

Herziening van het verbod van misbruik van machtspositie: wordt het nieuwe jasje van artikel 82 EG prêt-à-porter?

Mr. O. W. Brouwer en mr. D. Mes

Inleiding

Kunnen aanbieders van *triple-play* diensten hun diensten zo bundelen dat televisiediensten vrijwel gratis worden verstrekt? Kunnen omroepen weigeren hun populaire programma's te leveren aan aanbieders van mobiele telefonie die deze programma's graag doorgeven aan hun abonnees? Kan een dominant telefoniebedrijf zonder haar positie te misbruiken gratis internetdiensten aan scholen aanbieden? De vraag wanneer sprake is van een machtspositie en de grenzen tussen het gebruik en het misbruik van een machtspositie kunnen bij het maken van commerciële beslissingen de gemoederen flink bezig houden.

Misbruik van een economische machtspositie is op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag verboden. In december 2005 presenteerde de Europese Commissie haar consultatiedocument over de toepassing van artikel 82 op marktuitsluitend gedrag.¹ Zij geeft hiermee het startsein voor een discussie hoe de Europese markt het best kan worden beschermd tegen schadelijke gedragingen van dominante ondernemingen.² De consultatie moet leiden tot richtlijnen die een leidraad bieden aan bedrijven bij het maken van commerciële beslissingen en voor rechters en mededingingsautoriteiten die artikel 82 toepassen.

Het document bestaat uit tien onderdelen. Na twee secties met inleidende opmerkingen, zet de Commissie in het derde en vierde onderdeel haar benadering van marktdefinitie en dominantie uiteen. Het vijfde onderdeel bevat het algemene kader voor de benadering van marktuitsluitend gedrag. In de onderdelen zes tot en met negen gaat de Commissie in op een aantal specifieke misbruiken, te weten roofofprijzen, exclusiviteit en kortingen, koppelverkoop en bundeling, en leveringsweigering. De Commissie sluit af met een paragraaf over secundaire markten.

In deze bijdrage wordt met name ingegaan op de achtergrond van de herziening van artikel 82 en de keuzes die daarbij gemaakt dienen te worden. Terwijl wordt onderkend dat de Commissie bij de herziening een moeilijke taak heeft, worden ook de nodige kritiekpunten en suggesties voor verbetering gemaakt.

Achtergrond van de discussie

Met de discussie over de toepassing van artikel 82 zet de Commissie een logische vervolgstap in het moderniseringsproces dat in het

Europese mededingingsrecht heeft plaatsgevonden. Dat proces heeft geleid tot nieuwe groepsvrijstellingen van bepaalde overeenkomsten van het kartelverbod van artikel 81 EG en een aanpassing van de Europese controle van fusies en overnames.³ Het heeft ook de aanleiding gegeven voor een herijking van de Europese staatssteunregels.⁴

Met het consultatiedocument over de toepassing van artikel 82 wordt voorkomen dat het misbruikverbod als een verweesd kind in deze moderniseringsslag zou achterblijven. Een structurering en herijking van de toepassing van artikel 82 zijn gewenst, aangezien de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de rechtspraak over de toepassing van dit verbod van relatief beperkte omvang zijn en bovendien belangrijke lacunes en onduidelijkheden bevatten.

De Commissie geeft aan een sterkere nadruk te willen leggen op een economische benadering van het gedrag van dominante ondernemingen.⁵ Niet zozeer de aard en de vorm van het gedrag ('form based approach'), maar de effecten van dit gedrag op de betrokken markten ('effects based approach') zouden centraal moeten worden

¹ European Commission Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, te raadplegen op de website van DG Mededinging van de Europese Commissie: www.europa.eu.int/comm/comp/antitrust_others/article82_review.html.

² Zie de verklaring van de Commissie op haar website over de discussie over de toepassing van artikel 82. Deze discussie was reeds begonnen in de academische literatuur, zie onder meer B. Sher, 'The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82', (2004) *ECLR* 243, E. Elhauge, 'Defining Better Monopolization Standards', (2003) *Stanford Law Review*, 253.

³ Culminerend in de nieuwe Raadsverordening 139/2004 van 20 januari 2004 inzake het verwerven van controle in concentraties van ondernemingen, [2004] *Pb. E.G.L.* 24, 1.

⁴ Informatie over dit proces is beschikbaar op de website van de Europese Commissie: www.europa.eu.int/comm/comp/state_aid_reform.

⁵ Zie het rapport van EAGCP, *An economic approach to Article 82* (juli 2005), gepubliceerd op de Commissiewebsite over de herziening van artikel 82.

⁶ Zie voor een uitgebreide uiteenzetting over de implicaties van een economische benadering van misbruik van machtspositie onder meer: J. Vickers, 'Abuse of Market Power', *The Economic Journal*, (2004) F 244-F261.

gesteld.⁶ Dit was ook de insteek bij de aanpassing van de overige onderdelen van het Europese mededingingsrecht. Met de discussie over artikel 82 blijft de consistentie met de andere onderdelen van het Europese mededingingsrecht dan ook gewaarborgd.⁷ Deze insteek past bovendien in de Lissabonstrategie van de Europese Unie om de competitiviteit en het innovatievermogen van de Europese economie te vergroten.

Vaak is gewezen op de verschillen die zouden bestaan tussen de Europese benadering van marktgedrag van dominante ondernemingen en de Amerikaanse aanpak. Gezegd wordt dat in de Verenigde Staten meer acht wordt geslagen op de economische effecten van marktgedrag. Ironisch is dat de Amerikaanse autoriteiten dit jaar ook een consultatie zijn gestart over marktuitsluitend gedrag van dominante ondernemingen en een van de centrale vragen in deze consultatie is of de Amerikaanse benadering niet juist dichter naar de Europese zou moeten schuiven.⁸

De Europese Commissie heeft benadrukt dat zij geen radicale koerswijziging in de benadering van het gedrag van dominante ondernemingen beoogt. In de woorden van Europees Commissaris voor de Mededinging Neelie Kroes beoogt het document 'de bestaande theorieën over dit gedrag te verklaren en nader te ontwikkelen.'⁹ De Commissie heeft nog niet aangegeven of zij van plan

is richtsnoeren over de toepassing van artikel 82 uit te vaardigen. Recentelijk heeft de Europese Unie het initiatief genomen om de handhaving van de mededingingsregels via civiele procedures te stimuleren.¹⁰ Gelet op dit initiatief lijkt het raadzaam nationale civiele rechters zoveel mogelijk houvast te bieden door inderdaad richtsnoeren te publiceren.

Een moeilijke taak voor de Commissie

Voorop staat dat de Commissie zich met de discussie over de toepassing van artikel 82 geen gemakkelijke taak heeft gesteld.

De Commissie kon artikel 81 EG grotendeels moderniseren aan de hand van aanpassing van de verordeningen waarbij groepen overeenkomsten zijn vrijgesteld van het kartelverbod.¹¹ De Raad van Ministers had de Commissie op grond van artikel 83 van het Verdrag bij verordening gemachtigd deze maatregelen te treffen.¹² De Commissie heeft geen vergelijkbare machtiging om regels voor de toepassing van artikel 82 vast te stellen. Zij kan wel gebruikmaken van instrumenten van 'soft law', zoals mededelingen en richtsnoeren over de toepassing van dit Verdragsartikel. Commissieverordeningen hebben kracht van wet en zijn bindend, ook voor het Europese Hof van Justitie in Luxemburg dat de wet dient toe te passen. Dat is niet het geval voor mededelingen en richtsnoeren. De Commissie heeft bij het opstellen van het consultatiedocument dan ook in het achterhoofd moeten houden dat zij uiteindelijk onderworpen blijft aan het eindoordeel van het Hof van Justitie, dat artikel 82 EG rechtstreeks toepast. Zoals de Commissie onderkent, kan het Hof altijd van de uitgangspunten in haar consultatiedocument afwijken.¹³

De Commissie heeft haar consultatiedocument bovendien moeten presenteren op een moment dat een aantal controversiële zaken aanhangig is bij het Gerecht van Eerste Aanleg in Luxemburg. Bij lezing van het document blijkt dat de Commissie geen standpunten heeft willen innemen die zaken als *Microsoft* en *Wanadoo* in gevaar kunnen brengen. De Commissie heeft in algemene zin moeten voorkomen dat het consultatiedocument in toekomstige zaken tot een keurslijf wordt.¹⁴

De Commissie heeft ten slotte steeds benadrukt dat een meer economische benadering onder artikel 82 niet ten koste mag gaan van de rechtszekerheid van dominante ondernemingen en andere betrokkenen.¹⁵ De zoektocht naar de juiste balans tussen economische principes en werkbare regels is evenwel lastig en zal als een rode draad door de herzieningsdiscussie lopen.

De balans niet altijd gevonden

Bij lezing van het consultatiedocument blijkt dat de Commissie deze balans niet altijd heeft weten te vinden. Uit reacties op het consultatiedocument die op de website van de Commissie zijn gepubliceerd blijkt dat dit geluid ook vanuit de markt wordt gehoord.¹⁶

Het document lijkt erg vanuit het perspectief van de autoriteiten die de mededingingsregels handhaven te zijn geschreven. Er ligt dan ook veel nadruk op het marktgedrag van ondernemingen dat niet is toegestaan. De uiteenzetting van de benadering van het marktgedrag van dominante ondernemingen bevat veel theoretische uiteenzettingen die autoriteiten de maximale vrijheid laten te interveniëren in het concurrentieproces. Daarbij wordt vaak gewerkt met vermoedens dat bepaald gedrag misbruik oplevert, waarbij de dominante ondernemingen vervolgens moeten aantonen dat hun gedrag gerechtvaardigd is.

⁷ Toespraak van Neelie Kroes, 'Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82', Fordham Corporate Law Institute, New York, 23 september 2005.

⁸ Meer informatie over dit consultatieproces is te vinden op www.ftc.gov.org.

⁹ Toespraak van Neelie Kroes, 'Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82', Fordham Corporate Law Institute, New York, 23 september 2005.

¹⁰ Zie voor meer informatie over het Groenboek van de Commissie over de civiele handhaving van het mededingingsrecht, www.europa.eu.int/comm/comp/green_paper.html.

¹¹ Zie onder meer Verordening 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op groepen van verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, [1999] *Pb. EG* L 336/21 en Verordening 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologie-overdracht, [2004] *Pb. EG* L 123/11.

¹² Zie onder meer Verordening 19/65 van de Raad van 6 maart 1965, [1965] *Pb. EG* 533, zoals gewijzigd door Verordening 1215/99 van de Raad van 15 juni 1999, [1999] *Pb. EG* L 148/1.

¹³ Randnummer 7 van het consultatiedocument.

¹⁴ In het document benadrukt de Commissie dat het slechts inzicht geeft in de mogelijke toepassing van artikel 82 in individuele gevallen en dat in bijzondere situaties voor een afwijkende benadering kan worden gekozen. Sectorspecifieke mededelingen of regelgeving kunnen ook afwijken van de uitgangspunten van het consultatiedocument; zie randnummers 1-2 van het consultatiedocument.

¹⁵ Toespraak van Neelie Kroes, 'Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82', Fordham Corporate Law Institute, New York, 23 september 2005.

¹⁶ Inmiddels hebben de meest betrokken ambtenaren van de Commissie een eerste reactie op de uitkomst van het consultatieproces gegeven, zie het interview met M. Albers en L. Peepkorn van 3 mei 2006 (Article 82 Exclusionary Conduct Paper - An interview with M. Albers and L. Peepkorn, competition policy newsletter van 4 mei 2006).

De keuze voor deze aanpak is te begrijpen vanuit de optiek van de instantie die toezicht houdt op naleving van de mededingingsregels, maar miskent dat het ook van cruciaal belang is ondernemingen leidraad te geven wanneer hun commercieel gedrag wel is toegestaan.

Regels die te theoretisch zijn geformuleerd kunnen ondernemingen op onnodige kosten jagen wanneer zij aan de hand van theoretische exercities moeten onderzoeken of hun gedrag is toegestaan. Ernstiger is dat regels die te strikt zijn geformuleerd of te veel ruimte voor interventie laten, ondernemingen terughoudend kunnen maken in het uitvoeren van commerciële acties die uiteindelijk niet schadelijk voor de concurrentie zijn of juist de concurrentie bevorderen. In het uiterste geval kunnen de regels deze ondernemingen ervan weerhouden wenselijke investeringen te doen. Dit kan ernstige gevolgen voor de economie hebben.¹⁷

Om te voorkomen dat het document een bevriezende effect heeft op concurrentie en investeringen, zou het ondernemingen meer veilige havens moeten bieden waarbinnen hun gedrag wel is toegestaan. Dit kan worden gedaan door naast vermoedens dat een onderneming dominant is en haar positie misbruikt, vermoedens worden opgenomen dat onder bepaalde omstandigheden géén sprake is van dominantie of misbruik. De Commissie zou bij het behandelen van de verschillende tests of sprake is van misbruik ook meer filters in de door haar voorgestelde tests moeten inbouwen, waarbij wanneer bepaalde omstandigheden zich voordoen, het doen van de rest van de test achterwege kan blijven. Hierna wordt het consultatiedocument per onderdeel besproken. Daarbij wordt voorgesteld een aantal van deze veilige havens te introduceren.

Dominantie

De beoordeling of een onderneming dominant is, vormt een cruciaal voorportaal voor de uiteindelijke beoordeling of interventie in het gedrag van deze onderneming gelegitimeerd is. Economen stellen dat in economisch opzicht dubieuze veroordelingen van mededingingsautoriteiten grotendeels zijn terug te voeren op een te gemakkelijke aanname dat ondernemingen dominant zijn.¹⁸

Wanneer economen spreken over het marktgedrag van dominante ondernemingen, verwijzen zij vaak naar het begrip marktmacht. Een onderneming heeft marktmacht wanneer zij in staat is de afzet op de markt te beperken en daardoor prijzen boven het niveau te tillen dat zou bestaan wanneer er vrije concurrentie zou zijn.¹⁹ Een onderneming met aanmerkelijke marktmacht kan het concurrentieproces schaden wanneer er geen concurrenten zijn die haar gedrag in toom houden.

Het Hof van Justitie heeft dominantie gedefinieerd als 'een positie van economische kracht die ondernemingen in staat stelt zich onafhankelijk te gedragen van concurrenten, klanten en consumenten en het behoud van effectieve concurrentie op de markt te voorkomen'.²⁰ Wanneer het gedrag van een krachtige onderneming niet wordt ingetoemd kan zij onafhankelijk van andere marktpartijen de concurrentiestructuur van de markt beschadigen door afzet te beperken en prijzen te verhogen. Zoals de Commissie in haar consultatiedocument onderkent, komt dit in wezen neer op de vraag of de onderneming aanmerkelijke marktmacht heeft.²¹ Deze constatering is op zichzelf nuttig, maar moet worden vertaald in een bruikbare test of van dominantie of aanmerkelijke marktmacht sprake is.

Traditioneel uitgangspunt is dat een dominante positie moet worden ingenomen op een markt. Dit betekent dat de relevante

markt waarop de positie moet worden beoordeeld, moet worden gedefinieerd. Marktdefinitie heeft een productdimensie (welke producten behoren tot dezelfde markt) en een geografische dimensie (is de betrokken markt Europa, regionaal of nationaal). Een mededeling van de Commissie over marktdefinitie biedt houvast voor het doen van deze exercitie.²²

In fusiezaken wordt de zogenoemde SSNIP-test²³ gebruikt om de relevante markt af te bakken. Producten horen volgens deze test tot dezelfde markt wanneer bedrijven niet in staat zijn winstgevend een duurzame kleine prijsverhoging voor hun producten door te voeren, zonder dat consumenten overschakelen naar andere producten. De Commissie stelt in het consultatiedocument dat er bijzondere complicaties zijn wanneer deze test wordt gebruikt in de toepassing van artikel 82.²⁴

Een traditioneel onderzoek of producten gelet op hun kenmerken en gebruik voor consumenten inwisselbaar zijn²⁵ kan een belangrijke aanvullende rol vervullen wanneer ondernemingen in alle mogelijke marktdefinities eenzelfde sterke of zwakke positie in de markt zullen innemen. In dat geval kan een tijdrovende en kostbare economische test, die bovendien niet altijd betrouwbaar is in artikel 82-zaken, achterwege blijven.

De Commissie geeft in haar consultatiedocument een goede eerste aanzet tot een economische benadering van de vraag of van dominantie sprake is. Zij geeft aan dat, wanneer de relevante markt is bepaald, de vraag of een onderneming dominant is, wordt beantwoord aan de hand van een veelheid van factoren, zoals de positie van de betrokken onderneming, de positie van haar concurrenten, de barrières die deze concurrenten ondervinden om effectief met de dominante onderneming te kunnen concurreren en de positie van belangrijke afnemers. Volgens de Commissie moet worden gekeken naar 'het samenstel van deze factoren, terwijl geen enkele factor doorslaggevend is'.²⁶ Marktaandeel is indicatief voor de marktpositie van ondernemingen, maar dan ook slechts een eerste indicatie.²⁷

¹⁷ Het economenbureau RBB spreekt in dit verband van een 'chilling effect' dat in dat geval van het consultatiedocument uit zou gaan. Ook AmCham verwijst nadrukkelijk naar de schadelijke economische gevolgen die een te formele, handhavingsgerichte, benadering met zich mee kan brengen.

¹⁸ Dit wordt onder meer gesteld door het economenbureau RBB in haar reactie op het consultatiedocument.

¹⁹ Zie onder meer Mehta en Peepkorn: 'The answer given by economists on the first question-what is market power? - concentrates on the power to raise prices above the competitive level', K. Mehta en L. Peepkorn, (2000) randnummer 1.18.

²⁰ Zaak 27/76, *United Brands*, [1978] Jur. EG 1978, 207, randnummer 65 en Zaak 85/76, *Hoffman La Roche*, [1979] Jur. EG 461, randnummer 8.

²¹ Randnummers 23-24 van het consultatiedocument.

²² Mededeling van de Commissie van 19 december 1997, *Pb. EG C 372*, p. 5.

²³ Small but Significant Non-Transitory Increase in Price.

²⁴ Randnummers 11-19 van het consultatiedocument.

²⁵ Zaak 27/76, *United Brands*, [1978] Jur. EG 1978, 207.

²⁶ Randnummer 26 van het consultatiedocument. Zaak 85/76, *Hoffman La Roche*, [1979] Jur. EG 461, randnummer 9.

²⁷ Randnummer 29 van het consultatiedocument.

Het is echter zeer te betreuren dat de Commissie in het vervolg van haar document de lat voor het aannemen van dominantie ten opzichte van bestaande rechtspraak juist lijkt te verlagen.

Uit de rechtspraak volgt de vuistregel dat ondernemingen met een aandeel hoger dan 50% vermoed worden dominant te zijn.²⁸ Ondernemingen met een aandeel tussen de 40 en 50% kunnen dominant worden bevonden wanneer hun eerstvolgende concurrenten veel lagere marktaandelen hebben, en in uitzonderlijke situaties zijn ondernemingen met een marktaandeel lager dan 40% dominant geoordeeld.²⁹ De Commissie geeft thans in haar consultatiedocument als vuistregel aan dat ondernemingen met een marktaandeel beneden de 40% dominant kunnen zijn. Slechts ondernemingen met een marktaandeel lager dan 25% worden vermoed niet dominant te zijn. De drempel van 25% wordt genoemd in de preambule van de Europese Concentratieverordening.³⁰

Afgezien van de vraag of overwegingen uit de Concentratieverordening onverkort kunnen worden getransponeerd naar de toepassing van artikel 82, staat deze benadering op gespannen voet met de wens meer nadruk te leggen op de economische effecten van marktgedrag. Deze wens zou zich ook moeten vertalen in een economische benadering van de vraag of ondernemingen dominant zijn. Voorkomen moet worden dat het 'net' te wijd wordt uitgespannen en ondernemingen gevangen worden onder artikel 82 terwijl zij uiteindelijk niet dominant zijn. Hoge marktaandelen zijn bijvoorbeeld niet indicatief voor aanmerkelijke marktmacht wanneer een markt wordt gedreven door innovatie en het marktaandeel kan worden afgekalfd door een onderneming die een nieuwe innovatie doet.

Een bloot vermoeden dat ondernemingen boven een bepaald marktaandeel dominant zijn, is dan ook niet juist. De Commissie zal ongeacht de hoogte van marktaandelen moeten onderzoeken of

daadwerkelijk sprake is van blijvende aanmerkelijke marktmacht. Bij een marktaandeel van lager dan 40% zou een vermoeden moeten bestaan dat geen dominante positie bestaat. Mededingingsautoriteiten of klagers hebben dan de ruimte om bijzondere marktomstandigheden aan te voeren om aan te tonen dat onder die grens toch van dominantie sprake is.

De Commissie gaat terecht niet in op suggesties dat een aparte categorie van 'superdominante' ondernemingen moet worden onderscheiden, voor wie strengere regels gelden dan voor 'gewoon' dominante ondernemingen.³¹ Het uitgangspunt van de Commissie dat de vraag of bepaalde gedragingen misbruik opleveren op een glijdende schaal wordt bekeken en dat ondernemingen die erg dominant zijn zich eerder schuldig zullen maken aan misbruik³², is voldoende om effectief tegen 'superdominante' ondernemingen op te treden. Het is niet nodig een aparte categorie van superdominante ondernemingen te definiëren.

De uiteenzetting van de Commissie met betrekking tot de situatie waarin ondernemingen niet individueel³³ maar als collectief dominant zijn, behoeft dringende aanpassing. De taal die de Commissie in dit gedeelte van het consultatiedocument gebruikt impliceert dat kan worden opgetreden tegen ondernemingen die onafhankelijk van elkaar hetzelfde marktgedrag aannemen, bijvoorbeeld omdat de transparantie van de markt dit gedrag ingeeft. Dit gaat verder dan de rechtspraak van het Hof, waarin sprake is van een collectieve machtspositie wanneer ondernemingen via structurele banden (bijvoorbeeld via samenwerkingsovereenkomsten) als eenheid op een markt optreden.³⁴

Het systeem van Europese concentratiecontrole is aangepast om te voorkomen dat fusies en overnames leiden tot marktstructuren die het mogelijk maken voor ondernemingen om onafhankelijk van elkaar hetzelfde gedrag aan te nemen. Deze aanpassing van de Europese concentratiecontroleverordening was juist noodzakelijk omdat dit gedrag niet gekwalificeerd kon worden als de uitoefening van een collectieve machtspositie onder artikel 82.³⁵ Het lijkt erop dat de Commissie dat laatste nu probeert te veranderen in haar consultatiedocument. Dat uitgangspunt is gevaarlijk omdat ondernemingen dan zouden kunnen worden gestraft voor gedrag dat rationeel is op grond van de structuur van de markt, zonder dat dit gedrag effectief dient ter bescherming van een collectieve eenheid van ondernemingen zoals gedefinieerd door het Hof van Justitie.

De legitimatie van interventie

De grote winst van het consultatiedocument is dat het inzicht geeft in het doel dat met interventie in marktgedrag van dominante ondernemingen wordt nagestreefd.

De Commissie stelt in haar consultatiedocument dat optreden gelegitimeerd is wanneer het gedrag van dominante ondernemingen concurrentiedruk wegneemt die hun marktmacht juist intoomt. Bij het beschermen van de concurrentiedruk gaat het volgens de Commissie niet om het beschermen van individuele concurrenten maar om het beschermen van het concurrentieproces. Het beschermen van het concurrentieproces zal uiteindelijk de consumentenwelvaart verhogen.³⁶

In deze frasen liggen belangrijke beleidskeuzes van de Commissie besloten. Haar werd in het verleden verweten dat zij bij interventies eerder concurrenten dan het concurrentieproces leek te beschermen. Daarmee zou de Commissie zich te veel laten leiden door de Duitse 'Ordoliberalen traditie'³⁷ waarbij de nadruk ligt op

²⁸ Zaak C-62/86, *AKZO*, [1991] Jur. EG 3359, randnummer 60; Zaak C-395/94, *Atlantic Container Line*, Jur. EG, p. II-875, randnummer 328.

²⁹ Zie bijvoorbeeld Zaak C-250/92, *Gottrup-Klim*, [1994] Jur. EG, p. I-5641, waar de onderneming een marktaandeel van 36% had, maar gezien de kleinere marktaandelen van haar concurrenten toch dominant werd geacht.

³⁰ Randnummer 31 van de preambule van Raadsverordening 139/2004 (zie noot 3).

³¹ Zie Conclusie van Advocaat-Generaal Fennelly in Gevoegde Zaken C-395 en 396/96 P *Compagnie Maritime Belge en anderen*, [2000] Jur. EG, p. I-1365, randnummer 137: 'Wanneer een onderneming [...] een overweldigende, aan een monopolie grenzende machtspositie geniet, [...], zou het niet stroken met de op een dergelijke dominante onderneming rustende, bijzonder zware specifieke verplichting, de structuur van de bestaande flauwe mededinging niet verder aan te tasten, indien zij, zelfs in reactie op agressieve prijsconcurrentie door een nieuwe binnenkomer, een beleid zou toepassen van gerichte, selectieve prijsverlagingen met het doel die concurrent uit te schakelen.'

³² Randnummer 59 van het consultatiedocument.

³³ Randnummers 46-50 van het consultatiedocument.

³⁴ Zie Gevoegde Zaken C-395 en 396/96 P *Compagnie Maritime Belge en anderen*, [2000] Jur. EG, p. I-1365.

³⁵ Zoals omschreven in Gevoegde Zaken C-68/94 en 30/95, *Frankrijk en SCPA en EMC tegen Commissie*, [1998] Jur. EG, p. I-1375.

³⁶ Randnummers 54-56 van het consultatiedocument.

³⁷ Zie voor een weergave van deze traditie onder meer D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, (1998) Oxford University Press.

het behoud van rivaliteit tussen ondernemingen op zichzelf. Wanneer deze traditie te ver wordt doorgevoerd, worden markten actief gestuurd om het aantal concurrenten in de markt op peil te houden. Dit kan er uiteindelijk toe leiden dat inefficiënte concurrenten worden beschermd en consumenten op de lange termijn worden benadeeld.

De Commissie stelt nu onomstotelijk vast dat het bij het optreden tegen dominante ondernemingen gaat om het verhogen van de consumentenwelvaart door het beschermen van het concurrentieproces. Daarbij wordt, in ieder geval voor prijsmisbruiken zoals rooftprijzen en kortingen, getoetst of met dit gedrag schade wordt toegebracht aan concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de dominante onderneming. Deze 'efficient competitor' test wordt gebruikt als benadering van de negatieve effecten van marktgedrag van dominante ondernemingen die interventie rechtvaardigen.

De keuze die de Commissie maakt voor het beschermen van concurrentie in plaats van concurrenten is gewenst. Uiteindelijk wordt de consumentenwelvaart ook verhoogd wanneer dominante ondernemingen in staat worden gesteld efficiënt te werken of belangrijke innovaties naar de markt brengen, ook wanneer zij daarmee andere ondernemingen van concurrentie uitsluiten. Op de korte termijn kunnen er minder concurrenten op de markt aanwezig zijn, maar op de lange termijn worden ondernemingen zo gestimuleerd hun kosten terug te brengen of innovaties tot stand te brengen.³⁸ Dit is met name het geval in dynamische markten, waarin ondernemingen voor markten concurreren³⁹ en hun tijdelijke machtige positie gebruiken om hun investeringen terug te verdienen.⁴⁰ De Commissie-Kok heeft in de evaluatie van de Lissabonstrategie van de EU benadrukt dat het stimuleren van investeringen in innovatie een cruciaal onderdeel van deze strategie vormt.⁴¹

Ondanks deze duidelijke keuze heeft de Commissie niet overal in haar consultatiedocument kunnen afrekenen met de Ordoliberalen traditie. Op meerdere plaatsen in het document stelt de Commissie effectief vast dat sprake kan zijn van marktuitsluiting wanneer concurrenten worden verzwakt of het in het algemeen wenselijk is dat concurrenten toegang hebben tot de markt.⁴² De Commissie wijkt daarbij af van de 'efficient competitor'-test die zij eerder naar voren schuift om de negatieve welvaartseffecten van marktgedrag te benaderen. De Commissie zou deze inconsistenties moeten wegwerken of inzicht moeten geven of zij ook andere tests relevant acht om de negatieve welvaartseffecten van marktgedrag te meten.

Mededingingsspecialisten hebben gesteld dat in de Europese Unie een 'interne-marktimperatief' geldt op basis waarvan wordt opgetreden tegen marktgedrag dat de eenwording van de interne markt belemmert, zonder dat een duidelijke theorie van concurrentievervalsing hoeft te worden gepresenteerd.⁴³ Het consultatiedocument besteedt geen nadrukkelijke aandacht aan de eenwording van de Europese interne markt. Dit lijkt effectief te betekenen dat de bescherming van het concurrentieproces het primaire doel in de toepassing van artikel 82 is en dat de eenwording van de interne markt onder deze doelstelling is geschaard.

De vaststelling van misbruik

De rechtspraak van het Hof biedt weinig aanknopingspunten voor een sluitende definitie van het begrip misbruik. Het Hof heeft geoordeeld dat dominante ondernemingen de mededingingsregels overtreden wanneer zij grijpen naar concurrentiemethoden die niet voortvloeien uit 'normale concurrentie'⁴⁴ of 'concurrentie op ver-

diensten'.⁴⁵ Er lijkt consensus te bestaan dat dominante ondernemingen concurreren op verdiensten wanneer zij concurreren op de prijs of superieure kwaliteit van hun producten.⁴⁶

In het consultatiedocument stelt de Commissie een tweeledige definitie van misbruik voor. Allereerst wordt getoetst of marktgedrag naar haar aard de toegang van concurrenten tot klanten en consumenten kan beperken en markten kan afschermen. In de tweede plaats wordt gekeken of de gedraging daadwerkelijk schadelijke effecten heeft op de markt waarop het gedrag wordt beoordeeld.

De onderverdeling in de twee stappen heeft als voordeel dat de Commissie gedrag waarbij dominante ondernemingen duidelijk niet op verdiensten concurreren, maar slechts de concurrentie uitschakelen als misbruik kan kwalificeren zonder een gedetailleerd onderzoek naar de effecten van het gedrag te doen. In *AstraZeneca*⁴⁷ heeft medicijnenfabrikant AstraZeneca misbruik gemaakt van procedures in het octrooisysteem om concurrentie van generieke medicijnen uit te schakelen. In dit geval van flagrant misbruik van het octrooisysteem

-
- ³⁸ Zie in dezelfde zin de reactie van economenbureau RBB op het consultatiedocument, par. 2.3.
- ³⁹ Hier wordt een onderscheid gemaakt tussen statische concurrentie in een gegeven markt en 'Schumpeter' dynamische concurrentie, die vaak voor markten wordt gevoerd, zie onder meer J.A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, (1984) Harper Collins Publishers.
- ⁴⁰ Zie over dynamische industrieën en artikel 82 EG: C. Ahlborn, V. Denicolo, D. Geradin Een A.J. Padilla; 'DG COMP Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries'.
- ⁴¹ Rapport van de High Level Group onder voorzitterschap van Wim Kok, *Facing the Challenge. The Lisbon Strategy for Growth and Employment*, (november 2004).
- ⁴² Zie bijvoorbeeld randnummers 67, 91, 129 en 190 van het consultatiedocument. De uitgangspunten van de Commissie vormen een weerslag van de controversiële oordelen van het GvEA in Zaken T-203/01 (*Michelin II*), [2003] Jur. EG, p. II-4701 en T-219/99, *British Airways*, [2003] Jur. EG, p. II-5917.
- ⁴³ R. Whish, *EC Competition Law*, (2004) Butterworths. Als voorbeeld van een zaak waarin het 'interne-marktimperatief' is toegepast wordt vaak verwezen naar Zaak IV/33.544 *British Midland v Air Lingus*, [1992] Pb. EG L 96, 34.
- ⁴⁴ Zaak 85/76, *Hoffman La Roche*, [1979] Jur. EG 461, randnummer 91. De Commissie heeft op haar beurt bepaald dat een algemene praktijk in een bepaalde industrie niet op 'normale concurrentie' hoeft te zien, besluit van de Commissie van 21 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.796 (*Microsoft*), voetnoot 877.
- ⁴⁵ Zaak T-203/01, *Michelin II*, [2003] Jur. EG 4701, randnummer 107.
- ⁴⁶ Randnummer 54 van het consultatiedocument. Zie de reactie van Mario Monti, voormalig Europees Commissaris voor Concurrentie, op een bijdrage van de Amerikaanse Assistant Attorney General tijdens een conferentie over transatlantische handhaving van de mededinging (Brussel, 7 juni 2004): 'I think we can both agree that in competition the best should win on the merits, but only on the merits. Whenever dominant companies can use their market power to win a market for reasons that are not related to the price or quality of their products, then we should consider intervening.' Zie ook Commissaris Kroes op de website over de herziening van artikel 82: 'Dominant companies should be allowed to effectively compete.'
- ⁴⁷ Beschikking van de Commissie in Zaak COMP/37.507 van 15 juni 2005.

leek een uitgebreid onderzoek naar markteffecten niet opportuun, aangezien de producenten van concurrerende medicijnen per definitie door het gedrag van AstraZeneca van de markt zijn uitgesloten.

De Commissie geeft aan dat zij zich bij het beoordelen van de schadelijkheid van marktgedrag zal richten op de 'waarschijnlijke' effecten van het gedrag⁴⁸. De Commissie erkent dat zij bij het beoordelen van deze effecten ook een oordeel zal moeten geven over gedragseffecten die zich in de toekomst zullen voordoen.

Op zichzelf is het doen van toekomstvoorspellingen de Commissie niet vreemd. In fusiezaken moet de Commissie immers onderzoeken of een voorgenomen fusie, wanneer gerealiseerd, de concurrentie substantieel kan schaden. Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft bepaald dat waar de Commissie zich in fusiezaken beroept op toekomstige effecten, zij deze effecten 'bijzonder aannemelijk' en 'plausibel' moet maken.⁴⁹ De bewijslast (van de *ex ante* toetsing) in fusiezaken is mede zwaar omdat artikel 82 altijd nog (*ex post*) kan worden ingezet om misbruikelijke gedragingen van een dominante gefuseerde onderneming tegen te gaan.

Hoewel de bewijslast in fusiezaken wellicht te zwaar is in de toepassing van artikel 82 (zij het dat de bewijslast in het kader van artikel 82 zwaar dient te zijn vanwege de sancties die daarbij kunnen worden opgelegd), legt de Commissie op een aantal punten van het document de lat te laag voor het vaststellen van toekomstige gedragseffecten van gedrag van dominante ondernemingen.⁵⁰ De Commissie zal toekomstige effecten van het gedrag van dominante ondernemingen zorgvuldig moeten onderzoeken en deze zeer aannemelijk moeten maken, voordat zij een sanctie oplegt. Wanneer een uitgebreid dataonderzoek onmogelijk of bezwaarlijk is, zal de Commissie gebruik moeten kunnen maken van economische theorie en principes om de schadelijke effecten van marktgedrag aan te tonen. In dat geval zal zij evenwel moeten aantonen dat de omstandigheden op de relevante markt zodanig zijn dat het zeer aannemelijk is dat de door haar van stal gehaalde theorie opgaat.

De artikel 82(3)-benadering

De Commissie stelt dat wanneer een misbruik aannemelijk is gemaakt, de verwerende onderneming de volle last draagt te bewijzen dat haar gedraging noodzakelijk is voor het realiseren van efficiencyverbeteringen die bepaalde consumentenvoordelen teweeg brengen.⁵¹

⁴⁸ Zie randnummer 58 van het consultatiedocument.

⁴⁹ Zaak T-5/02, *Tetra Laval*, [2002] Jur. EG, p. II-4831, randnummer 153 en arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 14 december 2005 in Gevoegde zaken T-209/01 en T-210/01, *GE en Honeywell t. Commissie* (nog niet gepubliceerd).

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld randnummer 199 van het consultatiedocument (toekomstige effecten van koppelverkoop en bundeling).

⁵¹ Randnummers 77 en 84 en verder van het consultatiedocument.

⁵² Zie de reactie van economenbureau RBB op het consultatiedocument van de Commissie.

⁵³ Zie *US v Microsoft*, 235 F.3d 34 (D.C. Circ. 2001, 95-97).

⁵⁴ Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, [2003] Pb. EG L1, 1.

⁵⁵ Randnummer 5 van de preambule van Verordening 1/2003.

⁵⁶ Zaak T-203/01, *Michelin II*, [2003] Jur. EG, p. I-4071, randnummers 107-109.

Deze bewijslastverdeling is overgenomen uit artikel 81 van het Verdrag, waar de Commissie moet bewijzen dat het kartelverbod is overtreden en de verweerders vervolgens moeten aantonen dat hun overeenkomst onder het derde lid van dat artikel is vrijgesteld van het verbod. De voorwaarden van artikel 81 (3) EG komen materieel overeen met de voorwaarden die dominante ondernemingen (volgens het consultatiedocument) moeten vervullen om een succesvol 'efficiencyverweer' te voeren.

Er bestaan fundamentele bezwaren tegen het overnemen van dit model onder artikel 82. De ervaring onder artikel 81 en in fusiezaken, waar eerder een 'efficiencyverweer' is ingevoerd, wijst uit dat ondernemingen in de praktijk grote moeilijkheden hebben een succesvol beroep op dit verweer te doen. Economen stellen dat het model van artikel 81 beperkende effecten op de concurrentie heeft gehad, aangezien te veel afspraken van ondernemingen formeel onder het verbod van artikel 81 (1) werden geschaard, terwijl ondernemingen niet in staat bleken een geslaagd verweer onder artikel 81 (3) te voeren.⁵² De economie kan grote schade lijden wanneer efficiencyverbeteringen niet kunnen worden doorgevoerd omdat dominante ondernemingen niet slagen in het lastige bewijs dat deze verbeteringen zich zullen voordoen.

Zoals gezegd, wordt de consumentenwelvaart ook verhoogd wanneer dominante ondernemingen in staat zijn efficiënt te werken. Het maakt in de praktijk veel uit of de handhavende autoriteiten en de klagers de bewijslast met betrekking tot 'efficiencyverbeteringen' dragen. Wanneer de bewijslast op de eerste partijen rust, kunnen ondernemingen zich verweren tegen de verdenking van een misbruik door te verwijzen naar efficiencyverbeteringen die door het gedrag tot stand worden gebracht. Wanneer dit verweer *prima facie* valide is, zou de handhavende autoriteit of de klager vervolgens moeten bewijzen dat deze verbeteringen niet voldoende zijn voor een geslaagd efficiencyverweer. Het is duidelijk dat deze regeling meer ruimte laat voor het doen van efficiencyverbeteringen, terwijl er voldoende mogelijkheid blijft voor interventie wanneer deze efficiencyverbeteringen onvoldoende zijn. In de Verenigde Staten wordt de bewijslast ook zo verdeeld.⁵³

Deze verdeling lijkt overigens ook voort te vloeien uit Verordening 1/2003⁵⁴ over de toepassing van de artikelen 81 en 82. De Verordening bevat alleen een regeling voor de bewijslastverdeling onder artikel 81 (1) en (3). De Verordening lijkt de door de Commissie voorgestelde verdeling uit te sluiten waar zij bepaalt dat de autoriteit of partij die stelt dat een inbreuk op artikel 82 heeft plaatsgevonden, de bewijslast van die inbreuk draagt. De Verordening rept nadrukkelijk alleen van een omkering van de bewijslast in het kader van artikel 81 (3) EG.

De Commissie verwijst naar de preambule van Verordening 1/2003, die vermeldt dat de onderneming die verweer voert tegen een inbreuk, moet bewijzen dat aan de voorwaarden voor dat verweer is voldaan.⁵⁵ Dit uitgangspunt, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen inbreuken op artikel 81 of op artikel 82, zou weerklank vinden in uitspraken van het Hof van Justitie.⁵⁶

Afgezien van de juridische merites van dit argument, zou de Commissie zich primair moeten laten leiden door de wens de competitiviteit van de Europese economie te vergroten. Om te verzekeren dat voldoende ruimte blijft bestaan voor efficiencyverbeteringen, zou moeten worden aangesloten bij een regeling die nadrukkelijk overeenstemt met Verordening 1/2003 en waarin deze verbeteringen integraal worden behandeld met de vraag of van misbruik sprake is.

Specifieke misbruiken

Hierna wordt een aantal opmerkingen gemaakt over de specifieke misbruiken die de Commissie in haar consultatiedocument behandelt. Zoals zal blijken, is de uiteenzetting van de Commissie over deze misbruiken soms inconsistent met de beleidskeuzen die zij eerder maakt en bestaat op belangrijke punten behoefte aan duidelijkere richtsnoeren.

Roofprijzen⁵⁷

Grofweg gezegd is sprake van roofprijzen wanneer dominante ondernemingen hun prijzen zo laag stellen dat andere ondernemingen van concurrentie worden uitgeschakeld. Volgens de economische theorie nemen dominante ondernemingen door het hanteren van roofprijzen doelbewust een kortetermijnverlies om op langere termijn de gemaakte verliezen te compenseren met hogere (monopolie)prijzen.

De Commissie leunt vooral op kostenstandaarden om te beoordelen of van roofprijzen sprake is. Globaal gezegd is volgens de Commissie sprake van roofprijzen wanneer prijzen lager zijn dan de kosten die de onderneming had kunnen vermijden door af te zien van de productie van de betrokken waren of diensten.⁵⁸ De Commissie verfijnt hiermee de benadering die tot nu toe is gekozen in de rechtspraak, waarbij de gemiddelde variabele kosten als leidraad worden gebruikt.⁵⁹ Voor gereguleerde sectoren zoals de telecom- en energiesector gelden alternatieve kostenstandaarden.⁶⁰

Het is de vraag of de Commissie niet te veel leunt op kostenstandaarden. Een uitgebreid kostenonderzoek of prijsanalyse lijkt niet nodig, wanneer de marktomstandigheden het onwaarschijnlijk maken dat een roofstrategie succesvol kan zijn en rivalen van concurrentie worden uitgesloten. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer concurrenten nog steeds voldoende toegang hebben tot kapitaalmarkten, of effectieve concurrentie ondanks de roofprijzen mogelijk blijft.

De stelling van de Commissie dat ook prijzen boven de gemiddelde totale kosten, derhalve winstgevendende prijzen, roofprijzen kunnen zijn, had beter buiten het document kunnen blijven. De Commissie veronderstelt dat onder omstandigheden concurrenten die niet tegen dezelfde kosten, dus minder efficiënt, produceren toegang tot de markt moeten krijgen.⁶¹ Deze stellingname doet weer denken aan de 'ordoliberalen' wens markten actief te sturen, wijkt af van de 'efficiënt competitor test' en staat bovendien op gespannen voet met het uitgangspunt dat dominante ondernemingen in staat moeten zijn op hun verdiensten, waaronder efficiency, te concurreren.⁶²

Amerikaanse rechters hebben uitgemaakt dat pas sprake is van roofprijzen, wanneer vaststaat dat de verliezen die door de lage prijzen zijn geleden, in een later stadium kunnen worden terugverdiend.⁶³ Economen stellen vaak dat de mogelijkheid voor ondernemingen om hun verliezen terug te verdienen integraal onderdeel moet zijn van de beoordeling of van roofprijzen sprake is.⁶⁴ In *Tetra Pak*⁶⁵ week het Hof van Justitie van deze benadering af. De Commissie houdt het midden in deze discussie⁶⁶ door te verwijzen naar de terugverdienmogelijkheid van dominante ondernemingen die vermeende roofprijzen hanteren, maar deze mogelijkheid niet tot integraal onderdeel te maken van de test of van roofprijzen sprake is. Hiermee lijkt de Commissie de uitkomst in *Wanadoo*, waar de kwestie opnieuw aan de orde is, af te wachten.

Kortingen

De vraag wanneer kan worden ingegrepen in de kortingen die dominante ondernemingen hanteren is van grote praktische betekenis. Kortingen die worden toegekend wanneer de aankopen van een klant een bepaalde drempel overschrijden, zijn gemeengoed en worden ook door dominante ondernemingen toegepast.

De Europese aanpak van dit soort kortingen is omstreden. In *Michelin II* leek het Hof van Justitie een vrijwel onweerlegbaar vermoeden te creëren dat kortingen die de binding of loyaliteit aan een dominante onderneming vergroten, misbruik opleveren.⁶⁷ Het Hof achtte een onderzoek of de kortingen daadwerkelijk de markt voor concurrenten konden afsluiten, niet nodig. Dit wijkt af van de benadering van kortingen in de Verenigde Staten.⁶⁸ In haar consultatiedocument probeert de Commissie meer duidelijkheid en richting te geven aan de analyse van kortingen.

Bij kortingen die worden berekend over de extra aankopen boven de drempel moet volgens de Commissie worden bekeken of de effectieve prijzen van deze aankopen (de prijzen na verleende kortingen) in feite roofprijzen zijn.

De beoordeling van kortingen die bij het overschrijden van de drempel over alle aankopen worden gegeven, is ingewikkelder. Bij de beoordeling of deze zogenoemde *roll-back* kortingen schadelijk voor de concurrentie zijn, volgt een berekening van het vereiste aan-

⁵⁷ Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de mogelijke functies van roofprijzen: M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, (2004) Cambridge University Press. D. Spector, *Definitions of Predatory Pricing*, Massachusetts Institute of Technology, Department of Economics, (2001) Working Paper 01, D. Kreps, R. Wilson, 'Reputation and Imperfect Information', (1982) *Journal of Economic Theory*, 253-279 en P. Milgrom, J. Roberts 'Predation, Reputation and Entry Deterrence', *Journal of Economic Theory*, 280-312, Bolton, J. Brodley en M. Riordan, 'Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy', (2000) *Georgetown Law Review*, 88: 2239-2330, P. Bolton, D. Scharfstein, 'A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting' (1990), *American Economic Review*, 80: 93-106.

⁵⁸ Randnummer 106 van het consultatiedocument.

⁵⁹ Zaak C-62/86, *Akzo Chemie t. Commissie*, [1991] Jur. EG, p. I-3359.

⁶⁰ Randnummers 124 en verder van het consultatiedocument.

⁶¹ Randnummer 129 van het consultatiedocument. De Commissie verwijst hierbij naar dominante ondernemingen die niet te dupliceren schaalvoordelen genieten. Door deze schaalvoordelen kunnen concurrenten niet tegen dezelfde kosten een minimaal aandeel in de markt behalen.

⁶² Randnummer 54 van het consultatiedocument.

⁶³ Zie *Brooke Group v Brown & Williamson Tobacco* (509 U.S. 209 (1993)).

⁶⁴ Zie W. Baumol, 'Principles Relevant to Predatory Pricing', in: *Pros And Cons Of Low Prices*, Swedish Competition Authority (2003) p. 19-20; and J. Brodley, P. Bolton and M. Riordan, 'Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy', *Georgetown Law Journal*, 88 (8), 2239-2330 (2000).

⁶⁵ Zaak C-333/94 P, *Tetra Pak*, [1996] Jur. EG, p. I-5951.

⁶⁶ Deze discussie is onder meer gevoerd in Bolton, J. Brodley en M. Riordan, 'Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy', (2000) *Georgetown Law Review*, 88: 2239-2330.

⁶⁷ Zaak C-203/01, *Michelin II*, op. cit., randnummer 65.

⁶⁸ *CDS Techs Inc v IDEXX Labx, Inc*, 2nd Circuit (1999), 186 F. 3d 74 (*exclusiviteit*), *Concord Board v Brunswick (kortingen)*. Zie tevens J.M. Jacobson, 'Exclusive Dealing, Foreclosure and Consumer Harm', (2002) *Antitrust Law Journal*, 311.

deel van de vrije aankopen van afnemers dat concurrenten moeten halen om effectief met de kortingen van dominante ondernemingen te kunnen concurreren. Wanneer de kortingen concurrenten dwingen een hoger vereist aandeel van deze aankopen te halen dan hun huidige aandeel of het aandeel dat zij minimaal moeten hebben om actief te blijven, leveren de verleende kortingen misbruik op. Volgens de berekeningen van de Commissie zijn de effectieve prijzen van de aankopen in dat geval lager dan de gemiddelde totale kosten van de dominante onderneming en kunnen concurrenten die even efficiënt produceren, niet met de kortingen concurreren.

Dit toetsingskader bevat veel abstracte wiskundige formules en is weinig gebruiksvriendelijk. Op een principiële niveau wordt niet duidelijk waarom de Commissie precies de gemiddelde totale kosten van de dominante onderneming als kostenstandaard neemt om te beoordelen of kortingen misbruik opleveren en ook hier niet beoordeelt of de effectieve prijzen rooftprijzen zijn.

Een ander punt is dat tot uitdrukking zal moeten worden gebracht welke de maatstaven zijn voor kortingen in het kader van promoties en bijzondere acties die slechts een vooraf bepaalde tijd zullen duren.

Het commerciële gewicht van kortingen rechtvaardigt een consistent, duidelijk gefundeerd en werkbaar toetsingskader. Het door de Commissie voorgestelde kader heeft om dit te bereiken dringend aanpassing nodig.

Koppelverkoop en bundeling⁶⁹

Artikel 82 (d) bepaalt dat dominante ondernemingen hun machtspositie kunnen misbruiken wanneer zij de aankoop van een product afhankelijk maken van de aankoop van een ander product. Producten kunnen zowel contractueel als feitelijk aan elkaar worden gekoppeld. De commerciële praktijk van ondernemingen om een bundel

van producten zo te prijzen dat consumenten de bundel in plaats van de afzonderlijke producten afnemen, kunnen daarom in principe ook onder het verbod vallen.

Volgens de Commissie is sprake van onrechtmatige koppelverkoop wanneer de onderneming (i) dominant is ten aanzien van een product, (ii) dit product koppelt aan een ander, te onderscheiden, product, (iii) daarmee de markt voor het gekoppelde product afschermt voor concurrerende aanbieders (iv) terwijl de koppeling niet gerechtvaardigd is.⁷⁰

Volgens de Commissie is sprake van twee verschillende producten wanneer er consumentenvraag kan bestaan voor de afzonderlijke productonderdelen. De grenzen van deze test worden momenteel in *Microsoft* afgetast. Microsoft stelt dat, in tegenstelling tot wat de Commissie beweert, het Windows besturingssysteem en MediaPlayer één product zijn. Volgens het bedrijf zal er gezien de ontwikkeling van de consumentenvraag geen afzonderlijke vraag meer bestaan voor Windows zonder MediaPlayer. Volgens Microsoft heeft het koppelverbod het bedrijf gedwongen een minder aantrekkelijke versie van Windows op de markt te brengen. Dit oordeel zou uiteindelijk ondernemingen ervan kunnen weerhouden hun producten te innoveren door twee productkenmerken met elkaar te combineren. De uitkomst van deze zaak kan wat technisch geïntegreerde producten betreft, grote consequenties hebben voor de 'consumentenvraag' test die de Commissie heeft ontwikkeld.

Volgens de Commissie schermt koppelverkoop een markt af wanneer het de dominante onderneming in staat stelt een 'voldoende gedeelte van de marktvraag' naar het gekoppelde product aan zich te binden. Wanneer dit precies het geval is, wordt niet duidelijk. Het consultatiedocument biedt betrokken ondernemingen dan ook geen duidelijk houvast om te beoordelen of een koppeling de markt voor het gekoppelde product afschermt.

Leveringsweigering⁷¹

De Commissie geeft aan dat leveringsweigering misbruik oplevert wanneer (i) de te leveren faciliteit onontbeerlijk is voor het ondernemen van activiteit in een *downstream* markt; (ii) de leveringsweigering leidt tot een substantiële concurrentievervalsing in deze markt en (iii) er geen objectieve rechtvaardiging bestaat om levering te weigeren.⁷²

De uiteenzetting van de Commissie over leveringsweigering is grotendeels een uiteenzetting van de lijn die in de rechtspraak is ontwikkeld.

De Commissie geeft aan dat in het geval dat een dominante onderneming een bestaande leveringsrelatie beëindigt, de eis dat de input onontbeerlijk is, niet hoeft te worden gesteld. Hiermee lijkt een aanzet te worden gegeven tot een vergaand ingrijpen in de contractsvrijheid van ondernemingen, terwijl in economisch opzicht weinig verschil bestaat tussen het beëindigen van een leveringsrelatie en het weigeren een leveringsrelatie aan te gaan. Bovendien worden ondernemingen in vrijwel alle lidstaten reeds op basis van het reguliere civiele recht beperkt in het op onredelijke wijze beëindigen van contractuele relaties. Het is onduidelijk waarom het ook via het mededingingsrecht gemakkelijker moet worden gemaakt het beëindigen van bestaande relaties te sanctioneren.⁷³

De Commissie bevestigt in lijn met de rechtspraak⁷⁴ dat de weigering een licentie af te geven voor het gebruik van een intellectueel eigendomsrecht, misbruik kan opleveren wanneer de weigering de verhandeling van een nieuw product belemmert.⁷⁵ De Commissie geeft echter geen antwoord op de cruciale vraag wanneer een pro-

⁶⁹ Zie voor een discussie over koppelverkoop en bundeling: J. Tirole, 'A Primer on Tying', *Competition Policy International*, (2005) 1-25, B. Nalebuff, 'Bundling, Tying and Portfolio Effects', (2003) *DTI Economics Paper* No.1, D.W. Carlton, M. Waldman, 'The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries', (2002) *Rand Journal of Economics*, 33: 194-220, M.D. Whinston, 'Tying, Foreclosure and Exclusion', *American Economic Review*, 80: 837-859.

⁷⁰ Randnummer 183 van het consultatiedocument.

⁷¹ Zie voor de discussie over de benadering van leveringsweigering onder meer D. Geradin, 'Limiting the Scope of Article 82: What Can the EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS* and *Deutsche Telekom*', (2004) *CLMR*, 1519, D. Ridyard, 'Compulsory Access under EC Competition Law', (2004) *ECLR*, 669.

⁷² Randnummers 224-236 van het consultatiedocument.

⁷³ Zie tevens: R. Subiotto, R. O'Donoghue, 'Defining the Scope of the Duty of Dominant Firms to Deal with Existing Customers under Article 82 EC', (2003) *ECLR* 683: 'A distinction between dominant firms' duties towards new and existing customers seems arbitrary, both new customers and existing customers are subject to the requirement that the requested input or facility be essential'.

⁷⁴ Gevoegde Zaken C-241/91 en C-242/92, *RTE en ITP (Magill)*, [1995] Jur. EG, p. I-743, Zaak C-418/01, *IMS Health*, [2004] Jur. EG, p. I-5039.

⁷⁵ Randnummer 239 van het consultatiedocument. Zie voor een discussie over licentieweigeringen: E. Derclaye, 'Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: a Suggestion to Reconcile the Community Courts Case-law', (2003) *World Competition*, 685.

duct precies 'nieuw' is. Integendeel, zij rekt dit criterium juist op door te stellen dat in het geval van technologie die nodig is voor follow-on-innovatie, geen sprake hoeft te zijn van duidelijk te identificeren nieuwe producten, maar dat slechts hoeft vast te staan dat consumenten worden benadeeld doordat follow-oninnovatie onmogelijk wordt gemaakt.⁷⁶ De Commissie stipt slechts aan dat het toetsingskader voor geschillen over interoperabiliteit van technische producten⁷⁷ minder streng kan zijn dan dat voor de beoordeling van een licentieweigering.⁷⁸ Hiermee poneert de Commissie stellingen die potentieel schadelijk zijn voor het innovatievermogen van de economie, zonder enige duidelijkheid over de reikwijdte van deze standpunten te geven. Er bestaat dringende behoefte aan meer duidelijkheid op deze punten.

De Commissie verduidelijkt evenmin hoe moet worden omgegaan met de belangrijke vraag hoe in geval van afgedwongen levering of licentiëring de relevante prijs moet worden bepaald. Dit klemt des te meer, aangezien in de praktijk met name nationale rechters zich geconfronteerd kunnen zien met de moeilijke vraag hoe de prijs voor een afgedwongen levering of licentiëring moet worden bepaald. Ook op dit punt bestaat grote behoefte aan duidelijker richtsnoeren.

Slotopmerkingen

Het document behandelt niet de categorie misbruiken die als 'uitbuitingsgedrag' kunnen worden betiteld, zoals het hanteren van excessieve en discriminatoire prijzen, en discriminatie in het algemeen. Het gaat ook niet in op de verhouding tussen artikel 82 en artikel 10 van het EG-Verdrag, en de toepassing van artikel 86 EG, met andere woorden de verantwoordelijkheden die de mededingingsregels opleggen aan lidstaten en ondernemingen met bijzondere rechten of de opdracht diensten van algemeen economisch belang te verrichten. De praktijk wijst uit dat ook op deze gebieden behoefte bestaat aan meer duidelijkheid en richting. Het is daarom te hopen dat de Commissie de discussie over deze kwesties in een later stadium voortzet.

De grote winst van dit consultatiedocument is dat de Commissie de nodige verduidelijking geeft over de doelstelling en ratio voor het ingrijpen in het marktgedrag van dominante ondernemingen. Op belangrijke punten zijn de uitgangspunten van het document echter inconsistent met de beleidskeuzes die de Commissie maakt en bestaat behoefte aan duidelijker en gebruiksvriendelijker richtsnoeren.

Een deel van de onvolkomenheden kan in het consultatieproces worden gerepareerd. Pas aan het einde van dit proces kan daarom definitief worden beoordeeld of het nieuwe jasje voor artikel 82 daadwerkelijk *prêt-à-porter* zal zijn.

⁷⁶ Randnummer 240 van het consultatiedocument.

⁷⁷ Zie hierover onder meer F. Leveque, 'Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case', (2005) *World Competition*, 71.

⁷⁸ Randnummers 241 en 242 van het consultatiedocument.