

Mededinging

De beoordeling van kortingen en exclusiviteitsovereenkomsten bij dominante ondernemingen: (nog) geen fundamentele koerswijziging

Mr. B.J.H. Braeken*

In een bestek van enkele maanden hebben verschillende Europese rechterlijke instanties een aantal belangrijke arresten gewezen over kortingsregelingen en exclusiviteitsovereenkomsten die worden gehanteerd door een onderneming met een machtspositie. Naast een arrest van het Hof van Justitie in een 'gewone' administratieve hoger beroepsprocedure tegen een besluit van de Commissie (*Tomra*¹), betreft dit een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA-Hof) (*Posten Norge*²) en een arrest van het Hof van Justitie in een prejudiciële procedure (*Post Danmark*³). Dit artikel zal allereerst een samenvatting geven van de verschillende arresten. Vervolgens zullen de arresten kort worden becommentarieerd.

HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10 P, Prokent/Tomra, n.n.g. EVA-Hof 18 april 2012, zaak E-15/10, Posten Norge/Toezichthoudende Autoriteit EVA HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, Post Danmark, n.n.g.

Tomra

Beschikking van de Commissie

Het arrest van het Hof van Justitie in *Tomra* vindt zijn oorsprong in de beschikking van de Commissie van 29 maart 2006.⁴ In deze beschikking legt de Commissie een boete van 24 miljoen euro op aan verschillende juri-

dische entiteiten binnen de Tomra-groep⁵ wegens het handelen in strijd met artikel 82 EG-Verdrag (thans: art. 102 VWEU) en artikel 54 EER-Overeenkomst. In het dictum van haar beschikking oordeelt de Commissie dat Tomra een inbreuk op artikel 82 EG-Verdrag en artikel 54 EER-Overeenkomst heeft gemaakt door het ten uitvoer leggen van een 'afschermende strategie (...) die exclusiviteitsovereenkomsten, geïndividualiseerde volumeverbintenissen en geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht omvatte, en daardoor de mededinging op de markten te belemmeren'. Tomra houdt zich onder meer bezig met de levering van apparaten voor het inzamelen van gebruikte drankverpakkingen en het berekenen van het te retourneren stategiegeld (zogenoemde emballageapparaten). Prokent levert eveneens emballageautomaten en concurreert als zodanig met Tomra. Prokent was met name actief in Duitsland maar wilde ook andere nationale markten betreden. Zij werd in die ambitie echter belemmerd door Tomra. Op 26 maart 2001 verzoekt Prokent de Commissie te onderzoeken of Tomra misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door Prokent te beletten de markt te betreden.

In haar beschikking stelt de Commissie allereerst vast dat Tomra beschikt over een machtspositie in de zin van artikel 82 EG-Verdrag en artikel 54 EER-Overeenkomst. De Commissie voert daartoe aan dat Tomra, sinds zij startte met de levering van emballageautomaten, altijd marktleider is geweest. Voorafgaand aan 1997 waren de marktaandelen van Tomra steeds groter dan 70%. Daarna overschreden zij zelfs de 95%. Tomra's marktaandelen waren bovendien steeds een veelvoud van die van haar meest nabije concurrent.

* Mr. B.J.H. Braeken is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10 P, *Prokent/Tomra*, n.n.g.
2. EVA-Hof 18 april 2012, E-15/10, *Posten Norge/Toezichthoudende Autoriteit EVA*.
3. HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, *Post Danmark*, n.n.g.
4. Commissie 29 maart 2006, COMP/E-1/38.113, *Prokent/Tomra*.

5. De beschikking was geadresseerd aan Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems BV, Tomra Systems GmbH, Tomra Butikk-systemer AS, Tomra Systems AB en Tomra Leergutssysteme GmbH.

Ten aanzien van de gedragingen van Tomra komt de Commissie tot de conclusie dat de strategie van Tomra erop was gericht haar machtspositie en marktaandeel te behouden. Bovendien kwamen de overeenkomsten die Tomra sloot met haar afnemers waarin zij als ‘voorkeursleverancier’ werd aangewezen, er in de praktijk op neer dat Tomra fungeerde als *exclusief* leverancier. Een ander onderdeel van de uitsluitingsstrategie van Tomra waren de overeenkomsten waarin geïndividualiseerde doelstellingen (*quantity targets*) en retroactieve kortingsregelingen waren vastgelegd. Laatstgenoemde overeenkomsten of voorwaarden hadden volgens de Commissie doorgaans betrekking op hoeveelheden die overeenstemden met de volledige of vrijwel volledige behoefte aan automaten van de afnemers in een bepaalde referentieperiode.

De Commissie concludeert dat de gedragingen van Tomra duidelijk mededingingsbeperkende gevolgen kunnen hebben. Op basis van vaste jurisprudentie van het Gerecht en het Hof van Justitie is daarmee reeds het misbruik gegeven. Toch onderzoekt de Commissie ook nog de impact van de gedragingen van Tomra op de relevante markt. In dat kader wijst de Commissie erop dat de met Tomra overeengekomen exclusiviteitsverplichtingen werden toegepast op een niet-onaanzienlijk deel van de markt. Daardoor waren de marktafsluitende effecten ook daadwerkelijk aanwezig. Wat betreft de kortingen die Tomra berekende voor het behalen van een geïndividualiseerde doelstelling stelde de Commissie vast dat de doelstellingen overeenkwamen met de (nagenoeg) volledige behoefte van de afnemers. In sommige gevallen waren de doelstellingen zelfs op een hoger niveau vastgesteld dan de betreffende afnemer nodig zou hebben. Tot slot wees de Commissie erop dat de retroactieve kortingen die Tomra hanteerde ertoe leidden dat afnemers een sterke prikkel hadden al hun behoeften bij Tomra af te nemen.

Volgens de Commissie *kunnen* de gedragingen van Tomra dus niet uitsluitend mededingingsbeperkende gevolgen hebben, maar hebben deze gevolgen zich daadwerkelijk voorgedaan. De Commissie concludeert dan ook dat Tomra van 1998 tot 2002 misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie en legt haar daarvoor een boete op van 24 miljoen euro.

Beroepsprocedures bij het Gerecht en Hof van Justitie

Tomra stelt tegen de beschikking van de Commissie achtereenvolgens beroep in bij het Gerecht⁶ en bij het Hof van Justitie.⁷ In beide instanties wordt het beroep van Tomra volledig afgewezen. Onder verwijzing naar vaste jurisprudentie herhaalt het Gerecht in zijn arrest allereerst een aantal bekende dogma's over bepaalde (misbruikelijke) kortingsregelingen.

Interessant zijn met name de overwegingen van het Gerecht naar aanleiding van het middel van Tomra waarin zij stelt dat de Commissie om aan te tonen dat

concurrenten uit de markt werden gedrongen ‘de minimale omvang om op de betrokken markt te kunnen overleven had moeten bepalen en vervolgens had moeten nagaan of het niet voor mededinging vatbare gedeelte van de markt (...) groot genoeg was om tot uitdringing van de concurrenten te kunnen leiden.’⁸ Het Gerecht wees dit argument af en overwoog daartoe dat ‘de klanten op het gebonden gedeelte van de markt (...) [moeten] kunnen profiteren van de hoogst mogelijke mededinging op de markt. (...) Concurrenten moeten bovendien mededinging kunnen voeren op de gehele markt en niet slechts op een deel daarvan.’⁹ Het Gerecht voegt daaraan nog toe dat zelfs indien het binden van ‘een gering percentage’ van de vraag van belang is dan nog geldt dat 40% – het gebonden percentage in de onderhavige situatie – ‘verre van gering is’.¹⁰ Het Gerecht verwerpt vervolgens Tomra's argument dat op het overige gedeelte van de markt nog kon worden geconcurrerd.

Daarna overweegt het Gerecht dat een kortingsregeling ook kan kwalificeren als een vorm van misbruik indien de onderneming met een machtspositie geen verlies maakt. Het is dus volgens het Gerecht niet noodzakelijk om vast te stellen dat de gemiddelde effectieve prijs die een efficiënte concurrent moet bieden om een prijs van de dominante speler te evenaren boven of onder de kostprijs ligt. Dus zelfs indien ‘de gemiddelde prijs die een onderneming met een machtspositie voor haar apparaten krijgt, toch nog ruim boven de kostprijs lig[t] en een hoge gemiddelde winstmarge oplever[t]’, dan nog kan een kortingsregeling kwalificeren als een vorm van misbruik. De reden hiervoor is dat voor de klant de kortingsregeling met terugwerkende kracht ‘tot gevolg [heeft] dat de prijs voor de laatste apparaten in feite zeer laag is ten gevolge van het zuigefect.’¹¹ Anders dan Tomra aanvoert, kunnen haar concurrenten deze lagere prijzen bovendien niet compenseren door aan dezelfde klant bijkomende apparaten te verkopen. De restvraag van de klant is namelijk ‘in het beste geval gering, zodat de gemiddelde prijs die de concurrent voor zijn product krijgt, structureel weinig aantrekkelijk blijft.’¹²

In (hoger) beroep onderschrijft het Hof van Justitie de conclusies van het Gerecht volledig. Met betrekking tot de gemiddelde prijs overweegt het Hof van Justitie dat een gemiddelde prijs die onder kostprijs ligt een indicatie is voor misbruik maar dat het bewijs daarvan geen noodzakelijke voorwaarde is om te kunnen vaststellen dat dergelijke kortingsregelingen misbruik opleveren.¹³ Bovendien behoefde de Commissie geen vergelijkend onderzoek naar de kosten en de prijzen te doen, zoals de Commissie zichzelf heeft voorgeschreven in de in 2009 gepubliceerde richtsnoeren inzake handhavingsprioritei-

6. GvEA 9 september 2010, zaak T-155/06, *Prokent/Tomra*.

7. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10 P, *Prokent/Tomra*, n.n.g.

8. GvEA, *Prokent/Tomra*, punt 238.

9. GvEA, *Prokent/Tomra*, punt 241.

10. GvEA, *Prokent/Tomra*, punt 243.

11. GvEA, *Prokent/Tomra*, punt 267.

12. GvEA, *Prokent/Tomra*, punt 270.

13. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10 P, *Prokent/Tomra*, n.n.g., punt 77.

ten.¹⁴ De reden daarvoor is dat de litigieuze beschikking dateert van vóór de vaststelling van die richtsnoeren.

Posten Norge

Beschikking van Toezichthoudende Autoriteit van de EVA

Op 14 juli 2010 heeft de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA (hierna: de Autoriteit) een boete van (omgerekend) 12,89 miljoen euro opgelegd aan Posten Norge AS vanwege een inbreuk op artikel 54 EER-Overeenkomst (de pendant van art. 102 VWEU).¹⁵

Aanleiding voor het besluit van de Autoriteit is een klacht van Privpak. Privpak is een met Posten Norge concurrerend postorderbedrijf dat bij de Autoriteit klaagt dat zij door Posten Norge van de markt wordt gedrukt. Privpak meent dat Posten Norge misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door het sluiten van overeenkomsten waarin exclusiviteitsbedingen zijn overeengekomen.

Posten Norge is het traditionele postbedrijf in Noorwegen en exploiteert aldaar de nationale postdienst. In 1999-2000 is zij met het concept Post-in-Shop gestart, nadat zij had geconcludeerd dat haar bestaande distributienetwerk niet meer voldeed aan de marktvraag op het gebied van bereikbaarheid en dienstverlening. Bovendien waren de inkomsten uit het netwerk gedurende de laatste jaren aanzienlijk verminderd en was de exploitatie van het netwerk te duur geworden.

Posten Norge sloot daarop een aantal strategische allianties met onder meer supermarktketens en tankstations (zoals NorgesGruppen/Shell en COOP/ICA). In deze overeenkomsten werd ofwel groepsexclusiviteit ofwel verkooppuntexclusiviteit verleend aan Posten Norge. Als gevolg van deze overeenkomsten was ongeveer 50% van alle verkooppunten in supermarkten, kiosken en benzinestations in Noorwegen niet beschikbaar voor concurrenten van Posten Norge. Posten Norge voerde daarnaast een onderhandelingsstrategie waardoor de kans afnam dat COOP en ICA bereid zouden zijn overeenkomsten met concurrenten van Posten Norge af te sluiten, in elk geval voor zover het de levering van B-to-C-pakketdiensten (*business-to-consumer*) met afhaling betreft. De Autoriteit gaat ook uit van een relevante markt die (uitsluitend) deze dienst omvat. Aangezien Posten Norge vanaf het moment dat zij de B-to-C-pakketdiensten introduceerde (1) steeds een marktaandeel van ongeveer 98% heeft gehad, (2) erg weinig concurrentie heeft ondervonden en er (3) bovendien aanzienlijke toetredingsbarrières waren, concludeert de Autoriteit dat Posten Norge gedurende de betrokken periode op de relevante markt een machtspositie in de zin van artikel 54 EER-Overeenkomst bekleedde.

14. Richtsnoeren betreffende de handvingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 EG op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* 2009, C45/7.

15. Toezichthoudende Autoriteit van de EVA 14 juli 2010, 322/10/COL, *PbEU* 2010, C190/18, *Posten Norge/Privpak*.

De Autoriteit stelt daarna dat het, teneinde een inbreuk op artikel 54 EER-Overeenkomst vast te stellen, volstaat om aan te tonen dat de als misbruik aangemerkte gedragingen van de onderneming met een machtspositie een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben. De Autoriteit concludeert dat zowel de hiervoor genoemde exclusiviteitsbedingen als de door Posten Norge gevoerde onderhandelingsstrategie kwalificeren als misbruik in de zin van artikel 54 EER-Overeenkomst.

Arrest van het EVA-Hof

Posten Norge heeft tegen de beschikking van de Autoriteit beroep ingesteld bij het EVA-Hof. Het EVA-Hof begint met de overweging dat zijn beoordeling van de beslissing van de Autoriteit zich niet beperkt tot het onderzoek of de Autoriteit een kennelijke fout heeft gemaakt. Gelet op het punitieve karakter van de door de Autoriteit opgelegde boete is artikel 6 EVRM van toepassing.¹⁶ Daarom dient het EVA-Hof zowel de feiten als het recht vol te toetsen. Dit wordt niet anders vanwege de complexe juridische en economische aspecten die inherent zijn aan een beslissing van een mededingingsautoriteit.¹⁷

Het EVA-Hof overweegt expliciet dat voor de beoordeling of Posten Norge misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie in de zin van artikel 54 EER-Overeenkomst niet van belang is of een 'even efficiënte concurrent' effectief had kunnen concurreren met Posten Norge. Waar het bij de beoordeling wel om gaat, is of het concurrentieproces is verstoord.¹⁸

Vervolgens overweegt het EVA-Hof dat niet elke mate van *foreclosure* relevant is. Als er ondanks de exclusiviteitsbedingen voldoende toegang is tot de gehele markt of indien slechts een beperkt gedeelte van de markt wordt afgesloten, dan kan het gedrag niet als misbruik worden aangemerkt.¹⁹ In de onderhavige zaak stond het

16. Arrest EVA-Hof, punt 88: 'Accordingly, having regard to the nature of the infringements in question and to the potential gravity of the ensuing penalties, it must be held that the proceedings at hand fall, as a matter of principle, within the criminal sphere for the purposes of Article 6 ECHR.'

17. Arrest EVA-Hof, punt 99 en 101: 'Not only must the Court establish, among other things, whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent, but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it. (...) Therefore, when imposing fines for infringement of the competition rules, ESA cannot be regarded to have any margin of discretion in the assessment of complex economic matters which goes beyond the leeway that necessarily flows from the limitations inherent in the system of legality review.'

18. Arrest EVA-Hof, punt 132: 'For the same reason, it is immaterial whether an 'as efficient competitor' could have competed effectively with Norway Post. As ESA has correctly pointed out, it is for the competitive process to decide, without being distorted, which firms stay in the market.'

19. Arrest EVA-Hof, punt 135. 'If the remaining share of the outlets in question still allows competitors effectively unfettered access to the entire market, or at most forecloses only an insignificant part of the market, the conduct does not raise barriers to entry that can be considered sufficiently relevant. In contrast, where the degree of foreclosure with regard to important distribution outlets is substantial, the conduct is capable of distorting competition on the entire market in question.'

aantal *outlets* waarmee Posten Norge een exclusiviteitsbeding was overeengekomen gelijk aan ongeveer 50% van de markt.²⁰ Op basis daarvan concludeerde het EVA-Hof dat Posten Norge haar concurrenten de toegang tot belangrijke *outlets* beperkte en dat zij als gevolg daarvan in staat was de mededinging te beperken.²¹

Het EVA-Hof deelt derhalve de conclusie van de Autoriteit dat Posten Norge misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie in de zin van artikel 54 EER-Overeenkomst. Niettemin verlaagt het de boete wegens een excessieve duur van de procedure van 12,89 miljoen naar 11,112 miljoen euro.

Post Danmark

De derde en laatste in dit artikel te bespreken uitspraak betreft het arrest van het Hof van Justitie van 27 maart 2012.²² In dit arrest beantwoordt het Hof van Justitie enkele prejudiciële vragen van een Deense rechtbank. Die nationale zaak voert terug tot een tweetal beslissingen van de Deense mededingingsautoriteit waarin zij bepaalde dat Post Danmark misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie zoals bedoeld in artikel 102 VWEU (alsmede de nationale equivalent daarvan).

Het misbruik bestond uit discriminatoire, geïndividualiseerde prijsafspraken met drie voormalige klanten van haar concurrent, Forbruger-Kontakt. Post Danmark voerde volgens het Hof van Justitie een 'doelgericht kortingenbeleid' dat erop was gericht de klanten aan haar te binden.²³ Volgens Forbruger-Kontakt hanteerde Post Danmark ten aanzien van voormalige klanten van Forbruger-Kontakt een ander tariefbeleid dan ten aanzien van Post Danmarks reeds bestaande klanten.

Post Danmark stelde vervolgens beroep in tegen de beslissing van de Deense mededingingsautoriteit. De daaropvolgende nationale beroepsprocedure mondde uiteindelijk uit in een procedure bij het hoogste Deense rechtsorgaan, het Højsteret. Het Højsteret besloot twee prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie. De eerste vraag luidt of sprake kan zijn van misbruik indien een postbedrijf met een machtspositie en met een universele-dienstverplichting, selectieve prijskortingen hanteert die uitkomen op een niveau beneden de gemiddelde algemene kosten van het postbedrijf, maar boven de gemiddelde incrementele²⁴ kosten van het bedrijf,

wanneer is vastgesteld dat de prijzen niet het oogmerk hebben een concurrent uit te schakelen. Indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend is, dan is de tweede prejudiciële vraag van de verwijzende rechter met welke omstandigheden de nationale rechter rekening moet houden bij zijn beoordeling.

Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen neemt het Hof van Justitie in overweging dat niet elk uitsluitingseffect noodzakelijkerwijs de mededinging aantast. De reden hiervoor is dat op verdienste gebaseerde mededinging er per definitie toe kan leiden dat minder efficiënte concurrenten van de markt verdwijnen of daarop een marginale plaats krijgen.²⁵ Vervolgens verwijst het Hof van Justitie naar de 'bijzondere verantwoordelijkheid' van een dominante onderneming. Het voegt daaraan toe dat indien de machtspositie is ontstaan als gevolg van een oud wettelijk monopolie, 'met deze omstandigheid rekening [moet] worden gehouden'.²⁶

Een onderneming met een machtspositie mag echter geen praktijken toepassen die leiden tot de uitsluiting van haar huidige of potentiële, even efficiënte concurrenten.²⁷ Om te beoordelen of Post Danmark van haar machtspositie misbruik heeft gemaakt, moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen. Waar het om gaat, is of de onderzochte praktijken tot doel hebben een afnemer 'geen of minder keuze te laten in zijn bevoorradingsbronnen, concurrenten de toegang tot de markt te verhinderen, ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen ten aanzien van handelspartners'.²⁸

Vervolgens overweegt het Hof van Justitie dat een prijsbeleid niet als misbruikelijk kan worden gekwalificeerd alleen vanwege het enkele feit dat de tarieven die aan één klant zijn gerekend lager zijn dan de gemiddelde totale kosten maar hoger dan de daarop betrekking hebbende gemiddelde incrementele kosten.²⁹ Het is aan de verwijzende rechter te beoordelen of in omstandigheden als in de hoofdzaak aan de orde, sprake is van mededingingsversturende effecten. Daartoe dient hij te onderzoeken of het prijsbeleid, zonder objectieve rechtvaardiging, tot daadwerkelijk of waarschijnlijk gevolg heeft dat deze concurrent, ten nadele van de mededinging en dus de belangen van de consument, wordt uitgesloten.

Commentaar

Hoewel de drie besproken zaken in meerdere opzichten parallellen vertonen, zijn er ook enkele verschillen. In *Posten Norge* gaat het niet om een kortingsregeling maar om exclusiviteitsovereenkomsten waardoor de toegang tot de markt voor haar concurrenten werd belemmerd. De exclusiviteit was in *Posten Norge* contractueel vastgelegd, terwijl in *Tomra* exclusiviteit de facto, dat wil zeg-

20. Arrest EVA-Hof, punt 172.

21. Arrest EVA-Hof, punt 180.

22. HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, *Post Danmark*, n.n.g.

23. HvJ EU, *Post Danmark*, punt 8.

24. Uit de schriftelijke opmerking van de Deense regering en uit haar antwoord op de schriftelijke vragen van het Hof van Justitie blijkt dat de autoriteiten 'incrementele kosten' hebben gedefinieerd als 'de kosten die op korte of middellange termijn (drie tot vijf jaar) zouden verdwijnen, indien Post Danmark de distributie van direct mail zou staken'. De regering heeft voorts naar voren gebracht dat de 'gemiddelde totale kosten' op hun beurt zijn gedefinieerd als de 'gemiddelde incrementele kosten vermeerderd met een op een raming gebaseerd deel van de gemeenschappelijke kosten van Post Danmark die verband houden met de activiteiten buiten het kader van de universeledienstverplichting'. Zie punt 31 van het arrest van het Hof van Justitie.

25. HvJ EU, *Post Danmark*, punt 22.

26. HvJ EU, *Post Danmark*, punt 23.

27. HvJ EU, *Post Danmark*, punt 25.

28. HvJ EU, *Post Danmark*, punt 26.

29. HvJ EU, *Post Danmark*, punt 37.

gen niet-contractueel, werd bereikt door middel van kortingsregelingen en benoemingen tot voorkeursleverancier. In *Post Danmark* ging het daarentegen om selectieve kortingen en werd een parallel getrokken met de Akzo-test³⁰ voor het vaststellen van rooftprijzen.

Het is sinds het arrest van het Hof van Justitie in *Hoffmann-La Roche/Commissie*³¹ vaste jurisprudentie dat een dominante onderneming die zijn klanten aan zich bindt door een verplichting of een toezegging om zich uitsluitend bij haar te bevoorraden, misbruik maakt van haar machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU. Deze jurisprudentie geldt ongeacht de vraag of in ruil voor de exclusiviteit een korting wordt verstrekt.

Zowel het arrest in *Tomra* als in *Posten Norge* volgt die lijn. Waar het bij de kwalificatie van het gedrag van een onderneming om gaat, is of het gedrag de mededinging kan uitsluiten.³² Zowel in *Tomra* als in *Posten Norge* is door partijen betoogd dat het gedrag niet gekwalificeerd kan worden als misbruik, aangezien er ondanks dat een gedeelte van de markt was gebonden nog voldoende ruimte was voor concurrenten op het ongebonden deel van de markt. In beide arresten gaat het Hof van Justitie in op de vraag of de mate van marktafsluiting die wordt veroorzaakt door het litigieuze gedrag relevant of zelfs bepalend is voor de kwalificatie van het gedrag als misbruik. Onder verwijzing naar het arrest van het Gerecht overweegt het Hof van Justitie in *Tomra*³³ dat een onderneming met een machtspositie het binden van een aanzienlijk deel van de markt niet kan rechtvaardigen door aan te tonen dat het voor mededinging vatbare gedeelte van de markt nog volstaat voor een beperkt aantal concurrenten. Het Hof van Justitie voegt daaraan toe dat het niet de taak is van een onderneming met een machtspositie om te bepalen hoeveel levensvatbare concurrenten mogen concurreren op het nog wel voor mededinging beschikbare gedeelte van de markt.

Het is volgens het Hof van Justitie dan ook kunstmatig om 'a priori te bepalen welk percentage van de markt mag worden gebonden vooraleer kan worden geconcludeerd dat de praktijken van een onderneming met een machtspositie ertoe kunnen leiden dat concurrenten uit de markt worden gedrongen.' Toch blijkt uit het arrest dat het Hof van Justitie zich wel rekenschap heeft gegeven van de omstandigheid dat in de onderhavige situatie 40% van de markt werd beïnvloed door het gedrag van Tomra. Het Hof van Justitie noemt dit immers een 'aanzienlijk percentage'.³⁴ Dat indiceert dat wanneer de marktafsluiting slechts ziet op een beperkt deel van de markt mogelijk geen sprake is van misbruik.

In *Posten Norge* speelt een andere vorm van exclusiviteit dan in *Tomra*. Waar in *Tomra* de (door middel van kortingsregelingen bereikte) exclusiviteit betrekking heeft op afnemers van de door haar verkochte producten

(althans een flink deel daarvan), gaat het in *Posten Norge* om contractueel overeengekomen exclusiviteit met de eigenaren van distributiekkanalen. Het is, in elk geval in theorie, denkbaar dat – hoewel *Posten Norge* 50% van de relevante distributiekkanalen door middel van exclusiviteit aan zich heeft gebonden – de resterende 50% van de distributiekkanalen voldoende is om (bijna) 100% van de eindklanten te bereiken. Met het oog hierop overweegt het EVA-Hof dan ook nadrukkelijk dat niet elke mate van marktafsluiting voldoende is om misbruik vast te stellen.³⁵ De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA had echter vastgesteld dat toegang tot de belangrijkste supermarktketens, kiosken en benzinestations noodzakelijk was om te kunnen concurreren. Gelet op de beperkte mate van concurrentie was slechts een beperkte mate van marktafsluiting voldoende om de mededinging te kunnen beperken.³⁶

Het arrest van het Hof in *Tomra* bevestigt reeds lang bestaande jurisprudentie van het Hof van Justitie ten aanzien van kortingsregelingen en verschaft weinig nieuwe inzichten. Het bevestigt dat de drempel om misbruik vast te stellen laag ligt. In 2003 oordeelde het Gerecht in *Michelin II* dat om schending van artikel 102 VWEU vast te stellen 'het [volstaat] aan te tonen dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie ingaat tegen de mededinging, of anders gezegd dat de gedragingen een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben'.³⁷ Een dergelijke lage drempel lijkt dus nog steeds te gelden. De Europese jurisprudentie op het gebied van misbruikelijke kortingsregelingen heeft zich sinds 2003 dus nauwelijks ontwikkeld.

Tomra maakt eens te meer duidelijk dat kortingsregelingen die de facto een vrijwel gelijk effect hebben als exclusiviteitsregelingen al snel als misbruik kunnen kwalificeren. Verdachte kortingsregelingen zijn met name kortingsregelingen die geïndividualiseerd zijn en kortingsregelingen waar bij het bereiken van een bepaalde drempel met terugwerkende kracht een korting wordt uitgekeerd over de reeds verkochte eenheden.

Het arrest *Tomra* stelt teleur in die zin dat het geen nader inzicht verschaft in het vraagstuk welk percentage van de markt mag worden gebonden vooraleer sprake is van misbruik. Uit het arrest kan worden afgeleid dat wanneer de markt voor slechts een beperkt deel wordt gebonden geen sprake is van misbruik. Het Hof overweegt immers expliciet dat het kunstmatig zou zijn om 'a priori te bepalen welk percentage van de markt mag worden gebonden vooraleer de praktijken van een onderneming met een machtspositie ertoe kunnen leiden dat concurrenten uit de markt worden gedrongen.' Hieruit volgt dat het een onderneming met een machtspositie weliswaar is toegestaan om een (vermoedelijk: beperkt) deel van de markt te binden, maar dat het 'kunstmatig' is om dit op voorhand vast te stellen. Van-

30. HvJ EG 3 juli 2001, zaak C-62/86, AKZO/Commissie, Jur. p. I-3359.

31. HvJ EG 13 februari 1979, zaak C-85/76, Hoffman-La Roche/Commissie, Jur. 1979, p. 461.

32. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10 P, Prokent/Tomra, n.n.g., punt 43.

33. Prokent/Tomra, punt 42.

34. Prokent/Tomra, punt 44.

35. EVA-Hof 18 april 2012, zaak E-15/10, Posten Norge/Toezichthoudende Autoriteit EVA, punt 135.

36. Posten Norge/Toezichthoudende Autoriteit EVA, punt 136.

37. GvEA 30 september 2003, zaak T-203/01, Michelin II, Jur. 2003, p. II-4071, punt 239.

uit oogpunt van rechtszekerheid is deze overweging problematisch. Zij verschaft een rechtssubject namelijk geen helderheid over onder meer de vraag of een voorgenomen kortingsactie als misbruik kwalificeert. Dat klemt met name bij kortingsregelingen die slechts betrekking hebben op een zeer beperkt deel van de markt. Een onderneming zal mogelijk uit angst voor mogelijke boetes een bepaalde regeling niet doorvoeren, terwijl die wellicht wel zou zijn toegestaan. Daardoor loopt een bepaalde groep van (potentiële) klanten een interessante kortingsregeling mis. Het mededingingsrecht creëert daarmee zijn eigen ‘false positives’. Deze rechtsonzekerheid voor dominante ondernemingen wordt weliswaar deels gecompenseerd door de Richtsnoeren van de Commissie inzake handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 102 VWEU,³⁸ maar de ervaring leert dat ook die richtsnoeren zonder uitvoering (en kostbare) economische bijstand in de praktijk niet makkelijk zijn toe te passen en ook dan niet altijd voldoende zekerheid verschaffen. Bovendien zijn deze handhavingsprioriteiten tot op heden niet getoetst door de communautaire rechters.

Daarnaast bevestigt het Hof in *Tomra* dat kortingen ook als misbruik kunnen kwalificeren indien de eenheden niet met verlies worden verkocht. Het Hof bevestigt daarmee dat rooftprijzen en kortingsregelingen twee naast elkaar bestaande verschijningsvormen van misbruik zijn.

In *Post Danmark* lijken beide verschijningsvormen juist weer meer met elkaar te versmelten. In die zaak ging het om kortingsregelingen die werden aangeboden aan voormalige klanten van een concurrent. In het arrest wordt, onder verwijzing naar de *Akzo*-criteria,³⁹ overwogen dat het enkele feit dat aan voormalige klanten van een concurrent een prijs wordt aangeboden die beneden de gemiddelde totale kosten maar boven de gemiddelde incrementele kosten ligt niet voldoende is om van uitsluitingsmisbruik te spreken. Daarvan is eerst sprake indien het prijsbeleid ‘tot daadwerkelijk of waarschijnlijk gevolg heeft dat deze concurrent, ten nadele van de mededinging en dus de belangen van de consument wordt uitgesloten.’ Of hiervan sprake is, staat ter beoordeling van de nationale rechter. Het Hof van Justitie merkt echter wel fijntjes op dat uit het dossier blijkt dat Forburger-Kontakt een distributienetwerk in stand heeft kunnen houden ondanks het verlies van het postvolume en dat zij in 2007 een aantal verloren klanten heeft teruggewonnen. Hiermee neemt het Hof van Justitie in feite al een voorschot op de beoordeling door de nationale rechter.⁴⁰

Daarmee is de toonzetting in *Post Danmark* aanzienlijk minder dogmatisch dan de toonzetting in *Tomra* en *Posten Norge* (hoewel het Hof van Justitie ook in *Post Danmark* veelvuldig verwijst naar de bekende rechtspraak op

het gebied van machtspositie en misbruik). Van die minder dogmatische toonzetting is ook getuige de overweging dat op verdienste gebaseerde mededinging er ‘per definitie toe [kan] leiden dat minder efficiënte concurrenten (...) van de markt verdwijnen of daarop een marginale plaats krijgen.’⁴¹ Het Hof van Justitie geeft zich hiermee rekenschap van het wezen van het concurrentieproces, ook als daarin dominante ondernemingen een rol spelen.

Opvallend is, tot slot, de overweging van het Hof van Justitie in *Post Danmark* dat het feit dat een machtspositie is opgebouwd op grond van een wettelijk monopolie een omstandigheid is waarmee bij het vaststellen van de bijzondere verantwoordelijkheid van een dominante onderneming rekening moet worden gehouden. Dit indiceert dat er (op zijn minst) twee verschillende soorten machtsposities zouden kunnen zijn: een machtspositie die is ontstaan zonder het bestaan van een wettelijk monopolie en een machtspositie die in feite de resultante is van een vroeger monopolie. Een dergelijke benadering staat echter haaks op punt 39 van het arrest van het Hof van Justitie in *Tomra* waarin uitdrukkelijk wordt overwogen dat ‘zodra’ een onderneming beschikt over een economische machtspositie ‘haar gedragingen aan die bepaling [moeten] worden getoetst.’ Het Hof van Justitie onderkent in *Tomra* dat er ook bij ondernemingen met een machtspositie verschillende vormen van marktmacht kunnen zijn, maar dat dit met name relevant is voor de omvang van de effecten van het gedrag van de betrokken onderneming. Op dit punt lijken beide arresten dus niet helemaal consistent.

Conclusie

De arresten *Tomra* en *Posten Norge* zijn geen van beide opzienbarend. Zij zijn in feite niet meer dan de volgende bladzijde in een langlopende reeks van arresten op het gebied van kortingsregelingen en exclusiviteitsovereenkomsten. De vraag is of hiernavolgende arresten de lijn uit *Tomra* en *Posten Norge* zullen voortzetten of een nieuwe koers zullen uitzetten. Feit is dat in zaken na 2009 op het gebied van artikel 102 VWEU de handhavingsprioriteiten een belangrijke rol vervullen. De vraag is dus hoe het Gerecht en het Hof van Justitie die handhavingsprioriteiten, waarin een economische koers wordt gevaren ten aanzien van uitsluitingsmisbruiken, zal verenigen met haar bestaande, overwegend dogmatische, jurisprudentie op het gebied van kortingsregelingen. Het arrest *Post Danmark* dat, zoals vermeld, is gewezen naar aanleiding van prejudiciële vragen, is een voorzichtige indicatie dat het Hof van Justitie wellicht een meer liberale lijn ten aanzien van kortingen zou kunnen gaan volgen.

38. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 EG op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* 2009, C45/7.

39. HvJ EG 3 juli 2001, zaak C-62/86, *AKZO/Commissie*, *Jur.* 2001, p. I-3359.

40. HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, *Post Danmark*, punt 39, n.n.g.

41. *Post Danmark*, punt 22.