

Nogmaals over conglomerale concentraties, bewijslast en rechterlijke toetsing. Enkele juridische kanttekeningen bij het arrest *General Electric/Commissie*

(m.nt. K. Platteau)¹

Op 14 december 2005 heeft het Gerecht van Eerste Aanleg het hoger beroep verworpen tegen de beschikking waarbij de Europese Commissie de concentratie tussen General Electric ('GE') en Honeywell heeft verboden.² Deze korte bijdrage bevat enkele juridische kanttekeningen bij dit arrest. Voor een goed begrip wordt vooraf echter een korte samenvatting van de bestreden beschikking en het arrest gegeven.

De bestreden beschikking

Het uitgangspunt van de bestreden beschikking³ is de vaststelling door de Europese Commissie dat GE zich reeds vóór de voorgenomen concentratie in een machtspositie bevond op de markt van straalmotoren voor grote commerciële vliegtuigen en de markt van straalmotoren voor grote regionale vliegtuigen. Het onderzoek van de Commissie wees eveneens uit dat Honeywell, voorafgaand aan de concentratie, inzake elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten, straalmotoren voor zakenvliegtuigen en bedieningsapparatuur voor straalmotoren, met name startapparatuur, een vooraanstaande leverancier was, zonder zich echter in een machtspositie te bevinden.

De Commissie heeft vastgesteld dat de combinatie van GE en Honeywell zou leiden tot de creatie of versterking van een machtspositie op verschillende markten.⁴ Volgens de Commissie was dit een gevolg van verticale, conglomerataans en horizontale effecten.

- De Commissie stelde in eerste instantie dat de verticale relatie tussen de activiteiten van GE op het gebied van straalmotoren en Honeywells activiteiten op het vlak van startapparatuur (een noodzakelijk onderdeel voor dergelijke motoren) zou leiden tot een versterking van de bestaande machtspositie van GE op de markt van straalmotoren voor grote commerciële vliegtuigen. Volgens de Commissie zou de gefuseerde onderneming er alle belang bij hebben om de prijzen van Honeywell startapparatuur te verhogen of de levering van deze producten aan concurrerende motorfabrikanten te vertragen of verstoren, hetgeen het concurrentievermogen van deze ondernemingen zou aantasten.
- Vervolgens stelde de Commissie vast dat er ten gevolge van de concentratie een machtspositie tot stand zou komen op de verschillende markten van elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten waarop Honeywell vóór de concentratie een leidinggevende positie had. De Commissie baseerde deze stelling op twee types van conglomerateffecten:

- (i) de combinatie van de bestaande positie van Honeywell met de financiële kracht van GE en de markttoegang die wordt geboden door GE Capital Aviation Services ('GECAS'), een onderneming binnen de GE-groep actief op het vlak van aankoop, financiering en leasing van vliegtuigen, en
- (ii) diverse vormen van bundeling van de producten van GE en Honeywell, met uitsluitingseffecten voor concurrerende leveranciers. Ten gevolge van deze bundeling zou de bestaande machtspositie van GE op de markt van motoren voor grote commerciële vliegtuigen eveneens versterkt worden.

- Ten slotte stelde de Commissie vast dat er horizontale overlappingsen bestonden tussen GE en Honeywell op drie markten, meer bepaald de markt van straalmotoren voor grote regionale vliegtuigen (versterking van GE's bestaande machtspositie), de markt van straalmotoren voor zakenvliegtuigen (creatie van een machtspositie) en de markt van kleine gasturbines voor schepen (creatie van een machtspositie).

De Commissie was verder van mening dat de door partijen aangeboden verbintenissen onvoldoende waren om de bezwaren tegen de concentratie weg te nemen. Op deze gronden heeft de Commissie de concentratie tussen GE en Honeywell verboden.

Het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg

Het Gerecht merkt in eerste instantie op, met verwijzing naar bestaande rechtspraak, dat wanneer een beslissing van de Commissie gebaseerd is op verschillende pijlers, die elk een voldoende grond zijn voor de genomen beslissing, de beslissing enkel vernietigd kan worden indien elk van de pijlers aangetast blijkt te zijn door een vernietigingsgrond (paragraaf 42-44).⁵ Het Gerecht merkt verder op dat de bestreden beslissing gebaseerd is op verschillende los van elkaar staande pijlers, die onderling niet in een hiërarchisch verband staan.

¹ Advocaat te Brussel (Loyens & Loeff).

² Zaak T-209/01, *Honeywell International/Commissie*, arrest van 14 december 2005, nog niet gepubliceerd; Zaak T-210/01, *General Electric/Commissie*, arrest van 14 december 2005, nog niet gepubliceerd. In deze bijdrage wordt enkel het tweede arrest besproken. Het hoger beroep dat aanleiding heeft gegeven tot het eerste arrest had een beperkt voorwerp. Het Gerecht verwierp het hoger beroep omdat niet alle pijlers waarop de verbodsbeschikking van de Commissie gebaseerd was in twijfel werden getrokken, en elk van deze pijlers een voldoende grond was voor de verbodsbeschikking. Het Gerecht verwierp eveneens een verzoek tot samenvoeging van beide zaken.

³ Zaak COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, beschikking van 3 juli 2001, *Pb.* 2004, L 48/1.

⁴ De concentratie tussen GE en Honeywell werd beoordeeld in het kader van Verordening 4064/89, *Pb.* 1990, L 257/13, zoals gewijzigd door Verordening 1310/97, *Pb.* 1997, L 180/1. Zoals bekend is deze Verordening intussen vervangen door Verordening 139/2004, *Pb.* 2004, L 24/1, waarin het begrip 'machtspositie' niet langer het centrale beoordelingscriterium is.

⁵ De paragrafen verwijzen naar rechtsoverwegingen in het geannoteerde arrest.

Het Gerecht onderzoekt vervolgens de verschillende pijlers van de bestreden beschikking. In eerste instantie behandelt het Gerecht de verticale relatie tussen partijen. Zoals hiervoor reeds aangegeven, ging het daarbij om de relatie tussen de activiteiten van Honeywell op het vlak van startapparatuur (een noodzakelijk onderdeel voor vliegtuigmotoren) en de activiteiten van GE op de markt voor motoren voor grote commerciële vliegtuigen. De Commissie meende dat de integratie van beide activiteiten zou leiden tot een versterking van de bestaande machtspositie van GE op deze laatste markt.⁶

Het Gerecht bevestigde dat, in de gegeven omstandigheden, de gefuseerde onderneming commercieel belang had bij het door de Commissie beschreven marktuitsluitend gedrag inzake levering van startapparatuur. De Commissie kon dus redelijkerwijze veronderstellen dat dergelijk gedrag waarschijnlijk was (paragraaf 299). Het Gerecht stelde echter dat, op grond van de Tetra-Lavalrechtspraak,⁷ de Commissie eveneens had moeten onderzoeken of het betrokken gedrag een misbruik van machtspositie kon uitmaken. Indien er sprake kan zijn van een machtspositie, moet de Commissie tevens het ontmoedigend effect van artikel 82 van het EG-Verdrag onderzoeken (paragraaf 302). Aangezien deze analyse *in casu* ontbrak, maar niettemin relevant was, stelt het Gerecht vast dat deze pijler van de bestreden beschikking is aangetast door een manifeste beoordelingsfout (paragraaf 312).

Zoals hierboven vermeld heeft de Commissie twee soorten van conglomerateffecten vastgesteld. Het eerste conglomerate effect zag de Commissie in de combinatie van de leidinggevende positie van Honeywell op verschillende markten van elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten met de financiële slagkracht van GE en de verticale integratie van GE, met name via GECAS. Volgens de Commissie zou deze combinatie leiden tot een machtspositie van de gefuseerde entiteit op de verschillende markten van elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten. Het Gerecht erkent dat het commercieel beleid van GECAS en de financiële slagkracht van GE elementen zijn die de machtspositie van GE op de markt van motoren voor grote commerciële vliegtuigen onderbouwen. Het Gerecht merkt echter tegelijkertijd op dat men de in deze sector vastgestelde praktijken niet als zodanig kan transponeren naar de markt van elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten (paragraaf 325-326). Het Gerecht stelt dat het aan de Commissie is om aan te tonen dat de gefuseerde entiteit niet alleen de mogelijkheid zou hebben om vastgestelde praktijken in een bepaalde sector te transponeren naar een andere sector, maar eveneens dat dergelijk gedrag waarschijnlijk zou zijn. Bovendien is het aan de Commissie om aan te tonen dat dergelijke praktijken zouden resulteren in de creatie van een machtspositie (paragraaf 327).

Het Gerecht stelt in eerste instantie vast dat het weinig waarschijnlijk was dat de gefuseerde entiteit zich volgens de door de Commissie aangegeven wijze zou gaan gedragen, met name omdat niet bewezen was dat dergelijk gedrag in

het commercieel belang was van de gefuseerde entiteit. Het Gerecht stelde in dit verband dat de Commissie bij haar beoordeling had nagelaten rekening te houden met de kosten van dergelijk gedrag, en zich enkel concentreerde op mogelijke baten van dergelijk gedrag (paragraaf 339). Verder stelde het Gerecht dat zelfs indien dergelijk gedrag voldoende plausibel was, het nog altijd aan de Commissie is om aan te tonen dat dit gedrag zou leiden tot de vorming van een machtspositie (paragraaf 354). Het Gerecht merkte in dit verband op dat de Commissie, die weliswaar erkend had dat er verschillende markten van elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten bestaan, had nagelaten om precies aan te geven op welke markten een machtspositie zou zijn totstandgekomen (paragraaf 356 en 362). Om deze redenen meende het Gerecht dat de Commissie een manifeste beoordelingsfout gemaakt heeft.

Over het tweede beweerde conglomerateffect, gebaseerd op het argument van de bundeling van verschillende producten, is het Gerecht even kritisch. Het Gerecht volgt het onderscheid dat GE maakt tussen pure bundeling ('pure bundling'), dit is de gebundelde verkoop op basis van een commerciële verplichting om verschillende producten samen aan te kopen, technische bundeling ('technical bundling'), waarbij verschillende producten ten gevolge van technische integratie samen verkocht worden, en gemengde bundeling ('mixed bundling'), waarbij verschillende producten tegen voordeliger voorwaarden worden aangeboden indien ze als een pakket worden afgenomen (paragraaf 406). Algemeen merkt het Gerecht op dat het minder waarschijnlijk is om succesvol producten te bundelen wanneer de klanten voor de verschillende producten niet dezelfde zijn (paragraaf 410), en de beslissingen om de betrokken producten te kopen op een verschillend moment in de tijd worden genomen (paragraaf 415). Wat pure bundeling betreft, merkt het Gerecht op dat de Commissie geen grondige analyse heeft gemaakt, en gefaald heeft om te preciseren hoe dergelijke bundeling ten uitvoer zou worden gelegd, en wat de effecten ervan zouden zijn op de verschillende relevante productmarkten (paragraaf 418 e.v.). De Commissie heeft eveneens ten onrechte nagelaten om het ontmoedigend effect van artikel 82 van het EG-Verdrag in haar analyse te betrekken (paragraaf 424). Inzake technische bundeling stelt het Gerecht dat de Commissie evenmin haar stellingen bewezen heeft (paragraaf 429). Ook de stellingen van de Commissie op grond van gemengde bundeling worden in scherpe bewoordingen van de hand gewezen wegens onvoldoende bewijs (zie bijvoorbeeld paragraaf

6 Eerder had het Gerecht bevestigd dat de Commissie terecht had vastgesteld dat GE zich vóór de concentratie reeds in een machtspositie bevond op de markt van straalmotoren voor grote commerciële vliegtuigen. Het Gerecht bevestigde de bevindingen van de Commissie op basis van de marktaandeelen van GE in combinatie met een aantal andere factoren, waaronder de verticale integratie van GE. Het Gerecht bevestigt met name dat de vaststelling van de bestaande machtspositie deels gebaseerd was op de marktinvloed van GECAS en GE Capital (par. 241).

7 Zaak T-5/02, *Tetra Laval/Commissie*, Jur. 2002, p. II-4381, r.o. 156-160; Zaak C-12/03P, *Commissie/Tetra Laval*, arrest van 15 februari 2005, nog niet gepubliceerd, par. 74-78.

462 en paragraaf 466: de Commissie ‘*merely asserts [...], but does not put forward the reasons which justify that assertion*’). Op deze gronden besluit het Gerecht dat de Commissie inzake het tweede beweerde conglomerateffect eveneens een manifeste beoordelingsfout heeft gemaakt (paragraaf 473).

Het Gerecht bevestigde echter dat de Commissie de horizontale effecten van de voorgenomen concentratie correct beoordeeld heeft, en dat de Commissie terecht en op afdoende wijze heeft vastgesteld dat de concentratie tussen GE en Honeywell op de drie markten met horizontale overlappingsen, meer bepaald de markt van straalmotoren voor grote regionale vliegtuigen, de markt van straalmotoren voor zakenvliegtuigen en de markt van kleine gasturbines voor schepen, zou leiden tot de creatie of versterking van machtsposities. Het Gerecht oordeelde eveneens dat de Commissie de door de partijen aangeboden verbintenissen terecht verworpen heeft, althans dat de verzoekende partij het standpunt van de Commissie op dit vlak niet ernstig betwist heeft. Aangezien deze bevindingen de verbodsbeschikking van de Commissie voldoende onderbouwen, bevestigt het Gerecht de geldigheid van deze beschikking.

Ten slotte verwerpt het Gerecht alle argumenten van procedurele aard, voornamelijk in verband met de modaliteiten van toegang tot het dossier.

Enkele juridische kanttekeningen

Alhoewel het Gerecht de verbodsbeschikking van de Commissie uiteindelijk bevestigd heeft, is het arrest zeker geen triomf voor de Commissie. In feite trekt het Gerecht met dit arrest de lijn door van de eerdere – voor de Commissie vernietigende – uitspraken inzake *Airtours*, *Schneider* en *Tetra Laval*.⁸ In elk van deze zaken heeft het Gerecht zich uiterst kritisch uitgelaten over de analyse van de Commissie in concentratiecontroledossiers, met name met betrekking tot de meer speculatieve stellingen die de Commissie in elk van deze zaken ontwikkeld heeft. Deze kritische benadering wordt in dit arrest voortgezet. Alhoewel de GE/Honeywell-concentratie horizontale aspecten heeft, en op die gronden mede verboden is, stonden in de analyse van de Commissie de verticale en conglomerateaspecten centraal. Precies met betrekking tot deze twee terreinen heeft het Gerecht vastgesteld dat de Commissie manifeste beoordelingsfouten heeft gemaakt.

De reeks van recente uitspraken van het Gerecht inzake concentratiecontrole heeft het debat gevoed over de criteria van rechterlijke toetsing en de bewijslast van de Commissie in deze materie. Het hier geannoteerde arrest bevat terzake enkele nuttige preciseringen.

Inzake de criteria van de rechterlijke toetsing van concentratiebeschikkingen van de Commissie neemt het Gerecht de beoordelingsmarge van de Commissie als uitgangspunt (paragraaf 60). Het Gerecht verwijst in dit kader naar de *Kali & Salz*- en *Tetra Laval*-rechtspraak van het Hof van Justitie.⁹ Het Gerecht maakt echter twee belangrijke preciseringen. Op de eerste plaats stelt het Gerecht dat de Concentratiecontro-

leverordering niet gebaseerd is op een vermoeden van geldigheid of ongeldigheid van concentraties (paragraaf 61). Dit impliceert dat de criteria van de rechterlijke toetsing dezelfde zijn in het geval van positieve of negatieve beslissingen van de Commissie.¹⁰ Verder verduidelijkt het Gerecht het onderscheid tussen de rechterlijke toetsing van feitenmateriaal enerzijds en economische analyse van deze feiten door de Commissie anderzijds (paragraaf 62). De beoordelingsmarge van de Commissie, en de beperkte rechterlijke toetsing ervan, spelen enkel een rol wanneer de Commissie aan interpretatie van de feiten of aan economische analyse doet. Feiten zijn feiten, en voor de vaststelling ervan geldt geen beoordelingsmarge in hoofdzaak van de Commissie. De rechterlijke toetsing van de feiten is om die reden niet beperkt.¹¹

In de mate dat de beoordelingsmarge van de Commissie speelt, herneemt het Gerecht de criteria en inhoud van de rechterlijke toetsing, zoals vastgesteld door het Hof van Justitie in de *Tetra Laval*-zaak (paragraaf 63). Het Gerecht wijst daarbij op de noodzaak van een effectieve rechterlijke toetsing, meer in het bijzonder in de situatie waarin de Commissie zich begeeft op het terrein van de prospectieve – en per definitie hypothetische – analyse (paragraaf 64). In dergelijke situatie is het aan het Gerecht of het Hof om na te gaan of de Commissie op basis van het beschikbare feitenmateriaal inderdaad bepaalde gevolgtrekkingen heeft kunnen maken (paragraaf 64). Het Gerecht past deze methodiek systematisch en op een zeer gedetailleerde wijze toe op de verschillende onderdelen van de bestreden beschikking, zoals hierboven aangegeven met wisselend succes voor de Commissie. Zoals het betaamt, waakt het Gerecht erover om in geval van twijfel of onduidelijkheid niet zijn eigen standpunt in de plaats te stellen van dat van de Commissie (zie bijvoorbeeld paragraaf 359).

Inzake de bewijslast van de Commissie bouwt het Gerecht eveneens voort op de *Tetra Laval*-rechtspraak. Zonder een duidelijke standaard voor te schrijven,¹² blijkt het Gerecht een ‘*balance of probabilities*’-test aan te houden, waarbij het aan de Commissie is om aannemelijk te maken dat de concentratie in de toekomst bepaalde effecten zal hebben. Van de Commissie wordt niet verwacht om te bewijzen

8 Zaak T-342/99, *Airtours/Commissie*, Jur. 2002, p. II-2585; Zaak T-310/01, *Schneider Electric/Commissie*, Jur. 2002, p. II-4071; Zaak T-5/02, *Tetra Laval/Commissie*, Jur. 2002, p. II-4381.

9 Gevoegde Zaken C-68/94 en C-30/95, *Frankrijk e.a./Commissie (Kali & Salz)*, Jur. 1998, p. I-1375, par. 223-224; Zaak C-12/03P, *Commissie/Tetra Laval*, arrest van 15 februari 2005, nog niet gepubliceerd, par. 38.

10 Onrechtstreeks heeft deze stelling tot gevolg dat de bewijslast voor de Commissie in beide situaties dezelfde is, zie in die zin B. Vesterdorf, ‘Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the Community courts’, *ECJ* 2005, March, 30. Zie hieronder in deze bijdrage enkele beschouwingen over de bewijslast van de Commissie.

11 Zie in dezelfde zin, B. Vesterdorf, l.c., 15.

12 Zie voor een kritiek op het uitblijven van een duidelijke norm na het *Tetra Laval*-arrest van het Hof van Justitie, L. Prete & A. Nucara, ‘Standard of proof and scope of judicial review in EC merger cases: everything clear after *Tetra Laval*?’, *ECLR* 2005, p. 692, en K. Pieters, ‘Groen licht voor *Tetra/Sidel* - een analyse van het bewijs bij fusieverbod’, *NTER*, 2005, p. 128.

dat de door haar ontwikkelde theorie de enig denkbare is, of dat er geen gereede twijfel kan bestaan over de effectieve realisatie van een bepaald scenario.¹³ Een dergelijke 'zekerheidstest' zou ongepast zijn in een domein waarbij de analyse per definitie toekomstgericht en vaak complex is, het relevante feitenmateriaal niet noodzakelijk volledig beschikbaar is, verschillende scenario's redelijkerwijze denkbaar kunnen zijn en de Commissie bovendien gehouden is om binnen een relatief kort tijdsbestek tot een besluit te komen. De Commissie moet haar stellingen wel plausibel maken, en dient daarbij zorgvuldig en nauwkeurig te werk te gaan. Indien verschillende scenario's denkbaar zijn, draagt het Gerecht aan de Commissie op om in alle objectiviteit de verschillende mogelijke scenario's te onderzoeken, en om op die basis te bepalen welk scenario het meest waarschijnlijk is (paragraaf 64).

Voor het onderbouwen van haar stellingen moet de Commissie zich baseren op 'deugdelijk bewijs'. Met dit begrip wordt bedoeld bewijs dat feitelijk accuraat, betrouwbaar, consistent en volledig is, en op die wijze in staat is om bepaalde stellingen te schragen (paragraaf 63). Hiermee wordt niet vereist dat de Commissie haar stellingen systematisch dient te onderbouwen met gesofisticeerde economische analyses. Het Gerecht erkent dat in sommige omstandigheden de loutere commerciële en economische realiteit een sluitend bewijs kan opleveren (paragraaf 296-299).

Impliciet blijkt uit de overwegingen van het Gerecht dat de bewijslast voor de Commissie varieert in functie van de aard van de theorie waarop de Commissie zich baseert. Er bestaat dus een rechtstreeks evenredig verband tussen het gewaagd en speculatief karakter van een economische theorie en de bewijslast van de Commissie: hoe speculatiever de theorie, des te overtuigender zal het bewijs moeten zijn dat de Commissie dient te verstrekken (en des te kritischer de rechterlijke toetsing zal zijn), zoals het omgekeerd voor de Commissie minder moeilijk is om aan te tonen dat een horizontale concentratie tussen twee concurrenten met hoge marktaandelen negatieve gevolgen heeft voor de mededinging. Deze differentiatie in de bewijslast blijkt met name uit de behandeling van conglomeraatseffecten door het Gerecht.

Wat de conglomerataspecten betreft, herhaalt het Gerecht het vermoeden, eerder geponeerd in *Tetra Laval*, dat concentraties met een conglomeraal karakter in principe niet mededingingsbeperkend zijn (paragraaf 65). Het Gerecht stelt dat conglomerale concentraties niettemin in bepaalde omstandigheden een negatieve impact op de mededinging kunnen hebben. Het is duidelijk dat dergelijk uitgangspunt *ab initio* de bewijslast voor de Commissie verzwakt. Het is aan de Commissie om in een dergelijk geval haar stellingen aannemelijk te maken aan de hand van een sluitend geheel van bewijselementen (paragraaf 66).¹⁴ Net als in de eerdere *Tetra Laval*-zaak, heeft het Gerecht weinig heel gelaten van de door de Commissie ontwikkelde conglomerale theorieën in de *GE/Honeywell*-concentratie. Bij de lezing van de gedetailleerde kritische evaluatie van het bewijsmateriaal van de Commissie in dit dossier, kan men zich dan ook de vraag stellen in welke omstandigheden de Commissie nog in staat zal zijn om der-

gelijk overtuigend bewijs te leveren, behalve dan in 'smoking gun'-situaties (zoals bijvoorbeeld in geval van verklaringen in de raad van bestuur, zie paragraaf 333). Behalve in dergelijke extreme omstandigheden lijkt het dat de ruimte voor de Commissie om op te treden tegen conglomerale concentraties verder wordt ingeperkt, en het minder waarschijnlijk wordt dat de Commissie tegen dergelijke operaties bezwaren zal uiten. Uit haar recente beschikkingspraktijk blijkt in elk geval dat de Commissie inzake mogelijke conglomeraatseffecten zeer omzichtig te werk gaat.¹⁵

Meer algemeen kan men ervan uitgaan dat de effectieve rechterlijke toetsing, waarvan dit arrest een bijkomende illustratie is, de Commissie ervan zal weerhouden om in het kader van de nieuwe beoordelingstest van artikel 2, paragraaf 2 en 3 van Verordening 139/2004 speculatieve theorieën te gaan ontwikkelen. Hiermee wordt *post factum* een van de vaak geuite kritieken tegen de nieuwe beoordelingstest ontzenuwd.

Het arrest bevat eveneens een aantal interessante beschouwingen over de analyse van het ontmoedigend effect van artikel 82 van het EG-Verdrag in het kader van de beoordeling van concentraties. In de lijn van, en binnen de perken zoals gedefinieerd in de *Tetra Laval*-rechtspraak,¹⁶ stelt het Gerecht dat de Commissie een dergelijke analyse in haar onderzoek moet betrekken (paragraaf 70-75). Aangezien de Commissie had nagelaten dit onderzoek te verrichten, stelde het Gerecht een manifeste beoordelingsfout vast, zowel in de context van de verticale effecten (paragraaf 302-312) als in de context van de conglomeraatseffecten (paragraaf 424-425). Het ontmoedigend effect van artikel 82 van het EG-Verdrag is een belangrijke bijkomende toetsingsgrond waarmee de Commissie terdege rekening zal moeten houden. Het moet echter duidelijk zijn dat het hier om een bijkomende toetsingsgrond gaat. De beoordeling van concentraties kan niet verengd worden tot de inschatting van mogelijke toekomstige misbruiken van machtspositie.¹⁷ Concentraties kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben zonder dat dergelijke gevolgen gekwalificeerd kunnen worden als een misbruik van machtspositie (bijvoorbeeld bepaalde vormen van prijsverhoging). Eveneens zijn situaties van moeilijk detecteerbare misbruiken denkbaar. Ook in dergelijke gevallen moet de Commissie kunnen optreden.

Ten slotte is het voor de beoefenaars van de praktijk inzake concentratiecontrole nuttig om de relatieve precedentwaarde van de beschikkingen van de Commissie voor

13 Zie in die zin de conclusies van A-G Tizzano in Zaak C-12/03P, *Commissie/Tetra Laval*, nog niet gepubliceerd, par. 74.

14 Zie voor toepassingen, par. 327 e.v., par. 429 e.v. en par. 433 e.v.

15 Zie bv. Zaak COMP/M.3732 - Procter & Gamble/Gillette, beslissing van 15 juli 2005; Zaak COMP/M.3687 - Johnson & Johnson/Guidant, beslissing van 25 augustus 2005.

16 Zaak T-5/02, *Tetra Laval/Commissie*, Jur. 2002, p. II-4381, r.o. 159; Zaak C-12/03P, *Commissie/Tetra Laval*, arrest van 15 februari 2005, nog niet gepubliceerd, par. 74-78.

17 Een van de redenen van de totstandkoming van een regime van concentratiecontrole was precies dat de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag geen allesomvattend kader vormen om dergelijke operaties aan een effectief toezicht te onderwerpen.

ogen te houden. Zelfs waar het gaat om gelijkaardige of identieke markten, kan men stellingen van de Commissie in een bepaalde zaak niet zomaar transponeren naar een andere zaak. Het Gerecht stelt nadrukkelijk dat partijen hierover geen rechtmatig vertrouwen kunnen koesteren (zie bijvoorbeeld paragraaf 118-119 en paragraaf 512). Dit is in principe niet anders voor regels die de Commissie zichzelf bindend heeft opgelegd. Het Gerecht stelt echter vast dat de Mededeling inzake marktdefinitie de Commissie terzake voldoende flexibiliteit geeft, zodat ook op dit vlak de verhaalmogelijkheden beperkt zijn (paragraaf 516 en 519).
