

# De richtsnoeren handhavingsprioriteiten artikel 82 EG-Verdrag

Het voorbeeld van een reis die boeiender was dan de eindbestemming

Mr. O. Brouwer en mr. M. Knapen\*

Op 2 december 2008 publiceerde de Commissie haar Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag op uitsluitingsgedrag (hierna: Richtsnoeren).

Artikel 82 EG-Verdrag bevat een verbod op misbruik van machtspositie. Onder dit verbod valt uitbuitingsgedrag door een dominante onderneming, zoals het hanteren van buitensporig hoge prijzen, en uitsluitingsgedrag waarmee een dominante onderneming concurrenten op een mededingingsversturende wijze uitsluit van de markt. De Richtsnoeren gaan in op deze laatste categorie van misbruik en geven inzicht in de handhavingsprioriteiten die de leidraad zullen vormen voor het optreden van de Commissie op basis van artikel 82 EG-Verdrag.

In een eerdere bijdrage in *NTER* is ingegaan op het consultatiedocument van de Commissie van 2005 over de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (hierna: Consultatiedocument) en de achtergrond van de herziening van artikel 82 EG-Verdrag.<sup>1</sup> Deze bijdrage behandelt een aantal kernpunten van de Richtsnoeren en plaatst een aantal kanttekeningen.

*Richtsnoeren van de Commissie betreffende de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag op uitsluitingsgedrag van 2 december 2008, zie <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>*

## Naar een meer economische benadering

In 2003 kondigde de Commissie de herbeoordeling aan van haar beleid ten aanzien van artikel 82 EG-Verdrag.

\* Mr. O. Brouwer is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. Mr. M. Knapen is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.

1. Zie O.W. Brouwer en D. Mes, 'Herziening van het verbod van misbruik van machtspositie: wordt het nieuwe jasje van artikel 82 EG prêt-a-porter?', *NTER* 2006, p. 119-127.

De Commissie zag hiertoe aanleiding omdat, in tegenstelling tot artikel 81 EG-Verdrag en het concentratietoezicht, het beleid van de Commissie ten aanzien van artikel 82 EG-Verdrag niet eerder was herbeoordeeld in het licht van de meer economische benadering van het communautaire mededingingsrecht.<sup>2</sup>

Daarnaast was er toenemende kritiek over de onduidelijkheid die bestond over de toepassings sfeer van artikel 82 EG-Verdrag voor de verschillende gedragingen van een dominante onderneming. Dit is mede het gevolg van de beperkte beschikkingenpraktijk en rechtspraak over de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag.<sup>3</sup> Door dit gebrek aan duidelijkheid is het voor ondernemingen vaak lastig te beoordelen of bepaalde gedragingen, zoals het hanteren van kortingssystemen of exclusiviteitcontracten, gekwalificeerd kunnen worden als rechtmatige 'concurrentie op de merites' of als verboden misbruik in de zin van artikel 82 EG-Verdrag. Tegen deze achtergrond publiceerde de Commissie in december 2005 haar Consultatiedocument. Een winst van het Consultatiedocument was dat de Commissie de nodige verduidelijking gaf over de doelstelling en ratio voor het ingrijpen in het marktgedrag van dominante ondernemingen. Uit de reacties op het Consultatiedocument kwam tegelijkertijd naar voren dat de Commissie niet altijd de balans had weten te vinden.<sup>4</sup> Duidelijk was dat de Commissie voor een meer economische benadering van artikel 82 EG-Verdrag had gekozen door de

2. P. Lowe, toespraak op de *Thirtieth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, *Fordham Corporate Law Institute*, 23 oktober 2003.

3. Ondanks deze beperkte beschikkingenpraktijk ziet een kwart van de onderzoeken van de Commissie toe op uitsluitingsmisbruik. P. Lowe, 'The European Commission formulates its enforcement priorities as regards exclusionary conduct by dominant undertakings', *Global Competition Policy* February 2009, p. 2.

4. Een aantal punten van kritiek wordt behandeld in R. O'Donoghue en A. Jorge Padilla, *The law and economics of article 82*, Hart Publishing. Een weerlegging van deze kritiekpunten is te vinden in de reactie op dit boek die is gepubliceerd door M. Adam en F. Maier-Rigaud: 'The law and economics of article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct', *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2009/1, p. 131 e.v.

nadruk te leggen op de effecten van de gedraging op de markt (*effects-based approach*) en niet op de vorm van het gedrag (*form-based approach*), in lijn met de modernisering van artikel 81 EG-Verdrag en het concentratietoezicht. Anderzijds was er kritiek op het feit dat het Consultatiedocument te veel vanuit de optiek van de handhavers was geschreven en veel minder als een handleiding voor ondernemingen, die hen beter in staat zou stellen te beoordelen of bepaalde gedragingen al dan niet binnen de werkingssfeer van artikel 82 EG-Verdrag vielen. Door een brede(re) definitie van uitsluitingseffecten op te nemen<sup>5</sup> en zich te richten op gedragingen die niet zijn toegestaan werd bovendien een verzwaring van de bewijslast voor de dominante onderneming gesuggereerd.

De Amerikaanse *Federal Trade Commission* (FTC) en *Department of Justice* (DOJ), die op het moment van publicatie van het Consultatiedocument zelf bezig waren met een herbeoordeling van unilateraal gedrag onder Section 2 van de Sherman Act, reageerden in beginsel positief op het Consultatiedocument.<sup>6</sup> Met de expliciete erkenning van de *effects based approach* leek het Consultatiedocument immers de convergentie te vergroten tussen artikel 82 EG-Verdrag en het Amerikaanse equivalent van dit artikel, Section 2 van de Sherman Act. Toch bleven er een aantal belangrijke tegenstrijdigheden bestaan tussen de twee stelsels. Een in het oog springend verschil betreft unilaterale leveringsweigeringen, het leerstuk van roofoffertes en het marktaandeel op basis waarvan een machtspositie wordt aangenomen. De Commissie stelde in haar Consultatiedocument dat in uitzonderlijke gevallen een marktaandeel van minder dan 40 procent voldoende is om een machtspositie te bekleden, terwijl de marktaandeeldrempel in de VS op 66 procent is gesteld.<sup>7</sup>

In 2008 publiceerde het US Department of Justice een rapport over unilateraal gedrag onder paragraaf 2 van de Sherman Act. Dit rapport leidde tot de nodige reserves bij de Europese Commissie.<sup>8</sup> De DOJ stelde een *actual harm en disproportionality test* voor, die de meetlat bijzonder hoog legde voor de DOJ om op te treden.<sup>9</sup> De door de Commissie in de Richtsnoeren gevolgde benadering staat in schril contrast met de door de DOJ voorgestelde bena-

dering. De Commissie hanteert immers een *consumer-welfare balancing test*.

Door de uitgebreide 'interne reflectie bij de Commissie' na de publieke consultatie heeft men uiteindelijk tot december 2008 moeten wachten op een vervolg (daar waar dit gepland was voor 2006). Een element dat hierbij speelde is dat de Commissie in een lastige spagaat kwam te zitten door aanhangige zaken en de ontwikkeling van de communautaire rechtspraak ten aanzien van artikel 82 EG-Verdrag. Zo had de Commissie enerzijds te maken met rechtspraak van het Europese Hof van Justitie – o.a. in *British Airways*<sup>10</sup> – waarin het Europese Hof van Justitie de klassieke *form-based approach* bleef volgen, terwijl anderzijds kritiek werd geleverd op de Commissie omdat het onvoldoende nadruk zou leggen op de verschuiving naar een meer economische *effects-based*-benadering. Daarenboven waren er binnen de Commissie verschillende stromingen en moest de Commissie ook rekening houden met de visie van nationale mededingingsautoriteiten, die juist op het punt van de handhaving van artikel 82 EG-Verdrag en equivalente nationale bepalingen niet per se gebonden willen worden aan een uitleg en inhoudelijke richtsnoeren van de Commissie.<sup>11</sup>

Een omstreden punt is en blijft dat de Richtsnoeren enerzijds in algemene termen aangeven dat dominante ondernemingen op merites mogen concurreren en de Commissie een *effects-based*-benadering zal volgen, maar deze uitgangspunten niet consistent worden toegepast in de Richtsnoeren. Er zijn te veel regels die 'doorgaans', 'in beginsel', of 'normaliter' gelden, er zijn te veel 'veronderstellingen' (waaronder begrepen *presumptions of illegality*). Een inconsistentie is ook dat de 'as efficient competitor test' alleen geldt voor prijsgedragingen en deze toets ook daar niet consequent wordt volgehouden.<sup>12</sup>

De vraag of de *effects-based approach* in de praktijk zal worden gevolgd, betreft ook de bewijsvoering. De Commissie stelt zich op het standpunt dat de Richtsnoeren de Commissie niet verplichten interventie afhankelijk te maken van het kunnen aantonen van daadwerkelijke effecten, mede omdat de Commissie dan slechts zou kunnen optreden indien de schadelijke gevolgen van een gedraging zich inmiddels zouden hebben voorgedaan. Dit lijkt een logisch uitgangspunt maar de vraag blijft wel met welke bewijsvoering de Commissie genoegen zal nemen. In dit verband heeft de Commissie zichzelf ook veel vrijheid gelaten ten aanzien van de vraag of naast kwalitatief bewijs ook kwantitatief bewijs vereist is. De Commissie geeft aan dat ter bepaling van de voor de gebruikers te verwachten schade, van kwantitatief bewijsmateriaal gebruik kan worden gemaakt 'voor zover mogelijk en passend'<sup>13</sup> en de Commissie 'normaal' zal optreden wanneer het op basis

5. Paragraaf 58 van het Consultatiedocument.

6. Zie bijvoorbeeld *Reflections on the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses*, toespraak van J. Thomas Rosch, commissaris bij de U.S. Federal Trade Commission, 11 May 2006, 13<sup>th</sup> Annual International Competition Law Forum St. Gallen University, St. Gallen, Switzerland.

7. Een ander verschil betreft de waardering van efficiency voordelen. De Commissie gaat ervan uit dat 'ultimately the protection of rivalry and the competitive process is given the priority over possible pro-competitive efficiency gains' (par. 91 Consultatiedocument). Ongeacht de efficiëntie van de dominante onderneming zijn gedragingen die concurrenten uitsluiten verboden. De Amerikaanse rechtspraak ten aanzien van Section 2 van de Sherman Act kent echter een andere benadering van efficiency-voordelen en bepaalt dat van misbruik pas sprake is indien er bewijs is voor een 'attempt to exclude rivals on some basis other than efficiency.' Supreme Court, *Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 605 (1985).

8. Zie toespraak P. Lowe genoemd in voetnoot 3.

9. Dit rapport werd later ingetrokken. Zie persbericht *Global Competition Review*, DOJ withdraws Section 2 report, 11 mei 2009.

10. HvJ EG zaak C-95/04, *British Airways/Commissie*, Jur. 2007, p.1-2331.

11. De kritiek van de Duitse Bundeskartellamt en de Franse Conseil de la Concurrence komt onder andere tot uitdrukking in respectievelijk 'Bundeskartellamt, Our activities in 2005 and 2006, July 2007, p. 14-15' en 'Conseil de la Concurrence, 2005 Activity Report, p. 59-61'. Zie ook Federico Etro, Opening speech to the international conference on the recent developments on antitrust policy and the enforcement of Art. 82, Rome, 6 maart 2009, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

12. Zie o.a. Richtsnoeren paragraaf 24.

13. Richtsnoeren paragraaf 19.

van dwingend en overtuigend bewijsmateriaal ‘waarschijnlijk is’ dat de gedraging resulteert in concurrentieverstorende afscherming. Bij dit laatste punt valt op dat de nadruk niet wordt gelegd op de vraag of schade voor de gebruiker is aangetoond. Die lijkt te worden verondersteld wanneer concurrentieverstorende afscherming waarschijnlijk is.

De recente *Intel*-zaak<sup>14</sup> zal een interessante *test case* worden om te zien of de Commissie uiteindelijk toch haar zaken zal voeren en verdedigen op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg, met de daarin vervatte *form-based approach* dan wel daadwerkelijk de stap zal maken naar het hanteren van de *effects-based approach*. Het ligt in de verwachting dat de Commissie zich toch in belangrijke mate zal blijven baseren op de rechtspraak.

## Het speelveld van de richtsnoeren

De Richtsnoeren zijn ondanks deze lastige context op een aantal punten verduidelijkt ten opzichte van het Consultatiedocument. Het uiteindelijke resultaat is echter een veel minder ambitieus document. Om te beginnen is het document aanzienlijk ingekort (32 pagina’s vergeleken met 72 pagina’s van het Consultatiedocument). In plaats van richtsnoeren betreffende de uitleg van artikel 82 EG-Verdrag gaat het nu om richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie. Een voordeel is dat het in deze setting mogelijk zou moeten zijn voor de Commissie wat meer eigen visie te geven, maar dat is er niet van gekomen. In het navolgende zal nog worden aangegeven dat men op grond hiervan vraagtekens kan plaatsen bij de beperkte rol die de Commissie zichzelf klaarblijkelijk toebedeelt bij de ontwikkeling van het mededingingsrecht. Die indruk wordt versterkt door de belangrijke onderwerpen waarover niets wordt vermeld in de Richtsnoeren.

De Richtsnoeren behandelen alleen de categorie misbruiken die als uitsluitingsgedrag worden betiteld en gaan niet in op het zogenaamde uitbuitingsgedrag, zoals het hantieren van excessieve prijzen.

De vraag waarom de Richtsnoeren alleen ingaan op uitsluitingsgedrag en niet op gedragingen waarbij de gebruiker wordt uitgebuit, wordt niet beantwoord in het document.<sup>15</sup> De Commissie stelt in een apart persbericht dat haar beleidskeuze om zich te richten op uitsluitingsgedrag is ingegeven door het adagium ‘beter voorkomen dan genezen’.<sup>16</sup> Net als uitsluitingsgedrag bestaat er over de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag op uitbuitings-

gedrag de nodige onzekerheid. De Commissie had er goed aan gedaan deze laatste categorie misbruiken te verduidelijken aan de hand van haar Richtsnoeren.

In tegenstelling tot het Consultatiedocument gaan de Richtsnoeren evenmin in op de situatie waarin twee ondernemingen gezamenlijk een machtspositie hebben (‘collectieve machtspositie’).<sup>17</sup> Een belangrijk gemis is voorts dat de Richtsnoeren geen toelichting geven ten aanzien van discriminerend uitsluitingsgedrag. Het niet behandelen van deze vorm van misbruik wekt de indruk dat de Commissie geen prioriteit geeft aan het handhaven van artikel 82 EG-Verdrag ten aanzien van dit gedrag. Betekent dit dat een onderneming zich voortaan wat het opleggen van prijzen (of overige voorwaarden) aangaat met name moet bekommeren om het niet hanteren van rooftprijzen of excessieve prijzen en minder om discriminatie? Een onderneming kan daar niet op vertrouwen zonder dat de Commissie dat als zodanig bevestigt, hetgeen de Commissie niet doet in haar Richtsnoeren. In de rechtspraak is immers algemeen erkend dat het hanteren van discriminerende voorwaarden of prijzen uitsluitingseffecten kan hebben die verboden zijn onder artikel 82 EG-Verdrag. Door niet in te gaan op discriminatie onder artikel 82 EG-Verdrag creëren de Richtsnoeren in de praktijk verdere rechtsonzekerheid op dit punt. Dit is een groot gemis omdat het vraagstuk van discriminatie en differentiatie op het gebied van prijsstelling voor vele bedrijven buitengewoon belangrijk is. De doctrine heeft het belang van deze problematiek wel onderkend,<sup>18</sup> hetgeen deze lacune in de Richtsnoeren des te opmerkelijker maakt. Ook bij de behandeling van de specifieke vormen van misbruik laten de Richtsnoeren meerdere onderwerpen liggen die in de praktijk van belang zijn.<sup>19</sup>

## Doel en status van de richtsnoeren

Alvorens in te gaan op de specifieke vormen van misbruik, is het nuttig kort stil te staan bij het rechtskarakter van de Richtsnoeren. In hoeverre kunnen ondernemingen vertrouwen ontlenen aan de Richtsnoeren? De Richtsnoeren betreffen de *handhavingsprioriteiten* van de Commissie, niet de *toepassing* van artikel 82 EG-Verdrag. Zij zijn derhalve niet een interpretatieve mededeling.<sup>20</sup> Interpretatieve mededelingen kunnen, zoals blijkt uit eerdere rechtspraak, als inspiratie dienen bij het uitleggen van het recht

14. Zie de toespraak van Commissaris Kroes, Brussel 13 mei 2009, *Commission takes antitrust action against Intel*.

15. In paragraaf 7 van de Richtsnoeren wordt heel kort ingegaan op gedragingen waarbij de gebruiker wordt uitgebuit en wordt alleen gesteld dat ‘de Commissie kan besluiten op te treden tegen dergelijke gedragingen’.

16. Press release, 3 december 2008, ‘Antitrust: Guidance on Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms – frequently asked questions’, *MEMO/08/761*, p. 4.

17. Richtsnoeren paragraaf 4. In het Consultatiedocument werd ingegaan op het concept collectieve machtspositie in de paragrafen 43-50.

18. Damien Geradin en Nicolas Petit, ‘Price discrimination under EC Competition Law: another antitrust doctrine in search of limiting principles?’, *Journal of Competition Law and Economics* 2006 2(3), p. 479-531. Zie ook R. O’Donoghue en A. Jorge Padilla, *The law and economics of article 82*, Hart Publishing, p. 552 e.v.

19. Zie ook paragraaf 77 van de Richtsnoeren.

20. Paragraaf 2 van de Richtsnoeren.

## Deelonderwerpen

door rechters.<sup>21</sup> Mededelingen waarin de Commissie voorschriften geeft over de wijze waarop zij gebruik wil gaan maken van haar handhavingsbevoegdheden op een bepaald terrein vormen gedragsregels voor de te volgen handhavingspraktijk. Men verwacht in dat geval een beschrijving van gedragingen, markten en/of sectoren die de Commissie met prioriteit gaat volgen en waar handhavend zal worden opgetreden. De Commissie mag daarvan niet afwijken zonder redenen op te geven die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling.<sup>22</sup>

De Richtsnoeren stellen dat de doelstelling van het document is 'meer duidelijkheid en voorspelbaarheid te bieden met betrekking tot het algemene beoordelingskader dat de Commissie hanteert om te bepalen of zij zaken van uiteenlopende vormen van uitsluitingsgedrag moet doorzetten'. Daarmee lijkt toch in zekere mate een tussenweg te worden bewandeld: de Richtsnoeren moeten ondernemingen in staat stellen om beter in te schatten of bepaalde gedragingen waarschijnlijk tot optreden van de Commissie leiden. De Richtsnoeren lezen op punten ook wel als een interpretatieve mededeling, met een uiteenzetting van de benadering van de Commissie en de communautaire rechtspraak ten aanzien van de verschillende vormen van uitsluitingsgedrag. Tegelijkertijd zijn de Richtsnoeren – gezien de status van richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie – inhoudelijk niet bindend voor rechters (nationaal of communautair) of nationale mededingingsautoriteiten.<sup>23</sup>

De vraag kan gesteld worden of de Richtsnoeren met deze opzet niet het onmogelijke nastreven: hoe kan men duidelijkheid en rechtszekerheid verschaffen aan ondernemingen met Richtsnoeren die bewust geen interpretatieve mededeling zijn en de Commissie, de rechter en nationale autoriteiten vrij laten inhoudelijk een andere uitleg te geven? Het primaat voor de hervorming van artikel 82 EG-Verdrag wordt aldus in feite bij de rechter gelegd. Van intellectueel leiderschap van de zijde van de Commissie is geen sprake. Daarmee willen wij niet zeggen dat intellectueel leiderschap gemakkelijk is. De consultatie over het Consultatiedocument heeft al aangetoond dat er altijd zeer kritische reacties zullen zijn. Dat hoort evenwel bij leiderschap en verbetering.

De Richtsnoeren zijn opgedeeld in vier hoofdstukken. De inleiding, het doel van de Richtsnoeren, het begrip machtspositie en de algemene benadering ten aanzien van uitsluitingsgedrag komen in de eerste drie hoofdstukken aan de orde. Vervolgens behandelt hoofdstuk vier de specifieke vormen van misbruik aan de hand van een algemene categorisering van uitsluitingsgedragingen.

In tegenstelling tot het Consultatiedocument gaan de Richtsnoeren niet in op de afbakening van de relevante markt. De afbakening van de relevante markt wordt als startpunt genomen om te beoordelen of een onderneming een machtspositie heeft. In het Consultatiedocument stelde de Commissie dat het afbakenen van de markt met de traditionele SNNIP-test, die in fusiezaken gebruikt wordt om de relevante markt af te bakenen, voor complicaties kan zorgen.<sup>24</sup> De richtlijn die het Consultatiedocument gaf ten aanzien van het afbakenen van de markt is – zonder redengeving – niet opgenomen in de Richtsnoeren.

### Algemeen beoordelingskader

Bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag moet eerst worden vastgesteld of een onderneming een machtspositie heeft. In de communautaire rechtspraak is een machtspositie omschreven als een economische machtspositie die een onderneming in staat stelt de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en die het haar mogelijk maakt zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen jegens haar concurrenten, afnemers en gebruikers.<sup>25</sup>

Net als het Consultatiedocument stellen de Richtsnoeren dat een machtspositie 'weinig waarschijnlijk' zal zijn bij een marktaandeel van minder dan 40 procent,<sup>26</sup> maar de Richtsnoeren sluiten niet uit dat de Commissie in bijzondere gevallen ook artikel 82 EG-Verdrag zal toepassen bij een lager marktaandeel. De verwijzing naar de 25 procent marktaandeedrempel, die is afgeleid van de Concentratieverordening en waaronder een machtspositie niet waarschijnlijk lijkt, is niet meer opgenomen in de Richtsnoeren.

Het marktaandeel is slechts een van de factoren aan de hand waarvan de Commissie zal beoordelen of sprake is van een machtspositie. Andere elementen die de Commissie zal beoordelen, zijn het bestaan van potentiële toetreders op de markt (of de kans op uitbreiding door bestaande concurrenten) en het bestaan van compenserende afnemersmacht.<sup>27</sup>

21. Zie HvJ EG zaak C-324/98, *Telaustria and Telefonadress*, Jur. 2000, p. I-10745. Het Hof sluit hierin aan bij de definitie van concessieovereenkomst uit een communicatie van de Commissie. Zie ook B.M.P. Smulders, 'Institutional aspects of European Commission Guidance in the area of antitrust law', *Competition Policy International* Spring 2009, volume 5, no. 1, p. 25-34.
22. Zie HvJ EG zaak C-397/03 P, *Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie*, Jur. 2006, p. I-4429, r.o. 91.
23. Dit is mogelijk ingegeven door de kritiek van nationale mededingingsautoriteiten op het consultatiedocument en de *effects based approach*. Press release, 3 december 2008, 'Antitrust: Guidance on Commission's enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms – frequently asked questions', MEMO/08/761, Q&A 9. B.M.P. Smulders, 'Institutional aspects of European Commission Guidance in the area of antitrust law', *Competition Policy International* Spring 2009, volume 5, no. 1, p. 25-34.

24. Small but Significant Non-transitory Increase in Price. Zie paragrafen 11-19 van het Consultatiedocument.
25. HvJ EG zaak 27/76, *United Brands Company en United Brands Conventiaal/Commissie*, Jur. 1978, p. 207, r.o. 65 en HvJ EG zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co/Commissie*, Jur. 1979, p. 461, r.o. 38.
26. Zoals aangegeven hanteert de FTC/DOJ in de VS een marktaandeedrempel van 66 procent. Lowe stelt dat het hanteren van deze hogere drempel te weinig mogelijkheden geeft om op te treden tegen misbruik, hetgeen net zo schadelijk is voor de consument als overmatig ingrijpen (*over-enforcement*). Zie P. Lowe, 'The European Commission formulates its enforcement priorities as regards exclusionary conduct by dominant undertakings', *Global Competition Policy* February 2009.
27. Paragrafen 9 – 15 van de Richtsnoeren.

Vervolgens zetten de Richtsnoeren een aantal factoren op een rij die de Commissie meeneemt in de beoordeling of zij handhavend zal optreden op basis van artikel 82 EG-Verdrag (en waarnaar de Commissie geregeld verwijst bij de behandeling van de specifieke vormen van misbruik). Deze factoren kunnen als volgt worden samengevat:<sup>28</sup>

- de omvang van de machtspositie (hoe sterker de machtspositie, des te groter het risico op concurrentievervalsing);
- de voorwaarden voor toetreding en expansie op de markt (waaronder begrepen het bestaan van schaal- en/of toepassingsvoordelen en netwerkeffecten);
- de posities van concurrenten van de onderneming met een machtspositie;
- de positie van de afnemers of de aanbieders van input en eventuele selectiviteit van de gedraging van de onderneming met een machtspositie;
- de omvang van de beweerdelijk onrechtmatige gedragingen, waarbij over het algemeen geldt dat hoe hoger het percentage op de betrokken markt dat te lijden heeft van de gedraging, en hoe vaker die gedraging wordt toegepast, des te sterker het te verwachten afschermingseffect is;
- bewijs voor daadwerkelijke afscherming, waaronder het feit dat de gedragingen over een voldoende lange periode plaatsvinden;
- het bestaan van rechtstreeks bewijs voor uitsluitingsstrategieën, waaronder interne documenten die rechtstreekse bewijzen bevatten voor een strategie om concurrenten uit te sluiten.

Naast deze algemeen geformuleerde criteria zal de Commissie haar beoordeling uitvoeren aan de hand van een aantal specifieke criteria die afhankelijk zijn van het soort uitsluitingsgedrag. Daarbij maken de Richtsnoeren een onderscheid tussen (a) exclusief-verkeersregelingen, (b) koppelverkoop en bundeling, (c) rooftprijzen en (d) weigering tot levering en marginsqueeze.

Voordat ingegaan wordt op deze specifieke vormen van misbruik, behandelen de Richtsnoeren de voorwaarden waaronder uitsluitingsgedrag van een dominante onderneming gerechtvaardigd kan worden. De onderneming zal in dat geval de Commissie ervan moeten overtuigen dat de gedraging objectief noodzakelijk is of dat deze aanzienlijke efficiëntieverbeteringen oplevert.<sup>29</sup> De efficiëntiewinsten worden echter uitsluitend aanvaard als rechtvaardiging indien is voldaan aan vier cumulatieve voorwaarden die zijn geïnspireerd door de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag. Aldus creëert de Commissie in feite toch een ‘artikel 82 lid 3 EG-Verdrag’-toets voor efficiëntieverbeteringen. De systematiek is aldus vergelijkbaar met die van artikel 81 EG-Verdrag, waarbij de Commissie eerst moet vaststellen dat er een overtreding is van het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag en het aan partijen is om vervolgens een efficiencyverweer te voeren op grond van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag.<sup>30</sup> Een

vergelijkbaar efficiencyverweer heeft de Commissie ingevoerd in de context van het concentratietoezicht.<sup>31</sup>

Vanuit economisch perspectief is het een goede zaak rekening te houden met efficiëntieverbeteringen. Er is evenwel een kanttekening te plaatsen bij de juridische systematiek en inkleding. In feite creëert de Commissie een presumptie van onwettigheid. De vraag kan gesteld worden of de systematiek niet in strijd is met de tekst en opzet van artikel 82 EG-Verdrag en Verordening (EG) nr. 1/2003. De ervaring met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag leert bovendien dat deze in de praktijk – om meerdere redenen, maar met name vanwege de complexiteit en het gebrek aan de nodige gegevens – veelal niet of uiterst moeilijk zijn toe te passen. Het resultaat is dat het lastig is om trefzeker een beroep te doen op artikel 81 lid 3 EG-Verdrag nadat is vastgesteld dat een gedraging onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag valt. Het Consultatiedocument bevatte eveneens deze ‘82 lid 3’-benadering. Indien een gedraging als misbruik van machtspositie gekwalificeerd kon worden, ging de bewijslast over naar de onderneming die vervolgens aan de hand van een efficiëntieverweer moest aantonen dat de gedraging gerechtvaardigd was. In haar Richtsnoeren kiest de Commissie voor een andere benadering. De efficiëntieoverwegingen worden integraal meegenomen bij de beoordeling of een gedraging als misbruik kan worden gekwalificeerd, maar kunnen slechts worden meegenomen indien aan de genoemde ‘82 lid 3’-voorwaarden is voldaan.<sup>32</sup>

Verder valt op dat het hoofdstuk over rechtvaardigingsgronden aanzienlijk is afgeslankt in vergelijking met het Consultatiedocument. De Commissie ging in haar Consultatiedocument in op drie rechtvaardigingsgronden onder artikel 82 EG-Verdrag: het efficiencyverweer, *meeting the competition* en objectief noodzakelijkheidverweer. De Richtsnoeren maken dit onderscheid niet langer en gaan slecht in op de (zeer strikte) criteria aan de hand waarvan ondernemingen kunnen bewijzen dat een gedraging objectief noodzakelijk is of dat deze een aanzienlijke efficiëntieverbetering oplevert.<sup>33</sup> De *meeting the competition defence*, op basis waarvan het hanteren van verschillende prijzen of zelfs in uitzonderingsgevallen prijzen beneden gemiddelde totale kosten gerechtvaardigd kan worden indien dit noodzakelijk is om effectief te kunnen concurreren op de markt, is niet langer opgenomen in de Richtsnoeren. Het Consultatiedocument bevatte op dit punt zeer strikte – en toegegeven op veel punten onduidelijke – criteria. Het is te betreuren dat dit onderwerp niet (in een verduidelijkte vorm) terugkomt in de Richtsnoeren. Uit-

28. Paragraaf 20 van de Richtsnoeren.

29. Paragraaf 28 van de Richtsnoeren.

30. Zie Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het EG-Verdrag, Pb. EG 2004 C 101/97.

31. Zie Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen Pb. EG 2004 C 031/5.

32. Zie de kritiek die de Duitse Bundeskartellamt uitte ten aanzien van het efficiencyverweer en de ‘82 lid 3 EG’-benadering in het Consultatiedocument. Zie Bundeskartellamt, *Our activities in 2005 and 2006*, July 2007, p. 14-15.

33. Voor kritiek ten aanzien van de strikte (en op een aantal punten vage) voorwaarden die gelden voor een efficiencyverweer, zie Federico Etro, *Opening speech to the international conference on the recent developments on antitrust policy and the enforcement of Art. 82, Rome, 6 maart 2009*, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

eindelijk hebben ondernemingen met een machtspositie hiermee weinig houvast over de vrijheid die zij hebben om op prijs te concurreren, wat uiteindelijk ten koste gaat van de consument en de concurrentie.<sup>34</sup>

### Exclusief-verkeersregelingen

Onder exclusieve-verkeersregelingen vallen zowel exclusieve-afnameregelingen als voorwaardelijke kortingen. Beide gedragingen kunnen ertoe leiden dat een onderneming met een machtspositie de markt voor haar concurrenten afschermt door afnemers te beletten om producten van concurrenten af te nemen.<sup>35</sup>

Daar waar exclusieve-afnameregelingen in het verleden als zodanig in strijd met artikel 82 EG-Verdrag werden beschouwd,<sup>36</sup> volgen de Richtsnoeren de *rule of reason*-benadering zoals die in de meer recente rechtspraak is aangenomen en zoals die ook wordt aangehouden onder artikel 81 EG-Verdrag.<sup>37</sup>

Net als in het Consultatiedocument stelt de Commissie in haar Richtsnoeren dat exclusieve-afnameverplichtingen de concurrentie waarschijnlijk niet zullen belemmeren indien concurrenten op voet van gelijkheid om de volledige vraag van elke individuele afnemer kunnen concurreren. Hiermee nuanceren de Richtsnoeren de strikte benadering die de Commissie volgt in haar bekendmaking betreffende verticale beperkingen. Daarin staat dat indien een onderneming op de *downstream*-markt een machtspositie inneemt, 'elke verplichting om de producten uitsluitend of hoofdzakelijk aan de dominante afnemer te leveren, gemakkelijk belangrijke concurrentiebeperkende effecten kan hebben'.<sup>38</sup>

De Richtsnoeren stellen voorts dat de duur van de exclusieve-afnameverplichting van invloed zal zijn op de concurrentieverstorende effecten; hoe langer de duur, des te groter het risico op afschermingseffecten. De Richtsnoeren laten in het midden welke duur toegestaan is en bieden dus geen *safe harbour* aan ondernemingen.<sup>39</sup>

Afnamekortingen, die afnemers belonen voor een specifiek afnamegedrag, worden ook behandeld als 'exclusieve-verkeersregeling' aangezien deze hetzelfde effect kunnen

hebben als exclusieve-afnameverplichtingen. Een voorwaardelijke korting kan een ondernemer met een machtspositie in staat stellen om het zogenaamde 'niet betwistbare' deel van de vraag<sup>40</sup> te gebruiken als hefboom om de prijs te doen dalen van het 'betwistbare' gedeelte van de vraag. Een verschil met het Consultatiedocument is dat de Commissie in haar Richtsnoeren niet langer aanneemt dat het hebben van een machtspositie betekent dat een groot deel van de markt 'niet betwistbaar' is, maar dat dit aan de hand van de context van de specifieke markt moet worden nagegaan.<sup>41</sup> Voor de beoordeling of sprake is van afscherming van markten kijkt de Commissie naar de opbouw van de korting, waarbij retroactieve kortingen – die niet worden toegekend bij de afname van een extra product maar worden berekend over de totale afname – eerder een afschermende werking hebben dan zogenaamde stapfelkortingen. Wanneer de prijs van het laatst bestelde product onder de *average avoidable cost* (AAC)<sup>42</sup> ligt, zal dit volgens de Richtsnoeren even efficiënte concurrenten afschermen en ligt handhavend optreden van de Commissie voor de hand. De Commissie lijkt daarmee de drempel voor handhavend optreden te verhogen ten opzichte van het Consultatiedocument, waarin werd gesteld dat mededingingsbeperkingen voor de hand liggen indien de effectieve prijs onder de gemiddelde totale kosten zou liggen.<sup>43</sup>

Een belangrijke leemte in de Richtsnoeren is het ontbreken van een behandeling van discriminerende kortingen. In de communautaire rechtspraak is vastgesteld dat het hanteren van discriminerende handelsvoorwaarden in de richting van afnemers in strijd kan zijn met het verbod van artikel 82 EG-Verdrag.<sup>44</sup> Zo bevestigde het Europese Hof van Justitie in het recente arrest *British Airways* dat de discriminerende kortingen die British Airways hanteerde ten aanzien van reisagenten in strijd waren met artikel 82 EG-Verdrag<sup>45</sup>. Voor ondernemingen blijft vooralsnog onzeker hoe de Commissie zal omgaan met kortingen die op zichzelf geen uitsluitingseffect hebben, maar die wel discriminerend worden toegepast. De Commissie had er goed aan gedaan om te verduidelijken dat voorwaardelijke kortingen die geen uitsluitingseffect hebben, niet in strijd worden geacht met artikel 82 EG-Verdrag indien de kortingen op discriminatoire wijze worden toegepast.

34. K.W. Lange en R.A.T. Pries, 'Die Neuorientierung der europäischen Missbrauchsaufsicht in dem Bereich von Kampfpreisstrategien (predatory pricing)', *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2009/3, p. 61 en 63.

35. Daarnaast omvat het begrip 'exclusieve-verkeersregeling' exclusieve-leveringsverplichtingen op basis waarvan een onderneming met een machtspositie probeert concurrenten af te schermen van aanbieders van producten/grondstoffen (zogenoemde *input foreclosure*).

36. HvJ EG zaak 85/76, *Hoffman-La Roche/Commissie*, Jur. 1979, p. 461.

37. GvEA zaak T-65/98, *Van den Bergh Foods/Commissie*, Jur. 2003, p. II-4653.

38. Bekendmaking van de Commissie - Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (Voor de EER relevante tekst), Pb. EG 2000 C 291/1, par. 204.

39. De Department of Justice heeft in haar (inmiddels ingetrokken) rapport over Section 2 van de Sherman Act een *safe harbour* geformuleerd die geen verband houdt met de duur van de exclusiviteitsregeling, maar de nadruk legt op de omvang van de markt die gedekt wordt door deze regeling. Daarbij was het uitgangspunt dat exclusiviteitsregelingen die minder dan 30 procent van de *downstream markt* dekken in beginsel buiten de toepassingsfeer van Section 2 van de Sherman Act vallen. Zie 'Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act', U.S. Department of Justice, September 2008. Op 11 mei 2009 heeft de DoJ dit rapport ingetrokken, onder meer omdat de handhavingmogelijkheden voor de DoJ sterk werden afgezwakt door het rapport, hetgeen niet in het belang van de consument wordt geacht.

40. Het niet betwistbare deel van de vraag is het gedeelte van de vraag dat de afnemer in ieder geval bij de dominante onderneming afneemt.

41. Vergelijk paragrafen 39 en 42 van de Richtsnoeren met paragrafen 143 en 152 van het Consultatiedocument.

42. *Average avoidable cost* is het gemiddelde van de kosten die hadden kunnen worden vermeden, indien de onderneming niet een beperkte hoeveelheid output (extra) had geproduceerd, in dit geval de hoeveelheid waarop de onrechtmatige gedraging betrekking heeft. In de meeste gevallen zijn de AAC en de gemiddelde variabele kosten (GVK) gelijk, omdat vaak alleen variabele kosten kunnen worden vermeden. Zie Richtsnoeren, voetnoot 18.

43. Zie paragraaf 154 van het Consultatiedocument.

44. HvJ EG zaak 85/76, *Hoffman-La Roche/Commissie*, Jur. 1979, p. 462, r.o. 90.

45. HvJ EG zaak C-95/04, *British Airways plc/Commission*, Jur. 2007, p. I-2331.

## Koppelverkoop en bundeling

De tweede categorie uitsluitingsgedragingen die de Richtsnoeren behandelen, zijn koppelverkoop en bundeling. Koppelverkoop doet zich voor indien een onderneming haar product A los verkoopt, terwijl product B alleen gekoppeld wordt verkocht met product A.<sup>46</sup> Product B is in dit voorbeeld het koppelende product; product A het gekoppelde product. Bij bundeling verkoopt de onderneming producten A en B alleen gezamenlijk aan haar afnemers.

De Richtsnoeren volgen ten aanzien van koppelverkoop en bundeling op hoofdlijnen het Consultatiedocument. Een belangrijke afwijking is evenwel dat de Richtsnoeren aangeven dat er een aparte vraag moet zijn naar product A wil er sprake zijn van koppelverkoop. De Richtsnoeren stellen dat de Commissie maatregelen zal nemen ten aanzien van koppelverkoop en bundeling wanneer (1) een onderneming een machtspositie bezit op de koppelende markt (product B), (2) de koppelende en gekoppelde producten (A en B) afzonderlijke producten zijn en (3) de koppelverkoop concurrentieverstorende afscherming dreigt te hebben.

Ten aanzien van het derde criterium beperken de Richtsnoeren zich – net als in het Consultatiedocument – tot een beschrijving van algemene parameters aan de hand waarvan de Commissie zal beoordelen of er sprake is van concurrentieverstorende afscherming. Zo stellen de Richtsnoeren bijvoorbeeld dat het risico op concurrentieverstorende afscherming groter zal zijn indien de onderneming met een machtspositie van haar koppel- of bundelstrategie een duurzame strategie maakt die alleen tegen een hoge kostprijs kan worden teruggedraaid. Het criterium ‘duurzame strategie’ biedt weinig houvast, ‘hoge kostprijs’ doet dat net zo min. Anderzijds moet worden toegegeven dat de invulling van deze criteria in sterke mate zal afhangen van de specifieke kenmerken van de markt waarop de koppelverkoop of bundeling plaatsvindt. Men kan zich dan ook afvragen of deze criteria wel nader te concretiseren zijn, zonder afbreuk te doen aan de bruikbaarheid ervan op meerdere sectoren.

## Roofprijzen

Onder roofprijzen wordt, aldus de Richtsnoeren, verstaan het hanteren van prijzen waarmee op de korte termijn bewust verlies wordt geleden om op die wijze de markt af te schermen voor concurrenten, met als doel de eigen marktmacht te versterken of te handhaven ten koste van de consument. De Commissie hanteert de AAC als uitgangspunt voor de beoordeling of de onderneming met een machtspositie vermijdbare verliezen lijdt. Bij het hanteren van prijzen onder de AAC worden de kosten niet terugverdiend die hadden kunnen worden vermeden door die producten niet te produceren. De Commissie beschouwt een dergelijke prijs ‘in de meeste gevallen’ als een roofprijs die valt onder het verbod van artikel 82 EG-Verdrag.<sup>47</sup>

De Richtsnoeren introduceren een aantal nieuwe elementen in de beoordeling van roofprijzen door de Commissie. Om te beginnen gaan de Richtsnoeren niet uit van een ‘per se’ verbod ten aanzien van roofprijzen. Het Hof heeft in eerdere rechtspraak roofprijzen onder AAC als onherroepelijk misbruik aangemerkt. Voor het hanteren van prijzen onder de gemiddelde variabele kosten (AAC) zou geen andere economische grondslag bestaan dan het uitschakelen van concurrenten, aldus het Hof.<sup>48</sup> De Richtsnoeren bieden nu expliciet ruimte voor een rechtvaardigingsverweer, ook indien de gehanteerde prijzen onder het niveau van AAC liggen (hoewel het in de praktijk naar verwachting moeilijk zal zijn om een dergelijk verweer met succes te voeren).<sup>49</sup>

Ten tweede leggen de Richtsnoeren meer de nadruk op de effecten van roofprijzen op de toekomstige marktstructuur (en de eventuele negatieve gevolgen voor consumenten).<sup>50</sup> Het gaat niet uitsluitend om de vraag of de prijs die gehanteerd wordt onder kostprijniveau ligt, maar ook om de vraag of de ‘onderneming met een machtspositie redelijkerwijs kan verwachten dat haar marktmacht, wanneer er een einde komt aan het roofprijsgedrag, groter zal zijn dan het geval was geweest wanneer de onderneming dat gedrag niet had aangenomen.’<sup>51</sup> Volgens de Richtsnoeren betekent dit echter niet dat de Commissie alleen optreedt indien het waarschijnlijk is dat de onderneming die de roofprijzen hanteert de prijzen zal kunnen verhogen boven het peil dat op de markt bestond voordat de gedraging plaatsvond. De Commissie verplicht zich dus niet te bewijzen dat de onderneming die roofprijzen hanteert, de mogelijkheid heeft om de door de roofprijzen geleden verliezen te compenseren. Ten aanzien van deze zogenaamde *recoupment*-eis, zoals die wordt gehanteerd in de VS, heeft het Hof recentelijk geoordeeld dat aantonen van een mogelijkheid van goedmaking van de verliezen geen noodzakelijke voorwaarde is voor de constatering van een praktijk van roofprijzen.<sup>52</sup> Tegelijkertijd stelt het Hof dat deze uitlegging niet uitsluit dat de Commissie de mogelijkheid van goedmaking van de verliezen beschouwt als een relevant gegeven voor de beoordeling of de betrokken praktijk misbruik vormt.

In verschillende nationale lidstaten, waaronder Zweden en Frankrijk, geldt uitdrukkelijk een *recoupment*-eis, waarbij de mogelijkheid van het goedmaken van de verliezen moet worden vastgesteld wil sprake zijn van verboden misbruik.<sup>53</sup> Indien een onderneming met een machtspositie prijzen hanteert onder het niveau van AAC – en deze

46. Een bekend voorbeeld is de Microsoft Mediaplayer die samen met Microsoft Windows wordt geleverd. Deze mediaplayer is los verkrijgbaar, terwijl Windows (voorheen) alleen met de mediaplayer werd geleverd.

47. Paragraaf 64 van de Richtsnoeren.

48. HvJ EG zaak 333/94, *Tetra Pak/Commissie*, Jur. 1996, p. I-5951.

49. K.W. Lange en R.A.T. Pries, ‘Die Neuorientierung der europäischen Missbrauchsaufsicht in dem Bereich von Kampfpreisstrategien (predatory pricing)’, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2009/3, p. 61.

50. Paragrafen 70 en 71 van de Richtsnoeren.

51. Paragraaf 70 van de Richtsnoeren.

52. HvJ EG zaak C-202/07P, *France Télécom SA/Commissie (Wanadoo)*, n.n.g., overweging 113. Een uitvoerige uiteenzetting over dit leerstuk is te vinden in de conclusie van advocaat-generaal Mazák van 25 september 2008.

53. T. Janssens, ‘The Commission Guidance on Predation: A cautious step in the right direction?’, *Global Competition Policy*, February 2009.

gedraging heeft grensoverschrijdende effecten – kan zich derhalve de situatie voordoen dat de Commissie in lijn met de Richtsnoeren overgaat tot handhaving (of de nationale autoriteit vraagt te handhaven), terwijl de gedraging onder de nationale mededingingswetgeving zou zijn toegestaan.<sup>54</sup>

De Richtsnoeren bevestigen dat terugverdienmogelijkheden een relevant criterium vormen bij de beoordeling van rooftprijzen, maar houden tegelijkertijd de mogelijkheid open voor optreden van de Commissie in gevallen waarin dit niet wordt aangetoond. Op dit punt bestaat een zekere spanning met de doelstelling van de Richtsnoeren (gebruikers laten profiteren van daadwerkelijke mededinging).<sup>55</sup> Een onderneming kan heel goed een prijs hantieren onder AAC met een andere doelstelling dan het op termijn hanteren van excessieve prijzen. Deze onderneming zal op basis van de Richtsnoeren niet geneigd zijn een dergelijk prijsbeleid te voeren, terwijl de consument gebaat is bij een lage prijs (mits deze niet wordt opgevolgd door een excessieve prijs). De door het Hof en de Commissie gekozen benadering is dan ook niet onomstreden.

### Weigering tot levering en *marginsqueeze*

De Richtsnoeren benadrukken dat een onderneming het recht moet hebben haar handelspartner te kiezen en vrij over haar eigendom te beschikken. De Commissie stelt dat haar optreden tegen een dominante onderneming die weigert te leveren zorgvuldig moet worden onderzocht ingeval de dominante onderneming hierdoor effectief een leveringsverplichting krijgt opgelegd. Een dergelijke verplichting kan immers de prikkels voor een onderneming om te investeren en innoveren aantasten.

Vervolgens geven de Richtsnoeren, onder verwijzing naar de communautaire rechtspraak op het gebied van leveringsweigering, een willekeurig ogende opsomming van gedragingen die als verboden leveringsweigering gekwalificeerd kunnen worden. Anders dan in haar Consultatiedocument, maakt de Commissie daarbij geen onderscheid tussen verschillende vormen van leveringsweigering.<sup>56</sup>

Gesterkt door het *Microsoft*-arrest kiest de Commissie nu voor een andere benadering.<sup>57</sup> Voor alle gedragingen gelden dezelfde voorwaarden, namelijk: (1) de weigering betreft een product/dienst dat/die onmisbaar is om op de stroomafwaartse markt te concurreren, (2) de weigering resulteert waarschijnlijk in de uitschakeling van de mededinging op de stroomafwaartse markt en (3) de weigering leidt waarschijnlijk tot schade voor de gebruiker. Dit laatste algemene criterium lijkt een verruiming ten op-

zichte van *IMS Health*<sup>58</sup> en *Microsoft*,<sup>59</sup> waarin respectievelijk moest worden aangetoond dat de leveringsweigering de introductie van een nieuw product dan wel de verdere ontwikkeling van een product belemmerde. Dit is thans omgevormd tot een algemene eis van *consumer harm*. Hoewel het document 'slechts' handhavingsprioriteiten weergeeft, is het verwateren van de test een zorgelijke ontwikkeling voor ondernemingen met een dominante positie.<sup>60</sup>

Overigens is nog steeds sprake van een onderscheid tussen staking van levering aan bestaande relaties en die aan nieuwe relaties.<sup>61</sup> Ook dit lijkt niet in overeenstemming met het consistent hanteren van een *effects-based*-benadering.

## Welke leidraad voor ondernemingen?

Ten opzichte van het Consultatiedocument is de kern van de beleidsaanpassing in grote lijnen overeind gebleven. De Richtsnoeren nemen niet langer de *form-based approach* als vertrekpunt voor de uitleg en handhaving van artikel 82 EG-Verdrag.<sup>62</sup> De nadruk is verlegd naar het effect van gedragingen op de betrokken markt (*effects-based approach*). In dit verband volgen de Richtsnoeren de lijn van het Consultatiedocument door te stellen dat (1) het doel van de handhaving van artikel 82 EG-Verdrag niet is het beschermen van concurrenten, maar het concurrentieproces, (2) de Commissie in de regel niet zal optreden tegen prijszettingsbeleid van een dominante onderneming indien een 'even efficiënte concurrent' kan (of had kunnen) concurreren met dit beleid en (3) de mate van marktmacht van invloed is op de analyse naar het effect van de gedraging. De Richtsnoeren gaan op een aantal punten een stap verder in de richting van de *effects-based approach* dan in het Consultatiedocument (onder andere ten aanzien van kortingen), wat suggereert dat de Commissie rekening heeft gehouden met opmerkingen die in de consultatie zijn ingediend.<sup>63</sup> Met deze *effects-based*-benadering verbindt de Commissie zich voortaan tot het uitvoeren van een analyse naar de effecten van een gedraging, zonder dat de communautaire rechtspraak een dergelijke verplichting voorschrijft.

Ondanks deze wijzigingen scheppen de Richtsnoeren op een aantal belangrijke onderwerpen niet de gewenste dui-

54. Door discrepantie tussen nationaal en Europees recht en de onzekerheid die daaruit voortvloeit zal een onderneming geneigd zijn het risico op handhavend optreden te beperken door zijn prijsbeleid naar boven toe aan te passen.

55. Paragraaf 5 van de Richtsnoeren.

56. In het Consultatiedocument (p. 62 t/m 68) hanteerde de Commissie een onderscheid tussen (1) het beëindigen van bestaande leveringen, (2) het weigeren om nieuwe leveringen uit te voeren en (3) de weigering om informatie uit te wisselen *needed for interoperability*.

57. GvEA zaak T-201/04, *Microsoft / Commissie*, Jur. 2007, p. II-3601.

58. HvJ EG zaak C-418/01, *IMS Health GmbH*, Jur. 2004, p. I-5039.

59. GvEA zaak T-201/04, *Microsoft / Commissie*, Jur. 2007, p. II-3601.

60. James Killick en Assimakis Komninos, 'Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis', *Global Competition Review* februari 2009, release one.

61. Richtsnoeren paragraaf 84.

62. Voor een analyse van de economische overwegingen in de Richtsnoeren, zie D. Ridyard, 'The European Commission's Article 82 Guidelines: Some reflections on the economic issues', *European Competition Law Review* 2009/5. Zie verder M. Visser, 'Tussen vorm en effect', *Actualiteiten Mededingingsrecht*, mei 2009.

63. Hoewel de Commissie, in tegenstelling tot de DOJ, geen uitspraken doet over de invloed van de consultatie op haar uiteindelijke beleidsdocument.



delijkheid, waardoor voor ondernemingen onzekerheid blijft voortbestaan of bepaalde gedragingen onder het verbod van artikel 82 EG-Verdrag vallen. Daarbij komt dat het bewijsmateriaal – zowel kwalitatief als kwantitatief<sup>64</sup> – dat volgens de Richtsnoeren gebruikt moet worden om te beoordelen of een gedraging een verboden misbruik vormt, in veel gevallen niet (of moeilijk) beschikbaar is voor de onderneming. Dit geldt bijvoorbeeld voor voorwaardelijke kortingen, waarbij het lastig zal zijn om het ‘betwistbare aandeel’ en het ‘relevante gedeelte’<sup>65</sup> vast te stellen, die van belang zijn voor de berekening van de AAC en de LRAIC. Aangezien een foutieve beoordeling de onderneming duur kan komen te staan – de Commissie legt in de praktijk significante boetes op in misbruik van machtspositiezaken<sup>66</sup> – zal een onderneming in veel gevallen kiezen voor een conservatief (prijs)beleid. Een dergelijk effect is niet te rijmen met de doelstelling van de Richtsnoeren en het streven naar gezonde concurrentie ten gunste van het consumentenwelzijn.

Indien men thans de vraag stelt wat in een notendop de leidraad zou kunnen zijn voor dominante ondernemingen, zal men komen tot de volgende aanwijzing: voor prijsgedrag zullen dominante ondernemingen zich ervan moeten verzekeren dat hun prijzen boven AAC liggen. Voor niet-prijsbedrag (bundeling, leveringsweigering, exclusiviteit) is het met name van belang een plausibele efficiency-verklaring te hebben. Men zal in staat moeten zijn uit te leggen welke problemen de onderneming zou ondervinden indien zij zich niet zou begeven in de betreffende gedraging (waarbij acht moet worden geslagen op de relevante *counter factual*). Het is ook van belang telkens de vraag te stellen of het voorgenomen gedrag niet hoofdzakelijk is ingegeven door het effect dat dit gedrag aannemelijkerwijs zal hebben op de mogelijkheid van concurrenten om te concurreren. Is het voorgenomen gedrag ook logisch indien men zou abstraheren van het effect op concurrenten en toekomstige concurrentie? Voorts zullen ondernemingen zich voorzichtigheidshalve nog steeds meer laten leiden door de rechtspraak dan door de Richtsnoeren.

## Conclusie

De Commissie heeft met de Richtsnoeren een aantal ambities aanzienlijk teruggeschroefd in vergelijking met de hervormingen die de Commissie had uiteengezet in haar Consultatiedocument. De Commissie heeft daarmee de kans voorbij laten gaan intellectueel leiderschap te tonen. Zij laat de (mogelijke) hervorming van artikel 82 EG-

Verdrag aldus over aan de rechter, nationale mededingingsautoriteiten en justitiabelen.<sup>67</sup>

De reis van de consultatie was aldus bijzonder boeiend, het eindpunt tamelijk ontluisterend. ■

64. Paragraaf 19 van de Richtsnoeren.

65. Het ‘relevante gedeelte’ is de prijs die een concurrent zou moeten bieden om de afnemer te compenseren voor het verlies van de voorwaardelijke korting, indien deze een deel van de vraag zou verschuiven, weg van de onderneming met een machtspositie. Zie paragraaf 41 van de Richtsnoeren.

66. Chipfabrikant Intel werd op 13 mei 2009 een boete opgelegd van € 1,06 miljard, o.a. voor het hanteren van voorwaardelijke kortingen aan afnemers. Zie de toespraak van Commissaris Kroes, Brussel 13 mei 2009, *Commission takes antitrust action against Intel*.

67. Zie conclusie A-G Kokott in *British Airways*. Hierin betoogt de A-G dat het consultatiedocument niet met terugwerkende kracht kan worden toegepast door de Commissie en dat een heroriëntatie van artikel 82 EG-Verdrag alleen van invloed kan zijn op de toekomstige toepassing van artikel 82 EG-Verdrag door de Commissie. Conclusie van A-G Kokott van 23 februari 2006 in HvJ EG zaak C-95/04, *British Airways/Commission*, paragraaf 28.