

Strijd der Titanen: enige opmerkingen naar aanleiding van General Electric tegen Commissie

Mr. H.S.J. Albers

Op 14 december 2005 heeft het Gerecht van Eerste Aanleg (het 'Gerecht') uitspraak gedaan in de geruchtmakende zaak T-210/01, *General Electric Company tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*. In deze uitspraak nam het Gerecht een aantal bezwaren van General Electric Company ('GE') over, maar verwierp het een aantal andere. Omdat de uitspraak van de Commissie op meerdere pilaren rustte en de overgenomen bezwaren niet voldoende waren om de uitspraak van de Commissie aan het wankelen te brengen, verwierp het Gerecht het beroep van GE en liet het de beschikking van de Commissie in stand. Daarmee bleef ook het verbod dat de Commissie over de voorgenoemde megafusie tussen GE en Honeywell heeft uitgesproken¹ (voorlopig)² in stand. Het arrest bevat belangrijke overwegingen over onder andere het gebruik van bewijs, economische analyses en modellen, conglomeraateffecten en bundelingspraktijken en de toegang tot het dossier.

GvEA, 14 december 2005, zaak T-210/01, General Electric Company tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, n.n.g., www.curia.eu.int/nl/

De Feiten

GE en Honeywell zijn beide grote bedrijven met een groot aantal verschillende activiteiten, waaronder de productie van vliegtuigmotoren en financiële dienstverlening (GE) en aëronautische producten en diensten (Honeywell). Op 22 oktober 2000 sloten deze ondernemingen een overeenkomst die moest leiden tot de overname van Honeywell door GE. Dit voornemen werd bij de Commissie aangemeld op 5 februari 2001. Op 1 maart 2001 nam de Commissie het besluit onder artikel 6(1)(c) van Verordening 4064/89 (de 'oude' Concentratieverordening) om een tweedefaseonderzoek te beginnen. Op 3 juli 2001 verklaarde de Commissie dat de concentratie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, en verbodde deze.

¹ Zie COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, beschikking van de Commissie van 3 juli 2001.

² Ten tijde van het ter perse gaan van dit artikel was nog niet bekend of GE hoger beroep zou aantekenen tegen het arrest van het Gerecht.

De beschikking van de Commissie

Volgens de Commissie bezat GE al vóór de geplande concentratie een machtspositie op de wereldwijde markt voor straalmotoren voor grote commerciële vliegtuigen en voor straalmotoren voor regionale vliegtuigen. Honeywell bezat een sterke positie in de markt voor elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten. De samenvoeging van de twee bedrijven zou volgens de Commissie leiden tot het in het leven roepen of versterken van machtsposities in een aantal verschillende markten. Zij voerde hiertoe een aantal argumenten aan.

- Om te beginnen zou GE's bestaande machtspositie in de markt voor straalmotoren voor grote commerciële vliegtuigen worden versterkt als gevolg van de verticale effecten die zouden voortvloeien uit het samenvoegen van GE's activiteiten in deze markt met Honeywell's activiteiten als producent van startapparatuur voor dergelijke straalmotoren.
- Verder zouden machtsposities ontstaan in de verschillende wereldwijde markten voor elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten als gevolg van twee soorten conglomeraateffecten:
 - Ten eerste zouden Honeywells luchtvaartproducten na de concentratie kunnen profiteren van GE's financiële en commerciële kracht (via GE Capital en GECAS, GE's vliegtuigleasingbedrijf).
 - Ten tweede voorzag de Commissie dat de samengevoegde bedrijven in de toekomst gebruik zouden maken van bundelingspraktijken door het aanbieden van pakketten met complementaire producten (i.e. Honeywells elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten en GE's motoren en nevendiensten) en het kruislings subsidiëren van de verkoop van producten uit beide categorieën. Deze bundelingspraktijken zouden bovendien GE's machtspositie in de markt voor straalmotoren voor grote commerciële vliegtuigen verder versterken.
- Verder was de Commissie van oordeel dat horizontale overlappingsen ertoe zouden leiden dat GE's bestaande machtspositie in de wereldmarkt voor motoren voor grote regionale straalvliegtuigen zou worden versterkt en dat een machtspositie zou ontstaan in de markt voor motoren voor zakelijke straalvliegtuigen. Ook in de markt voor kleine gasturbines voor schepen zouden horizontale overlappingsen leiden tot het ontstaan van een machtspositie.

- Ten slotte oordeelde de Commissie dat de verbintenissen die partijen aanboden (met inbegrip van een pakket dat na de deadline was ingediend) de gesignaleerde mededingingsbezwaren niet konden wegnemen.

In rechte

GE nam de beschikking van de Commissie op de korrel met eerst een aantal preliminaire bezwaren, vervolgens een aantal inhoudelijke bezwaren en ten slotte een aantal procedurele onregelmatigheden. GE's inhoudelijke bezwaren richten zich op de eerste drie hiervoor weergegeven onderdelen van de beschikking van de Commissie (zie bullets). In het arrest zijn GE's bezwaren tegen de verwerping van de aangeboden verbintenissen deels terug te vinden als preliminair bezwaar, deels onder de inhoudelijke bezwaren ten gronde en deels onder de procedurele bezwaren.

Preliminaire bezwaren

Het verband tussen de verschillende pijlers waarop de beschikking van de Commissie steunt

GE verwees naar een uitspraak van de Commissie. De Commissie had in haar verdediging gesteld dat de verschillende elementen van de overwegingen in haar beschikking elkaar versterkten, zodat het kunstmatig zou zijn om ieder element in afzondering te analyseren. Volgens GE echter, hield dit juist in dat zodra een element van de redenering van de Commissie kon worden onderuitgehaald, het hele bouwwerk van de beschikking in elkaar zou vallen.

Het Gerecht verwierp de stelling van GE met een verwijzing naar zaak T-310/01, *Schneider Electric tegen Commissie*.³ Volgens het Gerecht was de beschikking van de Commissie gebaseerd op verschillende pijlers, die niet hiërarchisch met elkaar in verbinding stonden. De beschikking was derhalve vernietigbaar, niet reeds wanneer een (aantal) pijler(s) onderuitgehaald werden, maar slechts wanneer de overblijvende pijler(s) niet sterk genoeg zouden zijn om de conclusies van de beschikking te dragen.

De aangeboden verbintenissen

GE had vooral bezwaren tegen het verwerpen van haar tweede pakket met aangepaste verbintenissen, waarin onder andere bepaalde gedragsregels met betrekking tot GECAS waren opgenomen. Dit pakket werd aangeboden op 28 juni 2001, twee weken nadat de officiële deadline voor het aanbieden van verbintenissen van 14 juni 2001, was verlopen. Volgens GE had de Commissie toch nog het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat zij dit aangepaste pakket zou aanvaarden.

Het Gerecht verwierp GE's bezwaren met betrekking tot de verbintenissen omdat deze bezwaren volgens zijn Reglement van Procesvoering te laat waren ingediend. Overigens kon het overleg met de Commissie over het eventueel aanbieden van een nieuw pakket met verbintenissen volgens het Gerecht in ieder geval geen gerechtvaardigd vertrouwen creëren.

De kwaliteit van het bewijs en de reikwijdte van het rechterlijk toezicht

GE stelde dat conglomeraatconcentraties slechts zelden tot mededingingsbezwaren leiden. Volgens GE dient de Commissie in zo'n geval dan ook uiterst zorgvuldig aan te tonen op welke wijze de mededinging wordt belemmerd. Dit geldt volgens GE des te meer

wanneer het gaat om een prospectieve analyse van het conglomeraattype, omdat een dergelijke analyse betrekking heeft op effecten die zich pas na een zekere tijd zouden kunnen voordoen. Bovendien, zo stelt GE, moet de Commissie in haar analyse ook rekening houden met de eventuele afschrikkende werking van het verbod van artikel 82 EG. GE verwijst in dit verband naar de uitspraak in zaak T-5/02, *Tetra Laval tegen Commissie*.⁴

Het Gerecht overwoog dat de Commissie op het punt van economische beoordelingen een zekere discretionaire bevoegdheid had. Echter, het feit dat de Commissie een beoordelingsmarge had in economische kwesties, wilde niet zeggen dat de Gemeenschapsrechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens niet mocht toetsen. De Gemeenschapsrechter diende immers niet alleen te controleren of de aangevoerde bewijselementen feitelijk juist, betrouwbaar en consistent waren, hij moest ook nagaan of die bewijselementen alle informatie bevatten die nodig waren voor de beoordeling van een complexe situatie, en of zij de getrokken conclusies konden ondersteunen. Dit gold des te meer bij de prospectieve analyse van mogelijke ontwikkelingen die zich zouden kunnen voordoen als gevolg van de voorgenomen concentratie.

Het Gerecht stelde dat hoewel concentraties van het conglomeraattype over het algemeen geen mededingingsbeperkende gevolgen hadden, deze zich in bepaalde gevallen wel konden voordoen. Het Gerecht haalde vervolgens het arrest van het Hof van Justitie (het 'Hof') in zaak C-12/03 P, *Commissie tegen Tetra Laval*⁵ aan en stelde dat de analyse van een conglomeraattype concentratie haar eigen problematiek oproept, met name omdat, ten eerste, een dergelijke transactie een prospectieve beoordeling met een ruime tijds-horizon kon vergen, en, ten tweede, het gedrag van de samengevoegde bedrijven in grote mate bepalend zou zijn voor de gevolgen die de concentratie zou hebben. De keten van oorzaak en gevolg zou dan wel eens moeilijk waarneembaar, onzeker en moeilijk aan te tonen kunnen zijn. De kwaliteit van de bewijselementen die de Commissie aandraagt, is van bijzonder belang, omdat dit bewijs haar conclusie moet ondersteunen dat de economische ontwikkelingen die zij verwacht indien een verbod van de concentratie achterwege blijft, zich inderdaad zullen voordoen.

De Commissie stelt dat conglomerateffecten als gevolg van de concentratie tussen GE en Honeywell, onmiddellijk, of in ieder geval binnen een zeer korte periode, zullen leiden tot veranderingen van de mededingingsvoorwaarden in bepaalde markten, en aldus tot het ontstaan of versterken van machtsposities in die markten. De bewijslast dat de samengevoegde bedrijven zich waarschijnlijk zullen gedragen zoals voorzien, ligt derhalve bij de Commissie.

Met betrekking tot GE's verwijzing naar *Tetra Laval* en de afschrikkende werking van artikel 82 EG stelt het Gerecht dat het Hof in *Commissie tegen Tetra Laval* heeft geoordeeld dat de waarschijnlijkheid van een bepaalde toekomstige gedraging volledig moet worden onderzocht. Hierbij moet zowel de prikkel om dat gedrag aan te nemen in acht worden genomen, als de omstandighe-

³ Zaak T-310/01, *Schneider Electric tegen Commissie*, arrest van 22 oktober 2002, Jur. 2002, p. II-4071 (zie ook J. Hettema, 'Schneider/Legrand', *NTER* 2003, p. 194).

⁴ Zaak T-5/02, *Tetra Laval tegen Commissie*, Jur. 2002, p. II-4381 (zie ook J. Hettema, 'Tetra/Sidel', *NTER* 2003, p. 55).

⁵ Zaak C-12/03 P, *Commissie tegen Tetra Laval*, Jur. 2005 p. I-987 (zie ook K.F.H. Pieters, 'Groen licht voor Tetra/Sidel', *NTER* 2005, p. 128).

den die deze prikkel kunnen tegengaan of zelfs geheel wegnemen, hieronder begrepen de eventuele onwettigheid van die gedragingen. Deze beoordeling vereist geen uitputtend en gedetailleerd onderzoek naar de regels die in de verschillende jurisdicties toepasselijk zouden kunnen zijn, en naar het handhavingsbeleid dat aldaar wordt gevoerd, omdat een oordeel over de waarschijnlijkheid dat een overtreding aan het licht komt en aanleiding zal geven tot bestraffing in die verschillende jurisdicties te speculatief zou zijn. Dit betekent dat waar de Commissie zonder een specifiek en gedetailleerd onderzoek kan vaststellen dat een bepaalde gedraging onwettig is op basis van artikel 82 EG of een andere bepaling van Gemeenschapsrecht met betrekking waartoe zij handhavingbevoegdheden bezit, zij daartoe verplicht is, en in haar beoordeling rekening moet houden met de waarschijnlijkheid dat de samengevoegde bedrijven deze gedraging zullen aannemen, alsmede met het afschrikkende effect van het feit dat de betreffende gedraging klaarblijkelijk, of hoogstwaarschijnlijk onwettig zou zijn onder het Gemeenschapsrecht.

Niet aangetoond dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd

GE stelde dat de Commissie niet bewezen heeft dat de concentratie een economische machtspositie in het leven zou roepen of versterken die *bovendien* tot gevolg zou hebben dat de daadwerkelijke mededinging in de gemeenschappelijke markt op significante wijze zou worden belemmerd. GE wees erop dat de twee elementen van artikel 2 lid 2 en lid 3 van Verordening 4064/89 cumulatieve voorwaarden zijn.

Het Gerecht oordeelde dat de twee voorwaarden van artikel 2 lid 2 en lid 3 inderdaad cumulatief moeten worden toegepast, maar dat in sommige gevallen het tot stand komen of versterken van een machtspositie op zich reeds als het bewijs kan gelden dat de mededinging op significante wijze wordt belemmerd. In een dergelijke situatie volstaat een enkele feitelijke analyse van de markt om vast te stellen dat aan beide voorwaarden is voldaan. Daar komt nog bij, aldus het Gerecht, dat de Commissie in verschillende overwegingen van haar beschikking wel degelijk expliciet refereert aan beide voorwaarden en ook in haar conclusie stelt dat het in het leven roepen of versterken van een machtspositie in elk van de betreffende relevante markten tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd.

Ten Grande

Reeds bestaande machtspositie in de markt voor motoren voor grote commerciële straalvliegtuigen

Het Gerecht signaleert dat de vaststelling dat GE reeds voor de voorgenomen concentratie een machtspositie bezat in de markt voor motoren voor grote commerciële straalvliegtuigen, een belangrijke hoeksteen vormt van de analyse van de Commissie. Een reeks belangrijke argumenten van de Commissie is op deze vaststelling gegrondvest. Volgens de Commissie zouden verticale relaties met Honeywells startmotoren leiden tot een versterking van GE's machtspositie in de markt voor motoren voor grote commerciële straalvliegtuigen. Verder was het ontstaan van machtsposities in de verschillende markten voor elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten, door de invloed die GE via zijn dochterondernemingen kon uitoefenen, afhankelijk van het bestaan van een machtspositie in die markt. En ten slotte was ook de mogelijkheid om te bundelen, die volgens de Commissie in de toekomst zou ontstaan en die zou leiden

tot een versterking van de machtspositie in die markt, afhankelijk van het bestaan van die machtspositie. Het Gerecht onderzocht daarom eerst de juistheid van de conclusie dat GE een machtspositie bezit in de markt voor motoren voor grote commerciële straalvliegtuigen.

Het Gerecht begint met de opmerking dat voor het bewijs dat een machtspositie bestaat niet noodzakelijk is dat wordt aangetoond dat concurrenten van de markt worden afgesneden, ook niet op langere termijn. Het bestaan van een machtspositie sluit het bestaan van levendige concurrentie in de markt niet uit, alhoewel het bestaan van concurrentie natuurlijk wel een factor is die in aanmerking genomen moet worden. Daarna wijst het Gerecht erop dat aan uitspraken van de Commissie en arresten van het Gerecht op het gebied van concentratiecontrole in principe geen precedentwerking toekomt. Zelfs als de Commissie op grond van objectief dezelfde feiten tot twee verschillende uitspraken zou komen, zou het Gerecht een beschikking alleen maar kunnen vernietigen wanneer deze wordt ondergraven door fouten.

Met betrekking tot het volledig toerekenen van het marktaandeel van CFMI (een joint venture van GE en Snecma) aan GE, merkte het Gerecht op dat de Commissie in haar analyse weliswaar het belang van de rol van GE in CFMI enigszins had overschat, maar dat dit geen invloed had op het oordeel van de Commissie, omdat GECAS (GE's vliegtuigleasemaatschappij) bij haar aankopen de motoren van CFMI dezelfde voorkeursbehandeling gaf als de motoren van GE, en GE zelf in haar jaarverslag geaggregeerde marktaandelen presenteerde. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie terecht tot haar oordeel kon komen dat GE en CFMI als een eenheid opereerden, althans vis-à-vis hun afnemers en concurrenten. Daar kwam bij dat het niet volledig aan GE toerekenen van CFMI's marktaandeel een vertekend beeld zou geven van GE's kracht, omdat GE ook onafhankelijk van CFMI actief was in de markt voor motoren voor grote commerciële straalvliegtuigen, terwijl Snecma (de andere ouder van CFMI) dat niet was. Het Gerecht oordeelde verder dat het 50/50 toerekenen van het marktaandeel van IAE (een joint venture waarin ook Rolls Royce ('RR') en Pratt & Whitney ('P&W') met twee Japanse partners een aandeel hielden) aan RR en P&W consistent was met de volledige toerekening van het marktaandeel van CFMI aan GE, omdat ook RR en P&W beide nog als onafhankelijke partijen in de markt actief waren, naast IAE. Ten slotte gaf het Gerecht aan dat het in zijn latere overwegingen over de mogelijkheid om tot bundeling te komen, nog rekening zou houden met het feit dat Snecma er geen belang bij had om financiële offers te brengen voor Honeywells elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten.

Over GE's argument dat marktaandelen in een biedmarkt niet als maatgevend kunnen worden aangenomen zegt het Gerecht dat zelfs in biedmarkten het gelijk blijven of zelfs stijgen van een marktaandeel over een aantal opeenvolgende jaren kan gelden als een aanwijzing van marktmacht. Met name het bestaan van een opwaartse trend geldt in deze context als een overtuigend element van de analyse van de Commissie.

Vervolgens loopt het Gerecht nog een aantal argumenten van GE af, over 'aftermarket'-dienstverlening, de neiging van luchtvaartmaatschappijen om te streven naar een 'commonality' met betrekking tot hun motoren (het streven om zoveel mogelijk motoren van hetzelfde type te gebruiken om de kosten van onderhoud te beperken), en de juiste maatstaf voor het vaststellen van het marktaandeel (moeten daarvoor alleen motoren voor vliegtuigen die nog in productie zijn, of ook motoren van vliegtuigen die niet meer in productie zijn, of ook motoren voor vliegtuigen die nog niet in gebruik zijn in aanmer-

king worden genomen?). Telkens komt het Gerecht tot de conclusie dat de Commissie geen klaarlijklijke fouten heeft gemaakt in haar analyse. Over het al dan niet meetellen van het marktaandeel dat GE bereikt met motoren voor de Boeing 737 (het meest succesvolle commerciële vliegtuig in de geschiedenis van de burgerluchtvaart, waarvoor CMFI exclusief de motoren levert) merkt het Gerecht op dat het feit dat het Amerikaanse 'State Department of Justice' ('DoJ') in zijn eigen procedure besloot om dit marktaandeel buiten beschouwing te laten niet relevant is, en niet zonder meer in de weg kan staan aan een andere gevolgtrekking door de Gemeenschapsinstellingen. De wijze waarop de zaak op Gemeenschapsniveau wordt gevoerd, en de regels waaraan het DoJ en de Commissie zijn gebonden, zijn bovendien niet noodzakelijk hetzelfde.

De Commissie was van mening dat concurrenten niet in staat waren om de financiële en commerciële kracht van GE, als verticaal geïntegreerd conglomeraat, te repliceren. De Commissie presenteerde in haar beschikking een aantal voorbeelden van hoe GE haar dochterondernemingen GE Capital en GECAS inzette om de keuze van haar klanten voor een bepaald type en merk motor te beïnvloeden.

Het Gerecht overweegt dat het bestaan van GE Capital op zichzelf niet kan gelden als een aanwijzing van een machtspositie, en dat ook het bestaan van GECAS op zichzelf niet schadelijk is voor de concurrentie in de markt. Echter, zo preciseert het Gerecht, dit is ook niet wat de Commissie stelt. De Commissie stelt enkel dat GE op een strategische wijze gebruikmaakt van GE Capital en GECAS om haar reeds bestaande machtspositie te versterken.

De Commissie verwijst naar GECAS' 'GE only'-beleid. Het Gerecht oordeelt, dat ook al bezit GECAS slechts 7 à 10% marktaandeel, hiermee toch al invloed kan worden uitgeoefend op de keuze voor een bepaald type motor van 'airframers' (cascofabrikanten, ofwel bouwers van vliegtuigplatformen) en luchtvaartmaatschappijen. Volgens het Gerecht was daarmee voldoende aangetoond dat GE zijn voordeel deed met het beleid van GECAS. Bovendien was het marktaandeel van GECAS door het 'GE only'-beleid *de facto* gereserveerd voor GE.

Ook het beleid van GE Capital staat volledig ten dienste van de GE Groep. De Commissie voerde in haar beschikking een aantal voorbeelden aan waarin zij laat zien dat GE, met behulp van afgestemde strategieën van GE Capital en GECAS, in staat was om de besluiten van producenten (bij 'single source platforms', die geschikt zijn voor een merk motor) of van luchtvaartmaatschappijen (bij 'multi-source platforms' die geschikt zijn voor meerdere merken motoren) te beïnvloeden met middelen die extern waren aan de relevante markt. GE wees erop dat in biedprocessen door alle partijen concessies worden gedaan, en dat dit een teken is van concurrentie in de markt. Het Gerecht was echter van oordeel dat de Commissie terecht had kunnen concluderen dat de concessies in de aangehaalde voorbeelden geen aanwijzing waren van gezonde concurrentie, maar van het gebruik van marktmacht.

Verder was het Gerecht van oordeel dat het niet van belang was dat werd bepaald of GECAS kon functioneren als een 'launch customer' of 'boost customer'. Duidelijk was dat GECAS het beleid van 'airframers' kon beïnvloeden. Verder waren er aanwijzingen, in interne documenten en praktijkvoorbeelden, die aantoonde dat GECAS wel degelijk nastreefde om kleinere luchtvaartmaatschappijen te 'bezaaien' met GE motoren, om 'commonality' effecten te creëren.

Volgens het Gerecht heeft de Commissie overtuigend aangetoond dat GE strategisch gebruikmaakte van GE Capital en GECAS

om beslissingen omtrent het kiezen van motoren te beïnvloeden. De Commissie heeft echter niet als feit aangetoond dat het aankoopbeleid van GECAS ook daadwerkelijk leidde tot een hoger marktaandeel voor GE. Anderzijds heeft GE niet kunnen aantonen dat dit niet het geval was. Uiteindelijk heeft de Commissie echter wel met voorbeelden duidelijk weten te maken dat GE doelbewust gebruikmaakte van de commerciële mogelijkheden van GECAS' activiteiten en de financiële kracht van GE Capital om de verkoop van haar motoren te bevorderen, en dat dit beleid succesvol was. Daarom heeft zij overtuigend aangetoond dat het gebruik van deze commerciële hefbomen een bijdrage leverde aan GE's machtspositie.

Met betrekking tot de concurrentiële situatie in de markt merkt het Gerecht op dat de Commissie niet hoeft aan te tonen dat de concurrentie volledig wordt geëlimineerd. Evenmin is het feit dat concurrenten bij tijd en wijle nog steeds biedingen winnen op zichzelf niet voldoende om het bestaan van een machtspositie te bestrijden.

Het Gerecht onderzocht verder nog de overwegingen van de Commissie met betrekking tot de concurrenten van GE, en kwam tot het oordeel dat de Commissie geen fouten had gemaakt in haar oordeel dat P&W en RR geen voldoende tegenwicht aan GE konden bieden. Tegenwicht kon ook niet worden verwacht van kopers. Het Gerecht wees erop dat het door GE aangehaalde precedent,⁶ dat zou moeten aantonen dat Boeing en Airbus wel degelijk koopmacht bezaten, betrekking had op koopmacht ten opzichte van andere bedrijven en met betrekking tot andere producten. Ook het feit dat Boeing en Airbus niet hadden geklaagd over de voorgenomen concentratie achtte het Gerecht irrelevant. Om te beginnen hadden Boeing en Airbus geen groot belang in de prijs van motoren, omdat beide bedrijven daardoor toch gelijkelijk werden getroffen. Bovendien zou het toekennen van een zeker belang aan het gebrek aan tegenstand uit de markt, erop neerkomen dat de klanten van een onderneming in een soort privéconcentratiecontrole zouden bepalen of hun leverancier een machtspositie zou bezitten in een bepaalde markt.

Het Gerecht concludeerde dat de Commissie geen manifeste beoordelingsfout had gemaakt toen zij tot de conclusie kwam dat GE reeds voor de concentratie een machtspositie had in de markt voor motoren voor grote commerciële straalvliegtuigen.

Verticale relaties

Het Gerecht wijst erop dat de Commissie niet had gesteld dat de concentratie zou leiden tot het ontstaan of versterken van een machtspositie voor Honeywell, maar dat Honeywells sterke positie in met name de markt voor starters voor straalmotoren, GE's machtspositie in de markt voor motoren voor grote commerciële straalvliegtuigen zou versterken door verticale uitsluiting van GE's concurrenten in de markt voor motoren. De Commissie meende dat GE na de overname van Honeywell een duidelijke prikkel zou hebben om de levering van Honeywells starters aan GE's concurrenten te vertragen of duurder te maken.

Het Gerecht oordeelde dat het bewijs voor deze stelling niet per se door economische studies moest worden geleverd, maar dat ook de economische en commerciële omstandigheden van het geval bewijs konden opleveren. Het Gerecht vond de analyse die de Commissie in deze zaak gaf overtuigend, zelfs zonder economische studies. De Commissie had in haar afwegingen echter ook het afschrik-

⁶ Waarschijnlijk bedoelt het Gerecht zaak No. COMP/M.1745, EADS, beschikking van 11 mei 2000.

kende effect van een eventuele toepassing van artikel 82 EG moeten meewegen. Precies de meest extreme vormen van het door de Commissie verwachte gedrag die het meest effectief zouden zijn om de concurrenten te schaden (leveringsweigering of prijsdiscriminatie), zouden waarschijnlijk als misbruik worden beschouwd, en dus de meeste kans lopen om bestraft te worden.

Volgens het Gerecht is deze pijler onder de beschikking van de Commissie dan ook niet voldoende stevig gegrondvest. Deze conclusie maakte het overbodig om in te gaan op de niet-aanvaarding door de Commissie van GE's verbintenissen met betrekking tot Honeywells starters.

Conglomeraateffecten

Financiële kracht en verticale integratie

De financiële kracht die heeft bijgedragen aan GE's bestaande machtspositie zou ook kunnen worden ingezet om een machtspositie te creëren in de markten voor elektronische en niet-elektronische luchtvaartproducten. GECAS zou hiertoe als een hefboom kunnen worden ingezet.

Volgens het Gerecht kon echter niet zonder meer worden aangenomen dat de samengevoegde eenheid in de toekomst dezelfde praktijken zou volgen als in het verleden. Met een verwijzing naar de *TetraLaval*-uitspraken overwoog het Gerecht dat de Commissie niet alleen moest aantonen dat de nieuwe combinatie de mogelijkheid bezat om deze praktijken voort te zetten, maar ook dat het aannemelijk was dat de samengevoegde eenheid dit zou doen. Bovendien moest de Commissie aantonen dat deze praktijk in de relatief nabije toekomst zou resulteren in het ontstaan van een machtspositie op ten minste enkele van de gesignaleerde relevante markten.

De Commissie was hierin niet geslaagd. Volgens het Gerecht had de Commissie bijvoorbeeld bewijs kunnen leveren door middel van interne documenten van de raad van bestuur waarin de bedoelingen van GE's toekomstige beleid uit de doeken werden gedaan, of door middel van een economische analyse. Een dergelijke analyse zou dan moeten aantonen dat de voordelen van het betreffende beleid zouden opwegen tegen de kosten daarvan. De Commissie had dergelijk bewijs niet geleverd.

Verder hield de analyse van de Commissie geen rekening met de vele verschillende relevante markten en verschillende soorten spelers in die verschillende relevante markten. Zonder een economische onderbouwing van kosten en opbrengsten was het dan ook onmogelijk om vast te stellen of GE inderdaad vliegtuigbouwers of vliegtuigmaatschappijen zou kunnen overhalen om Honeywell-producten te kopen.

Ten slotte wees het Gerecht erop dat er voor ieder elektronisch en niet-elektronisch luchtvaartproduct een aparte relevante markt kan worden onderscheiden en dat hierbij ook nog onderscheid gemaakt kan worden tussen luchtvaartproducten voor grote commerciële vliegtuigen en voor regionale vliegtuigen en zakenvliegtuigen. De analyse van de Commissie hield geen rekening met de verschillende activiteiten met betrekking tot ieder van deze categorieën van vliegtuigen, en evenmin met de verschillende spelers in ieder van deze markten. Onder dergelijke omstandigheden was het niet mogelijk om vast te stellen of de conclusies van de Commissie standhielden.

Bundeling

Het Gerecht begint met te stellen dat het bundelingsargument van de Commissie alleen kans van slagen kan hebben met betrekking tot grote commerciële vliegtuigen. Vervolgens onderscheidt het Gerecht drie soorten bundeling:

- (i) pure bundeling (waarbij de verkoop van een product in de ene markt op commerciële gronden wordt gebundeld met producten in andere markten);
- (ii) technische bundeling (waarbij de verkoop van twee verschillende producten wordt gebundeld op grond van de technische integratie van die producten); en
- (iii) gemengde bundeling (waarbij een aantal verschillende producten onder betere voorwaarden worden verkocht als ze in een pakket worden gekocht dan wanneer ze apart worden gekocht).

Een praktisch probleem in de analyse van de Commissie is dat de eindafnemers van de verschillende relevante producten (de verschillende motoren en elektronische en niet-elektronische producten) niet steeds dezelfde partijen zijn. Dat betekent dat bundelen alleen mogelijk is met betrekking tot een beperkt aantal product- en klantencombinaties. In die gevallen waar de klanten voor GE's motoren en voor Honeywells luchtvaartproducten niet dezelfde zijn, is geen bundeling mogelijk. Nog een probleem is dat bundeling niet goed past in de *'modus operandi'* van de relevante markten. De verschillende producten worden veelal op verschillende momenten geselecteerd. Dit vereist een additionele commerciële inspanning van de marktpartij die zijn afnemers dergelijke bundelingspraktijken wil opdringen. Bundeling wordt hierdoor niet onmogelijk, maar wel minder aannemelijk.

Ten aanzien van pure bundeling, met de straalmotoren als het *'tying product'*, stelt het Gerecht dat de Commissie niet heeft uitgezocht met betrekking tot welke platforms en specifieke producten bundeling mogelijk zou zijn. Verder liet de Commissie niet zien hoe GE de eventuele negatieve commerciële effecten van bundeling zou overwinnen en klanten zou overhalen om het gebundelde product te kopen. Ten aanzien van bundeling met Honeywells luchtvaartproducten als *'tying product'* heeft de Commissie niet voldoende duidelijk gemaakt hoe chantage met een relatief goedkoop product afnemers zou kunnen dwingen om een dure straalmotor aan te schaffen. Ook heeft de Commissie nagelaten te onderzoeken in hoeverre afnemers zouden kunnen uitwijken naar luchtvaartproducten van andere producenten. Ten slotte heeft de Commissie ten onrechte de afschrikkende werking van de eventuele toepasbaarheid van artikel 82 EG buiten beschouwing gelaten.

Voor haar argument dat technische bundeling zou plaatsvinden baseerde de Commissie zich op de verwachting dat een bepaald technisch integratieprogramma verder zou worden ontwikkeld, zonder evenwel aan te geven in hoeverre deze ontwikkeling waarschijnlijk was. Het was niet genoeg om een aantal logische doch hypothetische ontwikkelingen te schetsen. Vereist was ten minste een analyse van de waarschijnlijke ontwikkelingen in ieder van de betrokken markten.

Ten aanzien van gemengde bundeling begint het Gerecht met op te merken dat de voorbeelden van bundelingsgedrag die de Commissie uit het verleden van Honeywell aanhaalt, weinig relevant zijn om aan te tonen dat zulk gedrag ook in de toekomst zal plaatsvinden. Voorzover de Commissie een economische analyse heeft gebruikt voor haar onderbouwing (de Commissie verwees naar het *'Cournot'*-model, en naar een door professor Choi ontworpen model dat uiteindelijk niet werd gebruikt) blijft het nodig dat in detail wordt aan-

getoond dat dit model van toepassing is. Het is niet genoeg om te verwijzen naar de algemene economische omstandigheden in de markt.

De Commissie had verder geen rekening gehouden met de positie van Snecma, dat geen enkel belang had om mee te doen met GE's bundelingspraktijken. De mogelijkheid dat strategische bundelingspraktijken zich zouden kunnen voordoen was niet voldoende om aan te tonen dat dergelijk gedrag zich ook daadwerkelijk zou voordoen, met name niet wanneer ook andere rationele bedrijfsstrategieën mogelijk waren. De Commissie had dit bijvoorbeeld kunnen aantonen door te verwijzen naar interne documenten waaruit bleek dat GE's raad van bestuur zou kiezen voor een dergelijk beleid na de overname van Honeywell. Verder had de Commissie opnieuw niet voldoende rekening gehouden met het feit dat bepaalde strategieën in strijd zouden kunnen komen met artikel 82 EG.

Het Gerecht concludeerde dat de Commissie het gevaar van bundeling niet voldoende heeft bewezen. Het enkele feit dat het samengevoegde bedrijf een breder pakket aan goederen zou kunnen aanbieden dan haar concurrenten was niet voldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat een machtspositie zou ontstaan of worden versterkt in de verschillende betrokken markten. Gezien deze conclusie was het niet meer nodig om op de grieven betreffende het verwerpen van de aangeboden remedies in te gaan.

Horizontale overlap

Vliegtuigmotoren voor grote regionale straalvliegtuigen

Met betrekking tot de vraag of de voorgenomen concentratie zou leiden tot het ontstaan of versterken van een machtspositie in de markt voor vliegtuigmotoren voor grote regionale straalvliegtuigen onderscheidde de Commissie twee niveaus van concurrentie tussen GE's en Honeywells motoren. Op het niveau van de directe '*first level*'-concurrentie gaat het om welke motor voor welk type vliegtuig kan worden gecertificeerd. Op dit niveau vindt derhalve voornamelijk '*supply side*'-substitutie plaats. Volgens de Commissie was '*first level*'-concurrentie beperkt omdat de motoren van GE en Honeywell te verschillend van elkaar waren. De concurrentie speelde zich af in een vroeg stadium van de ontwikkeling van een platform, wanneer werd bepaald of het vliegtuig tweemotorig (geschikt voor GE-motoren) of viermotorig (geschikt voor Honeywellmotoren) zou worden.

De Commissie oordeelde vervolgens dat er wel een duidelijke indirecte '*second level*'-concurrentie bestond tussen GE en Honeywell. Het '*second level*' is het niveau waarop de luchtvaartmaatschappijen een vliegtuig kiezen dat al is uitgerust met een bepaald type motoren. Op dit niveau speelt '*demand side*'-substitutie een rol. Volgens het Gerecht is de Commissie er op dit niveau wel degelijk in geslaagd om aan te tonen dat GE en Honeywell concurrenten van elkaar waren voor de voorgenomen concentratie.

Over de toepassing van de Commissies Bekendmaking over de Relevante Markt stelt het Gerecht dat de Commissie slechts gebonden is aan haar eigen bekendmaking voorzover deze bindende rechtsregels bevat. Met betrekking tot de regels welk soort bewijs in aanmerking komt bij het aantonen van '*demand side*'-substitutie bestaan geen bindende regels en is de Commissie vrij om een keuze te maken.

Het Gerecht was van mening dat de Commissie terecht tot de conclusie kon komen dat GE reeds een machtspositie in deze markt had vóór de voorgenomen concentratie. Dat de markt een biedmarkt was deed hieraan niets af, gezien GE's zeer grote marktaandeel, en de afwezigheid van geloofwaardige concurrenten. (RR en

P&W waren slechts actief in een aangrenzende markt, en zouden pas na enige jaren actief kunnen worden in de markt voor motoren voor grote regionale straalvliegtuigen). De Commissie kwam terecht tot haar oordeel dat de concentratie zou leiden tot het versterken van deze bestaande machtspositie. Hoewel de toename van het marktaandeel relatief gering zou zijn (juist omdat het marktaandeel van GE al zo groot was), zou het verdwijnen van Honeywell toch tot een significante vermindering van de daadwerkelijke concurrentie in de markt leiden, omdat de enige overblijvende concurrent die nog enige druk op de prijzen kon zetten uit de markt zou verdwijnen. Juist waar de enig bestaande concurrentie zwak en slechts indirect ('*second level*') is, is het overnemen van de enig bestaande concurrent extra schadelijk. Het Gerecht verwijst ten slotte nog naar artikel 82 EG, en stelt dat met het sterker worden van een machtspositie, ook de verantwoordelijkheid van de dominante speler groeit om zich te onthouden van gedrag dat kan leiden tot het verder afnemen of elimineren van de nog bestaande concurrentie in de markt.

Motoren voor zakenvliegtuigen

Het Gerecht stelt dat reeds het marktaandeel van de gecombineerde bedrijven in deze markt (50-60% overall en 80-90% voor alleen de categorie '*medium*' zakenvliegtuigen) een voldoende indicatie is voor het bestaan van een machtspositie. Hieraan werd niet afgedaan door de vaststelling dat de Commissie er niet in was geslaagd om aan te tonen dat de voorgenomen concentratie de hoofdoorzaak zou zijn van een eventuele toekomstige bundelingspraktijk in deze markt.

Kleine gasturbines voor schepen

Het Gerecht oordeelde dat de Commissie geen kennelijke fouten had gemaakt bij het uitvoeren van haar onderzoek naar de afbakening van de relevante markt.

Met betrekking tot de aangeboden remedies stelde het Gerecht voor elk van de hierboven genoemde markten dat de Commissie deze op terecht gronden had verworpen.

Procedurale onregelmatigheden

Toegang tot bepaalde documenten

Het Gerecht stelt vooraf dat het weigeren van toegang tot bepaalde documenten in het dossier van de Commissie slechts kan leiden tot de vernietiging van het besluit voorzover kan worden aangetoond dat dit besluit anders zou zijn geweest indien wel toegang was verleend. Derhalve is toegang tot het dossier alleen van belang voorzover het gaat om bevrijdend bewijs, of bezwarend bewijs waarop de Commissie haar beschikking heeft gesteund, en voorzover dat bewijs betrekking heeft op delen van de beschikking die niet reeds om andere redenen zijn vernietigd.

Het Gerecht verworpt alle grieven van GE. In een geval had de Commissie geen toegang gegeven tot een document dat in de beschikking verkeerd werd aangehaald. Hoewel GE deze fout had kunnen herstellen als zij toegang had gehad tot dit document, was deze fout niet van zodanige aard dat zij bij correctie tot een andere uitkomst van de beschikking zou hebben geleid. In alle overige gevallen oordeelt het Gerecht dat de Commissie juist heeft gehandeld, omdat het ging om het beschermen van vertrouwelijk materiaal, of omdat het ging om materiaal dat de Commissie niet heeft gebruikt voor de onderbouwing van haar beschikking, of omdat het informatie was die niet tot een andere uitkomst van de beschikking zou hebben geleid.

Het Gerecht maakte ook duidelijk dat de Commissie de hulp mag inroepen van externe deskundigen om de juistheid van haar analyses te toetsen. Voorzover de Commissie in haar mededeling van punten van bezwaar of haar besluit niet steunt op dit advies, geldt dit slechts als de mening van een enkele persoon, en niet als bevrijdend of bezwarend bewijs. Het Gerecht wijst er verder nog op dat de rol van dergelijke externe adviseurs tegenwoordig wordt vervuld door de 'Chief Economist', en dat als het advies onderdeel had uitgemaakt van het dossier van de Commissie, het de status van een 'intern document' zou hebben gehad.

Te late toegang tot het dossier

Het Gerecht verwerpt de grieven van GE, en stelt dat het recht op toegang niet inhoudt dat de Commissie stukje bij beetje toegang moet verlenen in de loop van de onderzoeksprocedure. Omdat het recht op toegang slechts geldt met betrekking tot de bezwaren die de Commissie wenst aan te voeren, is er geen recht op toegang voordat de Commissie haar punten van bezwaar heeft bekendgemaakt. Bovendien had GE reeds vanaf het moment dat de Commissie haar 'artikel 6(1)(c)-mededeling' deed en aangaf dat een tweedefase-onderzoek zou worden gestart, remedies kunnen voorbereiden en indienen.

De beperkte periode die GE kreeg om het dossier te onderzoeken

Het Gerecht deed deze grief af met een verwijzing naar de strikte termijnen waaraan de Commissie zich moet houden op basis van de concentratieverordening en de daaruit volgende noodzaak voor snelheid in de onderzoeksprocedure. Het Gerecht stelde dat de Commissie in dit licht niet disproportioneel heeft gehandeld bij het stellen van termijnen. Bovendien had GE opnieuw niet aangegeven hoe deze korte termijnen haar in haar verdediging hadden geschaad.

Handhaving van de grondregels betreffende de 'hearing officer'

Het Gerecht oordeelde dat hoewel de regels betreffende de 'hearing officer' gedurende de onderzoeksprocedure waren gewijzigd, dit niet betekende dat de 'hearing officer' niet meer in functie was. Een fout die de 'hearing officer' had gemaakt met betrekking tot de toepasselijke procedure had geen gevolgen voor de verdediging van GE, en werd overigens later door de 'hearing officer' zelf afdoende hersteld.

Conclusie

Het Gerecht concludeert dat de Commissie terecht heeft geoordeeld dat de concentratie zou leiden tot het versterken van een machtspositie in de markt voor motoren voor grote commerciële straalvliegtuigen en dat machtsposities zouden ontstaan in de markt voor motoren voor zakenvliegtuigen en kleine gasturbines voor schepen.

Volgens het Gerecht was de Commissie er niet in geslaagd om aan te tonen dat de concentratie zou leiden tot het versterken van een machtspositie als gevolg van (i) de verticale overlap tussen Honeywells startapparatuur en GE's motoren voor grote commerciële straalvliegtuigen; (ii) de combinatie van Honeywells elektrische en niet-elektrische luchtvaartproducten met de financiële en commerciële kracht van GE; en (iii) de mogelijkheid om de verkoop van GE's motoren en aanvullende diensten te bundelen met Honeywells elektrische en niet-elektrische luchtvaartproducten. Deze tekortkomingen in het besluit van de Commissie waren echter niet van

een zodanige aard dat zij moesten leiden tot de vernietiging van de beschikking van de Commissie. Het Gerecht verwerpt dan ook de vordering van GE.

Enige opmerkingen

Dit arrest zal de juridische geschiedenis waarschijnlijk vooral ingaan als een bekrachtiging van de lijn *Tetra Laval*. GE/Commissie bevestigt dat de Commissie niet uit voorzorg een concentratie mag verbieden om de enkele reden dat de gecombineerde partijen in de toekomst misbruik zouden kunnen maken van een (reeds bestaande) machtspositie. De Commissie zal in zo'n geval om te beginnen moeten aantonen dat een dergelijke gedragslijn waarschijnlijk is, en ook waarschijnlijker dan andere mogelijke rationele bedrijfsstrategische scenario's. Bovendien moet zij in deze afweging de afschrikkende werking die uitgaat van een mogelijke toepassing van artikel 82 EG meenemen.

Het Gerecht werkt de lijn *Tetra Laval* verder uit met betrekking tot het gebruik van het bewijs. Het Gerecht houdt het strikt juridische, indirecte bewijs in ere. Een marktaandeel van meer dan 50% blijft een sterk vermoeden voor het bestaan van een machtspositie. Duidelijk blijkt echter dat het Gerecht ook openstaat voor direct bewijs voor het bestaan van een machtspositie, zoals economische analyses en modellen. Het Gerecht accepteert daartoe in principe kritiekloos de moderne, meer economische, 'theories of harm' van de Commissie met betrekking tot conglomerateffecten. Het is echter terecht van de Commissie dat zij deze theorieën, wanneer zij die in de praktijk toepast, ook bewijst. Het is dan logisch om bij het gebruik van meer complexe theorieën een meer complex bewijs te eisen. Dat impliceert overigens niet dat er een zwaardere bewijslast geldt. Wel kan dit betekenen dat het bewijs moeilijker rond te krijgen is – GE/Commissie toont ook dat aan.

Het Gerecht verwijst op verschillende plaatsen naar economische analyses en modellen, en geeft aan dat het openstaat voor het gebruik van dergelijke modellen. De Commissie wordt erop gewezen dat het haar stellingen zal moeten onderbouwen met duidelijke analyses van kosten en baten. Daarbij zal mijns inziens ook aandacht moeten worden besteed aan prijsstrategieën, elasticiteiten en ook de mogelijke reacties en strategieën van concurrenten. Voor je het weet kan dat dus een behoorlijk complexe analyse worden, die niet meer op de achterkant van een sigarendoosje past. Voor adviseurs dus het advies: 'don't try this at home'. Haal een econoom aan boord zodra een autoriteit gebruik dreigt te maken van dergelijke complexe 'theories of harm'.

Opmerkelijk is verder de herhaaldelijke verwijzing naar interne documenten van de raad van bestuur van GE. Er is een duidelijke trend bij de mededingingsautoriteiten, wellicht in navolging van de Amerikaanse FTC en DoJ, steeds meer soorten 'rubriek 5.4' (van het Formulier CO) of 'onderdeel 4.4' (van het Nederlandse meldingsformulier) documenten op te vragen, en soms zelfs te vragen naar conceptversies van dergelijke documenten. Sommige autoriteiten (bijvoorbeeld de Belgische) willen zelfs worden ingelicht zodra tijdens een onderzoek het werk aan een dergelijk document wordt begonnen of aanbesteed. Verder kan niet worden uitgesloten dat de mededingingsautoriteiten, in het geval van meldingen in meerdere jurisdicties, dergelijke documenten uitwisselen. Dit toont maar weer eens aan dat het van groot belang is de partijen al in een vroeg stadium te waarschuwen ook in hun interne stukken niet al te 'robuust' te zijn in het uitwerken van de verschillende strategische scenario's.

Nog steeds komt het voor dat financiële en commerciële strategische adviseurs de neiging hebben om in dit opzicht wat al te enthousiast te worden.

Het arrest geeft een aardig overzicht van de verschillende conglomerateffecten die tot dusver door de Commissie zijn onderscheiden. Om te beginnen wordt onder deze vlag de financiële en commerciële expertise van GE, via GE Capital en GECAS, onderzocht. Verder wordt de mogelijkheid om gebundelde producten aan te bieden in deze context geanalyseerd. Allereerst onderscheidt de Commissie pure bundeling, waarbij de verkoop van twee verschillende producten op commerciële gronden aan elkaar gekoppeld worden. Ten tweede is er technische bundeling, waarbij de verkoop van twee verschillende producten wordt gebundeld door ze technisch met elkaar te integreren. Als derde komt dan de nieuwe theorie van het gemengd bundelen. Bij gemengd bundelen worden verschillende producten goedkoper aangeboden als pakket dan in de losse verkoop. Deze vorm van bundeling wordt in principe als procompetitief beschouwd, en is vaak ook objectief te rechtvaardigen – behalve, aldus de Commissie, als zij doelbewust wordt gebruikt om concurrenten van de markt te drukken. Een dergelijke complexe theorie is echter niet gemakkelijk te bewijzen, zo blijkt uit het arrest.

Ook de opmerkingen over 'first level'- en 'second level'-concurrentie en -substitutie zijn interessant. Het lijkt contra-intuïtief dat het Gerecht oordeelt dat waar de resterende concurrentie in een andere, tweede markt zwak is, dus slechts 'second level' en indirect, er een grotere verantwoordelijkheid ligt bij de dominante speler op de eerste markt voor het in stand houden van de restconcurrentie op die tweede markt. Waarom zou GE als dominante speler in de motorenmarkt verantwoordelijk zijn voor de concurrentie in de vliegtuigmarkt? De bedoeling van deze redenering is natuurlijk om te voorkomen dat GE via de band van de 'downstream'-vliegtuigmarkt ook nog eens de zwakkere 'upstream'-concurrenten in aangrenzende markten uitschakelt.

Met betrekking tot het toerekenen van de marktaandeelen van joint ventures viel de analyse van de Commissie sterk in het nadeel van GE uit. GE kreeg 100% van het marktaandeel van Snecma toegewezen, terwijl RR en P&W ieder slechts 50% van het marktaandeel van hun gezamenlijke joint venture kregen toegewezen. Toch acht het Gerecht de toerekeningsmethode van de Commissie consistent. Die methode komt neer op het volgen van een soort 'industrial leadership'. GE was in haar joint venture immers de enige partij die ook nog als onafhankelijke partij actief was in de markt. Voor RR en P&W gold hetzelfde. Het marktaandeel werd in dit geval dan ook tussen hen beiden gesplitst, en niet in vier delen verdeeld, omdat de overige twee Japanse aandeelhouders van deze joint venture geen onafhankelijke rol in de markt speelden.

Bij de overwegingen over de markt voor motoren voor grote commerciële vliegtuigen als biedmarkt, kwam bij mij de vraag op hoe partijen met een hoog marktaandeel dan moeten aantonen dat zij niet dominant zijn, als het niet genoeg is om te wijzen op de contracten die concurrenten hebben gewonnen. De zaak No. COMP/M.3216-Oracle Peoplesoft, beschikking van 26 oktober 2004, zal in zo'n geval kunnen dienen als inspiratiebron. In die zaak waren er in ieder geval nog verschillende kleinere, serieus te nemen spelers in de markt, naast de twee overblijvende grote spelers, en speelde (nog op de achtergrond) ook de dreiging van Microsoft mee.

Een andere bekende les die weer eens kan worden getrokken uit GE/Commissie is dat het van groot belang is om al vroeg in de procedure na te denken over een remediestrategie, en om verschillende

alternatieven achter de hand te hebben. De praktijk wijst uit dat tegen het einde van een onderzoeksprocedure, wanneer de ego's zich hebben ingegraven en de tijdsdruk toeneemt, het steeds moeilijker wordt om nog flexibel en creatief te reageren op opduikende struikelblokken.

Een van de bezwaren van GE betrof de toegang tot de data die waren gebruikt voor het doorrekenen van de verschillende economische modellen. Om aan dergelijke bezwaren tegemoet te komen heeft de Commissie inmiddels een 'black room'-beleid ontwikkeld. Dit houdt in dat vertegenwoordigers van de partijen (accountants of advocaten), onder strikte voorwaarden, waaronder natuurlijk vertrouwelijkheid, een door de Commissie gebruikt economisch model met ingevoerde data op een 'stand alone' computer mogen bestuderen in een speciaal daarvoor ingerichte kamer.

Het Gerecht verduidelijkt ook de positie van externe adviseurs van de Commissie. Hun adviezen gelden in principe als 'de opvattingen van een persoon'. Ze worden bewijstechnisch als neutraal beschouwd, en niet als belastend of bevrijdend bewijs, zolang de Commissie deze adviezen maar niet als bewijs opvoert om haar beschikking te onderbouwen. De Commissie kan dus vrij 'sparen' met externe adviseurs, en mag externe adviseurs vragen om haar opvattingen en analyses kritisch tegen het licht te houden. Het Gerecht neigt er duidelijk naar om dergelijke adviezen gelijk te stellen aan 'interne stukken' waarvoor geen recht op toegang geldt. *A contrario* volgt hieruit mijns inziens dat wanneer de Commissie haar beschikking wel steunt op adviezen van externe adviseurs, wel inzage moet worden gegeven in deze adviezen. Ik zou ervoor willen pleiten dat er ook een recht op toegang zou moeten gelden voor de conceptversies van dergelijke adviezen. Ook voor de NMAs, die veelvuldig externe deskundigen raadpleegt en naar dergelijke externe adviezen verwijst in haar besluiten, zou GE/Commissie derhalve verplichte lectuur moeten zijn.

Met GE/Commissie is een eind gekomen aan een reeks gevoelige nederlagen voor de Commissie.⁷ Deels als reactie en deels ter anticipatie heeft de Commissie inmiddels al verschillende wijzigingen doorgevoerd in de procedures voor de concentratiecontrole. Zo is een 'Chief Economist' aangesteld, en is de beoordeling in de concentratiecontrole en het algemene mededingingsrecht duidelijk meer economisch geïnspireerd. Ook is er nu een panel ingesteld dat gedurende de onderzoeksprocedure functioneert als 'advocaat van de duivel', en kan tijdens het onderhandelen over remedies gemakkelijker de klok worden stilgezet om partijen meer tijd voor overleg te geven.

Voor GE moet de uitspraak van het Gerecht de geruststelling inhouden dat zij niet wordt bestraft, alleen maar omdat zij groot is. De uitspraak toont verder aan dat het bezit van een veel bredere (en diepere) portefeuille dan de concurrenten, niet automatisch het vermoeden rechtvaardigt dat dit wel moet leiden tot het ontstaan van een machtspositie, anticompetitieve bundelingspraktijken of ander misbruik. Anderzijds staat nu wel zwart op wit op papier dat GE een

⁷ Zaak T-342/99, *Airtours plc tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, Jur. 2002, p. II-2585 (zie ook V. Landes, 'Airtours; de weerbarstige problematiek van de collectieve machtspositie', *NTER* 2002, p. 277); Zaak T-310/01, *Schneider Electric SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, Jur. 2002, p. II-4071; Zaak T-5/02, *Tetra Laval tegen Commissie*, Jur. 2002, p. II-4381; en Zaak C-12/03 P, *Commissie tegen Tetra Laval*, Jur. 2005, p. I-987.

machtspositie bezit in de markt voor motoren voor grote commerciële straalvliegtuigen. Dat is nooit prettig voor een bedrijf, want zo'n uitspraak staat nooit op zichzelf, maar wordt samen met bedrijfsstrategische en marketingtechnische consequenties in een gebundeld pakketje aangeboden.