

Annotatie

Terug naar de vorm? Een blik op *Tomra*

Mr. P.J.H.M. van Osch LL.M.*

Op 19 april 2012 deed het Hof van Justitie uitspraak op het beroep in de *Tomra*-zaak.¹ Het Hof van Justitie bevestigde het eerdere oordeel van het Gerecht² en laat daarmee dominante ondernemingen weinig ruimte voor exclusiviteitsafspraken en getrouwheidskortingen. Met de Richtsnoeren van de Commissie³ in het achterhoofd werpen de arresten van het Gerecht en Hof van Justitie een aantal interessante vragen op die ik in deze bijdrage zal bespreken.

Feiten

Commissie

De Commissie legde Tomra in 2006 een boete op van 24 miljoen euro wegens inbreuk op artikel 102 VWEU (toen nog art. 82 EG-Verdrag).⁴ Hoewel in absolute cijfers niet opzienarend, was de boete 8 procent van Tomra's wereldwijde omzet en daarmee relatief gezien de hoogste ooit in een misbruikzaak. Het misbruik bestond uit het uitvoeren van een mededingingsbeperkende strategie door het aangaan van exclusiviteitsafspraken, afname doelstellingen en kortingsregelingen met terugwerkende kracht. Tomra had deze afspraken gemaakt met grote warenhuisketens voor de afname van emballage innameautomaten in Duitsland, Nederland, Oostenrijk, Noorwegen en Zweden. De afname doelstellingen en kortingsregelingen werden door Tomra voor elke klant individueel vastgesteld op basis van (nagenoeg) de gehele vraag van de betreffende klant. De

Commissie concludeerde daarom dat de regelingen als getrouwheidsbevorderend moesten worden beschouwd. Hoewel het op basis van vaste rechtspraak⁵ al volstaat dat een gedraging een mededingingsbeperkend effect heeft of kan hebben, voerde de Commissie onderzoek uit naar de vermoedelijke gevolgen van de bestreden gedragingen van Tomra. Uit dit onderzoek bleek onder meer dat het marktaandeel van Tomra op de vijf nationale markten stabiel was gebleven in tegenstelling tot dat van haar concurrenten en dat veelbelovende spelers de markt hadden verlaten of door Tomra waren overgenomen. Ten slotte vond de Commissie geen efficiëntcyverbeteringen of andere voordelen voor de consumenten als rechtvaardiging voor de praktijken van Tomra.

Gerecht

In beroep bij het Gerecht voerde Tomra onder andere aan dat de Commissie had nagelaten de gedragingen in haar marktcontext te onderzoeken. Het Gerecht herhaalde echter vaste rechtspraak⁶ dat misbruik een objectief begrip is en dat

'binding van de kopers in die zin dat deze zich – zij het op eigen wens – verplichten dan wel beloven zich voor al hun behoeften dan wel voor een groot gedeelte van hun behoeften uitsluitend bij die onderneming te bevoorraden, misbruik van een machtspositie (vormt), ongeacht of een dergelijke verplichting zonder meer dan wel tegen toekenning van een korting wordt gestipuleerd'.⁷

* Mr. P.J.H.M. van Osch LL.M. is advocaat en projectjurist bij Oxcon.

1. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10P, *Tomra/Europese Commissie*.
 2. GvEA 9 september 2010, zaak T-155/06, *Tomra/Europese Commissie*.
 3. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 EG-Verdrag (hierna: Richtsnoeren).
 4. Zaak COMP/E-1/38.113 - Prokent-Tomra.

5. GvEA 30 september 2003, zaak T-203/01, *Michelin/Commissie*, par. 239 en GvEA 17 december 2003, zaak T-219/99, *British Airways/Commissie*, par. 293.

6. GvEA 23 oktober 2003, zaak T-65/98, *Van den Bergh Foods/Commissie*, par. 157.

7. HvJ EG 13 februari 1979, zaak C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissie*, par. 89.

Hetzelfde geldt voor kortingen gerelateerd aan aankoopdoelstellingen en geïndividualiseerde kortingen met terugwerkende kracht. Volgens het Gerecht moest aan de hand van alle omstandigheden worden onderzocht of de regelingen de mededinging kunnen beperken of uitschakelen of daartoe strekken. Volgens het Gerecht had de Commissie naast de inhoud ook in voldoende mate de context van de overeenkomsten onderzocht en, hoewel zij hiertoe niet verplicht was, ook de gevolgen van de gemaakte afspraken.

Het meest in het oog springend was Tomra's argument dat zelfs in het geval dat de betreffende regelingen een mededingingsbeperkende werking konden hebben, er een voldoende gedeelte van de markt overbleef dat openstond voor concurrentie. Volgens Tomra had de Commissie moeten onderzoeken of een concurrent rendabel op de markt actief kon blijven ook indien een deel daarvan is afgeschermd. Ook had de Commissie moeten aangeven hoe groot dat gedeelte van de vraag (het betwistbare gedeelte van de markt) moest zijn om te kunnen overleven.⁸ Indien dit betwistbare gedeelte voldoende is voor toetreding en het bestaan naast de dominante onderneming van een even efficiënte concurrent, kon er van misbruik geen sprake zijn in de ogen van Tomra. De Commissie diende derhalve een de minimis drempel aan te geven waaronder van misbruik geen sprake kan zijn. Volgens Tomra was op elke relevante nationale markt het betwistbare gedeelte ten minste 30 procent en in de meeste gevallen meer dan 50 procent geweest. De Commissie zelf sprak in haar beschikking telkens over een 'aanzienlijk' of 'niet te verwaarlozen' deel van de markt dat gebonden was zonder dit nader te specificeren.

Het Gerecht oordeelde dat de Commissie terecht had gemeend dat een onderneming met een machtspositie door een belangrijk deel van de markt te binden en daardoor slechts een of enkele concurrenten tot de markt toe te laten, de kracht van de mededinging op de gehele markt beperkt. Een dominante onderneming kan dan ook het binden van een aanzienlijk deel van de markt niet rechtvaardigen door te stellen dat het deel dat overblijft voldoende is voor het bestaan van een beperkt aantal concurrenten. Het Gerecht meende dat afnemers moeten kunnen profiteren van maximale mededinging en dat concurrenten moeten kunnen concurreren op de hele markt en niet slechts een deel daarvan.⁹ Het Gerecht schuift hiermee de argumentatie van Tomra terzijde en stelt dat het kunstmatig zou zijn om bij voorbaat vast te stellen welk deel van de markt mag worden gebonden voordat sprake is van misbruik. Ten slotte overweegt het Gerecht dat een aanzienlijk percentage van 40 procent van de markt gebonden was en dat 'zelfs al zou (...) worden aangenomen dat het binden van een gering percentage van de vraag van geen belang is, [...] dat percentage in het onderhavige geval verre van gering [was]'.¹⁰

8. Par. 232.

9. Par. 241.

10. Par. 243.

Tomra voerde verder aan dat niet kan worden aangenomen dat kortingen met terugwerkende kracht die nog tot positieve prijzen leiden noodzakelijkerwijs een afscherpende werking hebben. Tomra zocht hiermee aansluiting bij de Richtsnoeren en de daarin gebruikte kostenmaatstaf van prijzen boven *average avoidable cost*. Het Gerecht stelde echter vast dat de Commissie in haar beschikking negatieve prijzen niet als een vereiste had gesteld voor misbruik maar dat deze bevinding was gebaseerd op andere feitelijke omstandigheden. Het Gerecht verwerpt het beroep en laat de beschikking van de Commissie in stand.

Hof van Justitie

Bij het Hof van Justitie voert Tomra een vijftal middelen aan, waarvan vooral het tweede en derde van belang zijn.

In haar tweede middel bepleit Tomra dat de Commissie een drempel had moeten aanleggen om te bepalen of de markt inderdaad kon worden afgeschermd voor concurrenten. Het Hof van Justitie, onder verwijzing naar zijn recente uitspraak op een prejudiciële vraag in *TeliaSonera*,¹¹ stelt dat artikel 102 VWEU geen onderscheid of gradatie in de mate van machtspositie kent. De mate van marktmacht heeft volgens het Hof van Justitie eerder gevolgen voor het effect van het gedrag van de dominante onderneming dan voor het bestaan van het misbruik op zich. In een belangrijke overweging bevestigt het Hof van Justitie de positie van het Gerecht dat:

'(...) een onderneming met een machtspositie het binden van een aanzienlijk deel van de markt niet (kan) rechtvaardigen door aan te tonen dat het voor mededinging vatbare gedeelte van de markt nog volstaat voor een beperkt aantal concurrenten. Enerzijds moeten klanten op het gebonden gedeelte van de markt kunnen profiteren van de hoogst mogelijke mededinging op de markt en moeten concurrenten mededinging op basis van prestaties kunnen voeren op de gehele markt en niet slechts op een deel daarvan.'¹²

Daarna overweegt het Hof van Justitie dat aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval dient te worden vastgesteld of gedragingen een uitsluitende werking kunnen hebben. Het is dan ook kunstmatig om a priori te bepalen welk percentage van de markt mag worden gebonden voordat praktijken ertoe kunnen leiden dat concurrenten uit de markt worden gedrongen. Het Hof van Justitie besluit ermee vast te stellen dat een aanzienlijk deel (39 procent) van de markt was afgeschermd en dat daarmee genoegzaam is aangetoond dat de markt was afgeschermd voor concurrenten. Kortom, er hoeft geen precieze drempel voor marktafsluiting te worden vastgesteld – geen de minimis dus.

In het derde middel betoogt Tomra – net als bij het Gerecht – dat de Commissie had moeten bewijzen dat

11. HvJ EU 17 februari 2011, zaak C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB*, par. 79.

12. Par. 42.

Tomra's gedragingen tot negatieve prijzen voor concurrenten hadden geleid. Tomra sluit hierbij aan bij de Richtsnoeren waarin de Commissie stelt dat prijzen onder *average avoidable cost* in principe een uitsluitende werking hebben. Het Hof van Justitie bevestigt echter de bevindingen van het Gerecht en sluit aan bij vaste rechtspraak van *Hoffman-La Roche* en *Michelin I*. Misbruik vindt plaats als een dominante onderneming getrouwheidskortingen toepast die gebonden zijn aan de voorwaarde dat de afnemer zich grotendeels of uitsluitend bevoorraadt bij de dominante onderneming. Van belang hierbij is onder andere of de kortingen tot doel hebben de koper geen of minder keus te laten in zijn bevoorradingsbronnen, concurrenten toegang te belemmeren, of de machtspositie te versterken door vervalste mededinging. Het in rekening brengen van negatieve prijzen is voor misbruik geen noodzakelijke voorwaarde en het Gerecht had zich hier ook niet op gebaseerd. De oude vertrouwde *form-based* aanpak, zo lijkt het. Echter, het Hof van Justitie benadrukt eveneens dat de Commissie had vastgesteld dat de afspraken een uitsluitend effect konden hebben en hadden gehad.¹³ Toch *effects-based* dan? Tomra's expliciete beroep op de Richtsnoeren wordt door het Hof van Justitie in ieder geval resoluut van de hand gewezen op grond van het feit dat deze van latere datum zijn dan de Commissiebeschikking. Het Hof van Justitie verwerpt het hoger beroep.

Beoordeling

De uitspraken van het Gerecht en het Hof van Justitie roepen een aantal vragen op. De belangrijkste betreffen het mogelijke bestaan van een de minimis drempel en het verwachte belang van de Richtsnoeren voor toekomstige zaken.

De minimis of niet?

Het Gerecht en het Hof van Justitie maken in *Tomra* duidelijk dat er geen de minimis drempel bestaat voor uitsluitingszaken.¹⁴ Sterker nog, als we sommige paragrafen in de uitspraken van het Gerecht en het Hof van Justitie letterlijk lezen dan zou dit betekenen dat elke mate van binding door middel van kortingen door een dominante onderneming in principe al leidt tot mis-

bruik.¹⁵ Concurrenten dienen immers te kunnen mededingen op de gehele markt.¹⁶ Het is de vraag of een dergelijk per se verbod beoogd is. Het Gerecht en het Hof van Justitie bevestigen namelijk dat aan de hand van een beoordeling van alle omstandigheden en ook de context van de overeenkomsten moet worden bepaald of deze de mededinging kunnen beperken of daartoe strekken. Naast het streven van de Commissie naar een *effects-based* benadering zijn er meerdere aanwijzingen dat er wel degelijk enige wegingsruimte kan bestaan in artikel 102-zaken. Zo werd door het Gerecht in zijn uitspraak in de *freezer cabinets*-zaak¹⁷ op zijn minst de suggestie gewekt dat er verschil bestaat tussen het binden van 6 procent of 40 procent van een markt. Ofschoon hier geen sprake was van kortingen maar *de facto* exclusiviteit, is de context vergelijkbaar. Verder lijkt een absoluut verbod ook op gespannen voet te staan met de *Distrigaz*-zaak.¹⁸ In deze zaak accepteerde de Commissie verbintenissen die ervoor zorgden dat gemiddeld 70 procent van de Belgische gasmarkt vrij te beconcurreren was. Hier bestond derhalve de vrijheid voor de dominante onderneming om wel een aanzienlijk deel van de markt aan zich te binden. Ook in haar artikel 82-*discussion paper* uit 2005 zegt de Commissie dat de negatieve effecten van kortingsregelingen in zijn algemeenheid afhangen van de omvang van het gebonden marktaandeel.¹⁹ Hoewel de Commissie, het Gerecht en het Hof van Justitie zich niet willen binden aan een bepaalde minimumdrempel, lijkt het dus onwaarschijnlijk dat een absoluut verbod op kortingsstructuren door dominante ondernemingen is beoogd. De bestaande onduidelijkheid is echter onwenselijk aangezien ondernemingen baat hebben bij heldere uitgangspunten voor hun commerciële beleid. Door ondernemingen zou een vaste drempel zonder twijfel worden toegejuicht. Men zou bijvoorbeeld een de minimis regel kunnen overwegen in het verlengde van artikel 101 VWEU waar verticale exclusiviteitsafspraken zijn uitgezonderd van het kartelverbod zolang het marktaandeel van beide partijen 15 procent niet overschrijdt.²⁰ Het is de vraag of voornoemde voorbeelden een aanknopingspunt kunnen vormen voor een vaste de minimis drempel. Een *case by case* beoordeling ligt meer voor de hand in artikel 102-zaken waar – anders dan bij artikel 101-zaken – al sprake is van beperkte mededinging in vaak op zich staande marktstructuren.

13. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10P, *Tomra/Europese Commissie*, par. 13: 'Uit de omstandigheid dat [rekwirantes] een machtspositie hebben op de markt en dat deze exclusiviteitsclausules zijn toegepast op een percentage van de totale vraag dat haars inziens als aanzienlijk kan worden aangemerkt, heeft de Commissie afgeleid dat in het onderhavige geval de door [rekwirantes] gesloten exclusiviteitsovereenkomsten een de markt vervalsend uitdruigend effect konden hebben en hebben gehad.'

14. Dit is niet onverwacht. Mocht een de minimis drempel al aan de orde komen, dan ligt het voor de hand deze te introduceren in een bekendmaking of verordening naar het voorbeeld van art. 101 VWEU.

15. Zie bijv. ook par. 126-127 van het Gerecht waarin het voorbeeld van een leveringscontract tussen Tomra en Ahold genomen wordt. Afgesproken was dat Ahold een bepaald aantal apparaten zou afnemen. De Commissie en het Gerecht gaan niet in op de omvang van de behoefte van Ahold en of er ruimte is voor concurrenten om Ahold te belevaren.

16. GvEA 9 september 2010, zaak T-155/06, *Tomra/Europese Commissie*, par. 241 en HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10P, *Tomra/Europese Commissie*, par. 42.

17. GvEA 23 oktober 2003, zaak T-65/98, *Van Den Bergh Foods*, par. 140 en 160.

18. Zaak COMP/B-1/37.966-Distrigaz.

19. DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses, par. 145.

20. Art. 7(b) Bekendmaking van de Commissie van 22 december 2001 (de minimis).

Belang Richtsnoeren

Een ander interessant punt betreft het belang van de Richtsnoeren en de vraag of we daadwerkelijk opschuiven richting een *effects-based* aanpak van (alle) uitsluitingszaken. De uitspraak van het Hof van Justitie dat niet onderzocht hoefde te worden of de effectieve prijs onder een bepaalde kostenmaatstaf lag, staat hiermee in contrast. De beschikking in *Tomra* stamt van voor de Richtsnoeren waarin de Commissie haar meer economische aanpak in misbruikzaken beschrijft. De focus ligt daarbij op de uitsluiting van even efficiënte concurrenten door de dominante onderneming. Wat kortingen betreft, zal de Commissie beoordelen of de effectieve prijs van dat deel van de aankopen van een afnemer die naar een concurrent zou kunnen verschuiven (het betwistbare gedeelte) onder de *average avoidable cost* van de dominante onderneming ligt. Is dit het geval dan heeft de kortingsstructuur in de regel een uitsluitende werking aangezien zelfs een concurrent die even efficiënt is als de dominante onderneming niet effectief kan concurreren. Ligt de effectieve prijs tussen *average avoidable cost* en *long-run average incremental cost*, dan zal de Commissie onderzoeken of concurrenten strategieën tot hun beschikking hebben om terug te vechten. Bij een effectieve prijs die duurzaam boven *long-run average incremental cost* ligt wordt niet uitgegaan van misbruik.

De Commissie maakte in haar beschikking dus nog geen gebruik van deze economische aanpak. Hoewel hun uitspraken van latere datum zijn, zochten ook het Gerecht en het Hof van Justitie geen aansluiting bij de Richtsnoeren. Ondanks het feit dat Gerecht en Hof van Justitie geen plicht hebben dit te doen, kan men zich de vraag stellen hoe dit geïnterpreteerd dient te worden en wat het belang zal zijn van de *effects-based* aanpak die in de Richtsnoeren is voorgesteld. Een mogelijke spanning tussen *form-* en *effects-based* aanpak volgt namelijk ook uit de beschikking van de Commissie in de *Intel*-zaak van 2009.²¹ Deze procedure werd geopend voor de publicatie van de Richtsnoeren, maar de Commissie liep hier in dit geval wel op vooruit en maakte uitgebreid gebruik van de *as-efficient competitor test*. Echter, ook in deze zaak verwijst de Commissie daarnaast expliciet naar de oude (*form-based*) rechtspraak in *Hoffmann-La Roche* waarbij dus het gebruik door een dominante onderneming van getrouwheidskorting per se al een uitsluitende werking had. Intel is in beroep gegaan tegen de beschikking van de Commissie en het is wachten op verdere uitspraken op het gebied van kortingen. Overigens droeg het Hof van Justitie recent in zijn antwoord op een prejudiciële vraag inzake rooftprijzen een Deense rechtbank wel op om gebruik te maken van de *as-efficient competitor test*.²²

Er lijkt momenteel enig licht te zitten tussen de aanpak van de Commissie en die van het Gerecht en het Hof van Justitie. Dit alles betekent mijns inziens echter niet dat de relevantie van de Richtsnoeren is verminderd.

Uit het arrest van het Hof van Justitie kan afgeleid worden dat het Hof zich bewust is geweest van de bijzondere situatie die was ontstaan doordat de beschikking dateerde van voor de Richtsnoeren. Het Hof van Justitie vergewiste zich er namelijk van dat de Commissie wel degelijk de effecten had onderzocht en – zo lijkt het – dat de beschikking ook in de huidige tijd een *effects-based* toets zou kunnen doorstaan. Verder bevestigt het Hof van Justitie de analyse van het Gerecht dat door een *belangrijk* deel van de markt te binden Tomra de mededinging had beperkt. Ten slotte zou men paragraaf 81 van de uitspraak, waar het Hof van Justitie opmerkt dat de Richtsnoeren van 2009 niet relevant zijn voor de beoordeling van een beschikking uit 2006, ook *a contrario* kunnen lezen. Oftewel: was de beschikking van latere datum dan de Richtsnoeren geweest, dan zouden de Richtsnoeren wel degelijk in aanmerking zijn genomen door het Hof van Justitie.

Conclusie

De uitspraak van het Hof van Justitie laat de onduidelijkheid die ontstond na de uitspraak van het Gerecht deels bestaan. Het is nu duidelijk dat er geen de minimis drempel bestaat, maar het is niet geheel duidelijk of *elke* mate van uitsluiting al misbruik oplevert. Tegelijkertijd lijkt er spanning te bestaan tussen de nieuwe *effects-based* aanpak van de Commissie en de *form-based* aanpak die Gerecht en Hof van Justitie lijken te volgen. Ondernemingen hebben behoefte aan handvatten bij het afsluiten van hun contracten en het afspreken van kortingsregelingen. De *Tomra*-zaak helpt hierbij niet. De verwachting is dat in een 'echte' post-Richtsnoeren-zaak waarbij kortingen aan de orde komen, aansluiting gezocht zal worden bij de *effects-based*, economische benadering neergelegd in de Richtsnoeren van de Commissie. Tot die tijd is het voor dominante ondernemingen echter zaak het zekere voor het onzekere te nemen en scherp naar hun afspraken met afnemers te kijken.

21. Zaak COMP/C-3/37.990.

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