



CRV Holding B.V./Raad van Bestuur NMa

Rechtbank Rotterdam, 4 juli 2007. MEDED 05/3911.
Opleggen boete en lasten onder dwangsom wegens misbruik van economische machtspositie. Uitsluitingseffect kortingsregeling, objectieve rechtvaardiging (m.nt. Somaya van Kraanen-Belhaj en Herman Speyart)

Inleiding

In het kielzog van de tendens naar een meer economische benadering van het Europees mededingingsrecht lijkt ook de Nederlandse bestuursrechter een meer gedegen economische analyse van de NMa te verlangen. In kartelzaken zoals *Secon*¹ en *Modint*² is de NMa reeds door het CBb op de vingers getikt wegens motiveringsgebreken bij het leveren van meer economisch bewijs voor de vaststelling van een inbreuk op het kartelverbod. In de hier besproken uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, die betrekking heeft op getrouwheidskortingen, zien we een soortgelijke tik, maar dan in het kader van het misbruikverbod. Hoewel de Rechtbank, net als eerder het CBb, in haar uitspraak niet uitdrukkelijk verwijst naar de economisering van het mededingingsrecht maar meer in het algemeen naar het motiveringsvereiste, is het effect ook hier dat de NMa een 'per se' benadering zal moeten inruilen voor een concrete beoordeling van de effecten van een bepaalde afspraak of eenzijdige gedraging.

Nadat kort wordt ingegaan op de recente rechtspraak van de Nederlandse en communautaire rechters op het gebied van getrouwheidskortingen en op de aan deze kortingen gewijde passage uit het Artikel 82-Discussiестuk van de Europese Commissie³ zullen hierna een korte schets worden gegeven van de relevante feiten, het primaire besluit, het besluit op bezwaar en de belangrijkste overwegingen van de besproken uitspraak, die vervolgens in een bredere context geplaatst.

De stand van het recht op het gebied van getrouwheidskortingen

Michelin II en British Airway

De stand van het recht als het gaat om de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter op het gebied van kortingsstelsels is neergelegd in de arresten van het Gerecht van Eerste Aanleg EG van het najaar 2003 in de zaken *Michelin II*⁴ en *British Airways*⁵ en in het arrest van het Hof van Justitie in de hogere voorziening in deze laatste zaak.⁶

In deze arresten bouwden het Hof en het Gerecht voort op eerdere rechtspraak van het Hof.

Volgens die rechtspraak zijn door dominante toegepaste kortingssystemen onrechtmatig wanneer zij op de markt een afschermdende werking hebben, waarbij een verschil wordt gemaakt tussen getrouwheidskortingen, doelstellingskortingen en kwantumkortingen:

- door een dominante partij gehanteerde getrouwheidskortingen zijn misbruikelijk, wanneer zij worden aangeboden in ruil voor een verbintenis zich goeddeels of uitsluitend bij de dominante onderneming te bevoorraden. Zij zijn er dan immers met name op gericht, dat de afnemer zich (nagenoeg) uitsluitend bij de kortingverlener bevoorradt en hebben derhalve een sterk uitsluitingseffect.⁷

1 Uitspraak van het CBb van 7 december 2005, AWB 04/237 en 04/249.

2 Uitspraak van het CBb van 28 oktober 2005, AWB 04/794 en 04/829.

3 DG Mededinging, Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, december 2005, 'Discussiestuk'.

4 GvEA EG 30 september 2003, zaak T-203/01, *Michelin II*, *Jur.* 2003, p. II-4071, besproken door T.R. Ottenvanger in 'Korting als misbruik van machtspositie: Michelin II', *M&M* 2003, p. 228-231.

5 GvEA EG 17 december 2003, zaak T-219/99, *British Airways*, *Jur.* 2003, p. II-5917, gezamenlijk besproken door een van de schrijvers in 'Michelin II & British Airways: wanneer zijn kwantumkortingen gebruikelijk?', *NTER* 2004, p.337-343.

6 HvJ EG 15 maart 2007, zaak C-95/04 P, *British Airways*, *Jur.* 2007, o. I-2331.

7 HvJ EG 16 december 1975, *SuikerUnie*, zaken 40/73 -48/73, 50/73, 50/73, 54/73 - 65/73, 113/73 en 114/73, *Jur.* p. 1663; HvJ EG 13 februari 1979, *Hoffmann - La Roche*, zaak 85/76, *Jur.* 461, r.o. 89 en 90; HvJ EG 9 november 1983, *Michelin I*, zaak 322/81, *Jur.* p. 3461; GvEA EG 1 april 1993, *Britse Gipsplaten (PB Industries en British Gypsum)*, zaak T-65/89, *Jur.* II-389.

- hetzelfde geldt voor doelstellingskortingen.⁸
- bij kwantumkortingen is de benadering genuanceerder. Kwantumkortingen die slechts aan de omvang van de bij een dominante fabrikant gedane aankopen zijn gerelateerd, zijn toegestaan wanneer zij de *efficiency* – winst van de onderneming met een machtspositie en haar winst uit schaalvoordelen weerspiegelen.⁹

In *Michelin II*, dat betrekking had op een uitgebreid systeem van kortingen dat bandenfabrikant Michelin op zijn thuismarkt Frankrijk had gehanteerd, onderstreepte het Gerecht het onderscheid tussen eigenlijke kwantumkortingen, waarbij *efficiency*-voordelen van de leverancier aan zijn afnemers worden doorgegeven, en getrouwheidskortingen, en trok daaruit de conclusie dat aan twee voorwaarden moet zijn voldaan om een kortingssysteem als misbruikelijk aan te merken:

‘60. Om vast te stellen dat een dergelijk systeem van kwantumkortingen een misbruik vormt, moeten dus alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, inzonderheid de criteria en modaliteiten voor het verlenen van kortingen, en moet worden onderzocht of de kortingen een niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel zijn, en ten doel hebben de koper, wat zijn bevoorradingsbronnen betreft, geen – of minder – keus te laten, concurrenten de toegang tot de markt te belemmeren, jegens handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen, of de machtspositie te versterken door een vervalste mededinging’¹⁰ (letterindeling toegevoegd).

Het Gerecht merkte vervolgens nog op dat:

- een kwantumkorting misbruikelijk kan zijn zonder discriminerend te zijn, aangezien de afscherpende werking daarvoor als zodanig volstaat¹¹;
- het berekenen van verschillende prijzen naar gelang de omzet stijgt inherent is aan het begrip ‘kwantumkorting’ en dus niet als zodanig misbruikelijk is¹²; en dat
- het transparante karakter van een kortingssysteem geen afbreuk doet aan zijn eventuele klantenbindende en misbruikelijke aard.¹³

Het Gerecht onderzocht vervolgens de drempel-effecten die in die zaak ontstonden omdat de korting niet telkens per schijf, maar over de gehele omzet van de referentieperiode werd berekend, terwijl deze referentieperiode één referentiejaar bedroeg. Dit effect nam volgens het Gerecht toe naarmate enerzijds het verschil tussen het laagste en het hoogste kortingspercentage en anderzijds de lengte van de referentieperiode toenemen. Het concludeerde dat:

‘95. Uit het voorgaande volgt dat het systeem van kwantumkortingen dat een groot verschil van de percentages kent tussen de laagste en de hoogste trappen, dat zich kenmerkt door een referentieperiode van één jaar en een vaststelling van de korting op basis van de totale omzet gedurende de referentieperiode, de ken-

merken van een systeem van getrouwheidskortingen vertoont.’

Eenzelfde soort analyse werd in de zaak *British Airways* verricht door het Gerecht en bevestigd door het Hof van Justitie.¹⁴

Met betrekking tot de grief van Michelin en *British Airways* dat de Commissie had nagelaten de daadwerkelijke gevolgen van hun gedragingen op de betrokken markt te onderzoeken, oordeelde het Gerecht als volgt:

‘Om schending van artikel 82 EG vast te stellen volstaat het aan te tonen dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie ingaat tegen de mededinging, of anders gezegd dat de gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben. [...] Daaruit volgt dat voor de toepassing van artikel 82 EG het bewijs van het doel samenvalt met dat van het mededingingsrechtelijke gevolg [...]. Indien immers is aangetoond dat het doel van de gedraging eveneens een dergelijk gevolg kan hebben.’¹⁵

Het kon Michelin en *British Airways* volgens het Gerecht ten slotte niet baten dat hun marktaandelen waren gedaald, respectievelijk omdat het *‘zeer waarschijnlijk is dat de daling van [Michelin’s] marktaandelen zonder [de betrokken kortingen] aanzienlijker zou zijn geweest’*¹⁶ en omdat *‘aangenomen kan [...] worden dat zonder [de betrokken kortingen] de marktaandelen van de concurrenten [van BA] aanzienlijk hadden kunnen stijgen’*¹⁷, twee prachtige, niet falsifieerbare stellingen van onze gemeenschapsrechter.

Het Discussiestuk van de Europese Commissie

Het Discussiestuk stelt kortingen aan de orde, die dienen om klanten te belonen voor bepaald aankoopgedrag en daarmee een klantenbindend effect veroorzaken.¹⁸

Hierbij is ten eerste relevant de vraag of de korting wordt gegeven over alle aankopen gedurende een bepaalde periode of uitsluitend over aankopen boven een bepaalde drempel. Voorwaardelijke kortingen over alle aankopen over een bepaalde referentieperiode kunnen volgens de Commissie een sterk marktafscherpend (of uitsluiting-) effect heb-

8 Reeds aangehaald arrest *Michelin I*, waarin eigenlijk drie soorten kortingen aan de orde waren.

9 Reeds aangehaald arrest *Michelin I* en HvJ EG 29 maart 2001, *Portugese luchthavens (Portugal/Commissie)*, zaak C-163/99, Jur. p. I-2613.

10 *Ibidem*.

11 *Michelin II*, r.o. 63-65.

12 *Michelin II*, r.o. 72-73.

13 *Michelin II*, r.o. 111.

14 *British Airways*, r.o. 272-274.

15 Arrest *Michelin II*, r.o. 237, 239 en 241; en arrest *British Airways*, r.o. 293.

16 Arrest *Michelin II*, r.o. 245.

17 Arrest *British Airways*, r.o. 298.

18 Discussiestuk, randnummers 151 tot en met 170.

ben. Daarbij is het belangrijk dat de gestelde drempel hoger ligt dan wat de koper normaal gesproken zou hebben afgenomen. Indien de drempel hier niet boven ligt, zal een afnemer immers niet snel geneigd zijn om (nog) meer af te nemen omdat de korting reeds behaald zal worden. Volgens de Commissie zal in een dergelijk geval geen versterkend klantenbindend effect optreden.¹⁹

Hoe hoger de korting en hoe hoger de drempel, des te groter zal het uitsluitingseffect zijn. Immers, het overschrijden van de drempel verlaagt niet alleen de prijs van alle extra aankopen boven de drempel maar tevens over alle voorgaande aankopen gedurende de referentieperiode, hetgeen een aanzuigeffect teweegbrengt.²⁰ Afnemers zullen, bij het naderen van de drempel, sterk geneigd zijn om die laatste aankopen ook te doen om de drempel alsnog te halen en de hoge korting binnen te slepen. Het aanzuigeffect zal dan ook het sterkst zijn bij de laatst aan te schaffen product(en) voordat de drempel wordt gehaald. De prijs van de laatste eenheden voordat de drempel wordt overschreden wordt aanzienlijk lager dan die van de andere eenheden en mogelijk zelfs negatief. Desalniettemin is dit gegeven niet doorslaggevend in de beoordeling, maar wel het marktafscherpende effect voor concurrenten. Het kortingsysteem mag er niet toe leiden dat (kleinere) rivalen en potentiële markttoetreders worden gehinderd. Daarvan is sprake indien zij niet op een winstgevend manier commercieel haalbare volumes aan individuele klanten kunnen aanbieden. Om dit vast te stellen berekent de Commissie de effectieve prijs die de koper door de korting betaalt voor die commercieel haalbare volumes. Hoe lager deze prijs, hoe groter het getrouwheidseffect. De Commissie neemt hierbij tevens mee de minimale marktaandelen die concurrenten moeten bereiken, willen zij ook deze kortingen kunnen geven. Wanneer deze hoger zijn dan de daadwerkelijke marktaandelen van die concurrenten, en zij niet minder efficiënt werken, dan is een marktafscherpend effect meer waarschijnlijk.²¹

In tegenstelling tot een korting over het gehele volume over één bepaalde periode, zal een korting over het volume boven de drempel minder snel als schadelijk voor de concurrentie worden bestempeld. Een gevaar voor schade aan de concurrentie zal wel waarschijnlijk zijn indien de drempel op het niveau wordt gesteld die de klant ook zou afnemen bij afwezigheid van een korting. De korting zou de koper kunnen overhalen om extra eenheden af te nemen om alsnog van de kortingen te genieten. Daarbij geldt wederom hoe hoger het percentage, hoe aantrekkelijker voor de koper om meer af te nemen.

Voorts is van belang de wijze waarop de drempel is geformuleerd: als een percentage, als een individueel volume target of als gestandaardiseerde volume target.

Een kortingsdrempel geformuleerd als percentage van de omzet of een geïndividualiseerd volume target zijn in dit licht volgens de Commissie de meest effectieve middelen om tot klantentrouw te komen. Dergelijke kortingen worden veelal vastgesteld en aangepast aan de hand van aankopen van een individuele koper waardoor loyaliteit wordt vergroot.

De Commissie gaat hierbij van het vermoeden uit dat de kortingen zo zijn vastgesteld dat kopers worden verhinderd om over te stappen naar concurrenten voor eventuele (aanvullende) aankopen.

Daarentegen zal een gestandaardiseerde volume target minder snel een dergelijk effect hebben, aangezien de gestelde drempel dezelfde is voor iedere afnemer. De drempel zou daarom te laag kunnen zijn voor grote afnemers en te hoog voor kleine afnemers om een klantenbindend effect teweeg te brengen.²²

Wat betreft de lengte van de periode waarover de korting berekend wordt, geeft de Commissie ten slotte aan dat dit nagenoeg geen effect heeft op het vergroten van de loyaliteit van kopers. Dit kan anders zijn in gevallen waar de periode van zo korte duur is dat een bindingseffect onwaarschijnlijk is, of in gevallen waar het homogene producten betreft waar een heel lange periode een bindingseffect teweeg kan brengen los van onzekerheden over het behalen van de korting.²³

Nederlandse rechter

In Nederland heeft het CBb op dit gebied recentelijk nog uitspraak gedaan, in de *Carglass*-zaak.²⁴ Het oordeelde vrij kort dat geen sprake was van misbruikelijk gedrag door Carglass. De door Carglass gehanteerde volumekorting gold steeds voor de betrokken trap van de daarvoor geldende omzetstaffel en weerspiegelde niet meer dan behaalde schaalvoordelen.

Het primaire besluit van de NMa

CR Delta is een onderneming die onder meer fokstiersperma verkoopt. Na rapport te hebben opgemaakt stelde de NMa in het primaire besluit van 31 december 2003²⁵ vast dat CR Delta over een machtspositie beschikte op de Nederlandse markt voor het aanbieden van fokstiersperma aan veehouders. De NMa achtte deze vaststelling aannemelijk gezien CR Delta een marktaandeel van 80% in handen had.

Vervolgens onderzocht de NMa drie kortingsvarianten die CR Delta hanteerde jegens haar afnemers. Ten aanzien van alle drie de kortingsvarianten, aangeduid als 'kwantumkortingsregeling', 'klantentrouwregeling' en 'tester-korting', oordeelde de NMa dat deze bestempeld dienden te worden als getrouwheidskorting met een mededingingsbeperkende strekking. De NMa concludeerde dat alle drie kortingsregelingen deel uitmaken van een stelsel van kortingen dat CR Delta hanteert bij de verkoop van fokstiersperma. Dit stelsel zou

¹⁹ Discussiestuk, randnummers 151, 152 en 153.

²⁰ In de arresten C-322/81 *Michelin I*, T-203/01 *Michelin II* en ook in T-219/99 *British Airways* is al gewezen op het suction-effect. Zie ook weer, van de hand van een van de schrijvers, 'Michelin II en British Airways: wanneer zijn kwantumkortingen misbruikelijk?', *NTER* 2004, nr. 12, p. 337-343.

²¹ Discussiestuk, randnummer 154.

²² Discussiestuk, randnummer 158.

²³ Discussiestuk, randnummer 161.

²⁴ Uitspraak van het CBb van 17 november 2004, AWB 03/614, *AM* 2005, nr. 2, m.nt. H.M.H. Speyart en P.M. Wassink.

²⁵ Besluit van de NMa van 31 december 2003, zaak 3353/89, CR Delta.

het klantenbindend karakter van elke kortingsregeling afzonderlijk nog eens versterken.

Gezien haar conclusies ten aanzien van de strekking van de regelingen achtte de NMa het daarbij niet noodzakelijk een analyse van de daadwerkelijke effecten van de kortingsregelingen te verrichten. Het door CR Delta naar voren gebrachte bezwaren dat juist wel nader onderzoek had moeten plaatsvinden werd door de NMa afgewezen.

- Ten aanzien van de kwantumkortingsregeling, die inderdaad een kwantumkorting betrof, stelde de NMa dat deze misbruikelijk was omdat zij over de gehele afname werd berekend en er dus een aanzuigeffect van uitging;
- De tweede kortingsregeling, de Regeling Klantentrouw, hield kort gezegd in dat veehouders die 90% of meer, respectievelijk 100% van hun inseminatie (laten) lieten verrichten met van CR Delta gekocht sperma, 1% respectievelijk 2% korting kregen op hun spermaomzet. De NMa stelde hierover dat deze weliswaar per 28 maart 2003 was ingetrokken, maar dat zij toch een misbruik opleverde, omdat: *'Tot en met 28 maart 2003 de afnemers bij hun afnamegedrag immers nog rekening [hebben] gehouden met de klantentrouwrekening'*.²⁶
- De derde en laatste kortingsregeling die onder de loep is genomen, is de testerskorting, die inhield dat bij het afsluiten van een testovereenkomst voor proefstiersperma een veehouder 10% korting kreeg op zijn afname van fokstiersperma. De NMa oordeelde hierover dat:
- *'CR Delta door het toepassen van haar testerkortingsstelsel haar economisch gewicht op de markt voor fokstiersperma gebruikt als een hefboom om haar positie op de aanpalende markt voor proefstiersperma te versterken [...]. Door tevens een korting en andere financiële voordelen voor de afname van fokstiersperma toe te kennen wordt het de veehouders bovendien financieel aantrekkelijk gemaakt om zich voor fokstiersperma meer bij CR Delta te bevoorraden'.*

Bij besluit op bezwaar²⁷ heeft de NMa de bezwaren van CR Delta – met gedeeltelijke overneming van het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften²⁸ – ongegrond verklaard en het primaire besluit ten aanzien van de opgelegde boete en dwangsom gehandhaafd.

De besproken uitspraak

Tegen dit besluit heeft CR Delta beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam. Zij heeft daarbij onder andere geklaagd over de onjuiste rechtsopvatting van de NMa ten aanzien van het leerstuk van misbruikelijke kortingen. Verder vond CR Delta dat de NMa heeft nagelaten deugdelijk onderzoek te verrichten naar de kortingsregelingen en ook anderszins geen bewijs heeft geleverd dat sprake is geweest van misbruik.

Met betrekking tot kortingen in het algemeen overweegt de rechtbank dat:

'op grond van de uitgangspunten waarop de rechtpraak van het Hof (lees: Hof van Justitie) is gebaseerd dient te worden onderzocht of de door een onder-

neming met een machtspositie toegekende kortingen op premies een uitsluitingseffect kunnen hebben, dat wil zeggen of ze de concurrenten van de desbetreffende onderneming de toegang tot de markt moeilijker of zelfs onmogelijk kunnen maken en voor de medecontractanten van deze onderneming de keuze tussen verschillende bevoorradingsbronnen of handelspartners kunnen beperken of zelfs onmogelijk kunnen maken. Indien de toegekende kortingen of premies een uitsluitingseffect hebben, dient vervolgens te worden nagegaan of daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Of sprake is van een uitsluitingseffect van de door een onderneming met een machtspositie toegepaste kortingen en premies, dient te worden bepaald door alle omstandigheden van het concrete geval te onderzoeken'.

Ten aanzien van het voorgaande stelt CR Delta, onder verwijzing naar het Discussiestuk, dat de NMa zich in deze zaak ten onrechte heeft gebaseerd op het arrest *Michelin II*²⁹, nu juist uit vaste rechtspraak van het Hof, volgt dat een (non-lineaire) kwantumkortingsregeling als zodanig niet in strijd zou zijn met de bepalingen omtrent het misbruik maken van een machtspositie. De rechtbank gaat daar niet in mee:

'inmiddels [blijkt] uit twee recentelijk gedane uitspraken [...] dat de eerdere jurisprudentie wordt voortgezet. De rechtbank is dan ook van oordeel dat, ondanks het bestaan van het Discussion Paper, wat daarvan ook verder zij, de vraag of sprake is van misbruik moet worden beoordeeld met inachtneming van de in de jurisprudentie [...] bestaande uitgangspunten van belang zijn'.

Na deze meer algemene verhandelingen gaat de rechtbank over op de drie kortingsregelingen. Ten aanzien van alle drie gaat zij na of verweerder het onderzoek *voldoende zorgvuldig* heeft uitgevoerd.

Over de kwantumkortingsregeling overweegt de rechtbank dat

'verweerder weliswaar terecht heeft overwogen dat, gelet op de aard van de kwantumkortingsregeling, deze regeling een potentieel uitsluitend effect kan hebben, doch dat onvoldoende duidelijk is geworden wat de mate van waarschijnlijkheid is dat deze effecten zich ook daadwerkelijk zullen voordoen. Verweerder heeft in het geheel geen onderzoek gedaan naar de vraag-

²⁶ Het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet spreekt over: *'De d-g NMa is van mening dat op grond hiervan niet kan worden volgehouden dat de regeling geen effect heeft gehad, daar tot 28 maart 2003 afnemers mogelijk met de regeling rekening hebben gehouden (...)'.*

²⁷ Besluit van de NMa van 25 juli 2005, zaak 3353/153.

²⁸ Adviescommissie bezwaarschriften Advies in zaak 3353.

²⁹ Reeds aangehaald arrest *Michelin II*.

zijde van de markt en het overige door verweerder ver-richte onderzoek acht de rechtbank onvoldoende.

Over de tweede kortingsregeling 'Regeling Klantentrouw' overweegt de rechtbank het volgende:

'Naar het oordeel van de rechtbank is deze regeling niet anders te zien dan als een getrouwheidskorting die naar haar aard tot doel heeft de mededinging te beperken. De regeling is er immers op gericht dat afnemers nagenoeg alle of zelfs alle producten inkopen van eiseres, die een economische machtspositie heeft in de zin van artikel 24 Mw. Indien deze regeling een succes zou zijn geworden, zou het voor de concurrenten van eiseres erg moeilijk zijn geweest om zich te handhaven op de markt.[...] Genoegzaam aannemelijk is dat afnemers [...] bij hun bestelgedrag rekening hebben gehouden met het bestaan van deze regeling. Niet ontkend kan daarom worden dat deze regeling enig effect heeft gehad in de praktijk. Dat uiteindelijk geen bedragen zijn uitgekeerd omdat de regeling is ingetrokken, doet daaraan niet af.

Wat betreft de testerkorting merkt de rechtbank ten slotte het volgende op

'Deze korting bewerkstelligt dat veehouders, die toch al voor een groot deel hun fokstiersperma van eiseres betrekken, niet snel geneigd zullen zijn om fokstiersperma af te nemen van een concurrent. Door het hoge kortingspercentage bestond voor de deelnemers aan het testprogramma van eiseres een prikkel om geen fokstiersperma af te nemen van concurrerende leveranciers. Ten aanzien van de vraag of sprake is van een economische rechtvaardiging overweegt de rechtbank dat eiseres niet heeft gemotiveerd dat c.q. waarom de korting op fokstiersperma noodzakelijk zou zijn om veehouders mee te laten doen aan het testprogramma. De rechtbank concludeert derhalve dat verweerder terecht ten aanzien van de testerkortingsregeling het standpunt heeft ingenomen dat sprake is van een kortingsregeling met een potentieel uitsluitend effect waarvoor geen economische rechtvaardiging is te geven. Eiseres heeft hierdoor misbruik gemaakt van haar economische machtspositie.'

Commentaar

Effects based approach of perse-benadering?

Uit de eerder uiteen gezette lijn in de rechtspraak blijkt dat de benadering van het *per sé* verbod nog steeds als leidend wordt gezien. In *Michelin II* benadrukte het Gerecht dit door op te merken dat

*'[...] voor de toepassing van artikel 82 EG het bewijs van het doel samenvalt met dat van het mededingingsversturende gevolg. Indien immers is aangetoond dat het doel van de gedraging van een onderneming met een machtspositie het beperken van de mededinging is, zal die gedraging eveneens een dergelijk gevolg kunnen hebben.'*³⁰

Ook in *British Airways* lijkt nog geen ruimte te bestaan voor een echte *effects based approach*. Het Gerecht onderstreept immers dat misbruik van een economische machtspositie geen daadwerkelijke effecten op de mededinging hoeft te hebben. Voor het vaststellen van een inbreuk volstaat dat de gedraging een mededingingsversturend effect kan hebben.³¹

Het gegeven dat in deze zaken schaalvoordelen als objectieve rechtvaardiging voor kortingsstelsels werden genoemd doet niet af aan de benadering van het *per sé* verbod. Deze objectieve rechtvaardiging geeft slechts aan dat gezien 'alle omstandigheden van het geval', moet worden onderzocht of de korting niet door een economische prestatie gerechtvaardigd is én ten doel heeft om de koper te binden, concurrenten de toegang tot de markt te belemmeren, jegens handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen of de machtspositie te versterken door een vervalste mededinging.³²

In de conclusie van A-G Kokott³³ bij de hogere voorziening van *British Airways* tegen het arrest van het Gerecht wordt dit nog eens benadrukt als zij opmerkt dat 'het niet uitmaakt hoe de Commissie haar mededingingsbeleid tegen de achtergrond van artikel 82 EG wil invullen', waarmee zij aangeeft dat het Discussiestuk toekomstig beleid is dat niet kan worden meegenomen in de huidige juridische benadering van art. 82 EG.

De rechtbank maakt hier een gelijksoortige opmerking door te wijzen op de huidige vaste rechtspraak en het Discussiestuk te laten voor wat het is. Uit deze opmerking lijkt de rechtbank de lijn van de *per sé* benadering vooralsnog voort te zetten, waarbij de rechtbank, zoals ook in *Michelin* en *British Airways* alle omstandigheden van het geval meeneemt.

Verdeling van de bewijslast

De vraag die vervolgens rijst is of de rechtbank met 'alle omstandigheden van het geval' op hetzelfde doelt als door het Hof geformuleerd in *British Airways*. De rechtbank verduidelijkt daarbij dat voldoende duidelijk moet worden gemaakt wat de mate van waarschijnlijkheid is dat de effecten zich ook daadwerkelijk *zullen* voordoen.³⁴ Hiermee lijkt bewijs van potentiële uitsluiting onvoldoende. Dit terwijl in

³⁰ *Michelin I*, r.o. 239 en 241.

³¹ *British Airways*, r.o. 293.

³² *Michelin I*, ro. 73 en *Michelin II*, r.o. 60.

³³ Conclusie van A-G J. Kokott van 23 februari 2006 bij zaak C-95/04 P.

³⁴ Zie hierover ook D. Schrijvershof, 'Het *British Airways*-arrest: (nog) geen 'effects based approach', *AM* 2007, nr. 4, p. 66-70.

British Airways nog centraal wordt gesteld of 'deze kortingen een uitsluitingseffect *kunnen* hebben'.³⁵

De rechtbank stelt ten aanzien van de kwantumkorting dat de NMa in het geheel geen onderzoek heeft gedaan naar de vraagzijde van de markt, naar in hoeverre veehouders zich *laten leiden* (of kunnen laten leiden) door de kortingsregeling, of het voor concurrenten *makkelijk of moeilijk* is om een concurrerende aanbieding te doen en in hoeverre veehouders bereid en – gelet op de specifieke aard van het product – in staat zijn om op enig moment in het jaar meer voorraad in te kopen. Voorts heeft de NMa nagelaten om te onderzoeken hoe groot de kans is dat bestellingen daadwerkelijk door afnemers zouden worden geplaatst.

Deze benadering lijkt te wijzen op een sterkere 'economische bewijslast' voor de mededingingsautoriteit dan in de door de rechtbank zelf genoemde jurisprudentie van het Gerecht en het Hof. In plaats van genoeg te nemen met het door de NMa voorgelegde bewijs dat de korting in principe marktafsluitend *kan* werken vraagt de rechtbank naar bewijzen dat deze effecten ook *daadwerkelijk* plaatsvinden. Hiermee lijkt de rechtbank op enkele aspecten aan te sluiten bij hetgeen in het Discussiestuk is uiteengezet. Zo vraagt de rechtbank naar bewijs van het (door de Commissie 'doorslaggevend' genoemde) effect voor concurrenten. Het is daarmee aan de NMa om te bewijzen dat concurrenten niet op een winstgevende manier commercieel haalbare volumes aan individuele afnemers kunnen aanbieden. Een theoretische en rekenkundige benadering zoals door de NMa gehanteerd acht de rechtbank niet voldoende voor dit bewijs. Waar het Gerecht in *Michelin II* genoeg nam met het eenvoudige, in die zaak gebruikte rekenkundige voorbeeld om een kwantumkorting als misbruikbaar te bestempelen, lijkt de rechtbank hier niet mee te willen volstaan.

Het gegeven dat de onderhavige kortingsregeling lage kortingspercentages bevat, gekoppeld is aan een klein aantal staffels, en geen sprake is van individuele inkoopdoelstellingen leidt volgens de rechtbank tot de conclusie dat misbruik niet kan worden aangetoond zonder daadwerkelijke effecten te onderzoeken.

Voor de voorstanders van een meer economische benadering van het misbruikverbod, in navolging van de toepassing daarvan in kartelzaken, lijkt het hiermee de goede kant op te gaan.³⁶ Hoewel het Discussiestuk nog 'slechts' een discussiestuk is en de door de Commissie beloofde richtsnoeren nog steeds op zich laten wachten, laat de rechtbank in deze uitspraak immers zien meer van de NMa te eisen dan enkel een 'juridische' benadering.

Hoe zit het dan met de klantentrouwkorting en met de testerkortingsregeling?

Voor de twee overige kortingsregelingen, waarop 'uit proces-economische overwegingen' door de rechtbank nog wordt ingegaan, schijnt een dergelijke 'economisering' minder van belang te zijn, althans de rechtbank is hier minder duidelijk in.

Met name voor wat de testerkortingsregeling betreft, neemt de rechtbank relatief makkelijk de overwegingen van de NMa over dat (a) een hoge korting van 10% wordt gegeven en (b) dat deze korting bewerkstelligt dat veehouders niet snel geneigd zullen zijn om fokstiersperma af te nemen van een concurrent. De te verwachten vraag van de rechtbank, gezien haar standpunt ten aanzien van de kwantumkortingen, naar bewijs van daadwerkelijke effecten blijft hier achterwege. In tegendeel, de rechtbank concludeert dat de NMa terecht het standpunt heeft ingenomen dat sprake is van een kortingsregeling met een *potentieel uitsluitend effect* (waarvoor geen economische rechtvaardiging is gegeven).

Deze opmerking kan ook ten aanzien van de klantentrouwkorting worden gemaakt. De vraag is immers ook hier of de NMa niet beter naar de daadwerkelijke gevolgen had moeten kijken, temeer nu de rechtbank zelf nog opmerkt dat 'indien deze regeling een succes *zou* zijn geworden, het voor concurrenten van eiseres erg moeilijk *zou* zijn geweest om zich te handhaven op de markt'. De benadering van de rechtbank ten aanzien van deze vorm van korting strookt in die zin niet met haar standpunt ten aanzien van de kwantumkorting.

Slot

Wegens de hiervoor beschreven discrepantie tussen verschillende onderdelen van de besproken uitspraak is de uiteindelijke boodschap van de rechtbank onduidelijk. Sinds de publicatie van het Discussiestuk heeft de Commissie zich ondertussen in stilzwijgen gehuld: wij wachten nog op de beloofde richtsnoeren en op de Tomra – beschikking³⁷, waar de Commissie een economische benadering hanteert van de effecten van de kortingschema's voor machines in supermarkten voor het inleveren van lege flessen. Dit maakt de onduidelijkheid omtrent de economisering van de toepassing van art. 82 EG er niet minder om.

35 *British Airways*, r.o. 67.

36 Zie in dit verband ook J.P. van der Veer en M. Visser, 'Naar een economische benadering van artikel 82 EG', *M&M* 2006, p. 4-9 (nr. 1).

37 Zie persbericht van de Commissie van 29 maart 2006, IP/06/398.0