

Artikel

De wijziging van de Handhavingsrichtsnoeren van de Commissie inzake uitsluitingsmisbruik: een stap terug of een stap vooruit?

Erik Pijnacker Hordijk*

Inleiding

Het leerstuk van misbruik van een economische machtspositie is op zijn minst weerbarstig te noemen. ‘Veelkoppig monster’ zou ook niet misstaan als kwalificatie: doorgaans worden er voor de toepassing van artikel 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) drie typen misbruik onderscheiden: uitsluitingsmisbruik, uitbuitingsmisbruik en discriminatie. Van die drie categorieën is uitsluitingsmisbruik in de handhavingspraktijk het vaakst toegepast en om die reden het meest ontwikkeld. De categorie uitbuitingsmisbruik maakt de laatste jaren een soort miniheropleving door, met name dankzij zaken over excessieve prijzen voor geneesmiddelen,¹ en de categorie discriminatie leidt een slapend bestaan.² Onlangs heeft het Hof van

Justitie in een naar mijn mening kwestieus arrest geoordeeld dat ook overnames door dominante ondernemingen onder omstandigheden nog altijd³ als misbruik kunnen worden aangemerkt,⁴ zelfs na de totstandkoming van specifieke regelgeving op het terrein van fusiecontrole. Wat hiervan zij, dit is een vorm van misbruik die in geen van de drie hoofdcategorieën thuishoort.⁵

De Commissie heeft in 2008 een behartenswaardige poging ondernomen om door middel van richtsnoeren duidelijke lijnen uit te zetten voor haar toekomstige handhavingspraktijk op het vlak van uitsluitingsmisbruik. Ik zal die richtsnoeren hierna aanduiden als de ‘Handhavingsrichtsnoeren’.⁶ De Commissie koos indertijd bewust voor richtsnoeren voor de prioritering van zaken in het kader van haar eigen handhavingspraktijk en niet voor de gangbaarder interpretatieve richtsnoeren, zoals

117

* Mr. E.H. Pijnacker Hordijk is advocaat/partner bij Pels Rijcken & Droogleeveer Fortuijn N.V.

1 Zie nader het instructieve artikel van G. Zacharodimos, *Excessive pricing*, gepubliceerd op de website van GCR met als publicatiedatum 21 oktober 2022. Daarnaast kunnen standaardessentiële octrooien (Standard Essential Patents, SEP's) en aardgas genoemd worden als aangelegenheden/sectoren waarin is getoetst of sprake was van onredelijke voorwaarden en tarieven die als misbruik van machtspositie zouden kunnen worden aangemerkt.

2 Zie voor een heldere uitleg van dit leerstuk J. Faull & A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press, 3e druk 2014, nr. 4.889 e.v. Nadien heeft het Hof van Justitie in het arrest *MEO* (HvJ EU 19 april 2018, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270) nog een nadere uitleg gegeven van de term ‘nadeel bij de mededinging’ in situaties waarin een dominante onderneming discriminerende prijzen toepast op handelspartners op een stroomafwaartse markt.

3 De eerste en enige keer dat het Hof van Justitie (overigens indertijd in navolging van de Commissie) een overname door een dominante onderneming als misbruik van een machtspositie kwalificeerde, dateert uit 1973: HvJ EG 21 februari 1973, 6/72, ECLI:EU:C:1973:22 (*Continental Can*). In die tijd was er echter nog geen enkel zicht op Europese regelgeving met betrekking tot fusiecontrole en de toepassing van art. (toen nog) 86 EEG-Verdrag was bedoeld als partiële opvulling van die lacune; zeer partieel alleen al omdat het betreffende Verdragsartikel enkel kan worden toegepast in situaties waarin sprake is van een reeds bestaande economische machtspositie en omdat enkel ex-posttoezicht mogelijk is.

4 Zie over het recente arrest *Towercast* (HvJ EU 16 maart 2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207) nader de annotatie van Sauter en Mulder in dit nummer van *M&M*.

5 In de in dit artikel te bespreken publicaties van de Commissie over uitsluitingsmisbruik wordt (terecht) met geen woord gerept over overnames als een vorm van uitsluitingsmisbruik.

6 Voluit: Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (*PbEU* 2009, C 45/7); door de Commissie op haar website aangeduid als ‘2008 Enforcement Guidance’.

zij deze in de loop der jaren met het oog op de toepassing van het kartelverbod van artikel 101 VWEU op uiteenlopende categorieën overeenkomsten het licht heeft doen zien. Zij deed dit met name omdat zij de vrijheid wilde behouden om op basis van voortschrijdend inzicht haar handhavingspraktijk aan te passen zonder daarbij te worden belemmerd door het rechtszekerheidsbeginsel.⁷ Maar ook om andere redenen, waarop ik hierna nog terugkom. Dat was ook achteraf gezien een verstandige keuze. Sinds de publicatie van de Handhavingsrichtsnoeren heeft de ontwikkeling van het recht en de handhavingspraktijk immers bepaald niet stilgestaan. Inmiddels heeft de Commissie de tijd rijp geacht om met name in het licht van jurisprudentiële ontwikkelingen de Handhavingsrichtsnoeren, overigens slechts zeer partieel, te herzien. Op 31 maart 2023 publiceerde zij wat ik hierna zal aanduiden als de ‘Wijzigingsmededeling’.⁸ Daarnaast heeft zij een consultatieproces opgestart met het doel om in 2025 definitieve inhoudelijke richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 102 VWEU op vormen van uitsluitingsmisbruik te kunnen vaststellen. De Commissie is van mening dat dit leerstuk inmiddels voldoende is uitgekristalliseerd in de handhavingspraktijk en (met name ook) de rechtspraak⁹ om de Handhavingsrichtsnoeren te kunnen gaan vervangen door inhoudelijke richtsnoeren. Of dit zal gaan leiden tot meer rechtszekerheid voor het bedrijfsleven kan echter worden betwijfeld. Zoals hierna ook zal worden toegelicht, strekken de beperkte wijzigingen in de Handhavingsrichtsnoeren er vooral toe de Commissie meer bewegingsvrijheid te geven en het lijkt op voorhand niet aannemelijk dat de Commissie in de inhoudelijke richtsnoeren van de ingeslagen weg zal terugkomen. In dit artikel wil ik een poging doen om de recente initiatieven van de Commissie in context te plaatsen. Daartoe zal ik allereerst ingaan op de achtergronden en de inhoud van de oorspronkelijke Handhavingsrichtsnoeren en op ontwikkelingen in de rechtspraak van de Unierechter. Vervolgens zal ik enkele kanttekeningen plaatsen bij de inhoud van de Wijzigingsmededeling. Daarbij wil ik expliciet geen volledigheid nastreven. Daarvoor is de materie te veelomvattend. Wie zich nader wil verdie-

pen in de materie raad ik aan om in ieder geval ook kennis te nemen van de *Competition Policy Brief* van maart 2023, waarin de Wijzigingsmededeling van een nadere toelichting wordt voorzien. Ook instructief zijn (sommige) reacties op de ‘*Call for evidence*’ waarmee de Commissie *stakeholders* heeft uitgenodigd om input te geven voor de vast te stellen inhoudelijke richtsnoeren.¹⁰ Deze documenten zijn te vinden op de website van DG COMP.

De Handhavingsrichtsnoeren

Uitgangspunten voor een ‘effects-based approach’

Door de vaststelling van de Handhavingsrichtsnoeren wilde de Commissie anno 2008 niet alleen aan het bedrijfsleven en nationale mededingingsautoriteiten in algemene zin meer duidelijkheid bieden over haar handhavingsbeleid ten aanzien van vormen van uitsluitingsmisbruik.¹¹ Hoofddoel van de exercitie was grondslagen vast te stellen voor wat de Commissie omschreef als een meer ‘*effects-based approach*’ bij de beoordeling van uitsluitingsmisbruik. De Handhavingsrichtsnoeren vormden dan ook een fundamentele herijking van het handhavingsbeleid van de Commissie.¹² Die herijking volgde op de eerdere introductie van een ‘*more economic approach*’ bij de toepassing van artikel 101 VWEU. Het lijkt mij nuttig om nog even kort te benoemen wat wordt bedoeld met een *effects-based approach*. In deze benadering richt het verbod van misbruik van economische machtspositie zich tegen gedragingen waarmee ondernemingen de markt voor hun concurrentie op concurrentieverstorende wijze afschermen en daarmee de consumentenwelvaart ongunstig kunnen beïnvloeden. Concurrentieverstorende afscherming is afscherming die geacht moet worden schade toe te brengen aan de consumentenwelvaart. Het mededingingsrecht dient in deze benadering niet ter bescherming van de concurrentie of van concurrenten in het algemeen,¹³ maar in beginsel enkel ter bescherming van concurrenten die even efficiënt zijn als de dominante onderneming.¹⁴ Kenmerkend voor deze benadering is dat de vaststelling van een mededingingsbeperking c.q. misbruik wordt ge-

7 Dat laat onverlet dat de Handhavingsrichtsnoeren wel degelijk inhoudelijke beoordelingscriteria beschrijven. Zoals voormalig Commissieambtenaar Peepkorn het verwoordt in zijn input voor de *Call for evidence* (te vinden op de website van DG Mededinging): ‘There is nothing in the 2008 Guidance that can be used as a priority setting instrument: no quick scan or anything like that, that could help to pick cases before actually investigating the resources to come to a full decision. In short: the 2008 Guidance was written to contain guidance on how to assess exclusionary conduct.’

8 Voluit: Wijzigingen van de mededeling van de Commissie. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (*PbEU* 2023, C 116/1). Op de website van DG Mededinging is ook een handige vergelijkingsversie van de Handhavingsrichtsnoeren gepubliceerd, waarin de wijzigingen zijn aangegeven (alleen in het Engels beschikbaar).

9 In de *Competition Policy Brief* van maart 2023 die aan het onderwerp is gewijd, wordt erop gewezen dat de Unierechter sinds de vaststelling van de Handhavingsrichtsnoeren maar liefst 32 arresten over uitsluitingsmisbruik heeft gewezen.

10 Bijzondere aandacht verdient de inbreng van voormalig Commissieambtenaar Luc Peepkorn, die nauw bij de totstandkoming van de oorspronkelijke Handhavingsrichtsnoeren betrokken is geweest.

11 Zie voor het laatste punt 2 van de Handhavingsrichtsnoeren. Zie ook het begeleidende artikel van L. Peepkorn & K. Viertiö, ‘*Implementing an effects-based approach to Article 82, Competition Policy Newsletter* 2009/1, p. 17-20.

12 Zie Peepkorn & Viertiö 2009, p. 17: door de Handhavingsrichtsnoeren vast te stellen, ‘the Commission formally endorsed an effects-based approach to exclusionary conduct by dominant undertakings’.

13 Zie ook punt 6 van de Handhavingsrichtsnoeren: ‘Dit kan eventueel betekenen dat concurrenten die de gebruiker minder te bieden hebben op het punt van prijs, aanbod, kwaliteit en innovatie, de markt verlaten.’

14 Waarbij ook in de Handhavingsrichtsnoeren zelf een nuancering wordt aangebracht: in punt 24 staat te lezen dat de Commissie erkent dat ‘*onder bepaalde omstandigheden, een minder efficiënte concurrent eveneens te genwicht kan bieden*’.

baseerd op een beoordeling van de gevolgen van een gedraging voor de mededinging in het licht van de marktcontext van het individuele geval, waarbij de mogelijke pro- en anticompetitieve gevolgen tegen elkaar worden afgewogen. Deze benadering werd ten tijde van het vaststellen van de Handhavingsrichtsnoeren geacht meer in lijn te zijn met de gangbare opvattingen over mededinging in economische kringen.

Ingevolge de handhavingsrichtsnoeren zal de Commissie bij een misbruikbeoordeling in het algemeen de navolgende factoren onderzoeken: (1) de positie van de onderneming met een machtspositie, (2) de voorwaarden op de betrokken markt, (3) de positie van concurrenten van de dominante onderneming, (4) de positie van afnemers of aanbieders van input, (5) de omvang van de beweerdelijk onrechtmatige gedragingen, (6) mogelijk bewijs van daadwerkelijke afscherming en (7) rechtstreeks bewijs voor uitsluitingsstrategieën.

Centrale rol voor even efficiënte concurrenten-test bij beoordeling prijsgerelateerde gedragingen

Naast deze kwalitatieve factoren speelt met name bij de beoordeling van prijsgerelateerde gedragingen de kwantitatieve even efficiënte concurrenten-test (*as efficient competitor test* of AEC-test) in de Handhavingsrichtsnoeren een centrale rol. Daarbij worden de prijzen die concurrenten moeten hanteren om de effectieve prijzen van de dominante aanbieder te matchen, vergeleken met de productiekosten van die dominante aanbieder.¹⁵ In de Handhavingsrichtsnoeren krijgt de AEC-test de status van een informele 'safe haven'. Indien de AEC-test uitwijst dat een hypothetische even efficiënte concurrent (dus een concurrent met dezelfde productiekosten als de dominante onderneming) daadwerkelijk kan concurreren met de prijszetting van de onderneming met een machtspositie, dan zal de Commissie in de regel niet ingrijpen.¹⁶ Omgekeerd geldt dat de Commissie niet automatisch zal aannemen dat sprake is van verboden uitsluitingsgedrag indien de AEC-test uitwijst dat de dominante onderneming effectieve prijzen hanteert die – kort gezegd – niet kostendekkend zijn; de Commissie zal die bevinding meenemen in de algemene beoordeling van concurrentiebeperkende afscherming.¹⁷ Het voert te ver om in deze bijdrage in detail in te gaan op de techniek van de AEC-test.¹⁸ Opgemerkt moet worden dat de AEC-test vanaf het begin (de zaak *Akzo/Commissie*¹⁹) de maatstaf is geweest voor de beoordeling van roofoffertes in het licht van artikel 102 VWEU. In zoverre bevatten de Handhavingsrichtsnoeren niets nieuws. Nieuw was met name de toekenning van een belangrijke rol aan de AEC-test bij de beoordeling van andere vor-

men van prijsgerelateerd uitsluitingsgedrag en dan meer specifiek conditionele kortingen. Veel misbruikzaken in de periode vóór de vaststelling van de Handhavingsrichtsnoeren hadden betrekking op dat soort kortingen.²⁰ Conditionele kortingen, met name wanneer zij een retroactief element bevatten, werden tot dan toe in de handhavingspraktijk van de Commissie en in de rechtspraak van de Unierechter steevast aangemerkt als naar hun aard mededingingsbeperkend. Van die *form-based* benadering wilde de Commissie nu juist af. Tegelijkertijd moet geconstateerd worden dat de toepassing van de AEC-test inherent problematisch is wanneer het gaat om de beoordeling van de effecten van voorwaardelijke kortingen met een retroactief effect (*retroactive target rebates*), omdat de vaststelling van de betwistbare hoeveelheden waarom kleinere concurrenten zouden kunnen concurreren en daarmee de vaststelling van de prijs waarmee de kleinere concurrent de effectieve prijs van de dominante aanbieder voor die betwistbaar geachte hoeveelheden zou moeten kunnen matchen met belangrijke methodologische en feitelijke onzekerheden is omgeven. In het vervolg zal blijken dat de toepassing van de AEC-test bij de beoordeling van conditionele kortingsregelingen ook allesbehalve een doorslaand succes is geweest.

De *effects-based approach* zoals door de Commissie uitgewerkt in de Handhavingsrichtsnoeren dient te worden afgezet tegen wat wordt aangeduid als een *form-based approach*. In laatstbedoelde benadering wordt de beoordeling of sprake is van een mededingingsbeperking/misbruik primair gebaseerd op de aard en de objectieve kenmerken van de gedraging in kwestie. Een beoordeling van de te verwachten effecten op de positie van concurrenten en de consumentenwelvaart is in deze benadering niet nodig. Kenmerkend voor deze benadering is ook dat het verbod van misbruik van machtspositie primair wordt geacht te strekken tot bescherming van de marktstructuur.

Ontwikkelingen in de rechtspraak na de vaststelling van de Handhavingsrichtsnoeren²¹

Situatie anno 2009: rechtspraak in de sleutel van form-based approach

De rechtspraak van de Unierechter, met name die ten aanzien van conditionele kortingen, stond anno 2009

15 Meer specifiek met de AAC (*average avoidable cost*) en de LRAIC (*long run average incremental cost*).

16 Handhavingsrichtsnoeren, punt 27.

17 Handhavingsrichtsnoeren, punt 27.

18 Zie hiervoor onder meer mijn artikel in *M&M* 2016, afl. 1 met de titel 'Jurisprudentie inzake misbruik economische machtspositie: de stand van zaken na Intel en Post Danmark II'.

19 Zie HvJ EG 24 juni 1986, 53/85, ECLI:EU:C:1986:265 (*Akzo/Commissie*).

20 Met name de zaken *Hoffmann-La Roche* (HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36), *Michelin I* (HvJ EG 9 november 1983, 322/81, ECLI:EU:C:1983:313), *Michelin II* (Gerecht 30 september 2003, T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250), *British Airways* (HvJ EG 15 maart 2007, C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166) en *Tomra* (HvJ EU 19 april 2012, C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221). Ik noem enkel de (eind)uitspraken in (hoger)beroep, niet de onderliggende Commissiebeschikkingen.

21 Ik beperk mij hier om praktische redenen tot arresten van het Hof van Justitie (met uitzondering van de zaak *Intel*).

nog sterk in de sleutel van de *form-based approach*, hoewel in zaken met betrekking tot rooftprijzen en leveringsweigering ook wel meer een *effects-based approach* doorklonk.²² Coherent kon de rechtspraak in ieder geval, bezien vanuit het perspectief van dit onderscheid, niet genoemd worden. Kenmerkend voor de *form-based approach* was de beoordeling van getrouwheidskortingen, om te beginnen in het fameuze arrest *Hoffmann-La Roche* uit 1979. In die zaak oordeelde het Hof van Justitie dat retroactieve conditionele kortingen

‘onverenigbaar (zijn) met de doelstelling ener onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt’, omdat zij ‘niet op een economische prestatie (gebaseerd zijn) welke zulk een last of zulk een voordeel vermag te rechtvaardigen, doch (...) erop gericht (zijn) de koper, wat zijn bevoorradingsbronnen betreft, geen – of minder – keus te laten en andere producenten de toegang tot de markt te belemmeren.’²³

In de beoordeling door het Hof van Justitie speelden de mogelijke gevolgen voor de mededinging geen rol.²⁴ Een ander sprekend voorbeeld van de *form-based approach* vormt het (in de Handhavingsrichtsnoeren totaal genegeerde) arrest *Continental Can* uit 1973, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat het aanbrengen van een wijziging in de marktstructuur door de overname van een kleinere concurrent misbruik van een machtspositie kan opleveren (op voorwaarde dat die machtspositie ten tijde van de overname reeds bestond²⁵). Een concentratie kan naar haar aard niet leiden tot uitsluiting van concurrenten in het algemeen, maar enkel tot eliminering van één specifieke concurrent, waarvan de efficiëntie voor de mededingingsrechtelijke beoordeling geen relevante factor is. Als hiervoor reeds gememoreerd, is ook in de eigen beleidsdocumenten van de Commissie de overname van een concurrent nooit als een vorm van uitsluitingsmisbruik aangemerkt (noch, uiteraard, als een vorm van uitbuitingsmisbruik).

Omhelzing effects based approach in Post Danmark I (selectief lage prijzen)

Het was duidelijk dat de Commissie met haar Handhavingsrichtsnoeren een andere kant op wilde. Hoewel dit om begrijpelijke redenen nooit expliciet vanuit de Commissie is uitgedragen, hadden de Richtsnoeren onmiskenbaar mede tot doel een koerswijziging in de jurispru-

dentie van de Unierechter te bewerkstelligen.²⁶ Aanvankelijk leek het erop dat het Hof van Justitie de nieuwe benadering volledig omarmde.²⁷ Met name het prejudiciële arrest *Post Danmark I* uit 2012²⁸ (gewezen door de grote kamer van het Hof van Justitie) bevat talrijke overwegingen die volledig in lijn zijn met de beleidsuitspraken in de Handhavingsrichtsnoeren. Het ging in die zaak om de toepassing van selectief lage prijzen (dus niet om conditionele kortingen). Het Hof van Justitie onderschreef volledig dat artikel 102 VWEU niet ten doel heeft ervoor te zorgen dat minder efficiënte concurrenten van een onderneming met een machtspositie in de markt blijven en dat dus niet ieder uitsluitingseffect noodzakelijkerwijs de mededinging aantast. Mededinging op basis van verdienste impliceert volgens het Hof van Justitie (onder meer) dat een dominante onderneming geen praktijken mag toepassen die leiden tot uitsluiting van even efficiënte concurrenten. Onder verwijzing naar louter eerdere arresten die betrekking hebben op rooftprijzen en marge-uitholling, oordeelde het Hof van Justitie dat in essentie ten aanzien van het hanteren van selectief lage prijzen hetzelfde beoordelingskader moet worden gehanteerd als voor de beoordeling voor rooftprijzen. Voor zover een onderneming met een machtspositie haar prijzen vaststelt op een niveau waarop de voornaamste kosten worden gedekt die aan de levering van de dienst in kwestie kunnen worden toegerekend, zal een even efficiënte concurrent in beginsel de mogelijkheid hebben om met die prijzen te concurreren en levensvatbaar te blijven. Mocht de verwijzende rechter na de beoordeling van alle relevante omstandigheden niettemin constateren dat het gedrag van *Post Danmark* mededingingsversturende effecten heeft gesorteerd, dan moet die onderneming volgens het Hof van Justitie nog in de gelegenheid worden gesteld om, kort gezegd, een efficiencyverweer te voeren. Kortom, een beoordeling die wonderwel aansluit bij de benadering die de Commissie in de Handhavingsrichtsnoeren had ontwikkeld.

Vraagtekens bij centrale rol AEC-test in zaken over kortingsregelingen: Intel (Gerecht en Hof) en Post Danmark II (Hof van Justitie)

Maar één zwaluw maakt nog geen zomer. In 2014 en 2015 volgt een omslag met achtereenvolgens het arrest van het Gerecht in de zaak *Intel*²⁹ en het arrest van (een vijfmannskamer van) het Hof van Justitie in de (prejudici-

22 Waarbij moet worden bedacht dat het Hof van Justitie zich ten tijde van het wijzen van deze arresten in het geheel niet bewust zal zijn geweest van het verschil tussen de twee besproken benaderingen, omdat dat verschil in die tijd nog helemaal niet placht te worden gemaakt door de Commissie en in de doctrine. Ook bij de Commissie zelf is (uiteraard) sprake geweest van voortschrijdend inzicht.

23 *Hoffmann-La Roche*, r.o. 90. Daarop laat het Hof van Justitie ook nog volgen dat ‘getrouwheidskortingen (...) er voorts toe (leiden) dat er jegens handelspartners bij gelijkwaardige prestaties ongelijke voorwaarden worden toegepast’, wat impliceert dat het enkele hanteren van uiteenlopende prijzen naar afnemers toe onder art. 102 VWEU misbruik in de vorm van een verboden discriminatie oplevert. Deze opvatting is inmiddels al lang verlaten, maar was in de jaren tachtig en negentig nog gemeengoed.

24 Zie ook Faull & Nikpay 2014, rnr. 4.83 e.v.

25 Art. 102 VWEU verbiedt immers niet de vorming van een economische machtspositie, maar enkel het misbruiken ervan.

26 In Faull & Nikpay 2014, geschreven door met name Commissieambtenaren, wordt het in punt 4.05 erg diplomatiek uitgedrukt: ‘The Commission is perfectly aware that it is bound by the case law and that if it applied a wholly different interpretation of Article 102 than set down by the EU Courts, it would be challenged on appeal. However, it is possible that (...) the Commission might be able to instigate a subtle development of the law in this area.’

27 NB In zijn arrest in de zaak *Tomra* uit 2012 over conditionele kortingen wees het Hof van Justitie een beroep van appellant op de Handhavingsrichtsnoeren af met het simpele argument dat in 2009 gepubliceerde richtsnoeren niet relevant zijn voor de juridische beoordeling van een beschikking die in 2006 is vastgesteld (*Tomra*, r.o. 81).

28 HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*).

29 Gerecht 12 juni 2014, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547 (*Intel*).

e) zaak *Post Danmark II*.³⁰ In beide zaken ging het om kortingsregelingen, in de zaak *Intel* om exclusiviteitskortingen en in *Post Danmark II* om retroactieve conditionele kortingen zonder exclusiviteitsdwang. Dit is precies het type kortingsregelingen voor de beoordeling waarvan de Handhavingsrichtsnoeren een fundamenteel gewijzigd toetsingskader voorstelden. Dat maakt het arrest *Post Danmark II* een extra belangrijke graadmeter. Daarom besteed ik allereerst aandacht aan dit arrest.

Post Danmark II

Het kortingsstelsel in kwestie kende maar liefst negen opeenvolgende treden met kortingspercentages die op liepen van 6 tot 16% en die bij het behalen van de volgende trede over de volledige omzet werden toegekend. Het stelsel werd zonder onderscheid op alle afnemers toegepast. Het kortingsstelsel was feitelijk met name gericht op middelgrote afnemers: grootafnemers kwamen door hun volume hoe dan ook in aanmerking voor het hoogste kortingspercentage. Van directe of indirecte exclusiviteitsdwang door deze kortingen was geen sprake. Dit was nu typisch een geval waarin de Commissie ingevolge de Handhavingsrichtsnoeren de toepassing van de AEC-test zou propageren als eerste relevante stap om de mogelijk afscherpende werking van de kortingen te beoordelen. Het Hof van Justitie wilde hier echter niet van weten. Onder verwijzing naar arresten ‘uit de oude doos’ over getrouwheidskortingen, meer specifiek de arresten *Michelin I*, *Tomra* en *British Airways*,³¹ oordeelde het Hof van Justitie in essentie dat de beoordeling of sprake is van misbruik primair moet worden uitgevoerd aan de hand van de criteria en de voorwaarden voor de korting. Toepassing van de AEC-test is bij de beoordeling van een kortingsstelsel volgens het Hof van Justitie niet verplicht en in het onderhavige geval zelfs niet relevant, nu de dominante onderneming nog over een wettelijk monopolie beschikte dat gold voor 70% van de zendingen op de relevante markt, ‘aangezien de structuur van de markt het vrijwel onmogelijk maakt dat zich een even efficiënte concurrent aandient’. Deze opstelling is opmerkelijk, nu het om dezelfde dominante onderneming ging als in de zaak *Post Danmark I*. Het belangrijkste verschil is dat het in de zaak *Post Danmark I* om een (inmiddels) volledig geliberaliseerde dienstenmarkt ging en in *Post Danmark II* niet. Maar niet minder relevant is dat de kortingen als gezegd vrij beperkt in omvang waren en de volumetreden talrijk en (kennelijk) betrekkelijk klein nu grote afnemers hoe dan ook in de hoogste kortingsschaal vielen. Hoe dit zij, in de benadering van het Hof van Justitie was er geen ruimte voor een analyse van de werkelijke effecten van de kortingsregeling.

Niet alleen het arrest van het Hof van Justitie geeft blijk van onwil om de eerdere jurisprudentie over conditionele kortingen bij te stellen, advocaat-generaal Kokott was nog meer uitgesproken in haar bezwaren tegen een

effects-based approach, althans tegen de quasiverplichte toepassing van de AEC-test als onderdeel van de onderdeel van de beoordeling.³² Zij zette in haar conclusie grote vraagtekens bij de toegevoegde waarde van (ik citeer nagenoeg letterlijk) zware economische analyses³⁵ en het buitensporig grote beslag dat deze op de middelen van de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties kunnen leggen en achtte het een illusie dat met behulp van een soort wiskundige formule eenvoudig en met de nodige rechtszekerheid uitsluitingsgedrag kan worden beoordeeld. Ik voeg daaraan toe dat de bezwaren van advocaat-generaal Kokott in belangrijke mate gelijkelijk opgeld doen voor de vaststelling van rooftprijzen en marge-uitholling, vormen van misbruik voor de beoordeling waarvan de toepassing van de AEC-test algemeen aanvaard is, maar beter begrijpelijk zijn voor zover het om de beoordeling van conditionele kortingen gaat. Advocaat-generaal Kokott bepleitte daarentegen wel dat bij de misbruikanalyse alle omstandigheden van het individuele geval in aanmerking genomen moeten worden, en dat kan met een beetje goede wil nog wel als een echo van de *effects-based approach* worden opgevat. Maar in de kern verwoordde de advocaat-generaal toch vooral de bezwaren van de tegenstanders van de nieuwe benadering van de Commissie.³⁴

De Intel-saga

Ook de *Intel*-zaak verdient bijzondere aandacht. De beschikking in die zaak,³⁵ waarbij de Commissie een recordboete van ruim € 1 miljard had opgelegd, dateerde van 13 mei 2009, dus kort na de vaststelling van de Handhavingsrichtsnoeren. Het spreekt voor zich dat de Commissie zich in haar beschikking had laten inspireren door het beoordelingskader uit de Handhavingsrichtsnoeren, ook al dateerde de definitieve versie daarvan van na de afronding van het misbruikonderzoek. Het door de Commissie geconstateerde misbruik bestond voor een deel in zogenoemde ‘onverbloemde’ vormen van misbruik, zoals het betalen van afnemers in ruil voor het annuleren, uitstellen of beperken van het op de markt brengen van producten die processoren van concurrent AMD bevatten. Daarnaast bestond het misbruik uit het hanteren van exclusiviteitskortingen. Ten aanzien van die kortingen had de Commissie op basis

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

31 HvJ EG 15 maart 2007, C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166 (*British Airways*).

32 Concl. A-G Kokott 21 mei 2015, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:343 (*Post Danmark II*), met name punt 65-68.

33 Zie voor een subtielere benadering de afscheidsrede van Eric van Damme als hoogleraar aan de Universiteit Tilburg met de titel ‘The beauty and the beast; Het spel en de knikkers’ (https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/75137201/van_Damme_The_beauty_22-06-2023.pdf): ‘For many types of exclusionary abuse, the core idea underlying the test for such abuse is whether a firm that is as efficient as the dominant firm can survive on the market if the dominant firm engages in that behavior. Again, this is an economic (and complicated) test, which might not have a unique correct answer. An economist needs a model to answer the question, and the answer may depend on the model that is used.’

34 De meest uitgesproken antagonist van de *effects-based approach* is wellicht voormalig *hearing officer* Wouter Wils. Zie diens artikel ‘The judgement of the EU General Court in Intel and the so-called “more economic approach” to dominance’, *World Competition* 2014/4, p. 405-434.

35 Beschikking Commissie 13 mei 2009, C(2009)def. in zaak COMP/C-3/37.990 (*Intel*).

van een kwalitatieve analyse van de werking ervan geconcludeerd dat deze uitsluitingseffecten sorteerden. Maar daarnaast had zij, naar eigen zeggen ten overvloede, een AEC-test uitgevoerd die had uitgewezen dat een even efficiënte concurrent om de prijsstelling van Intel te matchen prijzen had moeten hanteren die onhoudbaar waren geweest. In beroep bleek dat die aanpak de Commissie duur is komen te staan. In beroep in eerste aanleg ging het de Commissie nog voor de wind: het beroep van Intel werd volledig afgewezen.³⁶ Inhoudelijk zal de Commissie niettemin minder tevreden zijn geweest. Bij zijn toetsing van de misbruikbeoordeling van de exclusiviteitskortingen had het Gerecht namelijk volledig teruggegrepen op de ‘oudedoosjurisprudentie’ van het Hof van Justitie over kortingsregelingen. Dit deed bij deze auteur indertijd de vraag rijzen of met dit arrest niet het einde van de *effects-based approach* was ingeluid. Dat bleek uiteindelijk wel mee te vallen, omdat (de grote kamer van) het Hof van Justitie in hogere voorziening 2017 in een – overigens zeer beknopt – arrest de toetsing van de kortingsafspraken van Intel door het Gerecht afwees met een onderbouwing dat die wel degelijk ruimte laat voor een *effects-based* beoordeling van kortingsafspraken.³⁷ Daarbij stelt het Hof van Justitie voorop dat artikel 102 VWEU niet tot doel heeft minder efficiënte ondernemingen dan de dominante onderneming te beschermen.³⁸ Weliswaar sauveert het Hof van Justitie expliciet zijn aloude arrest *Hoffmann-La Roche* door te bevestigen dat afspraken (al dan niet in de vorm van kortingsregelingen) waarmee afnemers zich verbinden om hun gehele dan wel een groot deel van hun behoefte uitsluitend bij de dominante onderneming af te nemen misbruik oplevert, maar het laat daar direct op volgen dat deze rechtspraak in zoverre moet worden ‘verduidelijkt’, dat wanneer die onderneming onder overlegging van bewijs aanvoert dat haar gedrag niet de verweten uitsluitingseffecten kon hebben, de Commissie gehouden is om alsnog (1) de omvang van de machtspositie, (2) de marktdekking van de betwiste praktijk en (3) de duur, de hoogte en de voorwaarden en modaliteiten van de betrokken kortingsafspraken te onderzoeken en daarnaast ook verplicht is (4) om na te gaan of sprake is van een strategie die erop gericht is minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten.³⁹ Zo kiest het Hof van Justitie voor een middenweg, waarbij het de oude rechtspraak sauveert maar de Commissie alsnog verplicht om een volledige *effects-based* uitsluitingsanalyse uit te voeren zodra de van misbruik verdachte onderneming onderbouwd inhoudelijk verweer voert. Opvallend is dat het Hof van Justitie in zijn overwegingen herhaaldelijk verwijst naar het arrest *Post Danmark I*, waarin als besproken de uitgangspunten van de Handhavingsricht-

snoeren van de Commissie volledig resoneren en niet naar het arrest *Post Danmark II*, hoewel dit laatste arrest nu juist eveneens betrekking had op de misbruikbeoordeling van kortingsregelingen (terwijl *Post Danmark I* zag op de toepassing van selectief lage prijzen die in *Intel* niet aan de orde waren). Op deze overwegingen laat het Hof van Justitie nog volgen dat de Commissie in haar boetebeschikking weliswaar had gesteld dat de litigieuze kortingen naar hun aard de mededinging konden beperken, zodat zij niet verplicht was alle omstandigheden van de zaak te onderzoeken, maar dat zij er zelf voor had gekozen die omstandigheden wel grondig te onderzoeken en een AEC-test uit te voeren. Nu de Commissie in dat verband wel degelijk gewicht had toegekend aan de AEC-test, had zij ook de concrete bezwaren van Intel tegen die test moeten onderzoeken. Het Gerecht was hier ten onrechte aan voorbijgegaan door de uitgevoerde AEC-test als irrelevant aan te merken. En zo wordt de AEC-test via een omweg alsnog een wezenlijk onderdeel van de misbruikbeoordeling én de uitvoering daarvan toetsbaar in beroep, terwijl het Hof van Justitie op zijn minst suggereert dat de AEC-test geen onontbeerlijk bestanddeel van een misbruikbeoordeling hoeft te zijn. Hoe dit zij, in dit arrest biedt het Hof van Justitie onmiskenbaar ruimte voor een *effects-based* beoordeling, maar dan wel (gelet op het oudedoosprecedent van *Hoffmann-La Roche*) op voorwaarde dat de van misbruik verdachte onderneming onderbouwd betwist dat de litigieuze gedraging marktafscherpende effecten kon sorteren.

De zaak is na terugverwijzing door het Hof van Justitie opnieuw beoordeeld door het Gerecht,⁴⁰ dat in tweede instantie alsnog indringend de door de Commissie uitgevoerde AEC-test onder de loep neemt, de nodige kritiekpunten van Intel gegrond acht, en de beschikking op het punt van de beoordeling van de exclusiviteitskortingen alsnog vernietigt.⁴¹ Het Gerecht oordeelt onder meer dat de Commissie ten aanzien van een van de afnemers het betwistbare aandeel van diens behoefte niet steekhoudend had onderbouwd. Ten aanzien van een andere afnemer had de Commissie het vereiste aandeel (het aandeel dat een even efficiënte concurrent zou moeten behalen om bij de prijsstelling van de dominante leverancier kostendekkend te kunnen leveren) niet goed bepaald. Bij weer andere afnemers had de Commissie de kortingen verkeerd berekend of de voorwaarden voor de kortingen onjuist beoordeeld. Het gaat te ver om in het kader van dit artikel in detail op de door het Gerecht vastgestelde gebreken in te gaan. Volstaan mag worden met de constatering dat de beoordeling door het Gerecht illustreert dat de toepassing van de AEC-test bij in het bijzonder kortingsregelingen bijzonder vatbaar is voor gebreken in de methodologie en de feitelijke beoordeling. De zaak is nog niet ten einde, want de Commissie heeft tegen het arrest van het Gerecht hogere

36 Gerecht 12 juni 2014, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547 (*Intel*).

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

38 HvJ EU, *Intel/Commissie*, r.o. 133.

39 HvJ EU, *Intel/Commissie*, r.o. 137-139. Deze criteria sluiten aan bij de opsomming van factoren die de Commissie in punt 20 van de Handhavingsrichtsnoeren benoemt als relevant voor de beoordeling of in een concreet geval sprake is van concurrentieverstorende afscherming.

40 Gerecht 26 januari 2022, T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19 (*Intel/Commissie*).

41 Zie hierover ook J.P. van der Veer & T.W.P. van Dijk, ‘Google, Intel en de AEC-test – verwarring ontrafeld’, *M&M* 2022, afl. 4, p. 123-129.

voorziening ingesteld.⁴² Maar de Commissie zal ongetwijfeld met een stevige kater blijven zitten, nu haar beschikking is vernietigd wegens gebreken in haar buitengewoon uitvoerige en ongetwijfeld kostbare en tijdsintensieve AEC-test, terwijl zij deze zelf als ‘ten overvloede’ had aangemerkt en de Unierechter inmiddels herhaaldelijk heeft bevestigd dat een AEC-test geen verplicht onderdeel van een misbruikbeoordeling vormt.

Recente rechtspraak over de rol van de AEC-test

Inmiddels heeft het Hof van Justitie in de recente arresten *SEN* en *Unilever Italië*, onder verwijzing naar het eigen *Intel*-arrest nogmaals bevestigd dat op verdienste gebaseerde mededinging er per definitie toe kan leiden dat minder efficiënte concurrenten van de markt verdwijnen.⁴³ Ook heeft het Hof van Justitie in *SEN* onder verwijzing naar *Post Danmark II* nogmaals bevestigd dat voor vaststelling van misbruik volstaat dat de gedraging in kwestie even efficiënte concurrenten kan uitsluiten,⁴⁴ hetgeen suggereert dat afhankelijk van de uitkomst een AEC-test in beginsel voldoende zou moeten kunnen zijn om een vaststelling van uitsluitingsmisbruik te kunnen onderbouwen. Daar staat tegenover dat het Hof van Justitie nogmaals heeft benadrukt dat een AEC-test geen verplicht onderdeel van een misbruikanalyse vormt⁴⁵ en het AEC-criterium zelfs ongeschikt kan zijn voor de beoordeling van bepaalde niet-tarifaire praktijken zoals een leveringsweigering of ook in gevallen waarin de relevante markt wordt afgeschermd door hoge drempels.⁴⁶ Omgekeerd heeft het Hof van Justitie ook overwogen dat uit de rechtspraak naar voren zou komen dat tarifaire praktijken als getrouwheidskortingen (sic!), selectief lage prijzen, afbraakprijzen en marge-uitholling ‘in het algemeen worden beoordeeld aan de hand van de zogenoemde test van de “even efficiënte concurrent”’.⁴⁷ Kortom, eenduidig is de jurisprudentie van het Hof van Justitie nog altijd niet, maar voor de Commissie vormen deze ontwikkelingen kennelijk een voldoende aanknopingspunt om vooruitlopend op een algehele beleidsherziening de Handhavingsrichtsnoeren aan te passen en met name de rol van de AEC-test in te perken.

Rechtspraak over marge-uitholling en constructieve leveringsweigering

In het voorgaande heb ik de ontwikkelingen in de rechtspraak over de misbruikbeoordeling van met name kortingsregelingen en exclusiviteitsafspraken besproken. Er zijn echter nog meer ontwikkelingen die de Commissie hebben geïnspireerd tot herziening van de Handhavingsrichtsnoeren en die zien met name op constructieve leveringsweigering en marge-uitholling. In de Handhavingsrichtsnoeren worden leveringsweigering en marge-uitholling als één enkele misbruikcategorie be-

handeld.⁴⁸ Daarnaast worden regelrechte en ‘constructieve’ leveringsweigering (dat wil zeggen het toepassen van onredelijke leverings- c.q. toegangsvoorwaarden die eenzelfde effect sorteren als regelrechte leveringsweigering) over één kam geschoren.⁴⁹ In al deze gevallen zal de Commissie ingevolge de Handhavingsrichtsnoeren handhaven indien voldaan is aan de bekende *Bronner*-criteria: (1) de weigering betreft een input die noodzakelijk is om op een stroomafwaartse markt effectief te kunnen concurreren, (2) de weigering leidt tot de uitschakeling van effectieve mededinging op die stroomafwaartse markt en (3) de weigering leidt waarschijnlijk tot schade voor gebruikers. In de jurisprudentie, te beginnen met het arrest *Deutsche Telekom*,⁵⁰ heeft het Hof van Justitie echter aangenomen dat het voor het vaststellen van misbruik in de vorm van marge-uitholling niet noodzakelijk is dat aan de *Bronner*-criteria wordt voldaan. In latere rechtspraak, met name *TeliaSonera*⁵¹ en *Telefonica*,⁵² heeft het Hof van Justitie vervolgens expliciet bevestigd dat marge-uitholling als een separate vorm van misbruik moet worden beschouwd. In het arrest *Slovak Telekom*⁵³ heeft het Hof van Justitie vervolgens bevestigd dat de *Bronner*-criteria niet van toepassing zijn bij de toepassing van onbillijke voorwaarden bij het verlenen van toegang c.q. onbillijke leveringsvoorwaarden. Als reden wordt gegeven dat in dergelijke gevallen de mededingingsautoriteit of de nationale rechter de dominante onderneming niet zal dwingen om toegang te verlenen die reeds is verleend. De maatregelen die in een geval van constructieve weigering zullen worden genomen zullen de contractsvrijheid en het recht op eigendom van de dominante onderneming dan ook minder beperken dan de verplichting om *de novo* toegang te verlenen, aldus het Hof van Justitie. In een Litouwse zaak oordeelde het Hof van Justitie vervolgens dat ook op een gedraging die bestaat in de vernietiging van bestaande (spoorweg)infrastructuur de *Bronner*-criteria niet hoeven te worden toegepast.⁵⁴

De aanpassingen in de Handhavingsrichtsnoeren

Het is met name in het licht van de hiervoor beschreven jurisprudentiële ontwikkelingen dat de Commissie heeft besloten om vooruitlopend op de voorgenomen vaststelling van inhoudelijke richtsnoeren voor de beoordeling van uitsluitingsmisbruik een tussentijdse herzie-

42 Zaak C-240/22 P.

43 HvJ EU 12 mei 2022, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379 (*SEN*), r.o. 73; HvJ EU 19 januari 2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33 (*Unilever Italia*), r.o. 37.

44 *SEN*, r.o. 71.

45 *SEN*, r.o. 81; *Unilever Italia*, r.o. 58 en 62.

46 *Unilever Italia*, r.o. 57.

47 *SEN*, r.o. 80.

48 Zie Handhavingsrichtsnoeren, punt 75 e.v.

49 Zie Handhavingsrichtsnoeren, punt 79.

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

51 HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera*), r.o. 55-58.

52 HvJ EU 10 juli 2014, C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062 (*Telefonica*), r.o. 75.

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

54 HvJ EU 12 januari 2023, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12 (*Lietuvos geležinkeliai*), r.o. 81-84.

ning van de Handhavingsrichtlijnen uit 2008 door te voeren. Deze wijzigingen zijn beperkt in aantal, maar zijn niettemin tamelijk ingrijpend.

In de begeleidende mededeling opent de Commissie met een aan een *obiter dictum* in het (in dit artikel verder niet besproken) arrest van het Gerecht in de *Google Android*-zaak⁵⁵ ontleende uitspraak dat handhaving van de mededingingsregels goed is voor Europa, niet alleen omdat het bijdraagt aan de consumentenwelvaart, maar omdat het bovendien kan ‘bijdragen tot de verwezenlijking van doelstellingen die verder gaan dan het welzijn van de consument, zoals pluraliteit in een democratische samenleving’. Het is echter op zijn minst genomen twijfelachtig of een doelstelling als bescherming van de pluraliteit in een democratische samenleving als zodanig een grond voor de vaststelling van misbruik van een machtspositie kan opleveren, en ook tekstuele wijzigingen in de Handhavingsrichtsnoeren bieden voor een dergelijke gedachte geen enkel aanknopingspunt. De lezer kan de begeleidende mededeling dan ook gevoelig laten rusten.

De eerste wijziging van de Handhavingsrichtsnoeren behelst een aanpassing van het begrip ‘concurrentieverstorende afscherming’ zelf:⁵⁶ volgens de oorspronkelijke Handhavingsrichtsnoeren werd deze term gebruikt om een situatie te beschrijven

‘waarin de daadwerkelijke toegang van daadwerkelijke of potentiële concurrenten tot bevoorrading of markten wordt verhinderd of uitgeschakeld als gevolg van de gedragingen van de onderneming met een machtspositie, waarbij de onderneming met een machtspositie waarschijnlijk in een positie verkeert om met succes de prijzen te verhogen’.

In de herziene versie gaat het om een situatie

‘waarin het gedrag van de onderneming met een machtspositie afbreuk doet aan de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, waardoor de onderneming met een machtspositie de verschillende mededingingsparameters, zoals prijs, productie, innovatie, verscheidenheid of kwaliteit van goederen of diensten, in haar eigen voordeel en ten nadele van consumenten negatief kan beïnvloeden.’

Bij deze wijziging kunnen direct vraagtekens worden gezet. Tegen het schrappen van de mogelijkheid voor de dominante onderneming om de prijzen te verhogen als bestanddeel van de omschrijving van het begrip ‘concurrentiebeperkende afscherming’ kan moeilijk bezwaar worden gemaakt; de Commissie en de Unierechter hebben die mogelijkheid in de praktijk nooit als relevant criterium benoemd bij een misbruikbeoordeling en de Commissie heeft dit ook nooit als prioriteringscriterium gehanteerd. Maar voor het overige spreekt de aanpassing minder aan. In de toelichting bij de wijziging stelt

de Commissie dat uit de jurisprudentie van de Unierechter volgt dat het begrip misbruik niet enkel betrekking heeft op gevallen waarin gedrag kan leiden tot volledige uitsluiting of marginalisering van de mededinging, maar ook op gevallen waarin dat gedrag leidt tot een verzwakking van de mededinging, waardoor de mededingingsstructuur van de markt wordt belemmerd ten voordele van de dominante onderneming en ten nadele van de consument. Dat moge – al sinds het arrest *Hoffmann-La Roche* – zo zijn, maar de termen ‘verzwakking van de mededinging’ en ‘aantasting van de mededingingsstructuur’ zijn en blijven buitengewoon vaag. Een van de doelen van de Handhavingsrichtsnoeren was nu juist om *stakeholders* concretere handvatten te bieden voor de beoordeling van gedrag in het licht van artikel 102 VWEU. Daarnaast heeft de Unierechter in de recentere rechtspraak regelmatig beklemtoond dat mededinging op basis van verdienste (*competition on the merits*) tot gevolg kan hebben dat concurrenten die minder efficiënt zijn dan de dominante onderneming de markt moeten verlaten of worden gemarginaliseerd. Tegen die achtergrond valt de aanpassing niet goed te begrijpen. In de reacties op de ‘*call for evidence*’ krijgt deze aanpassing dan ook (direct of indirect) de nodige kritiek.

De volgende wijzigingen hebben betrekking op de rol van het AEC-criterium. Waar de Commissie in de oorspronkelijke Handhavingsrichtsnoeren tot uitgangspunt nam dat zij normaalgesproken *enkel* zal interveniëren wanneer gedrag leidt of dreigt te leiden tot belemmering van de concurrentie van even efficiënte concurrenten, heet het nu dat zij *in het algemeen* zal ingrijpen als een dergelijke situatie zich voordoet.⁵⁷ Daarnaast benadrukt de Commissie in de herziene versie, onder verwijzing naar *Post Danmark II*, dat ‘onder bepaalde omstandigheden’ ook een minder efficiënte concurrent tegenwicht kan bieden.⁵⁸ Het is echter de vraag of deze wijziging nodig was. Ook in de oorspronkelijke versie van punt 24 van de Handhavingsrichtsnoeren onderkende de Commissie expliciet dat onder omstandigheden van minder efficiënte concurrenten relevante concurrentiedruk kan uitgaan. Het arrest *Post Danmark* biedt mijns inziens in dat opzicht ook geen relevante nieuwe inzichten.

De volgende wijzigingen zien op de rol van de AEC-test. Door die wijzigingen krijgt de AEC-test een aanzienlijk minder centrale rol bij de misbruikbeoordeling dan in de oorspronkelijke versie. Ingevolge de oorspronkelijke versie zou de Commissie *in de regel* een AEC-test uitvoeren, in de nieuwe versie ‘*kan*’ de Commissie daartoe overgaan.⁵⁹ De wijzigingen zijn blijkens de toelichting ingegeven door de hiervoor besproken rechtspraak waaruit volgt dat de toepassing van de AEC-test facultatief is en voor de beoordeling van sommige typen misbruik zelfs ronduit ongeschikt. Maar de wijziging zal ook zijn ingegeven door de onfortuinlijke ervaringen van de Commissie met de test in de *Intel*-zaak. In de oorspron-

55 Gerecht 14 september 2022, T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541 (*Google Android*), r.o. 102B.

56 Handhavingsrichtsnoeren, punt 19.

57 Handhavingsrichtsnoeren, punt 23.

58 Handhavingsrichtsnoeren, punt 24.

59 Handhavingsrichtsnoeren, punt 25.

kelijke tekst van de Handhavingsrichtsnoeren had de Commissie nog tot uitgangspunt genomen dat zij in beginsel niet zal ingrijpen als de AEC-test uitwijst dat even efficiënte concurrenten effectief kunnen concurreren met de prijsstelling van de dominante onderneming, maar deze ‘soft safe haven’ wordt nu verlaten. Nu geldt dat de uitkomsten van een AEC-test geen zelfstandige rol zullen vervullen maar, ongeacht of deze al dan niet duiden op anticoncurrentiële uitsluiting van even efficiënte concurrenten, in de meer elementen omvattende totaalbeoordeling zullen worden betrokken.⁶⁰ Hoewel deze laatste benadering in lijn is met de algemene tenor van de jurisprudentie, geldt dat bij de beoordeling van prijsgerelateerde gedragingen als selectief lage prijzen, rooftprijzen en marge-uitholling, ook door de Unierechter is onderschreven dat voor die beoordeling de verhouding tussen de effectieve prijzen en de toe te rekenen kosten van de onderneming met een machtspositie (dus feitelijk: een AEC-test) bepalend is. Dat is in praktijk ook telkens zo geweest. Het feit dat bij de beoordeling van (met name) conditionele kortingsregelingen, mede gezien de hiervoor besproken inherente beperkingen die daaraan kleven, de AEC-test een minder adequaat middel en een minder adequate maatstaf is gebleken, zou ook vanuit het perspectief van rechtszekerheid en voorspelbaarheid van het handhavingsbeleid van de Commissie geen afbreuk moeten doen aan de toepassing van de AEC-test voor de beoordeling van prijsgerelateerde gedragingen als selectief lage prijzen, enzovoort. Daarnaast moet helaas worden geconstateerd dat mede dankzij de jurisprudentie van de Unierechter de maatstaven voor de misbruikbeoordeling van kortingsregelingen bepaald niet aan duidelijkheid hebben gewonnen. Er is hooguit sprake van een soort omkering van de bewijslast: de Commissie kan in beginsel zonder diepgaande effectbeoordeling vaststellen dat sprake is van uitsluitingsmisbruik, maar als de dominante onderneming inhoudelijk onderbouwt dat zich geen uitsluitingseffecten kunnen voordoen (waarbij zij van een AEC-test gebruik kan maken), moet alsnog een diepgaande effectbeoordeling plaatsvinden.⁶¹

60 Handhavingsrichtsnoeren, punt 27.

61 Zie ook *Unilever Italia*, r.o. 55 en 56: ‘55 Hieruit volgt dat, wanneer de onderneming met een machtspositie een economische studie heeft overgelegd om aan te tonen dat de aan haar verweten praktijk niet tot uitsluiting van haar concurrenten kon leiden, de bevoegde mededingingsautoriteit de relevantie van deze studie niet kan uitsluiten zonder aan te geven waarom zij van mening is dat deze geen bijdrage kan leveren aan het bewijs dat de betrokken praktijken de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt niet kunnen verstoren, en dus zonder die onderneming in de gelegenheid te stellen te bepalen welk bewijsmateriaal zij in de plaats daarvan zou kunnen aanvoeren.’

‘56 Wat het door de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing expliciet aangehaalde criterium van de even efficiënte concurrent betreft, zij opgemerkt dat dit begrip verwijst naar verschillende tests waarvan het gemeenschappelijke doel is te beoordelen of een praktijk kan leiden tot mededingingsversturende uitsluitingseffecten wanneer er wordt gekeken naar het vermogen van een hypothetische concurrent van de onderneming met een machtspositie die qua kostenstructuur even efficiënt is als die onderneming, om haar klanten een voldoende voordelige prijs aan te bieden teneinde hen – ondanks de veroorzaakte nadelen – ertoe aan te zetten van leverancier te veranderen, zonder dat de concurrent daardoor verlies lijdt. Dit vermogen wordt doorgaans bepaald aan

De vierde wijziging strekt ertoe gevolg te geven aan de hiervoor beschreven ontwikkeling in de jurisprudentie met betrekking tot het toepassingsbereik van de *Bronner*-criteria, te weten het oordeel dat die niet van toepassing zijn bij de beoordeling van gevallen van ‘constructieve’ leveringsweigering.⁶² Die aanpassing lijkt mij in het licht van de jurisprudentiële ontwikkeling evident en overigens ook bijzonder nuttig voor de handhavingspraktijk. Met name in markten voor digitale diensten is constructieve leveringsweigering immers een veel voorkomende vorm van marktafsluitend gedrag: door aanvankelijk onbeperkt toegang te verlenen wordt een sterke mate van afhankelijkheid bij afnemers gecreëerd, waarna die afnemers (tevens concurrenten op stroomafwaarts gelegen markten) onder druk worden gezet om steeds restrictievere toegangsvoorwaarden te accepteren en aldus geleidelijk aan worden uitgesloten. Voor de toekomstige handhaving van artikel 102 VWEU lijkt dit een belangrijker terrein te worden dan de prijsgerelateerde praktijken en meer in het bijzonder de conditionele kortingen die in het verleden zo’n belangrijke focus zijn geweest van de handhavingspraktijk.

De laatste wijziging, tot slot, behelst niet meer dan expliciete erkenning, conform de rechtspraak van de Unierechter, dat marge-uitholling een zelfstandige vorm van uitsluitingsmisbruik vormt en geen subcategorie van leveringsweigering.⁶³ Overigens met als belangrijke consequentie dat ook bij de beoordeling van gevallen van marge-uitholling de *Bronner*-criteria geen rol (meer) spelen.

Afsluitende opmerkingen

Het valt toe te juichen dat de Commissie, na vijftien jaar ervaring te hebben opgedaan met de toepassing in de praktijk van het beoordelingskader van de Handhavingsrichtsnoeren en met de ontwikkelingen in de rechtspraak van de Unierechter tegen de achtergrond van die richtsnoeren, tot de conclusie is gekomen dat de tijd rijp is om voldragen inhoudelijke richtsnoeren voor de beoordeling van uitsluitingsmisbruik vast te stellen. Het is de vraag of de Commissie er goed aan heeft gedaan om voor de tussenliggende periode, die in de eigen visie van de Commissie tot twee jaar beperkt zou moeten blijven, enkele aanpassingen van de Handhavingsrichtsnoeren door te voeren. Waren de wijzigingen dermate dringend dat die extra twee jaar niet konden worden afgewacht? Ik waag het te betwijfelen, al was het maar omdat de meest relevante jurisprudentiële ont-

de hand van de kostenstructuur van de onderneming met een machtspositie.’

62 Handhavingsrichtsnoeren, punt 79.

63 Handhavingsrichtsnoeren, punt 75 en 89. NB In *Lietuvos geležinska* had het Hof van Justitie geoordeeld dat ook het afbreken van bestaande infrastructuur een separate vorm van uitsluitingsmisbruik oplevert, maar die beoordeling heeft de Commissie niet ertoe kunnen verleiden om afbreken van infrastructuur als een aparte categorie in de Handhavingsrichtsnoeren op te nemen.

wikkelingen van alweer enkele jaren geleden dateren. Bovendien heeft de Commissie zich vanaf het begin altijd expliciet het recht voorbehouden om haar handhavingsbeleid tussentijds te wijzigen en af te wijken van de oriëntaties in de richtsnoeren. Dat is ook precies de reden waarom zij indertijd voor de onorthodoxe figuur van richtsnoeren met betrekking tot handhavingsprioriteiten heeft gekozen. Maar hoe dit ook zij, het is positief dat de Commissie het beleid ten aanzien van vormen van uitsluitingsmisbruik integraal wil herijken en vastleggen in inhoudelijke richtsnoeren. De tussentijdse wijziging van de Handhavingsrichtlijnen heeft in ieder geval tot (beoogd?) gevolg dat *stakeholders* worden geprikkeld om te reageren op de *call for evidence* en in dat kader tevens stelling te nemen ten aanzien van de aanpassingen in de Handhavingsrichtsnoeren.