

EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A.

Sonae Investimentos, SGPS, S.A.

SONAE MC – Modelo Continente SGPS

Modelo Continente Hipermercados, S.A.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

De Autoridade da Concorrência (Portugese mededingingsautoriteit; hierna: „AC”) heeft EDP – Energias de Portugal, S.A., EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A., Sonae Investimentos, SGPS, S.A., SONAE MC – Modelo Continente SGPS en Modelo Continente Hipermercados, S.A. (hierna: „geïntimeerden”) in de onderhavige zaak beschuldigd van schending van het mededingingsrecht, bestaande in een inbreuk als omschreven en strafbaar gesteld in artikel 9, lid 1, onder c), en artikel 68, lid 1, onder a), van de Lei da Concorrência (wet op de mededinging), als gewijzigd bij Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Novo Regime Jurídico da Concorrência) [wet nr. 19/2012 van 8 mei 2012 (nieuw juridisch mededingingskader); hierna: „NRJC”], waarbij eerstgenoemd

artikel is gebaseerd op en nagenoeg geheel overeenstemt met **artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie**. De Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém (rechter voor mededinging, regulering en toezicht Santarém, Portugal; hierna: „TCRS”) heeft deze beschuldiging bevestigd.

De AC en de TCRS waren van oordeel dat geïntimeerden in het kader van een partnerschapsovereenkomst, meer bepaald in de clausules 12.1.a) en 12.2.a) daarvan, een concurrentiebeding waren overeengekomen dat een **overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking** vormde en dat van kracht was tussen 5 januari 2012 en 31 december 2013. Bijgevolg werden geïntimeerden, met uitzondering van SONAE MC – Modelo Continente SGPS, S.A. (die geen geldboete opgelegd kreeg daar zij geen omzet had gerealiseerd) veroordeeld tot de volgende geldboeten: **EDP Energias de Portugal, S.A. kreeg een geldboete van 2 610 000 EUR opgelegd; EDP Comercial - Comercialização de Energia, S.A. kreeg een geldboete van 23 220 000 EUR opgelegd; Sonae Investimentos, SGPS, S.A. kreeg een geldboete van 2 520 000 EUR opgelegd, en Modelo Continente Hipermercados, S.A. kreeg een geldboete van 6 120 000 EUR opgelegd.**

Tegen het boetebesluit is hoger beroep ingesteld door zowel de AC, die een verhoging van de geldboeten vordert, als geïntimeerden, die stellen dat zij geen inbreuk hebben gemaakt en verzoeken dat dit aldus wordt vastgesteld.

Prejudiciële vragen

1. Moet artikel 101 VWEU, waarop artikel 9 NRJC (wet nr. 19/2012 van 8 mei 2012) 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 (zie punt [8 van de korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding]) van de 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 (zie punten 2 tot en met [7 en punt 16 van de korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding]) en de voordelen voor de consument vaststaan (zie [reeds aangehaald punt 16]), 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 voornoemde 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 een van zijn moedermaatschappijen 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 nationale mededingingsautoriteit 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 eindhandelaar?

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 nationale mededingingsautoriteit is beschuldigd of veroordeeld en ook geen partij is geweest in de procedure bij deze rechterlijke instantie), elektriciteit produceerde in een warmtekrachtkoppelingsinstallatie, maar alle geproduceerde energie tegen gereguleerde prijzen leverde aan de eindhandelaar?
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 van zijn moedermaatschappijen 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, artikel 1, lid 1, onder 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, en punt 27 van de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen (PB 2010, C 130, blz. 1) 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 een 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, 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, en punt 25, onder c), van de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen (PB 2010, C 130, blz. 1) 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?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

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

Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, [VWEU] op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB 2010, L 102, blz. 1): artikel 1.

Bekendmaking van de Commissie – Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (SEC/2010/0411 def.): punten 25 en 27.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

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

Artikel 9, lid 1:

„Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen en besluiten van

ondernemersverenigingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de nationale markt of een gedeelte daarvan aanmerkelijk wordt verhinderd, vervalst of beperkt [...].”

Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, que regulamenta o contrato de agência ou representação comercial (wetsdecreet nr. 178/86 van 3 juli 1986 tot regeling van agentuur- of handelsvertegenwoordigingsovereenkomsten): artikelen 4 en 9.

Artikel 4:

„Binnen hetzelfde gebied of binnen dezelfde klantenkring mag een agent geen activiteiten verrichten die met de activiteiten van de wederpartij concurreren en mag de wederpartij voor de betrokken bedrijfstak geen beroep doen op andere agenten, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen.”

Artikel 9:

„1 – Een overeenkomst uit hoofde waarvan de agent wordt verplicht om na beëindiging van de overeenkomst geen activiteiten te ontplooiën die concurreren met de activiteiten van de wederpartij, wordt schriftelijk vastgesteld.

2 – Een concurrentiebeding kan slechts voor een periode van ten hoogste twee jaar worden vastgesteld en is beperkt tot het gebied of de klantenkring waarmee de agent is belast.”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Op 5 januari 2012 hebben EDP Comercial en Modelo Continente Hipermercados (hierna: „MCH”) een partnerschapsovereenkomst gesloten waarin de voorwaarden zijn vastgesteld met betrekking tot het „Plano EDP Continente” (programma EDP Continente).
- 2 Clausule 2.1 van de partnerschapsovereenkomst bevatte een omschrijving van het doel en de werkingssfeer ervan, namelijk:

„De bevordering van de ontwikkeling van activiteiten op het gebied van de handel in elektriciteit op de vrije markt, door EDP Comercial, en op het gebied van de kleinhandelsdistributie van levensmiddelen en non-foodproducten, door Modelo Continente, in de hypermarkten en supermarkten ‚Continente’, ‚Continente Modelo’ en ‚Continente Bom Dia’, alsmede in de commerciële vestigingen die worden geëxploiteerd door andere ondernemingen waarin Sonae Investimentos, SGPS, S.A. een deelneming heeft, waaronder Modelo Continente, en met name de vestigingen van Well’s en Bom Bocado, en in voorkomend geval in commerciële vestigingen van andere (huidige en toekomstige) merken, hierna ‚vestigingen’ te noemen.”

- 3 De partnerschapsovereenkomst werd gesloten voor een periode van één jaar en de einddatum ervan werd vastgesteld op 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.
- 4 Vanuit commercieel oogpunt behelsde het programma EDP Continente uitsluitend de toekenning van kortingen aan houders van de „Cartão Continente” („Continente-kaart”), een kortingskaart die eigendom was van MCH en deel uitmaakte van het door MCH opgezette getrouwheidsprogramma.
- 5 Klanten die aan het programma EDP Continente wensten deel te nemen, moesten niet alleen houder zijn van de „Continente-kaart”, maar moesten ook een contract met EDP Comercial sluiten voor de levering van laagspanningsstroom voor de geliberaliseerde markt in Portugal.
- 6 Door deel te nemen aan het programma EDP Continente genoot de klant een korting van 10 % op zijn elektriciteitsverbruik en het gecontracteerde vermogen in de maand of maanden onmiddellijk voorafgaand aan de maand waarin de desbetreffende kortingsvoucher werd uitgegeven.
- 7 De kortingsvouchers werden op de Continente-kaart geladen en geactiveerd bij aankopen in de vestigingen.
- 8 Clause 12, met als opschrift „Exclusiviteit”, van de partnerschapsovereenkomst luidt als volgt:

„12.1 Gedurende de looptijd van deze overeenkomst, en gedurende een periode van 1 (één) jaar na het verstrijken ervan, verbindt Modelo Continente zich ertoe om:

a. noch rechtstreeks noch via ondernemingen waarin Sonae Investimentos, SGPS, S.A. 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 Commercial 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 de voorwaarden ervan.

12.2 Gedurende de looptijd van deze overeenkomst, en gedurende een periode van 1 (één) jaar na het verstrijken ervan, verbindt EDP Commercial zich ertoe om:

a. noch rechtstreeks noch via ondernemingen waarin EDP Comercial een meerderheidsdeelneming heeft, activiteiten op het gebied van de

kleinhandelsdistributie van levensmiddelen in continentaal Portugal te ontwikkelen;

b. met geen enkele kleinhandelsdistributeur van levensmiddelen [...] die geen zeggenschapsrelatie of groepsrelatie met Modelo Continente 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 de voorwaarden ervan.

12.3. In geval van vernieuwing of verlenging van deze overeenkomst, of ingeval de partijen besluiten een andere overeenkomst te sluiten met een soortgelijk voorwerp als deze overeenkomst, verbinden de partijen zich ertoe de voorwaarden van de in deze clausule beoogde exclusiviteit opnieuw te bezien teneinde te waarborgen dat zij verenigbaar zijn met de toepasselijke nationale en Europese mededingingsregels.”

- 9 Deze clausule werd vastgesteld voor een periode van twee jaar en was van toepassing gedurende de looptijd van de partnerschapsovereenkomst en gedurende een periode van één jaar na het verstrijken daarvan (dat wil zeggen, tussen 5 januari 2012 en 31 december 2013).
- 10 Geïntimeerden maken deel uit van twee Portugese conglomeraten, de EDP-groep en de SONAE-groep.
- 11 Op de datum van de sluiting van de partnerschapsovereenkomst waren de partijen geen daadwerkelijke concurrenten op de markt voor de kleinhandel in levensmiddelen of op de markt voor de handel in aardgas.
- 12 Voor de vaststelling dat er in voornoemde clausule 12.1.a) van de tussen Sonae en EDP gesloten partnerschapsovereenkomst sprake was van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking tussen potentiële concurrenten op de markt voor de handel in elektriciteit, achtte de TCRS drie omstandigheden voldoende:
 - a) de oprichting van een partnerschap tussen een onderneming van de SONAE-groep en Endesa (met name door de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming Sodesa);
 - b) de oprichting van een partnerschap tussen MCH en Galp, en
 - c) de ontplooiing van activiteiten op de markt voor elektriciteitsproductie door MCH en door andere ondernemingen die behoren tot het conglomeraat waarvan MCH deel uitmaakt.
- 13 Geen van de eerste twee omstandigheden houdt verband met het tijdstip waarop de betrokken partnerschapsovereenkomst is gesloten, noch met de looptijd van

voornoemde clause: ten tijde van de sluiting van de partnerschapsovereenkomst was het partnerschap met Endesa sinds meerdere jaren niet meer van kracht, en het partnerschap met Galp betrof enkel de kleinhandelsdistributie van motorbrandstoffen en leverde geen voordelen op die de toetreding tot de relevante markt voor de handel in elektriciteit konden vergemakkelijken ten tijde van de sluiting van de overeenkomst.

- 14 De markten voor elektriciteitsproductie en voor de verkoop van elektriciteit aan eindafnemers zijn verschillend.
- 15 Uit de partnerschapsovereenkomst blijkt dat MCH een deel van de toegekende kortingen zou betalen.
- 16 Voorst staat het volgende vast:
 - het programma EDP Continente was een baanbrekend initiatief, doordat het een partnerschap tussen een elektriciteitsleverancier en een kleinhandelaar in levensmiddelen betrof dat erop gericht was klanten aan te trekken en de verkoop te stimuleren door kortingen toe te kennen aan consumenten;
 - de contracten voor de levering van elektriciteit konden worden gesloten in een netwerk van 180 door MCH geëxploiteerde bedrijfsruimten, waarbij de levering gezamenlijk door EDP Comercial en MCH werd verzekerd;
 - in het kader van dit programma hebben de partijen een exclusieve kosteloze contactlijn met een specifiek telefoonnummer ingesteld, een speciale campagnewebsite opgezet en reclame- en marketinginitiatieven uitgevoerd op basis van een communicatieplan dat alle kanalen bestrijkt;
 - overeenkomstig clause 6.2 van de partnerschapsovereenkomst ontvingen de klanten die aan het programma deelnamen vouchers die overeenkwamen met 10 % van de waarde van het elektriciteitsverbruik en het gecontracteerde vermogen voor de voorafgaande maand(en) en die zij met het oog op kortingen konden gebruiken in de vestigingen van MCH en van de ondernemingen waarin Sonae Investimentos een deelneming had;
 - om de uitgifte en het gebruik van de kortingsvouchers te controleren, werd tussen EDP Comercial en MCH een systeem van informatiestromen opgezet, waarbij EDP Comercial dagelijks aan MCH een computerbestand toezond met informatie over de klant, zijn identiteit, adres en de respectieve korting, en MCH vóór de tiende dag van elke maand aan EDP Comercial een bestand toezond waarin de geactiveerde kortingsvouchers vermeld stonden;
 - aan het programma EDP Continente namen 146 775 klanten deel, waarvan er 137 144 tijdens en na afloop van de campagne contractueel gebonden bleven aan EDP Commercial;

- 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;
- 1 795 912 EUR van dit bedrag werd gedragen door MCH;
- de kosten van het partnerschap voor reclame, marketing, communicatie en de verdediging in sanctieprocedures in verband met de initiatieven van het partnerschap werden gelijkelijk gedragen door EDP Comercial en Modelo Continente;
- klanten die deelnamen aan het programma EDP Continente en er daadwerkelijk gebruik van maakten, konden van leverancier veranderen wanneer zij dat passend achtten en aan het einde van de campagne van het programma EDP Continente konden zij kiezen om bij EDP Comercial te blijven of een beroep te doen op de diensten van een concurrerende leverancier.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 17 **Mededingingsautoriteit:** stelt dat het feit dat het concurrentiebeding in kwestie heeft geleid tot aanzienlijke kortingen voor veel Portugese gezinnen, niet als juridische grond kan worden gebruikt om het bedrag van de geldboeten met 10 % te verlagen.
- 18 **EDP – Energias de Portugal, S.A.:** betoogt dat in het bestreden vonnis geen melding wordt gemaakt van artikel 73 NRJC betreffende de aansprakelijkstelling van rechtspersonen voor inbreuken, maar in plaats daarvan wordt verwezen naar artikel 3 NRJC, dat betrekking heeft op het begrip onderneming, hetgeen niet volstaat voor aansprakelijkstelling. Daarnaast voert zij aan dat er geen bewezen feiten zijn waarop haar veroordeling kan worden gebaseerd.
- 19 **Sonae MC, SGPS, S.A.:** stelt dat er geen aanknopingspunten zijn op grond waarvan zij, als moedermaatschappij, en Sonae Investimentos, als grootmoedermaatschappij, aansprakelijk kunnen worden gesteld voor een inbreuk die bestaat in het sluiten van een overeenkomst waarbij MCH partij is. Zij voegt daaraan toe dat de rechter in eerste aanleg geen rekening heeft gehouden met de door Sonae Investimentos aangevoerde feiten, dat er geen feitelijke en juridische gronden zijn voor de aansprakelijkstelling en, subsidiair, dat het bedrag van de geldboete niet de mate van deelneming van elke vermeende deelnemer weergeeft.
- 20 **Modelo Continente Hipermercados, S.A.:** betoogt om te beginnen dat een concurrentiebeding geen mededingingsversturende overeenkomst is, en evenmin kan worden verward of rechtstreeks in verband kan worden gebracht met een dergelijke overeenkomst. De onthoudingsverplichtingen waartoe de partijen zich hebben verbonden, zijn niet mededingingsversturend. Het begrip potentiële mededinging moet worden uitgelegd aan de hand van de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie vastgestelde criteria, waarbij aspecten met

betrekking tot andere rechtspersonen die niet aan deze verplichting zijn onderworpen, irrelevant of onbelangrijk zijn voor deze uitlegging. MCH kan niet worden beschouwd als een potentiële concurrent van EDP Comercial op de markt voor de handel in elektriciteit in Portugal en derhalve is er geen mededinging die zou kunnen worden beperkt. Artikel 3, lid 2, NRJC kan niet worden uitgelegd (of toegepast) als een uitbreiding van de relevante entiteiten met het oog op de uitlegging van het begrip „potentiële mededinging”. Zelfs indien dit niet zo zou worden opgevat, kunnen de clausules 12.1.a) en 12.2.a) geenszins worden gekwalificeerd als een mededingingsbeperking naar strekking. Vanuit juridisch oogpunt komt de partnerschapsovereenkomst overeen met een agentuurovereenkomst, of op zijn minst met een samenwerkingsovereenkomst, en zij moet dus worden onderworpen aan de contractuele regels die van toepassing zijn op het betrokken soort overeenkomst. Subsidiair betoogt zij dat het bedrag van de geldboete niet gegrond, billijk of noodzakelijk is, maar dat het buitensporig en onevenredig is.

- 21 **EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A.:** verklaart dat ten tijde van de sluiting van de overeenkomst geen van de ondernemingen waarop clausule 12.1.a) betrekking heeft, een potentiële concurrent van EDP Comercial was; dat het om een verticale overeenkomst in de zin van het mededingingsrecht gaat; dat er geen sprake is van een mededingingsbeperking naar strekking; dat er geen sprake is van subjectieve aansprakelijkheid, en dat de sanctie niet is gebaseerd op criteria van evenredigheid, adequaatheid en noodzakelijkheid.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 22 Geïntimeerden zijn veroordeeld wegens inbreuk op artikel 9, lid 1, van wet nr. 19/2012, waarvan de bewoordingen in wezen overeenstemmen met die van artikel 101, lid 1, VWEU als gevolg van een onderlinge aanpassing en harmonisatie van het Portugese recht met de in de Europese Unie geldende regeling voor praktijken die het handelsverkeer tussen de lidstaten aanmerkelijk ongunstig kunnen beïnvloeden. Bovendien is het nationale mededingingsrecht in het algemeen nagenoeg volledig gebaseerd op de overeenkomstige regels van het Europese mededingingsrecht.
- 23 Samen met de ingestelde hogere beroepen zijn juridische adviezen voorgelegd waarin wordt verklaard dat de partnerschapsovereenkomst een agentuurovereenkomst is, hetgeen bepalend kan zijn voor de toelaatbaarheid van de concurrentiebedingen. Derhalve moet worden nagegaan of de concurrentiebedingen die in clausule 12.1 zijn opgenomen – en die vaak voorkomen in dit soort overeenkomsten – in overeenstemming zijn met de geest en de sociaaleconomische doelstelling van agentuurovereenkomsten, met de wet (artikelen 4 en 9 van wetsdecreet nr. 178/86 van 3 juli 1986 tot regeling van agentuur- of handelsvertegenwoordigingsovereenkomsten) en met richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie

van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten (PB 1986, L 382, blz. 17) (artikel 7, lid 2, en artikel 20).

- 24 In de onderhavige zaak behoren geïntimeerden tot ondernemingen/groepen die van oudsher, en ten tijde van de sluiting van de partnerschapsovereenkomst, verbonden waren met verschillende markten. Derhalve moet worden vastgesteld of deze groepen onder het relevante begrip onderneming in de zin van artikel 101 VWEU vallen en of er sprake is van een situatie van „economische eenheid” en „beslissende invloed”, en moet worden onderzocht of het vermogen van deze ondernemingen om de markt te betreden, kan worden bepaald door het enkele feit dat zij behoren tot een economische groep met een zekere marktmacht.
- 25 Voor de beslechting van het onderhavige hoger beroep dienen derhalve allereerst de vragen te worden beantwoord of de ondernemingen waarop het besluit van de AC betrekking heeft, als potentiële concurrenten moeten worden beschouwd en of het beding dat is neergelegd in clausule 12 van de tussen MCH en EDP Comercial gesloten partnerschapsovereenkomst, in het bijzonder het gedeelte betreffende de markt voor de handel in elektriciteit in continentaal Portugal, kan worden beschouwd als een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking.
- 26 De relevante arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie [Portugal Telecom SGPS, S.A. (T-208/13, EU:T:2016:368); E.ON Ruhrgas AG en E.ON AG (T-360/09, EU:T:2012:332); H. ██████████ A/S en ██████████ Ltd (T-472/13, EU:T:2016:449), en Generics (UK) Ltd e.a. (C-307/18, EU:C:2020:52)] hebben geen betrekking op situaties die precies gelijklopen met de onderhavige zaak, aangezien de ondernemingen niet alleen activiteiten ontplooiën op geografisch verschillende markten, maar ook met betrekking tot verschillende producten op dezelfde markt (zoals in de „pay for delay”-zaken, waar de betrokken ondernemingen bijvoorbeeld actief zijn op de geneesmiddelenmarkt).
- 27 Tevens moet worden nagegaan of de in het dossier vastgestelde mededingingsbevorderende gevolgen redelijkerwijs twijfel kunnen doen rijzen over de vraag of de overeenkomst voldoende schadelijk is voor de mededinging, zodat een onderzoek naar de gevolgen ervan voor de mededinging niet langer als overbodig kan worden beschouwd voor de kwalificatie van deze overeenkomst als „mededingingsbeperkend naar strekking” [zie de arresten Generics, reeds aangehaald, punten 103-108, en Budapest Bank van 2 april 2020 (C-228/18, EU:C:2020:265, punten 33-55 en 74-86)].
- 28 Voorts moet ook worden nagegaan of naast de ondernemingen die de overeenkomst hebben gesloten, ook de overige geïntimeerden die een deelneming in deze ondernemingen hebben, moeten worden veroordeeld, aangezien het begrip onderneming dat het Hof van Justitie heeft gehanteerd in met name onder meer de arresten Stora Kopparbergs Bergslags AB (C-286/98 P, EU:C:2000:630), Akzo Nobel NV (C-97/08, EU:C:2009:536, en C-516/15 P, EU:C:2017:314), en Vantaan kaupunki (C-724/17, EU:C:2019:204), niet volledig is erkend in de rechtspraak van de verwijzende rechter.

- 29 Gelet op het voorgaande lijken de prejudiciële vragen relevant voor de goede oplossing van de onderhavige zaak en is het, gelet op de ernst van de verweten inbreuken en de opgelegde sancties, passend dat het Hof van Justitie van de Europese Unie de bepalingen in kwestie uitlegt, zodat de betrokken nationale wetgeving vervolgens op een zekere wijze en in overeenstemming met de rechtspraak van de Unie kan worden toegepast.