

RAAD VOOR DE MEDEDINGING

Auditoraat

Beslissing nr. 2009-P/K-26-AUD van 27 oktober 2009

Zaak CONC-P/K-06/0034: Vzw Federatie Ho.Re.Ca Wallonie, Vzw Federatie Ho.Re.Ca Vlaanderen, BVBA Excellence, BVBA Jesy, De heer [...] en de heer [...] / Inbev NV.

I. Procedure

1. Op 29 augustus 2006 werd bij de Raad voor de Mededinging op grond van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna oude WBEM), een klacht ingediend door de Vzw Federatie Ho.Re.Ca Wallonie, Vzw Federatie Ho.Re.Ca Vlaanderen, BVBA Excellence, BVBA Jesy, de heer [...] en de heer [...] tegen Inbev NV. De klacht werd geregistreerd onder het nummer CONC-P/K-06/0034.
2. In hetzelfde document werd aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging verzocht voorlopige maatregelen te nemen. Dit verzoek werd geregistreerd onder het nummer CONC-V/M-06/0035.
3. Op 24 januari 2007 heeft de Auditeur-generaal in toepassing van het artikel 62, § 3 het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen geseponeerd wegens niet gegrond.
4. Op 22 februari 2007 hebben verzoekers op grond van het artikel 62, § 4 bij de voorzitter van de Raad voor de Mededinging beroep aangetekend tegen deze beslissing. Dit beroep is tot op heden hangende.
5. Op 1 oktober 2006 is de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (B.S. van 29 september 2006, hierna de WBEM), in werking getreden. Deze wet werd gewijzigd door de artikelen 142 t.e.m. 156 van de wet van 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen (B.S. van 19 mei 2009).
6. Het artikel 94, § 2 van de WBEM voorziet dat de procedurehandelingen verricht in het kader van de oude WBEM, van toepassing blijven met het oog op de toepassing van de huidige WBEM.

II. BETROKKEN PARTIJEN

2.1. Klagers

7. De klagers zijn respectievelijk:
 - VZW Federatie Ho.Re.Ca. Wallonie met maatschappelijke zetel te 5100 Jambes, Avenue Gouverneur Bovesse 35, bus 35;
 - VZW Federatie Ho.Re.Ca. Vlaanderen met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Boulevard Anspach 111, bus 4;
 - BVBA Excellence met maatschappelijke zetel te 6000 Charleroi, Place du Manège 6;
 - BVBA Jesy, met maatschappelijke zetel te 4000 Luik, Place des Carnes 8;
 - De heer [...] [vertrouwelijk];
 - De heer [...] [vertrouwelijk].

Publieke versie

8. Ho.Re.Ca. Wallonie is een beroepsfederatie die de belangen behartigt van een groot aantal professionelen actief in het hotelwezen en in de horecasector (caféhouders) in Wallonië.
9. Ho.Re.Ca. Vlaanderen heeft als missie de behartiging van de belangen van alle horecabedrijven in Vlaanderen die bereid zijn zich te ontwikkelen tot professionele ondernemingen.
10. Beide beroepsverenigingen werken autonoom, hebben hun eigen interne organisatie en bepalen zelf de toetredingsvoorwaarden van hun leden.
11. De andere klagers zijn caféhouders.

2.2. De verweerder

12. De klacht is gericht tegen Inbev Belgium NV (hierna: Inbev) met maatschappelijke zetel te 1070 Brussel, Industrielaan 21.
13. Inbev is voornamelijk actief op het vlak van productie en verkoop van bier, zij is de grootste brouwer van pilsbier op de Belgische markt. Naast haar brouwerijactiviteiten beschikt Inbev ook over een nationaal netwerk van groothandelaars die bier en andere dranken distribueren.

III. De klacht

14. De klacht heeft betrekking op een vermeende schending van art. 3 WBEM. De klacht kan als volgt worden samengevat.
15. In het eerste trimester van het jaar 2006, heeft Inbev nieuwe Jupiler glazen opgelegd aan duizenden horeca-aangelegenheden in België. Deze operatie heeft zich, volgens de klagers, afgespeeld op zeer grote schaal zonder enig voorafgaand overleg met de sector en had de omruiling van ongeveer 3 000 000 glazen tot gevolg.
16. Het probleem hierbij ligt in het feit dat de nieuwe Jupiler glazen een grotere inhoud hebben dan de vorige (25cl). Ondanks het volumeverschil van ongeveer 10 %, worden deze nieuwe Jupiler glazen toch als zijnde 25 cl glazen gepresenteerd.
17. Het logo van Jupiler op de oude glazen is een krachtige stier. Volgens de richtlijnen van de brouwerij diende het bier getapt te worden tot aan de “mannelijkheid” van de stier die op het logo prijkte, met daarenboven een schuimkraag van 3 cm. Het totale volume bedroeg 25 cl bier.
18. Het nieuwe Jupiler glas heeft een nieuw logo en is iets groter van formaat geworden (dus ook een iets grotere volume-inhoud). De afstand tussen de mannelijkheid van de stier en de glasrand bedraagt nog steeds 3 cm, zoals bij de oude glazen. Er is bovendien een geel maatstreepje aangebracht, dat eveneens op een afstand van 3 cm staat van de glasrand.
19. De klagers hebben aangetoond dat tegelijkertijd dezelfde regels voor het tappen blijven gelden, namelijk tot aan de mannelijkheid van de stier en de vereiste schuimkraag van 3 cm. Bijgevolg zal er, rekening houdend met het iets grotere formaat van het glas, een kleine 10 % meer bier getapt moeten worden in de nieuwe glazen.
20. Door de ruiloperatie kunnen er slechts 175 pintjes uit een vat van 50 liter worden getapt tegenover 192 in het verleden. Volgens de klagers heeft deze ruiloperatie dan ook een belangrijke winstderving voor de betrokken horecabedrijven tot gevolg.
21. Daar komt bij dat met deze winstderving fiscaal geen rekening wordt gehouden omdat bij het forfaitaire systeem wordt uitgegaan van 192 pintjes (25cl) per vat van 50 l.
22. De klagers menen dat Inbev misbruik van haar machtspositie maakt door zonder voorgaand overleg deze ruiloperatie op te leggen, en omdat de nieuwe Jupiler glazen ten onrechte gepresenteerd worden als zijnde 25 cl glazen.

23. Tijdens de loop van het onderzoek betreffende het verzoek tot voorlopige maatregelen werden zowel de klacht als het verzoek tot voorlopige maatregelen uitgebreid tot de Stella glazen.

IV. In rechte

4.1. Taal van de procedure

24. De klacht (en dus ook het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen daar beide in hetzelfde document werden neergelegd) werd opgesteld in het Frans. De maatschappelijke zetel van Inbev is evenwel in het Brusselse Gewest gevestigd. Bij brief van 5 september 2006 werd Inbev gevraagd in welke taal deze procedure volgens haar diende te verlopen. In haar antwoord van 11 september 2006 heeft Inbev laten weten dat zij de voorkeur geeft aan het Nederlands.

25. De verzoekers hebben bezwaar gemaakt tegen het gebruik van het Nederlands. Zowel alle verzoekers (met uitzondering van Ho.Re.Ca Vlaanderen), als hun advocaten zijn immers de Nederlandse taal niet machtig.

26. De verzoekers menen dat de taal van de procedure in casu dient beoordeeld op grond van het artikel 4, §1, tweede en derde lid van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken:

(Tweede lid) “De akte tot inleiding van het geding (...) wordt gesteld (...) in het Frans of in het Nederlands, ter keuze van de eiser, indien de verweerder woonachtig is in een gemeente van de Brusselse agglomeratie of geen gekende woonplaats in België heeft.”

(Derde lid) “De rechtspleging wordt voortgezet in de taal der akte tot inleiding van het geding, tenzij de verweerder, vóór alle verweer en alle exceptie, zelfs van onbevoegdheid, vraagt dat de rechtspleging in de andere taal wordt voortgezet.”

27. Zij besluiten bijgevolg dat de taal van de procedure het Frans dient te zijn, dit naar hun keuze en stellen bovendien dat artikel 4, §1, derde lid onmogelijk toepassing kan vinden aangezien Inbev niet zelf het initiatief heeft genomen om te vragen de rechtspleging in het Nederlands verder te zetten.

28. Vooreerst dient opgemerkt te worden dat tijdens de fase van de vaststelling van de taal van de procedure (september 2006) de oude WBEM, gecoördineerd op 1 juli 1999 nog steeds van kracht was.

29. Voor de vaststelling van de proceduretaal is in casu artikel 23, § 5, 2) van de oude WBEM van toepassing dat bepaalt dat bij de uitoefening van hun onderzoeksbevoegdheid de verslaggevers en de personeelsleden van de Dienst voor de Mededinging zich voor de opstelling van rapporten dienen te houden aan de bepalingen van artikel 11 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken.

30. Overeenkomstig artikel 11 van hoger vermelde wet worden de processen-verbaal in de gemeenten der Brusselse agglomeratie “*gesteld in het Frans of in het Nederlands, naar gelang dat degene die er het voorwerp van is, de ene of de ander dezer talen voor zijn verklaringen gebruikt, en bij gemis van verklaring, volgens de noodwendigheden der zaak.*”

31. Inbev, die het voorwerp uitmaakt van dit onderzoek, heeft geopteerd om het Nederlands te gebruiken als taal voor de procedure. Deze beslissing werd ingegeven door het feit dat de introductie van de nieuwe Jupiler glazen en de verkoopspolitiek besloten worden door de directie van Inbev Belgium te Leuven, waarvan de meerderheid Nederlandstalig is.

32. Uit voorgaande dient te worden besloten dat, ingevolge de toepassing van artikel 23, § 5, 2) van de oude WBEM juncto artikel 11 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken en ingevolge de schriftelijke verklaring van Inbev, de taal van de procedure het Nederlands moet zijn.

4.2. Uitbreiding van de klacht

33. Verzoekers beweren in hun antwoord van 23 oktober 2006 op het verzoek om inlichtingen van de Dienst voor de Mededinging dat momenteel in de horecasector het gerucht de ronde doet dat Inbev ook voor haar Stella pils nieuwe glazen zou introduceren die, net zoals de nieuwe Jupiler glazen, een grotere volume-inhoud zouden hebben in vergelijking met de oude Stella glazen. Verzoekers weten evenwel niet of deze geruchten juist en gegrond zijn.

34. Doch in navolging van deze geruchten, vragen de verzoekers in datzelfde antwoord aan de Voorzitter van de Raad om de klacht én het verzoek om voorlopige maatregelen uit te breiden tot de Stella glazen. Zij wensen te bekomen dat de Voorzitter aan Inbev beveelt om de introductie van nieuwe Stella glazen (met grotere volume-inhoud) op te schorten, tenminste gedurende de hele onderzoeksperiode en tot de uitspraak van de Raad voor de Mededinging over de grond van de zaak.

35. De vraag tot uitbreiding van de klacht tot de Stella glazen is gebaseerd op geruchten, waarvan verzoekers erkennen dat ze niet weten of deze geruchten wel juist en gegrond zijn. Het gaat hier met andere woorden om een louter hypothetische situatie. Men weet in eerste instantie niet of Inbev wel plannen heeft om een ruiloperatie voor de Stella glazen door te voeren.

36. Bovendien heeft ieder biermerk een eigen typerend glas, waarbij elk bierglas een eigen vorm, grootte, logo... heeft. Men kan een Jupiler glas niet zomaar gelijkschakelen met een glas voor Stella pils.

37. Men weet ook niet of die hypothetische ruiloperatie wel enige verandering teweeg zou brengen in de volume-inhoud van het bierglas voor een standaard pintje van 25 cl. Het gaat dus niet zomaar om een "uitbreiding" van de Jupiler glazen problematiek, maar eerder om een mogelijke nieuwe problematiek met betrekking tot een ander merk, met name Stella.

38. In verband met de Stella glazen heeft Inbev op 6 november 2006 het volgende gezegd: "*INBEV kan hier formeel op antwoorden dat er op heden geen plannen zijn om ook voor Stella-glazen een ruiloperatie door te voeren.*"

39. Op grond hiervan dient te worden besloten dat de gevraagde uitbreiding van de klacht tot de Stella glazen geen rechtsgrond heeft, onontvankelijk is en bijgevolg dient afgewezen te worden.

4.3. Ontvankelijkheid

4.3.1. Toepassingsveld

40. De klagers menen dat Inbev misbruik van haar machtspositie maakt door zonder voorgaand overleg deze ruiloperatie op te leggen, en omdat de nieuwe Jupiler glazen ten onrechte gepresenteerd worden als zijnde 25 cl glazen. In het kader van de ontvankelijkheidsanalyse volstaat het vast te stellen dat de aangeklaagde feiten mogelijks tot de vaststelling van een inbreuk op de WBEM kunnen leiden. Aan deze voorwaarde lijkt in casu te zijn voldaan.

4.3.2. Klacht ten gronde

41. De klacht werd ingediend conform de vormvereisten voorzien in het KB van 22 januari 1998 betreffende het indienen van klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 23, § 1, c) en d) van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 (B.S. 24.04.1998), gewijzigd bij het KB van 28 december 1999 (BS 01.02.2000).

4.3.3. Rechtstreeks en dadelijk belang

42. Bij beslissing van 24 januari 2007 nr. 2007-V/M-04-AUD heeft de auditeur-generaal verklaard dat de beide federaties (Horeca Wallonië en Horeca Vlaanderen) een rechtstreeks en dadelijk belang

hebben bij het verzoek. Dit werd als volgt gemotiveerd: *“Hoewel er voor de beide federaties geen informatie beschikbaar is van het aantal leden dat de nieuwe glazen hebben geweigerd of het aantal leden dat de oude glazen hebben behouden, kan er toch van worden uitgegaan dat de federaties voldoende leden vertegenwoordigen die enkel nog over de nieuwe glazen beschikken en dus wel degelijk belang hebben bij voorliggend verzoek. Dit wordt door verweerder trouwens ook niet tegengesproken”* (randnummer 71). De zelfde redenering kan voor betrokkenen ook worden toegepast in het kader van de ontvankelijkheidsanalyse voor de klacht ten gronde.

43. Uit de gegevens verstrekt door Inbev blijkt dat BVBA Jesy van meet af aan de nieuwe glazen geweigerd heeft (zoals nog 200 andere uitbaters), dat BVBA Excellence slechts in maart 2006 naar Inbev is overgestapt (enkele maanden na de introductie van de nieuwe glazen) en dat de heren [...] en [...] wel de nieuwe Jupiler glazen hebben ontvangen doch de oude hebben behouden en ook nog effectief gebruiken.

44. Op grond hiervan heeft de Auditeur-generaal geconcludeerd in de procedure voorlopige maatregelen dat voor de café-uitbaters die zich bij de klacht van de beide federaties hebben aangesloten het rechtstreekse en dadelijke belang niet weerhouden kan worden.

45. In het verzoekschrift van klagers van 22 februari 2007 waarbij beroep wordt ingesteld tegen de beslissing van de Auditeur-generaal, wordt terecht aangegeven dat de beschikbare voorraad oude Jupiler glazen van deze café-uitbaters beperkt is. Dit betekent dat wanneer deze glazen vervangen moeten worden, zij alsnog verplicht zullen zijn de nieuwe Jupiler glazen te gebruiken.

46. Dit betekent dat voor de klacht ten gronde deze café-uitbaters wel degelijk over het vereiste rechtstreekse en dadelijke belang beschikken.

4.3.4. Het begrip onderneming

47. De verwerende partij is een onderneming in de zin van artikel 1 a) van de WBEM. De aangeklaagde feiten kunnen dan ook in het kader van de WBEM worden onderzocht.

4.3.5. Conclusie

48. In de mate dat aan de ontvankelijkheidsvereisten is voldaan, dient de klacht zowel in hoofde van de federaties als in hoofde van de individuele café-uitbaters als ontvankelijk te worden beschouwd.

4.4. Relevante productenmarkten

49. Inbev is voornamelijk actief op het vlak van productie en verkoop van bier, zij is de grootste brouwer in België. Naast haar brouwerijactiviteiten beschikt Inbev ook over een nationaal netwerk van groothandelaars die bier en andere dranken distribueren.

50. Uit de vaststaande beschikkingspraktijk van de Raad voor de Mededinging, de Europese Commissie en het Hof van Justitie kunnen volgende productenmarkten worden onderscheiden:

- de Belgische markt voor de productie en verkoop van bier, hierna de biermarkt genoemd (met een onderscheid tussen on-trade en off-trade);
- de Belgische markt voor de distributie van dranken zowel alcoholisch als niet-alcoholisch.

51. In het kader van dit dossier is slechts de eerste vermelde markt van belang, met name de Belgische markt voor de productie en verkoop van bier waarbij een verder onderscheid dient te worden gemaakt tussen het on-trade en het off-trade segment.

52. Tussen de verschillende biersoorten is er een duidelijke differentiatie in onder andere prijs, smaak ed. Toch kan men ervan uitgaan dat ondanks de graad van productdifferentiatie die er bestaat, de consument alle biertypes toch behandelt als één categorie.

Publieke versie

53. Een verklaring hiervoor kan gevonden worden in het feit dat:

- de essentiële ingrediënten voor de meeste biertypes dezelfde zijn;
- het alcoholpercentage bij de meeste bieren redelijk gelijklopend is en schommelt tussen de 3% tot 7%;
- behalve enkele uitzonderingen alle biertypes geconsumeerd worden in dezelfde situatie en bij dezelfde gelegenheden;
- de porties en de presentaties van de meeste bieren zijn gelijklopend, er zijn eerder verschillen op basis van thema, dan echte fundamentele verschillen.

54. Het argument van verzoeker om uit te gaan van een pilsmarkt of zelfs een Jupiler markt kan dan ook niet worden weerhouden.

55. Het is vaststaande rechtspraak van de Europese Commissie en het Hof van Justitie dat de geografische markt voor de productie, groothandel en kleinhandel van bier als nationaal moet worden beschouwd.

56. Op grond van voorgaande dient de Belgische markt voor de productie en verkoop van bier via het on-trade segment als relevante productenmarkt te worden weerhouden.

4.5. Misbruik van dominante machtspositie

4.5.1. Inleiding

57. Alvorens een misbruik van een dominante machtspositie kan worden vastgesteld, dient eerst te worden nagegaan of Inbev op de relevante productenmarkt(en) wel degelijk over een dominante machtspositie beschikt.

58. Artikel 1, b) WBEM omschrijft een machtspositie als *“een positie die een onderneming in staat stelt om de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en het haar mogelijk maakt om zich, jegens concurrenten, afnemers of leveranciers, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.”* Deze definitie is geïnspireerd op de Europese rechtspraak (Arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands v. Commissie, Jur. 1978) en wordt dan ook voor toepassing van artikel 82 EG-Verdrag als standaardtest gebruikt (Arrest van het Hof van Justitie van 13 februari 1979, Hoffman-La Roche v. Commission, ECR 3461; Arrest van het Hof van Justitie van 3 oktober 1985, CBEM-Télémarketing SA v. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) and Information Publicité Benelux SA, Jurisprudentie 1985, 3261 ; Arrest van Gerecht van Eerste Aanleg van 7 oktober 1999, Irish Sugar v. Commission).

59. Het begrip *“onafhankelijkheid”* houdt verband met de sterkte van de concurrentiedruk die op de betrokken onderneming wordt uitgeoefend. Een machtspositie houdt in dat er onvoldoende daadwerkelijke concurrentiedruk is en dat de betrokken onderneming dus wezenlijke marktmacht over een bepaalde periode geniet (Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, C(2009) 864, Brussel 9.2.2009).

60. Bij de analyse van de marktmacht, vormt het marktaandeel van de onderneming en de belangrijkste concurrenten het vertrekpunt. Op deze manier wordt nuttige informatie verkregen zowel over de marktstructuur als over de competitieve sterkte van de verschillende marktspelers.

61. Het marktaandeel van een onderneming is belangrijk omdat er wordt aangenomen dat een onderneming alleen over een machtspositie kan beschikken als zij er in geslaagd is een groot deel van de markt in te nemen (Arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands v. Commissie, Jur. 1978). Uit rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat een

Publieke versie

marktaandeel van 50 % of meer een weerlegbaar vermoeden van machtspositie inhoudt (Arrest van het Hof van Justitie van 3 juli 1991, zaak C62-86, AKZO Chemie BV v. Commission).

62. Het marktaandeel van de dominante onderneming dient eveneens te worden vergeleken met het marktaandeel van haar concurrenten. Wanneer er een duidelijk verschil is tussen het marktaandeel van de mogelijk dominante onderneming en haar concurrenten kan dit beschouwd worden als een bevestiging van het bestaan van een dominante machtspositie (Arrest van het Hof van Justitie van 13 februari 1979, Hoffman-La Roche v. Commission, ECR 3461). Wanneer concurrenten ook over een significant marktaandeel beschikken is een relatief hoog marktaandeel niet noodzakelijk een indicatie voor een machtspositie. Uit vaststaande rechtspraak (DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, paragraaf 29 e.v.) kan worden afgeleid dat:

- Bij een onderneming met een marktaandeel van 50 % of meer naar alle waarschijnlijkheid een dominante machtspositie zal worden vastgesteld.
- Een onderneming met een marktaandeel van 40 % of meer eveneens het risico loopt om als dominant te worden aanzien.
- Een dominante machtspositie niet volledig kan worden uitgesloten wanneer er sprake is van een marktaandeel tussen de 20 % en 40 %.
- het hoogst onwaarschijnlijk is dat een onderneming met een marktaandeel van 25 % of minder als dominant zal worden beschouwd.

63. Het marktaandeel van een onderneming is niet het enige element dat in aanmerking moet genomen worden bij de beoordeling van de marktmacht van een onderneming. Het is immers zo dat de positie van een onderneming met een groot marktaandeel ernstig verzwakt wordt door andere factoren zoals lage toetredingsdrempels.

4.5.2. Marktanalyse

64. Uit de marktanalyse verricht tijdens de procedure voorlopige maatregelen kunnen in termen van marktmacht de volgende conclusies worden getrokken:

- ondanks het hoge aantal actieve brouwers (115 in 2006) is de Belgische biermarkt zeer sterk geconcentreerd (HHI > 3500, C2 = 72 %, C3 = 78%);
- deze hoge marktconcentratie werd ook al in 2000 vastgesteld (Beschikking van de Commissie van 5 december 2001 in de zaak IV/37.614/F3 PO/Interbrew en Alken Maes, PB L 200/1, randnummer (4)) en blijkt dus stabiel te zijn;
- Inbev zelf beschikt over een zeer hoog marktaandeel (57%);
- Het marktaandeel van Inbev is 4 X groter dan dat van Alken Maes (15%) en quasi 10 X dat van Haacht (6%);
- Het marktaandeel van Inbev is stabiel, zelfs eerder stijgend.

4.5.3. Dominante machtspositie

65. De Auditeur-generaal concludeerde in de procedure voorlopige maatregelen dat Inbev op de betrokken markt over een dominante machtspositie beschikt. Op grond van de marktanalyse kan dit standpunt worden bevestigd.

4.5.4. Misbruik van machtspositie

66. Het vermeende misbruik werd door de Auditeur-generaal in de procedure voorlopige maatregelen uitvoerig besproken. De belangrijkste argumenten worden hierna hernomen.

Publieke versie

67. Het misbruik van Inbev zou er volgens verzoeker in bestaan dat Inbev is overgegaan tot de introductie van nieuwe Jupilerglazen zonder voorafgaand overleg te plegen met de horecasector en verder dat Inbev weigert nog de oude glazen te leveren. De onderliggende argumentatie bestaat er in dat de grotere inhoud van het glas volgens de horecasector niet aan de klant kan worden doorgerekend (omdat Inbev reeds een aantal prijsverhogingen heeft doorgevoerd en een nieuwe prijsverhoging door het cliënteel als onaanvaardbaar zou worden beschouwd), waardoor bij het eindresultaat de horecasector verlies lijdt.

68. De vraag dient gesteld of dit kan worden gezien als een misbruik van een dominante machtspositie.

69. Inbev argumenteert dat zij de Jupilerglazen gratis ter beschikking stelt van de horeca-uitbaters en dat zij dan ook het recht heeft dit glas naar eigen inzichten te ontwerpen.

70. Verder merkt Inbev op dat het niet kunnen doorrekenen van de hogere kwantiteit aan de consument, niet ten laste van Inbev kan worden gelegd. Inbev heeft onder geen enkel beding enige impact op de verkoopprijs, dit zou immers strijdig zijn met de WBEM.

71. Inbev stelt verder dat elke horeca-uitbater in reactie op dit nieuwe glas de vrije keuze heeft tussen de volgende alternatieven:

- Ofwel de hogere kwantiteit in de prijs doorrekenen;
- Ofwel dit niet doen waardoor hij de klant kan lokken met een aantrekkelijker product.

72. M.a.w elke horeca-uitbater beschikt over de vrijheid om zijn commercieel gedrag aan de nieuwe omstandigheden aan te passen. Deze vrijheid is relatief en in ruime mate afhankelijk van de graad van mededinging waarmee hij wordt geconfronteerd.

73. Verzoeker stelt dat deze vrijheid mee beperkt wordt door de timing waarin de glazenwitch heeft plaats gehad. Inbev heeft in september 2005 een gemiddelde prijsverhoging doorgevoerd van 3 % en heeft dit in mei 2006 nog eens herhaald. Ook het grotere volume in de prijs doorrekenen is volgens de federaties dan ook commercieel niet haalbaar: “(...) Il n’est pas possible d’en augmenter le prix au détail indéfiniment et de manière aussi successive, rapprochée et répétée.”

74. Dit argument kan evenwel niet worden weerhouden. De beslissing om de glazenwitch door te voeren werd publiek bekendgemaakt op 25 november 2005 en de operatie heeft zich in de daarop volgende maanden voltrokken. Op dat ogenblik was er van een nieuwe prijsverhoging met 3 % (mei 2006) geen sprake waardoor een eventuele minimale aanpassing van de prijs wel degelijk mogelijk was. Verweerder merkt dan ook terecht op dat er in deze periode geen klacht tegen Inbev werd ingediend. Deze is er pas gekomen eind augustus, bijna 4 maanden na de aankondiging van de prijsverhoging en 9 maanden na de aankondiging van het nieuwe glas.

75. Alleszins, zoals hierboven reeds aangegeven kan Inbev niet verantwoordelijk worden gesteld voor het feit dat de horeca-uitbaters hun eventuele meerkost om commerciële redenen niet in hun verkoopprijs kunnen of willen doorrekenen.

76. Tot slot kan nog worden aangestipt dat Inbev dezelfde glazenwitch ook in Nederland heeft doorgevoerd. Inbev beschikt in Nederland over een marktaandeel van 17 % en moet in deze markt concurreren met twee internationaal zeer sterke merken Heineken en Amstel (Heineken heeft een marktaandeel van ongeveer 50 % en is marktleider (jaarverslag Heineken 2005)). Hoewel Inbev in Nederland niet over een dominante machtspositie beschikt, werd toch dezelfde glazenwitch doorgevoerd en heeft dit geen problemen opgeleverd. Dit kan er op wijzen dat het gedrag van Inbev als een vorm van normale bedrijfsuitoefening kan worden gezien en dus niet als misbruik van een machtspositie kan worden gecatalogeerd.

Publieke versie

77. Verzoeker stelt dat een vergelijkbare switch in Nederland door Inbev, Heineken, Grolsch en Bavaria wel degelijk op protest van de Horeca heeft geleid (bijlage 3 bij het verzoekschrift van 22 februari 2007).

78. Uit het feit dat verschillende brouwerijen ongeacht hun marktaandeel (marktmacht) een vergelijkbare glazenswitch doorvoeren, kan worden geconcludeerd dat dit dan ook eerder als een normale bedrijfsuitoefening moet worden gezien eerder dan een misbruik van machtspositie.

4.5.5. Conclusie

79. De Auditeur-generaal heeft in de procedure tot het bekomen van voorlopige maatregelen geconcludeerd dat de voorgelegde feiten niet toelaten tot het besluit te komen dat Inbev met de introductie van nieuwe glazen Jupiler zich op het eerste zicht schuldig maakt aan misbruik van machtspositie die in aanmerking komt voor schorsing bij wijze van voorlopige maatregel door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging. De waarschijnlijkheidstest voor een misbruik van dominante machtspositie werd dan ook niet gehaald.

80. Tijdens de procedure voorlopige maatregelen werd het vermeende misbruik grondig geanalyseerd (het verzoek/klacht werd ingediend op 29 augustus 2006 en beslist op 24 januari 2007). Door dit grondige onderzoek is gebleken dat een verder onderzoek in de klacht ten gronde niet tot een andere conclusie kan leiden in verband met het misbruik.

81. Op grond van voorgaande dient te worden besloten dat in hoofde van Inbev geen misbruik van machtspositie kan worden vastgesteld met betrekking tot de lancering van de nieuwe Jupiler glazen.

V. Seponering

82. Het Auditoraat seponeert conform het artikel 45, §2 WBEM een klacht of een verzoek wegens niet ontvankelijk of niet gegrond ofwel gelet op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen.

Om deze redenen,

Het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging,

Uitspraak doende overeenkomstig artikel 45, § 2 WBEM,

- Verklaart de klacht van vzw Federatie Ho.Re.Ca Wallonie, vzw Federatie Ho.Re.Ca Vlaanderen, BVBA Excellence, BVBA Jesy, De heer [...] en de heer [...], ontvankelijk doch niet gegrond,
- Seponeert de klacht.

Aldus beslist en uitgesproken voor het Auditoraat door Bert Stulens, Auditeur-generaal, Marielle Fassin, Auditeur en Karel Marchand, Adjunct-auditeur, te Brussel, op dinsdag 27 oktober 2009.