

# Artikel

## Richtsnoeren voor de handhavingsprioriteiten van de EG-Commissie bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag

Een koerswijziging – maar hoe precies is het kompas afgesteld?

Mr. L. Gyselen\*

1. Op 9 februari 2009 nam de Europese Commissie haar Mededeling met ‘richtsnoeren betreffende [haar] handhavingsprioriteiten [...] bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie’ (‘Richtsnoeren’) in alle taalversies definitief aan.<sup>1</sup>
2. Deze Richtsnoeren hebben gemeen met andere richtsnoeren uit het EG-kartelrecht (bijvoorbeeld inzake verticale en horizontale beperkingen van de mededinging) dat zij beogen meer duidelijkheid te verschaffen omtrent het *algemeen beoordelingskader* dat de Commissie zal hanteren wanneer zij het marktgedrag van ondernemingen – in dit geval het vermeend uitsluitingsmisbruik (*exclusionary abuse*) van dominante ondernemingen – onderzoekt.
3. Er is echter ook een verschil. Zoals al uit de titel van haar Mededeling blijkt, is het tevens de bedoeling van de Commissie om duidelijkheid te verschaffen omtrent de *handhavingsprioriteiten* die zij bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag zal stellen. De Richtsnoeren moeten de buitenwacht in staat stellen

\* Mr. L. Gyselen is venoot bij Arnold & Porter LLP en advocaat aan de balie van Brussel.

1. De paragraafnummering in alle op 9 februari 2009 verschenen taalversies van de Richtsnoeren (document C 2009 / 864 definitief) verschilt vanaf paragraaf R21 van de nummering in de Engelstalige versie die op 3 december 2008 is verschenen omdat de laatste alinea van de originele paragraaf R20 een apart nummer heeft gekregen. De Richtsnoeren zijn intussen in het EG-Publicatieblad verschenen (C 45/7 van 24 februari 2009).

- beter te voorspellen welk marktgedrag het hoogste risico loopt om door de Commissie te worden aangevochten. Afgaand op de herhaalde verwijzingen naar het consumentenbelang, zal de Commissie in de toekomst grondiger onderzoeken of het vermeend uitsluitingsgedrag van de dominante onderneming ten aanzien van haar concurrenten ook klanten en eindgebruikers – kortweg ‘de consument’ – riskeert te schaden. In het verleden is de Commissie er meestal van uitgegaan dat haar interventie de consument ten goede zou komen zodra die interventie ook het belang van de concurrenten van de dominante onderneming diende.
4. In haar recent verslag omtrent vijf jaar toepassing van Verordening (EG) nr. 1/2003 verwijst de Commissie naar deze Richtsnoeren als een van haar beleidsstukken die passen in de *system change* die haar in staat heeft gesteld om haar handhavingsprioriteiten te verleggen naar die domeinen die het meest gebaat zijn bij haar tussenkomst.<sup>2</sup> Het valt echter nog af te wachten hoe vernieuwend de in de Richtsnoeren voorgestelde aanpak zal zijn. Volgens gevestigde rechtspraak kan de Commissie immers vandaag reeds klachten over vermeende inbreuken op artikel 81 of artikel 82 EG-Verdrag wegens gebrek aan communautair belang verwerpen en de Commissie verklaart uitdrukkelijk dat haar Richtsnoeren deze beleidsmarge uiteraard ‘onverlet’ laten (paragraaf R3). Overigens bevestigt de

2. Vgl. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM (2009) 206 final, paragrafen 8-9.

Commissie (paragraaf R7) dat haar Richtsnoeren geen betrekking hebben op marktgedrag van dominante ondernemingen dat het consumentenbelang rechtstreeks en zichtbaar schaadt, namelijk het zogenoemde uitbuitingsmisbruik (*exploitative abuse*).

5. Hoe dan ook, meer helderheid scheppen betreffende het algemeen beoordelingskader én de handhavingsprioriteiten bij de toekomstige toepassing van artikel 82 EG-Verdrag – dat is dus de doelstelling van de Commissie. Niet minder maar ook niet meer. Wie gehoopt had in deze Richtsnoeren een handleiding aan te treffen over wat kan (*safe harbors*) en wat niet kan (*per se rules*), zal teleurgesteld zijn.
6. De Commissie zal hier wellicht op antwoorden dat men dit van haar niet kan verwachten als men terzeldertijd van haar ook nog eens verwacht om een meer economische, en minder formalistische, houding aan de dag te leggen bij de toetsing van het marktgedrag van dominante ondernemingen. Daar heeft de Commissie wel een punt. Anderzijds zijn Richtsnoeren van weinig nut als ze onvoldoende houvast en voorspelbaarheid bieden aan de betrokken ondernemingen.
7. Op de keper beschouwd verschillen de Richtsnoeren niet wezenlijk van de Discussienota over artikel 82 EG-Verdrag ('Discussienota') die de Commissie in december 2005 lanceerde. De Richtsnoeren zijn wel een stuk korter, en bijgevolg soms minder helder, dan de Discussienota. Er zijn ook een aantal subtiele accentverschuivingen. Het kan zowel gaan om schuchtere versoepelingen (bijvoorbeeld wat minder zwart-wit schakeringen op het vlak van voorwaardelijke kortingen) als om duidelijke verstrakking (bijvoorbeeld de omarming van de strenge *Microsoft*-rechtspraak betreffende leveringsweigering). De toekomst zal echter moeten uitwijzen in welke mate die accentverschuivingen hun weerslag zullen vinden in het handhavingbeleid van de Commissie. Inzake voorwaardelijke kortingen is het uitkijken naar de beschikking van de Commissie in de *Intel*-zaak.<sup>3</sup>
8. Ten slotte nog een beschouwing bij de toepasselijkheid van deze Richtsnoeren in de tijd. Het persverslag van de Commissie van 3 december 2008 spreekt over 'toekomstige zaken'.<sup>4</sup> In een *frequently asked questions* memorandum licht de Commissie toe dat het niet alleen gaat om zaken waarin zij haar *onderzoek* heeft opgestart na 3 december 2008 maar ook om zaken waarin zij een vroeger aangevangen onderzoek nog niet heeft afgerond en dus op 3 december 2008 nog niet heeft beslist of de zaak voldoende solide en prioritair is om de *procedure* in te leiden met het oog op het vast-

stellen 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. Toch mag men van de Commissie verwachten dat zij het algemeen beoordelingskader van haar Richtsnoeren in die zaken minstens in haar achterhoofd zal houden, te meer daar dit beoordelingskader niet fundamenteel verschilt van dat uit de Discussienota van december 2005. Het valt af te wachten of de *Intel*-beschikking dit zal bevestigen.

9. In deze bijdrage bespreken we eerst het algemeen beoordelingskader dat de Commissie zal aanwenden bij het onderzoek van deze of gene vorm van uitsluitingsgedrag onder artikel 82 EG-Verdrag (hoofdstuk 1).
10. Daarna schetsen we hoe de Commissie aankijkt tegen een aantal specifieke vormen van uitsluitingsgedrag (hoofdstuk 2). In grote lijnen maakt de Commissie daarbij een onderscheid tussen diverse vormen van prijsgedrag die reeds meermaals aanleiding hebben gegeven tot verbodsbeschikkingen (namelijk voorwaardelijke kortingen en rooiprijzen) en andere gedragsvormen, in het bijzonder degene die de Commissie met succes aanpakte in de *Microsoft*-zaak (namelijk koppelverkoop en leveringsweigering). Toegegeven, dit onderscheid is 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), en in het hoofdstuk koppelverkoop heeft de Commissie het ook over 'multi-product kortingen'.

## Hoofdstuk 1. Algemeen beoordelingskader

### A. Geen principieel onderscheid tussen ondernemingen met of zonder machtspositie

11. Impliciet verwijzend naar het arrest *Hoffmann-La Roche*, ziet de Commissie het als haar taak om ervoor te zorgen dat ondernemingen met een machtspositie hun concurrenten niet uitsluiten 'door andere middelen dan concurrentie op de merites van de door hen aangeboden producten of diensten' (vgl. paragraaf R6).<sup>6</sup> De Commissie legt zich wel een beperking op. Ze neemt zich voor om slechts op te treden tegen uit-

3. De redactie van dit artikel werd afgesloten op 9 mei 2009, kort nadat de pers aangekondigd had dat de beschikking in de *Intel*-zaak een kwestie van dagen was.

4. IP/08/1877 van 3 december 2008.

5. Memo 08/761 van 3 december 2008. Laten we even in herinnering brengen dat, krachtens artikel 2 van Verordening (EG) nr. 773/2004, de Commissie de procedure dient in te leiden vóór zij punten van bezwaar uitstuurt (in een 'artikel 7'-scenario, dat wil zeggen gericht op het nemen van een verbodsbeschikking) of tot een voorlopige beoordeling komt (in een 'artikel 9'-scenario, dat wil zeggen gericht op het aanvaarden van toezeggingen) maar dat zij haar voorafgaand onderzoek kan voeren zonder de procedure te openen (en dat ook meestal doet).

6. Vgl. paragraaf 90 *in fine* van HvJ EG, zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissie*, Jur. 1979, p. 461: '... een niet op prestaties berustende – en derhalve vervalste – mededinging'.

sluitingsgedrag 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' (vgl. paragraaf R11, paragraaf R19). Zoals uit de titel van hoofdstuk III-B van de Richtsnoeren blijkt, is het de schade aan het consumentenbelang dat het markt-afschermend uitsluitingsgedrag van de dominante onderneming 'concurrentieverstorend' maakt.

12. Daarom erkent de Commissie expliciet dat ondernemingen met een machtspositie de mogelijkheid moeten hebben om hun vermeend uitsluitingsgedrag te rechtvaardigen 'op basis van efficiëntiewinsten die een afdoende garantie bieden dat gebruikers geen netto-schade dreigen te lijden' (vgl. paragraaf R30), net zoals niet-dominante ondernemingen hun samenwerkingen onder artikel 81 lid 3 EG-Verdrag kunnen rechtvaardigen. Ons inziens zijn er reeds duidelijke sporen van deze analogie tussen artikel 82 EG-Verdrag en artikel 81 EG-Verdrag te vinden in de gevestigde rechtspraak sinds *United Brands*.<sup>7</sup> Toch lijkt het ons belangrijk dat de Commissie deze analogie – die zij reeds naar voren schoof in haar Discussienota van 2005 – nu uitdrukkelijk onderschrijft en er een hoeksteen van haar handhavingsbeleid van maakt. Maar wat betekent die analogie nu concreet?
13. Op procedureel vlak betekent de analogie uiteraard dat de dominante onderneming, net zoals elke andere onderneming die zich op artikel 81 lid 3 EG-Verdrag beroept, de bewijslast draagt dat haar vermeend uitsluitingsgedrag dermate grote efficiëntiewinsten ten gunste van de consumenten oplevert dat het alle voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag vervult (vgl. artikel 2, tweede zin van Verordening (EG) nr. 1/2003).
14. De analogie ten gronde vergt wat meer uitleg. Laten we even terugkeren naar de Richtsnoeren waarin de Commissie toelichting verschaft bij de vier voorwaarden voor de toepassing van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag.<sup>8</sup> Daarin overweegt zij: 'Wanneer de positieve mededingingseffecten van een overeenkomst opwegen tegen de negatieve, is de overeenkomst, alles samen genomen, mededingingsbevorderend en verenigbaar met de doelstellingen van de communautaire mededingingsregels' (vgl. paragraaf 33). De positieve effecten in kwestie verwijzen naar de efficiëntiewinsten (eerste voorwaarde) ten voordele van de consument (tweede voorwaarde) terwijl de negatieve effecten betrekking hebben op het rivaliteitsproces en verklaren waarom een overeenkomst onmisbaar moet zijn om de efficiëntiewinsten te realiseren (derde voorwaarde) en de mededinging niet wezenlijk mag verstoren (vierde voorwaarde).
15. Maar wanneer wegen de positieve effecten eigenlijk op tegen de negatieve effecten? Of, anders gezegd, wan-

neer zal de bijdrage tot het consumentenbelang zwaarder doorwegen dan de verzwakking van het rivaliteitsproces? Daar knelt het schoentje. In haar beschikingspraktijk heeft de Commissie – met de steun van het Hof en Gerecht – immers steeds een groter 'soortelijk gewicht' toegekend aan de negatieve gevolgen dan aan de positieve gevolgen.

16. Twee passages uit de artikel 81 lid 3 EG-Verdrag-Richtsnoeren illustreren perfect het groter 'soortelijk gewicht' van de negatieve gevolgen. Zo domineert de derde voorwaarde van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag (het onmisbaar karakter van de beperking van het rivaliteitsproces tussen concurrenten) de eerste voorwaarde (de efficiëntiewinsten): 'hoe restrictiever de beperking, des te strikter dient het onderzoek op basis van de derde voorwaarde te zijn' (vgl. paragraaf 79). Bovendien domineert de vierde voorwaarde (geen substantiële beperking van het rivaliteitsproces tussen concurrenten) de tweede voorwaarde (consumentenbelang): 'uiteindelijk gaat de prioriteit naar de bescherming van de rivaliteit en de concurrentiewerking boven potentiële mededingingsbevorderende efficiëntiewinsten die uit beperkende overeenkomsten zouden kunnen voortvloeien' want 'met de laatste voorwaarde van artikel 81, 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' (vgl. paragraaf 105).
17. 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 (vgl. de derde voorwaarde) zonder de rivaliteit met andere concurrenten wezenlijk te verstoren (vgl. de vierde voorwaarde). Eigenlijk zegt de Commissie dat ook met zoveel woorden in haar artikel 82 EG-Verdrag-Richtsnoeren. Na herhaald te hebben dat 'rivaliteit tussen ondernemingen een belangrijke motor voor economische doelmatigheid [is], daaronder begrepen dynamische efficiëntieverbeteringen in de vorm van innovatie' (vgl. paragraaf R30), gaat zij verder als volgt: 'wanneer deze rivaliteit ontbreekt, krijgt de onderneming met een machtspositie niet meer de passende prikkels om efficiëntieverbeteringen te blijven creëren en door te geven' en 'wanneer er geen concurrentie meer is en geen voorzienbare dreiging van toetreding, weegt de bescherming tegen concurrentie en concurrentiewerking op tegen de mogelijke efficiëntiewinsten' (ibidem).
18. Voor ondernemingen waarvan het vermeend uitsluitingsgedrag 'een marktpositie welke die van een monopolie benadert, in stand houdt, in het leven roept of versterkt' wordt het helemaal hopeloos want dit gedrag kan 'normaal niet (...) worden gerechtvaardigd op grond van het feit dat deze ook efficiëntieverbeteringen oplevert' (ibidem).
19. Daarom lijkt ons de belangrijkste praktische vraag of de Richtsnoeren er de Commissie effectief toe zullen aanzetten om grondiger te onderzoeken of de onder-

7. Zie HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *United Brands Company/Commissie*, Jur. 1978, p. 207, overwegingen 158-159 betreffende het verbod op doorverkoop van groene bananen en overwegingen 188-189 betreffende de verkoopsweigering.

8. Pb. EU C 101/97 van 27 april 2004.

neming 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 lijkt het ons dat de Commissie zich de tweede stap bij de toetsing van dit gedrag (namelijk wegen de positieve effecten op tegen de negatieve effecten?) perfect kan besparen. Laten we daarom bekijken wat de Richtsnoeren vertellen over de eerste stap bij de toetsing (namelijk zijn de negatieve effecten voldoende ernstig?).

## B. Marktmacht en marktafscherming

### a) Marktmacht

20. Volgens de Commissie is een onderneming dominant wanneer zij 'in staat is voor een aanzienlijke periode de prijzen winstvergroterend tot boven het concurrerende niveau te verhogen' (vgl. paragraaf R18). Zij voegt er echter aan toe dat de capaciteit om prijzen boven het concurrerende niveau te *handhaven* voldoende kan zijn en bovendien, dat zij de begrippen prijsverhoging en -handhaving gebruikt als een 'verkorting' voor de diverse wijzen waarop een onderneming de parameters voor concurrentie op de markt (zoals de prijs en de kwaliteit van goederen of diensten) kan beïnvloeden ten koste van de gebruikers (*ibidem*).
21. 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' (vgl. paragraaf R10) 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' (vgl. paragraaf R15). 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 procent, 'op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie opleveren'.<sup>9</sup>
22. Volgens de Commissie is het bestaan van een machtspositie in elk geval 'weinig waarschijnlijk wanneer het marktaandeel op de betrokken markt onder de 40 procent ligt' (vgl. paragraaf R14). 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 bestaan van een machtspositie' (vgl. paragraaf R15).
23. Omdat de factor 'tijd' belangrijk is, zal de Commissie nagaan (1) 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 (vgl. paragraaf R16) en (2) of het merendeel van de afnemers van die onderne-

ming – in de bewoordingen van de Commissie: geen 'specifiek of beperkt segment' van die afnemers' – dit ook kunnen (vgl. paragraaf R18).

### b) Marktafscherming

24. Zoals reeds gezegd, is er sprake van *concurrentieverstorende* 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' (vgl. paragraaf R19).<sup>10</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. Intussen weten we echter dat de Commissie de begrippen prijsverhoging en -handhaving slechts als een 'verkorting' voor diverse vormen van misbruikelijk gedrag gebruikt (hiervoor punt 20). Dat blijkt ook uit de passage waarin zij verklaart gebruik te zullen maken van 'zowel kwalitatief als, voor zover mogelijk en passend, kwantitatief bewijsmateriaal' (vgl. paragraaf R19).
25. Voor de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag volstaat bovendien *potentiële* marktafscherming, op voorwaarde dat er 'dwingend en overtuigend bewijsmateriaal' is dat ze zich 'waarschijnlijk' zal voordoen (vgl. paragraaf R20).
26. Op het eerste gezicht lijkt de Commissie het niet belangrijk te vinden *hoe* de dominante onderneming de markt afschermt. Termen als 'onrechtmatig gedrag' of 'uitsluitingsstrategieën' (vgl. paragraaf R20; *hierna* punt 29) bieden immers geen *objectieve* maatstaf voor de beoordeling van wat rechtmatig of onrechtmatig gedrag is. Verderop in de Richtsnoeren wordt de Commissie echter een stuk concreter.
27. Ten eerste zal de Commissie bij gevallen van vermeend uitsluitingsgedrag op basis van prijs (dat wil zeggen getrouwheidskortingen, multi-product kortingen, rooftprijzen en *margin 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 (vgl. bijvoorbeeld paragraaf R23). Het concept 'even efficiënte concurrent' is tegenwoordig nogal *en vogue* maar laten we niet vergeten dat het Hof het al gebruikte in *Akzo*.<sup>11</sup>
28. Ten tweede, en in meer algemene zin, kondigt de Commissie aan 'doorgaans' een vergelijking te zullen

9. HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/68, *Akzo Chemie/Commissie*, Jur. 1991, p. I-3359, overweging 60.

10. Vgl. paragraaf R19: '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.'

11. Cit. voetnoot 7, overweging 72: 'Deze prijzen kunnen namelijk onderne-ningen van de markt verdrijven, die misschien even efficiënt zijn als de onderneming met de machtspositie, doch die wegens hun geringere financiële armsgslag niet in staat zijn de hun aangedane concurrentie het hoofd te bieden'.

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' (vgl. paragraaf R21). In het Engelse jargon spreekt men van de *counterfactual*. Positief aan een dergelijke vergelijking 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. Weinig geruststellend is het feit dat de Commissie een 'realistisch alternatief scenario' ook als een nulscenario beschouwt omdat zij zich daardoor het recht voorbehoudt een hypothetisch nulscenario te hanteren. Welk alternatief scenario 'realistisch' is, wordt aldus aan de verbeelding van de Commissie overgelaten.

29. Wij twijfelen er niet aan dat de Commissie in de toekomst het gedrag van de dominante onderneming zal toetsen aan dat van de 'meest efficiënte concurrent' en dat ze de impact van dat gedrag op de mededinging 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 (vgl. R20 *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 ons inziens hoogstens *ad colorandum* inroepen, dat wil zeggen 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.

## Hoofdstuk 2. Specifieke vormen van uitsluitingsgedrag

30. Zoals gezegd maakt de Commissie 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 algemene beoordelingskader. De volgende krachtlijnen komen daarbij naar voren.

31. 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 *haar* eigen kostprijs, althans voor zover daarover 'voldoende betrouwbare gegevens beschikbaar zijn' (vgl. paragraaf R25). Zijn die gegevens niet voorhanden, dan zal de Commissie de 'gegevens over de kosten van concurrenten of andere vergelijkbare, betrouwbare gegevens' gebruiken (*ibidem*).
32. Ten tweede valt het op dat de Commissie voor elk van de specifieke vormen van uitsluitingsgedrag – en dus niet alleen die op basis van prijs – meestal redelijk 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 82 EG-Verdrag en artikel 81 lid 3 EG-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 marktafschermend werkt (vgl. hiervoor punt 19).

### A. Uitsluitingsgedrag op basis van prijs

#### a) Voorwaardelijke kortingen

33. 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 diens volledige aankopen ('retroactieve kortingen'), hetzij op zijn aankopen boven de volumedrempel ('staffelkortingen'). De drempel kan voor elke afnemer afzonderlijk geïndividualiseerd zijn. Ze kan echter ook voor alle afnemers gestandaardiseerd zijn. De Commissie erkent van meet af aan dat voorwaardelijke kortingen 'een niet ongebruikelijke praktijk' zijn die de vraag kunnen stimuleren en aldus 'gunstig zijn voor de gebruikers' (vgl. paragraaf R37). Onmiddellijk daarna waarschuwt zij echter voor hun marktafschermend karakter.
34. De Commissie gaat er namelijk vanuit 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, met andere woorden de hoeveelheid die afnemers in ieder geval van die onderneming zullen 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, dat wil zeggen de hoeveelheid

die de afnemers mogelijkerwijze van haar rivalen zullen afnemen (vgl. paragraaf R39).

35. 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 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 concurrenten van de dominante onderneming overgeheveld hebben en aldus de volumedrempel niet gehaald hebben. De Commissie noemt dit het 'relevante gedeelte' (vgl. paragraaf R41) en preciseert dat dit gedeelte bij retroactieve kortingen overeenkomt met het 'betwistbare gedeelte' (vgl. paragraaf R42).
36. De Richtsnoeren bieden echter geen enkel houvast voor de berekening van de niet-betwistbare en betwistbare gedeelten van de vraag. Ondernemingen moeten het stellen met de volgende twee vuistregels.
37. Ten eerste 'hoe lager de geraamde daadwerkelijke prijs voor het relevante gedeelte ligt ten opzichte van de gemiddelde prijs van de aanbieder met een machtpositie, des te sterker is het getrouwheidsbevorderende effect' van voorwaardelijke kortingen (vgl. paragraaf R43). De Commissie maakt een driedelig onderscheid:
- a. De dominante onderneming hoeft zich weinig zorgen te maken indien deze prijs hoger ligt dan haar eigen totale (variabele en vaste) kosten omdat een even efficiënte concurrent dan in principe in staat is om, ondanks de korting, winstgevend met haar te concurreren (ibidem).
  - b. Biedt een dominante onderneming daarentegen een prijs die onder haar variabele kosten ligt, dan werkt die prijs marktafschermend omdat ze even efficiënte concurrenten ertoe dwingt met verlies te verkopen (vgl. paragraaf R44).<sup>12</sup>
  - c. Wanneer de 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 (vgl. paragraaf R44). Daarbij zal de Commissie nagaan of die even efficiënte concurrenten 'beschikken over realistische en effectieve strategieën om terug te slaan' (ibidem).<sup>13</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 (vgl. paragraaf R45).
38. Ten tweede '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' (vgl. paragraaf R40).
39. Gezien het feit dat de methode van de Commissie om voorwaardelijke kortingen te toetsen voornamelijk gebaseerd is op een vergelijking tussen verkoopprijs en kostprijs, is het bijzonder moeilijk om ondernemingen concreet te adviseren. Het feit dat de Commissie zich voorneemt om in twijfelgevallen ook nog eens bijkomend, maar niet nader omschreven 'relevant kwantitatief of kwalitatief bewijsmateriaal' (vgl. paragraaf R45) bij haar beoordeling te betrekken, maakt het er niet makkelijker op.
40. De Commissie stelt ondernemingen wel gerust dat kortingen die gekoppeld worden aan een gestandaardiseerde volumedrempel in principe minder marktafschermend werken dan kortingen met een voor elke afnemer geïndividualiseerde drempel omdat één enkele drempel voor de meeste afnemers hetzij manifest te hoog, hetzij manifest te laag zal zijn om getrouwheid te stimuleren (vgl. paragraaf R45). Gestandaardiseerde kortingen, gevolgd door geïndividualiseerde staffelkortingen, zullen ook beter scoren bij de Commissie wanneer het gaat om de vraag of ze gerechtvaardigd kunnen worden op grond van kostenvoordelen (vgl. paragraaf R46).
41. Wij zouden daar de volgende praktische tip willen aan toevoegen. Ten eerste lijkt het ons dat voorwaardelijke kortingen die gekoppeld worden aan *een aantal* gestandaardiseerde volumedrempels eveneens minder marktafschermend werken dan kortingen met één enkele, voor elke afnemer geïndividualiseerde drempel. Afnemers verkeren dan immers niet langer in een alles-of-niets-situatie: halen ze een lagere drempel, dan hebben ze recht op een lagere korting; halen ze een hogere drempel, dan hebben ze recht op een hogere korting. Daar willen we wel meteen aan toevoegen dat het raadzaam lijkt om die gestandaardiseerde volumedrempels te koppelen aan *staffel*kortingen. In principe werken staffelkortingen immers 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, dat wil zeggen vanaf de eerste *stock keeping unit*).
- b) *Roofprijzen*
42. Volgens de Commissie is een roofprijs een prijs waarmee de dominante onderneming op korte termijn bewust winst derft of verlies lijdt (en dus een 'offer' brengt) teneinde haar marktmacht te versterken of te handhaven en zodoende de gebruikers schade te berokkenen (vgl. paragraaf R63).

12. 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)*. Vgl. voetnoot 18 van de Richtsnoeren voor een technische verduidelijking betreffende deze termen.

13. Deze houding is een stuk soepeler dan de stelling in de Discussienota. 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' (paragraaf D154).

43. Prijszetting onder de gemiddelde variabele kosten wordt door de Commissie beschouwd als ‘een duidelijke aanwijzing dat er een offer is’ (vgl. paragraaf R64 *in fine*).
44. Zoals de enigszins wollige omschrijving van het begrip roofof prijs echter al laat uitschijnen, sluit de Commissie niet uit dat prijzen boven de gemiddelde variabele kosten ook roofof prijzen kunnen zijn. Dit is het geval indien de prijzen op de 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’ (vgl. paragraaf R65). Om na te gaan of dit het geval is, zal de Commissie de vergelijking met een nulscenario hanteren. Zoals reeds gezegd geeft dit dominante ondernemingen weinig of geen houvast. Hoewel de Commissie zegt niet op zoek te zullen gaan naar ‘hypothetische of theoretische alternatieven die misschien winstgevender waren geweest’ maar alleen oog te zullen hebben voor ‘economisch verantwoorde en haalbare alternatieven’ onderzoeken (ibidem), valt nog af te wachten hoe zij die vergelijking in de praktijk zal aanpakken (vgl. hiervoor punt 28).
45. Samengevat: prijzen die de gemiddelde variabele kosten niet dekken, *zijn* in principe marktaf schermend terwijl prijzen die deze kosten wel dekken maar lager zijn dan de totale kosten, marktaf schermend *kunnen* zijn.
46. Zoals genoegzaam bekend pakt de Commissie roofof prijzen 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).
47. In haar Richtsnoeren wijst de Commissie de stelling af dat zij de schade voor de consumenten op langere termijn dient te bewijzen door aan te tonen dat de dominante onderneming redelijkerwijze kon *verwachten* dat haar roofof prijzen haar marktmacht (en dus haar mogelijkheid om de prijzen op te krikken of – toch minstens – om een prijsval tegen te gaan) zouden versterken. Zij is namelijk van mening dat ze dit mag aannemen op basis van het simpele feit dat de onderneming nu eenmaal niet uit altruïsme roofof prijzen aanbiedt (vgl. paragraaf R70). Het vaststellen van de schade voor de gebruikers is dus niet gebaseerd op ‘mechanische winst- en verliesberekening’ (vgl. paragraaf R71).
48. Eigenlijk is er dus volgens de Commissie geen aparte bewijsvoering nodig om de schade aan het consumentenbelang aan te tonen, zodra het bestaan van een roofof prijs vaststaat: ‘de voor de gebruikers te verwachten schade kan worden aangetoond door een beoordeling uit te voeren van het te verwachten afschermingseffect van de gedraging, waarbij tegelijk ook rekening wordt

gehouden met andere factoren zoals toetredingsdrempels’ (vgl. paragraaf R71). De Commissie vindt het dus niet nodig aan te tonen dat de dominante onderneming de korte-termijnverliezen op langere termijn zal recupereren.<sup>14</sup> Zij voegt er wel aan toe dat het ‘minder te verwachten’ valt ‘dat de onderneming met een machtspositie roofof prijsgedrag aanneemt indien het gedrag betrekking heeft op een lage prijs die over het algemeen over een lange tijdsperiode wordt gehanteerd’ (vgl. paragraaf R73). De Commissie lijkt dus aan te nemen dat lang aangehouden lage prijzen niet stroken met de hypothese van een bewust beleid om verliezen te incasseren of winsten te derven teneinde de concurrenten uit de markt te verdrijven of ze in elk geval te marginaliseren. In dit soort situaties zal ze dus niet geneigd zijn te onderzoeken of die ‘lage’ prijzen al dan niet verlieslatend of winstdervend zijn.

49. Voor de gevallen waarin het bestaan van marktaf schermende roofof prijzen is bewezen, merkt de Commissie lapidair op dat het ‘weinig waarschijnlijk’ is dat deze prijzen efficiëntiewinsten zullen opleveren (vgl. paragraaf R74).

#### c) *Multi-product kortingen*

50. 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 (vgl. paragraaf R49). Ook hier richt zij echter vlug haar pijlen op het mogelijk marktaf schermend karakter van deze kortingen.
51. De toetsing van multi-productkortingen ligt op dezelfde lijn als die van voorwaardelijke kortingen (indien de concurrenten van de dominante onderneming geen gelijkaardige bundel kunnen aanbieden) of van roofof prijzen (indien ze dat wel kunnen doen). In het eerste geval zal de Commissie dus wellicht niet optreden tegen de multi-productkorting indien de marginale prijs voor elk product uit de bundel hoger ligt dan de gemiddelde totale kost voor elk product (vgl. paragraaf R60). In het tweede geval is het optreden van de Commissie onwaarschijnlijk indien de marginale prijs voor de bundel geen roofof prijs is (vgl. paragraaf R61).

#### d) *Margin squeeze*

52. Een *margin squeeze* doet zich voor wanneer een onderneming die de dominante leverancier van een product op een stroomopwaartse productmarkt is, dat product verkoopt aan ondernemingen die actief zijn op een stroomafwaartse productmarkt, tegen een prijs die niet alleen hoger ligt dan degene die zij aan haar eigen verticaal geïntegreerd bedrijfsonderdeel (dochter,

14. Het Hof heeft dit intussen bevestigd in zijn *Wanadoo*-arrest van 2 april 2009, zaak C-202/07 P.

succursale enzovoort) aanreken op die markt maar die tevens die ondernemingen verhindert om op duurzame basis winstgevend te handelen op de stroomafwaartse productmarkt, zelfs indien zij even efficiënt zijn als het verticaal geïntegreerd bedrijfsonderdeel van de dominante onderneming.

53. Net zoals bij voorwaardelijke kortingen, rooftprijzen en multi-productkortingen, zal de Commissie veel belang hechten aan de vraag of deze hogere prijs even efficiënte concurrenten tot verlies dwingt. Er is echter één verschil. Volgens de Commissie is er sprake van een *margin squeeze* zodra de concurrenten niet meer in staat zijn om op de stroomafwaartse productmarkt een prijs aan te rekenen die de gemiddelde *totale* kosten van het verticaal geïntegreerd bedrijfsonderdeel van de dominante onderneming ten minste dekt (vgl. paragraaf R80).
54. De Commissie geeft er zich rekenschap 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 de Commissie kijken naar de kosten van een ‘niet-geïntegreerde stroomafwaartse concurrent’ (voetnoot 55 bij paragraaf R80). Aangenomen mag worden dat de Commissie denkt aan de kosten van een concurrent die *even efficiënt* is als het geïntegreerd bedrijfsonderdeel van de dominante onderneming.

## B. Andere vormen van uitsluitingsgedrag

55. Wij zullen de bespreking van de andere vormen van uitsluitingsgedrag redelijk beknopt houden omdat de Commissie voor de twee voornaamste ervan (namelijk 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 (namelijk 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>15</sup>

### a) Koppelverkoop

56. Er is sprake van koppelverkoop indien de aanbieder de afnemer die een product X wil kopen, verplicht om ook een afzonderlijk product Y te kopen. Het gekoppelde product Y kan als een afzonderlijk product worden beschouwd indien, zonder koppelverkoop, ‘een substantieel aantal afnemers’ dit product niet samen met het koppelende product X bij de aanbieder zou afnemen. 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 (vgl. paragraaf R49) om zich daarna te

concentreren op de mogelijk marktafsluitende werking ervan.

57. Opdat de koppelverkoop marktafsluitend zou kunnen werken, moet de aanbieder dominant zijn op de markt van het koppelend product (vgl. voetnoot 34 bij paragraaf R50). De marktafsluiting zelf kan echter zowel op de markt van het gekoppelde product als op de markt van het koppelende product optreden (vgl. paragraaf R52 en paragraaf R55). De Commissie diept haar analyse op dit vlak niet echt uit maar één ding valt op. Zij geeft drie voorbeelden van marktafsluitende koppelverkoop en elk voorbeeld illustreert hoe koppelverkoop de concurrentie kan verstoren op de markt van het *koppelende* product – met andere woorden op de markt waarop de aanbieder per definitie reeds dominant is (vgl. de paragrafen R56 – 58).
58. De Commissie stipt verder aan dat het risico van marktafsluiting groter is indien de dominante onderneming van haar koppelverkoop een ‘duurzame strategie’ heeft gemaakt (vgl. paragraaf R53). De Commissie denkt daarbij in de eerste plaats aan vormen van ‘technische 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 (vgl. voetnoot 33 bij paragraaf R48).
59. Op het vlak van efficiëntiewinsten 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 (vgl. paragraaf R62). 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’ (ibidem).

### b) Leveringsweigering

60. Op een nog meer uitgesproken manier dan voor een aantal andere vormen van uitsluitingsgedrag, opent de Commissie haar betoog met de erkenning dat er in principe met een verkoopweigering niets mis is omdat ‘iedere onderneming, ongeacht of zij een machtspositie heeft, het recht moet hebben haar handelspartners te kiezen en vrij over haar eigendom moet kunnen beschikken’ (vgl. paragraaf R75).
61. 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 alvorens een dominante onderneming met een leveringsverplichting

15. HvJ EG 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft/Commissie*, Jur. 2007, p. II-3601.



ting op te zaden.<sup>16</sup> Een dergelijke verplichting ‘kan immers de prikkels voor de onderneming om te investeren en te innoveren aantasten en daardoor mogelijk de gebruikers schaden’ (ibidem). Omdat de Commissie de bespreking van verkoopweigerings in haar Richtsnoeren beperkt tot situaties waarin de weigering uitgaat van een onderneming die dominant is op de markt van het product dat hij weigert te verkopen en concurreert met de potentiële afnemer op een stroomafwaartse markt, voegt de Commissie hier nog aan toe dat ‘concurrenten in de verleiding [kunnen] komen om mee te liften op investeringen die de onderneming met een machtspositie heeft uitgevoerd, in plaats van zelf te investeren’ (ibidem).

62. Verderop in haar Richtsnoeren noemt de Commissie echter 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 (1) wanneer met het Gemeenschapsrecht verenigbare regelgeving de dominante onderneming ‘al een leveringsverplichting oplegt’ en (2) wanneer de positie 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’ (vgl. paragraaf R82). In dit laatste geval gaat het dus om ondernemingen die hun machtspositie niet op eigen kracht, maar dankzij een – mogelijk met artikel 86 EG-Verdrag of artikel 87 EG-Verdrag strijdige – overheidsinterventie, hebben verworven.
63. Net als bij de andere vormen van uitsluitingsgedrag richt de Commissie daarna haar pijlen op het markt-afschermend karakter dat de verkoopweigerings kan vertonen.<sup>17</sup> Daartoe bedient zij zich vooral van de ons inziens sterk verwaterde interpretatie die het Gerecht in *Microsoft* gegeven heeft aan de *Magill*- en *IMS*-rechtspraak.
64. 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 (1) betrekking heeft op een product dat (of een dienst die) ‘objectief onmisbaar is om daadwerkelijk op een stroomafwaartse markt te kunnen concurreren’, (2) ‘waarschijnlijk’ resulteert ‘in de uitschakeling van een daadwerkelijke mededinging op de stroomafwaartse markt’ en (3) ‘waarschijnlijk’ leidt tot ‘schade voor de gebruikers’ (vgl. paragraaf R81) en iv) geen efficiëntiewinsten oplevert (vgl. paragraaf R89). Laten we elk

van deze omstandigheden even van naderbij bekijken.<sup>18</sup>

65. *Onmisbaarheid*. Dit betekent volgens de Commissie niet dat bewezen moet worden dat concurrenten de geweigerde 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 (vgl. paragraaf R83). In *Microsoft* had het Gerecht inderdaad geopperd dat een input voor deze concurrenten best onmisbaar kon zijn, zelfs indien de leveringsweigerings hun mededingings 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 (vgl. paragraaf R84).
66. *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’ (vgl. paragraaf R85). Men zal zich herinneren dat het Gerecht in *Microsoft* had opgemerkt dat de doelstelling van artikel 82 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 nabij is (overweging 561).
67. *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’ (vgl. paragraaf R87). 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 82 (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 (vgl. overweging 647).
68. *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

16. HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, *RTE en ITP/Commissie*, Jur. 1995, p. I-743 en HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, *IMS/Commissie*, Jur. 2004, p. I-5039.

17. De Commissie heeft het ook over ‘constructieve verkoopweigerings’. Het gaat eigenlijk om situaties waarin de verkoper een *on*constructieve houding aanneemt (laattijdige levering, slechte kwaliteit van de geleverde goederen enz.).

18. In de rechtspraak werd tot dusver steeds gesproken over ‘uitzonderlijke’ omstandigheden maar de Commissie laat dit epitheton nu blijkbaar wegvallen.

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' (vgl. paragraaf R89). 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 leveringsweigering eigenlijk de staking van bestaande leveringen inhoudt (vgl. paragraaf R90).

69. Tot nu toe hebben het Hof en het Gerecht de geldigheid van artikel 82 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.

70. De tweede koerswijziging lijkt op het eerste gezicht de meest ingrijpende omdat zij de evenwichtsoefening van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag binnenloodst in artikel 82 EG-Verdrag – een verbodsbepaling die geen uitzondering *à la* artikel 81 lid 3 EG-Verdrag bevat. Wij betwijfelen echter of deze conceptuele wijziging veel soelaas zal brengen voor dominante ondernemingen, zodra de Commissie de diagnose gesteld zal hebben dat hun uitsluitingsgedrag het rivaliteitsproces merkbaar verstoort (vgl. hiervoor punten 19 en 31). 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.

De belangrijkste vraag is of het kompas van de Commissie precies genoeg afgesteld zal 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 (vgl. hiervoor punt 24 in het algemeen en punt 38 betreffende voorwaardelijke kortingen in het bijzonder) en van een 'geschikt' nulscenario of een ander 'realistisch alternatief' scenario (vgl. hiervoor punt 28 in het algemeen en punt 43 betreffende rooftprijzen in het bijzonder). Dit laat de Commissie een ruime beleidsmarge en we zullen dus moeten afwachten wel-

ke koers zij in individuele gevallen uiteindelijk zal varen. ■