

Rechtspraak

Michelin II & British Airways: wanneer zijn kwantumkortingen misbruikelijk?

Mr. H.M.H. Speyart

In twee recente arresten heeft het Gerecht van Eerste Aanleg duidelijkheid geschapen over de vraag of en wanneer door een dominante onderneming verleende niet-discriminatoire kwantumkortingen misbruikelijk zijn. De vraag is of deze duidelijkheid, die geen ruimte laat voor een economische analyse, niet ten koste gaat van welvaartseffecten.

GvEA EG 30 september 2003, zaak T-203/01, Michelin II, n.n.g. en GvEA EG 17 december 2003, zaak T-219/99, British Airways, n.n.g.

Misbruikelijke kortingsstructuren in het algemeen

De bestaande rechtspraak op het gebied van kortingen wordt in beide hier besproken arresten in herinnering gebracht.¹ Daarbij worden in eerste instantie de vaste formules herhaald over de op een dominante onderneming rustende bijzondere plicht om door haar gedrag geen inbreuk te maken op de effectieve mededinging op de Europese markt en om uitsluitend op grond van de verdiensten van haar waren of diensten de concurrentiestrijd aan te gaan.² Daarop volgen de door het Hof ontwikkelde regels dat niet elke vorm van prijsconcurrentie automatisch als rechtmatig beschouwd kan worden³ en dat door dominante ondernemingen toegepaste kortingsystemen onrechtmatig zijn wanneer zij op de markt een afschermende werking hebben.⁴

In dit kader wordt in de beschikkingspraktijk van de Commissie en in de rechtspraak van Gerecht en Hof een verschil gemaakt tussen getrouwheidskortingen, doelstellingskortingen en kwantumkortingen:

- Door een dominante partij gehanteerde getrouwheidskortingen zijn misbruikelijk, wanneer zij worden aangeboden in ruil voor een verbintenis om zich goeddeels of uitsluitend bij de dominante onderneming te bevoorraden. Zij zijn er dan immers met name op gericht, dat de afnemer zich (nagenoeg) uitsluitend bij de kortingverlener bevoorradt en hebben derhalve een sterk uitsluitingseffect.⁵
- Hetzelfde geldt voor doelstellingskortingen.⁶
- Bij kwantumkortingen is de benadering genuanceerder. Kwantumkortingen die slechts aan de omvang van de bij een dominante fabrikant gedane aankopen zijn gerelateerd, zijn toegestaan

wanneer zij de efficiencywinst van de onderneming met een machtspositie en haar winst uit schaalvoordelen weerspiegelen.⁷

Wat de kwantumkortingen betreft lijkt derhalve een verschil gemaakt te moeten worden tussen eigenlijke kwantumkortingen, waarbij *efficiency*-voordelen van de leverancier aan zijn afnemers worden doorgegeven, en oneigenlijke kwantumkortingen, die in de praktijk als getrouwheidskorting fungeren en derhalve misbruikelijk zijn. Het is dit verschil, dat in de besproken arresten aan de orde is, en dat als enig onderwerp uit die arresten zal worden beschreven en becommentarieerd.

Michelin II

De feiten

In deze zaak ging het om een uitgebreid systeem van kortingen dat in de jaren tachtig en negentig door bandenfabrikant Michelin op zijn thuismarkt Frankrijk werd gehanteerd. Onderdeel van dit systeem

¹ Zie, wat het Michelin II-arrest betreft, r.o. 56 van het arrest.

² HvJ EG 14 februari 1978, *United Brands*, zaak 27/76, Jur. p. 207; HvJ EG 9 november 1983, *Michelin I*, zaak 322/81, Jur. p. 3461; GvEA EG 1 april 1993, *Britse Gipsplaten* (PB Industries en British Gypsum), zaak T-65/89, Jur. II-389; GvEA EG 8 oktober 1996, CMB, zaken T-24/93 – T-26/93 en T-28/93, Jur. II-1201 en GvEA EG 7 oktober 1999, *Irish Sugar*, zaak T-228/97, Jur. p. II-2969.

³ HvJ EG 3 juli 1991, *AKZO*, zaak C-62/86, Jur. p. I-3359 en arrest *Irish Sugar*, reeds aangehaald.

⁴ Reeds aangehaald arrest *Michelin I*.

⁵ HvJ EG 16 december 1975, *SuikerUnie*, zaken 40/73 – 48/73, 50/73, 54/73 – 65/73, 113/73 en 114/73, Jur. p. 1663; HvJ EG 13 februari 1979, *Hoffmann – La Roche*, zaak 85/76, Jur. 461, r.o. 89 en 90; reeds aangehaalde arresten *Michelin I* en *Britse Gipsplaten*.

⁶ Reeds aangehaald arrest *Michelin I*, waarin eigenlijk drie soorten kortingen aan de orde waren.

⁷ Reeds aangehaald arrest *Michelin I* en HvJ EG 29 maart 2001, *Portugese Luchthavens (Portugal/Commissie)*, zaak C-163/99, Jur. p. I-2613.

was ook een stelsel van kwantumkortingen, dat was opgenomen in de algemene prijsvoorwaarden voor professionele wederverkopers in Frankrijk en voorzag in de vergoeding, achteraf, van een percentage van de door de betrokken afnemer afgenomen jaaromzet. De hoogte van dat percentage nam progressief toe met de omzet, volgens jaarlijks vastgestelde staffels. De staffel voor het jaar 1996 is bijvoorbeeld in r.o. 69 van het besproken arrest weergegeven. Zij bestaat uit een trap van 47 omzetzempels, variërend van 9.000 tot 22 miljoen Ffr/jaar, met daarmee corresponderende kortingspercentages die van 7,5% tot 13% oplopen. Deze kortingspercentages golden niet alleen voor de desbetreffende schijf van de staffel, maar voor de gehele omzet van het betrokken jaar. Elk jaar werd in februari de korting volgens de betrokken staffel berekend en uitgekeerd voor het volledige daaraan voorafgaande jaar.

De beschikking

Na een onderzoek naar de door Michelin toegepaste kortingsstructuren, heeft de Commissie op 20 juli 2001 een beschikking gegeven, waarin zij die structuren als misbruikelijk aanmerkte.⁸ Volgens haar vloeide dit misbruikelijke karakter, wat de kwantumkorting betreft, voort uit het feit dat deze onbillijk, klantenbindend en compartimenterend werkte.

- Het onbillijke aspect was volgens de Commissie daarin gelegen, dat de totale korting per jaar slechts achteraf werd berekend, waardoor het voor een bandenafnemer tot na afloop van ieder kalenderjaar onmogelijk was om zijn effectieve kosten te kennen. In de tussentijd werd de afnemer gedwongen om de betrokken banden met verlies te verkopen, aangezien de kortingen hoger waren dan de over die banden te behalen marge.⁹
- Het klantenbindende aspect was volgens de Commissie een gevolg van het feit, dat de referentieperiode voor het berekenen van de uiteindelijke korting, in casu één jaar, zo lang was, dat er een sterke prikkel was voor de betrokken bandenafnemer om zich gedurende die hele periode bij Michelin te bevoorraden.¹⁰
- Het compartimenterende karakter van de korting vloeide volgens de Commissie voort uit het feit, dat zij slechts voor in Frankrijk gedane aankopen gold, en dat de prijzen zonder korting zó hoog waren, dat het voor een in een andere lidstaat gevestigde afnemer niet lonend zou zijn geweest om in Frankrijk in te kopen.¹¹
- Bij de boetetoevoeging oordeelt de Commissie dat er sprake is van een verzwarende omstandigheid omdat Michelin in deze recidiveert.¹² Zij legt aan Michelin een boete op van 19,76 miljoen euro.¹³

⁸ Beschikking 2002/405/EG van de Commissie van 20 juli 2001, zaak COMP/36.041 - *Michelin, PbEG* 2002, L 143, p. 1.

⁹ Punten 218 t/m 225 van de beschikking.

¹⁰ Punten 226 t/m 239 van de beschikking.

¹¹ Punten 240 t/m 247 van de beschikking.

¹² Punt 361 e.v., onder verwijzing naar de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest *Michelin I*.

¹³ Artikel 2 van de beschikking.

¹⁴ Verwijzing naar de reeds aangehaalde arresten *Hoffmann-La Roche*, r.o. 90, *Michelin I*, r.o. 73, *Irish Sugar*, r.o. 114 en *Portugal/Commissie*, r.o. 52.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Punten 216 en 226-239 van de beschikking.

Het arrest van het Gerecht

Misbruikelijke aard van de structuur

In een eerste middel van het verzoekschrift richt Michelin zich tegen het feit dat de Commissie de kwantumkortingsstructuur als misbruikelijk heeft aangemerkt.

Na de hiervóór genoemde rechtspraak in herinnering te hebben gebracht, spitst het Gerecht de discussie toe op de klantenbindendheid van de kwantumkortingen. Als die bindendheid is gegeven, hoeft immers niet te worden onderzocht of de structuur tevens onbillijk of discriminatoir is.

Zoals reeds weergegeven moeten kwantumkortingen volgens Hof en Gerecht een afspiegeling zijn van door de kortingverlener behaalde schaalvoordelen.

'59. Daaruit volgt dat een kortingsstelsel waarvan het kortingspercentage hoger wordt naar gelang van de gekochte hoeveelheid niet in strijd is met artikel 82 EG, behalve wanneer uit de criteria en modaliteiten voor toekenning van de korting blijkt dat het stelsel niet gebaseerd is op een vanuit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie, doch er - net als de getrouwheidskorting en de doelstellingskorting - toe strekt te beletten dat de afnemers zich bij concurrerende ondernemingen bevoorraden [14].

60. Om vast te stellen dat een dergelijk stelsel van kwantumkortingen een misbruik vormt, moeten dus alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, inzonderheid de criteria en modaliteiten voor het verlenen van kortingen, en moet worden onderzocht of

- *de kortingen een niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel zijn, en*
- *ten doel hebben:*

de koper, wat zijn bevoorradingsbronnen betreft, geen - of minder - keus te laten,

concurrenten de toegang tot de markt te belemmeren,

jegens handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen, of

de machtspositie te versterken door een vervalste mededinging [15].'

De hier aangebrachte opmaak is toegevoegd. Uit het woordje 'en' en uit de verdere opbouw van het arrest blijkt dat de twee achtergedachtstreepjes genoemde vereisten cumulatief zijn, terwijl de vier varianten van het tweede vereiste, achter de bulletpoints, alternatief zijn.

Uit deze opbouw vloeit voort dat een kwantumkorting misbruikelijk kan zijn zonder discriminerend te zijn, aangezien de afscherpende werking daarvoor als zodanig volstaat (r.o. 63-65). Overigens is het berekenen van verschillende prijzen naar gelang de omzet stijgt inherent aan het begrip 'kwantumkorting', waardoor het niet per se een discriminering oplevert (r.o. 72-73). Dat het systeem transparant is, kan evenmin afbreuk doen aan het misbruikelijke karakter van een klantenbindende korting (r.o. 111).

Het Gerecht onderzoekt vervolgens de feitelijke gevolgen van de kortingsstructuur. Volgens de Commissie vloeide een klantenbindende werking voort uit het feit, dat de omstreden korting niet per schijf, maar over de gehele omzet van de referentieperiode werd berekend, terwijl deze referentieperiode één jaar bedroeg.¹⁶ In r.o. 87 geeft het Gerecht een rekenkundig voorbeeld van de drempel-effecten, die de berekening van de korting over de totale omzet met zich meebrengt: als men bijvoorbeeld door middel van de verhoging van de omzet met één euro van een trede naar de volgende komt, kan dat een besparing van honderden euro's opleveren. Deze effecten nemen volgens het Gerecht toe naarmate enerzijds het verschil tus-

sen het laagste en het hoogste kortingspercentage en anderzijds de lengte van de referentieperiode toenemen.

'Uit het voorgaande volgt dat het systeem van kwantumkortingen dat een groot verschil van de percentages kent tussen de laagste en de hoogste trappen, dat zich kenmerkt door een referentieperiode van één jaar en een vaststelling van de korting op basis van de totale omzet gedurende de referentieperiode, de kenmerken van een systeem van getrouwheidskortingen vertoont.' (r.o. 95).

Het Gerecht gaat derhalve over tot toetsing van het tweede cumulatieve vereiste voor misbruik, de vraag of de korting geen verband houdt met door de verlener te behalen *efficiency*-voordelen (r.o. 98). Dit punt wordt eigenlijk niet inhoudelijk afgedaan, maar uitsluitend op grond van het feit dat Michelin ter zake geen onderbouwing heeft gegeven (r.o. 108).

Daarmee faalt de eerste grief van Michelin en blijft de kwalificatie van de betrokken structuur als zijnde misbruikelijk, overeind.

Per se verbod?

In een horizontale vijfde grief, die betrekking had op alle door de Commissie vastgestelde onderdelen van de inbreuk, had Michelin geklaagd dat de Commissie had nagelaten om de economische effecten van de gedraging op de betrokken markt te onderzoeken. Uit een dergelijk onderzoek had immers volgens Michelin kunnen blijken dat de gedragingen niet tot gevolg hadden dat haar positie werd versterkt en dat de bestaande marktconcurrentie niet werd beperkt (r.o. 235-236). Het antwoord van het Gerecht hierop is kort: *'Anders dan artikel 81, lid 1, EG bevat artikel 82 EG geen enkele verwijzing naar het doel of de mededingingsverstoringe gevolgen van de betrokken praktijk. Gelet op de context van artikel 82 EG zal een gedraging echter pas als misbruik worden aangemerkt indien deze de mededinging kan beperken. [...] Om schending van artikel 82 EG vast te stellen volstaat het aan te tonen dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie ingaat tegen de mededinging, of anders gezegd dat de gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben. [...] Daaruit volgt dat voor de toepassing van artikel 82 EG het bewijs van het doel samenvalt met dat van het mededingingsverstoringe gevolg.'*¹⁷ Indien immers is aangetoond dat het doel van de gedraging van een onderneming met een machtspositie het beperken van de mededinging is, zal die gedraging eveneens een dergelijk gevolg kunnen hebben.' (r.o. 237, 239 en 241).

In het kader van een concrete analyse kan het Michelin tenslotte niet baten dat haar marktaandelen en haar prijzen zijn gedaald:

*'Wanneer immers een onderneming daadwerkelijk praktijken toepast die tot doel hebben de mededinging te beperken, volstaat het uitblijven van het gewenste resultaat niet om artikel 82 EG niet toe te passen.'*¹⁸ *Hoe dan ook is het zeer waarschijnlijk dat de verkleining van verzoeksters marktaandelen [...] en de daling van haar verkoopprijzen [...] zonder de in de bestreden beschikking bedoelde praktijken aanzienlijker zou zijn geweest'* (r.o. 245).

Ook dit vijfde middel wordt derhalve verworpen. Aangezien geen enkel middel werd aanvaard, wordt het beroep in zijn geheel verworpen.

British Airways

De feiten

British Airways (BA) hanteerde voor in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten een standaardprovisie van 7% op de verkoop van BA-tickets en had daarnaast in verdergaande prestatieprikkels

voorzien in met deze agenten gesloten marketingovereenkomsten en prestatiepremieregelingen.

De marketingovereenkomst gaf reisagenten de mogelijkheid om bovenop hun basisprovisie extra vergoedingen te krijgen indien zij jaarlijks voor meer dan 500.000 Britse pond aan BA-tickets verkochten.

De prestatiepremieregeling hield daarentegen in dat de agenten een premie konden ontvangen voor de stijging van hun omzet aan verkoop van BA-tickets. Daarbij werd, bovenop de basisprovisie, voor buitenlandse tickets een variabel element van 0,1% toegekend voor elk procentpunt waarmee de omzet in deze tickets hoger was dan 95% van de vorige jaaromzet. Voor binnenlandse tickets werd een variabel element van 0,1% provisie toegekend per stijging met 3% van de verkoop boven dezelfde drempel van 95%. Deze extra kortingen golden, evenals bij Michelin, niet voor de betrokken omzetstijging, maar voor alle in dat jaar verkochte tickets. Zij waren gemaximeerd op 3% van de totale omzet voor internationale tickets en 1% voor binnenlandse tickets.

De beschikking

In deze zaak heeft de Commissie op 14 juli 1999 een boetebeschikking gegeven.¹⁹

Daarin oordeelt zij dat BA misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie op de markt van agentuurdiensten voor vliegereizen. Ten eerste meent de Commissie dat BA discrimineert door op de betrokken reisagenten ongelijke voorwaarden voor gelijkwaardige prestaties toe te passen. Ten tweede is de Commissie van mening dat agenten als gevolg van de toepassing van de prestatiepremieregelingen ertoe worden aangezet hun verkoopcijfer voor BA-tickets op peil te houden of te vergroten, in plaats van hun diensten aan concurrenten van BA te verkopen. De financiële prikkels voor de agenten zijn immers niet afhankelijk van het verkoopvolume in absolute cijfers dat deze agenten voor BA-tickets hebben behaald.²⁰ Aan BA wordt een boete van 6,8 miljoen euro opgelegd.

Het arrest van het Gerecht

In een van de voor het Gerecht aangevoerde middelen bestrijdt BA dat haar gedrag misbruik heeft opgeleverd.

Het Gerecht beoordeelt in dat kader allereerst de discriminerende aard van de prestatiepremieregelingen van BA ten aanzien van de in het VK gevestigde reisagenten. De prestatiepremieregelingen trekken de vergoeding die agenten ontvangen scheef, doordat zij identieke diensten tijdens eenzelfde referentieperiode tegen een verschillend tarief vergoeden. Het Gerecht stelt vervolgens vast dat de discriminerende vergoedingsvoorwaarden het vermogen van agenten om elkaar te beconcurreren aantast (r.o. 238). De argumenten van BA dat verschillen in omvang van de agenten verschillende behandeling rechtvaardigen, gaan volgens het Gerecht niet op, aangezien in de regeling van BA zelf geen rekening wordt gehouden met de omvang van ondernemingen (r.o. 239). Er is derhalve sprake

¹⁷ Verwijzing naar het reeds aangehaalde arrest *Irish Sugar*, r.o. 170.

¹⁸ Verwijzing naar het reeds aangehaalde arrest *CMB*, r.o. 149.

¹⁹ Beschikking 2000/74/EG van de Commissie van 14 juli 1999, zaak IV/34.780 – *Virgin/British Airways*, PbEG 2000, L 30, p. 1.

²⁰ Punten 101 e.v. van de beschikking.

van discriminatie tussen de in het VK gevestigde reisagenten (r.o. 240).

Vervolgens gaat het Gerecht in op de vraag of de prestatiepremieregelingen een uitsluitingseffect hebben ten aanzien van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen, doordat zij gericht zijn op klantenbinding. Zonder naar het arrest *Michelin II* te verwijzen, past het Gerecht het daarin ontwikkelde stramien toe op de betrokken kortingen:

- hebben de marketingovereenkomsten en de nieuwe prestatiepremieregeling een klantenbindend effect met betrekking tot de in het VK gevestigde reisagenten en
- berustten deze regelingen op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie (r.o. 271)?

Met betrekking tot het klantenbindend effect oordeelt het Gerecht dat de provisies wegens de progressiviteit van het tarief exponentieel konden stijgen van de ene referentieperiode tot de andere, afhankelijk van de toename van het aantal BA-tickets dat de reisagenten tijdens de opeenvolgende referentieperioden hadden verkocht (r.o. 272). Voorts is het nadeel groot dat de agenten lijden onder een lichte daling van de verkoop ten opzichte van de vorige referentieperiode (r.o. 274).

Wat het tweede punt betreft, heeft BA niet aangetoond dat de voordelen, die uit haar prestatiepremieregelingen voortvloeien, op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berusten. Het hogere tarief voor de provisie gold immers niet alleen voor de BA-tickets die na het behalen van de drempel werden verkocht, maar voor alle BA-tickets die in de gehele referentieperiode werden verkocht. De prestatiepremieregelingen kunnen daarmee volgens het Gerecht niet worden beschouwd als een tegenprestatie voor *efficiency-winst* of kostenbesparingen, behaald boven de drempelwaarde. Daarmee is er geen objectief verband tussen de extra vergoeding van de reisagenten en de tegenprestatie die voor BA uit de verkoop van meer BA-tickets voortvloeit (r.o. 279-284).

Ten slotte herhaalt het Gerecht zijn *per se*-doctrine: misbruik van een economische machtspositie hoeft geen concrete gevolgen voor de mededinging te hebben, waardoor voor het vaststellen van een inbreuk op art. 82 EG volstaat dat de gedraging een mededingingsverstoringseffect heeft of kan hebben (r.o. 293). Wederom wordt hier geoordeeld dat een beroep op dalende marktaandeelen niet kan slagen:

'Aangenomen kan immers worden dat zonder [de omstreden] praktijken de marktaandeelen van de concurrenten [van BA] aanzienlijk hadden kunnen stijgen' (r.o. 298).

Ook in deze zaak wordt het beroep verworpen.

Commentaar

Wat waren de precedënten?

Dit is de eerste keer dat een in een tabel vastgelegde, *across the board* geldende kwantumkortingsregeling op haar klantenbindendheid is beoordeeld en afgeschoten.

Michelin I

In de zaak *Michelin I* ging het om aparte, per klant op grond van verkooppotentieel berekende kortingen. Het Hof oordeelde toen dat er in die zaak noch sprake was van een verboden getrouwheidskorting, noch van een zonder meer geoorloofde kwantumkorting, aangezien de korting niet uitsluitend aan omzet was gerelateerd (r.o. 72 van dat arrest). Daarom ontwikkelde het Hof in r.o. 73 van dat arrest het ana-

lytisch kader, dat volledig is herhaald in de hiervóór geciteerde r.o. 60 van het *Michelin II*-arrest. Dit kader houdt kort gezegd in dat alle omstandigheden in aanmerking genomen moeten worden om te onderzoeken of de korting, *door middel van een niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel*, ten doel heeft om de koper te binden, concurrenten uit te sluiten, te discrimineren of anderszins op oneigenlijke manier een machtspositie te versterken. In de hier gecursiveerde passage zien wij voor het eerst het thema van de door de kortingverlener te behalen schaalvoordelen verschijnen, waarvan het ontbreken als voorwaarde voor het misbruikelijke karakter van de betrokken structuur wordt gepresenteerd. Het is volgens het Gerecht immers door middel van een niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel dat de korting bindt, uitsluit of discrimineert.

Bij het verrichten van het aldus beschreven onderzoek maakt het Hof de volgende vaststelling:

'In elk systeem waarbij kortingen worden verleend naar gelang van de in een betrekkelijk lange referentieperiode verkochte hoeveelheden, ligt besloten dat aan het einde van de referentieperiode de druk op de koper toeneemt om de omzet te behalen die nodig is om de korting te verkrijgen of om deze niet voor de gehele periode te verliezen' (r.o. 81).

Daardoor werd het systeem klantenbindend geacht. Op de vraag of de kortingen door een economische prestatie waren gerechtvaardigd, komt het Hof niet meer terug.

Portugese Luchthavens

In de zaak van de *Portugese Luchthavens* ging het ook om staffels per luchthaven, bestaande uit kortingspercentages per aantal vluchten per jaar. Ik noem hier het voorbeeld van de luchthaven van Lissabon:

- 7,2% voor tussen de 51 en 100 vluchten per jaar,
- 14,6% voor tussen de 101 en 150 vluchten,
- 22,5% voor tussen 151 en 200 vluchten en 32,7 % voor meer dan 200 landingen.

Na de principiële geoorloofdheid van kwantumkortingen te hebben bevestigd, bracht het Hof in die zaak de vangrail aan dat er geen sprake mocht zijn van een verkapte discriminatie:

'Evenwel mag de wijze van berekening van deze kortingen er niet op neerkomen, dat ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties worden toegepast' (r.o. 50).

Na in r.o. 51 te hebben vastgesteld dat prijsverschillen inherent zijn aan stelsels van kwantumkortingen, en op zichzelf dus geen discriminatie kunnen opleveren, ging het Hof nader in op de zojuist geschetste staffel:

'Evenwel leidt een stelsel van hoeveelheidskortingen tot de toepassing van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, wanneer de drempels van de verschillende, aan de toegepaste tarieven gekoppelde kortingschijven ertoe leiden, dat enkel bepaalde handelspartners kortingen krijgen, zonder dat het economische voordeel dat zij hierdoor genieten wordt gerechtvaardigd door de omvang van de activiteit die zij inbrengen en door de eventuele schaalvoordelen die de leverancier kan realiseren ten opzichte van hun concurrenten' (r.o. 52).

In die zaak deed deze omstandigheid zich voor, omdat alleen de nationale luchtvaartmaatschappijen TAP en Portugalia in staat bleken om aanspraak te maken op de hoogste kortingspercentages. Het Hof keek derhalve naar de structuur van de kortingen:

'Een hoge drempel voor het ontstaan van het recht op korting, waardoor alleen enkele zeer belangrijke handelspartners van de onderneming met een machtspositie voor korting in aanmerking kunnen komen, of de omstandigheid dat de kortingtarieven niet lineair stijgen met de hoeveel-

heden, kunnen, bij gebreke van objectieve rechtvaardigingen, aanwijzingen vormen voor een dergelijke discriminatoire behandeling' (r.o. 53).

Bij het ontbreken van concreet onderbouwde schaalvoordelen concludeerde het Hof dat er sprake was van discriminatie ten gunste van TAP en Portugalia, en dus van misbruik (r.o. 57).

De besproken arresten in de lijn van de precedenten

Dit overzicht stelt in staat om te beoordelen of het Gerecht inderdaad, zoals gesteld in r.o. 56 van het arrest *Michelin II*, kan pretenderen dat hier vaste rechtspraak werd toegepast.

Zoals gezegd is in *Michelin I* eigenlijk niet meer concreet naar *efficiency*-voordelen gekeken. Uit de hierboven aangehaalde passage uit r.o. 73 van dat arrest (zie r.o. 60 uit *Michelin II*, hiervóór geciteerd), lijkt echter te volgen dat een systeem uitsluitend klantenbindend kán zijn wanneer een *niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel* wordt verleend. Deze analyse wordt ook gevolgd in de uitgewerkte discriminatietoets, die in de zaak van de *Portugese Luchthavens* werd toegepast: het systeem werd daar immers alleen discriminatoir geacht, omdat er geen sprake was van enig evenwicht tussen de betrokken kortingen en de door de verlenner van die kortingen behaalde schaalvoordelen (r.o. 52 van dat arrest).

In de hier besproken arresten trekt het Gerecht de twee toetsen daarentegen om formele gronden uit elkaar: eerst wordt gekeken naar het klantenbindend effect, los van de vraag naar schaalvoordelen, vervolgens komen die voordelen apart aan de orde. Dit is waarschijnlijk om een mouw te passen aan de terechte stelling, dat kwantumkortingen inherent klantenbindend zijn, ook als slechts schaalvoordelen worden doorgegeven. Een en ander is logisch, maar volgt niet direct uit eerdere rechtspraak.

Omkering van de bewijslast?

Een en ander is mede van belang voor de beantwoording van de vraag of hier de bewijslast wordt omgekeerd.

In zijn weergave van de stand van het recht lijkt het Gerecht in beide besproken arresten een helder beeld te schetsen: kwantumkortingen zijn toegestaan, tenzij zij klantenbindend werken én niet met *efficiency*-voordelen overeenstemmen. Uit de daarop volgende daadwerkelijke beoordeling van de feiten komt echter meer het beeld naar voren dat deze kortingen misbruikelijk zijn, tenzij zij niet klantenbindend zijn en met voornoemde voordelen samenhangen. Met name wat het tweede vereiste betreft, buigt het Gerecht het vermoeden van onschuld om in een vermoeden van schuld, doordat het niet aan de Commissie is te bewijzen, dat de kortingen niet tot *efficiency*-voordelen konden worden herleid, maar aan *Michelin* en aan *BA* om aan te tonen, dat dit wél het geval was.²¹

Dit lijkt te wringen met de gedachte, dat het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging een constitutief element is van het misbruikbegrip, en aldus door de mededingingsautoriteit moet worden bewezen.²²

Uit de hiervóór beschreven zaak van de *Portugese Luchthavens* komt een begrijpelijker beeld naar voren, dat ook hier toegepast zou moeten worden. Bij een systeem met discriminatoire effecten, zoals dat daar aan de orde was omdat alleen TAP en Portugalia aanspraak konden maken op de hoogste korting, ontstaat een vermoeden van misbruik. Dit vermoeden is in die zin weerlegbaar, dat de betrokken onderneming kan bewijzen dat in werkelijkheid slechts sprake is van het doorgeven van *efficiency*-voordelen (r.o. 53 van dat arrest, hiervóór geciteerd). In feite is de betrokken onderneming ook veel

beter geplaatst om een dergelijk bewijs te leveren, in vergelijking tot de mogelijkheden voor de mededingingsautoriteit om het tegenbewijs te leveren. In de systematiek van het Gerecht lijkt een dergelijk weerlegbaar vermoeden ook te ontstaan bij kwantumkortingen met een klantenbindende werking.

M.i. is hier met andere woorden geen sprake van het zonder meer omkeren van de bewijslast, maar van het ontstaan van een weerlegbaar vermoeden ten laste van de betrokken onderneming.

Andere rechtvaardigingsgronden?

Een nadelig gevolg van de benadering van het Gerecht is dat het er nu sterk op lijkt dat het doorgeven van schaalvoordelen de enige objectieve rechtvaardigingsgrond kan zijn voor kortingen die anders misbruikelijk zouden zijn. In een kritisch artikel, dat vóór het wijzen van de besproken arresten is verschenen, noemen Temple Lang en O'Donoghue als voorbeeld van een andere in hun ogen objectieve reden het streven om in een verslappende markt hoge vaste kosten terug te verdienen.²³ In een kritische bespreking van die arresten wijzen Kallugher en Sher daarnaast op het nut om in een verticale verhouding de distributeur te prikkelen om zijn omzet te verhogen door middel van extra inspanningen. Dit hoeft geen afschermend effect te hebben als de inspanningen van de distributeur niet leiden tot het overstappen, binnen een constante omzet, van een leverancier op de ander, maar tot een verhoging in absolute termen van de omzet op de relevante markt.²⁴

Ik kan mij voorstellen dat dergelijke redenen altijd onder de noemer 'objectieve rechtvaardiging' aangevoerd kunnen worden. Deze noemer maakt immer steeds deel uit van de in het kader van het misbruikbegrip te verrichten analyse, hetzij als afzonderlijk punt, hetzij omdat hij verweven is met de beoordeling van het soort misbruik waar het in de betrokken zaak om gaat, zoals bijvoorbeeld bij de discriminatie (zie *Michelin I*) of de koppelverkoop. Wat dat betreft voeren *Michelin II* en *BA* m.i. geen gesloten systeem in, waarin geen plaats meer zou zijn voor een afzonderlijk, niet op schaalvoordelen gebaseerd *efficiency*-verweer in het geval van kwantumkortingen.

Rechtszekerheid

Als zij het zekere voor het onzekere willen nemen zullen dominante ondernemingen er echter altijd voor moeten zorgen, dat alleen *efficiency*-voordelen worden doorgegeven aan afnemers. Daarbij zal op de volgende punten gelet moeten worden.

- Dergelijke voordelen zullen doorgaans uitsluitend behaald kunnen worden op het gebied van logistiek, voorraadbeheer en transport, of wanneer er anderszins sprake is van hoge variabele kosten.
- Wanneer het percentage niet lineair wordt berekend, maar, zoals in *Michelin II*, progressief, zal ook dit gegeven een economische verklaring moeten hebben. Er zal met andere woorden uit-

²¹ Zie bijv. r.o. 108 van het *Michelin II*-arrest.

²² Zie thans, wat de verdeling van de bewijslast betreft, artikel 2 van Vo 1/2003, *PbEG* L 1, p. 1.

²³ J. Temple Lang en R. O'Donoghue, 'Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC', *Fordham International Law Journal* 2002, p. 83, op p. 102.

²⁴ J. Kallaugher en B. Sher, 'Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82', *ECLR* 2004, p. 236, op p. 283, r.k.

gelegd moeten worden, waarom de schaalvoordelen harder stijgen dan de omzet.

- Ook het feit dat de korting over de hele omzet wordt berekend, zal uitgelegd moeten worden. In de *British Airways*-zaak merkt het Gerecht bijvoorbeeld op dat er geen economische rechtvaardiging bestaat om de korting eveneens te verlenen voor reeds gesloten transacties.

Wat de klantenbindendheid betreft, staat nu vast, dat een structuur klantenbindend is, wanneer:

- het verschil tussen de laagste en de hoogste percentage trappen hoog is;
- de referentieperiode één jaar bedraagt; en
- de korting niet trapsgewijs maar over de totale omzet van de referentieperiode wordt berekend.

De enige variant waarvan vaststaat dat zij niet klantenbindend is, is de factuurkorting. Het zal echter moeilijk zijn om met enige vorm van (rechts)zekerheid te bepalen welke varianten daartussenin nog net door de beugel kunnen. Daarbij moet in ieder geval worden gelet op de drie hiervoor opgesomde punten.

Met betrekking tot de *breedte van het verschil* tussen de laagste en de hoogste korting kunnen op grond van de besproken arresten geen operationele conclusies worden getrokken. Blijkbaar was het mitigerend effect van de 47 treden van het Michelin-stelsel voor het Gerecht niet voldoende om dit stelsel minder klantenbindend te achten.

Wat de *lengte van de referentieperiode* betreft, werd in *Michelin I* en *II* een referentieperiode van één jaar gelaakt, waarbij *Michelin I* zich uitspreekt over het per definitie klantenbindend effect van een 'betrekkelijk' lange referentieperiode. In *BA* was de referentieperiode één maand. In een bespreking van de beschikkingen van de Commissie die tot de besproken arresten aanleiding hebben gegeven, suggereert Gyselen dat aangeknoopt zou kunnen worden bij de bestellingsfrequentie van het betrokken product. Zo worden banden bijvoorbeeld in cycli van drie maanden besteld, waardoor een referentieperiode van drie maanden in feite dezelfde effecten heeft als een factuurkorting.²⁵ Evenals Temple Lang/O'Donoghue verwijst hij vervolgens naar een zaak waarin de Commissie een referentieperio-

de van drie maanden aanvaardbaar achtte.²⁶ De beperking van deze benadering is uiteraard dat er geen ruimte is voor kwantumkortingen die, wat hun effect betreft, verder gaan dan factuurkortingen.

Het verschil tussen de *berekening van de korting per schiff* of over de hele omzet is helder, en gaat eigenlijk mede terug op de vraag naar de doorgifte van schaalvoordelen.

Per se verbod/Economisering

In de hier besproken zaken valt op dat het Gerecht een strikte *per se* benadering van de hier aan de orde zijnde inbreuken volgt: zodra de betrokken structuren klantenbindend zijn, *kunnen* zij in principe afschermend werken, en uit dien hoofde misbruikbaar zijn, zonder dat enig nader onderzoek naar de daadwerkelijke effecten nodig is. Hier lijkt enige afstand te ontstaan tussen enerzijds de meer op daadwerkelijke effecten en merkbaarheid gerichte analyse die met name sinds het arrest *European Night Services*²⁷ in het kader van het kartelverbod geldt, en de onderhavige toepassing van artikel 82 EG anderzijds. In dat opzicht laat de 'economisering' van de toepassing van die bepaling op zich wachten.²⁸

Dit gebrek aan economisering heeft ook andere gevolgen. Op basis van de door het Gerecht aangeleverde maatstaven zal het voor een onderneming zonder meer mogelijk zijn om te beoordelen welk gedrag naar huidige rechtspraak in ieder geval wél misbruikbaar en dus beboetbaar is. Het zal daarentegen niet mogelijk zijn om met zekerheid te bepalen welk gedrag nog net wél door de beugel kan. Afstemming van het gedrag op de rechtspraak is dus niet mogelijk zonder enig verlies van pro-competitieve effecten.²⁹

Opmerkelijk is ook de weerlegging van de stelling, dat prijzen en marktaandeelen van de dominante partij in de betrokken periode zijn gedaald (zie r.o. 245 van *Michelin II*, hierboven weergegeven). Dat deze prijzen en aandelen volgens het Gerecht zonder de gelaakte handelingen nog verder zouden zijn gedaald, is immers een niet falsifieerbaar oordeel, dat niet ten grondslag zou moeten liggen aan een rechterlijke uitspraak.

Lex certa?

De bestuurlijke beboeting van een overtreding van artikel 82 EG is een punitieve sanctie in de zin van artikel 6 EVRM. Om die reden dient de gedraging die met sanctionering is bedreigd, duidelijk en precies omschreven te zijn. Dit volgt onder meer uit het legaliteitsbeginsel en het daaraan ten grondslag liggende *lex certa*-beginsel, ook wel het *Bestimmtheitsgebot* genoemd.³⁰ Ook uit jurisprudentie en literatuur komt naar voren dat het met bestraffende sancties handhaven van vage, niet ondubbelzinnig geformuleerde verplichtingen problematisch is.³¹

Een deel van het verzoekschrift van Michelin was gericht tegen de hoogte van de opgelegde boete. In dat kader had zij geklaagd dat dit de eerste keer was dat de Commissie een loutere kwantumkorting heeft veroordeeld omdat de referentieperiode langer was dan drie maanden. Onder deze omstandigheden had de Commissie geen of slechts een symbolische boete moeten opleggen (r.o. 301). Het Gerecht maakt hier korte metten mee door te oordelen dat de hier aan de orde zijnde korting geen 'loutere' kwantumkorting was, maar 'een systeem van getrouwheidskortingen, dat volgens vaste rechtspraak en beschikkingspraktijk bij artikel 82 EG is verboden wanneer het wordt toegepast door een onderneming met een machtspositie' (r.o. 309). Gaat deze vlieger op? Uiteraard was het verbod op getrouwheidskortingen bekend, maar dat geldt niet zonder meer voor het hier ont-

²⁵ L. Gyselen, 'Rebates: Competition in the Merits or Exclusionary Practice?' in C-D Ehlermann en I. Atanasiu (red.), *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?*, Hart, 2003.

²⁶ Beschikking van de Commissie in de zaak *Coca Cola/San Pellegrino*, 19e *Verslag van het mededingingsbeleid*, p. 65, punt 50.

²⁷ GvEA EG 15 september 1998, gev. zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *European Night Services*, *Jur.* p. II-3141.

²⁸ B. Sher, 'The last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82', *ECLR* 2004, p. 243.

²⁹ Zie ook T.R. Ottervanger, 'Korting als misbruik van machtspositie: Michelin II; Prijs van voorspelbaarheid' in *M&M* 2003, p. 228.

³⁰ Zie bijv. P. Van Dijk en G.J.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer International 1998, p. 483.

³¹ Vgl., voor de Nederlandse context, ABRs 20 november 2002, AB 2003, 173 m.nt. Verheij en de daar genoemde eerdere jurisprudentie. Zie tevens uitvoerig M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, diss. UM 2001, Arnhem 2001, en A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht*, diss. VU 2000, Den Haag 2000, p. 323 e.v., alsmede C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten*, diss. UM 2002, Den Haag 2002, p. 139 e.v.

wikkelde onderscheid tussen de 'eigenlijke' en 'oneigenlijke' kwantumkorting, dat door het Gerecht als 'vaste rechtspraak' wordt gepresenteerd. Dat verschil had hoogstens afgeleid kunnen worden uit het arrest *Portugese Luchthavens*, maar daar ging het, anders dan hier, om kortingen met een duidelijk discriminatoir effect. Er zou derhalve alle aanleiding zijn geweest om de boete te matigen.

Hebben de besproken arresten een situatie geschapen waarin de betrokken verbodsnorm wél voldoende is bepaald? Volgens mij niet. Hiervóór is immers besproken dat deze arresten nog steeds geen 'hard and fast' regels invoeren, maar slechts enigszins open normen bieden wat de klantenbindende aard van een kortingsstructuur betreft.

Slotsom

Het door het Gerecht in navolging van de Commissie gedefinieerde keurslijf is wel erg nauw: kwantumkortingen met betrekkelijk lange referentieperiodes en grote prijsverschillen zijn gauw klantenbindend, en daarmee *per se* misbruikelijk, tenzij nauwkeurig op schaalvoordelen kan worden gewezen. Michelin heeft geen hogere voorziening ingesteld, British Airways wél: in het arrest in de zaak C-95/04 zullen wij de mening van het Hof vernemen.