

# RECHTSLEER DOCTRINE

## MEDEDINGINGSRECHT EN GEREGLUEERDE SECTOREN / DROIT DE LA CONCURRENCE ET SECTEURS RÉGULÉS

### Misbruik van machtspositie in het Europees mededingingsrecht

– Van vroeger, nu en straks –

*Luc Gyselen<sup>1</sup>*

<b>Hoofdstuk 1. Algemeen beoordelingskader</b> .....	381
<b>A. Hoffmann-La Roche: na al die jaren nog steeds het uitgangspunt</b> .....	381
<b>B. Afweging van mededingingsbeperkende en -bevorderende elementen van marktgedrag: een stap vooruit?</b> ..	382
a) Wettigheidstoets .....	382
b) Bewijslast .....	383
c) Een meer economische beoordeling van marktmacht en marktafsluiting .....	384
<b>Hoofdstuk 2. Specifieke vormen van uitsluitingsgedrag</b> .....	386
<b>A. Uitsluitingsgedrag op basis van prijs</b> .....	386
a) Voorwaardelijke kortingen .....	386
b) Roofprijzen .....	389
c) Multi-productkortingen .....	390
d) Margin squeeze .....	390
<b>B. Andere vormen van uitsluitingsgedrag</b> .....	391
a) Koppelverkoop .....	391
b) Leveringsweigering .....	393

#### SAMENVATTING

*Deze bijdrage bespreekt de richtsnoeren van de Europese Commissie van februari 2009 betreffende handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 102 VWEU op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie. De Commissie neemt zich voor om vermeende misbruikpraktijken op een meer economische manier te beoordelen. Deze bijdrage onderzoekt in welke mate deze richtsnoeren echt vernieuwend zijn. In dit verband wordt ook aandacht besteed aan recente rechtspraak en aan de misbruikzaken die de Commissie sedertdien heeft behandeld, in het bijzonder de Intel-zaak betreffende getrouwheidskortingen en de Microsoft II-zaak betreffende de koppelverkoop van Windows en Internet Explorer.*

#### RÉSUMÉ

*Cette contribution porte sur les orientations retenues par la Commission en février 2009 relatives aux priorités pour l'application de l'article 102 du TFUE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes. La Commission se propose de suivre une approche plus économique dans l'appréciation de ces pratiques. Cette contribution examine dans quelle mesure ces orientations sont vraiment innovatrices. A cet égard, elle comportera aussi une analyse de la jurisprudence récente et des cas d'abus que la Commission a traités depuis, notamment le cas Intel concernant des rabais de fidélité et le cas Microsoft II concernant la vente liée de Windows et Internet Explorer.*

<sup>1</sup> Lid van de balie te Brussel, vennoot bij Arnold & Porter LLP. Deze bijdrage is een grondig herwerkte versie van een artikel dat vorig jaar is gepubliceerd in het Nederlands tijdschrift *Markt & Mededinging* (jaargang 12, nr. 3, juni 2009). Deze bijdrage is tevens aangevuld met commentaar betreffende recente ontwikkelingen in de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van Hof en Gerecht.

1. Artikel 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“Verdrag”) verbiedt één of meer ondernemingen misbruik te maken van hun machtspositie, meer in het bijzonder door a) het opleggen van “onbillijke aan- of verkoopprijzen” of andere “contractuele voorwaarden”, b) “het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers”, c) het discrimineren van handelspartners, “hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging” en d) koppelverkoop.

2. Er wordt algemeen aangenomen dat artikel 102 van het Verdrag twee soorten van misbruik verbiedt: enerzijds, uitsluitingsgedrag ten nadele van andere concurrenten en, anderzijds, uitbuitingsgedrag ten nadele van klanten of eindconsumenten. Veertig jaar geleden heeft Joliet zelfs uiteengezet dat het accent bij het uitbuitingsgedrag ligt – zoals de Duitse tekst (“*missbräuchliche Ausnutzung*”) en Franse tekst (“*exploiter de façon abusive*”) van artikel 102 het overigens uitdrukkelijk stellen<sup>2</sup>.

3. Het eerste type misbruik wordt geacht de mededinging te beperken omdat het ingrijpt (of op korte termijn riskeert in de grijpen) in het proces van rivaliteit tussen concurrenten en aldus – op langere termijn – consumenten riskeert schade te berokkenen door hun keuze te beperken en/of door hen onbillijke prijzen te doen betalen. Het tweede type misbruik wordt daarentegen geacht de mededinging te beperken omdat het consumenten onmiddellijk schade berokkent (of dat op korte termijn riskeert te doen), *ondanks* het feit dat dergelijk marktgedrag consumenten op langere termijn ertoe kan aanzetten op zoek te gaan naar alternatieven – hetgeen dan weer het proces van rivaliteit tussen concurrenten zou kunnen aanzwengelen.

4. Het in artikel 102 opgenomen misbruikverbod heeft vooral via de casuïstiek – beschikkingspraktijk van de Europese Commissie (“Commissie”) en rechtspraak van het Hof van Justitie (“Hof”) of het Gerecht van Eerste Aanleg (“Gerecht”) – gestalte gekregen. Als uitgangspunt voor deze bijdrage nemen we echter de door de Commissie in februari 2009 gepubliceerde richtsnoeren betreffende zgn. handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 102 op onrechtmatig uitsluitingsgedrag (“art. 102 Richtsnoeren”)<sup>3</sup>. Deze Richtsnoeren hebben dus geen betrekking op uitbuitingsgedrag. Dit ligt grotendeels aan het feit dat de Commis-

sie tot dusver relatief weinig ervaring heeft met dit soort misbruik<sup>4</sup>.

5. Waarom nemen we de artikel 102 Richtsnoeren als uitgangspunt? De titel wekt de indruk dat het de Commissie er enkel om te doen is haar prioriteiten bij de toepassing van artikel 102 van het Verdrag toe te lichten en aldus de buitenwacht in staat te stellen beter te voorspellen welk marktgedrag het hoogste risico loopt om door haar te worden aangevochten. De toenmalige verantwoordelijke commissaris (mevr. Kroes) heeft daar ook altijd op gehamerd. De artikel 102 Richtsnoeren hebben echter gemeen met andere richtsnoeren uit het EG-kartelrecht (bv. inzake verticale en horizontale beperkingen van de mededinging) dat zij eveneens duidelijkheid verschaffen omtrent het juridisch beoordelingskader dat de Commissie zal hanteren wanneer zij het vermeend onrechtmatig uitsluitingsgedrag van dominante ondernemingen onderzoekt. In die zin codificeren de artikel 102 Richtsnoeren grotendeels de bestaande beschikkingspraktijk en rechtspraak. Bovendien zijn deze Richtsnoeren uniek omdat zij *ook* een aantal nieuwe elementen introduceren voor een meer economische beoordeling van een vermeend misbruikgedrag. De Commissie heeft zich echter niet formeel willen binden aan deze nieuwe aanpak. Daarom heeft zij haar Richtsnoeren bewust het bescheiden etiket ‘handhavingsprioriteiten’ meegegeven.

6. Het is nog te vroeg om de impact van de artikel 102 Richtsnoeren op het toekomstig handhavingsbeleid van de Commissie in te schatten. In een *frequently asked questions* memorandum, heeft de Commissie verduidelijkt dat deze Richtsnoeren immers slechts van toepassing zijn op zaken waarin zij haar *onderzoek* heeft opgestart na 3 december 2008 of waarin zij een vroeger aangevangen onderzoek nog niet heeft afgerond en dus op 3 december 2008 nog niet heeft beslist of de zaak voldoende solied en prioritair is om de *procedure* in te leiden met het oog op het vaststellen van een beschikking<sup>5</sup>. De Richtsnoeren zijn dus *niet* toepasselijk – althans niet formeel – op zaken waarin de Commissie reeds vóór 3 december 2008 punten van bezwaar uitgestuurd heeft.

7. Sedert eind 2008 heeft de Commissie tot op heden vier misbruikzaken afgesloten. De verbodsbeschikking van 13 mei 2009 in *Intel* – een zaak over getrouwheidskortingen – is veruit de interessantste zaak. Hoewel deze beschikking

<sup>2</sup> Zie bv. JOLIET, “Monopolisation et abus de position dominante”, *Rev.dr.trim.eur.* 1969/4, p. 692; *Monopolisation and Abuse of Dominant Position* (Liège, Den Haag, 1970).

<sup>3</sup> De paragraafnummering in alle op 9 februari 2009 verschenen taalversies van de Richtsnoeren (document C 2009/864 definitief) verschilt vanaf § R21 van de nummering in de engelstalige versie die op 3 december 2008 is verschenen omdat de laatste alinea van de originele § 20 een apart nummer heeft gekregen. De Richtsnoeren zijn intussen in het *EG Publicatieblad* verschenen (*Pb.C.* 45/7 van 24 februari 2009).

<sup>4</sup> Zie § 7 van de Richtsnoeren.

<sup>5</sup> Memo 08/761 van 3 december 2008. Laten we even in herinnering brengen dat, krachtens art. 2 van verordening 773/2004, de Commissie de procedure dient in te leiden vóór zij punten van bezwaar uitstuurt (in een ‘artikel 7’ scenario, d.w.z. gericht op het nemen van een verbodsbeschikking) of tot een voorlopige beoordeling komt (in een ‘artikel 9’ scenario, d.w.z. gericht op het aanvaarden van toezeggingen) maar dat zij haar voorafgaand onderzoek kan voeren zonder de procedure te openen (en dat ook meestal doet). Voor de volledige tekst van art. 7 en 9, *cf.* verordening n° 1/2003, *Pb.L.* 1/1 van 4 januari 2003.

gebaseerd is op punten van bezwaar die dateren van vóór 3 december 2008 en de Richtsnoeren formeel dus niet van toepassing zijn, heeft de Commissie er toch voor gekozen om een uitgebreide economische analyse van de kortingen in kwestie te voeren aan de hand van een nieuw beoordelingscriterium dat zij in haar artikel 102 Richtsnoeren heeft geïntroduceerd<sup>6</sup>. Straks meer daarover. In twee andere zaken besloot de Commissie – overeenkomstig artikel 9 van verordening n° 1/2003 – dat er geen gronden voor een verder optreden bestonden omdat partijen toezeggingen hadden gedaan die aan haar bezwaren tegemoet kwamen. Dit gebeurde in *Rambus* – een boeiende zaak betreffende een nogal atypisch misbruik waarin de Commissie al in juli 2007 punten van bezwaar had uitgestuurd – en in *Microsoft II* – een zaak over koppelverkoop waarvoor de punten van bezwaar pas begin 2009 waren uitgestuurd en waarop de Richtsnoeren dus formeel wel van toepassing waren maar waar het misbruik conceptueel eigenlijk een ‘doorslagje’ was van het type koppelverkoop dat reeds in *Microsoft I* door de Commissie was verboden<sup>7</sup>. Een vierde zaak (*Qualcomm*) had betrekking op een vermeend uitbuitingsmisbruik (onbillijke tarieven) en werd door de Commissie eind 2009 na jarenlang onderzoek zonder verder gevolg afgesloten.

8. In deze bijdrage bespreken we eerst het algemeen beoordelingskader dat de Commissie in de toekomst zal aan-

wenden bij het onderzoek van deze of gene vorm van uitsluitingsgedrag onder artikel 82 EG (hoofdstuk 1).

9. Daarna zullen wij schetsen hoe de Commissie aankijkt tegen een aantal specifieke vormen van uitsluitingsgedrag (hoofdstuk 2). Er weze van meet af aan herinnerd dat Hof en Gerecht de verbodsbeschikkingen van de Commissie uit het verleden – op belangrijke punten – nooit hebben vernietigd. In onze bespreking zullen we kort naar deze rechtspraak verwijzen en, indien nodig, aangeven op welke punten de Commissie ondanks haar *clean record* in de toekomst bereid is een diepgaander analyse te voeren dan in het verleden.

10. Bij ons overzicht van de specifieke vormen van misbruik zullen we het onderscheid hanteren dat de Commissie zelf maakt tussen enerzijds misbruikelijk *prijsgedrag* (in het bijzonder voorwaardelijke kortingen en rooftprijzen) en anderzijds andere vormen van misbruikelijk gedrag (in het bijzonder koppelverkoop en leveringsweigering). Dit onderscheid is overigens relatief. Zo behandelt de Commissie voorwaardelijke kortingen in een hoofdstuk dat betrekking heeft op regelingen inzake ‘exclusief-verkeer’, waartoe ook – en vooral – niet-prijsgebonden gedrag behoort (namelijk exclusieve afname) terwijl zij het in het hoofdstuk koppelverkoop heeft over ‘multi-productkortingen’ die de afnemer er toe aanzetten om zich een bundel producten aan te schaffen.

## HOOFDSTUK 1. ALGEMEEN BEOORDELINGSKADER

### A. Hoffmann-La Roche: na al die jaren nog steeds het uitgangspunt

11. In *Roche* overwoog het Hof van Justitie dat de marktgedragingen van een dominante onderneming misbruikelijk zijn indien ze “invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde” en indien deze gedragingen “ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten – in zwang zijn, wordt tegengegaan”<sup>8</sup>.

12. In deze definitie zitten twee elementen en beide elementen maken samen het algemeen beoordelingskader uit dat de Commissie nog steeds naar voren schuift in haar artikel 102 Richtsnoeren. Het eerste element heeft betrekking op het proces van rivaliteit tussen concurrenten dat

reeds door de machtspositie van de betrokken onderneming is aangetast (‘verflauwd’) en vergt onderzoek naar de vraag of dit proces door deze onderneming nog verder is afgezwakt (‘tegengegaan’). In het hedendaags jargon spreekt men van “marktafsluiting” of *foreclosure* (cf. § 19 Richtsnoeren). Het tweede element heeft betrekking op de vraag of de dominante onderneming zich efficiënt gedragen heeft bij het afzwakken van dit rivaliteitsproces (“bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging”). Hoewel het Hof het niet met zoveel woorden zegt, impliceert dit tweede element dat er *geen* sprake is van misbruik als de dominante onderneming de resterende rivaliteit met haar concurrenten (*Restwettbewerb*) enkel en alleen heeft beperkt door zich efficiënt te gedragen (*competition on the merits*).

13. In de *Roche*-definitie ontbreekt een verwijzing naar degenen om wie het uiteindelijk te doen is, namelijk de afnemers en de eindconsumenten. Dit is opmerkelijk. We zouden er kunnen van uit gaan dat het Hof door zijn verwijzing naar

<sup>6</sup> Op haar website heeft DG Mededinging een niet vertrouwelijke versie van de *Intel*-beschikking gepubliceerd (document 2009/3726 final in zaak COMP 37.990).

<sup>7</sup> Voor een samenvatting van de *Rambus*-beschikking van 9 december 2009 (zaak COMP/38.636), cf. *Pb.C.* 30/7 van 6 februari 2010 en voor een samenvatting van de *Microsoft II*-beschikking van 16 december 2009 (zaak COMP 39530), cf. *Pb.C.* 36/7 van 13 februari 2010. Voor een samenvatting van de *Microsoft I*-beschikking, cf. *Pb.L.* 32/23 van 6 februari 2007.

<sup>8</sup> Arrest van 13 februari 1979 in zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche / Commissie*, *Jur.* 1979, p. 461, overweging 91.

“een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging” er zich van bewust was dat de vrijwaring van het rivaliteitsproces geen doel op zich is maar slechts een middel tot de bescherming van het consumentenbelang. Dit is nochtans verre van zeker. Bij lezing van de rechtspraak na *Roche* valt immers op hoe de analyse van het vermeend misbruik meestal blijft steken bij de diagnose dat de dominante onderneming de resterende rivaliteit met haar concurrenten heeft beperkt. Dominante ondernemingen hebben vaak genoeg aangevoerd dat hun marktgedrag consumenten ten goede kwam en dat hun bijdrage tot het consumentenbelang op de keper beschouwd toch altijd zwaarder moest doorwegen dan enige beperking van het rivaliteitsproces maar de Commissie – daarin gevolgd door Hof en Gerecht – heeft dit verweer nooit ernstig genomen.

## B. Afweging van mededingingsbeperkende en -bevorderende elementen van het marktgedrag: een stap vooruit?

14. De Commissie lijkt het zojuist geformuleerd verweer in haar artikel 102 Richtsnoeren ernstiger te nemen. De passage waarin zij haar algemeen beoordelingskader voor de toepassing van artikel 102 van het Verdrag uiteenzet wordt immers voorafgegaan door een titel waarin zij het niet uitsluitend heeft over marktafsluiting maar over “afsluiting *die de gebruikers schaadt*” (cursief toegevoegd) en in de tekst die volgt lezen we dat de Commissie zich voorneemt om slechts op te treden tegen uitsluitingsgedrag waardoor de dominante onderneming haar prijzen kan verhogen, de kwaliteit van haar producten of diensten kan verlagen en/of de innovatie in de markt kan aantasten “ten koste van de gebruikers” (cf. § 19). Volgens de Commissie is het de schade aan het consumentenbelang die het marktafsluitend uitsluitingsgedrag van de dominante onderneming uiteindelijk “concurrentieverstorend” maakt (*id.*).

15. Zo erkent de Commissie expliciet dat een dominante onderneming de mogelijkheid moet hebben om haar vermeend uitsluitingsgedrag te rechtvaardigen “door aan te tonen dat haar gedragingen objectief noodzakelijk zijn of dat deze *aanzienlijke* efficiëntieverbeteringen opleveren die tegen eventuele concurrentieverstorende effecten voor gebruikers opwegen” (§ 28, cursief toegevoegd). Even verderop herhaalt de Commissie dat een dominante onderneming haar marktafsluitend gedrag “kan rechtvaardigen op basis van efficiëntiewinsten die een afdoende garantie bieden dat gebruikers geen nettoschade dreigen te lijden” (§ 30).

16. De Commissie werkt dit verder uit. Van een dominante onderneming zal “in de regel” verwacht worden dat zij “met een voldoende mate van waarschijnlijkheid en aan de hand

van controleerbare gegevens aantoonbaar” dat aan vier voorwaarden is voldaan (§ 30). Ten eerste moeten de verwachte efficiëntiewinsten het “gevolg van de gedraging” zijn (*id.*). Ten tweede moet de gedraging zelfs “onmisbaar” zijn voor het behalen van de efficiëntiewinsten, m.a.w. “er mogen geen minder concurrentiebeperkende alternatieven voor de gedraging bestaan, die toch dezelfde efficiëntiewinst kunnen opleveren” (*id.*). Ten derde dienen deze efficiëntiewinsten op te wegen tegen het verlies aan mededinging in termen van rivaliteit tussen concurrenten. Met de vierde voorwaarde, die de derde voorwaarde aanvult, lijkt de Commissie echter sterk gas terug te nemen. De Commissie verklaart onomwonden dat “uitsluitingsgedrag dat een marktpositie welke die van een monopolie benadert, in stand houdt, in het leven roept of versterkt, normaal niet kan worden gerechtvaardigd op grond van het feit dat deze ook efficiëntieverbeteringen oplevert” (*id.*). Zij verantwoordt dit standpunt als volgt: “rivaliteit tussen ondernemingen is een belangrijke motor voor economische doelmatigheid, daaronder begrepen dynamische efficiëntieverbeteringen in de vorm van innovatie en wanneer deze rivaliteit ontbreekt, krijgt de onderneming met een machtspositie niet meer de passende prikkels om efficiëntieverbeteringen te blijven creëren en door te geven” (*id.*).

17. In voetnoot bevestigt de Commissie dat deze voorwaarden dezelfde zijn als degene waaraan de samenwerking tussen niet-dominante ondernemingen moet beantwoorden om – overeenkomstig artikel 101-3 van het Verdrag – te ontsnappen aan het kartelverbod van artikel 101-1 van het Verdrag en zij verwijst naar de Richtsnoeren uit 2004 waarin zij de draagwijdte van deze voorwaarden heeft toegelicht (art. 101-3 Richtsnoeren)<sup>9</sup>.

18. Dat de beoordeling van het vermeend uitsluitingsgedrag van een dominante onderneming of van een samenwerking tussen niet-dominante ondernemingen volgens hetzelfde stramien verloopt, is zonder meer een toe te juichen ontwikkeling. Toch dienen hierbij een aantal randopmerkingen geformuleerd te worden. Zij hebben betrekking op zowel de inhoudelijke wettigheidstoets als de bewijslast in het kader van artikel 101-3 van het Verdrag (en dus nu ook van art. 102 van het Verdrag).

### a) Wettigheidstoets

19. De analogie tussen de beoordelingskaders van artikel 101-3 en artikel 102 van het Verdrag vergt wat meer uitleg. De tekst van artikel 101-3 vormt vanzelfsprekend het uitgangspunt. Vrij vertaald: een samenwerking tussen ondernemingen die de mededinging beperkt in de zin van artikel 101-1 van het Verdrag zal toch als mededingingsbevorderend worden beschouwd indien zij efficiëntiewinsten oplevert (eerste voorwaarde), indien de consument daar min-

<sup>9</sup> Pb.C. 101/97 van 27 april 2004.

stens gedeeltelijk zijn voordeel bij doet (tweede voorwaarde), indien de samenwerking onmisbaar is voor het behalen van de efficiëntiewinsten (derde voorwaarde) en indien zij de graad van rivaliteit tussen concurrenten niet wezenlijk beperkt (vierde voorwaarde). De analogie met de daarnet besproken passage uit de artikel 102 Richtsnoeren is frappant maar we moeten ten rade gaan bij de artikel 101-3 Richtsnoeren uit 2004 waarin de Commissie toelichting verschafte bij deze vier voorwaarden om een nog duidelijker inzicht te krijgen in de manier waarop de Commissie van plan is de mededingingsbevorderende en -beperkende elementen van het marktgedrag van de betrokken ondernemingen tegen elkaar af te wegen.

**20.** In deze Richtsnoeren overweegt zij: “wanneer de positieve mededingingseffecten van een overeenkomst opwegen tegen de negatieve, is de overeenkomst, alles samengenomen, mededingingsbevorderend en verenigbaar met de doelstellingen van de communautaire mededingingsregels” (cf. § 33). De positieve effecten in kwestie verwijzen naar de efficiëntiewinsten (1<sup>ste</sup> voorwaarde) ten voordele van de consument (2<sup>de</sup> voorwaarde) terwijl de negatieve effecten betrekking hebben op het rivaliteitsproces en verklaren waarom een overeenkomst onmisbaar moet zijn om de efficiëntiewinsten te realiseren (3<sup>de</sup> voorwaarde) en de mededinging niet wezenlijk mag verstoren (4<sup>de</sup> voorwaarde).

**21.** Maar wanneer wegen de positieve effecten eigenlijk op tegen de negatieve effecten? Of, anders gezegd, wanneer zal de bijdrage tot het consumentenbelang zwaarder doorwegen dan de verzwakking van het rivaliteitsproces? Daar knelt het schoentje. In haar beschikkingspraktijk heeft de Commissie – met de steun van Hof en Gerecht – immers steeds een groter “soortelijk gewicht” toegekend aan de negatieve effecten dan aan de positieve effecten.

**22.** Zo heeft de Commissie in haar artikel 101-3 Richtsnoeren te kennen gegeven dat ze de eerste voorwaarde in samenhang met de derde voorwaarde, en de tweede voorwaarde in samenhang met de vierde voorwaarde, zal lezen (§ 39). Bovendien blijkt in de praktijk dat de derde voorwaarde (het onmisbaar karakter van de beperking van het rivaliteitsproces tussen concurrenten) de eerste voorwaarde (de efficiëntiewinsten) intrinsiek domineert: “hoe restrictiever de beperking, des te strikter dient het onderzoek op basis van de derde voorwaarde te zijn” (cf. § 79). Hetzelfde geldt voor de vierde voorwaarde (geen wezenlijke beperking van het rivaliteitsproces tussen concurrenten) die bepalend zal zijn voor de tweede voorwaarde (consumentenbelang): “uiteindelijk gaat de prioriteit naar de bescherming van de rivaliteit en de concurrentiewerking boven potentiële mededin-

gingsbevorderende efficiëntiewinsten die uit beperkende overeenkomsten zouden kunnen voortvloeien” want “met de laatste voorwaarde van artikel [101], lid 3, wordt erkend dat rivaliteit tussen ondernemingen een belangrijke motor is voor de economische efficiëntie, met inbegrip van dynamische efficiëntieverbeteringen in de vorm van innovatie” (cf. § 105)<sup>10</sup>.

**23.** Anders gezegd: wanneer het marktgedrag van de samenwerkende ondernemingen het rivaliteitsproces ernstig heeft verzwakt, dan heeft de Commissie er geen vertrouwen in dat de door hen behaalde efficiëntiewinsten ook daadwerkelijk aan de consument ten goede zullen komen. De artikel 102 Richtsnoeren weerspiegelen ditzelfde wantrouwen, al moet toegegeven worden dat de Commissie dit wantrouwen voorbehoudt voor situaties waarin de dominante onderneming door zijn marktgedrag een marktpositie verwert “welke die van een *monopolie* benadert” (§ 30, cursief toegevoegd). De door de artikel 102 Richtsnoeren voorgestelde afweging van positieve en negatieve elementen in het te beoordelen marktgedrag spoort voor de rest echter volstrekt met de afweging zoals die in de artikel 101-3 Richtsnoeren wordt voorgesteld.

**24.** Vooral voor dominante ondernemingen zal het dus geen sinecure zijn om aan te tonen dat hun vermeend uitsluitingsgedrag onmisbaar is voor de verwezenlijking van de efficiëntiewinsten en dat deze efficiëntiewinsten minstens voor een stuk ten goede komen aan de consument ondanks ernstig verlies aan rivaliteit met andere concurrenten.

## **b) Bewijslast**

**25.** Op procedureel vlak betekent de analogie tussen de beoordelingskaders voor artikel 102 en artikel 101-3 van het Verdrag dat de dominante onderneming, net zoals niet-dominante ondernemingen die zich op artikel 101-3 beroepen, de bewijslast draagt dat haar vermeend uitsluitingsgedrag dermate grote efficiëntiewinsten ten gunste van de consumenten oplevert dat deze zwaarder wegen dan enige beperking van het rivaliteitsproces. De bewijslast dus ligt bij de ondernemingen. Daar is vaste rechtspraak over en artikel 2, tweede zin van verordening nr. 1/2003 heeft die rechtspraak gecodificeerd: “terwijl (...) de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op artikel [101], lid 1, of artikel [102] van het Verdrag is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk te dragen”, dient de onderneming of ondernemersvereniging die zich op artikel [101], lid 3, van het Verdrag beroept, de bewijslast te dragen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan<sup>11</sup>.

<sup>10.</sup> Cf. ook § 90 in de art. 101-3 Richtsnoeren: “De tweede voorwaarde van artikel [101], lid 3, omvat ook een glijdende schaal. Naarmate de mededingingsbeperking bij toetsing aan artikel [101], lid 1, groter blijkt te zijn, moeten ook de efficiëntieverbeteringen en het aandeel dat daarvan aan de gebruikers wordt doorgegeven, groter zijn (...)”

<sup>11.</sup> Voor wat art. 102 betreft, ontstaat er hierdoor een soort kortsluiting vermits het bewijs van een inbreuk pas zal geleverd zijn indien vaststaat dat het uitsluitingsgedrag geen of onvoldoende efficiëntiewinsten in de zin van art. 101-3 heeft opgeleverd.

26. Voor de mededingingsoverheid volstaat het om in het kader van artikel 101-1 aan te tonen dat de afspraak het mededingingsproces merkbaar verstoort. In het kader van artikel 101-3 moeten ondernemingen daarentegen bewijzen dat hun afspraak of hun marktgedrag *alle* voorwaarden van artikel 101-3 vervult, d.w.z. dat de mededingingsbeperking in kwestie echt nodig is om de efficiëntieverbeteringen te verwezenlijken *én* dat deze beperking, hoewel merkbaar, niet wezenlijk is en daarom niet verhindert dat de consumenten er hun voordeel bij doen.

27. Dit is een belangrijk verschil met de verdeling van de bewijslast onder de *rule of reason* in de Verenigde Staten die o.i. inhoudelijk (d.w.z. qua wettigheidstoets) perfect vergelijkbaar is met artikel 101-3 van het Verdrag. Wanneer ondernemingen kunnen aantonen dat hun gedrag efficiëntiewinsten zal opleveren, dan keert de bewijslast en dient de overheid (of de klager) te bewijzen dat deze ondernemingen de efficiëntiewinsten ook kunnen behalen op een manier die minder het rivaliteitsproces beperkt.

28. Toegegeven, in zijn recente *GSK*-arrest herinnert het Hof eraan dat de Commissie ook haar deel in de bewijsvoering draagt omdat zij plausibele argumenten van de ondernemingen omtrent efficiëntiewinsten dient te weerleggen<sup>12</sup>. Het komt echter zelden voor dat de Commissie het pleit verliest wanneer er onenigheid ontstaat over de toepassing van artikel 101-3 EG. Volgens vaste rechtspraak beschikt zij namelijk bij de toetsing van afspraken aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 101-3 EG-Verdrag over een beleidsmarge. In haar artikel 102 Richtsnoeren geeft de Commissie dit 'strategisch' voordeel niet uit handen. Zij overweegt dat het aan de dominante onderneming staat om "alle nodige bewijzen te leveren om aan te tonen dat de betrokken gedraging objectief gerechtvaardigd is" en dat het daarna aan de Commissie is "om de uiteindelijke beoordeling te maken van de vraag of de te onderzoeken gedraging niet objectief noodzakelijk is en of, op basis van een afweging van kennelijk concurrentieverstorende effecten tegen beweerde en onderbouwde efficiëntieverbeteringen, te verwachten is dat deze gedraging resulteert in schade voor de gebruikers" (§ 31).

29. Daarom lijkt ons de belangrijkste *praktische* vraag of de artikel 102 Richtsnoeren er de Commissie effectief zullen toe aanzetten om grondiger te onderzoeken of de onderneming werkelijk dominant is en, zo ja, of haar vermeend uitsluitingsgedrag het rivaliteitsproces tussen concurrenten ernstig verstoort. Als de negatieve impact van haar gedrag op dit proces onbeduidend is, dan kan de Commissie zich de tweede stap bij de toetsing van dit gedrag (het afwegen van de positieve effecten tegen de negatieve effecten) perfect besparen.

30. Over die eerste stap in de beoordeling (zijn de negatieve effecten voldoende ernstig?) formuleert de Commissie in haar artikel 102 Richtsnoeren in elk geval een aantal interessante ideeën die we nu even op en rijtje zetten.

### *c) Een meer economische beoordeling van marktmacht en marktafscherming*

31. *Marktmacht*. Volgens de Commissie is een onderneming dominant wanneer zij "in staat is voor een aanzienlijke periode de prijzen winstvergroten tot boven het concurrerende niveau te verhogen" (*cf.* § 18). Zij voegt er echter aan toe dat de capaciteit om prijzen boven het concurrerende niveau te *handhaven* voldoende kan zijn (*id.*).

32. Terwijl de Commissie in het verleden marktmacht vooral afmat aan het marktaandeel van de onderneming in kwestie en aan dat van haar concurrenten, erkent zij nu dat de marktmacht kan "resulteren uit een samenloop van verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn" (*cf.* § 10) en dat zij "geen definitief besluit zal nemen over de wenselijkheid om een zaak door te zetten, zonder alle factoren te onderzoeken die voldoende kunnen zijn om de gedragingen van de onderneming in te tomen" (*cf.* § 15). Dit betekent klaarblijkelijk dat de Commissie zich niet langer zal beroepen op de overweging van het Hof in *Akzo* dat "zeer aanzienlijke marktaandelen", zoals in casu een marktaandeel van 50%, "op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie opleveren"<sup>13</sup>.

33. Volgens de Commissie is het bestaan van een machtspositie in elk geval "weinig waarschijnlijk wanneer het marktaandeel op de betrokken markt onder 40% ligt" (*cf.* § 14). Anderzijds leert de ervaring "dat hoe hoger het marktaandeel is en hoe langer de periode waarover dit wordt aangehouden, des te groter de kans is dat zulks een belangrijke aanwijzing is voor het bestaan van een machtspositie" (*cf.* § 15).

34. Omdat de factor 'tijd' belangrijk is, zal de Commissie nagaan i) of bestaande en/of potentiële concurrenten in staat zouden zijn om 'tijdig en in voldoende mate' de marktmacht van een onderneming met een hoog marktaandeel in te tomen (*cf.* § 16) en ii) of het merendeel van de afnemers van die onderneming – in de bewoordingen van de Commissie: geen "specifiek of beperkt segment van die afnemers" – dit ook kunnen (*cf.* § 18).

35. *Marktafscherming*. Zoals we reeds opmerkten, lijkt de Commissie bij de eerste stap in haar toetsing van het vermeende uitsluitingsgedrag van een dominante onderneming ('marktafscherming') een bredere kijk op de mededinging te hebben: er is slechts sprake van *concurrentieverstorende*

<sup>12</sup> Arrest van 6 oktober 2009 in zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline / Commissie, nog niet gepubl.*

<sup>13</sup> Arrest van 3 juli 1991 in zaak C-62/68, *Akzo Chemie / Commissie, Jur.* I-3359, overweging 60.

marktafscherming wanneer de dominante onderneming het voor haar concurrenten moeilijk of onmogelijk maakt om te groeien op de markt (of wanneer zij het potentiële nieuwkomers moeilijk of onmogelijk maakt om de markt te betreden) “ten koste van het consumentenbelang” (cf. § 19)<sup>14</sup>. Consumenten zijn met name de dupe wanneer de dominante onderneming door haar gedrag haar prijzen kan verhogen of boven de gangbare marktprijs kan handhaven. De Commissie gebruikt de begrippen prijsverhoging en -handhaving echter slechts als een ‘verkortings’ voor diverse vormen van misbruikelijk gedrag (§ 11). Dat blijkt ook uit de passage waarin zij verklaart gebruik te zullen maken van “zowel kwalitatief als, voor zover mogelijk en passend, kwantitatief bewijsmateriaal” (cf. § 19). Dat laat de Commissie dus enige artistieke vrijheid om veel belang te blijven hechten aan de keuze van de consument, met name indien het vermeend uitsluitingsgedrag niet leidt tot een meetbaar deficit voor de consument in termen van prijs en kwaliteit. Het begrip ‘consumentenkeuze’ is eigenlijk gewoon een afgeleide van het begrip ‘rivaliteitsproces’: als er voldoende concurrenten zijn, dan heeft de consument voldoende keuze. In het verleden is dat een constante in de beschikkingspraktijk van de Commissie geweest en kon men zich wel eens de vraag stellen hoeveel keuze ‘goed’ was voor de consument, zeker indien hij niet het slachtoffer was van onrechtmatige prijsverhoging of -handhaving (of zelfs van een prijsverlaging genoot).

36. Voor de toepassing van artikel 102 EG-Verdrag blijft de Commissie ook herhalen dat *potentiële* marktafscherming volstaat om in te grijpen, weliswaar op voorwaarde dat er “dwingend en overtuigend bewijsmateriaal” is dat deze marktafscherming zich “waarschijnlijk” zal voordoen (cf. § 20).

37. Hoe denkt de Commissie dit bewijsmateriaal te verzamelen? In het lijstje beoordelingsfactoren treffen we vooral factoren aan die de Commissie moeten helpen om de impact van het gedrag op de marktstructuur te bepalen, inclusief “rechtstreeks bewijs van uitsluitingsstrategieën” – zeg maar *smoking guns*<sup>15</sup>. Dit lijstje lijkt de bestaande aanpak te consolideren. Het wijst er ook op dat de verwijzing naar de gebruikers vooral staat voor een *reminder* dat de vrijwaring van het mededingingsproces nooit een doel op zich kan zijn. Toch zijn er ook een aantal belangrijke nieuwigheden.

38. Ten eerste zal de Commissie bij gevallen van vermeend uitsluitingsgedrag op basis van prijs (d.w.z. getrouwheidskortingen, multi-productkortingen, rooiprijzen en mar-

*gin squeeze*) onderzoeken of concurrenten die “even efficiënt” zijn als de dominante onderneming, in staat zijn om het hoofd te bieden aan het uitsluitingsgedrag van deze laatste (§ 23). Het concept “even efficiënte concurrent” is tegenwoordig *en vogue* maar laten we niet vergeten dat het Hof het al noemde in *Akzo*<sup>16</sup>.

39. Ten tweede, en in meer algemene zin, kondigt de Commissie aan “doorgaans” een vergelijking te zullen maken tussen de marktsituatie die resulteert uit het vermeend uitsluitingsgedrag van de dominante onderneming en “een geschikt nulscenario, zoals de situatie waarin de betrokken gedraging gewoonweg ontbreekt of [ ] een ander, volgens goed handelsgebruik, realistisch alternatief scenario” (cf. § 21). Positief aan een vergelijking met een dergelijke ‘*counterfactual*’ is dat de Commissie een dominante onderneming niet zal aanpakken voor gedrag dat haar concurrenten eigenlijk niet kan raken. Dit lijkt een kwestie van gezond verstand. Als de positie van de concurrenten dezelfde blijft, met of zonder het gedrag van de dominante onderneming, dan kan dit marktgedrag onmogelijk enig marktafschermend karakter vertonen. Het is echter niet duidelijk hoe de Commissie de vergelijking met het geschikt nulscenario zal maken, vooral wanneer er slechts sprake is van potentiële marktafscherming. Evenmin is duidelijk wat de Commissie verstaat onder een ‘realistisch alternatief scenario’.

40. Wij twijfelen er niet aan dat de Commissie in de toekomst het gedrag van de dominante onderneming daadwerkelijk zal toetsen aan dat van de ‘meest efficiënte concurrent’ (zoals ze dat reeds in *Intel* heeft gedaan) en dat ze de impact van dat gedrag op de mededinging ook zal vergelijken met een ‘nulscenario’ waarin dit gedrag zich niet voordoet. Laten we echter niet vergeten dat de Commissie ook veel belang zal blijven hechten aan ‘rechtstreeks bewijs van uitsluitingsstrategieën’, in het bijzonder aan interne documenten van de dominante onderneming waaruit blijkt dat deze onderneming een plan uitgestippeld heeft om de bestaande of potentiële concurrenten het leven zuur of onmogelijk te maken (cf. § 20 *in fine*). Naar onze smaak is de bewijskracht van dit soort, al dan niet van gespierde taal voorziene, documenten redelijk beperkt. De Commissie kan ze o.i. hoogstens *ad colorandum* inroepen, d.w.z. nadat ze reeds bewezen heeft dat de onderneming haar plan ook werkelijk ten uitvoer heeft gebracht *en* dat er voor het daaruit resulterend marktgedrag eigenlijk geen zinnige uitleg is, *behalve* die van een uitsluitingsstrategie. Men noemt dit wel eens de ‘*but for*’ benadering.

<sup>14</sup> Cf. § 19: “In dit document wordt het begrip ‘concurrentieverstorende afscherming’ gebruikt om een situatie te beschrijven waarin de daadwerkelijke toegang van daadwerkelijke of potentiële concurrenten tot bevoorrading of markten wordt verhinderd of uitgeschakeld als gevolg van de gedragingen van de onderneming met een machtspositie, waarbij de onderneming met een machtspositie waarschijnlijk in een positie verkeert om met succes de prijzen te verhogen ten koste van de gebruikers.”

<sup>15</sup> *Id.*, § 20.

<sup>16</sup> Cit. overweging 72: “Deze prijzen kunnen namelijk ondernemingen van de markt verdrijven, die misschien even efficiënt zijn als de onderneming met de machtspositie, doch die wegens hun geringere financiële armslag niet in staat zijn de hun aangedane concurrentie het hoofd te bieden.”

41. De enige diagnose die we durven stellen is dat de Commissie – naar het lichtend voorbeeld van haar meer economisch geïnspireerd artikel 101 beleid van het laatste decennium – slechts tot de tweede stap van haar analyse zal over-

gaan indien het gedrag van de dominante onderneming er minstens toe strekt het mededingingsproces *merkbaar* te verstoren en indien een dergelijke verstoring zich ook *waarschijnlijk* zal voltrekken<sup>17</sup>.

## HOOFDSTUK 2. SPECIFIEKE VORMEN VAN UITSLUITINGSGEDRAG

42. Zoals gezegd, maakt de Commissie een onderscheid tussen uitsluitingsgedrag dat op prijs is gebaseerd en ander uitsluitingsgedrag. Bij de bespreking van deze vormen van uitsluitingsgedrag verwijst de Commissie natuurlijk talloze malen naar het door haar geschetste algemeen beoordelingskader. De volgende krachtlijnen komen daarbij naar voren.

43. Ten eerste neemt de Commissie zich voor om bij haar onderzoek van uitsluitingsgedrag op basis van prijs systematisch – en veel grondiger dan in het verleden – na te gaan of concurrenten die even efficiënt zijn als de dominante onderneming door de prijszetting van deze laatste in de verdrukking kunnen komen. Dit impliceert dat de Commissie de door de dominante onderneming aangeboden verkoopprijs zal vergelijken met *diens* eigen kostprijs, althans voor zover daarover “voldoende betrouwbare gegevens beschikbaar zijn” (cf. § 25). Zijn die gegevens niet voorhanden, dan zal de Commissie de “gegevens over de kosten van concurrenten of andere vergelijkbare, betrouwbare gegevens” gebruiken (*id.*).

44. Ten tweede valt het op dat de Commissie voor elk van de specifieke vormen van uitsluitingsgedrag – en dus niet alleen degene op basis van prijs – meestal kort van stof is betreffende efficiëntiewinsten die een dominante onderneming kan inroepen ter rechtvaardiging van haar uitsluitingsgedrag. Enerzijds wijst dit toch op een vooroordeel ten nadele van dominante ondernemingen en lijkt het te illustreren dat de analogie tussen artikel 102 en artikel 101-3 van het Verdrag in de praktijk niet veel zoden aan de dijk zal zetten. Anderzijds is dit nog geen ramp zolang de Commissie maar grondig onderzoekt of het vermeend uitsluitingsgedrag van de dominante onderneming echt markt afschermend werkt.

### A. Uitsluitingsgedrag op basis van prijs

#### a) Voorwaardelijke kortingen

45. Wanneer een onderneming haar afnemers voorwaardelijke kortingen in het vooruitzicht stelt, dan betekent dit dat zij deze kortingen zal verlenen aan afnemers wier aankopen over een vastgestelde referentieperiode een bepaalde

volumedrempel overschrijden. De korting kan berekend worden hetzij op hun volledige aankopen (‘retroactieve kortingen’), hetzij alleen op hun aankopen boven de volumedrempel (‘staffelkortingen’). De drempel kan voor elke afnemer afzonderlijk geïndividualiseerd zijn. Ze kan echter ook voor alle afnemers gestandaardiseerd zijn. In haar artikel 102 Richtsnoeren erkent de Commissie van meet af aan dat voorwaardelijke kortingen “een niet ongebruikelijke praktijk” zijn die de vraag kunnen stimuleren en aldus “gunstig zijn voor de gebruikers” (cf. § 37). Onmiddellijk daarna waarschuwt zij echter voor hun markt afschermend karakter, wat er al weer op wijst dat de vrijwaring van het rivaliteitsproces op langere termijn belangrijker is dan het consumentenbelang op langere termijn.

46. Bij de beoordeling van voorwaardelijke kortingen gaat de Commissie er van uit dat een dominante onderneming voor een bepaald deel van haar aanbod geen concurrentie ondervindt – precies omwille van haar dominantie. Zij noemt dit het ‘niet-betwistbare’ gedeelte van de vraag van elke afnemer, m.a.w. de hoeveelheid die elke afnemer in ieder geval van die onderneming zal afnemen. De dominante onderneming kan dan de inkomsten uit dit niet-betwistbare gedeelte van de vraag “gebruiken als hefboom om de prijs te doen dalen van het betwistbare gedeelte van de vraag, d.w.z. de hoeveelheid die de afnemers mogelijkwijze van haar rivalen zullen afnemen” (cf. § 39).

47. Volgens de Commissie kan deze kruiselingse subsidiëring even efficiënte concurrenten in moeilijkheden brengen. Teneinde de grens te kunnen trekken tussen rechtmatig en onrechtmatig prijsgedrag, neemt de Commissie zich voor te berekenen welke prijs even efficiënte concurrenten zouden moeten bieden om de afnemers van de dominante onderneming te compenseren voor het verlies van de voorwaardelijke korting, indien deze afnemers een gedeelte van hun vraag naar hen zouden overhevelen en aldus de volumedrempel niet zouden halen. De Commissie noemt dit het “relevante gedeelte” (cf. § 41) en preciseert dat dit gedeelte bij retroactieve kortingen overeenkomt met het “betwistbare gedeelte” (cf. § 42).

48. De belangrijkste vuistregel is: “hoe lager de geraamde daadwerkelijke prijs voor het relevante gedeelte ligt ten

<sup>17</sup>. Vgl. arrest van 2 mei 2006 in zaak T-328/03, *O2 GmbH / Commissie*, Jur. II-1231, waarin het Gerecht een vrijstellingsbeschikking van de Commissie vernietigde omdat de Commissie onvoldoende had aangetoond dat de betrokken overeenkomst de mededinging in de zin van art. 101-1 van het Verdrag beperkte.



opzichte van de gemiddelde prijs van de aanbieder met een machtpositie, des te sterker is het getrouwheidsbevorderende effect” van voorwaardelijke kortingen (cf. § 43). De Commissie maakt een driedelig onderscheid. Indien de prijs van de dominante onderneming hoger ligt dan haar eigen totale (variabele en vaste) kosten, dan is een even efficiënte concurrent in principe in staat om, ondanks de korting, winstgevend met haar te concurreren (id.)<sup>18</sup>. Indien de prijs van de dominante onderneming onder haar variabele kosten ligt, dan werkt die prijs marktafschermend omdat ze even efficiënte concurrenten ertoe dwingt met verlies te verkopen (cf. § 44). Indien deze prijs zich tussen de variabele en de totale kosten situeert, dan zal de Commissie onderzoeken of er “andere factoren” zijn die marktafscherming in de hand kunnen werken (cf. § 44). Daarbij zal de Commissie nagaan of die even efficiënte concurrenten “beschikken over realistische en effectieve strategieën om terug te slaan” (id.)<sup>19</sup>. De Commissie laat wel verstaan dat de vergelijking tussen verkoopprijs en kostprijs slechts “een onderdeel van de algehele beoordeling” uitmaakt en dat zij bij die beoordeling “ook ander relevant kwantitatief of kwalitatief bewijsmateriaal” zal betrekken (§ 45).

**49.** Een andere, o.i. minder fundamentele, vuistregel is: “hoe hoger de korting als percentage van de totale prijs is en hoe hoger het plafond, des te groter is de stimulus onder de drempel en des te sterker is ook de te verwachten afscherming van daadwerkelijke of potentiële concurrenten” (§ 40).

**50.** In vergelijking met de vaste rechtspraak inzake voorwaardelijke kortingen, bieden de artikel 102 Richtsnoeren een duidelijk beoordelingskader waar – zuiver conceptueel – veel voor te zeggen valt. Bovendien bestempelt de Commissie in haar Richtsnoeren kortingen *à la Roche*, d.w.z. kortingen die gekoppeld worden aan partiële of volledige exclusiviteit (en dus niet – *à la Michelin* – aan een volumedrempel), niet als per se onrechtmatig en neemt ze zich voor om ook voor dit soort kortingen te onderzoeken of de mededinging voor “even efficiënte concurrenten” leefbaar blijft.

**51.** Toch is dit beoordelingskader ook vatbaar voor kritiek.

**52.** Ten eerste dient onderstreept te worden dat de ‘even efficiënte concurrent’-test per definitie slechts bedoeld is om een uitspraak te doen over de vraag of het systeem van voorwaardelijke kortingen van een dominante onderneming vermag de markt *potentiëel* voor haar concurrenten af te scherm. De vraag is of de Commissie een systeem van voorwaardelijke kortingen kan verbieden indien in de praktijk blijkt dat het geen *actuele* marktbescherming teweeg heeft

gebracht. Dit is één van de sleutelvragen in de *Intel*-zaak. Hierover straks meer.

**53.** Ten tweede is het zeer de vraag of de ‘even efficiënte concurrent’-test voor dominante ondernemingen een voorspelbaar beoordelingskader oplevert. De artikel 102 Richtsnoeren lichten immers niet toe hoe een dominante onderneming de niet-betwistbare en betwistbare gedeelten van de vraag bij elke afnemer dient te berekenen. Moet zij zich baseren op wat haar afnemers hierover kwijt willen? Evenmin bevatten zij enige precisering omtrent de berekening van de variabele en vaste kosten. Het feit dat de Commissie zich voorneemt om in twijfelgevallen nog eens bijkomend, maar niet nader omschreven “relevant kwantitatief of kwalitatief bewijsmateriaal” (cf. § 45) bij haar beoordeling te betrekken, maakt het er niet makkelijker op.

**54.** De Commissie stelt ondernemingen wel gerust dat kortingen die gekoppeld worden aan één enkele *gestandaardiseerde* volumedrempel in principe minder marktafschermend werken dan kortingen die verbonden zijn aan een voor elke afnemer vastgestelde *geïndividualiseerde* drempel omdat één enkele drempel voor de meeste afnemers hetzelfde manifest te hoog, hetzelfde manifest te laag, zal zijn om getrouwheid te stimuleren (§ 45). De vraag is wel of kortingsystemen met één enkele volumedrempel *überhaupt* voorkomen.

**55.** Gestandaardiseerde kortingen, gevolgd door geïndividualiseerde staffelkortingen, zullen ook beter scoren bij de Commissie wanneer het gaat om de vraag of ze kunnen gerechtvaardigd worden op grond van kostenvoordelen (§ 46).

**56.** Beide aanwijzingen combinerend, lijkt het ons dat het veiligste systeem van voorwaardelijke kortingen erin bestaat om *een aantal* gestandaardiseerde volumedrempels te voorzien en aan elke drempel een korting te koppelen die dan toepasselijk is op de aankopen boven de drempel (kortom: gestandaardiseerde staffelkortingen). Om te beginnen verkeeren afnemers dan immers niet langer in een alles-of-nietsituatie: halen ze een lagere drempel dan voorheen, dan hebben ze recht op een lagere korting; halen ze een hogere drempel, dan hebben ze recht op een hogere korting. Bovendien werken staffelkortingen minder marktafschermend dan retroactieve kortingen omdat ze slechts betrekking hebben op een stuk van het betwistbare gedeelte van de vraag, namelijk het stuk boven de door de dominante onderneming vooropgestelde volumedrempel (terwijl retroactieve kortingen betrekking hebben op de volledige vraag, d.w.z. vanaf de

<sup>18.</sup> Voor de eenvoudige begrippen ‘variabele’ kosten (*average variable cost – AVC*) en ‘totale’ kosten (*average total cost – ATC*) gebruikt de Commissie respectievelijk de – ietwat accurater – termen *average avoidable cost (AAC)* en *long-run average incremental cost (LRAIC)*. Cf. voetnoot 18 van de art. 102 Richtsnoeren voor een technische verduidelijking betreffende deze termen.

<sup>19.</sup> Deze houding is een stuk soepeler dan de stelling in de Discussienota van december 2005 (zie website van DG Mededinging). Toen heette het nog dat “*in case this effective price is below the average total cost of the dominant company, it will be very difficult and possibly even impossible for as efficient competitors to compete with the dominant company for this part of the demand*” (§ 154).

eerste *stock keeping unit*). Of een dergelijk systeem van voorwaardelijke kortingen commercieel voor de betrokken onderneming werkbaar en/of wenselijk is, is natuurlijk een andere vraag.

57. Zoals reeds aangegeven, heeft de Commissie de “even efficiënte concurrent”-test toegepast in de *Intel*-zaak. Zowat 150 van de 220 bladzijden van de juridische beoordeling in de niet-vertrouwelijke versie van de *Intel*-beschikking zijn daaraan gewijd. De Commissie stelt echter herhaaldelijk – en met klem – dat ze deze test niet hoefde te voeren vermits de afnemers volgens haar de facto slechts recht hadden op de kortingen bij exclusieve of quasi-exclusieve afname en dat, overeenkomstig de rechtspraak, deze vaststelling volstaat om de kortingen in kwestie als misbruikelijk te bestempelen, omdat ze de keuzevrijheid van afnemers beperkten en hun getrouwheid t.a.v. Intel aanmoedigden<sup>20</sup>. Volgens de Commissie is de “even efficiënte concurrent”-test niets meer dan een mogelijke manier (“one possible way”) om na te gaan of de kortingen – actueel of potentieel – de markt afschermden<sup>21</sup>.

58. De Commissie laat daarmee duidelijk verstaan dat het eigenlijk volstaat om aan te tonen dat de kortingen de trouw van afnemers kunnen bevorderen (*loyalty enhancing*), dat het niet nodig is om aan te tonen dat deze kortingen potentieel de markt kunnen afschermen (*potential foreclosure*), laat staan dat het nodig zou zijn om aan te tonen dat deze kortingen ook daadwerkelijk de markt hebben afschermd (*actual foreclosure*).

59. Door zich te beroepen op vaste rechtspraak betreffende getrouwheidskortingen, wekt de Commissie de indruk dat Intel’s kortingen in alle opzichten vergelijkbaar zijn met de voorwaardelijke kortingen die reeds in *Roche* in het geding waren. Dat is echter niet het geval. Het gaat immers om kortingen die slechts *de facto* onderworpen zijn aan de voorwaarde van exclusieve afname. De Commissie geeft toe dat Intel-exclusiviteit als *quid pro quo* met haar afnemers niet contractueel heeft afgesproken en dat ze die exclusiviteit al evenmin eenzijdig aan hen heeft opgelegd – en dat waren nu precies de twee hypothesen waar het Hof het in *Roche* over had. De Commissie stelt alleen dat de afnemers duidelijk begrepen hadden (“*clear understanding*”) dat ze de kortingen niet zouden krijgen – of dat die kortingen drastisch zouden teruggeschroefd worden – indien ze zich bij andere leveranciers zouden bevoorraden<sup>22</sup>.

60. Het concept *de facto* voorwaardelijke kortingen is o.i. betwistbaar omdat het de rechtmatigheid van een bepaald

type kortingen geheel laat afhangen van de perceptie van de afnemers in plaats van hard te maken dat Intel de toekenning ervan – contractueel of eenzijdig – aan exclusiviteit had gekoppeld. De Commissie gaat zelfs nog een stap verder. Beseffend dat de situatie voor de afnemers niet zo ondubbelzinnig was als ze laat uitschijnen, beroept de Commissie zich op *Michelin I* om het gebrek aan de ondoorzichtigheid van de voorwaarde als een verzwarende factor te beschouwen. Deze ondoorzichtigheid zette afnemers nog meer aan tot getrouwheid aan Intel, zo luidt het<sup>23</sup>. Dit lijkt een circulaire redenering vermits hard bewijs ontbreekt voor het feit dat de kortingen aan een exclusiviteitsvoorwaarde waren verbonden.

61. De beoordeling van de Commissie in *Intel* is ook nog om een andere reden voor discussie vatbaar. Als men de stelling poneert dat de kortingen *de facto* aan een exclusiviteitsvoorwaarde zijn verbonden, dan poneert men ook – minstens impliciet – dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de kortingen en de trouw van de afnemers. Toch geeft de Commissie toe dat de trouw van zowel Dell als HP aan Intel aan *meerdere* factoren was te wijten, dat in het geval van Dell het zelfs goed mogelijk is dat de kortingen niet de belangrijkste oorzaak voor die trouw waren en dat, wat HP betreft, het er eigenlijk niet toe doet of de kortingen eigenlijk de oorzaak van diens trouw waren<sup>24</sup>.

62. Een derde reden waarom de *Intel*-beschikking enigszins de wenkbrauwen doet fronsen, is dat de Commissie het argument van tafel veegt dat ondanks de kortingen, Intel’s belangrijkste concurrent (AMD) zijn marktaandeel zag groeien tijdens de periode van de vermeende inbreuk. De Commissie gooit dit argument in de prullenmand, niet omdat het feitelijk onjuist zou zijn maar omdat het begrip misbruik – aldus vaste rechtspraak – ‘van objectieve aard’ is en dat het gebrek aan bewijs van actuele marktafsluiting bijgevolg irrelevant is<sup>25</sup>.

63. Het is dan ook paradoxaal dat de Commissie zich wel de moeite getroost om aan de hand van de ‘even efficiënte concurrent’-test na te gaan of Intel’s kortingen toch minstens de *potentie* hadden om de markt af te scherpen. De Commissie concludeert dus liever – op basis van een ingewikkelde en hypothetische analyse – dat die kortingen de markt wel moeten afscherpen hebben, ook al blijkt de realiteit dit tegen te spreken. De Commissie legt echter uit waarom ze denkt haar conclusie te kunnen handhaven. Volgens haar is het best mogelijk dat AMD beduidend efficiënter was dan Intel, zodat Intel’s getrouwheidskortingen AMD niet verhinderden om te concurreren, maar die kortingen jaagden AMD

<sup>20</sup> Cf. bv. § 923, 924, 925, 926 in de beschikking.

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Id.*, § 939 en 962.

<sup>23</sup> *Id.*, § 942 en 945.

<sup>24</sup> *Id.*, cf. respectievelijk § 936 en 969.

<sup>25</sup> *Id.*, § 1685, 1719 en 1733.

wel op extra kosten en maakten AMD het leven zuur<sup>26</sup>. Technischer uitgedrukt: het volstaat dat kortingen van een dominante onderneming de toegang tot de markt of de groei op die markt voor haar concurrenten minder winstgevend maken, om ze als misbruikelijk te bestempelen.

## b) Roofprijzen

**64.** Volgens de Commissie is een rooftprijs een prijs waarmee de dominante onderneming op korte termijn bewust winst derft of verlies lijdt (en dus een ‘offer’ brengt) ten einde haar marktmacht te versterken of te handhaven en zodoende de gebruikers schade te berokkenen (cf. § 63).

**65.** De Commissie ziet prijszetting onder de gemiddelde variabele kost als “een duidelijke aanwijzing dat er een offer is” (cf. § 64 *in fine*). Zij sluit echter niet uit dat prijzen boven de gemiddelde variabele kost (maar onder de totale kost) ook rooftprijzen kunnen zijn, in het bijzonder indien de prijzen op korte termijn leiden tot netto-inkomsten “die lager liggen dan bij een redelijk, alternatief gedrag had kunnen worden verwacht” en dus tot verliezen die de dominante onderneming “had kunnen vermijden” (cf. § 65). Om na te gaan of dit het geval is, zal de Commissie de vergelijking met een nulscenario (*counterfactual*) hanteren. In dit verband herhaalt ze dat ze alleen oog zal hebben voor “economisch verantwoorde en haalbare alternatieven” (*id.*, cf. ook reeds § 25).

**66.** Samengevat: prijzen die de gemiddelde variabele kosten niet dekken, *zijn* in principe marktafschermend terwijl prijzen die deze kosten wel dekken maar lager zijn dan de totale kosten, marktafschermend *kunnen* zijn omdat een raming die gebaseerd is op de directe productiekosten, “misschien niet duidelijk in beeld [brengt] of er al dan niet een offer wordt opgebracht” (§ 65, voetnoot 42). De Commissie borduurt op dit thema verder wanneer ze verduidelijkt wanneer de vermeende rooftprijzen de consument kunnen schaden. Zij zegt de “even efficiënte concurrent”-test te zullen toepassen maar laat duidelijk verstaan dat ze *ook* oog zal hebben voor de marktomstandigheden waarin de dominante onderneming haar vermeende rooftprijzen hanteert alsook voor de achterliggende strategie. Die strategie kan subtiel zijn in die zin dat de dominante onderneming zich ertoe kan beperken om een “reputatie” van rooftprijs-gedrag op te bouwen of om rivalen tot de orde te roepen als ze te scherpe prijsconcurrentie voeren, zonder ze daarom volledig uit de markt te willen drijven (§ 68-69).

**67.** De beoordeling van rooftprijzen lijkt ons daarom volledig te sporen met die van voorwaardelijke kortingen. De Commissie zal om te beginnen kijken naar de verhouding

tussen de door de dominante onderneming gehanteerde prijzen en haar eigen kosten (als maatstaf voor de kosten van een fictieve ‘even efficiënte concurrent’). Dekken die prijzen de totale kosten, dan is daarmee de kous af. Dekken die prijzen niet eens de variabele kosten, dan zijn ze in principe onrechtmatig. Dekken die prijzen de variabele, maar niet de totale kosten, dan zal de Commissie ze aan een grondig onderzoek onderwerpen en daarbij allicht rekening houden met een ruime waaier factoren (§ 20 en 68 van de Richtsnoeren).

**68.** Net als bij voorwaardelijke kortingen gaat het bij rooftprijzen dus om de vraag of ze marktafschermend werken. De Commissie pakt rooftprijzen van een dominante onderneming aan ondanks het feit dat deze prijzen op korte termijn het consumentenbelang dienen, omdat deze prijzen de concurrenten op den duur uit de markt kunnen verdrijven of toch minstens hun positie op de markt marginaliseren. Op langere termijn, kan de dominante onderneming haar machtspositie dan verstevigen en haar prijzen verhogen boven het peil dat op de markt bestond voordat de gedraging plaatsvond (ten koste van het consumentenbelang). Op die manier kan de dominante onderneming dan de door haar geleden verliezen of gedeelde winsten bij de consument recupereren.

**69.** In haar Richtsnoeren wijst de Commissie echter de stelling af dat zij het bewijs van die recuperatie (*recoupment*) dient te bewijzen en ze verwijst daarvoor naar de rechtspraak in *Tetra Pak II* en *Wanadoo*. In de eerste zaak, waar de prijzen de variabele kosten niet dekten, overwoog het Gerecht dat de omvang van de verliezen dermate groot was dat “er niet meer specifiek hoeft te worden aangetoond, dat de betrokken onderneming een redelijk vooruitzicht had om de aldus opgelopen verliezen goed te maken”<sup>27</sup>. In de tweede zaak verduidelijkte het Gerecht dat de Commissie evenmin diende te bewijzen dat de dominante onderneming “een reële kans op goedmaking van haar verliezen” had indien de prijzen weliswaar de variabele maar niet de totale kosten dekten, zolang er maar bewijs voorhanden was dat “de afbraakprijzen pasten in het kader van een plan dat op ‘toe-eigening’ van de markt was gericht”<sup>28</sup>.

**70.** De Commissie geeft ten slotte nog te kennen dat selectieve rooftprijzen ‘eenvoudiger’ kunnen zijn voor de dominante onderneming omdat ze daardoor haar verlies kan beperken (§ 72) terwijl rooftprijzen die “over een langere tijdsperiode” worden gehanteerd dan groter verlies meebrengen en dus “minder te verwachten” vallen (§ 73).

**71.** Voor de gevallen waarin het bestaan van marktafschermende rooftprijzen is bewezen, merkt de Commissie lapidair op dat het ‘weinig waarschijnlijk’ is dat deze prijzen efficiëntiewinsten zullen opleveren (§ 74).

<sup>26.</sup> *Id.*, § 1004.

<sup>27.</sup> Arrest van 6 oktober 1994 in zaak T-83/91, *Tetra Pak Int'l / Commissie*, Jur. II-755, overweging 150. Cf. ook overweging 44 in het arrest van 14 november 1996 in zaak C-333/94 P, *Tetra Pak Int'l / Commissie*, Jur. I-5951. Zie ook reeds overweging 71 in het *Akzo*-arrest, *cit.*

<sup>28.</sup> Arrest van 30 januari 2007 in zaak T-340/03, *France Télécom / Commissie*, Jur. II-107, overweging 227, intussen bevestigd door het Hof in zijn arrest van 2 april 2009 in zaak C-202/07 P, *France Télécom / Commissie*, nog niet gepubl.

### c) Multi-productkortingen

72. Ondernemingen die een reeks producten aanbieden, kunnen voor ‘gemengde bundeling’ opteren. Dit wil zeggen dat elk product apart verkrijgbaar is maar dat het voor afnemers interessanter is om de volledige bundel aan te kopen omdat de som van de prijzen van de afzonderlijke producten hoger is dan de prijs voor de bundel. Net als voor de voorwaardelijke kortingen, erkent de Commissie dat bundeling een ‘gebruikelijke’ praktijk is waarmee de afnemers hun voordeel kunnen doen (§ 49). Ook hier richt zij echter vlug haar pijlen op het mogelijk marktafschermend karakter van deze kortingen.

73. De toetsing van multi-productkortingen ligt op dezelfde lijn als die van voorwaardelijke kortingen (indien de concurrenten van de dominante onderneming geen gelijkaardige bundel, maar slechts één product of een beperkt aantal producten, kunnen aanbieden) of van rooftprijzen (indien ze wel een gelijkaardige bundel in portefeuille hebben). In beide gevallen wordt er gekeken naar de kosten van de ‘even efficiënte concurrent’. In het eerste geval zijn multi-productkortingen van de dominante onderneming problematisch indien zij een even efficiënte concurrent verhinderen om zijn ene product (of elk van zijn beperkt aantal producten) te verkopen aan een prijs die zijn totale kosten dekt (§ 60). In het tweede geval, zal de Commissie optreden indien deze concurrent verhinderd wordt om zijn gehele bundel producten te verkopen aan een prijs die zijn totale kosten voor die bundel dekt (§ 61).

74. Er zijn nog geen gevallen bekend waarin de Commissie deze benadering volgt. Het lijkt ons wel nuttig te verwijzen naar de *Coca-Cola*-zaak van enige jaren geleden omdat daarin kortingen en andere betalingen voorkwamen die betrekking hadden op de volledige bundel van aangeboden producten en omdat de Commissie toen de toezegging van Coca-Cola om die kortingen en betalingen tot op zekere hoogte te ontbundelen heeft aanvaard. Zo achtte de Commissie “de toezegging die bepaalt dat vereisten op het gebied van productassortiment en schapruimte afzonderlijk moeten worden vastgesteld voor bepaalde merkcategorieën (...) voldoende om de in de voorlopige beoordeling vastgestelde bezorgdheid dat sterke merken als hefboom zouden kunnen worden gebruikt ten behoeve van zwakke merken, uit de weg te ruimen”<sup>29</sup>. In haar persverslag illustreerde de Commissie dit met een voorbeeld. Coca-Cola had er zich toe verbonden om niet langer de aankoop van één of meer van haar

*best sellers* (bv. regulair Coke of Fanta Orange) te koppelen aan de aankoop van minder vlot verkopende producten (bv. Sprite of Vanilla Coke) en om af te stappen van kortingen aan haar afnemers “if the customer commits to buy these other products together with its best-selling products or to reserve shelf space for the entire group of products”<sup>30</sup>.

75. Even tevoren had de Commissie een andere misbruikzaak gesloten nadat de dominante onderneming in kwestie een gelijkaardige toezegging had gedaan met betrekking tot een kortingsysteem voor verscheidene types bier. Die zaak is overigens ook noemenswaardig omdat de brouwer in kwestie had toegezegd af te stappen van een kortingsysteem waarbij de afnemers bepaalde geïndividualiseerde volumedrempels moesten halen en daarvoor een kortingsysteem in de plaats te stellen dat gebaseerd was op voor alle afnemers gestandaardiseerde volumedrempels per type bier<sup>31</sup>.

### d) Margin squeeze

76. Een *margin squeeze* doet zich voor wanneer een onderneming die de dominante leverancier van een product op een stroomopwaartse productenmarkt is, dat product verkoopt aan derde ondernemingen die actief zijn op een stroomafwaartse productenmarkt, tegen een prijs die hoger ligt dan degene die zij aan haar eigen verticaal geïntegreerd bedrijfs onderdeel (dochter, succursale, etc.) aanrekenen op die laatste markt en tevens die derde ondernemingen verhindert om op duurzame basis winstgevend te handelen, zelfs indien zij even efficiënt zijn als het verticaal geïntegreerd bedrijfs onderdeel van de dominante onderneming. In haar Richtsnoeren preciseert de Commissie dat elke stroomopwaartse verkoopprijs die de even efficiënte concurrent stroomafwaarts dwingt tot een verkoopprijs die zijn *totale* kosten niet dekt, ‘doorgaans’ onrechtmatig zal zijn (§ 80)<sup>32</sup>. De Commissie lijkt dus te suggereren dat er dan zelfs geen verdere marktanalyse meer nodig is – wat een striktere benadering lijkt te zijn dan bij voorwaardelijke kortingen, rooftprijzen en Multi-productkortingen.

77. Afgaand op de twee recentste beschikkingen van de Commissie is er nog een ander – veel belangrijker – verschil. In *Deutsche Telekom I* onderstreept de Commissie dat het er bij het bewijs van een *margin squeeze* in de eerste plaats op aankomt een ‘wanverhouding’ vast te stellen tussen de stroomopwaartse verkoopprijs en de stroomafwaartse ver-

<sup>29</sup>. Beschikking van 22 juni 2005 in zaak COMP/A.39.116 *Coca-Cola*. Voor een samenvatting, cf. *Pb.L.* 253, 29 september 2005, p. 21. Voor de details betreffende ontbundeling, cf. § 42 en 43 van de beschikking.

<sup>30</sup>. Persverslag IP/05/775 van 22 juni 2005.

<sup>31</sup>. Persverslag IP/04/574 van 30 april 2004.

<sup>32</sup>. De Commissie geeft er zich wel rekening van dat het – vanwege het verticaal geïntegreerd karakter van de dominante onderneming – niet altijd makkelijk zal zijn om de stroomafwaartse kosten duidelijk te scheiden van de stroomopwaartse kosten en dus om het niveau van de stroomafwaartse kosten accuraat te berekenen. In dat geval zal zij kijken naar de kosten van een ‘niet-geïntegreerde stroomafwaartse concurrent’ (voetnoot 55 bij § 80). Aangenomen mag worden dat de Commissie denkt aan de kosten van een concurrent die *even efficiënt* is als het geïntegreerd bedrijfs onderdeel van de dominante onderneming.

koopprijs, zonder dat het bewijs moet geleverd worden dat elk van de twee prijzen op zich een misbruik in de zin van artikel 102 van het verdrag uitmaakt<sup>33</sup>. Er kan m.a.w. sprake zijn van een *margin squeeze* ook al is de eerste prijs op zich niet onbillijk in de zin van artikel 102, *sub a*), van het Verdrag en de tweede prijs geen rooftprijs. De Commissie herhaalt dit in haar *Telefonica*-beschikking<sup>34</sup>. Het Gerecht onderschreef deze thesis toen hij het beroep van Deutsche Telekom tegen de beschikking van de Commissie verwierp. In deze zaak, waar de stroomopwaartse verkoopprijs gereguleerd was, bevestigde het Gerecht dat de Commissie tot het besluit kon komen dat er sprake was van een *margin squeeze*, zonder afzonderlijk te bewijzen dat de stroomafwaartse verkoopprijs op zich een misbruikelijke afbraakprijs was<sup>35</sup>.

**78.** Het valt overigens op dat de Commissie in haar pers-verslagen de nadruk legt op het feit dat de dominante onderneming in het geval van *margin squeeze* consumenten schaadt door stroomopwaarts een te hoge verkoopprijs aan te rekenen en stroomafwaarts het rivaliteitsproces uit te schakelen zodat de ‘uitgebuite’ consumenten geen uitwijkmogelijkheden hebben. Zo greep de Commissie in *Deutsche Telekom II* in toen de dominante onderneming zich niet hield aan haar toezegging om haar stroomopwaartse verkoopprijs tot zowat de helft te verlagen en in *Telefonica* wreef zij de dominante onderneming aan dat haar hoge stroomopwaartse verkoopprijzen er verantwoordelijk voor waren dat Spaanse eindconsumenten 20% meer moesten betalen voor breedband-internetverbindingen dan in andere lidstaten (en dat de penetratiegraad van deze dienst in Spanje bijgevolg ook een heel stuk lager lag dan in andere lidstaten)<sup>36</sup>.

## B. Andere vormen van uitsluitingsgedrag

**79.** Wij zullen de bespreking van de andere vormen van uitsluitingsgedrag redelijk beknopt houden omdat de Commissie voor de twee voornaamste ervan (nl. leveringsweigering en koppelverkoop) in grote lijnen de bestaande rechtspraak codificeert, in het bijzonder het *Microsoft*-arrest dat zowel betrekking had op een vorm van leveringsweigering (nl. de weigering om een licentie te verlenen voor het gebruik van *interface*-informatie, met inbegrip van de daarmee verbonden intellectuele eigendomsrechten) als op een vorm van contractuele koppelverkoop van Windows *software* en Windows *media player*<sup>37</sup>.

### a) Koppelverkoop

**80.** Overeenkomstig artikel 102 van het Verdrag, is het voor een dominante leverancier verboden om de verkoop van een dienst of goed afhankelijk te stellen “van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten”. Er is dus sprake van koppelverkoop indien de aanbieder de afnemer die een product X willen kopen, verplicht om ook een afzonderlijk product Y te kopen.

**81.** Net als voor bundeling, erkent de Commissie eerst dat koppelverkoop een “gebruikelijke” praktijk is en dat afnemers er in principe hun voordeel mee kunnen doen (*cf.* § 49) om zich daarna te concentreren op de mogelijke marktafhalscherpende werking ervan.

**82.** De eerste vraag is echter wanneer product Y als een afzonderlijk product kan worden beschouwd. Het algemeen antwoord op die vraag is dat product Y een apart product is indien, zonder koppelverkoop, ‘een substantieel aantal afnemers’ dit product niet samen met het koppellende product X bij de aanbieder zouden afnemen (§ 51). In *Microsoft I* stelde zich de vraag of Windows en Windows Media Player aparte producten waren ondanks het feit dat de meeste consumenten geïnteresseerd zijn in geïntegreerde software pakketten. In zijn arrest bevestigde het Gerecht het standpunt van de Commissie dat men ‘het handelsgebruik’ moest onderzoeken op het niveau van de rechtstreekse afnemers – de zgn. *original equipment manufacturers (OEM)* – en niet dat van de consumenten en dat deze afnemers de vrijheid moesten behouden om de software pakketten samen te stellen met producten die zij wensten af te nemen van leveranciers van hun keuze<sup>38</sup>.

**83.** De tweede vraag is of koppelverkoop enkel verboden is indien de leverancier zijn afnemers verplicht om de twee aparte producten X en Y aan te kopen, met uitsluitel van product Z dat met product Y concurreert. Sinds *Microsoft I* weten we dat het antwoord op die vraag negatief is. Zelfs als de afnemer niet wordt geconfronteerd met enige contractuele sanctie of enig economisch nadeel indien hij zich ook het product Z aanschafte, kan er sprake zijn van koppelverkoop<sup>39</sup>. Opvallend is dat de Commissie dit in de artikel 102 Richtsnoeren niet met zoveel woorden bevestigt en dus geen ‘munt slaat’ uit deze – minstens conceptueel – expansieve definitie van koppelverkoop. Men zal zich herinneren dat het

<sup>33</sup>. Beschikking van 21 mei 2003, *Pb.L.* 263/9 van 14 oktober 2003, punt 105.

<sup>34</sup>. Beschikking van 4 juli 2007, nog niet gepubliceerd, punt 283: “*It follows from the above that a margin squeeze is a disproportion between and upstream and a downstream price. Contrary to what Telefonica claims, there is no need to demonstrate that either the wholesale price is excessive in itself or that the retail price is predatory in itself.*”

<sup>35</sup>. Arrest van 4 april 2008 in zaak T-271/03, *Deutsche Telekom / Commissie*, *Jur.* II-477, overweging 167 (beroep hangende: *cf.* zaak C-280/08).

<sup>36</sup>. *Cf.* respectievelijk IP/05/2005 van 3 augustus 2005 en IP/07/1011 van 4 juli 2007.

<sup>37</sup>. Arrest van 17 September in de zaak T-201/04, *Microsoft / Commissie*, *Jur.* 2007, II-3601.

<sup>38</sup>. *Id.*, overweging 923.

<sup>39</sup>. *Id.*, overweging 970.

in *Microsoft I* ging om de koppelverkoop van Windows en Windows Media Player maar dat het afnemers of consumenten volstrekt vrij stond om zich nog apart een product aan te schaffen dat concurreerde met Media Player. Anders gezegd: er stond geen exclusiviteit op de aanschaf van Media Player.

**84.** De derde vraag is wanneer de koppelverkoop marktafschermend werkt. Het staat vast dat de aanbieder dominant moet zijn op de markt van het koppelend product (voetnoot 34 bij § 50). De marktafscherming zelf kan echter zowel op de markt van het gekoppelde product als op de markt van het koppelende product optreden (§ 52 en § 55). De Commissie diept haar analyse op dit vlak niet echt uit maar één ding valt op. Zij geeft drie voorbeelden van marktafschermdende koppelverkoop en elk voorbeeld illustreert hoe koppelverkoop de concurrentie kan verstoren op de markt van het *koppelende* product – m.a.w. op de markt waarop de aanbieder per definitie reeds dominant is (§ 56-58). Deze benadering wijkt af van degene die de Commissie gevolgd heeft in het verleden. In alle koppelverkoopzaken – van *Hilti* en *TetraPak I* tot *Microsoft I* – had de Commissie tot dusver uitsluitend aandacht voor de marktafscherming ten nadele van de spelers op de markt van het gekoppelde product.

**85.** Op het vlak van marktafscherming treft men in *Microsoft I* overigens een aantal ongewone kronkels aan in de redenering van de Commissie én van het Gerecht.

**86.** Zo hecht de Commissie – daarin gevolgd door het Gerecht – veel belang aan het feit dat Windows Media Player, profiterend van het locomotieffect van Windows, quasi alomtegenwoordig is. Het is niet helemaal duidelijk of Commissie en Gerecht ervan uitgaan dat deze alomtegenwoordigheid *per se* marktafschermend werkt ten nadele van de concurrenten in de markt van het gekoppelde product (bv. RealPlayer and Quick Time Player) dan wel of zij van mening zijn dat er door het locomotieffect geen *level playing field* bestaat tussen Media Player en haar concurrenten en dat deze vaststelling volstaat om de koppelverkoop in kwestie tegen te houden<sup>40</sup>.

**87.** Verder zien Commissie en Gerecht in de alomtegenwoordigheid van Windows Media Player een netwerkeffect dat zgn. *content providers* ertoe aanzet programma's te maken die ermee compatibel zijn (en – *arguendo* – blijkbaar incompatibel met de concurrerende producten, al wordt dit niet uitdrukkelijk geponeerd). Het ongewone aan deze redenering is dat men een extra marktafschermend effect van de koppelverkoop toeschrijft aan de te verwachten reactie van derden, en niet van de onderneming waarmee de dominante onderneming een contractuele relatie heeft<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> *Id.*, overwegingen 1055, 1057 en 1059.

<sup>41</sup> *Id.*, overweging 1061.

<sup>42</sup> *Cf.* MEMO/09/558 (*frequently asked questions*).

<sup>43</sup> *Cf.* IP/10/216 van 2 maart 2010.

**88.** Veel van de zojuist genoemde overwegingen kwamen terug in *Microsoft II* – een zaak omtrent de koppelverkoop van Windows en Internet Explorer. Aanvankelijk was het bezwaar van de Commissie inderdaad hetzelfde als hetgene dat ze ontwikkeld had ten aanzien van de koppelverkoop van Windows en Media Player, namelijk dat het gezamenlijk aanbod van de twee producten marktafschermend kon werken voor de *web browsers* die met Internet Explorer in concurrentie staan. Erg overtuigend was dat bezwaar deze keer niet omdat het marktaandeel van Internet Explorer de laatste jaren van een quasi-monopolie tot minder dan 70% afgebrokkeld was terwijl dat van haar belangrijkste concurrent (Firefox) gestaag gestegen was. Men zal zich herinneren dat er in *Intel* ook al spanning bestond tussen enerzijds de prognose van de Commissie dat de *de facto* voorwaardelijke kortingen minstens *potentieel* marktafschermend werkten en anderzijds het gebrek aan bewijs van *actuele* marktafscherming. In *Microsoft II* was de thesis omtrent *potentiële* marktafscherming nog minder houdbaar, te meer daar de artikel 102 Richtsnoeren formeel van toepassing waren op de punten van bezwaar en dat deze voorschrijven dat de Commissie “mogelijk bewijs voor daadwerkelijke afscherming” dient te verzamelen indien de aangevochten misbruikelijke gedragingen “over een voldoende lange periode plaatsvinden” (§ 20). Welnu, de koppelverkoop van Windows en Internet Explorer dateerde al van de begin jaren '90 en het marktaandeel van Internet Explorer vertoonde al sinds 2004 tekenen van serieus verval.

**89.** Dat verval was vooral te wijten aan het feit dat Microsoft al een tijd niet echt meer investeerde in vernieuwende technologie voor haar *web browser*. Dit leidde tot een sterker punt in het verhaal van de Commissie. Dezer dagen verschaffen krachtige *web browsers* immers toegang tot allerlei *online*-toepassingen die kunnen concurreren met Microsoft's *desktop* toepassingen (zoals Office) terwijl Microsoft's minder performante Internet Explorer de toegang tot en/of het gebruik van deze *online*-toepassingen verhindert of bemoeilijkt. Anders gezegd: het potentieel marktafschermend effect van de koppelverkoop van Windows en Internet Explorer situeerde zich veel meer op het niveau van deze toepassingen dan op het niveau van de *web browsers* zelf.

**90.** Hoe dan ook, Microsoft besloot om deze keer de handdoek in de ring te gooien. Het zegde toe om de verkoop van Windows en Internet Explorer te ontbundelen. Op 16 december 2009, aanvaardde de Commissie deze toezegging en maakte ze bij beschikking algemeen bindend op grond van artikel 9 verordening nr. 1/2003<sup>42</sup>. Op 2 maart 2010 voerde Microsoft haar toezegging uit<sup>43</sup>. Ze bestaat erin internetgebruikers een keuze te geven tussen Internet Explo-

rer en elf andere *web browsers*. Het zgn. keuzeschermdoel is actief uit om die keuze te maken<sup>44</sup>. De Commissie heeft dus lessen getrokken uit haar minder goede ervaring met de toezegging in *Microsoft I* betreffende de koppelverkoop van Windows en Media Player. In die zaak had Microsoft er zich slechts toe verbonden om Windows ook zonder Media Player aan te bieden maar gebruikers hadden geen enkele belangstelling getoond voor Windows als *stand-alone* product.

**91.** Ten slotte nog een algemene randopmerking bij het marktafschermend karakter van koppelverkoop. In haar artikel 102 Richtsnoeren stipt de Commissie aan dat het risico van marktafscherming groter is indien de dominante onderneming van haar koppelverkoop een ‘duurzame strategie’ heeft gemaakt (§ 53). De Commissie denkt daarbij in de eerste plaats aan vormen van ‘technische’ (in tegenstelling tot ‘contractuele’) koppelverkoop. Dit is een enigszins verwarrende term omdat het predicaat ‘technisch’ niet zozeer op de verkoop slaat, dan wel op de wijze waarop het koppelende product is ontworpen. Er is immers sprake van technische koppelverkoop “wanneer het koppelende product op zodanige wijze is ontworpen dat het uitsluitend tezamen met het gekoppelde product (en niet met de door concurrenten aangeboden alternatieve producten)” goed kan functioneren (*cf.* voetnoot 33 bij § 48).

**92.** De vierde vraag is of marktafscherpende koppelverkoop kan gerechtvaardigd worden op gronden van efficiëntiewinsten. Op dit vlak lijkt de Commissie zich inschikkelijker te tonen dan bij de meeste andere vormen van uitsluitingsgedrag. Zo aanvaardt zij dat de contractuele koppelverkoop transactiekosten voor de afnemers kan drukken omdat deze laatsten het koppelend product en het gekoppelde product niet apart hoeven te kopen (*cf.* § 62). Door het combineren van twee onafhankelijke producten tot één nieuw product (technische koppelverkoop) kunnen dan weer “de mogelijkheden [voor de aanbieder] worden versterkt om dergelijk product op de markt te brengen” (*id.*).

## **b) Leveringsweigering**

**93.** Op een nog meer uitgesproken manier dan voor een aantal andere vormen van uitsluitingsgedrag, opent de Commissie haar betoog in de artikel 102 Richtsnoeren met de erkenning dat er in principe met een verkoopweigering niets mis is vermits “iedere onderneming, ongeacht of zij een machtspositie heeft, het recht moet hebben haar handelspart-

ners te kiezen en vrij over haar eigendom moet kunnen beschikken” (§ 75).

**94.** Meer nog, verwijzend naar de rechtspraak van het Hof in *Magill* en *IMS* en het Gerecht in *Microsoft*, zegt de Commissie tweemaal te zullen nadenken vooraleer een dominante onderneming met een leveringsverplichting op te zadelen<sup>45</sup>. Een dergelijke verplichting “kan immers de prikkels voor de onderneming om te investeren en te innoveren aantasten en daardoor mogelijk de gebruikers schaden” (*id.*). En indien de dominante onderneming toch blijft investeren maar een leveringsplicht zouden hebben, “kunnen concurrenten in de verleiding komen om mee te liften” op die investeringen “in plaats van zelf te investeren” (*id.*).

**95.** Daarom is een leveringsplicht eerder de uitzondering dan de regel. Volgens de Commissie rijzen er normaal gezien slechts problemen indien de weigering uitgaat van een onderneming die dominant is op de markt van het product dat ze weigert te verkopen en concurreert met de potentiële afnemer op een stroomafwaartse markt – m.a.w. als die onderneming dus rechter en partij is. Zo trad ze op tegen de aanvankelijke weigering van Clearstream Banking AG om haar afnemer en concurrent Euroclear Bank SA toegang te verlenen tot een IT-systeem dat deze laatste nodig had om transacties van effecten af te wikkelen in een internationale omgeving (alsook tegen ander aan deze weigering gerelateerd discriminerend gedrag)<sup>46</sup>.

**96.** In haar artikel 102 Richtsnoeren, noemt de Commissie twee situaties waarin ze *a priori* uitsluit dat de leveringsplicht “enige negatieve effecten kan hebben op de input van de eigenaar en/of de prikkels voor andere spelers om stroomopwaarts te investeren en te innoveren”, namelijk i) wanneer met het Gemeenschapsrecht verenigbare regelgeving de van de dominante onderneming op de stroomopwaartse markt zich heeft ontwikkeld “onder de bescherming van bijzondere of uitsluitende rechten dan wel uit staatsmiddelen is gefinancierd” (§ 82). In dit laatste geval gaat het dus om ondernemingen die hun machtspositie niet op eigen kracht, maar dankzij een – mogelijks met artikel 106 EG-Verdrag of artikel 107 EG-Verdrag strijdige – overheidsinterventie, hebben verworven.

**97.** De *Clearstream*-zaak en zaken van zgn. ‘constructieve’ verkoopweigering daargelaten<sup>47</sup>, heeft de Commissie haar recente beschikkingspraktijk inzake verkoopweigering natuurlijk vooral uitgebouwd naar aanleiding van situaties waarin de titularis van een intellectueel eigendomsrecht wei-

<sup>44.</sup> *Cf.* MEMO/09/559 (gebruikershandleiding).

<sup>45.</sup> Arrest van 6 april 1995 in gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, *RTE en ITP / Commissie*, *Jur.* I-743 en arrest van 29 april 2004 in zaak C-418/01, *IMS / Commissie*, *Jur.* I-5039.

<sup>46.</sup> Beschikking van 2 juni 2004, bevestigd door het Gerecht in zijn arrest van 9 september 2009 in zaak T-301/04, *Clearstream / Commissie*, *nog niet gepubl.*

<sup>47.</sup> De Commissie heeft het ook over ‘constructieve verkoopweigering’. Het gaat eigenlijk om situaties waarin de verkoper een *on*constructieve houding aanneemt (laattijdige levering, slechte kwaliteit van de geleverde goederen, etc.).

gerde zijn recht in licentie te geven aan derden. Net als bij de andere vormen van uitsluitingsgedrag heeft de Commissie daarbij haar pijlen gericht op het marktafsluitend karakter van de verkoopweigering. Daartoe heeft zij zich bediend van een o.i. sterk verwaterde interpretatie van de *Magill*- en *IMS*-rechtspraak – een interpretatie die het Gerecht in *Microsoft* onderschreven heeft.

**98.** Volgens de Commissie maakt een dominante onderneming misbruik van haar machtspositie indien zij een licentie voor het gebruik van intellectuele eigendomsrechten weigert te verlenen, wanneer deze weigering i) betrekking heeft op een product dat (of een dienst die) “objectief onmisbaar is om daadwerkelijk op een stroomafwaartse markt te kunnen concurreren”, ii) “waarschijnlijk” resulteert “in de uitschakeling van een daadwerkelijke mededinging op de stroomafwaartse markt”, iii) “waarschijnlijk” leidt tot “schade voor de gebruikers” (§ 81) en iv) geen efficiëntiewinsten oplevert (§ 89). Laten we elk van deze omstandigheden even van naderbij bekijken<sup>48</sup>.

**99.** *Onmisbaarheid.* Dit betekent volgens de Commissie niet dat moet bewezen worden dat concurrenten de geweerde input nodig hebben om de stroomafwaartse markt te kunnen betreden of er te kunnen overleven. Het volstaat dat wordt aangetoond dat deze concurrenten deze input in de voorzienbare toekomst niet kunnen dupliceren (cf. § 83). In *Microsoft* had het Gerecht inderdaad geopperd dat een input voor deze concurrenten best onmisbaar kon zijn, zelfs indien de leveringsweigerings hun mededinging slechts stapsgewijs, en niet onmiddellijk, zou uitschakelen (overweging 428). De Commissie voegt er nog aan toe dat het onmisbaarheidsvereiste vlugger vervuld zal zijn indien de verkoopweigerings de staking van een *bestaande* leveringsregeling impliceert (§ 84).

**100.** *Uitschakeling van de mededinging.* Volgens de Commissie valt dit vereiste gewoon samen met het onmisbaarheidsvereiste omdat de weigering “doorgaans de daadwerkelijke mededinging op de stroomafwaartse markt, onmiddellijk of na verloop van tijd, dreigt uit te schakelen” (§ 85). Men zal zich herinneren dat het Gerecht in *Microsoft* had opgemerkt dat de doelstelling van artikel 102 EG-Verdrag op de tocht zou komen te staan, indien de Commissie haar handhavingsbeleid zou moeten uitstellen tot de concurrenten van de markt verdwenen zijn of tot hun verdwijning voldoende nakend is: “*If the Commission were required to wait until competitors were eliminated from the market or until their elimination was sufficiently imminent before being able to take action under Art. 82, that would clearly run counter to the objective of that provision (...)*” (overweging 561).

**101.** *Schade voor de gebruikers.* Dit vereiste is vervuld zodra de weigering van de dominante onderneming haar concurrenten belet “innoverende goederen of diensten op de markt te brengen of wanneer follow-on-innovatie dreigt te worden afgeremd”. Dat zal het geval zijn indien vaststaat dat deze concurrenten niet voornemens zijn om “zich in hoofdzaak te beperken tot het dupliceren van de goederen of diensten die de onderneming met een machtspositie al op de stroomafwaartse markt aanbiedt”, maar integendeel van plan zijn om “nieuwe of betere goederen of diensten te produceren waarvoor er vraagpotentieel is bij de gebruikers of die waarschijnlijk aan de technische ontwikkeling zullen bijdragen” (cf. § 87). Goede voornemens bij de potentiële afnemers volstaan dus. Ook hier kan de Commissie zich beroepen op het arrest *Microsoft*. Daarin had het Gerecht namelijk overwogen dat leveringsweigerings niet alleen strijdig waren met artikel 102, b), indien ze de afnemer in kwestie verhinderden om onmiddellijk een nieuw en superieur product op de markt te brengen (zoals het geval was in *Magill*) maar ook indien ze de “technische ontwikkeling” in het algemeen beperkten (cf. overweging 647).

**102.** *Geen efficiëntiewinsten.* De Commissie herhaalt dat ze bereid is om na te gaan of de leveringsweigerings noodzakelijk is om de dominante onderneming “in staat te stellen een passend rendement te behalen op de investeringen die nodig zijn om haar inputactiviteiten uit te bouwen, en zodoende de prikkels te genereren om in de toekomst te blijven investeren, waarbij de risico’s van mislukte projecten in rekening worden genomen” (§ 89). Verwijzend naar het feit dat *Microsoft* er niet in geslaagd was om deze noodzaak aan te tonen, onderstreept de Commissie dat de bewijslast bij de dominante onderneming ligt en dat deze bewijsvoering aan geloofwaardigheid zal inboeten indien de leveringsweigerings eigenlijk de staking van bestaande leveringsinhoudt (§ 90).

\*\*\*

**103.** Tot nu toe hebben het Hof en het Gerecht de geldigheid van artikel 102 EG-Verdrag verbodsbeschikkingen van de Commissie bijna over de gehele lijn bevestigd. Ondanks dit quasi foutloos parcours, heeft de Commissie zich voorgenomen om haar handhavingsbeleid bij te sturen. Conceptueel vertaalt deze bijsturing zich op tweeërlei vlak. Ten eerste neemt de Commissie zich voor om grondiger dan voorheen te zullen onderzoeken of het vermeend uitsluitingsgedrag van een dominante onderneming het rivaliteitsproces merkbaar zal verstoren. Ten tweede zal zij deze dominante onderneming de kans geven om aan te tonen dat haar uitsluitingsgedrag efficiëntiewinsten oplevert die opwegen tegen de verstoring van het rivaliteitsproces.

<sup>48</sup> In de rechtspraak werd tot dusver steeds gesproken over ‘uitzonderlijke’ omstandigheden maar de Commissie laat dit epitheton nu blijkbaar wegval-  
len.



**104.** De tweede koerswijziging lijkt op het eerste gezicht de meest ingrijpende omdat zij de evenwichtsoefening van artikel 101-3 binnenloodst in artikel 102 – een verbodsbepaling die geen uitzondering *à la* artikel 101-3 bevat. Wij betwijfelen echter of deze conceptuele wijziging veel soelaas zal brengen voor dominante ondernemingen, eens de Commissie de diagnose gesteld zal hebben dat hun uitsluitingsgedrag het rivaliteitsproces merkbaar verstoort. Daarom lijkt ons de eerste wijziging van groter praktisch belang. Indien de Commissie tot de bevinding komt dat het vermeend uitsluitingsgedrag het rivaliteitsproces niet merkbaar verstoort, is er voor haar immers geen dwingende beleidsreden om te onderzoeken of dit gedrag voldoende efficiëntiewinst oplevert om enige verstoring van dit rivaliteitsproces te rechtvaardigen.

**105.** De belangrijkste vraag is of het kompas van de Commissie precies genoeg zal afgesteld zijn om de eerste koerswijziging behoorlijk in de praktijk om te zetten. Conceptueel zit de Commissie op het juiste spoor door aan te kondigen dat ze het gedrag van de dominante onderneming zal vergelijken met dat van even efficiënte concurrenten. Zij kondigt

echter ook aan gebruik te zullen maken van ‘kwalitatief’ bewijsmateriaal en van een ‘geschikt’ nulscenario of een ander ‘realistisch alternatief’ scenario. Dit laat de Commissie een ruime beleidsmarge en we zullen dus moeten afwachten welke koers zij in individuele gevallen uiteindelijk zal varen.

**106.** In *Intel* heeft de Commissie zich veel moeite getroost om de ‘even efficiënte concurrent’-test toe te passen op voorwaardelijke kortingen – een praktijk die in het verleden steevast zonder veel marktanalyse kon verboden worden. Hoewel er heel wat vraagtekens kunnen geplaatst worden bij deze beschikking – en we hebben er een aantal geformuleerd in deze bijdrage – zijn we geneigd te concluderen dat het de Commissie in elk geval echt menens is met haar meer economisch benadering. Het is tevens bemoedigend vast te stellen dat de Commissie – waar mogelijk – ook aantoonde op welke manier het marktafsluitend gedrag van een dominante onderneming consumenten riskeert schade toe te brengen, hetzij door hen te hoge prijzen te doen betalen (*Deutsche Telekom, Telefonica*), hetzij door hen weg te houden van rivaliserende kwaliteitsproducten (*Microsoft II*).