

341. Het Intel arrest: een (aarzelende) aanvaarding van de *effects-based-approach* bij getrouwheidskortingen

MR. J.W. FANOY EN MR. G.J. VAN MIDDEN

Met de Intel zaak heeft het Hof een nieuwe gelegenheid gekregen om zijn standpunt te geven over de 'effects based approach' in misbruikzaken (in de zin van artikel 102 VWEU). Zeker nadat A-G Wahl met zijn conclusie een breuk met de *per se approach* had bepleit, werd reikhalzend uitgekeken naar het arrest: zou het Hof om gaan en ruimte scheppen voor een *effects based approach* bij de beoordeling van misbruik bij kortingsregelingen? Het antwoord hierop is bevestigend. De auteurs bespreken de overwegingen van het Hof en de A-G en duiden deze in de een breder mededingingsrechtelijk kader.

Inleiding

In 2012 schreef één van de schrijvers een artikel in MP naar aanleiding van het arrest van het Hof inzake Tomra met als titel 'Het Tomra-arrest: kortingen en de 'effects based approach'; (vooralsnog) geen gelukkig huwelijk'.¹ De conclusie destijds was dat het Hof in Tomra de kans had laten lopen om de *effects based approach* 'vol' toe te passen en dit de rechtszekerheid niet ten goede kwam. Het Hof heeft in Tomra wel de quasi *effects based* analyse van de Commissie getoetst, maar was van oordeel dat deze analyse de toets der kritiek kon doorstaan, ook al was die analyse niet uitgevoerd conform de eigen Richtsnoeren van de Commissie inzake uitsluitingsmisbruik (uit 2009)². Volgens het Hof was de Commissie in ieder geval niet gehouden om meer te doen dan hetgeen zij had gedaan.

Met de Intel zaak heeft het Hof een nieuwe gelegenheid gekregen om zijn standpunt te geven over de 'effects based approach' in misbruikzaken. Zeker nadat A-G Wahl met zijn conclusie een breuk met de *per se approach* had bepleit, werd door menigeen reikhalzend uitgekeken naar het arrest: zou het Hof om gaan en ruimte scheppen voor een *effects based approach* bij de beoordeling van misbruik bij kortingsregelingen?

Beschikking van de Commissie

Het onderzoek van de Commissie naar Intel is gaan lopen door een klacht van AMD. AMD was, ten tijde van het

misbruik, Intel's naaste en enige concurrent op de markt voor x86-processoren, die worden gebruikt voor de bouw van computers. In haar beschikking van 13 mei 2009 komt de Commissie tot de conclusie dat Intel misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie³. Het misbruik was in de eerste plaats gelegen in de getrouwheidskortingen die Intel rekende aan de grote computerfabrikanten (Dell, HP, NEC en Lenovo). Voorwaarde voor de korting was dat zij hun gehele behoefte aan x86-processoren bij Intel zouden betrekken. In de tweede plaats verrichtte Intel rechtstreekse betalingen aan deze fabrikanten op voorwaarde dat zij de lancering van producten met AMD-processoren zouden uitstellen of annuleren.

De Commissie toetst de getrouwheidskortingen aan de voorwaarden die het Hof van Justitie in het uit 1979 stammende arrest in de zaak *Hoffman-La Roche* formuleerde. Volgens dat arrest vormen kortingen, waaraan een (quasi-) exclusieve bevoorradingsverplichting is gekoppeld, een misbruik, zonder dat daartoe een nadere analyse van de (uitsluitings)effecten noodzakelijk is: een zogeheten *per se-misbruik*.⁴ In het licht van deze rechtspraak staat het misbruikarakter van deze kortingen vast, ongeacht de gevolgen voor de mededinging. Toch gaat de Commissie na of de kortingen gevolgen voor de mededinging konden hebben. Zij past daarbij de (toentertijd zeer recente) Richtsnoeren voor uitsluitingsmisbruik toe, hoewel deze formeel nog niet van toepassing waren. De Commissie onderzoekt of de kortingen dermate waren dat een even efficiënte concurrent daarmee niet op een winstgevende manier kon concurreren en past daarmee de *as efficient competitor test*

1 J.W. Fanoy, 'Het Tomra-arrest: kortingen en de 'effects based approach'; (vooralsnog) geen gelukkig huwelijk, MP, 2012, blz. 179.

2 Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de handavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PB C 45 van 24 februari 2009, p. 7.

3 Dat Intel, dat gedurende de inbreukperiode (van 1997 tot 2007) een marktaandeel van circa 70% had, een machtspositie had, was niet in geschil.

4 Hof van Justitie 13 februari 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissie*, zaak 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, punten 89-90.

(ook: AEC-test) toe. Uitkomst daarvan was dat zelfs indien AMD dezelfde kostenstructuur als Intel had, zou AMD, gelet op het beperkte betwistbare gedeelte van de vraag van de computerfabrikanten, niet in staat zijn geweest op concurrerende wijze boven kostprijs prijzen aan te bieden.

Arrest van het Gerecht

Intel gaat vervolgens tegen de beschikking in beroep bij het Gerecht. Het Gerecht komt op 12 juni 2014 tot een opzienbarend arrest⁵. Waar velen ermee rekening hadden gehouden dat het Gerecht de toepassing door de Commissie van de AEC-test zou toetsen, wijst het Gerecht de relevantie van deze toets voor kortingen als hier aan de orde categorisch af. Het Gerecht neemt in zijn beoordeling tot uitgangspunt dat er drie categorieën kortingen zijn: kwantumkortingen, exclusiviteitskortingen en andersoortige kortingen. Waar kwantumkortingen in beginsel zijn toegestaan, zijn exclusiviteitskortingen dat in beginsel niet. Het Gerecht merkt de door Intel verleende kortingen als exclusiviteitskortingen aan, nu aan de kortingen de voorwaarde was verbonden dat de computerfabrikanten voor hun totale behoefte, dan wel voor een aanzienlijk deel van hun behoefte aan x86-procesoren bij Intel zouden aankloppen. Dergelijke kortingen zijn volgens het Gerecht onverenigbaar met het doel van onvervalste mededinging, wanneer deze worden gehanteerd door een dominante onderneming die voor haar afnemers een onvermijdelijke handelspartner is. Dat is aan de orde indien concurrenten niet in staat zijn aan de behoefte van afnemers te voldoen. In die gevallen kan een dominante onderneming het niet-betwistbare gedeelte van de vraag gebruiken als hefboom om ook het betwistbare gedeelte van de vraag voor zichzelf te houden. Onder verwijzing naar oude rechtspraak van het Hof, zoals in *Hoffman-La Roche*, *Michelin I* en *Tomra*, komt het Gerecht tot de slotsom dat dergelijke door onvermijdelijke handelspartners gehanteerde kortingsregelingen naar hun aard mededingingsbeperkend zijn, zonder dat een analyse naar de effecten noodzakelijk is.⁶

Het Gerecht overweegt ten overvloede dat de Commissie, als zij al gehouden zou zijn uitsluitingseffecten te onderzoeken, hiertoe niet per se de AEC-test hoeft uit te voeren. Het gaat er volgens het Gerecht namelijk niet om of de toegang tot de markt wordt afgesloten, maar of markttoetreding lastiger wordt. Dat het voor een even efficiënte concurrent economisch niet onmogelijk is een markt te betreden, sluit echter niet uit dat er wel uitsluitingseffecten van kortingen uitgaan.⁷ Hoewel het Gerecht de in de Richtsnoeren ingezette “*effects based approach*” hier niet noodzakelijk acht, gaat het de door de Commissie gedane effectenanalyse ten overvloede wel na en concludeert dat genoegzaam

is komen vast te staan dat de kortingen de mededinging konden beperken.⁸

Conclusie van A-G Wahl

A-G Wahl constateert in de eerste plaats dat het arrest van het Gerecht is gebaseerd op de aanname dat een door een onderneming met een machtspositie gebonden “exclusiviteitskorting” altijd in een mededingingsversturende uitsluiting resulteert. Met die conclusie is A-G Wahl het niet eens. Het is weliswaar juist dat uit het arrest *Hoffmann-La Roche* volgt dat op kortingen die erop gericht zijn kopers te binden een vermoeden van misbruik rust. Daaruit (en ook uit de daarop volgende rechtspraak⁹) volgt echter niet dat dat de concrete omstandigheden buiten beschouwing worden gelaten.¹⁰ De context is volgens de A-G juist essentieel, zelfs als het uitsluitingseffect evident lijkt te zijn, omdat anders gedragingen die onmogelijk tot een mededingingsbeperking kunnen leiden en mogelijk zelfs de mededinging bevorderen, algemeen verboden zijn.¹¹

Vervolgens corrigeert de A-G de classificatie die het Gerecht heeft aangebracht ten aanzien van kortingen. Er zijn volgens de A-G geen drie, maar twee categorieën te onderscheiden. Enerzijds zijn dat volumekortingen, waarop een vermoeden van rechtmatigheid rust. Daarbij wijst de A-G onder meer op het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Michelin I*¹², waarin het Hof oordeelde dat bij kwantumkortingen die uitsluitend afhangen van de omvang van de bij de dominante onderneming gedane aankopen in het algemeen geen afscherpende werking uitgaan. Immers, wanneer door de verhoging van de geleverde hoeveelheid de kosten van de leverancier dalen, mag hij zijn klanten via een gunstiger prijs van deze verlaging laten profiteren. Kwantumkortingen die het resultaat zijn van een verbeterde efficiëntie en van schaalvoordelen van de dominante onderneming vormen in beginsel daarom geen misbruik, tenzij na uitgebreid onderzoek van de gevolgen het tegendeel blijkt, aldus de A-G.¹³

Daarvan moeten anderzijds getrouwheidskortingen (ongeacht of daaraan een exclusiviteitsvoorwaarde is verbonden) worden onderscheiden. Daarop rust wél een vermoeden van onrechtmatigheid. Bij exclusiviteitskortingen hanteert het Hof een benadering die “zekere gelijkenissen” vertoont met die voor strekkingsbeperkingen in de zin van artikel 101 VWEU. Bij de beoordeling of afspraken naar hun aard geschikt zijn de mededinging nadelig te beïnvloeden, moet ook met de economische context en de aard van de betrokken goederen of diensten rekening moet worden gehou-

5 Gerecht 12 juni 2014, Intel Corp./Commissie, zaak T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547.

6 Arrest Gerecht, *Intel*, punten 80-94 en 103.

7 Arrest Gerecht, *Intel*, punten 146-150.

8 Arrest Gerecht, *Intel*, punten 172-190.

9 Vgl. Hof van Justitie 30 september 2003, *Michelin I*, zaak T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250; Hof van Justitie 15 maart 2007, *British Airways/Commissie*, zaak C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166; Hof van Justitie 19 april 2012, *Tomra/Commissie*, zaak C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221.

10 Conclusie, punten 63-70.

11 Conclusie, punt 78.

12 Hof van Justitie 30 september 2003, *Michelin I*, zaak T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, punt 58.

13 Conclusie, punt 81.

den. Daarbij herhaalt de A-G nadrukkelijk dat, zoals reeds uit *Hoffman-La Roche*, *Michelin I* en latere rechtspraak volgt, de specifieke context nooit buiten beschouwing mag worden gelaten.

Wat het Gerecht volgens de A-G feitelijk heeft gedaan is, naast deze twee categorieën een “supercategorie” te creëren voor “exclusiviteitskortingen”. Voor deze categorieën zou volgens het Gerecht geen noodzaak bestaan de context te onderzoeken. Voor die benadering bestaat volgens de A-G om vier redenen geen ruimte.

In de eerste plaats is een *op vorm* gebaseerd vermoeden van onrechtmatigheid onmogelijk te weerleggen. Het is volgens de A-G problematisch dat kortingen met een exclusiviteitsvoorwaarde naar hun aard verboden zijn, omdat het ook in die gevallen mogelijk moet zijn om aan te tonen dat eventuele uitsluitingseffecten van het kortingsstelsel kunnen worden gecompenseerd.¹⁴ Dat raakt aan het tweede bezwaar, namelijk dat getrouwheidskortingen niet altijd schadelijk zijn, wat het Gerecht zelf overigens ook erkent.¹⁵ Andersom kunnen ook van andere soorten kortingen versturende effecten uitgaan. In de derde plaats zijn de gevolgen van getrouwheidskortingen in alle gevallen contextafhankelijk, wat ook uit zaken als *Hoffmann-La Roche* en *Tomra* volgt.¹⁶ Tot slot is ten aanzien van aanverwante tariefpraktijken (zoals *margin squeeze* en rooftprijzen) nadrukkelijk uitgemerkt dat alle omstandigheden moeten worden meegenomen. De A-G noemt het problematisch dat het Gerecht deze rechtspraak irrelevant heeft geacht en daarmee onderscheid maakt tussen verschillende soorten tariefpraktijken, maar die wel gemeen hebben dat zij tot prijsgerelateerde uitsluiting leiden.¹⁷

De A-G kan ook de ten overvloede gemaakte overwegingen van het Gerecht ten aanzien van de omstandigheden niet volgen. Zo heeft het Gerecht in de eerste plaats onvoldoende onderzocht of het waarschijnlijk was dat de kortingen de mededinging zouden schaden. Ook heeft het Gerecht niet de juiste relevante factoren in aanmerking genomen. Zo is de omstandigheid dat de betrokken kortingen een rol hebben gespeeld bij de commerciële beslissingen van de computerfabrikanten, geen factor waaraan volgens de A-G doorslaggevende betekenis kan worden toegekend. Het belangrijkste punt van kritiek van de A-G is dat het Gerecht onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de overige omstandigheden. De A-G wijst daarbij in het bijzonder op het beperkte deel van de markt dat door de gedragingen is geraakt en op de beperkte duur van de kortingsregeling. Interessant is vooral de kritiek die de A-G uit op het negeren van de AEC-test door het Gerecht. De AEC-test zou achterwege kunnen blijven wanneer men zou aanvaarden dat een loutere hypothetische mogelijkheid van uitsluiting als bewijs zou kunnen volstaan. Echter is het wél noodzakelijk dat er een uitsluitingseffect optreedt, wat maakt dat een analyse op basis van de AEC-test niet

kan worden genegeerd. Hoewel in zowel *Post Danmark II* als in *Tomra* is geoordeeld dat er geen harde verplichting bestaat, ligt toepassing van de AEC-test hier wel in de rede, nu de Commissie zelf nota bene deze test heeft uitgevoerd en, belangrijker, nu de omstandigheden niet zonder meer de conclusie schragen dat de kortingen effecten hebben op de mededinging.

Het Arrest

Het Hof begint ermee eraan te herinneren dat artikel 102 VWEU ondernemingen niet belet om door eigen verdienste een machtspositie op de markt te verwerven en dat deze norm niet strekt ter bescherming van minder efficiënte concurrenten. Concurrentie *on the merits* kan er toe leiden dat minder efficiënte concurrenten van de markt verdwijnen. Tegelijkertijd, zo herinnert het Hof eraan, rust op ondernemingen met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid om geen afbreuk te doen aan daadwerkelijke mededinging die uitgaat van even efficiënte concurrenten. Praktijken die leiden tot uitsluiting van even efficiënte concurrenten vallen wél onder het verbod van artikel 102 VWEU, zo overweegt het Hof onder verwijzing naar zijn arrest in de zaak *Post Danmark*^{18,19}

Aangezien de AEC-test volgens het Hof een belangrijke rol heeft gespeeld bij de beoordeling door de Commissie, was het Gerecht verplicht om alle argumenten van Intel dienaangaande te onderzoeken

Dan komt het Hof specifiek op de praktijk van getrouwheidskortingen. Het Hof brengt daarbij zijn uitspraak in *Hoffmann-La Roche* in herinnering, waaruit volgt dat een praktijk van kortingen waarmee afnemers worden gestipuleerd om voor al of een groot deel van hun behoeften bij de dominante onderneming worden gebonden, misbruik vormt. Deze rechtspraak dient volgens het Hof evenwel te worden verduidelijkt wanneer de betrokken onderneming betoogt dat haar gedrag de mededinging niet kon beperken, omdat dit niet tot uitsluitingseffecten kon leiden. In dat geval mag de Commissie er niet mee volstaan enkel de marktpositie van de onderneming, de marktdekking van de betwiste praktijk, de duur, de hoogte, de voorwaarden en de modaliteiten van de getrouwheidskortingen te onderzoeken. In dat geval moet de Commissie ook nagaan of er sprake is van een strategie die erop is gericht om minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten.²⁰ Bij deze analyse moet ook worden onderzocht of de praktijk objectief

14 Conclusie, punten 86-88.

15 Arrest Gerecht, punten 89-94.

16 Conclusie, punten 94-100.

17 Conclusie, punten 101-102.

18 Arrest Hof van Justitie 27 maart 2012, *Post Danmark*, zaak C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172.

19 Arrest Hof, punten 133-136.

20 Arrest Hof, punten 137-139.

gerechtvaardigd kan worden en of de eventuele nadelen kunnen worden gecompenseerd door *efficiency* voordelen. Dat is pas mogelijk indien een analyse is gemaakt van de aan de betrokken praktijk inherente mogelijkheid om minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten. Daartoe is het noodzakelijk dat alle argumenten van de verzoekende partij worden onderzocht.²¹

Dan komt het Hof op de AEC-test, die de Commissie *volledigheidshalve* had toegepast om de omstandigheden van de kortingspraktijk te onderzoeken. Het Hof constateert dat de Commissie een zeer gedetailleerde uiteenzetting heeft gegeven van haar analyse, met toepassing van de AEC-test. Aangezien de AEC-test volgens het Hof een belangrijke rol heeft gespeeld bij de beoordeling door de Commissie, was het Gerecht verplicht om alle argumenten van Intel dien-aangaande te onderzoeken. Door in zijn arrest dit onderzoek van de Commissie als irrelevant af te doen, heeft het Gerecht niet geantwoord op de kritiek die Intel had aangevoerd.²² Om die redenen vernietigt het Hof het arrest en verwijst het de zaak terug naar het Gerecht, dat, de mededingingsbeperkende effecten van kortingen indachtig, de argumenten van Intel moet toetsen.²³

Commentaar

In de inleiding hebben schrijvers de vraag gesteld of het Hof bij de beoordeling van misbruik bij kortingsregelingen nu (eindelijk) heeft gekozen voor een *effects based approach*? Na lezing van het Arrest moet die vraag wat ons betreft positief worden beantwoord en heeft de AEC-test een volwaardige plek aan tafel gekregen wanneer het gaat om het beoordelen van het misbruikelijke karakter van getrouwheidskortingen.

Na het arrest staat vast dat de AEC-test een volwaardige plek heeft gekregen bij de beoordeling van uitsluitingsmisbruik op basis van prijs

Kritische lezers van het arrest zullen onmiddellijk zeggen dat *de soep mogelijk nog niet zo heet wordt gegeten*, omdat het Hof enkel heeft aangegeven dat de Commissie een *effects based* benadering moet toepassen, indien de betrokken onderneming argumenten naar voren brengt waaruit kan worden gedestilleerd dat de betrokken kortingen geen uitsluitingseffecten kunnen hebben gehad. Het Hof vernietigt het arrest van het Gerecht immers met name omdat Intel wel degelijk dergelijke argumenten tijdens het onderzoek naar voren heeft gebracht. Alsdan is de Commissie volgens het Hof gehouden om naast (i) de marktpositie van de onderneming, (ii) de marktdekking van de betwiste praktijk, (iii) de duur, de hoogte, de voorwaarden en de

modaliteiten van de getrouwheidskortingen, ook te onderzoeken of er sprake is van een strategie die erop is gericht om minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten. Men zou hierin de conclusie kunnen lezen dat, omdat het Hof niet heeft geoordeeld dat de Commissie zonder meer de effecten op de mededinging moet onderzoeken, de *Hoffmann-La Roche* rechtspraak nog steeds staat.

Het is duidelijk dat de in *Hoffmann-La Roche* geformuleerde *per se*-benadering niet meer staat, althans nooit in absolute zin heeft bestaan

Het Hof zegt inderdaad niet met zoveel woorden dat het zijn rechtspraak in *Hoffmann-La Roche* verlaat, maar zegt enkel deze rechtspraak te “verduidelijken”. Dat rechtvaardigt niet de conclusie dat de *per se*-benadering nog altijd staat. De door het Hof aangebrachte verduidelijking zit hem in het feit dat reeds in *Hoffmann-La Roche* en in de opvolgende rechtspraak is uitgemaakt dat ‘*alle omstandigheden*’ moeten worden meegenomen bij het beoordelen van getrouwheidskortingen, wanneer de betrokken onderneming tijdens het onderzoek aanvoert dat haar kortingen geen uitsluitingseffecten konden hebben. Daarmee zegt het Hof naar onze mening feitelijk dat *Hoffmann-La Roche* niet aldus begrepen moet worden dat getrouwheidskortingen een *per se* misbruik opleveren, maar dat op dergelijke kortingen niet meer dan een *vermoeden* van misbruik rust. Er geldt, met andere woorden, hooguit een “*per se* presumpctie” voor bepaalde *vormen* van misbruik. Om vast te stellen of bepaalde praktijken tot misbruik leiden, moeten alle omstandigheden van het geval worden onderzocht. Dat valt ook, anders dan het Gerecht veronderstelde, uit *Hoffmann-La Roche* (en latere rechtspraak²⁴) op te maken. Het is gelet op deze rechtspraak naar onze mening dus niet verrassend dat het Hof in overweging 139 van het Arrest tot het oordeel komt dat de Commissie pas tot misbruik kan concluderen, indien zij ook heeft aangetoond dat er sprake is van een strategie die erop is gericht minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten. Daarmee heeft het Hof, zonder dat met zoveel woorden te formuleren, feitelijk het bestaan van een derde (door de A-G getypeerd als) “supercategorie” voor exclusiviteitskortingen van de hand gewezen. Dat het Hof de noodzaak van de *effects-based-approach* in deze zaak nadrukkelijk heeft gekoppeld aan de omstandigheid dat Intel tijdens de administratieve procedure bewijs heeft aangedragen dat haar gedrag de mededinging niet kon beperken, betekent naar onze inschatting niet dat de Commissie in gevallen waarbij de onderneming dergelijk bewijs niet aandraagt zonder meer met een *per se*-benadering kan volstaan. Juist doordat het Hof de *effects-based-*

21 Arrest Hof, punten 140-141.

22 Arrest Hof, punten 142-146.

23 Arrest Hof, punten 149-150.

24 Vgl. Hof van Justitie 30 september 2003, *Michelin I*, zaak T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250; Hof van Justitie 15 maart 2007, *British Airways/Commissie*, zaak C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166; Hof van Justitie 19 april 2012, *Tomra/Commissie*, zaak C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221.

approach in de rechtspraak van Hoffmann-La Roche plaatst, geeft aan dat de in die zaak (gepercipieerde) *per se*-benadering niet meer staat, althans nooit in absolute zin heeft bestaan.²⁵ Bovendien zou bij een *per se*-benadering het misbruik al vaststaan, en het geen verschil maken of een onderneming met dergelijk tegenbewijs aankomt. Het Arrest toont aan dat dat voor het Hof kennelijk wél een verschil maakt. De Commissie mag hooguit uitgaan van een *per se*-presumptie, maar zal vervolgens wel alle omstandigheden van het geval moeten meenemen.

Dit valt ook op te maken uit de toelichting die het Hof geeft op zijn verduidelijking van *Hoffmann-La Roche*. Het Hof brengt in herinnering dat artikel 102 VWEU niet tot doel heeft ervoor te zorgen dat minder efficiënte concurrenten op de markt kunnen blijven en dat niet elk uitsluitingseffect tot misbruik leidt. Bij zijn overweging dat artikel 102 VWEU enkel praktijken verbiedt die leiden tot uitsluiting van even efficiënte concurrenten grijpt het Hof nadrukkelijk terug naar zijn uitspraak in *Post Danmark*²⁶. Het is tegen de achtergrond van deze rechtspraak, dat het Hof in de direct daarna volgende overwegingen *Hoffmann-La Roche* verduidelijkt. In *Post Danmark* was een praktijk van selectieve roofoffertes aan de orde. Het inbedden van *Hoffmann-La Roche* in *Post Danmark* duidt er naar onze mening op dat het Hof getrouwheidskortingen op dezelfde wijze wenst te benaderen als andere vormen van prijsmisbruik. Daar waar het Hof ten aanzien van andere prijsgerelateerde misbruikpraktijken een onvoorwaardelijke *effects-based-approach* toepaste, zou het niet logisch zijn dat het Hof bij getrouwheidskortingen toch wél ruimte ziet voor een zuivere *per se*-benadering in geval een dominante onderneming geen bewijs aandraagt dat haar gedragingen geen effect hebben geressorteed.

Er is naar onze mening ook geen overtuigende reden waarom, zoals het Hof in *Tomra* en het Gerecht in eerste aanleg in *Intel* deden, bij getrouwheidskortingen zou kunnen worden volstaan met een *per se* benadering, om bij andere vormen van prijsmisbruik een gevolgenbenadering te kiezen. Ook A-G Wahl uit deze kritiek nadrukkelijk in zijn conclusie. Hij acht het problematisch dat waar ten aanzien van aanverwante tariefpraktijken (zoals *margin squeeze* en roofoffertes) nadrukkelijk is uitgemaakt dat alle omstandigheden moeten worden meegenomen, het Gerecht deze rechtspraak irrelevant heeft geacht op kortingspraktijken. Voor een onderscheid tussen verschillende soorten vergelijkbare tariefpraktijken ziet hij geen rechtvaardiging.²⁷

Het Hof laat in het midden op welke wijze getrouwheidskortingen precies moeten worden beoordeeld onder de *effects based* benadering. Volgens het Hof moet onderzocht worden of de betrokken praktijk de “mogelijkheid” – de “*capability*” – heeft om minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten.²⁸ Het Hof laat in het midden hoe deze toets

precies moet worden ingevuld. Het Hof lijkt op eerste oog daarmee een lagere drempel te formuleren dan in andere zaken, waar als maatstaf de “waarschijnlijkheid” van een mededingingsbeperking werd geformuleerd. De vraag is of het Hof met zijn “*capability*-toets” een andere weg heeft willen inslaan. Het Hof lijkt hiermee eenzelfde toets als bij strekkingsbeperkingen te formuleren, waarbij ook geldt of een kartelgedraging mogelijk (en niet waarschijnlijk) de mededinging zal beperken²⁹. Toch is het de vraag of het Hof dat bedoeld heeft. In het arrest *Post Danmark II* sprak het Hof weliswaar ook van de “waarschijnlijkheid” (“*likelihood*”) van een mededingingsverstoringseffect, maar verderop in het arrest beoordeelt het Hof of de misbruikelijke gedragingen het “vermogen” (“*capability*”) heeft om de mededinging te beperken.³⁰ A-G Wahl lijkt geen verschil te zien tussen beide terminologieën. Volgens hem moet in beide duidelijk gemaakt worden dat de gedragingen verder gaan dan een loutere mogelijkheid op een mededingingsbeperkend effect. De gedragingen moeten de vermoede mededingingsbeperkende gevolgen hebben, bij gebreke waarvan een volwaardige analyse moet worden verricht.³¹ Petit vult deze toets verder in door de te pleiten voor een analogie met de in het *Remia*-arrest³² geformuleerde toets voor het bestaan van effecten op de tussenstaatse handel. Daarbij gaat het erom of feitelijk of rechtens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid *verwacht* kan worden dat de gedragingen daadwerkelijk of potentieel de handel kan worden beïnvloed.

In het veelvuldig aangehaalde *Post Danmark I* toetste het Hof de door *Post Danmark* gerekende prijzen aan het AEC-criterium, zoals dat in de richtsnoeren uit 2009 is geformuleerd. Het Hof oordeelde dat omdat de prijzen van *Post Danmark* boven de gemiddelde incrementele kosten uit bleven, misbruik niet kon worden aangenomen. Een nadere beoordeling van de mededingingsverstoringseffecten en het eventuele bestaan van een objectieve rechtvaardiging was daarvoor noodzakelijk. Nog voor het verschijnen van het Arrest en de Conclusie van A-G Wahl, heeft Geradin³³ reeds een op *Post Danmark* gebaseerde analyse voorgesteld, aan de hand waarvan getrouwheidskortingen zouden moeten worden beoordeeld. Daarbij onderscheidt hij drie stappen. Eerst zou moeten worden nagegaan of de kortingen concurrenten kunnen elimineren omdat de klanten van de dominante onderneming niet kunnen switchen naar alternatieve leveranciers zonder substantiële switchingskosten, die even efficiënte concurrenten niet kunnen matchen. Als dat zo is, zou moeten worden onderzocht of de klanten die in aanmerking komen voor de kortingen een substantieel

25 Arrest Hof, punten 138-139.

26 HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, *Post Danmark*, EU:C:2012:127.

27 Conclusie, punten 101-102.

28 Arrest Hof, punten 140-141.

29 Arrest Hof van Justitie 4 juni 2009, *T-Mobile*, zaak C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343.

30 HvJ EU 6 oktober 2015, *Post Danmark II*, zaak C23/14 ECLI:EU:C:2015:651, punten 64 en 68.

31 Conclusie, punten 119-120.

32 Arrest van het Hof van Justitie 11 juni 1985, *Remia*, zaak C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327.

33 D. Geradin, ‘Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to overrule Hoffmann-La Roche’, *Journal of Competition Law & Economics*, (11) 2015, blz. 27.

deel van de markt vertegenwoordigen naar wie even efficiënte concurrenten zich kunnen richten en hun derhalve een kans wordt ontnomen om winstgevend actief te zijn dan wel kunnen uitbreiden. Indien beide vragen positief worden beantwoord, dan zou moeten worden nagegaan of de uitsluitingseffecten van de kortingen gecompenseerd kunnen worden door de efficiëntievoordelen. Deze analyse vloeit niet alleen voort uit *Post Danmark I*, maar sluit ook goed aan bij de op de AEC-test gebaseerde methode die de Commissie in haar Richtsnoeren uit 2009 voor de beoordeling van getrouwheidskortingen heeft geformuleerd.³⁴

Het is, gelet op de verwijzingen naar *Post Danmark I* en het herhaalde adagium dat artikel 102 VWEU enkel strekt ter bescherming van even efficiënte concurrenten, verleidelijk te veronderstellen dat het Hof definitief het pad heeft geëffend voor de AEC-test. Toch heeft het Hof enkel geoordeeld dat het Gerecht de houdbaarheid van de AEC-test had moeten beoordelen, *aangezien* de Commissie deze test zelf had gebruikt bij haar onderzoek van de omstandigheden van de kortingsregeling. Daarmee zegt het Hof in wezen dat de AEC-test *een van de methoden* is om 'alle omstandigheden' en de gevolgen van misbruikpraktijken te onderzoeken. Dat zou ook in lijn zijn met zijn overweging in *Post Danmark* dat 'het criterium van de even efficiënte concurrent moet [...] worden beschouwd als één van meerdere instrumenten om te beoordelen of in verband met een kortingsstelsel misbruik wordt gemaakt van een machtspositie'.³⁵ Zou de Commissie vaststellen dat een even efficiënte concurrent niet gedwongen is om beneden zijn kosten te verkopen, dan is het aan de Commissie om aan te tonen dat een kortingsregeling toch tot uitsluitingseffecten kan leiden, bijvoorbeeld vanwege de omvang en duur van de kortingen en het belang van de producten voor de afnemers.³⁶

Met het arrest heeft de economische benadering wat de schrijvers betreft nu in alle onderdelen van het mededingingsrecht haar intrede gedaan

Hoewel het Hof in het Arrest, door de *effects-based-approach* en de AEC-test nadrukkelijk in de verweersleutel van Intel te formuleren, nog enigszins op twee gedachten lijkt te hinken, is met het Arrest wel duidelijk geworden dat het Hof eigenlijk geen reden meer ziet om voor verschillende (maar vergelijkbare) vormen van prijsmisbruik afwijkende onderzoeksmethoden te hanteren. Waar een per se benadering al niet volstond bij andere vormen van prijsmisbruik, zoals bij selectieve rooftprijzen, kan gevoeglijk worden

geconcludeerd dat deze benadering ook bij getrouwheidskortingen buiten beeld is geraakt.

Met het Arrest heeft de economische benadering wat de schrijvers betreft nu in alle onderdelen van het mededingingsrecht haar intrede gedaan. Men denke bijvoorbeeld aan de interpretatie van de begrippen 'gecoördineerde effecten' in *Woodpulp*, 'collectieve dominantie' in *Bertelsmann*³⁷ en 'strekingsbeperkingen' in *Carte Bancaires*³⁸. In deze laatste zaak heeft het Hof geoordeeld dat voor de beoordeling of een overeenkomst in die mate de mededinging nadelig beïnvloedt dat deze kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben, ook met de economische context en de aard van de betrokken goederen of diensten rekening moet worden gehouden. Daarmee was al duidelijk dat een "hardcore" (of in 102 VWEU-termen: "per se-") kartel niet enkel kan worden vastgesteld op basis van de vorm van de afspraken.

In zoverre is de test onder artikel 101 en 102 VWEU gelijk gesteld en zou men kunnen zeggen dat de aard van de afspraken of het misbruik hooguit tot een *per se* of *hardcore* presumptie kan leiden, maar dat die kwalificatie niet volstaat om tot een per se of *hardcore* mededingingsovertreding te kunnen concluderen.

Dat laatste is ook toe te juichen in het licht van artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) en het EU-Handvest.³⁹ Een beboete onderneming is nu (eindelijk) in staat om de (economische) analyse van de Commissie te laten toetsen door een onafhankelijke rechter, waarbij de Commissie zich niet kan verschuilen achter het argument dat het misbruik reeds vaststaat, ongeacht de uitkomst van haar economische analyse. Daarbij dringt zich hier wel de vraag op of Intel met het Arrest daadwerkelijk geholpen is. De zaak is immers nu voor een inhoudelijke beoordeling terugverwezen naar het Gerecht. Wanneer echter naar *Tomra* wordt gekeken, dan kan in ieder geval worden gezegd dat het Hof destijds niet heel streng is geweest voor de Commissie ten aanzien van de inhoudelijke (*effects based*) beoordeling. Zo was de Commissie niet gehouden om de mededingingsbeperkende intentie aan te tonen. Ook hoefde de Commissie niet aan te tonen dat de retroactieve en geïndividualiseerde kortingen die werden berekend op basis van de volledige afname leidden tot negatieve prijzen. Evenmin was de mate van afscherming van de markt relevant. Verder was het voor de Commissie voldoende om aan te tonen dat een getrouwheidskorting de mededinging kan beperken. Het is echter de vraag of het Gerecht nu in de Intel-saga zo makkelijk nog weg kan komen, nu het Gerecht onder verwijzing naar *Post Danmark*, wel degelijk de marktdekking (en daarmee de mate van afscherming van de markt) moet beoordelen

34 Richtsnoeren, punten 41-45.

35 Zie ook de conclusie van A-G Wahl in deze context (paragraaf 165).

36 D. Geradin, 'Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to overrule Hoffmann-La Roche', *Journal of Competition Law & Economics*, (11) 2015, blz. 32.

37 Arrest van het Hof van Justitie 10 juli 2008, *Bertelsmann*, zaak C-413/06 P, ECLI:EU:C:2008:392.

38 Arrest van het Hof van Justitie 11 september 2014, *Carte Bancaires*, zaak C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204.

39 J.W. Fanoy, 'Het Tomra-arrest: kortingen en de 'effects based approach': (vooral) nog geen gelukkig huwelijk, MP, 2012, blz. 179.

en ook de daadwerkelijke effecten van de kortingsregeling⁴⁰ en de intentie (of strategie) moet meewegen.

Conclusie

Het Arrest is kort, maar krachtig en brengt de Europese rechtspraak (meer) in lijn met de economische theorieën, maar brengt ook (meer) cohesie binnen de Europese rechtspraak zelf ten aanzien van de verschillende vormen van misbruik met betrekking tot het unilateraal toepassen van prijsbeleid en kortingen. Voor dominante ondernemingen zal dit in ieder geval meer rechtszekerheid meebrengen, al is het gevolg nu wel dat het aan de dominante onderneming zelf is om te bepalen of het gewenste kortingsbeleid in strijd is met het kortingsverbod. Waar onder de per se benadering een meer zwart/wit analyse kan worden toegepast, brengt een *effects based* benadering mogelijk meer onzekerheid met zich mee. Met een *effects based* benadering zal in de

praktijk echter meer mogelijk zijn en dat is voor dominante ondernemingen goed nieuws. Ook is de angst dat een meer *effects based* benadering zal leiden tot een mathematische wiskundige exercitie onnodig, maar daar is wel een praktische toepassing door economen voor nodig.⁴¹ Het is nu in ieder geval aan de Commissie om in lijn met het Arrest, en met name de Richtsnoeren 2009, de *effects based* benadering ook daadwerkelijk vol toe te passen in haar handhavingspraktijk en niet meer halfbakken zoals zij tot nu toe heeft gedaan.

Over de auteurs

Mr. J.W. (Joost) Fanoy

Advocaat bij BarentsKrans N.V. Joost Fanoy is tevens vaste medewerker van dit tijdschrift.

Mr. G.J. (Gijs) van Midden

Advocaat bij BarentsKrans N.V. in Den Haag.

⁴⁰ *Post Danmark*, supra not [...] r.o. 44.

⁴¹ N. Petit, *The Advocate General's Opinion in Intel v Commission: eight points of common sense for consideration by the CJEU*, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875422), blz. 13;