

Het *Google Shopping*-arrest

Misbruik of marktwerking? Een kwestie van verdienen

Mr. A.M. Huijts*

Het onderhavige arrest betreft de eerste keer dat de zoekmachine van Google door de Unierechter mededingingsrechtelijk wordt beoordeeld. Het Gerecht oordeelt dat Google, door haar eigen productvergelijkingdienst te bevoordelen en die van concurrenten te benadelen, misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt. Het arrest bevat belangrijke verduidelijkingen over het begrip 'mededinging op basis van verdienen', de *Bronner*-rechtspraak, en mededingingsbeperkende gevolgen. Ook merkt het arrest de zoekmachine van Google aan als een quasi-essentiële faciliteit.

Gerecht 10 november 2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 (Google Shopping).

Inleiding

Dit artikel bespreekt het arrest van het Gerecht van 10 november 2021 in de zaak *Google/Commissie* (hierna: *Google Shopping* of het arrest).¹ Het arrest betreft een beroep van Google tegen een besluit van de Europese Commissie van 27 juni 2017. In het besluit had de Commissie geconcludeerd dat Google een machtspositie innam op de nationale markten voor algemene zoekdiensten en deze positie had misbruikt door haar eigen productvergelijkingdienst te bevoordelen, en concurrerende productvergelijkingdiensten te benadelen, een en ander in strijd met artikel 102 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).² De Commissie legde Google een boete van meer dan € 2,4 miljard op. Googles beroep werd afgewezen op één punt na. Een

belangrijke overwinning voor de Commissie na het pijnlijke verlies in de *Intel*-zaak.³ De strijd met Google is echter nog lang niet gestreden: Google heeft beroep ingesteld tegen het arrest, en er lopen ook beroepsprocedures bij het Gerecht tegen de Commissiebesluiten inzake Google AdSense en Google Android.⁴

Samenvatting van het arrest

Achtergrond

Een zoekopdracht bij Google levert twee soorten zoekresultaten op: generieke en gespecialiseerde zoekresultaten. Gespecialiseerde resultaten verschijnen zonder dat de internetgebruiker daar specifiek om heeft gevraagd op dezelfde resultatenpagina als de generieke resultaten, in een apart kader dat prominent zichtbaar is. Zoekt u bijvoorbeeld naar een bepaalde hardloopshoene, dan verschijnt bovenaan de resultatenpagina een vergelijking van verschillende online verkooppunten geselecteerd door Googles gespecialiseerde productvergelijkingdienst, met de prijzen die ieder van deze online verkopers rekent voor de schoen in kwestie.⁵ Het kan ook zijn dat een dergelijk kader niet verschijnt, omdat bij de zoekopdracht geen gespecialiseerde resultaten horen.

Commissiebesluit

Volgens het Commissiebesluit neemt Google met haar zoekmachine in alle landen van de Europese Economische Ruimte (EER) een machtspositie in op de markt voor algemene zoekdiensten.⁶ Googles resultatenpagina

* Mr. A.M. (Stijn) Huijts is advocaat (partner) bij Geradin Partners.

1 Gerecht 10 november 2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 (*Google Shopping*).

2 Besluit Commissie 27 juni 2017, zaak AT.39740 (*Google Search (Shopping)*). Art. 102 VWEU verbiedt dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

3 HvJ 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (*Intel*).

4 Respectievelijk besluit Commissie 18 juli 2018, zaak AT.40099 (*Google Android*) en besluit Commissie 20 maart 2019, zaak AT.40411 (*Google Search (AdSense)*).

5 De productvergelijkingdienst staat bekend als 'Google Shopping'. Google heeft daarnaast andere gespecialiseerde zoekdiensten, bijvoorbeeld voor nieuws, hotels en vluchten.

6 Volgens het besluit is dit het geval sinds 2007, behalve in Tsjechoe waar Google sinds 2011 een machtspositie inneemt. Google bestreed deze bevindingen niet in haar beroep.

is van groot belang voor websites die internetgebruikers willen bereiken. Die gebruikers zijn meer geneigd te klikken op links die zichtbaarder zijn op de algemene zoekresultatenpagina. Hoe prominenter in de rangorde, hoe beter het doorklikpercentage.

Google maakte van het grote belang van haar zoekpagina, en specifiek de *plaatsing op* die zoekpagina, gebruik om de eigen productvergelijkingdienst te bevoordelen ten opzichte van concurrerende productvergelijkers. Zo gebruikte Google algoritmes die de kans vergroten dat concurrerende productvergelijkingdiensten lager op Googles algemene zoekresultatenpagina terechtkomen, hetgeen een negatieve invloed heeft op hun zichtbaarheid. Google gaf haar eigen productvergelijkingdienst daarentegen een prominente plaats, bovenaan of bijna bovenaan de eerste algemene zoekresultatenpagina.

Volgens de Commissie waren Googles gedragingen onrechtmatig, omdat (1) Google op deze manier het verkeer van haar algemene zoekresultatenpagina's naar concurrerende productvergelijkingdiensten deed dalen en het verkeer naar haar eigen dienst deed stijgen; en (2) dit gedrag mededingingsversturende gevolgen heeft of kan hebben, namelijk de afscherming van de markt voor concurrerende productvergelijkingdiensten, wat tot hogere prijzen en minder innovatie kan leiden, en de bemoeilijking voor consumenten van toegang tot de voor hen relevantste vergelijkingdiensten. Google had geen controleerbaar bewijsmateriaal verschaft dat haar gedrag rechtvaardigde.

Arrest

Google ging tegen het besluit in beroep. Kort gezegd voerde Google aan dat de litigieuze praktijken consistent waren met mededinging op basis van verdienste, niet discriminatoir waren, en geen mededingingsbeperkende gevolgen hadden. Als er al sprake was van een mededingingsbeperking, dan was deze objectief gerechtvaardigd. Tot slot bestreed Google de hoogte van de geldboete. Het Gerecht verwierpt het beroep op één punt na in een arrest van meer dan 700 randnummers. Voor de overzichtelijkheid beperkt dit artikel zich tot de meest relevante punten.

- *Mededinging op basis van verdienste*

Het begrip 'mededinging op basis van verdienste' dient om een onderscheid te maken tussen geoorloofde en ongeoorloofde praktijken van een onderneming met een machtspositie. Het versterken van een machtspositie door middel van mededinging op basis van verdienste is niet verboden. Als die versterking echter plaatsvindt met behulp van andere middelen, dan kan van misbruik sprake zijn.⁷ Op het begrip wordt verder ingegaan in het commentaar.

Google stelde dat zij slechts kwaliteitsverbeteringen had aangebracht in de zoekmachine en dit een duidelijk voorbeeld van mededinging op basis van verdienste was, die nu eenmaal leidt tot een verslechtering van de posi-

tie van concurrenten.⁸ Volgens het Gerecht had Google echter door middel van hefboomwerking haar machtspositie op de algemene zoekmarkt gebruikt om haar eigen productvergelijkingdienst op de gespecialiseerde zoekmarkt te bevoordelen ten opzichte van de diensten van concurrerende productvergelijkers, waarvan de resultaten doorgaans op een lagere plaats terechtkwamen.⁹ Daarbij had de Commissie tevens uiteengezet hoe belangrijk internetverkeer vanaf de Google zoekpagina is voor productvergelijkers. Het Gerecht concludeert dat dergelijke praktijken niet kunnen worden aangemerkt als mededinging op basis van verdienste.¹⁰

Het Gerecht gaat voorts in op het bedrijfsmodel van Google. Volgens het Gerecht is het in zekere zin onnatuurlijk dat één bepaald soort zoekresultaat, Googles eigen vergelijkingdienst, op de resultatenpagina wordt bevoorrecht, ten nadele van de resultaten van concurrenten, terwijl Googles zoekmachine juist is ontwikkeld om resultaten van iedere mogelijke soort te indexeren.¹¹ Een algemene zoekmachine verschilt van andere infrastructures die in het verleden het onderwerp van de rechtspraak zijn geweest en welks waarde afhing van het feit dat de eigenaar met uitsluiting van anderen van de infrastructuur gebruik kon maken.¹² Externe zoekresultaten verrijken en verbeteren juist de geloofwaardigheid van de zoekmachine, en zorgen voor netwerkeffecten en schaalvoordelen. Het beperken van zoekresultaten is dus niet noodzakelijkerwijs rationeel, tenzij – zoals in het onderhavige geval – toetreding op korte termijn onmogelijk is. In dergelijke omstandigheden is het aan Google om uit te leggen waarom dit verschil in behandeling tussen de eigen vergelijkingdienst en die van concurrenten gerechtvaardigd is.¹³

Daarnaast had Google historisch gezien altijd zoekresultaten weergegeven die internetgebruikers naar externe vergelijkingwebsites leidden, en die zoekresultaten aan dezelfde criteria onderworpen. Toen Google echter zelf de markt voor vergelijkingdiensten betrad, introduceerde de onderneming nieuwe criteria voor haar zoekmachine, op basis waarvan de eigen vergelijkingdienst prominent in beeld kwam, en de diensten van concurrenten vrijwel onzichtbaar werden. Ook om die reden kon het gedrag van Google niet worden gezien als mededinging op basis van verdienste.¹⁴

Die conclusies werden niet ondermijnd door Googles stelling dat de prominentere weergave van de eigen productvergelijkingdienst een kwaliteitsverbetering inhield. Het misbruik zag namelijk niet alleen op de promotie van Googles eigen vergelijkingdienst op de re-

7 Zie bijv. HvJ 14 oktober 2010, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom/Commissie*), punt 177.

8 *Google Shopping*, punt 139-145 en de daar geciteerde arresten.

9 *Google Shopping*, punt 150-162, 166 en 167.

10 *Google Shopping*, punt 170-175.

11 *Google Shopping*, punt 176.

12 *Google Shopping*, punt 177. Het Gerecht noemt materiële activa (persoonlijke systemen) of immateriële activa (intellectuele-eigendomsrechten). Deze activa stonden centraal in HvJ 26 november 1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 (*Oscar Bronner*) en HvJ 29 april 2004, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 (*IMS Health*).

13 *Google Shopping*, punt 179.

14 *Google Shopping*, punt 181-185.

sultatenpagina, maar ook op de gelijktijdige degradatie van concurrerende vergelijkingsdiensten.¹⁵

- *Toepasselijkheid van de Bronner-criteria*

Google voerde ook aan dat de Commissie haar in wezen ervan beschuldigde een weigering om te leveren te hebben begaan, zonder te voldoen aan de criteria uit de *Bronner*-rechtspraak.¹⁶ Google stelde daarbij dat het besluit haar tot een leveringsplicht dwong: Google moest concurrenten toegang verlenen tot haar ‘technologie en designs’.

De Commissie was volgens het Gerecht echter niet verplicht de *Bronner*-criteria toe te passen. De gedragingen van Google vormen een onafhankelijke vorm van machtsmisbruik, waarbij Google actieve stappen zette om de eigen vergelijkingsdienst te bevoorrechten, en die van concurrenten te benadelen.¹⁷ Daarnaast is er geen automatische relatie tussen de criteria voor de classificatie van het misbruik enerzijds, en de middelen om het misbruik te remediëren anderzijds.¹⁸ Dat de remedie karakteristiek deelt met remedies voor andere soorten misbruik betekent nog niet dat het misbruik zelf onjuist is geïdentificeerd.

- *Discriminatie*

Vervolgens gaat het arrest in op de beroepsgrond dat Googles gedragingen niet discriminatoir waren. Volgens Google werd haar eigen productvergelijkingdienst slechts weergegeven als deze relevanter was dan generieke resultaten. Googles eigen resultaten verkregen hun betere positionering dus op grond van verdienste.

De resultaten van concurrerende productvergelijkers konden echter slechts als eenvoudige blauwe links zonder afbeeldingen of aanvullende informatie verschijnen. Bovendien konden concurrerende diensten door de aanpassingsalgoritmen in de rangschikking op Googles algemene resultatenpagina's onderaan de eerste pagina of op de volgende pagina's terechtkomen. De resultaten van concurrerende productvergelijkers, ook al waren zij bijzonder relevant voor de internetgebruiker, werden nooit op dezelfde wijze behandeld als de resultaten van Googles eigen productvergelijker. Dit verschil in behandeling was niet het resultaat van een objectief verschil tussen concurrerende productvergelijkers en Google zelf en was dus discriminatoir, aldus het Gerecht.¹⁹

- *Gevolgen voor de mededinging*

Met betrekking tot de gevolgen voor de mededinging stelden Google en interveniënt CCIA zich onder andere op het standpunt dat de Commissie een contrafeitelijke analyse (*counterfactual*) had moeten uitvoeren, waarin zij had moeten nagaan hoe Googles zoekverkeer zich

zou hebben ontwikkeld indien Googles eigen productvergelijker geen bevoorrechte positie was gegeven. Het Gerecht wijst er echter op dat het besluit niet alleen ziet op de promotie van Googles eigen vergelijkingsdienst, maar ook op de degradatie van haar concurrenten. Bij de analyse van de gevolgen van deze parallel verrichte praktijken kan het ene aspect niet los worden gezien van het andere.²⁰ Dientengevolge was de contrafeitelijke analyse die Google zelf had ingebracht onbruikbaar. Googles analyse hield namelijk geen rekening met het effect van de algoritmen die concurrerende productvergelijkers lager waardeerden dan Googles eigen dienst.²¹

Daarnaast rust op de Commissie géén verplichting om een contrafeitelijke analyse uit te voeren. De vaststelling van een betrouwbaar contrafeitelijk scenario in een situatie als de onderhavige is een onzekere of zelfs onmogelijke oefening. Daarbij toont een contrafeitelijke analyse alleen aan of de praktijken *daadwerkelijk* negatieve gevolgen hadden op de mededinging, terwijl artikel 102 VWEU ook van toepassing is op *potentiële* effecten.²² Indien de Commissie een correlatie vaststelt tussen praktijken en veranderingen in de mededingingsituatie op een of meer markten, kan aanvullend bewijsmateriaal, zoals vaststellingen van marktdeelnemers, leveranciers, afnemers, beroepsorganisaties of consumenten, volstaan om het causale verband tussen praktijken en marktontwikkelingen aan te tonen.²³

Voorts had Google aangevoerd dat de Commissie in haar onderzoek naar de gevolgen voor de mededinging zuiver speculatief te werk was gegaan. De Commissie had de mededingingsbeperkende gevolgen van die gedragingen moeten bewijzen.²⁴

Volgens het Gerecht kunnen afschermingspraktijken zoals de onderhavige slechts misbruik van machtspositie vormen als er bewijs is van ten minste een *potentieel* mededingingsbeperkend gevolg van die praktijken.²⁵ De Commissie hoeft niet te bewijzen dat deze gevolgen zich daadwerkelijk hebben voorgedaan.²⁶ Het Gerecht concludeerde dat de Commissie voor wat betreft de markt voor *productvergelijkingdiensten* niet speculatief te werk was gegaan. Zij had via een goed beargumenteerde redenering geconcludeerd dat op de nationale markten voor productvergelijkingdiensten potentiële mededingingsbeperkende gevolgen bestonden.²⁷

Met betrekking tot de markt voor *algemene zoekopdrachten* had de Commissie de mededingingsbeperkende gevolgen echter louter vastgesteld door erop te wijzen dat Google zich door de voorkeursbehandeling van haar productvergelijker verzekerde van de inkomsten die

15 *Google Shopping*, punt 186-188 en 195-197.

16 Uit die rechtspraak volgt dat een dergelijke weigering slechts misbruik vormt als de dienst waarvan levering wordt geweigerd ‘onontbeerlijk’ is voor de onderneming die levering verlangt, en de weigering elke mededinging op de markt door de verzoeker van de dienst uitsluit (*Oscar Bronner*, punt 41).

17 *Google Shopping*, punt 240.

18 *Google Shopping*, punt 242-247.

19 *Google Shopping*, punt 285-288 en 309-320.

20 *Google Shopping*, punt 372.

21 *Google Shopping*, punt 373-376.

22 *Google Shopping*, punt 377 en 378.

23 *Google Shopping*, punt 382-395.

24 Google beriep zich daarbij op rechtspraak met betrekking tot art. 101 VWEU, namelijk HvJ 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*CB/Commissie*), punt 58.

25 *Google Shopping*, punt 438.

26 *Google Shopping*, punt 442 en 443.

27 *Google Shopping*, punt 445-455.

deze gespecialiseerde zoekdienst haar opleverde en dat die inkomsten op hun beurt de algemene zoekdienst financierden. Google zou bezorgd zijn geweest over verlies van reclame-inkomsten aan concurrerende productvergelijkers. Volgens het Gerecht zijn die overwegingen te vaag om er zelfs maar potentiële mededingingsbeperkende gevolgen uit te kunnen afleiden. Het beroep is derhalve gegrond voor zover het betrekking heeft op gevolgen voor de mededinging op de markten voor algemene zoekopdrachten.²⁸

Tot slot betoogde Google dat de Commissie niet had bewezen dat concurrerende productvergelijkers even efficiënt waren als Google, terwijl dat volgens de rechtspraak wel nodig was. Het Gerecht wijst erop dat het criterium van de ‘even efficiënte concurrent’ is gerechtvaardigd bij tariefpraktijken zoals *predatory pricing* en *margin squeeze*. In deze zaak is Google echter niet beschuldigd van dergelijke tariefpraktijken en is deze oefening dus niet nodig. Voorts is de ‘even efficiënte concurrent’ een hypothetische concurrent en geen echte concurrent waarvan de werkelijke efficiëntie wordt beoordeeld, zoals Google had gedaan met betrekking tot de andere productvergelijkers. De efficiëntie van bestaande concurrenten is bovendien geen objectief criterium. Volgens het Gerecht moest de Commissie enkel aantonen dat Googles praktijken potentieel tot gevolg hadden dat de mededinging werd beperkt, ongeacht of Google op het gebied van productvergelijking ‘efficiënter’ was dan andere productvergelijkers.²⁹

Omdat Google ook op de anderen punten van haar beroep het Gerecht niet wist te overtuigen, concludeerde het Gerecht dat het beroep moest worden afgewezen, behalve op het bovengenoemde punt van de mededingingsbeperkende gevolgen op de markt voor algemene zoekdiensten.

Commentaar

10 november 2021 was een dag met twee gezichten voor Google. In het Verenigd Koninkrijk won het bedrijf een langlopende rechtszaak bij het hooggerechtshof, waarmee een collectieve schadeclaim van meer dan € 3 miljard op grond van de gegevensbeschermingsregels werd verworpen.³⁰ In Luxemburg echter verloor Google haar beroep tegen een boete van meer dan € 2,4 miljard zoals hierboven samengevat. Twee miljardenuitspraken op één dag: het toont de enorme omvang van deze onderneming, opgericht in 1998.

Google is in beroep gegaan tegen het arrest, dus de uiteindelijke gevolgen van de *Google Shopping*-zaak zijn nog niet te overzien. In dit commentaar beperk ik mij tot

vier relevante observaties voor de handhaving van artikel 102 VWEU op digitale markten.

Wat is mededinging op basis van verdienste?

Wie Googles verwikkelingen in het mededingingsrecht volgt, denkt bij de plaatsing door Google van bepaalde zoekresultaten in prominente kaders op de resultatenpagina al snel aan de *Google/Streetmap*-zaak uit 2016,³¹ een privaatrechtelijke claim van Streetmap tegen Google in het Britse High Court. In die zaak was er geen bewijs dat de introductie van Google Maps als gespecialiseerd zoekresultaat nadelige gevolgen had gehad voor andere online kaartenmakers, waaronder Streetmap. Volgens de rechter was het succes van Google net zo goed uit te leggen op basis van het feit dat de onderneming verbeteringen had aangebracht in de Google Maps-dienst. In de woorden van de rechter: ‘*competition on the merits*’.³² Streetmap was daarentegen juist achtergebleven waar het ging om het verbeteren van haar service.

Hoe anders verging het Google in de onderhavige zaak bij de Commissie en het Gerecht. Ook hier stelde Google dat zij kwaliteitsverbeteringen had doorgevoerd en dus op verdienste marktaandeel had gewonnen van concurrerende prijsvergelijkers, maar in dit geval slaagden die argumenten niet. Het is derhalve van belang stil te staan bij dit begrip van ‘mededinging op basis van verdienste’, en de vraag wanneer gedragingen van een onderneming met een machtspositie daarvan afwijken.

Het begrip maakt in artikel 102-rechtspraak zijn intrede in *AKZO* (1991), een arrest over *predatory pricing*, al spreekt het Hof van Justitie daar van ‘mededinging op basis van kwaliteit’ in plaats van verdienste.³³ Het begrip wordt consequent aangehaald in de zaken die handelen over tariefpraktijken als *predatory pricing* en *margin squeeze* die volgen op *AKZO*, zoals *France Télécom* (2009),³⁴ *Deutsche Telekom* (2010),³⁵ *Teliasonera* (2011)³⁶ en *Post Danmark* (2012).³⁷ Uit de overwegingen van het Hof van Justitie in deze uitspraken blijkt dat dit begrip van mededinging op basis van kwaliteit of verdienste kan worden teruggeleid naar het *Hoffmann-La Roche*-arrest, waarin het Hof van Justitie in 1979 een definitie opnam van wat misbruik van machtspositie vormt, te weten het tegengaan van marktconcurrentie ‘met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging’.³⁸ Door speci-

28 *Google Shopping*, punt 456-459. Deze gegrondverklaring van een onderdeel van Googles beroep heeft geen gevolgen voor de boete, die het Gerecht volledig in stand laat.

29 *Google Shopping*, punt 538-541.

30 Uitspraak UK Supreme Court, 10 november 2021 in *Lloyd/Google*, [2021] UKSC 50.

31 Uitspraak High Court of England and Wales, 12 februari 2016 in *Streetmap/Google*, [2016] EWHC 253 (Ch).

32 *Google/Streetmap*, punt 116.

33 HvJ 3 juli 1991, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 (*AKZO*), punt 70.

34 HvJ 2 april 2009, C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214 (*France Télécom*), punt 106.

35 HvJ 14 oktober 2010, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom/Commissie*), punt 177.

36 HvJ 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*Teliasonera*), punt 43.

37 HvJ 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*), punt 25. In het *Teliasonera*-arrest van februari 2011 wijst het Hof van Justitie tevens op het belang van mededinging die is gebaseerd op ‘de respectieve verdiensten van de betrokken ondernemingen’ (HvJ 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*Teliasonera*), punt 43).

38 HvJ 13 februari 1979, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche*), punt 91.

fiek te wijzen naar de legitimiteit van concurrentie op basis van kwaliteit of verdienste, maakte het Hof van Justitie in wezen duidelijk dat ‘ondernemersprestaties’ en ‘normale mededinging’ uiteraard ook buitengewone prestaties van een onderneming met een machtspositie omvatten, zolang die maar zijn gebaseerd op de eigen kwaliteiten en verdiensten van de onderneming.

De genoemde arresten zien op tariefpraktijken zoals *margin squeeze* en *predatory pricing*. In dergelijke zaken moet de Commissie vaststellen of het door de onderneming gevoerde prijsbeleid rechtmatig is. Een prijs kan op zichzelf niet onrechtmatig zijn, maar evengoed geldt dat niet elke vorm van prijsconcurrentie is toegestaan. In dergelijke zaken vergelijkt de Commissie dus de prijs met de kostenstructuur van de onderneming en onderzoekt zij de ondernemingsstrategie. Uit die analyse kan blijken of de onderneming gebruik heeft gemaakt van praktijken die leiden tot de uitsluiting van haar even efficiënte concurrenten, en aldus haar machtspositie heeft versterkt met behulp van andere middelen dan die welke berusten op mededinging op basis van verdienste.³⁹

Het begrip speelde eveneens een rol in *AstraZeneca* (2012).⁴⁰ In die zaak beboette de Commissie AstraZeneca wegens het afleggen van een reeks misleidende verklaringen voor de octrooibureaus en rechtbanken van verschillende lidstaten, hetgeen onderdeel vormde van een algemene strategie die erop gericht was de producenten van generieke producten van de markt te weren. Het Hof van Justitie was het met de Commissie eens dat dergelijke praktijken indruisen tegen het begrip mededinging op basis van kwaliteit. Het Hof van Justitie paste het begrip ook toe in de arresten *Generics UK* en *Lundbeck*, twee zaken op grond van artikel 101 VWEU die betrekking hebben op *pay for delay*-overeenkomsten in de farmaceutische sector, waarbij met betrekking tot op het oog legitieme schikkingsovereenkomsten moet worden nagegaan of de waardeoverdracht van de octrooihouder aan de generieke producent uitsluitend kan worden verklaard door het commerciële belang van beide ondernemingen om niet te concurreren op verdienste.⁴¹

Het begrip ‘mededinging op basis van verdienste’ speelt dus met name een rol bij de beoordeling van praktijken die, in de woorden van het Gerecht in het onderhavige arrest, niet ‘in beginsel de mededinging aantasten’,⁴² maar waar bij nader onderzoek naar de context, de precieze inhoud van de praktijken, het bedrijfs- en kostenmodel van de onderneming en/of haar intenties toch moet worden vastgesteld dat ze misbruik vormen.⁴³ Het gaat er daarbij om vast te stellen of de versterking van

39 *Post Danmark I*, punt 25.

40 HvJ 6 december 2012, C-457/10, ECLI:EU:C:2012:770 (*AstraZeneca*), punt 75.

41 HvJ 30 januari 2020, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 (*Generics UK e.a./Competition and Markets Authority*), punt 83 en 87 en HvJ 25 maart 2021, C-591/16 P, ECLI:EU:2021:243 (*Lundbeck/Commissie*), punt 114.

42 De formulering die het Gerecht gebruikt om te verwijzen naar gedragingen die erop gericht zijn van klanten een exclusieve of sterk bevoorrechte afname te verkrijgen, eventueel door middel van getrouwheidskortingen (*Google Shopping*, punt 439).

43 Of, in het geval van de *pay-for-delay*-overeenkomst, een doelbeperking in strijd met art. 101 VWEU.

de machtspositie door de onderneming het gevolg is van haar eigen verdienste, of van praktijken die afwijken van concurrentie op basis van verdienste.

Dit is ook de rol die het begrip speelt in het arrest. Google had zich begeven op de markt voor prijsvergelijkingdiensten, en had – net zoals bij haar Google Maps-dienst – besloten de eigen vergelijkeningsdienst een prominente weergave te bieden op haar resultatenpagina. Op zichzelf geen handeling die ‘in beginsel de mededinging aantast’. Daar bleef het echter niet bij: tegeliker tijd had de onderneming nieuwe algoritmen in gebruik genomen die concurrerende diensten juist veel lager in de rangorde lieten terugkomen. Het internetverkeer van Googles resultatenpagina was voor concurrerende diensten juist zeer belangrijk en kon niet worden vervangen door verkeer uit alternatieve bronnen. Op basis van deze feiten concludeerde de Commissie dat Googles gedragingen afweken van mededinging op basis van verdienste.

Het toont de bruikbaarheid van dit begrip, ontwikkeld in de tariefpraktijken en nader kleur gegeven in de genoemde farmazaken. Ook in de digitale sector beroepen de betrokken ondernemingen zich geregeld op hun superieure technologie en stellen ze dat concurrenten minder succesvol zijn omdat ze minder innoveren, niet omdat ze het slachtoffer waren van mededingingsbeperkend gedrag. In die context is de vraag of sprake is van mededinging op basis van verdienste een bruikbare toets om eerlijke concurrentie op het scherpst van de snede te onderscheiden van grensoverschrijdende praktijken.

Googles zoekmachine in het mededingingsrecht

Het arrest betreft voorts de eerste bespreking door de Unierechter van Googles zoekmachine in het mededingingsrecht. In die bespreking maakt het Gerecht een observatie over Googles bedrijfsmodel die nog lang gevolgen kan hebben voor Google.

Het Gerecht merkt namelijk op dat een algemene zoekmachine in beginsel ‘open’ is, waarmee dit arrest verschilt van zaken als *Bronner* en *IMS Health* die over toegang tot ‘gesloten’ infrastructures gingen waarvan de waarde afhangt van de mogelijkheid voor de eigenaar om zich het exclusieve gebruik ervan voor te behouden. Volgens het Gerecht is het niet rationeel voor Google om de reikwijdte van haar resultaten te beperken tot haar eigen resultaten.⁴⁴ Het bevoordelen van Googles eigen gespecialiseerde resultaten ten opzichte van de resultaten van derden staat, aldus het Gerecht ‘haaks (...) op het bedrijfsmodel dat ten grondslag lag aan het aanvankelijke succes van haar zoekmachine’ en dit kan ‘als enigszins onnatuurlijk worden beschouwd’.⁴⁵

Dit heeft in het arrest tot gevolg dat het Gerecht de bewijslast omdraait: het staat in deze omstandigheden aan Google om dit verschil in behandeling tussen de

44 *Google Shopping*, punt 178.

45 *Google Shopping*, punt 179.

eigen productvergelijker en die van concurrenten uit te leggen.⁴⁶

Het kan inderdaad zo zijn dat door een partij aangevoerde feiten van dien aard zijn dat zij de andere partij verplichten een verklaring of rechtvaardiging te geven.⁴⁷ Hier beroept het Gerecht zich echter niet zozeer op door de Commissie aangevoerde zaakspecifieke feiten, maar op algemeenheden betreffende de zoekmachine van Google die ook in andere toekomstige zaken aanwezig zullen zijn. Daarmee verplicht het Gerecht Google in feite om in dergelijke toekomstige zaken een vergelijkbaar verschil in behandeling te rechtvaardigen. Deze verplichting vloeit immers voort uit de bevinding dat het bevoordelen van de eigen resultaten ten opzichte van die van concurrenten 'enigszins onnatuurlijk' is. Hoewel de conclusie dat in deze zaak geen sprake was van mededinging op basis van verdienste niet bekritiseerd kan worden, kunnen wel vraagtekens worden gesteld bij deze algemene omdraaiing van de bewijslast. Het lijkt te ver te gaan om Google reeds bij voorbaat te verplichten iedere beoordeling van de eigen resultaten te rechtvaardigen, zonder dat de klager of autoriteit eerst heeft aangetoond dat sprake is van een misbruik.

Bronner verder ingeperkt

Google zal ook niet tevreden zijn over de opmerking van het Gerecht dat haar algemene resultatenpagina 'veel weg heeft van een essentiële faciliteit'.⁴⁸ Volgens het Gerecht is dit zo, omdat er geen substituuut bestaat om Googles resultatenpagina op een economisch levensvatbare manier te vervangen op de markt. Het Gerecht noemt echter niet het andere relevante punt uit het *Bronner*-arrest (dat ziet op essentiële faciliteiten), namelijk of de dienst 'onontbeerlijk' is voor de onderneming die toegang verlangt, in dit geval concurrerende productvergelijkers.⁴⁹ Zo lijkt de toepassing van de strenge onontbeerlijkheidstoets uit *Bronner* verder te worden ingeperkt en niet van toepassing te zijn op de vraag of Googles algemene resultatenpagina een essentiële faciliteit is.

Deze overweging kan worden gezien in de bredere ontwikkeling van de rechtspraak die *Bronner* slechts in beperkte gevallen toepasselijk acht en die voortvloeit uit het vaak gevoerde, maar even vaak afgewezen argument dat een bepaald soort misbruik van machtspositie in wezen een leveringsweigering vormt.⁵⁰ Deze stelling werd ook geponeerd in zaken betreffende *margin squeeze* en koppelverkoop, en in beide gevallen wees de Unierechter er al op dat het onontbeerlijkheidsvereiste uit *Bronner* niet van toepassing was, omdat de misbruiken in

kwestie op zichzelf stonden.⁵¹ Recenter werd dit punt nog eens benadrukt in *Slovak Telekom*, waarin het Hof van Justitie concludeerde dat als een onderneming met een machtspositie toegang tot haar infrastructuur verleent, maar onbillijke voorwaarden stelt voor die toegang, het ontbreken van onontbeerlijkheid als zodanig niet doorslaggevend is.⁵² Ook in het arrest blijkt weer dat de Unierechter geen ruime toepassing wenst te geven aan *Bronner*. Het misbruik door Google werd geklassificeerd als een op zichzelf staand misbruik, en niet als een leveringsweigering. Tegelijkertijd merkte het Gerecht Googles resultatenpagina aan als een quasi-essentiële faciliteit, zonder te toetsen of toegang tot die faciliteit onontbeerlijk is voor bepaalde marktpartijen. De gevolgen van de vaststelling dat Google veel weg heeft van een essentiële faciliteit zijn echter te overzien.⁵³ De *Bronner*-rechtspraak blijft namelijk volledig van toepassing als een geheel nieuwe groep ondernemingen toegang eist tot de resultatenpagina van Google, terwijl die groep eerder geen toegang had. In dat geval moet onontbeerlijkheid nog steeds worden bewezen. Waar echter sprake is van een benadeling van *bestaande* gebruikers van die resultatenpagina die ook nog eens ten gunste komt van een door Google geïntroduceerde concurrerende dienst, zou het niet terecht zijn om het moeilijk bewijsbare onontbeerlijkheidsvereiste toe te passen.

Mededingingsbeperkende gevolgen

Tot slot is het van belang stil te staan bij de analyse door de Commissie en het Gerecht van de gevolgen van Googles gedragingen voor de mededinging, en in het bijzonder de rol van de 'contrafeitelijke analyse' en van de 'even efficiënte concurrent', twee toetsen die wel worden gebruikt om mededingingsbeperkende gevolgen van overeenkomsten en praktijken te onderzoeken.

Google had de Commissie bekritiseerd voor het niet uitvoeren van een contrafeitelijke analyse. Een dergelijke analyse is in de rechtspraak betreffende overeenkomsten die het gevolg hebben de mededinging te beperken juist verplicht.⁵⁴ Het Gerecht wijst erop dat door een contrafeitelijke analyse de 'werkelijke effecten' van de gedragingen kunnen worden vastgesteld. Dat is echter niet nodig, aangezien het bestaan van potentiële gevolgen volstaat.⁵⁵ Derhalve hoeft de Commissie geen contrafei-

46 *Google Shopping*, punt 179, met verwijzing naar Gerecht 12 december 2018, T-691/14, ECLI:EU:T:2018:922 (*Servier e.a./Commissie*) (hogere voorziening ingesteld), punt 1377.

47 *Google Shopping*, punt 133, met verwijzing naar HvJ 17 juni 2010, C-413/08 P, ECLI:EU:C:2010:346 (*Lafarge/Commissie*), punt 29 en 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

48 *Google Shopping*, punt 224.

49 *Oscar Bronner*, punt 41.

50 Zo ook Google, zie *Google Shopping*, punt 199-249.

51 HvJ 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera Sverige*), punt 55-58, HvJ 10 juli 2014, C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062 (*Telefónica en Telefónica de España/Commissie*), punt 75 en Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft/Commissie*), punt 961.

52 HvJ 25 maart 2021, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom*), punt 50.

53 Anders: P. Ibáñez Colomo, 'The General Court in Case T-612/17, Google Shopping: the rise of a doctrine of equal treatment in Article 102 TFEU', *Chilling Competition Blog*, 10 november 2021.

54 HvJ 28 mei 1998, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256 (*John Deere/Commissie*), punt 76.

55 *Google Shopping*, punt 378. NB Potentiële gevolgen zijn ook voldoende om vast te stellen dat een overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen heeft, in strijd met art. 101 VWEU (*John Deere/Commissie*, punt 77). Het is dus niet geheel duidelijk waarom een contrafeitelijke analyse wel verplicht is in zaken onder art. 101, maar niet onder art. 102 VWEU.

telijke analyse uit te voeren bij de vaststelling van een misbruik van machtspositie.

Toch kan een dergelijke analyse van dienst zijn voor de onderzochte onderneming. Het staat de onderneming vrij een contrafeitelijke analyse in te dienen ter betwisting van de bevindingen van de Commissie.⁵⁶ Meer algemeen geldt bovendien dat indien de betrokken onderneming, onder overlegging van bewijs, betwist dat haar gedrag de mededinging kon beperken, de Commissie alle relevante omstandigheden moet analyseren om hierover te beslissen. De ontwikkelingen van de markt in de periode dat de onderzochte praktijken werden toegepast kunnen relevante omstandigheden vormen.⁵⁷ Derhalve kan een deugdelijk uitgevoerde contrafeitelijke analyse wel degelijk relevant zijn, aangezien deze de vraag kan oproepen of de praktijken in staat waren de mededinging te beperken. Als het internetverkeer naar concurrerende diensten zónder de praktijken van Google net zo snel was gedaald, bijvoorbeeld door een externe factor die in zowel het contrafeitelijke als het werkelijke scenario aanwezig was, dan zou het moeilijker zijn voor de Commissie om vast te stellen dat sprake was van mededingingsbeperkende gevolgen.

In tegenstelling tot de contrafeitelijke analyse is het criterium van de even efficiënte concurrent juist niet behulpzaam bij een zaak als de onderhavige.⁵⁸ Dit criterium dient om bij tariefpraktijken (bijvoorbeeld *predatory pricing* of *margin squeeze*) na te gaan of een concurrent die even efficiënt is als de van deze tariefpraktijk beschuldigde onderneming en die dezelfde prijzen als die onderneming aanreukt aan zijn klanten, dat doet met verlies, waardoor hij op langere termijn de markt zou moeten verlaten.⁵⁹ De relevantie van dit criterium voor tariefpraktijken vloeit voort uit de gedachte dat een bepaalde prijs niet op zichzelf misbruik kan vormen.⁶⁰ De prijs moet dus worden getoetst aan objectieve prijs- en kostendata om te bepalen of die prijs concurrentie door een even efficiënte concurrent onmogelijk maakt.

Google had zich echter niet aan tariefpraktijken schuldig gemaakt. Hoewel het zo is dat mededinging op basis van verdienste kan leiden tot uitsluiting van minder efficiënte concurrenten,⁶¹ moet er in de eerste plaats sprake zijn van mededinging op basis van verdienste. De cruciale vraag is hoe dit kan worden vastgesteld. Bij andere praktijken dan tariefpraktijken is een kwalitatieve analyse aangewezen. Als uit die kwalitatieve analyse volgt dat de praktijken verder gaan dan mededinging op basis van verdienste, dan bestaat er geen noodzaak ook nog eens een kwantitatieve analyse van een hypotheti-

sche 'even efficiënte concurrent' uit te voeren. Of, toegepast op de feiten van deze zaak: als bewezen is dat Google door concurrerende vergelijkers te benadelen en zichzelf te bevoordelen het internetverkeer naar die concurrenten doet dalen en naar zichzelf doet stijgen, en tevens is aangetoond hoe belangrijk dat internetverkeer is voor die concurrenten, hoeft niet ook nog een analyse van de prijzen of kosten van die concurrenten te worden uitgevoerd. Zij hebben immers geen middelen om op basis van hun prijzen op de praktijken van Google te reageren. De praktijken zijn dus in staat de markt af te scherpen voor concurrenten, efficiënt of niet.

Conclusie

Het belang van dit arrest ligt voornamelijk in de verduidelijkingen die het aanbrengt met betrekking tot de bestaande rechtspraak. Zo maakt het arrest een expliciet onderscheid tussen tariefpraktijken en andere praktijken en verbindt het daar gevolgen aan waar het gaat om de rol van de even efficiënte concurrent. Voorts maakt het arrest expliciet dat het bij afschermingspraktijken niet voldoende is om aan te tonen dat de praktijk in kwestie mededingingsbeperkende gevolgen had. Ook concurrentie op het scherpst van de snede kan er immers toe leiden dat concurrenten gedwongen zijn de markt te verlaten.

Daarmee schrijft het arrest groot belang toe aan het begrip 'mededinging op basis van verdienste' in zaken waarin geen sprake is van gedragingen die in beginsel de mededinging aantasten (zoals gedragingen die erop gericht zijn van klanten een exclusieve of sterk bevoorrechte afname te verkrijgen, eventueel door middel van getrouwheidskortingen), en waar mogelijke gevolgen voor de mededinging – zoals een daling van het internetverkeer naar concurrenten en een stijging van dat verkeer naar de onderneming met een machtspositie – waarneembaar zijn. Het arrest maakt duidelijk dat in dergelijke zaken 'mededinging op basis van verdienste' de lakmoesproef vormt om te bepalen of sprake is van misbruik of van onvervalste mededinging.

Het is welkom dat het Gerecht kleur geeft aan dit belangrijke begrip. Het arrest maakt duidelijk dat het een veelzijdig begrip betreft, en in die zin past het bij de niet-uitputtende lijst van mogelijke misbruiken in artikel 102 VWEU. Aldus bevestigt het Gerecht dat dit verdragsartikel flexibel genoeg is om nieuwe soorten misbruik aan de kaak te stellen.

⁵⁶ *Google Shopping*, punt 379.

⁵⁷ *Google Shopping*, punt 439 en 440.

⁵⁸ *Google Shopping*, punt 538.

⁵⁹ HvJ 6 oktober 2015, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651 (*Post Danmark II*), punt 53-55.

⁶⁰ Gerecht 12 juni 2014, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547 (*Intel/Commissie*), punt 99. Dit arrest is vernietigd door het Hof van Justitie, niet in de laatste plaats omdat het Gerecht de getrouwheidskortingen toegepast door Intel juist niet zag als tariefpraktijken (HvJ 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632).

⁶¹ *Post Danmark I*, punt 22.