

Misbruik machtspositie: een bijzondere verantwoordelijkheid voor dominante ondernemingen

Bb 2018/5

1. Inleiding

In 2017 legde zowel de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) als de Europese Commissie (hierna: Commissie) een 'recordboete' op aan ondernemingen wegens misbruik van machtspositie. In mei legde de ACM een boete op aan de Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS) van bijna € 41 miljoen, omdat NS naar het oordeel van ACM bij de aanbesteding van het regionaal vervoer in Zuid-Limburg misbruik maakte van haar economische machtspositie. De Commissie besloot een maand later om Google voor € 2,42 miljard te beboeten, omdat Google naar het oordeel van de Commissie misbruik maakte van haar dominante positie op de markt voor zoekmachines door haar eigen producten en diensten te bevoordelen boven die van concurrenten. Kort daarop volgde in september een uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Intel, waaraan de Commissie in 2009 een boete van € 1,06 miljard had opgelegd, omdat Intel volgens de Commissie misbruik maakte van haar economische machtspositie door een systeem van getrouwheidskortingen toe te passen.

Een overtreding van het verbod op het misbruiken van een economische machtspositie kan dus forse boetes tot gevolg hebben. Aan de hand van de NS, Google en Intel zaken zullen wij ingaan op de bijzondere verantwoordelijkheid die rust op dominante ondernemingen. Eerst zullen wij kort het juridisch kader uiteenzetten.

2. Juridisch kader

Op grond van art. 24 Mededingingswet (hierna: Mw) en art. 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) is het ondernemingen die beschikken over een economische machtspositie verboden om misbruik te maken van deze positie.²

Er is volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie sprake van een economische machtspositie indien deze positie de betreffende onderneming in staat stelt om zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk consumenten. Deze onafhankelijkheid stelt de dominante onderneming in staat de daadwerkelijke mededinging op de markt te verhinderen.³ Het is op zichzelf genomen niet verboden een eco-

nomische machtspositie te hebben. Wel rust op ondernemingen met een economische machtspositie de bijzondere verantwoordelijkheid deze positie niet te misbruiken.⁴ De precieze invulling van deze bijzondere verantwoordelijkheid is casuïstisch en moet worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van het geval.⁵ Misbruik van een economische machtspositie kan veel verschillende vormen aannemen. Voorbeelden van misbruik kunnen zijn: het opleggen van onbillijk hoge excessieve prijzen⁶, leveringsweigering⁷ en het hanteren van extreem lage prijzen om concurrenten uit de markt te verdringen (zogeheten roofprijzen).⁸ Het verbod op misbruik machtspositie heeft niet tot doel om ondernemingen te beletten om door eigen verdienste een economische machtspositie op een markt te verwerven (*competition on the merits*).⁹ De bepaling heeft ook niet tot doel om ervoor te zorgen dat minder efficiënte concurrenten dan de onderneming met een economische machtspositie op de markt aanwezig blijven.¹⁰

3. Zaak NS: verlieslatend bod en complex van gedragingen

In 2014 startte de Provincie Limburg een openbare aanbestedingsprocedure voor een concessie voor openbaar trein- en busvervoer voor de periode december 2016 tot december 2023. De aanbesteding werd gewonnen door Abellio, een dochteronderneming van NS. De aanbesteding verliep voor NS niet vlekkeloos. Nadat NS zelf openbaarde dat via een ex-medewerker van Veolia (die op dat moment de concessie in Limburg verzorgde) op oneigenlijke wijze vertrouwelijke informatie was doorgespeeld naar Abellio trok de Provincie Limburg de gunning in en gunde zij de concessie aan Arriva. Aanleiding voor het onderzoek van ACM naar misbruik machtspositie door NS was (o.a.) de klacht die zij ontving van Veolia over gedragingen van NS tijdens de aanbesteding.

Machtspositie Hoofdrailnet

De gedragingen van NS zien op de Limburgse concessie. Dat is niet de markt waarop NS volgens ACM een economische machtspositie heeft. Dat is namelijk de markt voor het exploitatierecht van het Hoofdrailnet, welke concessie sinds 1995 steeds onderhands aan NS is gegund. Met ande-

1 Martijn van de Hel en Joris Ruigewaard zijn beiden advocaat bij Maverick Advocaten.

2 Art. 24 Mw en art. 102 VWEU bevatten hetzelfde verbod en zijn inhoudelijk gelijk, met dien verstande dat voor de toepassing van art. 102 VWEU is vereist dat de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed.

3 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 (*United Brands/Commissie*).

4 HvJ EG 9 november 1983, zaak C-322/81 (*Michelin/Commissie*), punt 57.

5 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 (*United Brands/Commissie*). HvJ EG 14 november 1996, zaak C-333/94, (*Tetra Pak II*), punt 24.

6 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 (*United Brands/Commissie*).

7 HvJ EG 6 maart 1974, zaken C-6/73 en C-7/73 (*ICI en Commercial Solvents*).

8 HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 (*AKZO*).

9 HvJ EU 27 maart 2012, Post Danmark, zaak C-209/10, punt 21.

10 HvJ EU 27 maart 2012, Post Danmark, zaak C-209/10, punt 21.

re woorden, de gedragingen die ACM in het besluit toetst, vinden niet plaats op de markt waarop NS een economische machtspositie heeft. Op basis van jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie is dit inderdaad niet vereist, maar is het denkbaar dat een onderneming de economische machtspositie op een bepaalde markt misbruikt op een aanpalende, verwante markt.¹¹

Het verband tussen het Hoofdrailnet en de Limburgse concessie is als volgt. Als gevolg van de Limburgse concessie zou er 'samenloop' kunnen ontstaan. Samenloop ziet op de situatie waarbij twee of meer spoorwegvervoerders, waaronder NS als vervoerder op het Hoofdrailnet, spoorvervoerdiensten mogen aanbieden tussen dezelfde, aan het Hoofdrailnet gelegen stations. Het Ministerie van Infrastructuur en Milieu beschouwde in 2014 de Limburgse concessie als 'pilotproject' voor de hierboven beschreven samenloop. Bij succes zou mogelijk verdere decentralisatie van het spoor volgen. De ACM meent derhalve dat het van essentieel belang was voor de NS om de Limburgse concessie te winnen. Een succesvol resultaat van een concurrent in Limburg zou immers de kans vergroten dat op den duur ook andere delen van het hoofdrailnet regionaal worden aanbesteed. Dit zou de positie van NS (negatief) beïnvloeden.

Gedraging: verlieslatend bod en complex van gedragingen

Volgens de ACM heeft NS haar economische machtspositie op twee manieren misbruikt. Ten eerste stelt ACM dat NS haar positie heeft misbruikt door roofoffertes te hanteren.¹² Volgens ACM bracht NS een verlieslatend bod uit om de concurrenten te hinderen. ACM stelt (aan de hand van interne stukken van NS) vast dat het bod op de Limburgse concessie niet voldeed aan de rendementseis van Abellio (de dochter die de concessie zou uitvoeren) en dat het bod financieel voor NS weliswaar aanvaardbaar was, maar uitging van een onrealistische reizigersgroei.

Ten tweede beboet ACM NS voor een combinatie van vier samenhangende gedragingen: (i) het gebruiken van vertrouwelijke informatie van de ex-directeur van Veolia, waardoor NS haar eigen bod kon verbeteren; (ii) het benadelen van haar concurrenten door traag en onvolledig te reageren op hun verzoeken om toegang tot bepaalde diensten en voorzieningen op stations; (iii) het doorspelen van vertrouwelijke informatie over haar concurrenten aan dochteronderneming Abellio; en (iv) het achterhouden van bruikbare informatie over reizigersopbrengsten voor haar concurrenten, terwijl Abellio wel over die informatie kon beschikken. Volgens ACM gaf dit complex aan gedragingen uitdrukking aan de wens van NS om de Limburgse concessie koste wat kost te winnen.

11 HvJ EG 14 november 1996, zaak C-333/94 (*Tetra Pakk II*) en HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 (AKZO).

12 Het hanteren van roofoffertes levert misbruik op indien de prijzen een bepaalde tijd beneden de gemiddelde variabele kosten liggen of indien de prijzen boven de gemiddelde variabele kosten maar onder de gemiddelde totale kosten liggen en zijn vastgesteld in het kader van een plan een concurrent uit te schakelen. HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 (AKZO).

Bijzonder aan dit besluit is dat ACM het toetsingskader van roofoffertes (dat uitgaat van daadwerkelijk gehanteerde prijzen en daadwerkelijk gemaakte kosten) toepast op een toekomstige situatie: namelijk de te verwachten opbrengsten en te verwachten kosten voor NS in geval zij de concessie zou uitvoeren. Wat het voor ACM nog complexer maakt, is dat de gunning van de Limburgse concessie niet op basis van prijs (de vergoeding stond nagenoeg vast), maar op basis van kwaliteit plaatsvond. ACM heeft deze complexiteit het hoofd geboden door te beoordelen of de opbrengsten die NS verwachtte te genereren met het uitvoeren van de concessie, lager zouden zijn dan de kosten voor de geboden diensten. Op basis van deze analyse komt ACM tot de conclusie dat NS een verlieslatend bod heeft gedaan en daarmee een roofofferte heeft gehanteerd. Het is een gedurfde stap van ACM, want door misbruik aan te tonen op basis van een ex-ante beoordeling in plaats van de gebruikelijke ex-post beoordeling maakt ACM zich kwetsbaar. Een prospectieve analyse gaat nu eenmaal uit van bepaalde assumpties en gaat noodgedwongen gepaard met onzekerheden. In bezwaar en beroep zal moeten blijken of de analyse van ACM stand zal houden.

ACM zoekt ook de grenzen op door diverse gedragingen bijeen te vegen, het samenraapsel te kwalificeren als 'een complex van gedragingen' en op basis daarvan een inbreuk op het verbod op misbruik machtspositie vast te stellen. Het begrip misbruik is weliswaar niet vastomlijnd, maar mag daarom nog niet als containerbegrip worden gebruikt. In bezwaar en beroep zal onzes inziens een discussie kunnen ontstaan over de vraag of ACM met deze 'grote stappen gauw thuis methode' wel voldoende gemotiveerd heeft vastgesteld dat sprake is van een inbreuk op het verbod op misbruik machtspositie óf dat ACM hier uitsluitend aan kan voldoen door dit per gedraging aan te tonen.

4. Zaak Google: bevoordeling eigen diensten en producten

De beschikking van de Commissie inzake Google volgt op een langdurig traject van zeven jaar aan onderzoek door de Commissie en mislukte schikkingsonderhandelingen tussen de Commissie en Google. De beschikking van de Commissie was ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog niet gepubliceerd, maar op basis van het persbericht¹³ en de *factsheet*¹⁴ van de Commissie valt er toch het een en ander op te merken over deze zaak.

Machtspositie op de markten voor algemene internetzoekdiensten

Door de Commissie is vastgesteld dat Google in alle EER-landen een zeer groot marktaandeel heeft, (meer dan 90% in de meeste landen). Dit marktaandeel is dermate hoog dat er sprake is van een economische machtspositie van Google, behoudens door Google te leveren tegenbewijs. De positie van Google op deze markt wordt volgens de Commissie

13 https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_n1.htm.

14 https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1785_en.htm.

versterkt door het bestaan van netwerkeffecten: meer gebruikers leiden tot meer verzamelde data, waarmee de zoekmachine verder verbeterd kan worden. Meer gebruikers trekken ook meer adverteerders aan. De daarmee gegeneerde winst kan vervolgens worden gebruikt om weer meer gebruikers aan te trekken. Deze netwerkeffecten zorgen ervoor dat het voor (potentiële) concurrerende zoekmachines lastig is om een voet aan de grond te krijgen. De Commissie komt kortgezegd tot de conclusie dat Google sinds 2008 een economische machtspositie inneemt op de markten voor algemene internetzoekdiensten in alle EER-landen.¹⁵ Deze stap van de Commissie is belangrijk, omdat het een precedent zal zijn voor de wijze waarop de Commissie het gedrag van Google ten aanzien van andere producten en diensten beoordeelt.¹⁶

Gedraging: bevoordeling eigen diensten

Volgens de Commissie misbruikte Google haar economische machtspositie als zoekmachine door haar eigen prijsvergelijkingsproduct (Google Shopping) een prominente positie in de zoekresultaten te geven en concurrerende diensten onderaan te plaatsen. De Commissie heeft onderzocht dat als gevolg van het gedrag van Google het verkeer naar Google Shopping aanzienlijk was toegenomen, terwijl voor concurrenten juist de tegenovergestelde trend waarneembaar was. De Commissie komt tot de conclusie dat Google door middel van dit gedrag de concurrentie op de merites op prijsvergelijkingsmarkten heeft onderdrukt, wat ten koste zou gaan van de keuzevrijheid van de consumenten en de innovatie op de markt.

Discussie

Zodra het besluit van de Commissie is gepubliceerd zal er ongetwijfeld een juridische discussie ontstaan over de kwalificatie van het gedrag van Google (en de effecten daarvan).¹⁷ Het is (o.a.) de vraag in hoeverre consumenten daadwerkelijk beperkt worden in de keuzevrijheid door het gedrag van Google. Consumenten die online winkelen lijken een breed pallet aan mogelijkheden tot hun beschikking te hebben: zij kunnen producten zoeken via Google, maar ook direct een prijsvergelijkingswebsite, verkoopplatform (zoals Amazon en Ebay) of het verkoopkanaal van de producent zelf bezoeken (via websites of apps). Met andere woorden, consumenten zijn niet gebonden aan Google wanneer zij online winkelen.

De Commissie zal bovendien moeten aantonen dat het verlies aan *traffic* op de websites van concurrerende prijsvergelijkingswebsites het gevolg is van het gedrag van Google. Gezien de hiervoor beschreven diverse mogelijkheden die consumenten hebben, is dit verband alles behalve vanzelfsprekend.

Meer fundamenteel roept de zaak de vraag op waarom een onderneming zijn eigen producten niet zou mogen bevoor-

delen boven die van anderen, wanneer niet is aangetoond dat dit resulteert in afscherming van de markt voor die concurrenten. Anders gezegd, de Commissie betoogt niet dat de zoekmachine van Google essentieel is voor prijsvergelijkingsites om überhaupt op de markt actief te zijn (of lijkt dit op basis van het persbericht niet te betogen). Als dit niet het geval is, waarom is een bevoordeling van Google van haar eigen diensten desondanks toch schadelijk voor de mededinging volgens de Commissie? Wij kijken daarom uit naar de publicatie van het besluit.

5. Zaak Intel: getrouwheidskortingen

Volgens de Commissie maakte Intel van oktober 2002 tot 2007 misbruik van haar economische machtspositie op de wereldmarkt van x86-processoren, waarop Intel ongeveer 70% of meer in handen had. Intel verstreekte kortingen aan computerfabrikanten als Dell, Lenovo, HP en NEC, op voorwaarde dat die alle (of bijna alle) x86-processoren bij Intel zouden afnemen. Volgens de Commissie vormden de door Intel toegekende kortingen zogenaamde getrouwheidskortingen, die volgens de Commissie naar hun aard in strijd zijn met de mededinging indien deze worden verstrekt door een onderneming met een economische machtspositie. Hoewel het volgens de Commissie niet noodzakelijk was om alle omstandigheden te onderzoeken omdat kon worden aangenomen dat de mededinging werd beperkt, onderzocht zij desondanks of de getrouwheidskortingen tot gevolg hadden dat het onmogelijk zou zijn voor een even efficiënte concurrent om te concurreren met Intel (de zogeheten *as efficient competitor-test*). Mogelijk heeft de Commissie zich met dit onderzoek naar de specifieke omstandigheden in de voet geschoten. Wij lichten dit toe.

Beroep en hoger beroep

In het beroep stelde Intel dat de Commissie fouten had gemaakt bij de toepassing van de *as efficient competitor-test*. De Commissie stelde zich op het standpunt dat een dergelijke analyse ten overvloede was uitgevoerd en derhalve niet afdoet aan de materiële beoordeling dat aangenomen moet worden dat de getrouwheidskortingen de mededinging beperkten. Het Gerecht volgde dit standpunt van de Commissie. In hoger beroep komt het Hof van Justitie tot een andersluidend oordeel. Volgens het Hof van Justitie heeft de *as efficient competitor-test* een belangrijke rol gespeeld bij de beoordeling door de Commissie van de uitsluitingseffecten van de gedragingen van Intel. Om die reden had het Gerecht alle argumenten van Intel met betrekking tot dit criterium moeten onderzoeken.¹⁸ Het Hof van Justitie heeft de zaak terugverwezen naar het Gerecht, dat alsnog een oordeel moet vellen over de vraag of de Commissie de *as efficient competitor-test* correct heeft uitgevoerd.

Het is na dit arrest de vraag of nog steeds geldt dat kan worden aangenomen dat getrouwheidskortingen naar hun aard de mededinging kunnen beperken (en daarom geen verder onderzoek noodzakelijk is), of dat de Commissie verplicht is

15 Met uitzondering van Tsjechië, waar dit pas sinds 2011 het geval is.

16 Op dit moment lopen diverse onderzoeken van de Commissie naar misbruik machtspositie door Google (bijvoorbeeld naar het Android-besturingssysteem en naar EdSense).

17 Google is in beroep gegaan tegen het besluit van de Commissie.

18 HvJ EU 6 september 2017, zaak C-413/14 (*Intel*), punt 141 e.v.

aan de hand van de *as efficient competitor*-test te onderzoeken of de gedraging de mededinging daadwerkelijk beperkt. Enerzijds legt het Hof van Justitie in het arrest veel nadruk op het feit dat de Commissie er zelf voor had gekozen om de *as efficient competitor*-test uit te voeren en deze overwegingen daarom getoetst moeten worden. Anderzijds volgt uit het arrest dat indien de beschuldigde onderneming, onder overlegging van bewijs, betoogt dat haar gedrag de mededinging niet kon beperken en met name niet de verweten uitsluitingseffecten kon hebben, de Commissie gehouden is na te gaan of er sprake is van een strategie die erop gericht is minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten.¹⁹ Wij denken dat de Commissie dit op meerdere manieren kan aantonen en er geen verplichting bestaat te allen tijde de *as efficient competitor*-test uit te voeren bij de analyse van getrouwheidskortingen. Met andere woorden, de presumpctie dat getrouwheidskortingen een negatief effect hebben op de mededinging lijkt nog steeds te gelden, maar zodra ondernemingen dit onderbouwd weerspreken, is de Commissie gehouden nader onderzoek te doen naar de uitsluitingseffecten.

6. **Blik vooruit**

Uit de hierboven besproken zaken NS, Google en Intel volgt dat ACM en de Commissie niet schuwen om de grenzen van het verbod op misbruik machtspositie op te zoeken. In dat kader – en met het oog op de hoge boetes die kunnen worden opgelegd – is het een positieve ontwikkeling dat het Hof van Justitie de teugels in het arrest Intel aantrekt en toezichthouders lijkt te dwingen om meer naar de effecten van gedragingen te kijken (in ieder geval ten aanzien van getrouwheidskortingen). De uitkomst zal dus steeds van de omstandigheden van het geval afhangen. Dit past in een bredere ontwikkeling in het mededingingsrecht dat bij de beoordeling van gedragingen de juridische en economische context in ogenschouw genomen moet worden.²⁰ Het is afwachten hoe de rechters hier ten aanzien van de boetes voor NS en Google mee om zullen gaan.

¹⁹ HvJ EU 6 september 2017, zaak C-413/14 (*Intel*), punt 139.

²⁰ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13 (*Groupement des cartes bancaires*).