

Artikel

Jurisprudentie inzake misbruik economische machtspositie: de stand van zaken na Intel en Post Danmark II

Erik Pijnacker Hordijk*

Alweer ruim een jaar geleden wees het Gerecht zijn langverwachte arrest in de *Intel*-zaak.¹ In dit arrest haakte het Gerecht aan bij de aloude jurisprudentie van het Hof van Justitie over de beoordeling van conditionele kortingsregelingen onder artikel 102 VWEU. Weliswaar bleef de beschikking van de Commissie in stand, maar de beleidsvernieuwingen die de Commissie heeft geïntroduceerd met de Richtsnoeren van de Commissie uit 2009 voor handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 102 VWEU op vormen van uitsluitingsmisbruik² werden door het Gerecht deels impliciet, deels zelfs expliciet terzijde geschoven. Tegen dit arrest is (uiteraard) door *Intel* als verliezende partij een hogere voorziening ingesteld. Een arrest van het Hof van Justitie is voorlopig nog niet in zicht. Intussen heeft het Hof zich onlangs in een prejudicieel arrest kunnen uitspreken over de toepassing van artikel 102 VWEU op een conditionele kortingsregeling. In zijn redactioneel in *M&M* 2015/6 is Gunnar Niels reeds ingegaan op de betekenis van dit *Post Danmark II*-arrest.³ Doel van deze bijdrage is een uitvoeriger overzicht te geven van de huidige stand van zaken.

* Mr. E.H. Pijnacker Hordijk is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

1. Gerecht 12 juni 2014, zaak T-286/09, *Intel Corp./European Commission*, ECLI:EU:T:2014:547.
2. 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 van 24 februari 2009, *PbEU* 2009, C45/9.
3. HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-23/14, *Post Danmark A/S/Konkurrenserådet (Post Danmark II)*, ECLI:EU:C:2015:651.

Beleidsuitgangspunten van de Europese Commissie, zoals uiteengezet in de Richtsnoeren

De Richtsnoeren uit 2009 gaan over de toepassing van artikel 102 VWEU op vormen van uitsluitingsmisbruik. De Commissie laat zich in de Richtsnoeren niet uit over vormen van uitbuitingsmisbruik (excessieve prijzen enzovoort) en ook niet over de toepassing van artikel 102 op vormen van discriminatie. In de Richtsnoeren zet de Commissie de uitgangspunten uiteen voor wat zij noemt een meer *effects based* toepassing van artikel 102 VWEU.⁴ Niet de vorm van de gedraging is bepalend voor de juridische beoordeling maar of de gedraging in de concrete omstandigheden van het geval kan leiden tot uitsluiting van concurrenten. Die benadering geldt voor alle vormen van uitsluitingsmisbruik. In haar Richtsnoeren onderscheidt de Commissie vier hoofdcategorieën: (1) exclusieverkeerregelingen (nader onderverdeeld in exclusieve afname en getrouwheidskortingen), (2) koppelverkoop en bundeling, (3) roofprijzen en (4) leveringsweigering en *margin squeeze*. Voor alle vormen van misbruik geldt dat het doel van artikel 102 VWEU ‘de

4. Zie hierover aanzienlijk uitvoeriger het consultatiedocument van de Commissie van december 2005, getiteld DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Zie voor een uitvoerige verhandeling over de nieuwe benadering van de Commissie ook het hoofdstuk over misbruik van machtspositie in de meeste recente druk (2014) van J. Faull en A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2014, een (uitstekend) handboek waarvan het auteursteam nagenoeg uitsluitend uit Commissieambtenaren bestaat.

bescherming van een daadwerkelijke concurrentie is en niet gewoon de bescherming van concurrenten. Dit kan eventueel betekenen dat concurrenten die de gebruikers minder te bieden hebben op het punt van prijs, aanbod, kwaliteit en innovatie, de markt verlaten.⁵ Uitgangspunt van de Commissie is, in de bewoordingen van de Richtsnoeren, dat zij 'normaal alleen (in)grijpt om concurrentieverstorende afscherming te voorkomen, indien de betrokken gedraging de concurrentie van concurrenten die even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie, al heeft belemmerd of daartoe in staat is'.⁶ Deze benadering wil de Commissie meer specifiek bij prijsgerelateerde uitsluitingsgedragingen nader concretiseren door de *As Efficient Competitor (AEC)* test. De AEC-test komt er kort gezegd op neer dat de door de dominante onderneming gehanteerde effectieve prijs wordt vergeleken met haar kostprijs. Omdat een hypothetische AEC verondersteld wordt een even hoge kostprijs te hebben als de dominante onderneming, zou van marktuitsluiting in beginsel geen sprake zijn zolang de dominante onderneming prijzen hanteert boven haar kostprijs.⁷

Voor de beoordeling van rooftprijzen biedt de AEC-test van de Richtsnoeren in beginsel niets nieuws.⁸ Dezelfde benadering werd al gehanteerd in de allereerste zaak over rooftprijzen, *Akzo/ECS*.⁹ Het enige nieuwe is dat de Commissie de maatstaven van de gemiddelde totale kosten (ATC) en de gemiddelde variabele kosten uit *Akzo/ECS* heeft vervangen door LRAIC (*Long-Run Average Incremental Cost*)¹⁰ respectievelijk AAC (*Average Avoidable Costs*).¹¹ Bij *multi-product firms* zijn de LRAIC lager dan de totale kosten omdat de daadwerkelijk gemeenschappelijke kosten niet tot de LRAIC worden gerekend. Dit impliceert dat door introductie van de LRAIC-maatstaf de drempel om in te grijpen is verhoogd.¹²

Ook bij de beoordeling van marge-utholling (*margin squeeze*) had de Commissie ook vóór de vaststelling van de Richtsnoeren de AEC-test reeds toegepast.¹³ Uitgangspunt bij de beoordeling of sprake is van marge-utholling is of het verschil tussen de upstream prijs waartegen derden van de dominante ondernemingen producten kunnen inkopen en de eigen verkoopprijs die de dominante onderneming hanteert voor op basis van die producten vervaardigde eindproducten kostendekkend

zijn voor de verwerking van de upstream producten tot eindproducten. Daarmee beoogt de Commissie te beoordelen of een AEC die de inputs koopt bij de dominante onderneming de eindproducten al dan niet met verlies zal moeten verkopen om op de stroomafwaartse markt met diezelfde dominante onderneming te kunnen concurreren. Ook hier brengen de Richtsnoeren derhalve in wezen niets nieuws.¹⁴

Nieuw in de Richtsnoeren is dat de Commissie de AEC-test ook tot toetsingsmaatstaf verheft voor de beoordeling van conditionele kortingen¹⁵ en gevallen van *mixed bundling* (dat wil zeggen: situaties waar producten separaat worden aangeboden en daarnaast gezamenlijk met een korting).¹⁶ Met name bij *retroactieve* conditionele kortingen is de toepassing van de AEC-test geen eenvoudige zaak. Kenmerkend voor dergelijke kortingssystemen is dat de afnemer, wanneer zijn afname een vooraf vastgestelde waarde- of volumedrempel overschrijdt, een korting toegekend krijgt over zijn totale afname. Dergelijke drempels kunnen generiek of individueel worden bepaald. Met name in geval van geïndividualiseerde drempels, zo is de redenering, zal de dominante leverancier een afzetvolume kiezen dat naar verwachting is gerelateerd aan het volume dat de afnemer hoe dan ook van hem zal afnemen. De leverancier betaalt aldus enkel een korting indien de afnemer ten minste ook een deel van de betwistbaar geachte vraag bij hem afneemt. Met het oog op de toepassing van de AEC-test dient vervolgens, aldus de Commissie, bij de bepaling van de effectieve prijs voor de eenheden die worden afgenomen boven de drempel (in de Richtsnoeren aangeduid als 'het relevante gedeelte')¹⁷ de totale korting die wordt behaald over de afname onder de drempel, aan de boven de drempel afgenomen eenheden te worden toegerekend. Dat is een – ook vanuit theoretisch oogpunt – lastige exercitie, omdat de aldus te berekenen effectieve prijs sterk kan verschillen al naar gelang de feitelijke afzet het drempelbedrag meer of minder overstijgt. De vaststelling van het 'relevante gedeelte' is geen wettelijke exercitie die tot eenduidige uitkomsten leidt. De Commissie stelt in de Richtsnoeren weliswaar dat zij de foutmarge in acht neemt die inherent is aan dit soort exercities,¹⁸ maar dit is een bezweringsformule die niet kan wegnemen dat het 'relevante gedeelte' onvermijdelijk een op aannames gebaseerde fictie zal zijn.¹⁹ Hoe dit ook zij, de nieuwe benadering van de Commissie impli-

5. Richtsnoeren, punt 6.

6. Richtsnoeren, punt 23.

7. Zie Richtsnoeren, m.n. punten 25-27.

8. Richtsnoeren, punt 63 e.v.

9. Zie de beschikking die uitmondde in het arrest HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Akzo/Commissie*, ECLI:EU:C:1991:286.

10. LRAIC staat voor het gemiddelde van de totale kosten die een onderneming moet maken om een bepaald product te produceren.

11. AAC staat voor de kosten die een onderneming bespaart door een bepaald product niet te produceren.

12. Volgens de vaste benadering van de Commissie (zoals bevestigd door het Hof van Justitie) schept verkoop onder AAC een wettelijk vermoeden van misbruik, terwijl bij verkoop tussen AAC en LRAIC aanvullend bewijs van een streven tot uitsluiting vereist is.

13. Zie onder meer de beschikking die uitmondde in het arrest HvJ EG 14 oktober 2010, zaak C-280/08P, *Deutsche Telekom/Commissie*, ECLI:EU:C:2010:603.

14. Zie voor margin squeeze Richtsnoeren, punt 75 e.v.

15. Richtsnoeren, punten 37-45.

16. Richtsnoeren, punten 59-61.

17. Richtsnoeren, punt 41.

18. Richtsnoeren, punt 41.

19. Zie hierover aanzienlijk uitvoerig het consultatiedocument van de Commissie van december 2005. Het 'relevante gedeelte' zou het gedeelte van de vraag van de afnemer moeten vertegenwoordigen dat deze afnemer in beginsel bereid zou zijn bij één of meer andere leveranciers af te nemen. Merk op dat naarmate het 'relevante gedeelte' geacht wordt groter te zijn, de in de effectieve prijs voor het 'relevante gedeelte' verdisconteerde korting over het niet-betwistbaar geachte gedeelte van de vraag meer dan evenredig zal afnemen. Anders gezegd: naarmate het gedeelte van de vraag dat betwistbaar wordt geacht groter is, zal de effectieve prijs bij een gelijkblijvend kortingspercentage minder snel onder de kostprijs uitkomen.

ceert dat retroactieve conditionele kortingen niet zonder meer geacht kunnen worden uitsluitingseffecten te genereren. Deze benadering wijkt sterk af van de beoordeling van kortingsregelingen in eerdere zaken, zoals deze in beroep aan de Unierechter zijn voorgelegd. In die eerdere zaken nam de Unierechter in navolging van de Commissie aan dat retroactieve voorwaardelijke kortingsstelsels naar hun aard geacht moeten worden niet te verwaarlozen uitsluitingseffecten te kunnen genereren.

Ook bij conditionele *incrementele* kortingsregelingen – dus kortingsregelingen zonder een retroactief element – verheft de Commissie in de Richtsnoeren de AEC-test tot toetsingsmaatstaf. In een dergelijke situatie is die test ook eenvoudiger toepasbaar. De effectieve prijs voor de marginale afzet is immers gelijk aan de nettoprijs – brutoprijs minus korting – voor iedere afgezette eenheid boven de drempel.²⁰ Ook bij gevallen van *mixed bundling* is de AEC-test relatief eenvoudig toepasbaar: de effectieve prijs voor ieder product in de bundel is immers gelijk aan de prijs voor de totale bundel verminderd met de prijs die moet worden betaald indien de bundel wordt afgenomen zonder het betrokken product. Deze prijs dient vervolgens te worden afgezet tegen de LRAIC voor het betrokken product.

Het is met name de toepassing van de AEC-test bij de beoordeling van *retroactieve* conditionele kortingen die ter discussie stond in de *Intel*-zaak en de *Post Danmark II*-zaak. Ik kom daarop terug in de volgende paragraaf.

Bij de beoordeling van niet-prijsgerelateerde uitsluitingsgedragingen – meer in het bijzonder exclusieve afnameverplichtingen – is voor de AEC-test geen rol weggelegd; het is immers niet de prijsstelling als zodanig die de uitsluitingseffecten genereert. Dat laat onverlet dat de Commissie in de Richtsnoeren ook ten aanzien van dergelijke gedragingen een meer effectgeoriënteerde aanpak uiteenzet: waar de Commissie in het verleden het standpunt innam dat het hanteren van exclusieve afnameverplichtingen door een dominante onderneming automatisch (behoudens objectieve rechtvaardiging, die overigens in de praktijk in misbruikzaken nog nooit in een beschikking van de Commissie is erkend)²¹ misbruik oplevert, kiest zij in de Richtsnoeren een genuanceerdere benadering.²² Startpunt voor de beoordeling is dat exclusieve afnameverplichtingen zich doorgaans zullen vertalen in een korting voor de afnemer ter compensatie voor het verlies van concurrentie. Op het eerste gezicht kunnen dergelijke verplichtingen dus de consumentenwelvaart vergroten omdat zij zullen leiden tot lagere prijzen. Ingevolge de Richtsnoeren zal de Commissie daarom haar aandacht met name richten op gevallen waarin gebruikers per saldo niet zullen profiteren. Dat

zal vooral het geval zijn als er talrijke afnemers zijn die door exclusieve afnameverplichtingen aan de dominante leverancier worden gebonden en deze verplichtingen tezamen genomen de toetreding of uitbreiding van concurrenten belemmeren. Daarvan zal, aldus opnieuw de Commissie, in het algemeen geen sprake zijn indien er meerdere aanbieders zijn waarvan substantiële concurrentiedruk uitgaat en die om de totale vraag van de betrokken afnemers kunnen concurreren. In dergelijke gevallen zullen exclusiviteitskortingen doorgaans geen daadwerkelijke uitsluitingseffecten kunnen genereren. Wanneer daarentegen de dominante leverancier voor alle of een substantieel deel van de afnemers een onvermijdelijke handelspartner is, bijvoorbeeld omdat sprake is van een ‘must carry’ product, zullen daarentegen exclusiviteitskortingen wel degelijk de effectieve mededinging kunnen beperken. In dergelijke gevallen geldt dat zelfs voor exclusieve afnameverplichtingen van betrekkelijk korte duur. De Commissie heeft deze benadering reeds in de praktijk toegepast, onder meer in een interventie in 2007 ten aanzien van gasleveringscontracten van het Belgische aardgasbedrijf Distrigas.²³

De Commissie heeft er welbewust voor gekozen om haar opvattingen over de toepassing van artikel 102 VWEU te duiden als de basis voor het formuleren van handhavingsprioriteiten. De Commissie onderstreept dat de Richtsnoeren niet zijn bedoeld als rechtsregels en de interpretatie van artikel 102 VWEU door de Unierechter onverlet laten.²⁴ Iets anders had de Commissie ook niet kunnen stellen, omdat de Unierechter nu eenmaal het laatste woord heeft. Niettemin is het zonneklaar dat de Commissie wel degelijk beoogd heeft een ontwikkeling in de jurisprudentie op gang te brengen die moet leiden tot een meer op de effecten dan op de vorm van de te beoordelen gedragingen gerichte uitleg van het begrip misbruik van economische machtspositie. Het gehele door de Commissie geëntameerde publieke debat dat aan de totstandkoming van de Richtsnoeren vooraf is gegaan, stond in die sleutel.²⁵ Dit alles deed de vraag rijzen of de Unierechter de beleidsoriëntaties van de Commissie daadwerkelijk zou vertalen in nieuw recht. Inmiddels heeft zowel het Gerecht als het Hof van Justitie zich uitgesproken. Zoals in de volgende paragraaf zal blijken nemen beide rechterlijke instanties afstand van de door de Commissie voorgestane benadering, met name waar het betreft de toepassing van artikel 102 VWEU op retroactieve kortingsregelingen. Van een op de Richtsnoeren geïnspireerde verandering in de jurisprudentie lijkt geen sprake te zijn.

20. Zie voor een meer expliciete bespreking van de toetsingsmaatstaf voor conditionele incrementele kortingen het consultatiedocument uit 2005, par. 7.2.2.2.

21. Deze ontsnappingsmogelijkheid geldt in beginsel voor alle vormen van misbruik. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om in te gaan op de vraag onder welke voorwaarden in misbruikzaken een *efficiency defence* als objectieve rechtvaardigingsgrond zou kunnen worden aangevoerd.

22. Richtsnoeren, punten 33-36.

23. Beschikking van 11 oktober 2007, zaak COMP/B-1/37966, *Distrigas*. Zie ook de beschikking inzake EDF van 17 maart 2010, COMP/39.386 – *Long term electricity contracts in France*.

24. Richtsnoeren, punten 2 en 3.

25. Dit debat werd officieel ingeluid met het consultatiedocument uit 2005. In de periode van 2005 tot 2009 hebben ambtenaren van de Commissie bij talrijke gelegenheden de nieuwe oriëntaties nader toegelicht tijdens congressen enz.

Recente rechtspraak met betrekking tot conditionele kortingen

Intel

Het Gerecht heeft zich in 2014 in zaak T-286/09, *Intel*, uitgesproken over wat het duidde als exclusiviteitskortingen. Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie oordeelt het Gerecht dat exclusiviteitskortingen misbruik van een machtspositie opleveren, ongeacht welk gedeelte van de vraag door de exclusiviteitsafspraken wordt afgeschermd. De mogelijke effecten hoeven niet te worden onderzocht. Concurrenten moeten, aldus het Gerecht, in beginsel in de gelegenheid zijn om te concurreren om de gehele markt en niet om een deel daarvan en daarmee is niet verenigbaar dat een of meer afnemers door exclusieve afnameverplichtingen met de dominante leverancier afgeschermd zijn van deze concurrenten.²⁶ Daarmee kiest het Gerecht voor de aloude *form based* benadering, doordat het geen enkele ruimte laat om de mogelijke effecten van de gewraakte exclusiviteitsbedingen in de beoordeling te betrekken. Ingevolge de door het Gerecht onderschreven benadering zijn exclusiviteitskortingen immers *naar hun aard* misbruikelijk.

In zijn arrest maakt het Gerecht een driedeling tussen pure kwantumkortingen, exclusiviteitskortingen en kortingen van de ‘derde categorie’.²⁷ Pure kwantumkortingen kunnen in beginsel geen misbruik opleveren, exclusiviteitskortingen zijn verboden behoudens objectieve rechtvaardiging en voor de beoordeling van kortingen van de ‘derde categorie’ dient de volledige feitelijke context in ogenschouw te worden genomen. Het Gerecht baseert deze driedeling op de traditionele jurisprudentie van het Hof over de toetsing van kortingsregelingen aan artikel 102 VWEU.

Voor toepassing van de AEC-test ziet het Gerecht uitdrukkelijk geen rol weggelegd, alleen al omdat bij exclusiviteitskortingen geen noodzaak bestaat om aan te tonen dat deze in het concrete geval tot marktuitsluiting kunnen leiden. Deze benadering is in zoverre in lijn met die van de Commissie in de Richtsnoeren, dat ook de Commissie bij de beoordeling van exclusieve-afnameverplichtingen in beginsel geen ruimte ziet voor toepassing van de AEC-test. Het Gerecht gaat echter een stap verder door te oordelen dat ook indien geen sprake zou zijn geweest van exclusiviteitsafspraken maar van kortingen van de ‘derde categorie’ de AEC-test geen geschikt instrument is om te beoordelen of sprake is van misbruik.²⁸ Hoewel de Commissie zelf van mening is dat exclusiviteitskortingen niet aan de AEC-test hoeven te worden onderworpen, had zij in haar beschikking veiligheidshalve ook de AEC-test toegepast omdat zij er kennelijk niet helemaal zeker van was dat de door Intel toegepaste con-

ditionele kortingen wel als exclusiviteitskortingen konden worden aangemerkt. In de praktijk is er ook slechts een gradueel verschil tussen een conditionele kortingsafpraak met een drempel die het leeuwendeel van de behoefte van de afnemer vertegenwoordigt en een kortingsregeling waarbij de afnemers zich daadwerkelijk contractueel verbindt om het leeuwendeel van zijn behoefte bij de dominante leverancier af te nemen. Het Gerecht doet het voorkomen alsof er een hemelsbreed verschil is tussen exclusiviteitskortingen en andersoortige kortingsregelingen die weliswaar de afnemer stimuleren om zo veel mogelijk af te nemen van de dominante leverancier: de eerste categorie zou op zich genomen misbruik opleveren (behoudens objectieve rechtvaardiging), terwijl de mededingingsrechtelijke beoordeling van de tweede categorie een analyse van de volledige feitelijke context zou vereisen. In werkelijkheid is dat grote verschil er niet en is de waterscheiding niet goed te rechtvaardigen. De feiten in de *Intel*-zaak bevestigen ook dat het in de praktijk vaak lastig zal zijn om de afspraken tussen leverancier en afnemers te duiden, omdat de effectiviteit van economische incentives doorgaans weinig verschilt van die van bindende contractuele afspraken en dominante ondernemingen bindende afspraken eerder zullen vermijden vanwege de meer in het oog springende mededingingsrechtelijke risico’s ervan. Door de zwart-wit-benadering zoals voorgestaan door het Gerecht wordt dan ook in de hand gewerkt dat dominante ondernemingen expliciete exclusiviteitsbedingen zullen vermijden ten gunste van economische incentives zonder contractuele afnameverplichting.

Het Gerecht voert een aantal redenen aan waarom toepassing van de AEC-test bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van kortingsregelingen niet nodig zou zijn. Allereerst verwijst het naar eerdere arresten van het Hof van Justitie over conditionele kortingen (met name *Michelin I*²⁹ en *Tomra*³⁰), waaruit blijkt dat toepassing van de AEC-test niet noodzakelijk is voor vaststelling van misbruik. Het betreft hier echter zaken waarvoor geldt dat de Commissiebeschikking dateert van vóór de Richtsnoeren. Fundamenteel van aard is de overweging van het Gerecht dat aan de hand van de AEC-test enkel kan worden beoordeeld of toetreding door even efficiënte concurrenten *onmogelijk wordt gemaakt*, terwijl de juridische maatstaf volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie is of toetreding door concurrenten wordt *bemoelijk*. De constatering dat een *as efficient competitor* tegen kostendekkende prijzen zijn producten kan aanbieden is onvoldoende om uitsluitingseffecten te kunnen uitsluiten. Dit uitgangspunt heeft volgens het Gerecht te gelden voor conditionele kortingsregelingen zonder exclusiviteitsdwang en dus *a fortiori* voor exclusiviteitskortingen.³¹ Deze benadering impliceert in feite dat de AEC-test door het Gerecht als een ondeugdelijke toetsingsmaatstaf terzijde wordt geschoven. Interessant is

26. Zie m.n. *Intel*, r.o. 117.

27. *Intel*, r.o. 74-78.

28. Zie over de AEC-test: *Intel*, r.o. 141-153.

29. HvJ EG 9 november 1983, zaak C-322/81, *Nederlandse Banden-Industrie Michelin/Commissie*, ECLI:EU:C:1983:313.

30. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10P, *Tomra Systems/Commissie*, ECLI:EU:C:2012:221.

31. *Intel*, r.o. 149-150.

ook nog dat het Gerecht erkent dat de AEC-test blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie wel een deugdelijke maatstaf is voor de beoordeling van mogelijke uitsluitingseffecten van *margin squeeze* en toepassing van lage prijzen. Het Gerecht rechtvaardigt de toepassing van de AEC-test in dergelijke gevallen met de overweging dat het onmogelijk is om de mogelijk misbruikelijke aard van prijzen te beoordelen zonder deze prijzen te vergelijken met andere prijzen of met kosten. Een verkoopprijs kan, aldus het Gerecht, niet op zichzelf genomen onrechtmatig zijn.³² Dat is een aardig sofistich argument dat echter geen verklaring vormt waarom de toepassing van retroactieve kortingen waarbij de effectieve prijs boven de kostprijs blijft, wél geacht moet worden uitsluitingseffecten te kunnen generen, terwijl dat niet geldt voor het (al dan niet selectief) hanteren van lage prijzen of marges boven de kostprijs. Ook een retroactieve kortingsregeling is een prijsgerelateerde gedraging. Voorts geldt dat het bezwaar tegen de AEC-test dat het Gerecht ontleent aan de toetsingsmaatstaf van het Hof van Justitie ('toetreding bemoeilijken'), indien gegrond, niet specifiek relevant is voor kortingsregelingen maar gelijkelijk opgeld zou doen voor alle vormen van prijsgerelateerd uitsluitingsmisbruik. Met de erkenning dat de AEC-test wel degelijk relevant is voor de beoordeling van gevallen van lage prijzen en marge-uitbolling, ondergraaft het Gerecht dus zijn eigen argument. Hoe dit ook zij, de redenering van het Gerecht impliceert dat een (retroactieve) conditionele kortingsregeling wél als zodanig misbruikelijk kan zijn. Daarmee zijn we terug bij de *form based* benadering waarvan de Commissie met haar Richtsnoeren nu juist afscheid had willen nemen.

Op één punt is nog wel de echo van de Richtsnoeren van de Commissie hoorbaar: daar waar het Gerecht benadrukt dat wanneer de dominante onderneming een onvermijdelijke handelspartner is, de toepassing van exclusiviteitskortingen structureel de toetredingsmogelijkheden voor concurrenten belemmert.³³ Kennelijk volgt het Gerecht de Commissie in de opvatting dat toepassing van exclusiviteitskortingen (of ook retroactieve conditionele kortingen) geen misbruik hoeft op te leveren indien concurrenten van de dominante leverancier in staat zijn aan de volledige vraag van afnemers te voldoen, met andere woorden: indien de dominante leverancier geen onvermijdelijke handelspartner is.

Het is in het licht van het voorgaande niet onbegrijpelijk dat het arrest van het Gerecht is bekritiseerd als dolkstoot in de rug van de *effects based approach*. Bedacht moet echter worden dat de beschikking betrekking had op de toepassing van exclusiviteitskortingen door een onderneming met een zeer hoog marktaandeel in de relatie met de belangrijkste afnemers van de producten in kwestie. Dat de gedragingen van Intel uitsluitingseffecten sorteerden, stond blijkens het feitenrelaas in de beschikking van de Commissie als een paal boven water.

In zoverre was de zaak een verre van ideaal precedent om de nuancerings van de *effects based approach* te toetsen.

Post Danmark II

Nog voordat het Gerecht zijn arrest had gewezen in de *Intel*-zaak ontving het Hof van Justitie prejudiciële vragen van een Deense rechter over de toepassing van artikel 102 VWEU op een conditionele kortingsregeling. In de prejudiciële zaak *Post Danmark II* is een retroactieve conditionele kortingsregeling aan de orde, die vermoedelijk door het Gerecht niet als exclusiviteitskorting zou zijn aangemerkt, maar als een andersoortige conditionele kortingsregeling (van de 'derde categorie'). Als eerder opgemerkt is echter niet geheel duidelijk waar de grens zou moeten worden getrokken tussen een exclusiviteitskorting en een retroactieve *target rebate* en wat het relevante verschil zou moeten zijn met het oog op de mededingingsrechtelijke beoordeling. Een exclusiviteitskorting wordt immers omschreven als een korting die gekoppeld is aan de voorwaarde dat de afnemer zijn gehele – althans een deel³⁴ van zijn – behoefte afneemt bij de leverancier. Een retroactieve conditionele korting is een korting die de afnemer prikkelt om ook het betwistbaar geachte deel van zijn behoefte te dekken bij de betrokken leverancier. Dat zal in de regel betekenen dat de afnemer het grootste deel van zijn vraag zal onderbrengen bij de leverancier met een machtspositie. Het effect van zo'n korting is derhalve niet wezenlijk anders dan van een exclusiviteitskorting. Maar dat ter zijde. *Post Danmark II* betrof een kortingsregeling waarbij de afnemers in ieder geval niet contractueel gedwongen waren het grootste deel van de producten van de dominante leverancier af te nemen. Kort gezegd kwam de kortingsregeling van *Post Danmark* op het volgende neer.³⁵ Grootafnemers van postreclame (een subcategorie van massamailings) konden in aanmerking komen voor een trapsgewijs oplopende korting van 6 tot 16 procent afhankelijk van het daadwerkelijk afgenomen volume. De maar liefst negen opeenvolgende treden van het kortingssysteem golden zonder onderscheid voor alle afnemers, maar waren vooral relevant voor middelgrote afnemers: grote afnemers kwamen gelet op hun afnamevolume hoe dan ook in aanmerking voor het hoogste kortingspercentage. Aan het begin van het jaar werd op basis van een schatting van het jaarvolume voor iedere afnemer een voorlopig percentage vastgesteld. Aan het eind van het jaar werd het definitieve kortingspercentage bepaald op basis van het daadwerkelijk afgenomen volume en het verschil gecompenseerd. Dit mechanisme impliceerde dat de korting werd berekend over het totale afgenomen volume. Er was met andere woorden sprake van een generieke conditionele retroactieve kortingsregeling, met als bijkomend opvallend element dat sprake was van een groot aantal kortingsdrempels, waarbij de korting over de totale afname bij het behalen van de

32. *Intel*, r.o. 152.

33. *Intel*, r.o. 91-93.

34. Zie nader voetnoot 40.

35. Zie voor een gedetailleerde beschrijving van het feitencomplex de conclusie van A-G Kokott.

volgende trede in het kortingsbouwwerk steeds met één of maximaal twee procentpunten toenam.

Het kortingsstelsel was ingevoerd in 2003, toen er nog in het geheel geen concurrentie bestond voor massamailings. Het stelsel werd gehandhaafd in 2007, toen de eerste concurrent (Bring Citymail, een dochter van de Noorse Post) de postmarkt in Denemarken betrad. Deze nieuwe toetreders ruimde in 2010 alweer het veld nadat hij grote verliezen had opgelopen. Volgens de Deense mededingingsautoriteit viel 70 procent van de massamailings waarop de kortingsregeling werd toegepast ten tijde van de onfortuinlijke marktpenetratie door Bring Citymail nog onder het wettelijke monopolie van Post Danmark. Daarnaast berekende de Deense mededingingsautoriteit dat twee derde van de buiten het monopolie uitgevoerde verzendingen van postreclame (dus nog eens 20 procent van het totale volume) niet zonder negatieve consequenties voor het kortingspercentage konden worden overgeheveld van Post Danmark naar Bring Citymail. De onderliggende berekeningen worden in het arrest en de conclusie van de advocaat-generaal niet besproken. Niettemin zou het interessant zijn om te zien hoe de mededingingsautoriteit tot deze berekening is gekomen. De kortingspercentages zijn immers niet buitengewoon hoog en bovendien is sprake van een tamelijk fijnmazige staffel waardoor de financiële consequenties van het al dan niet bereiken van een hogere tree in het kortingssysteem tamelijk beperkt lijken. Bovendien geldt voor het grootste deel van de marktvrage dat de afnemers hoe dan ook voor de maximale korting in aanmerking komen, zodat voor die categorie afnemers het hefboomeffect feitelijk inexistent is. Niettemin moet volgens de mededingingsautoriteit sprake zijn geweest van een aanzienlijk hefboomeffect. De mededingingsautoriteit concludeerde dat Post Danmark in 2007/8³⁶ haar economische machtspositie zou hebben misbruikt. Tegen dit besluit stelde Post Danmark (hoger) beroep in. In het kader van deze beroepsprocedure stelde de Deense rechter vervolgens prejudiciële vragen, waardoor de kwestie op het bord van het Hof van Justitie belandde.

Het Hof van Justitie gaat in zijn arrest allereerst in op de vraag welke criteria moeten worden gehanteerd bij de beoordeling of het litigieuze kortingsstelsel van Post Danmark marktafsluitende werking kan hebben. De beantwoording behelst vooral een herhaling van eerdere jurisprudentie: *Michelin I*,³⁷ *British Airways*,³⁸ *Tomra*.³⁹ Het Hof van Justitie onderscheidt op basis van die juris-

prudentie allereerst getrouwheidskortingen van pure kwantumkortingen. De eerste leveren volgens vaste jurisprudentie misbruik op, de laatste in beginsel niet. Hoewel het begrip ‘getrouwheidskorting’ wordt omschreven als korting ‘die tot doel heeft door de toekenning van financiële voordelen te verhinderen dat klanten zich voor hun behoeften uitsluitend of gedeels bevoorraden bij concurrerende producenten’, blijkt uit het vervolg dat het Hof van Justitie hiermee uitsluitend doelt op exclusiviteitskortingen als bedoeld in het *Intel*-arrest van het Gerecht. Het kortingsstelsel van Post Danmark wordt namelijk niet als ‘getrouwheidskorting’ aangemerkt met als redengeving dat ‘het stelsel geen verplichting voor de kopers of een belofte hunnerzijds in[hield] om zich voor hun behoeften uitsluitend of gedeeltelijk⁴⁰ te bevoorraden bij Post Danmark’. Nu het geen stelsel van getrouwheidskortingen betreft, moeten volgens het Hof van Justitie bij de beoordeling of sprake is van misbruik alle omstandigheden van het geval worden beoordeeld. Vervolgens herhaalt het Hof van Justitie weer de bekende overweging uit eerdere arresten als *British Airways* dat moet worden onderzocht of de korting tot doel heeft

‘door toekenning van een voordeel dat niet door een economisch voordeel wordt gerechtvaardigd de koper geen of minder keus te laten in zijn bevoorradingsbronnen, concurrenten de toegang tot de markt te beletten, ten aanzien van handelspartners bij gelijkwaardige prestaties ongelijke voorwaarden toe te passen, of de machtspositie te versterken door een vervalste mededinging’.⁴¹

Twee alinea’s verderop verduidelijkt het Hof van Justitie dat voor het aannemen van marktafsluitende werking voldoende is dat kortingen

‘voor concurrenten van de onderneming met een machtspositie de toegang tot de markt bemoeilijken of zelfs onmogelijk maken, en dat zij voor de medecontractanten van de onderneming de keuze tussen verschillende bevoorradingsbronnen of handelspartners bemoeilijken of zelfs onmogelijk maken’.⁴²

Dit zijn precies dezelfde overwegingen uit eerdere jurisprudentie waarop het Gerecht zich in *Intel* baseerde om te concluderen dat de toepassing van de AEC-test geen

36. Merk op dat het misbruik kennelijk pas geacht werd te beginnen ten tijde van de toetreding van Bring Citymail in 2007, terwijl nergens uit blijkt dat de datum van toetreding verband hield met gedeeltelijke opheffing van het wettelijke monopolie van Post Danmark. Kennelijk heeft de Deense mededingingsautoriteit niet geoordeeld dat de kortingsregeling in de jaren voor 2007 heeft bijdragen aan afscherming van de Deense postmarkt voor nieuwe toetreders.

37. HvJ EG 9 november 1983, zaak C-322/81, *Nederlandse Banden-Industrie Michelin/Commissie*, ECLI:EU:C:1983:313.

38. HvJ EG 15 maart 2007, zaak C-95/04P, *British Airways/Commissie*, ECLI:EU:C:2007:166.

39. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10P, *Tomra Systems/Commissie*, ECLI:EU:C:2012:221.

40. In de Engelse tekstversie: ‘all or a given proportion’, in de Franse tekstversie: ‘exclusivement ou pour une certaine quantité de leurs besoins’, in de Duitse taalversie: ‘ausschließlich oder zu einem bestimmten Teil’. Merk op dat dit een exorbitant ruim geformuleerde omschrijving van het begrip ‘exclusieve afnameverplichting’ behelst. Naar de letter genomen zou zelfs een verplichting om, bijvoorbeeld, een hoeveelheid die correspondeert met 40 procent van de totale vraag van de afnemer onder deze omschrijving kunnen worden gebracht. In gevallen waarin de Commissie het bestaan van misbruikelijke exclusieve afnameverplichtingen heeft aangenomen betrof het, voor zover dat uit de Commissiebeschikkingen kon worden achterhaald, altijd minstens ca. 80 procent van de totale behoefte. Zie in dit verband de beschikkingen in de zaken *Tomra* en *Intel*, die resulteerden in de gelijknamige arresten.

41. Zie voor het voorgaande *Post Danmark II*, r.o. 27-29.

42. *Post Danmark II*, r.o. 31.

geschikt middel is om te beoordelen of een kortingsregeling misbruik oplevert. Het probleem met deze standaardoverwegingen van het Hof van Justitie – die naarmate ze vaker herhaald worden steeds meer vastgeroest raken – is dat de lat voor het vaststellen van een inbreuk bijzonder laag komt te liggen. Het enkele feit dat een korting niet door een economische prestatie van de afnemer wordt gerechtvaardigd – wat in 99 van de 100 gevallen aan de orde zal zijn – zou volgens de vaste formuleringen van het Hof van Justitie voldoende zijn om een kortingsregeling mededingingsrechtelijk suspect te verklaren. Daarnaast zal iedere korting waarvan enige commerciële aantrekkingskracht uitgaat de toegang tot de markt voor concurrenten in zekere mate bemoeilijken en de keuzemogelijkheden van de afnemer in zekere mate inperken. Dat is inherent aan het gebruik van kortingen als concurrentie-instrument. Tot slot wordt het begrip ‘concurrenten’ op geen enkele wijze nader gekwalificeerd; dit kan iedere willekeurige concurrent zijn, ongeacht de prestaties van die concurrent. Een – wederom – ruime interpretatie van het arrest zou meebrengen dat zelfs de meest inefficiënte concurrent aanspraak op bescherming zou moeten kunnen maken. Wat hiervan zij, voor het hanteren van de maatstaf van de AEC is binnen dit beoordelingsraamwerk hoe dan ook geen plaats. Op zich hoeft dit geen onoverkomelijk bezwaar te zijn, mits het Hof van Justitie nader verduidelijkt dat niet iedere bemoeilijking van de markttoegang dan wel beperking van de keuzevrijheid van afnemers per definitie misbruik oplevert. Maar dat is precies wat het Hof van Justitie ook in deze zaak weer nalaat. Onder verwijzing naar *British Airways* en *Michelin I* benadrukt het Hof van Justitie twee eigenschappen van de kortingsregeling van Post Danmark, te weten dat deze terugwerkende kracht heeft en gebaseerd is op een referentieperiode van een jaar. Een dergelijk kortingsstelsel kan, aldus het Hof van Justitie onder uitdrukkelijke verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Kokott, waarover later meer, de dominante onderneming ‘in staat stellen haar klanten gemakkelijker aan zich te binden en de klanten van haar concurrenten aan te trekken’. Dit ‘aanzuigefect’ wordt in dit geval volgens het Hof van Justitie nog versterkt door het feit dat een deel van de vraag waarop de kortingsregeling toepassing vond nog aan het wettelijk monopolie van Post Danmark op de basispost was onderworpen.⁴³ Onduidelijk blijft evenwel of deze toevoeging zelfstandige betekenis heeft en of het Hof van Justitie meent dat van een uitsluitingseffect mogelijk geen sprake zou zijn geweest indien Post Danmark niet meer over een wettelijk monopolie had beschikt voor de basispost. Hetzelfde geldt voor de overwegingen die het Hof van Justitie wijdt aan het gegeven dat Post Danmark een marktaandeel had van 95 procent op een markt die gekenmerkt werd door hoge toetredingsdrempels, alsook voor de verwijzing naar het feit dat Post Danmark een unieke geografische dekking had die geheel Denemarken

omvatte.⁴⁴ Voorts geldt ditzelfde voor de overweging van het Hof van Justitie – rechtstreeks ontleend aan het *British Airways*-arrest – dat een onderneming met een aanzienlijk groter marktaandeel dan de concurrentie doorgaans een onvermijdelijke handelspartner zal zijn.⁴⁵ Tot slot geldt dit voor de overweging dat het feit dat de kortingsregeling op het merendeel van de klantenkring van toepassing was het waarschijnlijker maakt dat sprake is van een mededingingsbeperkende afscherpende werking.⁴⁶ Het is evident dat dergelijke factoren ertoe bijdragen dat een retroactieve conditionele kortingsregeling een marktafscherpende werking kan hebben, maar het Hof van Justitie schept geen enkel inzicht in het relatieve gewicht dat aan de diverse aangehaalde omstandigheden moet worden toegekend met als gevolg dat onduidelijk blijft onder welke omstandigheden toepassing van een conditionele retroactieve kortingsregeling door een onderneming met een economische machtspositie wél verenigbaar zou kunnen zijn met artikel 102 VWEU. Ook moet worden opgemerkt dat de genoemde omstandigheden geen enkele rol spelen bij de beoordeling van de door Post Danmark selectief toegepaste lage prijzen, zoals deze in de zaak *Post Danmark I* aan de orde was, terwijl het niettemin gedragingen van dezelfde onderneming in dezelfde periode betrof.

De feiten in *Post Danmark II* onderscheiden zich van die in zaken als *Michelin I* en *Tomra* doordat geen sprake is van een geïndividualiseerde kortingsregeling maar van gestandaardiseerde kortingsschalen die zonder onderscheid op alle afnemers worden toegepast. De enige gevolgtrekking die het Hof van Justitie daaraan verbindt, is dat de kortingsregeling niet als discriminatoir in de zin van artikel 102 sub c VWEU kan worden aangemerkt.⁴⁷

Nu het Hof van Justitie in zijn beantwoording van de eerste prejudiciële vraag in het geheel niet ingaat op de mogelijke impact van het geconstateerde ‘aanzuigefect’ op de effectieve prijsstelling door Post Danmark is al duidelijk dat het Hof van Justitie de AEC-test niet relevant vindt voor de mededingingsrechtelijke beoordeling. Het Hof van Justitie blijft vasthouden aan de benadering uit zaken als *British Airways* en *Tomra*, volgens welke bij retroactieve conditionele kortingen de omvang van het mogelijke uitsluitingseffect niet hoeft te worden onderzocht. In antwoord op de expliciete vraag van de Deense

43. *Post Danmark II*, r.o. 33-35.

44. *Post Danmark II*, r.o. 39.

45. *Post Danmark II*, r.o. 40. Te dien aanzien geldt dat in dit geval evident is dat Post Danmark vanwege het wettelijk monopolie op de basispost een onvermijdelijke handelspartner is. Het feit dat zij een aanzienlijk groter marktaandeel heeft dan de concurrentie voegt daar niets aan toe. Of sprake is van een onvermijdelijke handelspartner wordt bepaald door de mogelijkheid voor concurrenten om te voldoen aan de volledige vraag van afnemers. Die mogelijkheid wordt naast eventuele regulatoire belemmeringen vooral bepaald door de beschikbare productiecapaciteit van de concurrentie (en de mogelijkheden voor concurrenten om in reactie op een SSNIP van 5-10 procent met gezwinde spoed productiecapaciteit te creëren of uit te breiden) en niet primair door marktaandelen. Het herhalen van standaardfrases uit eerdere jurisprudentie voegt niets toe aan de begrijpelijkheid van het arrest van het Hof van Justitie.

46. *Post Danmark II*, r.o. 46.

47. *Post Danmark II*, r.o. 37.

rechter naar de relevantie van de Richtsnoeren van de Commissie merkt het Hof van Justitie allereerst op dat deze de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties niet binden, daarmee in het midden latend of de Commissie zelf wel gebonden zou kunnen zijn aan haar eigen handhavingsprioriteiten.⁴⁸ Het Hof van Justitie overweegt vervolgens dat het criterium van de AEC zelf wel heeft toegepast op gevallen waarin sprake was van selectief lage prijzen of wurgprijzen of ook marge-utholling.⁴⁹ Daarentegen refereert het Hof van Justitie aan zijn eigen arrest inzake *Tomra* ten betoeg dat bij de beoordeling van ‘een systeem van kortingen met terugwerkende kracht’ geen noodzakelijke voorwaarde voor vaststelling van een inbreuk is dat de dominante onderneming ‘negatieve prijzen’ oftewel nettoprijzen onder de kostprijs heeft toegepast. Uit de eerdere rechtspraak kan, aldus het Hof van Justitie, geen juridische verplichting worden afgeleid ‘om zich voor de vaststelling dat een door een onderneming met een machtspositie toegepast kortingsstelsel misbruik oplevert, altijd te baseren op het criterium van de even efficiënte concurrent’.⁵⁰ Omgekeerd mag deze gevolgtrekking er volgens het Hof van Justitie niet toe leiden dat de toepassing van de AEC-test bij het onderzoek naar de verenigbaarheid van kortingsregelingen met artikel 102 VWEU ‘principiële wordt uitgesloten’.⁵¹ Aansluitend overweegt het Hof van Justitie dan weer dat in het onderhavige geval, waar sprake is van een onderneming met een zeer groot marktaandeel die over structurele voordelen beschikt uit hoofde van een wettelijk monopolie, de toepassing van de AEC-test ‘niet relevant’ is, ‘aangezien de structuur van de markt het vrijwel onmogelijk maakt dat zich een even efficiënte concurrent aandient’.⁵² Deze laatste toevoeging roept direct vragen op. Ook voor wurgprijzen en marge-utholling geldt immers dat deze praktijken door ondernemingen met een (deels) wettelijk monopolie kunnen worden toegepast. Noch de rechtspraak noch de Richtsnoeren van de Commissie bieden echter enig aanknopingspunt voor de gedachte dat in een dergelijk geval misbruik zou kunnen worden vastgesteld zonder dat sprake is van negatieve nettoprijzen. Anders gezegd: onduidelijk blijft waarom de AEC-test enerzijds wél te allen tijde relevant is voor de beoordeling van (selectieve) lage prijzen en wurgprijzen en níet voor de beoordeling van kortingsregelingen. Ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott, een uitgesproken verdedigster van de oude lijn in de rechtspraak en daarmee tegenstander van de *effects based approach*, biedt voor dat verschil geen overtuigende verklaring. Zij voert aan dat het bij (selectieve) lage prijzen en marge-utholling gaat om gedragingen ‘die reeds qua aard nauw verband houden met de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen’.⁵³ Die stelling snijdt geen hout; niet valt in te zien waarom deze praktijken speci-

fiek verband zouden houden met de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen en kortingsregelingen níet. Het enige wat vaststaat, is dat het Hof van Justitie vanaf het begin heeft aanvaard dat bij de beoordeling van eerstbedoelde praktijken onder (thans) artikel 102 VWEU de kostenstructuur van de dominante ondernemingen tot uitgangspunt wordt genomen. Advocaat-generaal Kokott vervolgt met een aantal overwegingen die ik ten behoeve van de leesbaarheid in extenso citeer:

‘65. Uiteraard zou het theoretisch mogelijk zijn de vaststelling van uitsluitingsgedrag op basis van de prijs algemeen afhankelijk te stellen van de toepassing van het AEC-criterium en de toepassing daarvan op die manier ook voor kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie verplicht te stellen. Maar een dergelijke verdere ontwikkeling van de rechtspraak inzake artikel 82 EG moet om meerdere redenen met de nodige scepsis worden benaderd.

66. Ten eerste ligt de toegevoegde waarde van zware economische analyses niet altijd voor de hand en kunnen deze een buitensporig groot beslag leggen op de middelen van de mededingingsautoriteiten en de gerechtelijke instanties, die dan elders niet beschikbaar zijn om een doeltreffende handhaving van de mededingingsregels te verzekeren. De toegepaste methodiek kan (...) aanleiding geven tot aanzienlijke meningsverschillen. Afgezien daarvan zijn de beschikbare gegevens waarop de analyse wordt gebaseerd niet altijd betrouwbaar en moet de onderneming met een machtspositie bereid zijn om echt samen te werken met de mededingingsautoriteiten en de gerechtelijke instanties, hetgeen (...) niet altijd gewaarborgd is.

67. Ten tweede is het een illusie te geloven dat de problematiek van uitsluitingsgedrag op basis van de prijs eenvoudig en met de nodige rechtszekerheid kan worden aangepakt met behulp van een soort wiskundige formule, puur en alleen op basis van de prijs- en kostenelementen van de betrokken ondernemingen. Zoals gezegd zijn de bedrijfsgegevens niet zelden vatbaar voor meerdere interpretaties.

68. Voor de vaststelling van misbruik in het kader van artikel 82 EG, maar ook in andere gevallen, is vooral vereist dat alle relevante omstandigheden van het individuele geval bij de beoordeling in aanmerking worden genomen, en niet alleen maar de prijs- en kostenelementen. Tal van andere factoren, met name de concrete organisatie van een kortingsstelsel of bepaalde kenmerken van de markt waarop de dominante onderneming actief is, kunnen eveneens van belang zijn voor de vaststelling van misbruik. Dergelijke factoren kunnen zelfs veel relevanter zijn dan een prijs-kostenanalyse.

69. Indien alle relevante omstandigheden van het individuele geval in aanmerking worden genomen en het gedrag van de onderneming met een machtspositie objectief gezien vanuit economisch oogpunt kan worden gerechtvaardigd, is voldoende gewaarborgd dat de juridische vereisten voor de vaststelling van

48. *Post Danmark II*, r.o. 52.

49. *Post Danmark II*, r.o. 55.

50. *Post Danmark II*, r.o. 56-57.

51. *Post Danmark II*, r.o. 58.

52. *Post Danmark II*, r.o. 59.

53. Punt 63 van de conclusie.

misbruik in de zin van artikel 82 EG sporen met de economische realiteit.’

Voor al deze bezwaren tegen de AEC-test geldt dat zij ook opgeld doen bij de toepassing daarvan op gevallen van (selectieve) lage prijzen en marge-utholling. Disputen over de allocatie van indirecte kosten en allerlei andere factoren die van belang zijn voor de bepaling van de kostprijs van de dominante onderneming zullen in dergelijke gevallen niet van andere orde zijn dan in gevallen waarin kortingsstructuren worden beoordeeld. Het enige werkelijk relevante verschil lijkt te zijn dat bij *retroactieve* kortingsregelingen de bepaling van de effectieve of nettoprijs van het gedeelte van de betwistbaar geachte output waaraan de korting over het totale afzetvolume moet worden toegerekend als zodanig problematisch is, omdat de hoogte van de effectieve prijs in zeer sterke mate wordt beïnvloed door aannames over de omvang van die betwistbare output. Die aannames hebben onvermijdelijk een arbitrair element, wat zich laat verduidelijken aan de hand van een simpel voorbeeld.

Een afnemer heeft een totale behoefte die geschat wordt op 100 eenheden. De dominante leverancier verwacht dat een concurrent hiervan maximaal 30 voor zijn rekening kan nemen en stelt daarom aan de afnemer een drempel van 70 eenheden voor. Wordt de drempel gehaald, dan krijgt de afnemer een korting van 5 procent op de verkoopprijs X over het totale volume. Stel, de afnemer neemt uiteindelijk 80, 90 dan wel 100 eenheden af. In het eerste geval is de effectieve prijs voor iedere eenheid boven de drempel $0,6 X$. Bij een afname van 90 eenheden bedraagt de effectieve prijs voor iedere eenheid boven de drempel $0,775 X$. Wanneer de totale afname gelijk is aan de oorspronkelijk ingeschatte totale behoefte belooft de effectieve prijs voor iedere eenheid boven de drempel $0,833 X$.

Dit simpele rekenvoorbeeld toont (mede) aan dat naarmate één of meer concurrenten in staat zijn een groter deel van de betwistbaar geachte vraag voor zijn/hun rekening te nemen, de door hen als gevolg van de retroactieve kortingsregeling ondervonden prijsdruk lager uitvalt. Aldus bezien lijkt het belangrijkste bezwaar tegen de toepassing van de AEC-test op kortingsregelingen, alle stellingen van advocaat-generaal Kokott ten spijt, vooral daarin te bestaan dat de effectieve prijs zich niet eenduidig laat vaststellen. Van groot belang is te constateren dat dit bezwaar enkel geldt voor retroactieve conditionele kortingsregeling en niet voor incrementele kortingsregelingen, ongeacht of deze drempels bevatten die aan de (veronderstelde) behoefte van de afnemer zijn gerelateerd.

Terug naar het arrest van het Hof van Justitie. Na lezing van deze enerzijds-anderzijds overwegingen blijft de lezer zitten met de vraag wanneer de AEC-test dan vol-

gens het Hof van Justitie wél relevant kan zijn. Een hypothese die verenigbaar is met de overwegingen van het Hof van Justitie én recht doet aan de verschillen tussen retroactieve kortingsregelingen en andere prijsgereleerde vormen van uitsluitingsmisbruik is dat de AEC-test met name relevant zal zijn voor kortingsregelingen die geen retroactief element bevatten.

Tot zover de bruikbaarheid van de AEC-test als toetsingsmaatstaf voor de beoordeling van kortingsregelingen onder artikel 102 VWEU.

In *Post Danmark II* werd door de verwijzende rechter ook nog de vraag voorgelegd hoe waarschijnlijk en ernstig de mededingingsverstoringende werking van een kortingsregeling moet zijn opdat deze als misbruikelijk kan worden aangemerkt. Ook op dit onderdeel put het Hof van Justitie zich uit in het citeren uit eerdere arresten. De weinig verrassende conclusie luidt dan ook dat er geen reden is om een merkbaarheidsdrempel vast te stellen met het oog op de constatering van misbruik van een machtspositie. De betreffende mededingingsbeperkende gedraging, zo vervolgt het Hof van Justitie, ‘kan immers uit de aard zelf ervan niet te verwaarlozen mededingingsbeperkingen teweegbrengen en de mededinging op de markt waarop de betrokken onderneming actief is, zelfs uitschakelen’.⁵⁴ Naar analogie van de jurisprudentie over artikel 101 VWEU: de conditionele retroactieve kortingsregeling moet worden aangemerkt als een beding dat de strekking heeft concurrenten uit te sluiten. Niet helemaal sluitend is dan vervolgens de conclusie van het Hof van Justitie dat een kortingsregeling als aan de orde in het hoofdgeding ‘slechts’ binnen het toepassingsbereik van artikel 102 VWEU valt als het mededingingsverstoringende effect ervan ‘waarschijnlijk is, zonder dat het ernstige of aanmerkelijk karakter ervan hoeft te worden aangetoond’.⁵⁵

Ronduit verwarringwekkend is de verwijzing in het onderhavige deel van het arrest naar het prejudiciële arrest in *Telia Sonera* – dat betrekking heeft op marge-utholling – dat bij de beoordeling van uitsluitingseffecten ermee volstaan kan worden aan te tonen ‘dat sprake is van een mogelijk mededingingsverstoringend effect dat concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie, van de betreffende markt kan uitsluiten’.⁵⁶ Aan deze verwijzing naar de positie van AEC’s kan mijns inziens geen betekenis worden toegekend. Het Hof van Justitie lijkt uit het oog te hebben verloren dat het bij de beantwoording van een eerdere prejudiciële vraag in hetzelfde arrest nu juist had geoordeeld dat retroactieve kortingsregelingen anders moeten worden beoordeeld dan gevallen van *margin squeeze* en dat bovendien het bestaan van een wettelijk monopolie het juist in het onderhavige geval ‘vrijwel onmogelijk maakt dat zich een even efficiënte concurrent aandient’.

54. *Post Danmark II*, r.o. 73.

55. *Post Danmark II*, r.o. 74. De Franse en Engelse tekstversies bevatten geen equivalent van de term ‘slechts’; dit lijkt een slordigheid in de vertaling.

56. *Post Danmark II*, r.o. 66.

De conclusie uit het arrest *Post Danmark II* lijkt derhalve te zijn dat de aloude rechtspraak van het Hof van Justitie over de beoordeling van retroactieve conditionele kortingsregelingen heden ten dage nog recht overeind staat en dat de Richtsnoeren van de Commissie niet geleid hebben tot enige inhoudelijke aanpassing van die rechtspraak: retroactieve conditionele kortingsregelingen moeten worden geacht naar hun aard de mededinging te verstoren. Voor de vaststelling van misbruik van een machtspositie hoeven de concrete gevolgen voor de mededinging dan ook in feite niet onderzocht te worden. Meer in het bijzonder is het niet nodig om een AEC-test uit te voeren. Slechts indien sprake is van een situatie waarin de dominante aanbieder niet als onvermijdelijke handelspartner kan worden aangemerkt – een beoordeling waarvoor naar het oordeel van het Hof van Justitie een simpele marktaandeelberekening kan volstaan – lijkt er ruimte te zijn voor een beoordeling die niet hoeft uit te monden in vaststelling van een inbreuk. Dit alles roept de vraag op of het toetsingskader zoals toegepast door het Hof van Justitie in *Post Danmark II* ook geldt voor conditionele kortingsregelingen zonder retroactief element. Dit vormt het onderwerp van de volgende paragraaf.

Beoordeling van niet-retroactieve kortingsregelingen

In het consultatiedocument uit 2005 waarin de Commissie het publieke debat over de herijking van de beoordeling van uitsluitingsmisbruik onder (destijds) artikel 82 EG-Verdrag in gang zette, nam de Commissie nog uitdrukkelijk het standpunt in dat incrementele conditionele kortingsregelingen geen misbruik opleveren zolang de nettoprijs voor de marginale eenheden boven de kostprijs blijft. Dit uitgangspunt geldt zowel voor gestandaardiseerde als voor geïndividualiseerde kortingsregelingen, dat willen zeggen zowel voor kortingsregelingen waarbij omzetzempels gelijkelijk voor de gehele markt zijn vastgesteld als voor kortingsregelingen waarbij de dominante leverancier voor afnemers geïndividualiseerde zempels vaststelt gebaseerd op historische afname, vooraf bepaalde omzetzempels of anderszins.⁵⁷ Deze benadering vormt een consequente toepassing van het uitgangspunt dat het mededingingsrecht niet beoogt concurrenten in het algemeen te beschermen maar enkel de effectieve mededinging waarbij de *as efficient competitor* als maatstaf geldt. Vandaar ook dat de Commissie voorstelt om bij de beoordeling van conditionele incrementele kortingsregelingen de AEC-test consequent toe te passen.

In de uiteindelijke Richtsnoeren uit 2009 wordt de beoordeling van conditionele retroactieve en incrementele kortingsregelingen minder systematisch uitegetrokken dan in het eerdere consultatiedocument. Niette-

min volgt uit de door de Commissie gehanteerde uitgangspunten ontegenzeggelijk dat de Commissie slechts een nader onderzoek naar de effecten van een conditionele incrementele kortingsregeling zal instellen indien komt vast te staan dat de nettoprijs lager is dan de LRAIC.⁵⁸ De vraag is of deze benadering wordt aangetaast door de arresten in *Intel* en *Post Danmark II*.

In dat verband moet allereerst worden geconstateerd dat in het bijzonder geïndividualiseerde conditionele incrementele kortingsregelingen niet kunnen worden gelijkgesteld aan een ‘eenvoudige kwantumkorting’ als bedoeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie, nu het behalen van aanspraak op de korting afhankelijk wordt gesteld van geïndividualiseerde omzetzempels.⁵⁹ Betekent dit nu dat ook voor dergelijke kortingsregelingen geldt dat deze als misbruikelijk kunnen worden aangemerkt ook indien de nettoprijs voor de hoeveelheden boven de omzetzempel boven de kostprijs van de dominante leverancier blijft? Met andere woorden: is voor de beoordeling van dergelijke kortingen toepassing van de AEC-test verplicht of, net als bij retroactieve kortingsregelingen, facultatief en eigenlijk overbodig? Mijns inziens heeft het eerste te gelden. Daarvoor gelden een aantal overwegingen.

Ten eerste geldt bij conditionele incrementele kortingsregelingen dat deze evenals wurgprijzen, selectief lage prijzen en marge-utholling ‘pure’ prijsgerelateerde gedragingen zijn. Meer in het bijzonder de verwantschap met selectief lage prijzen zoals deze in de zaak *Post Danmark I*⁶⁰ aan de orde waren, is groot. In laatstbedoelde zaak ging het om de toepassing van lage prijzen door een onderneming met een economische machtspositie ten aanzien van bepaalde voormalige klanten van een concurrent met het oogmerk zich die klanten toe te eigenen. In essentie was de vraag of een dergelijke praktijk misbruik van een economische machtspositie zou kunnen opleveren ook indien niet aan de voorwaarden voor het vaststellen van wurgprijzen is voldaan. In dat verband overwoog het Hof van Justitie dat het hanteren van discriminerende prijzen, dat wil zeggen ‘de toepassing van verschillende prijzen voor verschillende klanten of verschillende categorieën van klanten voor waren of diensten waarvan de kosten dezelfde zijn (...) op zichzelf genomen niet op uitsluitingsmisbruik’ wijst.⁶¹ In latere rechtspraak, en meer in het bijzonder in *Post Danmark II*, verwijst het Hof van Justitie expliciet naar *Post Danmark I*, ter onderbouwing dat het de AEC-test specifiek heeft toegepast op wat het aanduidt als ‘selectieve’ prijzen. Het arrest *Post Danmark I* wordt daarmee op één lijn geplaatst met standaardarresten over wurgprijzen (*Akzo*⁶² en *France Télécom*⁶³) en over

57. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005, par. 7.2.2.2.

58. Richtsnoeren, randnr. 43-45.

59. Vgl. Gerecht 30 september 2003, zaak T-203/01, *Michelin/Commissie*, ECLI:EU:T:2003:250, r.o. 57 en 58.

60. HVJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, *Post Danmark/Konkurrençeråd*, ECLI:EU:C:2012:172.

61. *Post Danmark II*, r.o. 30.

62. HVJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Akzo/Commissie*, ECLI:EU:C:1991:286.

63. HVJ EG 2 april 2009, zaak C-202/07P, *France Télécom/Commissie*, ECLI:EU:C:2009:214.

marge-utholling (*Telia Sonera*⁶⁴). Hieruit volgt dat de AEC-test een verplicht element is voor de beoordeling van selectief lage prijzen onder artikel 102 VWEU. Niet valt in te zien waarom dit voor het hanteren van geïndividualiseerde conditionele (= selectieve) kortingen anders zou zijn. In beide gevallen is sprake van nettoprijzen die voor uiteenlopende afnemers verschillend zijn zonder dat daarvoor een op kostenverschillen voor de leverancier gebaseerde rechtvaardiging kan worden gegeven.

Ook moet worden vastgesteld dat de specifieke bezwaren die advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in *Post Danmark II* aanvoerde tegen de toepassing van de AEC-test op conditionele retroactieve kortingen niet gelden voor de beoordeling van conditionele *incrementele* kortingsregelingen. Bij dergelijke regelingen is het vergelijken van de kostprijs van de dominante leverancier met de door deze gehanteerde nettoprijzen niet ingewikkelder dan bij gevallen waarin selectieve lage prijzen aan de orde zijn of wordt getoetst of sprake is van wurgprijzen of marge-utholling.

Daarnaast moet worden geconstateerd dat op een na alle beschikkingen van de Commissie over conditionele kortingsregelingen betrekking hebben op kortingsregelingen met een retroactief element. De enige uitzonderingen vormen de *soda ash* beschikkingen uit 1990 tegen Solvay en ICI.⁶⁵ Deze beschikkingen hadden onder meer betrekking op zogenoemde ‘top slice rebates’, dat wil zeggen hoge incrementele kortingen. In het geval van Solvay was de drempel waarboven de hoge kortingen golden bepaald op een volume dat correspondeerde met 80 procent van de verwachte behoefte van de klant. Uit de beschikking inzake ICI blijkt niet op welk niveau de drempel was gezet, maar is voldoende duidelijk dat sprake was van een geïndividualiseerde drempel die gerelateerd was aan het gedeelte van de vraag waarvan door ICI werd aangenomen dat concurrenten daarin zouden kunnen voorzien. In beide gevallen lijkt sprake te zijn van geïndividualiseerde incrementele kortingen die als misbruik zijn aangemerkt om de enkele reden dat zij specifiek zagen op het volume dat betwistbaar wordt geacht. Uit de tekst van beide beschikkingen blijkt echter dat een dragend onderdeel van de beoordeling door de Commissie betrekking had op het feit dat de nettoprijzen die door beide dominante ondernemingen (Solvay op de continentale en ICI op de Britse en Ierse markt) na aftrek van alle kortingen en andere *kick backs* werden toegepast, lager uitvielen dan de minimumprijzen die concurrenten uit derde landen dienden te hanteren op grond van in het kader van een antidumpingprocedure afgegeven verbintenissen op de gemeenschappelijke markt. Daarnaast stelde de Commissie in de beschikking tegen Solvay expliciet vast dat concurrenten onrendabel lage dan wel dumpingprijzen moesten aanbieden om de nettoprijzen van Solvay voor de betwist-

baar geachte hoeveelheden te matchen.⁶⁶ Hoewel de Commissie in deze oude zaken strikt genomen geen AEC-test heeft uitgevoerd – uit niets blijkt dat de Commissie de kostprijzen van de twee dominante leveranciers zou hebben vastgesteld, laat staan in de beoordeling betrokken – heeft zij wel uitdrukkelijk aandacht besteed aan de kostprijspositie van de restconcurrentie. De Commissie heeft de toegepaste incrementele kortingen dan ook niet als misbruik gekwalificeerd op de enkele grond dat deze conditioneel en geïndividualiseerd waren, maar omdat deze gelet op de concrete omstandigheden van het geval – meer in het bijzonder de litigieuze antidumpingmaatregelen – aantoonbaar leidden tot uitsluiting van concurrenten.

Mij is één recent geval bekend waarin een nationale autoriteit een kortingsregeling heeft aangevochten die geen manifest retroactief karakter had. Het betreft een beschikking van 18 december 2015⁶⁷ van de Britse regulator voor de spoorvervoersector Office of Rail and Road (‘ORR’), die van vervoerder Freightliner verbintenissen afdwong om een eind te maken aan een kortingspraktijk waarbij naast retroactieve ook prospectieve kortingen werden aangeboden. Uit de tamelijk summere rapportage van ORR kan worden afgeleid dat het hierbij onder meer ging om een kortingsregeling waarbij het behalen van een omzetdoel in jaar X recht gaf op een additionele korting in jaar X+1. Het spreekt voor zich dat een dergelijke regeling een vergelijkbaar hefboomeffect heeft als een retroactieve korting. Waar bij een retroactieve kortingsregeling aan het eind van het jaar in beginsel de eindbalans kan worden opgemaakt, geldt bij dergelijke prospectieve kortingen dat weliswaar aan het eind van het eerste jaar (X) kan worden bepaald of de afnemer het tweede jaar (X+1) op een extra korting aanspraak kan maken, maar het totaalbedrag van de aldus te verdienen extra korting laat zich pas aan het eind van jaar (X+1) bepalen. In een dergelijk geval is derhalve eens te meer onmogelijk om de effectieve prijs per afgenomen eenheid boven de omzetsdrempel in jaar X te berekenen (en daarmee het hefboomeffect te bepalen). Toepassing van de AEC-test stuit hier af op praktische barrières. In zoverre illustreert deze zaak op treffende wijze dat toepassing van de AEC-test geen passend instrument is voor de beoordeling van conditionele kortingsregelingen die geen zuiver incrementeel karakter hebben, maar waarbij geldt dat het behalen van een omzetdoel een hefboomeffect sorteert doordat de korting niet enkel wordt toegekend voor eenheden die boven het drempelbedrag worden afgenomen binnen de periode waarin de aanspraak op de korting wordt verworven. Uit de gepubliceerde samenvatting van het commitmentsbesluit blijkt dat het ORR tevens bezwaarlijk achtte dat de kortingen geïndividualiseerd waren en geen verband hielden met kostenvoordelen aan de zijde van Freightliner. Om de redenen die ik hiervoor uiteen-

64. HVJ EU 17 februari 2011, zaak C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83.

65. Beschikkingen 91/299 en 91/300 van 19 december 1990, *PbEG* 1991, L 152/21 resp. 40.

66. Beschikking 91/299 inzake *Solvay*, punt 17 en 52.

67. Zie <http://orr.gov.uk/_data/assets/pdf_file/0011/20351/orr-commitments-decision-2015-12-18.pdf>.

heb gezet, kunnen die omstandigheden evenwel geen zelfstandige grond voor ingrijpen hebben opgeleverd.

De conclusie uit het voorgaande is dat het beoordelingskader voor incrementele conditionele kortingen afwijkt van dat voor retroactieve kortingen. Omdat de kortings-systematiek niet voorziet in een hefboomeffect, is er geen goede reden om incrementele kortingen anders te beoordelen dan het selectief toepassen van lage prijzen, rooftprijzen of marge-utholling.

Conclusie

De conclusie van deze bijdrage kan kort zijn: de nieuwe benadering door de Commissie voor de beoordeling van gevallen van uitsluitingsmisbruik heeft niet geleid tot aanpassingen van de rechtspraak van de Unierechter. Met name voor conditionele retroactieve kortingsregelingen (en kortingsregelingen met een vergelijkbaar hefboomeffect) geldt dat deze onverkort als misbruik worden aangemerkt, zonder dat de Unierechter een onderzoek verlangt naar de concrete gevolgen ervan. Weliswaar laat de Unierechter de mogelijkheid open dat een dominante onderneming een objectieve rechtvaardiging voor haar kortingsregeling aanvoert, maar niet goed valt in te zien dat deze ontsnapingsmogelijkheid voor de praktijk enige relevantie zou kunnen toekomen. De dominante onderneming zou dan immers ten minste moeten aantonen dat een kortingsregeling met retroactief element noodzakelijk is en dat niet met een incrementele kortingsregeling kan worden volstaan. Dit alles is slechts anders in gevallen waarin concurrenten van de dominante onderneming kunnen concurreren om de volledige vraag van de klant ten aanzien waarvan een retroactieve korting wordt toegepast. Daarbij moet met name worden gedacht aan markten met een biedmarktstructuur, waarbij afnemers twee of meer leveranciers laten concurreren om hun totale vraag teneinde aldus zo gunstig mogelijke voorwaarden in de wacht te kunnen slepen. In dergelijke situaties – waarin concurrentie op de markt door de afnemer wordt vervangen door concurrentie om de markt – kunnen retroactieve kortingen (dat wil zeggen, kortingen die bij het behalen van een bepaalde minimumafname over het gehele afnamevolume worden toegerekend) immers geen uitsluitingseffecten genereren. Daarbij ware te bedenken dat een afnemer enkel voor een vorm van aanbesteding zal kiezen indien geen van de leveranciers als onvermijdelijke handelspartner kan worden aangemerkt. In een dergelijke marktconstellatie zal echter ook niet snel sprake zijn van een economische machtspositie.

Bovengenoemd uitgangspunt geldt ook voor exclusie-veafnamebedingen, met dien verstande dat voor dergelijke bedingen onder omstandigheden nog wel voorstelbaar is dat de dominante leverancier een objectieve rechtvaardiging kan aandragen; bijvoorbeeld ingeval deze afnemerspecifieke investeringen heeft moeten verrichten. Maar overigens geldt dat volgens de Unierechter geen onderzoek hoeft te worden verricht naar uit-

sluitingseffecten teneinde misbruik te kunnen vaststellen.

Omgekeerd geldt dat de jurisprudentie van de Unierechter in toenemende mate steun biedt voor de Commissie dat alle andere prijsgerelateerde vormen van (mogelijk) misbruik op dezelfde voet moeten worden beoordeeld als rooftprijzen; dat geldt voor marge-utholling, de selectieve toepassing van lage prijzen, gemengde bundeling en alle vormen van niet-retroactieve kortingsregelingen. Dat betekent dat bij de beoordeling van dergelijke vormen van prijsgerelateerde gedragingen de AEC-test wel degelijk centraal staat. Een zeldzame uitzondering vormden de *soda ash* zaken voor zover daarin de in het kader van een antidumpingprocedure voor concurrenten van buiten de EU vastgestelde minimumprijzen als toetsingsmaatstaf werden gehanteerd, maar die zaken hebben als de spreekwoordelijke uitzondering te gelden. Behoudens uitzonderlijke omstandigheden waarin concurrenten van de dominante onderneming als gevolg van regulator ingrijpen hun prijzen niet onder een bepaald niveau mogen verlagen, zal de eigen kostprijs van de dominante onderneming het uitgangspunt zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van haar prijsstelling. In zoverre is inmiddels, met name door *Post Danmark I*, meer duidelijkheid ontstaan.

Een en ander doet de vraag rijzen of de Commissie niet haar richtsnoeren zou moeten herzien. Mijns inziens is daar veel voor te zeggen. De richtsnoeren binden nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechter evenmin als de Unierechter. Ondernemingen kunnen er dus niet op vertrouwen dat de richtsnoeren een *safe haven* opleveren. En omgekeerd geldt dat recente arresten als *Intel* en *Post Danmark II* ten onrechte de indruk kunnen doen ontstaan dat de gehele *effects based approach* dood en begraven is. Dat laatste is zeker niet het geval; beperkte aanpassingen van de richtsnoeren zullen voldoende zijn om deze inhoudelijk in lijn te brengen met de rechtspraak van de Unierechter en de rechtszekerheid voor ondernemingen aanzienlijk te vergroten.