



# Korting als misbruik van machtspositie: Michelin II

## Prijs van voorspelbaarheid

prof. mr T.R. Ottervanger

### Uitleg van het misbruikverbod

In de meeste stelsels van mededingingsrecht, gericht op het tegengaan van anti-concurrentieel gedrag, geldt de spelregel dat dominante ondernemingen geen misbruik mogen maken van hun machtspositie. Dat is makkelijker gezegd dan gedaan omdat de begrippen 'machtspositie' en 'misbruik' voor velerlei uitleg vatbaar zijn. De betekenis die men in de doctrine en rechtspraak aan deze begrippen, en meer in het algemeen aan het concept van 'anti-concurrentieel gedrag', toekent, hangt onder meer af van de doelstellingen die men met dit verbod wil nastreven. De gewenste uitleg van de 'ratio legis' kan naar plaats en tijd verschillen, zoals de lange geschiedenis van het Amerikaanse antitrustrecht leert. Maar ook het denken over de zin van ons 'eigen' Europese en, als afgeleide daarvan, Nederlandse mededingingsrecht ontwikkelt zich.

Zo zien wij de laatste jaren dat bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van gedragingen niet langer de aard van de gedraging centraal staat. Waar het om draait is niet zozeer of bepaalde spelers door contractuele beperkingen of anderszins op de markt in hun vrijheid van commercieel handelen worden belemmerd. Essentieel is of gedrag wezenlijke negatieve gevolgen (kan) hebben op het gebied van prijzen, innovatie, de variëteit van het aanbod en de kwaliteit van goederen en diensten. Efficiency, marktmacht en marktstructuur zijn bepalend voor het meten van die effecten op de markt. Dit alles met als uiteindelijk oogmerk

de economische belangen van de consument te beschermen.

Een van de moeilijkste vraagstukken uit dit evoluerende mededingingsrecht is de toetsing van prijsbeleid van dominante ondernemingen aan het misbruikverbod. Een optimale prijsstrategie vormt de kern van concurrentieel gedrag: elke onderneming zal trachten door middel van niet alleen kwaliteit en dienstverlening maar ook en vooral door middel van op individuele (potentiële) klanten toegesneden prijzen en kortingen, concurrenten te verslaan en loyaliteit en een maximale opbrengst ('what the market can bear') te genereren. Echter, dominante ondernemingen hebben volgens de rechtspraak een 'speciale verantwoordelijkheid'<sup>1</sup> en moeten hun macht omzichtig gebruiken. Veel houvast biedt dat niet. Ondernemingen met een relatief stevige marktpositie zullen zich steeds moeten afvragen hoe de markten waarop zij actief zijn precies moeten worden afgebakend, of zij wellicht 'dominant' zijn en wat dat in concreto betekent voor hun prijsstelling. Een machtspositie is een relatief begrip dat afhankelijk kan zijn van het type misbruik. Over wat qua prijsgedrag al dan niet geoorloofd is, bevat het Verdrag slechts vage (en de Mededingingswet géén) normen: de voorbeelden van artikel 82 spreken van 'onbillijke' prijzen (sub(a)) en 'ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties' (sub(c)). Onduidelijkheid leidt, zo blijkt ook uit 'compliance programs' (bijvoorbeeld: 'prijsdiscriminatie is niet toegestaan'), bij grote ondernemingen al gauw tot terughoudend gedrag dat op zichzelf schadelijk is voor een dynamische mededinging.

prof. mr T.R. Ottervanger is partner bij Allen & Overy en redactielid van Markt en Mededinging

<sup>1</sup> Michelin I, zaak 322/81, 1983 Jur. 346N, r.o. 57; Tetra Pak II, zaak 333/94, 1996 Jur. 5951, r.o. 21.

Het afbakenen van de grens tussen een pro-competitieve en een anti-competitieve prijsstrategie in het licht van het misbruikverbod is een weerbarstige exercitie. Wij willen in deze bijdrage bij een actuele gebeurtenis stilstaan, namelijk de uitspraak van het GvEA van 30 september 2003 in de zaak Michelin II.<sup>2</sup> Wij beperken ons tot het ons inziens belangrijkste aspect van die zaak, te weten de rechtmatigheid van een systeem van kwantumkortingen als vorm van *prijstdifferentiatie* (dat wil zeggen dat verschillende afnemers een verschillende prijs per eenheid product betalen). Op andere materiële en procedurele aspecten van de beschikking die in het arrest aan bod komen, zal niet worden ingegaan. Evenmin zal aandacht worden besteed aan andere vormen van mogelijk anti-concurrentieel prijsgedrag, te weten excessieve prijzen, ‘vecht-prijzen’ (predatory pricing) en ‘wurgprijzen’ (prijssqueeze).

### Hoofdpijnen van het arrest

De Michelin II-zaak betrof (onder andere) een systeem van kwantumkortingen voor de aankoop door handelaren van (alle typen) banden. Het stelsel bestond uit een schaal met circa 50 ‘omzettrappen’. Bij het door afnemers van grotere hoeveelheden beklimmen van de trap, stijgt het percentage van de korting over de *totale* omzet (en dus niet alleen over het gedeelte dat overeenkomt met de extra gekochte hoeveelheid; de korting is daarom progressief, maar de hoogte van de *extra* korting, en dus de mate van progressie, neemt met elke trede af). De referentieperiode waarover de hoeveelheden, en daarmee de korting, worden berekend is een jaar; anders dan bij een factuurkorting wordt pas na dat jaar de korting berekend en uitbetaald. Volgens de Commissie verkochten de handelaren de banden als gevolg van de kleine marges in de sector met verlies tot het moment waarop de verschillende kortingen en bonussen, inbegrepen de bewuste kwantumkorting, werden uitgekeerd.

De Commissie onderscheidde in de beschikking verschillende vormen van misbruik. Zo achtte zij de kortingen ‘onbillijk’ vanwege het zojuist genoemde aspect dat gedurende de referentieperiode met verlies werd wederverkocht en de afnemers al die tijd in grote onzekerheid verkeerden over de hoogte van de uiteindelijke aankoopprijs. Daarnaast oordeelde zij dat de kwantumkortingen ‘*klantenbindend*’ werkten omdat als gevolg van de relatief lange referentieperiode (een jaar) aan het eind van die periode de druk toeneemt om maximale korting te verkrijgen en verliezen te vermijden.

Dit onderscheid (tussen ‘onbillijk’ en ‘klantenbindend’) hangt vermoedelijk samen met het conceptuele onderscheid tussen verschillende categorieën misbruik; het zogenoemde ‘eerstelijnsmisbruik’, te weten gedrag dat nadelige effecten heeft op de markt van de dominante onderneming (uitsluiting/‘foreclosure’ van concurrenten door lage maar niet noodzakelijk ‘predatory’ prijzen); en ‘tweedelijnsmisbruik’, te weten gedrag dat afnemers nadeel berokkent (‘downstream’ exploitatie door hoge maar niet

noodzakelijk ‘excessieve’ prijzen, zoals bijvoorbeeld bij discriminatie ex artikel 82 (c)). In de praktijk lopen deze categorieën in gevallen waar een leverancier gedifferentieerde prijzen hanteert (hetgeen immers zowel de concurrentiepositie van afnemers als die van concurrenten van de dominante onderneming raakt) door elkaar heen.

Wat daarvan zij, het Gerecht beperkt zich tot een beoordeling van de ‘klantenbinding’, dat wil zeggen de gevolgen voor de concurrentie op de markt waarop de dominante onderneming Michelin zelf actief is. Vanuit economisch perspectief is er, als algemeen principe, ons inziens geen rechtvaardiging ondernemingen enkel vanwege het feit dat zij een stevig marktaandeel hebben, a priori het recht te ontzeggen door kortingen klanten aan zich te binden; ook een dominante onderneming heeft het recht te concurreren met ‘de gebruikelijke middelen’<sup>3</sup> en zou het kortingswapen moeten kunnen inzetten om nieuwe klandizie te winnen of als defensieve maatregel wanneer haar afzet bedreigd wordt door de prijsstrategieën van concurrenten. Er is dan ook met spanning naar uitgezien of het Gerecht bereid zou zijn rekening te houden met de economische realiteit. De uitkomst stelt in dat opzicht teleur.

Het Gerecht distilleert in rechtsoverwegingen 59 en 74 uit de rechtspraak de als volgt te parafraseren norm: een stelsel van algemeen geldende (dat wil zeggen niet per individuele afnemer overeengekomen en als gevolg daarvan discriminerende) progressieve kwantumkortingen is niet in strijd met het misbruikverbod *tenzij* zo’n stelsel niet gebaseerd is op een vanuit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie doch (net als getrouwheids- of doelstellingskortingen) ertoe strekt te beletten dat afnemers zich bij concurrenten bevoorraden. In latere overwegingen verdwijnt dit toch al zwak geformuleerde ‘vermoeden van rechtsgeldigheid’ uit beeld. In de eerste plaats stelt het Gerecht in overweging 95 vast, na een analyse van het karakter van het stelsel, dat het de kenmerken heeft van een systeem van getrouwheidskortingen door

- (i) een groot verschil (ruim zes procentpunten) in percentage tussen de laagste en de hoogste trap;
- (ii) een referentieperiode van één jaar; en
- (iii) korting op basis van de totale omzet.

In de tweede plaats formuleert het Gerecht in overweging 100 het beginsel dat, ‘volgens vaste rechtspraak’, door een dominante onderneming toegekende kortingen ‘op een vanuit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie moeten berusten’.

De uitkomst van de procedure spitst zich dan toe op de vraag of Michelin heeft aangetoond dat de litigieuze kwantumkortingen vanwege schaalvoordelen op reële kos-

2 Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commissie, zaak T-203/01. Het prijsbeleid van Michelin was al eerder onderwerp van discussie, resulterend in het arrest van 9 november 1983, zaak 322/81, 1983 Jur. 346N (Michelin I). Reden voor de Commissie de boete nu wegens recidive met 50% te verhogen.

3 Hoffmann La Roche, zaak 85/76, 1979 Jur. 461.

tenbesparingen (terzake van productie en/of distributie) zijn gebaseerd. Het Gerecht oordeelt dat Michelin niet heeft bewezen dat de gekozen kortingspercentages in concreto economisch gerechtvaardigd zijn. De conclusie is dat het kortingsstelsel vanwege de klantenbindende werking de handelaren kan belemmeren vrij de meest gunstige aanbieding te kiezen en zonder aanmerkelijk economisch nadeel van leverancier te veranderen; aldus laat het hen minder keus en bemoeilijkt het de toegang tot de markt, zonder dat één en ander op een vanuit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie berust.<sup>4</sup> De verbodsbeschikking van de Commissie blijft mitsdien in stand.

### Kritische kanttekeningen

In de jurisprudentie is meerdere malen vastgesteld dat 'getrouwheidskortingen', wanneer toegepast door een dominante onderneming, niet toelaatbaar zijn.<sup>5</sup> De ratio is duidelijk: zulke kortingen zijn naar hun aard discriminerend, namelijk niet gerelateerd aan de afname van specifieke hoeveelheden maar aan (quasi-) exclusieve afname, hebben vanwege het (quasi-) exclusiviteitskarakter een serieus effect op de markt, en laten zich per definitie niet rechtvaardigen door schaalvoordelen en besparingen. In Michelin II ontbreekt echter elke verwijzing naar (quasi-) exclusieve werking en ook overigens naar de effecten op de markt. Het Gerecht lijkt, in navolging van de Commissie, elk kortingsstelsel van een dominante onderneming te veroordelen, ongeacht of het individuele (per afnemer) of algemene werking heeft, zodra er enig klantenbindend effect is en de onderneming niet in staat is concreet bewijs van kostenvoordelen te leveren. Dominante ondernemingen staan dan op serieuze achterstand ten opzichte van hun niet-dominante collega's. Mogelijk hebben zij slechts wat betreft voor alle afnemers geldende standaard volumekortingen 'op factuur' de zekerheid dat deze geoorloofd zijn. Zelfs voor die categorie is evenwel denkbaar dat concreet bewijs van kostenbesparingen voorhanden moet zijn.

Michelin heeft in het beroep, als vijfde middel, naar voren gebracht dat de Commissie ten onrechte had nagelaten de concrete economische gevolgen van de verweten gedraging te onderzoeken. Zo zou het marktaandeel van Michelin aanzienlijk zijn teruggelopen. Het Gerecht maakt hier zeer korte metten mee: de litigieuze kwantumkorting, zo oordeelt het Gerecht, is er op gericht handelaren aan Michelin te binden, en dus de concurrentie te beperken; en

*'indien het doel van een gedraging is [...] het beperken van de mededinging, zal die gedraging eveneens een dergelijk gevolg kunnen hebben' (rechtsoverweging 241 jo. 243).*

Het Gerecht besluit met de onbewezen stelling dat waarschijnlijk is dat de daling van het marktaandeel zonder de korting nog aanzienlijker zou zijn geweest. Een vergelijkbare uitsmijter vindt men in de beschikking Virgin/British Airways over het door de Commissie als 'misbruik' gekwalificeerde kortingsstelsel van BA. Toen

BA er op wees dat ondanks dit stelsel concurrenten marktaandeel hadden gewonnen, reageerde de Commissie met de opmerking dat

*'[...] it can only be assumed that competitors would have had more success in the absence of these abusive schemes'.<sup>6</sup>*

De conclusie kan geen andere zijn dan dat een gedifferentieerd prijsbeleid met kortingen, dat naar zijn aard gericht is op klantenbinding, al gauw de 'per se' nekslag krijgt toegediend enkel vanwege de omstandigheid dat het wordt gehanteerd door een dominante onderneming. Het zal in de praktijk immers verre van eenvoudig en soms zelfs onmogelijk zijn aan te tonen dat zo'n beleid kostenbesparingen meebrengt die exact corresponderen met de toegekende kortingen.

In de inleidende paragrafen is kort stil gestaan bij het belang van economische analyse van de effecten van een gedraging. Wij bepleiten eenzelfde benadering in zaken als hier aan de orde. Kortingen worden om allerlei redenen toegekend, inbegrepen de koopkracht van afnemers of aanvallen door concurrenten. Het enkele gegeven dat korting er op gericht is (potentiële) afnemers te stimuleren klant te blijven, of méér te kopen, of klant te worden, is vanuit de optiek van het mededingingsrecht onvoldoende reden deze 'per se' te veroordelen. Het feit dat door aanwezigheid van een dominante onderneming op een markt de mededinging mogelijk zwakker is dan op andere markten rechtvaardigt een kritische benadering maar niet dat in artikel 82-zaken, anders dan in artikel 81-zaken, een onderzoek naar de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van een gedraging geheel achterwege kan blijven.

Wij bepleiten dat onderzocht moet worden in hoeverre het kortingenbeleid inderdaad tot 'foreclosure' van concurrenten en concurrentie leidt of kan leiden (een potentieel effect is op zich voldoende). Een van de omstandigheden die daartoe relevant is, is de 'mate van dominantie' van de betrokken onderneming. Er zijn gradaties van dominantie, onder andere afhankelijk van de kracht van de afnemers, en die gradaties bepalen mede het effect van een gedraging op de markt en marktstructuur. In sommige

4 Deze slotsom is gelijk aan die van het Hof in 1983 in Michelin I over het stelsel van kortingen dat toen ter beoordeling voorlag. Het betrof in die zaak evenwel geen algemeen, voor elke afnemer identiek, geldend stelsel maar een per individuele afnemer vastgestelde doelstellende (target) volumekorting die exclusiviteit in de hand werkte.

5 O.a. Hoffmann La Roche, zaak 85/76, 1979 Jur. 461; Irish Sugar, zaak T-228/97 Jur. II-2969.

6 Beschikking IV/34.780 d.d. 24.7.99; Pb 2000, L30/1, par. 107 (beroep aanhangig). Opmerkelijk is overigens dat de Amerikaanse rechter het kortingsstelsel niet in strijd met het Amerikaanse mededingingsrecht achtte en de vordering van Virgin afwees.

zaken vindt men dit element terug.<sup>7</sup> In Michelin II komt het Gerecht hier niet aan toe. Het gaat er aldus aan voorbij dat het feit dat concurrenten als gevolg van de korting minder 'vraag' ervaren, op zich niet verontrustend is. Er zal aangevoeld moeten worden dat zij als gevolg van de macht van de leverancier niet in staat zijn adequaat te reageren en dat de dreiging bestaat dat zij van de markt worden verdreven.

In plaats van een 'per se'-verbod of een algemeen vermoeden van misbruik, verdient het uitgangspunt dat prijsconcurrentie een goede zaak is, ook wanneer een dominante onderneming gedifferentieerde prijzen hanteert, de voorkeur. Van geval tot geval moet onderzocht worden niet alleen of de korting tot klantenbinding leidt maar ook of er een serieus risico van uitsluiting is en, in het bevestigende geval, of de gedraging wellicht gerechtvaardigd wordt door besparingen (zonder dat die mathematisch precies hoeven overeen te stemmen met de korting) of investeringen (die alleen lonen indien er klantenbinding is). De op de autoriteiten rustende bewijslast van dit risico is een lichte indien het kortingenstelsel leidt tot (quasi-)exclusiviteit gedurende een langere periode en wordt toegepast door een onderneming met een sterke machtspositie.

Naar verluidt overweegt de Commissie te komen met een bekendmaking over de toepassing van het misbruikverbod op het prijsbeleid van dominante ondernemingen. Dat is toe te juichen want het bedrijfsleven heeft behoefte aan 'guidance'.<sup>8</sup> Echter, de rechtszekerheid die Michelin II biedt, is niet de gewenste nu de motivering van de beschikking en van het arrest niet in alle opzichten kan bevredigen (het eindresultaat mogelijk wél maar om dat te beoordelen is méér nodig). Economische analyse is noodzakelijk, ook al is dit niet het 'duizenddingendoekje' dat velen er tegenwoordig graag in zien. Economische inzichten zijn niet eensluidend en het meten van marktmacht en van 'foreclosure-effecten' is geen exacte wetenschap. Desalniettemin zal een bekendmaking aansluiting moeten zoeken bij de meer op feitelijke markteffecten gerichte benadering zoals we die kennen uit de richtsnoeren over horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Een dynamische mededinging is niet gediend met onnodige terughoudendheid van ondernemingen met een relatief groot marktaandeel in het bepalen van hun prijsstrategie.

---

7 Zie bijvoorbeeld Michelin I (voetnoot 1) waar de grote divergentie in marktaandeel tussen Michelin en haar concurrenten een wezenlijke rol speelde in de analyse; in Virgin/BA (voetnoot 6) en Irish Sugar (voetnoot 5) komt de sterke marktpositie eveneens aan de orde, evenals in de zaak Napp Pharmaceutical waar het gespecialiseerde Appeal Tribunal de term 'superdominance' en 'dominance approaching monopoly' gebruikt (uitspraak 15.1.2002; [www.competition-commission.org.uk/appeals/current](http://www.competition-commission.org.uk/appeals/current)). Zie ook: Richtsnoeren Verticale restricties paragraaf 148 waar de Commissie benadrukt dat het risico van 'foreclosure' toeneemt met de mate van dominantie.

8 Die behoefte geldt, nog meer dan thans het geval is, na implementatie van de modernisering ook voor de nationale autoriteiten en de nationale rechter, ook al is de impact van die operatie op het gebied van artikel 82 minder groot dan bij artikel 81.