



**RAAD VAN
DE EUROPESE UNIE**

**Brussel, 10 december 2008
(OR. en)**

17065/08

RC 26

INGEKOMEN DOCUMENT

van:	de heer Jordi AYET PUIGARNAU, directeur, namens de secretaris-generaal van de Europese Commissie
ingekomen:	8 december 2008
aan:	de heer Javier SOLANA, secretaris-generaal/hoge vertegenwoordiger
Betreft:	MEDEDELING VAN DE COMMISSIE Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie

Hierbij gaat voor de delegaties Commissiedocument COM(2008) 832 definitief.

Bijlage: COM(2008) 832 definitief



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 5.12.2008
COM(2008) 832 definitief

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

**Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de
toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door
ondernemingen met een machtspositie**

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie

(Voor de EER relevante tekst)

INHOUDSOPGAVE

I.	Inleiding.....	4
II	Doel van dit document.....	4
III	Algemene benadering ten aanzien van uitsluitingsgedrag	5
A.	Marktmacht.....	5
a)	Marktpositie van de onderneming met een machtspositie en van haar concurrenten ..	7
b)	Uitbreiding of toetreding	7
c)	Compenserende afnemersmacht	8
B.	Afscherming die de gebruikers schaadt ("concurrentieverstorende afscherming")	9
C.	Uitsluitingsgedrag op basis van de prijs	11
D.	Objectieve noodzaak en efficiëntieverbeteringen	13
IV	Specifieke vormen van misbruik	14
A.	Exclusief-verkeersregelingen	14
a)	Exclusieve afname	15
b)	Voorwaardelijke kortingen	16
c)	Efficiëntieverbeteringen	19
B.	Koppelverkoop en bundeling	19
a)	Afzonderlijke producten	20
b)	Concurrentieverstorende afscherming op de gekoppelde en/of de koppelende markt	20
c)	Multi-productkortingen	21
d)	Efficiëntieverbeteringen	22
C.	Roofprijzen	22
a)	Offer	23

b)	Concurrentieverstorende afscherming.....	24
c)	Efficiëntieverbeteringen	25
D.	Weigering tot levering en marginsqueeze	26
a)	Objectieve noodzaak van de input.....	28
b)	Uitschakeling van een daadwerkelijke mededinging	29
c)	Schade voor de gebruikers.....	29
d)	Efficiëntieverbeteringen	30

I. INLEIDING

1. Door artikel 82 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna "artikel 82" genoemd) wordt misbruik van een machtspositie verboden. Overeenkomstig de rechtspraak is het op zichzelf niet onrechtmatig dat een onderneming een machtspositie heeft en dat een dergelijke onderneming met een machtspositie op merites mag concurreren. Toch heeft dergelijke onderneming een bijzondere verantwoordelijkheid om zich zodanig te gedragen dat zij geen afbreuk doet aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt. Artikel 82 is de rechtsgrond voor een cruciaal onderdeel van het mededingingsbeleid en de daadwerkelijke handhaving ervan helpt markten beter te functioneren - in het belang van ondernemingen en gebruikers. Dit is van bijzonder belang in het kader van de ruimere doelstelling om een geïntegreerde interne markt tot stand te brengen.

II DOEL VAN DIT DOCUMENT

2. In dit document worden de handhavingsprioriteiten beschreven die de leidraad zullen vormen voor het optreden van de Commissie wanneer deze artikel 82 toepast op uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie. Dit document is bedoeld om, in aanvulling op de specifieke handavingsbeschikkingen van de Commissie, meer duidelijkheid en voorspelbaarheid te bieden voor het algemene beoordelingskader dat de Commissie hanteert om te bepalen of zij zaken van uiteenlopende vormen van uitsluitingsgedrag moet doorzetten. Ook moet het ondernemingen helpen beter in te schatten of bepaalde gedragingen waarschijnlijk tot optreden van de Commissie op grond van artikel 82 zullen leiden.
3. Dit document is niet bedoeld als een rechtsregel en laat de uitlegging van artikel 82 door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna "het Hof van Justitie" genoemd) of het Gerecht van eerste aanleg onverlet. Voorts laat het in dit document beschreven algemene kader de mogelijkheden voor de Commissie onverlet om een klacht af te wijzen wanneer zij van mening is dat een zaak om andere redenen, zoals het ontbreken van een communautair belang, niet prioritair is.
4. Artikel 82 is van toepassing op ondernemingen met een machtspositie op een of meer relevante markten. Een dergelijke machtspositie kan worden ingenomen door één onderneming (individuele machtspositie) of door twee of meer ondernemingen (collectieve machtspositie). Dit document betreft uitsluitend misbruiken van de onderneming met een individuele machtspositie.
5. De Commissie zal zich bij de toepassing van artikel 82 op uitsluitingsgedrag van ondernemingen met een machtspositie concentreren op het soort gedragingen die voor gebruikers het schadelijkst zijn. Gebruikers profiteren van de concurrentie in de vorm van lagere prijzen, betere kwaliteit en een ruimer aanbod aan nieuwe of betere goederen en diensten. Daarom zal de Commissie haar handhavingsbeleid toespitsen op twee doelstellingen: ervoor zorgen dat markten naar behoren functioneren en de gebruikers baat laten vinden bij de doelmatigheid en productiviteit die het resultaat zijn van een daadwerkelijke mededinging tussen ondernemingen.

6. Bij haar handhavingsbeleid ten aanzien van uitsluitingsgedrag wil de Commissie prioritair de concurrentiewerking op de interne markt beschermen en ervoor zorgen dat ondernemingen met een machtspositie hun rivalen niet uitsluiten door andere middelen dan concurrentie op de merites van de door hen aangeboden producten of diensten. Daarbij houdt de Commissie in gedachten dat waar het echt op aan komt, de bescherming van een daadwerkelijke concurrentiewerking is - en niet gewoon de bescherming van concurrenten. Dit kan eventueel betekenen dat concurrenten die gebruikers minder te bieden hebben op het punt van prijs, aanbod, kwaliteit en innovatie, de markt verlaten.
7. Artikel 82 kan ook worden geschonden door gedragingen waarbij de gebruikers rechtstreeks worden uitgebuit (bijvoorbeeld door buitensporig hoge prijzen te berekenen) of door bepaalde gedragingen die de inspanningen ondermijnen om een geïntegreerde interne markt tot stand te brengen. De Commissie kan besluiten op te treden tegen dergelijke gedragingen, met name wanneer de consumentenbescherming en het goede functioneren van de interne markt niet op een andere wijze kan worden gegarandeerd. Om het nodige houvast over haar handhavingsprioriteiten te bieden, beperkt de Commissie zich in dit stadium tot uitsluitingsgedrag en met name tot bepaalde specifieke vormen van uitsluitingsgedrag die, op grond van haar ervaring, het meest lijken voor te komen.
8. Wanneer de Commissie de algemene handhavingsbeginselen die in dit document worden uiteengezet, toepast, houdt zij rekening met de specifieke feiten en omstandigheden van elke zaak. In gevallen van bijvoorbeeld gereguleerde markten houdt de Commissie bij het uitvoeren van haar beoordeling rekening met het specifieke toezichtskader.¹ De Commissie kan dus de hier beschreven benadering aanpassen voor zover dat in een bepaalde zaak redelijk en gepast lijkt.

III ALGEMENE BENADERING TEN AANZIEN VAN UITSLUITINGSGEDRAG

A. Marktmacht

9. Bij de toepassing van artikel 82 is de eerste stap het beantwoorden van de vraag of een onderneming een machtspositie heeft en hoe sterk haar marktmacht is. Volgens de rechtspraak krijgt de betrokken onderneming door een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid verleend, waarvan de werkingssfeer moet worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van iedere zaak.²
10. In het Gemeenschapsrecht is een machtspositie omschreven als een economische machtspositie die een onderneming in staat stelt de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en die het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de gebruikers in belangrijke mate

¹ Zie bv. punt 81.

² Zaak 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I)* t. *Commissie*, Jurispr. 1983, blz. 3461, punt 57; zaak T-83/91, *Tetra Pak* t. *Commissie (Tetra Pak II)*, Jurispr. 1993, blz. II-755, punt 114; zaak T-111/96, *ITT Promedia* t. *Commissie*, Jurispr. 1998, blz. II-2937, punt 139; zaak T-228/97, *Irish Sugar* t. *Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-2969, punt 112, en zaak T-203/01, *Michelin* t. *Commissie (Michelin II)*, Jurispr. 2003, blz. II-4071, punt 97.

onafhankelijk te gedragen³. Dit begrip "onafhankelijkheid" houdt verband met de sterkte van de concurrentiedruk die op de betrokken onderneming wordt uitgeoefend. Een machtspositie houdt in dat er onvoldoende daadwerkelijke concurrentiedruk is en dat de betrokken onderneming dus wezenlijke marktmacht over een bepaalde periode geniet. Dit betekent dat de besluiten van de onderneming in ruime mate onafhankelijk zijn van de acties en reacties van concurrenten, afnemers en uiteindelijk de gebruikers. De Commissie kan oordelen dat daadwerkelijke concurrentiedruk ontbreekt, zelfs indien er nog bepaalde daadwerkelijke of potentiële concurrentie blijft bestaan.⁴ Over het algemeen kan het bestaan van een machtspositie resulteren uit een samenloop van verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend hoeven te zijn.⁵

11. De Commissie is van oordeel dat een onderneming die in staat is om voor een aanzienlijke periode de prijzen winstvergroterend tot boven het concurrerende niveau te verhogen, onder onvoldoende concurrentiedruk staat en dus in de regel als een onderneming met een machtspositie kan worden beschouwd.⁶ In dit document omvat de uitdrukking "de prijzen verhogen" ook de macht om prijzen boven het concurrerende niveau te handhaven; zij wordt gebruikt als een verkorting voor de diverse wijzen waarop de parameters voor concurrentie op de markt - zoals prijs, productie, innovatie, het aanbod en de kwaliteit van de goederen en diensten - kunnen worden beïnvloed in het voordeel van de onderneming met een machtspositie en ten koste van de gebruikers.⁷
12. Bij het onderzoek naar het bestaan van een machtspositie wordt ook rekening gehouden met de concurrentiestructuur van de markt, en met name de volgende factoren:
 - beperkingen opgelegd door de bestaande leveringen aan en de marktpositie van bestaande concurrenten (de marktpositie van de onderneming met een machtspositie en haar concurrenten);
 - beperkingen opgelegd door de geloofwaardige dreiging van een toekomstige uitbreiding door bestaande concurrenten of door toetreding van potentiële concurrenten (uitbreiding en toetreding);

³ Zie zaak 27/76, *United Brands Company en United Brands Continentaal t. Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 207, punt 65, en zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co t. Commissie*, Jurispr. 1979, blz. 461, punt 38.

⁴ Zie zaak 27/76, *United Brands Company en United Brands Continentaal t. Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 207, de punten 113-121, en zaak T-395/94, *Atlantic Container Line e.a. t. Commissie*, Jurispr. 2002, blz. II-875, punt 330.

⁵ Zaak 27/76, *United Brands Company en United Brands Continentaal t. Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 207, de punten 65 en 66; zaak C-250/92, *Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger t. Dansk Landbrugs Grovvaresekskab*, Jurispr. 1994, blz. I-5641, punt 47, en zaak T-30/89, *Hilti t. Commissie*, Jurispr. 2000, blz. II-1439, punt 90.

⁶ Wat een "aanzienlijke periode" is, hangt af van het product en de omstandigheden op de betrokken markt, maar normaal gesproken geldt een periode van twee jaar als voldoende.

⁷ Boekhoudkundige winstgevendheid kan een ontoereikende maatstaf zijn ten aanzien van de uitoefening van marktmacht. Zie in die zin zaak 27/76, *United Brands Company en United Brands Continentaal t. Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 207, punt 126.

- beperkingen opgelegd door de sterkte van de onderhandelingspositie van de afnemers van de onderneming (compenserende afnemersmacht).

a) *Marktpositie van de onderneming met een machtspositie en van haar concurrenten*

13. Marktaandelen bieden de Commissie een nuttige eerste indicatie van de marktstructuur en van het relatieve belang van de verschillende ondernemingen die op de markt actief zijn.⁸ Toch zal de Commissie marktaandelen interpreteren in het licht van de betrokken marktsituatie, en met name de dynamiek van de markt en de mate waarin producten gedifferentieerd zijn. Ook kan op volatiele of biedmarkten rekening worden gehouden met de tendens of de evolutie van marktaandelen in de tijd.
14. De Commissie is van mening dat geringe marktaandelen doorgaans een goede indicatie zijn voor het ontbreken van substantiële marktmacht. De ervaring van de Commissie leert dat een machtspositie weinig waarschijnlijk is wanneer het marktaandeel op de betrokken markt onder 40% ligt. Toch kunnen er zich specifieke gevallen voordoen waarin concurrenten, ook al overschrijden zij die drempel niet, niet in staat zijn de gedragingen van een onderneming met een machtspositie daadwerkelijk in toom te houden (wanneer zij bijvoorbeeld te maken hebben met ernstige capaciteitsbeperkingen). Ook die gevallen verdienen mogelijk de aandacht van de Commissie.
15. De ervaring leert dat hoe hoger het marktaandeel is en hoe langer de periode waarover dit wordt aangehouden, des te groter de kans is dat zulks een belangrijke, eerste aanwijzing is voor het bestaan van een machtspositie en, in bepaalde omstandigheden, van mogelijke ernstige effecten van onrechtmatige gedragingen, die rechtvaardigen dat de Commissie optreedt op grond van artikel 82.⁹ Als algemene regel geldt echter dat de Commissie geen definitief besluit zal nemen over de wenselijkheid om een zaak door te zetten, zonder alle factoren te onderzoeken die voldoende kunnen zijn om de gedragingen van de onderneming in te tomen.

b) *Uitbreiding of toetreding*

16. Concurrentie is een dynamisch proces en een beoordeling van de concurrentiedruk op een onderneming kan niet uitsluitend op de bestaande marktsituatie gebaseerd zijn. Ook de potentiële effecten van uitbreiding door bestaande concurrenten of de toetreding van potentiële concurrenten, daaronder begrepen de dreiging van dergelijke uitbreiding of toetreding, zijn van belang. Een onderneming kan ook ervan worden afgeschrikt om de prijzen te verhogen indien toetreding waarschijnlijk, tijdig en in voldoende mate plaatsvindt. Wil de Commissie uitbreiding of toetreding als waarschijnlijk aanmerken, dan moet deze voldoende winstgevend zijn voor de

⁸ Zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co t. Commissie*, Jurispr. 1979, blz. 461, de punten 39, 40 en 41; zaak C-62/68, *AKZO t. Commissie*, Jurispr. 1991, blz. I-3359, punt 60; zaak T-30/89, *Hilti t. Commissie*, Jurispr. 2000, blz. II-1439, de punten 90, 91 en 92, en zaak T-340/03, *France Télécom t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-107, punt 100.

⁹ Wat betreft de verhouding tussen de sterkte van de machtspositie en de vaststelling van misbruik, zie gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge en Dafra-Lines t. Commissie*, Jurispr. 2000, blz. I-1365, punt 119, en zaak T-228/97, *Irish Sugar t. Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-2969, punt 186.

concurrent of de toetredende onderneming, rekening houdend met factoren zoals drempels voor uitbreiding of toetreding, de te verwachten reacties van de onderneming met een beweerd machtspositie en andere concurrenten, en de risico's op en de kosten van mislukkingen. Om als tijdig te gelden, moet een uitbreiding of toetreding voldoende snel zijn om de uitoefening van substantiële marktmacht te voorkomen of te neutraliseren. Om als voldoende te kunnen gelden, mag een uitbreiding of toetreding niet gewoon een kleinschalige toetreding zijn, bijvoorbeeld op bepaalde nichemarkten, maar moet deze op een dergelijke schaal plaatsvinden dat zij afschrikkend werkt ten aanzien van pogingen van de onderneming met een vermeende machtspositie op de betrokken markt om de prijzen te verhogen.

17. Drempels voor uitbreiding of toetreding kunnen verschillende vormen aannemen. Het kan gaan om juridische drempels zoals tarieven of quota's, of om specifieke voordelen voor de onderneming met een machtspositie, zoals schaal- en toepassingsvoordelen, preferente toegang tot essentiële input of natuurlijke hulpbronnen, belangrijke technologie¹⁰ of een gevestigd distributie- en verkoopnetwerk.¹¹ Het kan ook gaan om kosten en andere hinderpalen, die bijvoorbeeld worden veroorzaakt door netwerkeffecten en waarmee de afnemers te maken krijgen wanneer zij naar een nieuwe aanbieder overstappen. De gedragingen van de onderneming met een machtspositie zelf kunnen eveneens toegangsdrempels opwerpen, wanneer deze bijvoorbeeld aanzienlijke investeringen heeft uitgevoerd die nieuwkomers of concurrenten zouden moeten evenaren¹², of wanneer zij met haar afnemers langlopende contracten heeft gesloten die merkbaar afschermend werken. Aanhoudend hoge marktaandelen kunnen een aanwijzing zijn voor het bestaan van drempels voor toetreding en uitbreiding.

c) *Compenserende afnemersmacht*

18. Concurrentiedruk kan niet alleen door daadwerkelijke of potentiële concurrenten worden uitgeoefend, maar ook door afnemers. Zelfs een onderneming met een hoog marktaandeel is misschien niet in staat zich merkbaar onafhankelijk te gedragen van afnemers met voldoende onderhandelingsmacht.¹³ Dergelijke compenserende marktmacht kan het resultaat zijn van de grootte van de afnemers of van hun commerciële betekenis voor de onderneming met een machtspositie, en hun vermogen om snel naar concurrerende aanbieders over te stappen, om toetreding van nieuwe ondernemingen te bevorderen of tot verticale integratie te komen, en om geloofwaardig te kunnen dreigen dat te zullen doen. Wanneer de compenserende macht voldoende groot is, kan deze voor iedere poging van de onderneming om de prijzen winstgevend te verhogen, afschrikkend werken of deze fnuiken. Afnemersmacht kan evenwel niet als een voldoende tegenwicht gelden wanneer daarmee alleen wordt gegarandeerd dat een specifiek of beperkt segment van

¹⁰ Zaak T-30/89, *Hilti t. Commissie*, Jurispr. 2000, blz. II-1439, punt 19.

¹¹ Zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche t. Commissie*, Jurispr. 1979, blz. 461, punt 48.

¹² Zaak 27/76, *United Brands t. Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 207, punt 91.

¹³ Zie zaak T-228/97, *Irish Sugar t. Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-2969, de punten 97-104, waar het Gerecht van eerste aanleg onderzocht of het feit dat de onderneming niet onafhankelijk is ten opzichte van haar concurrenten, moet worden gezien als een uitzonderlijke omstandigheid die in de weg staat aan de kwalificatie als machtspositie, ondanks het feit dat de onderneming meer dan 90% van de afzet op de markt voor industriesuiker in Ierland voor haar rekening nam.

afnemers wordt beschermd tegen de marktmacht van de onderneming met een machtspositie.

B. Afscherming die de gebruikers schaadt ("concurrentieverstorende afscherming")

19. Doel van het handhavingsbeleid van de Commissie ten aanzien van uitsluitingsgedrag is ervoor te zorgen dat ondernemingen met een machtspositie een daadwerkelijke mededinging niet belemmeren, door de markt voor hun concurrenten op concurrentieverstorende wijze af te schermen en zodoende de welvaart van de gebruikers ongunstig te beïnvloeden, hetzij in de vorm van een hoger prijspeil dan anders had geheerst of in enige andere vorm zoals een beperking van de kwaliteit of een vermindering van het aanbod voor de gebruikers. In dit document wordt het begrip "concurrentieverstorende afscherming" gebruikt om een situatie te beschrijven waarin de daadwerkelijke toegang van daadwerkelijke of potentiële concurrenten tot bevoorrading of markten wordt verhinderd of uitgeschakeld als gevolg van de gedragingen van de onderneming met een machtspositie, waarbij de onderneming met een machtspositie waarschijnlijk in een positie verkeert om met succes de prijzen te verhogen¹⁴ - ten koste van de gebruikers. Voor het bepalen van de voor de gebruikers te verwachten schade kan van zowel kwalitatief als, voor zover mogelijk en passend, kwantitatief bewijsmateriaal worden gebruikgemaakt. Daarnaast onderzoekt de Commissie dergelijke concurrentieverstorende afscherming op het intermediaire niveau en/of op dat van de eindgebruikers.¹⁵
20. De Commissie treedt normaal gesproken op grond van artikel 82 op wanneer het, op basis van dwingend en overtuigend bewijsmateriaal, waarschijnlijk is dat de beweerdelijk onrechtmatige gedraging resulteert in concurrentieverstorende afscherming. De Commissie is van mening dat bij een dergelijke beoordeling over het algemeen de volgende factoren van belang zijn:
- *de positie van de onderneming met een machtspositie.* Over het algemeen is het zo dat hoe sterker de machtspositie is, des te groter is het risico dat gedragingen ter bescherming van die positie tot concurrentieverstorende afscherming leiden;
 - *de voorwaarden op de betrokken markt.* Hierbij gaat het om de voorwaarden voor toetreding en expansie, zoals het bestaan van schaal- en/of toepassingsvoordelen en netwerkeffecten. Schaalvoordelen houden in dat de kans kleiner is dat concurrenten de markt betreden of daarop aanwezig blijven ingeval de onderneming met een machtspositie een aanzienlijk deel van de betrokken markt afschermt. Evenzo kunnen dergelijke gedragingen de onderneming met een machtspositie in staat stellen om een door netwerkeffecten gekenmerkte markt in haar eigen voordeel te doen "kantelen" of haar positie op een dergelijke markt verder te verankeren. Hetzelfde geldt wanneer er op de upstream- en/of

¹⁴ Voor de betekenis van de uitdrukking "hogere prijzen", zie punt 11.

¹⁵ Het begrip "gebruikers" omvat alle rechtstreekse of indirecte gebruikers van de producten die door de gedraging worden getroffen, daaronder begrepen producenten van halffabricaten die de producten als grondstof gebruiken, maar ook distributeurs en eindgebruikers van zowel het directe product als producten van producenten van halffabricaten. Wanneer tussengebruikers daadwerkelijke of potentiële concurrenten van de onderneming met een machtspositie zijn, wordt het onderzoek toegespitst op de gevolgen van de gedragingen op gebruikers verder downstream.

downstreammarkt aanzienlijke toegangsdrempels zijn: in dat geval kan het voor concurrenten duur worden eventuele afscherming via verticale integratie te doorbreken;

- *de positie van concurrenten van de onderneming met een machtspositie.* Hier gaat het onder meer om het belang van concurrenten voor het behoud van een daadwerkelijke mededinging. Een specifieke concurrent kan een aanzienlijke rol spelen voor de mededinging, zelfs indien deze in vergelijking met andere concurrenten slechts een gering marktaandeel heeft; het kan bijvoorbeeld de naaste concurrent van de onderneming met een machtspositie zijn, een bijzonder innoverende concurrent, of een concurrent die de reputatie heeft dat hij stelselmatig prijzen onderbiedt. Bij haar onderzoek kan de Commissie, in voorkomend geval, op basis van de beschikbare gegevens ook nagaan of er realistische, effectieve en snelle strategieën bestaan om terug te slaan waarvan concurrenten waarschijnlijk zouden gebruikmaken;
- *de positie van de afnemers of de aanbieders van input.* Dit kan onder meer betekenen dat wordt gekeken naar de eventuele selectiviteit van de betrokken gedraging. De onderneming met een machtspositie kan de praktijk alleen toepassen op geselecteerde afnemers of aanbieders van input die mogelijk van bijzonder belang zijn voor de toetreding of de expansie van concurrenten, en aldus het risico van concurrentieverstorende afscherming versterken.¹⁶ Het kan bijvoorbeeld gaan om degenen die het waarschijnlijkst zullen ingaan op aanbiedingen van alternatieve aanbieders, die een bijzonder middel kunnen zijn om het product te distribueren dat het best geschikt is voor een nieuw toetredende onderneming, die eventueel gevestigd zijn in een geografisch gebied dat goed geschikt is voor nieuwe toetreding, of van wie kan worden verwacht dat zij de gedragingen van alle afnemers beïnvloeden. Wat aanbieders van input betreft, zijn de aanbieders met wie de onderneming met een machtspositie exclusieveleringsregelingen heeft gesloten, degenen van wie het meest kan worden verwacht dat zij zullen reageren op verzoeken van afnemers die op een downstreammarkt concurreren met de onderneming met een machtspositie, of die een bepaalde productkwaliteit produceren of die produceren op een locatie die bijzonder geschikt is voor een nieuw toetredende onderneming. Ook strategieën die afnemers of aanbieders van input ter beschikking staan en die de gedragingen van de onderneming met een machtspositie kunnen tegengaan, worden in aanmerking genomen.
- *de omvang van de beweerdelijk onrechtmatige gedragingen.* Over het algemeen is het zo dat hoe hoger het percentage is van de totale omzet op de betrokken markt dat van de gedraging te lijden heeft, en hoe vaker die gedraging wordt toegepast, des te sterker is het te verwachten afschermingseffect;
- *mogelijk bewijs voor daadwerkelijke afscherming.* Indien de gedragingen over een voldoende lange periode plaatsvinden, kan de marktprestatie van de onderneming met een machtspositie en van haar concurrenten op de markt rechtstreekse bewijzen opleveren wat betreft concurrentieverstorende afscherming; om redenen die zijn toe te schrijven aan de beweerdelijk onrechtmatige gedragingen kan het

¹⁶ Zaak T-228/97, *Irish Sugar t. Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-2969, punt 188.

marktaandeel van de onderneming met een machtspositie zijn toegenomen of kan een terugval in haar marktaandeel zijn afgeremd; om vergelijkbare redenen kunnen daadwerkelijke concurrenten zijn gemarginaliseerd of hebben dezen de markt verlaten, of hebben potentiële concurrenten de markt proberen te betreden, maar zijn zij daarin mislukt;

- *rechtstreeks bewijs voor uitsluitingsstrategieën*. Hierbij gaat het onder meer om interne documenten die rechtstreekse bewijzen bevatten voor een strategie om concurrenten uit te sluiten, zoals een gedetailleerd plan om een bepaalde gedragslijn te gaan volgen om een concurrent uit te sluiten, om toetreding te beletten of preventief in te grijpen tegen het opkomen van een markt, of om bewijsmateriaal voor concrete dreigingen met uitsluitingsmaatregelen. Dergelijk direct bewijsmateriaal kan helpen om de gedragingen van de onderneming met een machtspositie te interpreteren.

Wanneer de Commissie een zaak in onderzoek neemt, voert zij haar beoordeling uit aan de hand van de hier gegeven algemene criteria, samen met de meer specifieke criteria die verder worden beschreven in de punten die handelen over bepaalde soorten uitsluitingsgedrag, en alle andere elementen die zij passend acht. Deze beoordeling vindt doorgaans plaats door een vergelijking te maken tussen de daadwerkelijke of te verwachten toekomstige situatie op de relevante markt (met de functionerende gedraging van de onderneming met een machtspositie) met een geschikt nulscenario (*counterfactual*), zoals de situatie waarin de betrokken gedraging gewoonweg ontbreekt of met een ander, volgens goed handelsgebruik realistisch alternatief scenario.

21. Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarin de Commissie geen nadere beoordeling behoeft uit te voeren om te kunnen concluderen dat de betrokken gedraging in schade voor de gebruikers dreigt te resulteren. Wanneer blijkt dat de gedraging alleen belemmeringen voor de mededinging opwerpt en geen efficiëntievoordelen genereert, mag het mededingingsverstorende effect ervan worden aangenomen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de onderneming met een machtspositie haar afnemers belet de producten van concurrenten te testen of haar afnemers financiële prikkels geeft mits zij dergelijke producten niet testen, of een distributeur of afnemer betaalt om de introductie van een product van een concurrent te vertragen.

C. Uitsluitingsgedrag op basis van de prijs

22. De volgende overwegingen gelden ten aanzien van uitsluitingsgedrag op basis van de prijs. Scherpe prijsconcurrentie is doorgaans goed voor de gebruikers. De Commissie grijpt normaal gesproken alleen in om concurrentieverstorende afscherming te voorkomen, indien de betrokken gedraging de concurrentie van concurrenten die even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie, al heeft belemmerd of daartoe in staat is.¹⁷

¹⁷ Zaak C-62/68, *AKZO t. Commissie*, Jurispr. 1991, blz. I-3359, punt 72: in verband met prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten liggen, verklaarde het Hof van Justitie: “Deze prijzen kunnen namelijk ondernemingen van de markt verdrijven, die misschien even efficiënt zijn als de onderneming met de machtspositie, doch die wegens hun geringere financiële armslag niet in staat zijn de hun

23. Toch erkent de Commissie dat, onder bepaalde omstandigheden, een minder efficiënte concurrent eveneens tegenwicht kan bieden, hetgeen in aanmerking moet worden genomen bij het onderzoek van de vraag of een bepaalde gedraging op basis van de prijs resulteert in concurrentieverstorende afscherming. De Commissie neemt een dynamisch standpunt in ten aanzien van dit soort tegenwicht omdat dergelijke concurrent, wanneer er geen onrechtmatige praktijken zijn, mogelijk profiteert van vraaggerelateerde voordelen (zoals netwerk- en leereffecten) die zijn efficiëntie doorgaans nog versterken.
24. Om te bepalen of het waarschijnlijk is dat zelfs een hypothetische concurrent die even efficiënt als de onderneming met een machtspositie is, zich door de betrokken gedraging van een markt afgeschermd zou zien, onderzoekt de Commissie de economische gegevens betreffende de kosten en de verkoopprijzen, en met name of de onderneming met een machtspositie zich begeeft aan prijszetting onder de kostprijs. Een en ander vereist dat voldoende betrouwbare gegevens beschikbaar zijn. Wanneer gegevens over de kosten van de onderneming met een machtspositie zelf beschikbaar zijn, zal de Commissie daarvan gebruikmaken. Wanneer over die kosten geen betrouwbare gegevens beschikbaar zijn, kan de Commissie besluiten om de gegevens over de kosten van concurrenten of andere vergelijkbare, betrouwbare gegevens te gebruiken.
25. De benchmarks die de Commissie voor de kosten waarschijnlijk zal gaan gebruiken, zijn de *Average Avoidable Cost* (hierna "AAC" genoemd) en de *Long-Run Average Incremental Cost* (hierna "LRAIC" genoemd).¹⁸ Wanneer de AAC niet worden gedekt, is dat een aanwijzing dat de onderneming met een machtspositie haar winst op de korte termijn opoffert en dat een even efficiënte concurrent de beoogde afnemers niet kan bedienen zonder verlies te lijden. De LRAIC ligt meestal hoger dan de AAC omdat deze, anders dan de AAC (die alleen de vaste kosten omvatten die in te onderzoeken periode worden gemaakt), de productspecifieke vaste kosten omvat die zijn gemaakt in de periode voordat het beweerdelijk onrechtmatige gedrag heeft plaatsgevonden. Wanneer de LRAIC niet gedekt worden, is dat een aanwijzing dat de onderneming met een machtspositie niet alle (toerekenbare) vaste kosten van

¹⁸ *aangedane concurrentie het hoofd te bieden*". Zie ook het arrest van 10 april 2008, zaak T-271/03, *Deutsche Telekom t. Commissie* (nog niet bekendgemaakt in de Jurisprudentie), punt 194. *Average avoidable cost* is het gemiddelde van de kosten die hadden kunnen worden vermeden, indien de onderneming niet een beperkte hoeveelheid output (extra) had geproduceerd, in dit geval de hoeveelheid waarop de onrechtmatige gedraging betrekking heeft. In de meeste gevallen zijn de AAC en de gemiddelde variabele kosten (GVK) gelijk, omdat vaak alleen variabele kosten kunnen worden vermeden. *Long-run average incremental cost* is het gemiddelde van de totale (variabele en vaste) kosten die een onderneming moet maken om een bepaald product te produceren. LRAIC en de gemiddelde totale kosten (ATC) kunnen als goede maatstaven voor elkaar dienen; vaak zijn ze identiek in het geval van ondernemingen die één product produceren. Wanneer er bij ondernemingen die meerdere producten produceren toepassingsvoordelen spelen, zou de LRAIC onder de ATC voor iedere individueel product liggen, omdat de echt gemeenschappelijke kosten niet in de LRAIC in aanmerking worden genomen. In het geval van meerdere producten worden de kosten die vermeden konden worden door een bepaald product of productassortiment niet te produceren, niet als gemeenschappelijke kosten beschouwd. In situaties waarin de gemeenschappelijke kosten aanzienlijk zijn, kunnen deze in aanmerking worden genomen bij het beoordelen van de mogelijkheden om markten af te schermen voor even efficiënte concurrenten.

de productie van het betrokken goed of de betrokken dienst terugverdient en dat een even efficiënte concurrent zich van de markt afgeschermd kan zien.¹⁹

26. Indien uit de gegevens duidelijk blijkt dat een even efficiënte concurrent daadwerkelijk kan concurreren met het prijszettingsgedrag van de onderneming met een machtspositie, leidt de Commissie daaruit in beginsel af dat het prijszettingsgedrag van de onderneming met een machtspositie waarschijnlijk geen ongunstig effect zal hebben op een daadwerkelijke mededinging - en dus op de gebruikers - en is de kans dus klein dat zij zal optreden. Indien daarentegen uit de gegevens blijkt dat de door onderneming met een machtspositie berekende prijs het potentieel heeft om de markt voor even efficiënte concurrenten af te schermen, neemt de Commissie dit mee in de algemene beoordeling van concurrentieverstorende afscherming (zie punt B), waar met ander kwantitatief en kwalitatief bewijsmateriaal rekening wordt gehouden.

D. Objectieve noodzaak en efficiëntieverbeteringen

27. Bij haar beleid voor de handhaving van artikel 82 is de Commissie ook voornemens om argumenten van een onderneming met een machtspositie dat haar gedraging gerechtvaardigd is, te onderzoeken.²⁰ Een onderneming met een machtspositie kan dit doen door aan te tonen dat haar gedragingen objectief noodzakelijk zijn of dat deze aanzienlijke efficiëntieverbeteringen opleveren die tegen eventuele concurrentieverstorende effecten voor gebruikers opwegen. In dit verband gaat de Commissie na of de betrokken gedraging onmisbaar is voor en evenredig aan de doelstelling die de onderneming met een machtspositie daarmee beweert na te streven.
28. De vraag of de gedraging objectief noodzakelijk en evenredig is, dient te worden beantwoord op basis van factoren die extern zijn aan de onderneming met een machtspositie. Uitsluitingsgedrag kan bijvoorbeeld worden beschouwd als objectief noodzakelijk uit met het karakter van het betrokken product verband houdende veiligheids- of gezondheidsoverwegingen. Toch dient bij de bewijsvoering dat dit soort gedrag objectief noodzakelijk is, rekening te worden gehouden met het feit dat het normaal gesproken de taak is van overheden om voor de volksgezondheid en veiligheid normen vast te stellen en deze te doen naleven. Het is zeker niet aan een onderneming die een machtspositie inneemt, om op eigen initiatief maatregelen te

¹⁹ Om deze kostenbenchmarks toe te passen, is het misschien ook nodig de inkomsten en uitgaven van de onderneming met een machtspositie en van haar concurrenten in een ruimere context te bezien. Wellicht is het niet voldoende om alleen na te gaan of de prijs of de inkomsten de kosten van het betrokken product dekken, maar kan het ook nodig zijn om te kijken naar marginale inkomsten ingeval de gedragingen van de betrokken onderneming met een machtspositie haar inkomsten op andere markten of uit andere producten ongunstig beïnvloeden. Evenzo kan het in het geval van tweezijdige markten nodig zijn de inkomsten en kosten van beide zijden samen te bezien.

²⁰ Zie zaak 27/76, *United Brands t. Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 207, punt 184; zaak 311/84, *SA Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) t. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) en SA Information publicité Benelux (IPB)*, Jurispr. 1985, blz. 3261, punt 27; zaak T-30/89, *Hilti t. Commissie*, Jurispr. 1991, blz. II-1439, de punten 102-119; zaak T-83/91, *Tetra Pak International t. Commissie (Tetra Pak II)*, Jurispr. II-755, de punten 136 en 207, en zaak C-95/04 P, *British Airways t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. I-2331, de punten 69 en 86.

nemen om producten die zij, al of niet terecht, als gevaarlijk of althans van mindere kwaliteit dan haar eigen producten beschouwt, te elimineren.²¹

29. De Commissie is van mening dat een onderneming met een machtspositie gedragingen die voor concurrenten tot marktafscherming leiden, kan rechtvaardigen op basis van de efficiëntiewinsten die een afdoende garantie bieden dat gebruikers geen nettoschade dreigen te lijden. In dat verband wordt van de onderneming met een machtspositie in de regel verwacht dat zij met een voldoende mate van waarschijnlijkheid en aan de hand van controleerbare gegevens aantoont dat aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan.²²

- de efficiëntiewinsten zijn behaald of zullen waarschijnlijk worden behaald als gevolg van de gedraging. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om technische verbeteringen in de kwaliteit van de goederen of een verlaging van de productie- of distributiekosten;
- de gedraging is onmisbaar voor de verwezenlijking van deze efficiëntiewinsten: er mogen geen minder concurrentiebeperkende alternatieven voor de gedraging bestaan, die toch dezelfde efficiëntiewinst kunnen opleveren;
- de efficiëntiewinst die naar verwachting door de betrokken gedraging tot stand wordt gebracht, weegt op tegen de verwachte negatieve gevolgen voor de mededinging en de welvaart van de gebruikers op de getroffen markten;
- de gedraging schakelt een daadwerkelijke mededinging niet uit, door alle of de meeste van de bestaande bronnen van daadwerkelijke of potentiële mededinging weg te nemen. Rivaliteit tussen ondernemingen is een belangrijke motor voor economische doelmatigheid, daaronder begrepen dynamische efficiëntieverbeteringen in de vorm van innovatie. Wanneer deze rivaliteit ontbreekt, krijgt de onderneming met een machtspositie niet meer de passende prikkels om efficiëntieverbeteringen te blijven creëren en door te geven. Wanneer er geen concurrentie meer is en geen voorzienbare dreiging van toetreding, weegt de bescherming tegen concurrentie en concurrentiewerking op tegen mogelijke efficiëntiewinsten. De Commissie is van mening dat uitsluitingsgedrag dat een marktpositie welke die van een monopolie benadert, in stand houdt, in het leven roept of versterkt, normaal gesproken niet kan worden gerechtvaardigd op grond van het feit dat deze ook efficiëntieverbeteringen oplevert.

30. Het staat aan de onderneming met een machtspositie om alle nodige bewijzen te leveren om aan te tonen dat de betrokken gedraging objectief gerechtvaardigd is. Vervolgens is het aan de Commissie om de uiteindelijke beoordeling te maken van de vraag of de te onderzoeken gedraging niet objectief noodzakelijk is en of, op basis van een afweging van kennelijk concurrentieverstorende effecten tegen beweerde en onderbouwde efficiëntieverbeteringen, te verwachten valt dat deze gedraging resulteert in schade voor de gebruikers.

²¹ Zie bv. zaak T-30/89, *Hilti t. Commissie*, Jurispr. 1991, blz. II-1439, de punten 118 en 119, en zaak T-83/91, *Tetra Pak International t. Commissie (Tetra Pak II)*, Jurispr. II-755, de punten 83, 84 en 138.

²² Zie, in de verschillende context van artikel 81, de mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PB 101 van 27.4.2004, blz. 97.

IV SPECIFIEKE VORMEN VAN MISBRUIK

A. Exclusief-verkeersregelingen

31. Een onderneming met een machtspositie kan proberen de markt voor haar concurrenten af te schermen door hen met exclusieve-afnameverplichtingen of kortingen (tezamen ook wel "exclusief-verkeersregelingen" genoemd) te beletten aan afnemers te verkopen.²³ In dit deel wordt uiteengezet onder welke omstandigheden het meest te verwachten valt dat de Commissie optreedt ten afzien van exclusief-verkeersregelingen die door ondernemingen met een machtspositie zijn aangegaan.

a) *Exclusieve afname*

32. Door een exclusieve-afnameverplichting wordt een afnemer op een bepaalde markt verplicht om exclusief of in ruime mate alleen bij de onderneming met een machtspositie producten af te nemen. Bepaalde andere verplichtingen, zoals eisen inzake opslag, waarmee net niet exclusieve afname lijkt te worden geëist, kunnen in de praktijk tot hetzelfde effect leiden.²⁴
33. In het geval van exclusieve afname kan het nodig zijn dat de onderneming met een machtspositie afnemers, geheel of gedeeltelijk, compenseert voor het uit de exclusiviteit resulterende verlies aan concurrentie. Wanneer dergelijke compensatie wordt gegeven, kan het in het individuele belang van een afnemer zijn om met de onderneming met een machtspositie een exclusieve-afnameverplichting aan te gaan. Het zou echter verkeerd zijn om hieruit automatisch te concluderen dat alle exclusiviteitsverplichtingen, gunstig zijn voor alle afnemers, daaronder begrepen de afnemers die momenteel geen afnemers van de onderneming met een machtspositie zijn, en de eindgebruikers. De Commissie richt haar aandacht op die zaken waar te verwachten valt dat gebruikers over het geheel genomen niet zullen profiteren. Dit zou met name het geval zijn indien er talrijke afnemers zijn en de exclusieve-afnameverplichtingen van de onderneming met een machtspositie, tezamen, ten gevolge hebben dat de toetreding of de uitbreiding van concurrerende ondernemingen wordt belet.
34. Naast de reeds in punt 20 genoemde factoren, zullen de hiernavolgende factoren over het algemeen van bijzonder belang zijn om te bepalen of de Commissie ten aanzien van exclusieve-afnameovereenkomsten optreedt.
35. De kans dat exclusieve-afnameverplichtingen kunnen resulteren in concurrentieverstorende afscherming, doet zich met name voor wanneer, zonder die verplichtingen, belangrijke concurrentiedruk uitgaat van concurrenten die hetzij nog

²³ Het begrip "exclusief-verkeersregeling" omvat ook exclusieve-leveringsverplichtingen of prikkels met hetzelfde effect waarmee de onderneming met een machtspositie probeert de markt voor haar concurrenten af te schermen door hen te beletten bij aanbieders in te kopen. De Commissie is van mening dat dergelijke afscherming van input in beginsel in concurrentieverstorende afscherming dreigt te resulteren indien met de exclusieve-leveringsverplichting of de stimulerende banden de meeste van de daadwerkelijke aanbieders van input worden gebonden, en afnemers die met de onderneming met een machtspositie concurreren, voor de input geen alternatieve leveringsbronnen kunnen vinden.

²⁴ Zaak T-65/98, *Van den Bergh Foods t. Commissie*, Jurispr. 2003, blz. II-4653. In die zaak werd de verplichting om vrieskisten exclusief voor de producten van de onderneming met een machtspositie te gebruiken, beschouwd als resulterend in exclusiviteit die aan het verkooppunt wordt opgelegd.

niet op de markt aanwezig zijn op het tijdstip dat de verplichtingen werden aangegaan, hetzij niet in staat zijn te concurreren om de volledige beleving van de afnemers. Concurrenten zijn misschien niet in staat te concurreren om de volledige vraag van een individuele afnemer omdat de onderneming met een machtspositie een onmisbare handelspartner is, bijvoorbeeld omdat haar merk een *must stock*-product is dat de voorkeur wegdraagt van talrijke eindgebruikers, of omdat de andere aanbieders met zodanige capaciteitsbeperkingen te maken hebben dat aan een deel van de vraag alleen door een aanbieder met een machtspositie kan worden voldaan.²⁵ Indien concurrenten op voet van gelijkheid om de volledige vraag van elke individuele afnemer kunnen concurreren, is het doorgaans weinig waarschijnlijk dat exclusieve-afnameverplichtingen een daadwerkelijke mededinging zullen belemmeren, tenzij het door de duur van de exclusieve-afnameverplichtingen voor afnemers moeilijk wordt gemaakt om naar een andere aanbieder over te stappen. Over het algemeen is het zo dat, hoe langer de duur van de verplichting is, des te groter ook het risico is van een afschermingseffect. Toch kan, ingeval de onderneming met een machtspositie een onmisbare handelspartner is voor alle of het merendeel van de afnemers, zelfs een exclusieve-afnameverplichting van korte duur in concurrentieverstorende afscherming resulteren.

b) Voorwaardelijke kortingen

36. Voorwaardelijke kortingen zijn kortingen die afnemers worden toegekend als beloning voor een specifieke vorm van afnamegedrag. De gebruikelijke vorm van een voorwaardelijke korting is dat de afnemer een korting krijgt indien zijn aankopen over een vastgestelde referentieperiode een bepaalde drempel overschrijden, waarbij de korting wordt verleend voor zijn volledige aankopen (retroactieve kortingen) of alleen voor de aankopen bovenop het volume dat voor het bereiken van drempel is vereist (staffelkortingen). Voorwaardelijke kortingen zijn een niet ongebruikelijke praktijk. Ondernemingen bieden dit soort kortingen aan om meer vraag aan te trekken en als dusdanig kunnen zij de vraag stimuleren en gunstig zijn voor de gebruikers. Toch kunnen dergelijke kortingen, wanneer zij door een onderneming met een machtspositie worden verleend, ook daadwerkelijke of potentiële afschermingseffecten hebben die te vergelijken vallen met die van exclusieve-afnameverplichtingen. Voorwaardelijke kortingen kunnen dergelijke effecten hebben, zonder dat zij noodzakelijkerwijs een offer van de onderneming met een machtspositie vergen.²⁶
37. Naast de reeds in punt 20 genoemde factoren, zijn de volgende factoren voor de Commissie van bijzonder belang wanneer zij moet bepalen of een bepaalde regeling met voorwaardelijke kortingen kan resulteren in concurrentieverstorende afscherming en dus onder de handhavingsprioriteiten van de Commissie valt.
38. Evenals bij exclusieve-afnameverplichtingen is de kans op concurrentieverstorende afscherming groter wanneer concurrenten niet op voet van gelijkheid kunnen concurreren om de volledige vraag van elke individuele afnemer. Een voorwaardelijke korting van een onderneming met een machtspositie kan die

²⁵ Zaak T-65/98, *Van den Bergh Foods t. Commissie*, Jurispr. 2003, blz. II-4653, de punten 104 en 156.

²⁶ Op dit punt verschilt de beoordeling van voorwaardelijke kortingen van die van roofprijzen, die altijd een offer vergen.

onderneming in staat stellen om het 'niet-betwistbare' deel van de vraag van elke afnemer (de hoeveelheid namelijk die de afnemer in ieder geval van de onderneming met een machtspositie zou afnemen) te gebruiken als hefboom om de prijs te doen dalen van het 'betwistbare' gedeelte van de vraag (de hoeveelheid namelijk waarvoor de afnemer de voorkeur kan geven aan substitutieproducten en deze ook kan vinden).²⁷

39. Ten algemene, retroactieve kortingen kunnen de markt aanzienlijk afschermen, omdat zij het voor afnemers minder aantrekkelijk maken kleine volumes van de vraag naar een alternatieve aanbieder te verschuiven, indien zulks zou leiden tot een verlies van de retroactieve kortingen.²⁸ Het potentiële afschermingseffect van retroactieve kortingen is in beginsel het sterkst voor de laatst afgenomen eenheid product vooraleer de drempel wordt overschreden. Toch is, wat in de ogen van de Commissie relevant is voor een beoordeling van het getrouwheidsversterkende effect van een korting, niet gewoon het effect op de concurrentie om de laatste individuele eenheid te leveren, doch wel het afschermende effect van het kortingsysteem op (daadwerkelijke of potentiële) concurrenten van de aanbieder met een machtspositie. Hoe hoger de korting als percentage van de totale prijs is en hoe hoger het plafond, des te groter is de stimulus onder de drempel en des te sterker is ook de te verwachten afscherming van daadwerkelijke of potentiële concurrenten.
40. Wanneer de Commissie de in de punten 22 tot 26 uiteengezette methodiek toepast, is zij voornemens te onderzoeken of het, voor zover de gegevens beschikbaar en betrouwbaar zijn, met de kortingregeling mogelijk is de uitbreiding of de toetreding van even efficiënte concurrenten te verhinderen door het voor hen moeilijker te maken om een deel van de behoeften van individuele afnemers te leveren. In dat verband maakt de Commissie een raming, welke prijs een concurrent zou moeten bieden om de afnemer te compenseren voor het verlies van de voordelige korting, indien deze een deel van zijn vraag zou verschuiven ("het relevante gedeelte") - weg van de onderneming met een machtspositie. De daadwerkelijke prijs die de concurrent zal moeten evenaren, is niet de gemiddelde prijs van de onderneming met een machtspositie, doch de normale (catalogus)prijs minus de korting die deze verliest door over te stappen, berekend voor het relevante gedeelte van de verkopen en de relevante periode. De Commissie houdt rekening met een foutmarge die kan worden veroorzaakt door de aan dit soort beoordeling inherente onzekerheden.
41. Wat het relevante gedeelte is waarvoor in een specifieke zaak de daadwerkelijke prijs moet worden berekend, is afhankelijk van de specifieke feiten van iedere zaak en van de vraag of de korting gestaffeld dan wel retroactief is. Voor staffelkortingen is het relevante gedeelte normaal gesproken de marginale aankopen die in aanmerking worden genomen. Voor retroactieve kortingen is het doorgaans relevant om binnen de context van de specifieke markt na te gaan hoeveel van de aankoopbehoeften van een afnemer, realistisch gesproken, naar een concurrent kunnen worden verschoven (het 'betwistbare aandeel' of het 'betwistbare gedeelte'). Wanneer te verwachten valt

²⁷ Zie zaak T-203/01, *Michelin t. Commissie (Michelin II)*, Jurispr. 2003, blz. II-4071, de punten 162 en 163. Zie ook zaak T-219/99, *British Airways t. Commissie*, Jurispr. 2003, blz. II-5917, de punten 277 en 278.

²⁸ Zaak 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin t. Commissie (Michelin I)*, Jurispr. 1983, blz. 3461, de punten 70-73.

dat afnemers bereid en in staat zijn om betrekkelijk snel grote hoeveelheden van de vraag naar een (potentiële) concurrent te verschuiven, zal het relevante gedeelte waarschijnlijk betrekkelijk ruim zijn. Wanneer daarentegen te verwachten valt dat afnemers alleen bereid of in staat zijn marginaal kleine hoeveelheden te verschuiven, zal het relevante gedeelte betrekkelijk klein zijn. Voor bestaande concurrenten kunnen hun mogelijkheden om verkopen aan afnemers uit te breiden en de fluctuaties in deze verkopen in de tijd eveneens een aanwijzing zijn voor het relevante gedeelte. Voor potentiële concurrenten kan, wanneer dat mogelijk is, een beoordeling plaatsvinden van de schaal waarop een nieuwkomer, realistisch gesproken, in staat is de markt te betreden. Misschien is het mogelijk om het historische groeipatroon van nieuwkomers op dezelfde of vergelijkbare markten als een aanwijzing te gebruiken voor een realistisch marktaandeel van een nieuwkomer.²⁹

42. Hoe lager de geraamde daadwerkelijke prijs voor het relevante gedeelte ligt ten opzichte van de gemiddelde prijs van de aanbieder met een machtspositie, des te sterker is het getrouwheidsbevorderende effect. Zolang de daadwerkelijke prijs echter duurzaam boven de LRAIC van de onderneming met een machtspositie blijft, zou dit een even efficiënte concurrent normaal gesproken de mogelijkheid moeten bieden om, ondanks de korting, winstgevend te concurreren. Onder die omstandigheden maakt de korting het normaal gesproken niet mogelijk om de markt op een concurrentieverstorende wijze af te schermen.
43. Wanneer de daadwerkelijke prijs onder de AAC ligt, biedt de kortingsregeling, als algemene regel, de mogelijkheid even efficiënte concurrenten af te schermen. Wanneer de daadwerkelijke prijs tussen de AAC en de LRAIC ligt, onderzoekt de Commissie of er andere factoren zijn die kunnen doen besluiten dat toetreding of uitbreiding van even efficiënte concurrenten, daarvan waarschijnlijk te lijden krijgen. In dat verband onderzoekt de Commissie of en in welke mate concurrenten beschikken over realistische en effectieve strategieën om terug te slaan, bijvoorbeeld of zij ook de mogelijkheid hebben om een 'niet-betwistbaar' gedeelte van de vraag van hun koper te gebruiken als hefboom om de prijs voor het betrokken gedeelte te doen dalen. Wanneer concurrenten niet over dergelijke strategieën om terug te slaan beschikken, oordeelt de Commissie dat de kortingsregeling kan worden gebruikt om de markt voor even efficiënte concurrenten af te schermen.
44. Zoals in punt 26 werd aangegeven, is deze beoordeling een onderdeel van de algehele beoordeling, waarin ook ander relevant kwantitatief of kwalitatief bewijsmateriaal wordt betrokken. Normaal gesproken is het van belang na te gaan of er bij de kortingsregeling een geïndividualiseerde dan wel een gestandaardiseerde drempel wordt toegepast. Met een geïndividualiseerde drempel - die is gebaseerd op

²⁹

Het relevante gedeelte wordt geraamd op basis van gegevens die in nauwkeurigheid kunnen verschillen. De Commissie houdt hiermee rekening wanneer zij conclusies trekt ten aanzien van de mogelijkheden van de onderneming met een machtspositie om de markt af te schermen voor even efficiënte concurrenten. Ook kan het nuttig zijn te berekenen hoe groot het aandeel van de behoeften van afnemers dat de nieuwkomer minimaal moet binnenhalen, gemiddeld moet zijn opdat de daadwerkelijke prijs minstens even hoog ligt als de LRAIC van de onderneming met een machtspositie. In een aantal gevallen kan uit de hoogte van dit aandeel, vergeleken met de daadwerkelijke marktaandelen van concurrenten en hun aandeel in de behoeften van afnemers, duidelijk worden of de kortingsregeling een effect van concurrentieverstorende afscherming kan hebben.

een percentage van de totale behoeften van de afnemer of op een geïndividualiseerde volumedoelstelling - kan de aanbieder met een machtspositie de drempel op een zodanig niveau vaststellen dat het voor afnemers moeilijk wordt om van aanbieder te veranderen, en aldus een maximaal getrouwheidsversterkend effect creëren.³⁰ Daarentegen kan een gestandaardiseerde volumedrempel - waarbij de drempel dezelfde is voor alle of een groep afnemers - te hoog zijn voor bepaalde kleine afnemers en/of te laag voor grotere afnemers, om een getrouwheidsversterkend effect te kunnen hebben. Wanneer daarentegen kan worden aangetoond dat een gestandaardiseerde volumedrempel rond de behoeften ligt van een aanmerkelijk deel van de afnemers, is het waarschijnlijk dat de Commissie oordeelt dat een dergelijke gestandaardiseerde kortingregeling concurrentieverstorende afschermingseffecten kan opleveren.

c) *Efficiëntieverbeteringen*

45. Op voorwaarde dat aan de in punt III D vermelde voorwaarden is voldaan, zal de Commissie argumenten van ondernemingen met een machtspositie dat kortingregelingen kosten- of andere voordelen opleveren die aan de afnemers worden doorgegeven, onderzoeken.³¹ Transactiegerelateerde kostenvoordelen zijn vaak meer te verwachten bij gestandaardiseerde volumedoelstellingen dan bij geïndividualiseerde volumedoelstellingen. Evenzo valt van regelingen met staffelkortingen doorgaans eerder te verwachten dat wederverkopers daarmee een prikkel krijgen om een groter volume te produceren en door te verkopen dan bij regelingen met retroactieve kortingen.³² Onder dezelfde voorwaarden onderzoekt de Commissie ook bewijsmateriaal waaruit blijkt dat exclusief-verkeersregelingen specifieke afnemers voordelen opleveren, indien die regelingen voor de onderneming met een machtspositie noodzakelijk zijn om bepaalde relatiegebonden investeringen uit te voeren met het oog op leveringen aan die afnemers.

B. Koppelverkoop en bundeling

46. Een onderneming met een machtspositie kan ook proberen om door koppelverkoop of bundeling de markt voor haar concurrenten af te schermen. In dit deel wordt uiteengezet in welke omstandigheden het het waarschijnlijkst is dat de Commissie optreedt ten afzien van koppelverkoop en bundeling door ondernemingen met een machtspositie.
47. "Koppelverkoop" betreft doorgaans situaties waarbij afnemers die een product kopen (het koppelende product), ook een ander product van de producent moeten afnemen (het gekoppelde product). Koppelverkoop kan op technische of op contractuele basis plaatsvinden.³³ Onder "bundeling" wordt gewoonlijk de wijze verstaan waarop

³⁰ Zie zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co t. Commissie*, Jurispr. 1979, blz. 461, de punten 89 en 90; zaak T-288/97, *Irish Sugar t. Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-2969, punt 213, en zaak T-219/99, *British Airways t. Commissie*, Jurispr. 2003, blz. II-5917, de punten 7-11 en 270-273.

³¹ Voor kortingen, zie bijvoorbeeld zaak C-95/04 P, *British Airways t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. I-2331, punt 86.

³² Zie in die zin zaak T-203/01, *Michelin t. Commissie (Michelin II)*, Jurispr. 2003, blz. II-4071, de punten 56-60 en 74-75.

³³ "Technische koppelverkoop" doet zich bijvoorbeeld voor wanneer het koppelende product op zodanige wijze is ontworpen dat het uitsluitend tezamen met het gekoppelde product correct kan functioneren (en niet met de door concurrenten aangeboden alternatieve producten). "Contractuele koppelverkoop" houdt

producten door de onderneming met een machtspositie worden aangeboden en geprijsd. Bij zuivere bundeling worden de producten uitsluitend tezamen en in vaste verhoudingen verkocht. Bij gemengde bundeling (vaak ook "multi-productkortingen" genoemd) zijn de producten ook apart verkrijgbaar, maar is de som van de prijzen voor de afzonderlijke producten hoger dan de prijs voor het gebundelde product.

48. Koppelverkoop en bundeling zijn gebruikelijke praktijken om afnemers op een kosteneffectievere wijze betere producten of een beter aanbod te leveren. Toch kan een onderneming met een machtspositie op één (of meer) productmarkt(ten) met koppelverkoop of bundeling ("de koppelende markt" genoemd) gebruikers via koppelverkoop of bundeling schade berokkenen door de markt af te schermen voor de andere producten waaraan het product is gekoppeld of waarmee het is gebundeld ("de gekoppelde markt" genoemd), en zo, indirect ook, de koppelende markt.
49. De Commissie neemt in de regel maatregelen op grond van artikel 82 wanneer een onderneming een machtspositie heeft op de koppelende markt³⁴ en wanneer daarnaast de volgende voorwaarden zijn vervuld: i) de koppelende en gekoppelde producten zijn verschillende producten, en ii) de koppelverkoop moet tot concurrentieverstorende afscherming dreigen te leiden.³⁵
- a) *Afzonderlijke producten*
50. Of de producten door de Commissie als afzonderlijke producten worden beschouwd, is afhankelijk van de vraag van afnemers. Twee producten zijn afzonderlijke producten indien, zonder koppelverkoop of bundeling, een substantieel aantal afnemers het koppelende product bij dezelfde aanbieder zouden afnemen of hadden afgenomen zonder ook het gekoppelde product af te nemen en zodoende afzonderlijke productie voor zowel het koppelende als het gekoppelde product mogelijk maken.³⁶ Bewijsmateriaal dat twee producten afzonderlijke producten zijn kan onder meer rechtstreeks bewijs zijn dat afnemers, wanneer zij de keuze krijgen, de koppelende en de gekoppelde producten apart betrekken bij verschillende leveringsbronnen, dan wel indirect bewijs zoals het bestaan op de markt van ondernemingen die zijn gespecialiseerd in de productie of de verkoop van het gekoppelde product zonder het koppelende product³⁷ of van elk van de door onderneming met een machtspositie gebundelde product, of bewijsmateriaal waaruit blijkt dat ondernemingen met geringe marktmacht, met name op concurrerende markten, dergelijke producten doorgaans niet koppelen of bundelen.

in dat de klant zich bij de aankoop van het koppelende product ertoe verbindt ook het gekoppelde product af te nemen (en niet de alternatieve producten van de concurrenten).

³⁴ De onderneming moet een machtspositie hebben op de koppelende markt, maar niet noodzakelijkerwijs op de gekoppelde markt. In het geval van bundeling moet de onderneming een machtspositie hebben op een van de gebundelde markten. In het specifieke geval van koppelverkoop op *after-markets* is de voorwaarde dat de onderneming een machtspositie heeft op de koppelende markt en/of de gekoppelde *after-market*.

³⁵ Arrest van 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-3601, met name de punten 842, 859-862, 867 en 869.

³⁶ Arrest van 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-3601, de punten 917, 921 en 922.

³⁷ Zaak T-30/89, *Hilti t. Commissie*, Jurispr. 1991, blz. II-1439, punt 67.

b) Concurrentieverstorende afscherming op de gekoppelde en/of de koppelende markt

51. Koppelverkoop of bundeling kan resulteren in concurrentieverstorende effecten op de gekoppelde markt, op de koppelende markt, of op beide markten terzelfder tijd. Niettemin is het zo dat, zelfs wanneer de doelstelling van de koppelverkoop of het bundelen erin bestaat de positie van de onderneming met een machtspositie op de koppelende markt te beschermen, zulks indirect gebeurt door middel van afscherming van de gekoppelde markt. De Commissie is van oordeel dat, naast de reeds in punt 20 genoemde factoren, de volgende factoren over het algemeen van bijzonder belang zijn om zaken te identificeren waarin concurrentieverstorende afscherming te verwachten valt of daadwerkelijk plaatsvindt.
52. Het risico van concurrentieverstorende afscherming is naar verwachting groter wanneer de onderneming met een machtspositie van haar koppelverkoop- of bundelingsstrategie een duurzame strategie maakt, bijvoorbeeld door technische koppeling, die alleen tegen een hoge kostprijs kan worden teruggedraaid. Technische koppeling beperkt ook de kansen voor wederverkoop van afzonderlijke onderdelen.
53. In het geval van bundeling kan de onderneming een machtspositie hebben voor meer dan één van de producten in de bundel. Hoe groter het aantal dergelijke producten in de bundel is, des groter is het risico op concurrentieverstorende afscherming. Dit geldt met name wanneer de bundel moeilijk te dupliceren is voor een concurrent, hetzij alleen, hetzij in combinatie met anderen.
54. De koppelverkoop kan resulteren in minder concurrentie voor afnemers die belangstelling hebben voor de afname van het gekoppelde product, doch niet het koppelende product. Wanneer concurrenten van de onderneming met een machtspositie onvoldoende afnemers vinden die alleen het gekoppelde product willen afnemen, om op de gekoppelde markt stand te kunnen houden, kan koppelverkoop ertoe leiden dat deze afnemers met hogere prijzen te maken krijgen.
55. Wanneer het koppelende en het gekoppelde product in uiteenlopende mate kunnen worden gebruikt als input voor een productieproces, kunnen afnemers op een prijsverhoging voor het koppelende product reageren door hun vraag naar het gekoppelde product op te drijven, terwijl ze hun vraag naar het koppelende product verminderen. Door de beide producten te koppelen, kan de onderneming met een machtspositie deze substitutie proberen te vermijden en kan zij als gevolg daarvan in staat zijn haar prijzen te verhogen.
56. Wanneer er regulering is van de prijzen die de onderneming met een machtspositie op de koppelende markt kan berekenen, kan koppelverkoop de onderneming met een machtspositie ook in staat stellen de prijzen op de gekoppelde markt te verhogen ten einde het door de regulering op de koppelende markt veroorzaakte verlies aan inkomsten te compenseren.
57. Wanneer het gekoppelde product een belangrijk complementair product is voor de afnemers van het koppelende product, kan een beperking van het aantal alternatieve aanbieders van het gekoppelde product - en dus een beperkte beschikbaarheid van dit product - toetreding tot uitsluitend de koppelende markt moeilijker maken.

c) *Multi-productkortingen*

58. Een multi-productkorting kan concurrentieverstorend zijn op de gekoppelde of de koppellende markt wanneer deze zo groot is dat even efficiënte concurrenten die alleen bepaalde componenten aanbieden, niet kunnen concurreren tegen de bundel met korting.
59. In theorie zou de ideale situatie erin bestaan dat het effect van de korting kan worden beoordeeld door na te gaan of de marginale inkomsten de marginale kosten voor elk product in de bundel van de onderneming met een machtspositie dekken. In de praktijk is het beoordelen van de marginale inkomsten evenwel complex. Daarom gebruikt de Commissie bij haar handhavingspraktijk in de meeste situaties de marginale prijs als een goede alternatieve maatstaf. Wanneer de marginale prijs die afnemers voor elk van de producten in de bundel van de onderneming met een machtspositie betalen, boven de LRAIC van de onderneming met een machtspositie blijft, daaronder begrepen dit product in de bundel, treedt de Commissie in de regel niet op, omdat een even efficiënte concurrent met slechts één product in beginsel in staat is om winstgevend tegen de bundel te concurreren. Handhavingsmaatregelen zijn echter gewenst indien de marginale prijs lager ligt dan de LRAIC, omdat in een dergelijk geval een even efficiënte concurrent misschien belet wordt zich uit te breiden of de markt te betreden.³⁸
60. Indien uit de bewijzen blijkt dat concurrenten van de onderneming met een machtspositie identieke bundels verkopen, of dat snel zouden kunnen doen zonder te worden afgeschrikt door mogelijke extra kosten, beschouwt de Commissie dit over het algemeen als een bundel die tegen een andere bundel concurreert. In dat geval is de relevante vraag niet of de marginale inkomsten de marginale kosten voor elk product uit de bundel dekken, maar wel of de prijs van de bundel als geheel een roofprijs is.

d) *Efficiëntieverbeteringen*

61. Op voorwaarde dat aan de in punt III D vermelde voorwaarden is voldaan, zal de Commissie argumenten onderzoeken van ondernemingen met een machtspositie dat hun koppelverkoop- en bundelingspraktijken op het punt van productie of distributie besparingen opleveren die afnemers ten goede zouden komen. De Commissie kan ook onderzoeken of dit soort praktijken de transactiekosten doet dalen voor afnemers, die anders verplicht zouden zijn de onderdelen afzonderlijk in te kopen, en aanbieders substantiële besparingen oplevert op het punt van verpakkings- en distributiekosten. Voorts kan zij nagaan of, door het combineren van twee onafhankelijke producten tot één nieuw product, de mogelijkheden kunnen worden versterkt om dergelijk product op de markt te brengen - in het voordeel van de gebruikers. Ook kan de Commissie nagaan of praktijken inzake koppelverkoop en bundeling de aanbieder in staat stellen de efficiëntieverbeteringen door te geven die ontstaan door de productie of inkoop van grote hoeveelheden van het gekoppelde product.

³⁸ In beginsel is de LRAIC hier als kostenbenchmark relevant zolang concurrenten niet in staat zijn ook bundels te verkopen (zie de punten 22 tot 26 en punt 60).

C. Roofprijzen

62. Overeenkomstig haar handhavingsprioriteiten treedt de Commissie over het algemeen op wanneer er bewijzen voorhanden zijn waaruit blijkt dat een onderneming met een machtspositie zich begeeft aan roofprijzen door op de korte termijn bewust verlies te lijden of winst te derven (hierna "offer" genoemd), om op die wijze de markt af te schermen voor een of meer van haar daadwerkelijke of potentiële concurrenten, met als doel haar marktmacht te versterken of te handhaven en zodoende de gebruikers schade te berokkenen.³⁹
- a) *Offer*
63. De Commissie beschouwt gedragingen als gedragingen die een offer inhouden, indien de onderneming met een machtspositie, door voor het geheel of een bepaald deel van haar output in de betrokken periode een lagere prijs te berekenen of door haar output in de betrokken periode uit te breiden, verliezen heeft geleden of lijdt die hadden kunnen worden vermeden. De Commissie hanteert de AAC als het passende uitgangspunt voor de beoordeling van de vraag of de onderneming met een machtspositie vermijdbare verliezen lijdt of heeft geleden. Wanneer een onderneming met een machtspositie voor het geheel of een deel van haar output prijzen berekent die onder de AAC liggen, verdient zij niet de kosten terug die hadden kunnen worden vermeden door die output niet te produceren: zij lijdt een verlies dat had kunnen worden vermeden.⁴⁰ Prijszetting onder de AAC wordt dus in de meeste gevallen door de Commissie beschouwd als een duidelijke aanwijzing dat er sprake is van een offer.⁴¹
64. Toch gaat het bij het begrip "offer" niet alleen om een prijszetting onder de AAC.⁴² Om het bewijs te leveren voor een strategie van roofprijzen, kan de Commissie ook onderzoeken of het beweerde roofprijsgedrag op de korte termijn heeft geleid tot

³⁹ De Commissie kan ook optreden ten aanzien van roofprijspraktijken van ondernemingen met een machtspositie op secundaire markten, waar deze nog geen machtspositie hebben. Met name zal de kans groter zijn dat de Commissie tot de bevinding komt dat van een dergelijk misbruik sprake is in de sectoren waar activiteiten door een wettelijk monopolie worden beschermd. Ofschoon de onderneming met een machtspositie geen roofprijzen hoeft te hanteren om haar machtspositie te beschermen op de door een wettelijk monopolie beschermde markt, kan zij de op de monopoliemarkt behaalde winsten gebruiken voor kruissubsidiëring van haar activiteiten op een andere markt en daarmee de daadwerkelijke mededinging op die andere markt dreigen uit te schakelen.

⁴⁰ In de meeste gevallen zijn de gemiddelde variabele kosten (GVK) en de AAC gelijk, omdat vaak alleen variabele kosten kunnen worden vermeden. In omstandigheden echter waarin de GVK en de AAC verschillen, geven die laatste betere weer wat het eventuele offer is. Wanneer de onderneming met een machtspositie bijvoorbeeld haar capaciteit moest uitbreiden om in staat te zijn roofprijzen toe te passen, moeten de verzonken kosten van deze extra capaciteit mee in aanmerking worden genomen wanneer de verliezen van de onderneming met een machtspositie worden gezien. Deze kosten zouden tot uiting komen in de AAC, niet in de GVK.

⁴¹ In de zaak-Akzo verklaarde het Hof van Justitie ten aanzien van prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten (GVK) liggen: *"Een onderneming met een machtspositie heeft er namelijk slechts belang bij dergelijke prijzen te hanteren, indien zij haar concurrenten wil uitschakelen om vervolgens haar prijzen te kunnen verhogen door te profiteren van haar monopolistische positie, omdat elke verkoop voor haar verlies oplevert [...]."* (Zaak C-62/68, AKZO Chemie t. Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-3359, punt 71).

⁴² Indien de raming van de kosten is gebaseerd op de directe productiekosten (zoals uit de boekhouding van de onderneming blijkt), brengt die misschien niet duidelijk in beeld of er al dan niet een offer wordt opgebracht.

netto-inkomsten die lager liggen dan hetgeen van een redelijk, alternatief gedrag had kunnen worden verwacht - of de onderneming met een machtspositie dus een verlies leed dat zij had kunnen vermijden.⁴³ De Commissie maakt geen vergelijking tussen het daadwerkelijke gedrag en hypothetische of theoretische alternatieven die misschien winstgevender waren geweest. Alleen economisch verantwoorde en haalbare alternatieven worden onderzocht, waarvan, rekening houdend met de marktomstandigheden en de zakelijke realiteit waarmee de onderneming met een machtspositie wordt geconfronteerd, het realistisch is te verwachten dat deze winstgevender zijn.

65. In sommige gevallen is het mogelijk te steunen op direct bewijsmateriaal in de vorm van documenten van de onderneming met een machtspositie waaruit duidelijk een strategie van rooftprijzen blijkt⁴⁴, zoals een gedetailleerd plan om offers te brengen ten einde een concurrent uit te sluiten, toetreding te beletten of preventief in te grijpen tegen het opkomen van een markt, of om bewijsmateriaal van concrete dreigingen met rooftprijspraktijken.⁴⁵

b) Concurrentieverstorende afscherming

66. Wanneer voldoende betrouwbare gegevens beschikbaar zijn, past de Commissie het criterium van de even efficiënte concurrent toe, zoals dat in de punten 24, 25 en 26 is beschreven, om na te gaan of de gedraging de gebruikers kan schaden. Normaal gesproken kan alleen prijszetting onder de LRAIC de markt afschermen voor even efficiënte concurrenten.

67. De Commissie zal, naast de reeds in punt 20 genoemde factoren, over het algemeen ook onderzoeken of en hoe de verdachte gedraging de kans dat rivalen concurreren, dreigt te verminderen. Wanneer bijvoorbeeld de onderneming met een machtspositie beter geïnformeerd is over kosten of andere marktomstandigheden, of marktsignalen over winstgevendheid kan verstoren, past zij misschien rooftprijzen toe om de verwachtingen van kandidaat-toetreders te beïnvloeden en hen zodoende van markttoetreding af te schrikken. Indien de gedraging en de ervan verwachte effecten op meerdere markten en/of gedurende opeenvolgende perioden van mogelijke toetreding voelbaar zijn, kan worden aangetoond dat de onderneming met een machtspositie een reputatie van rooftprijsgedrag probeert op te bouwen. Wanneer de beoogde concurrent van externe financiering afhankelijk is, zouden substantiële prijsverlagingen of andere vormen van rooftprijsgedrag van de onderneming met een

⁴³ Toch moeten ondernemingen niet worden bestraft omdat achteraf blijkt dat zij verliezen hebben geleden, wanneer het vooraf genomen besluit om een bepaalde gedragslijn te volgen, te goeder trouw werd genomen - wanneer zij dus op overtuigende wijze kunnen aantonen dat zij redelijkerwijs konden verwachten dat de activiteit winstgevend zou zijn.

⁴⁴ Zie zaak T-83/91, *Tetra Pak International t. Commissie (Tetra Pak II)*, Jurispr. 1994, blz. II-755, de punten 151, 171, en zaak T-340/03, *France Télécom t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-107, de punten 198 tot 215.

⁴⁵ In het arrest-Akzo (zaak 62/86, *AKZO Chemie t. Commissie*, Jurispr. 1991, blz. I-3359) accepteerde het Hof van Justitie dat er duidelijke bewijzen waren dat Akzo op twee bijeenkomsten ECS had bedreigd met prijzen onder de kostprijs indien deze zich niet uit de markt voor organische peroxiden zou terugtrekken. Bovendien was er een gedetailleerd plan met berekeningen, waarin de maatregelen beschreven stonden die Akzo ten uitvoer zou leggen, indien ECS zich niet uit de markt zou terugtrekken (zie de punten 76-82, 115 en 131-140 van het arrest).

machtspositie de prestaties van de concurrent ongunstig kunnen beïnvloeden, zodat diens toegang tot verdere financiering ernstig in het gedrang komt.

68. De Commissie is van oordeel dat niet hoeft te worden aangetoond dat concurrenten de markt hebben verlaten, om te bewijzen dat er concurrentieverstorende afscherming heeft plaatsgevonden. Het valt namelijk niet uit te sluiten dat de onderneming met een machtspositie misschien de voorkeur eraan geeft de concurrent te beletten scherp te concurreren en hem te dwingen de prijszetting van de onderneming met een machtspositie te volgen, in plaats van hem volledig van de markt te verdrijven. Met dergelijke disciplinerende worden de risico's vermeden die inherent zijn aan het uitschakelen van concurrenten, met name het risico dat de activa van de concurrent tegen een lage prijs worden verkocht en op de markt blijven, zodat aldus een low cost nieuwkomer gaat ontstaan.
69. Algemeen gesproken, mag worden aangenomen dat gebruikers schade zullen lijden wanneer de onderneming met een machtspositie redelijkerwijs kan verwachten dat haar marktmacht, wanneer er een eind komt aan het roofprijsgedrag, groter zal zijn dan het geval was geweest wanneer de onderneming zich in de eerste plaats niet aan dat gedrag had begeven - wanneer de onderneming dus waarschijnlijk in een positie is om baat te vinden bij het offer.
70. Dit betekent niet dat de Commissie alleen optreedt indien de onderneming met een machtspositie haar prijzen waarschijnlijk zal kunnen verhogen boven het peil dat op de markt bestond vóór de gedraging plaatsvond. Het is bijvoorbeeld voldoende dat de gedraging waarschijnlijk een prijsval die anders had plaatsgevonden, zou voorkomen of vertragen. Het vaststellen van de schade voor de gebruikers is geen mechanische winst- en verliesberekening, en er is geen bewijs vereist voor winsten in hun geheel genomen. De voor de gebruikers te verwachten schade kan worden aangetoond door een beoordeling uit te voeren van het te verwachten afschermingseffect van de gedraging, waarbij tegelijk ook rekening wordt gehouden met andere factoren zoals toetredingsdrempels.⁴⁶ Binnen die context onderzoekt de Commissie ook de mogelijkheden voor hernieuwde toetreding.
71. Het kan voor de onderneming met een machtspositie eenvoudiger worden zich aan roofprijsgedrag te begeven indien zij zich selectief richt op specifieke afnemers met lage prijzen, omdat daardoor de verliezen die de onderneming met een machtspositie lijdt, beperkt zullen blijven.

⁴⁶ Dit werd bevestigd in de zaak T-83/91, *Tetra Pak International t. Commissie (Tetra Pak II)*, Jurispr. 1994, blz. II-755 (in beroep bevestigd door het Hof van Justitie in de zaak C-333/94 P, *Tetra Pak International t. Commissie*, Jurispr. 1996, blz. I-5951), waar het Gerecht van eerste aanleg verklaarde (punt 150 in fine) dat niet meer specifiek behoeft te worden aangetoond dat de opgelopen verliezen worden goedge maakt. Meer algemeen kunnen, daar het hanteren van roofprijzen moeilijker kan blijken dan bij deze gedraging aanvankelijk werd gedacht, de totale kosten van de onderneming met een machtspositie die roofprijzen hanteert, opwegen tegen haar latere winst en het zodoende onmogelijk maken deze daadwerkelijk terug te verdienen, terwijl het misschien toch nog rationeel is om te besluiten door te gaan met de strategie van roofprijzen die de onderneming een tijd voordien had ingeleid. Zie ook zaak COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*, beschikking van de Commissie van 16 juli 2003, de overwegingen 332 tot 367.

72. Het valt echter minder te verwachten dat de onderneming met een machtspositie zich aan rooftprijsgedrag begeeft indien de gedraging betrekking heeft op een lage prijs die over het algemeen over een lange tijdsperiode wordt gehanteerd.

c) *Efficiëntieverbeteringen*

73. Over het algemeen wordt het weinig waarschijnlijk geacht dat rooftprijzen efficiëntieverbeteringen zullen opleveren. Op voorwaarde evenwel dat aan de in punt III D vermelde voorwaarden is voldaan, zal de Commissie argumenten onderzoeken van ondernemingen met een machtspositie dat zij dankzij een beleid met lage prijzen schaal- of efficiëntievoordelen kunnen behalen met betrekking tot de groei van de markt.

D. Weigering tot levering en marginsqueeze

74. Bij het bepalen van haar handhavingsprioriteiten neemt de Commissie als uitgangspunt dat, algemeen genomen, iedere onderneming, ongeacht of zij een machtspositie heeft, het recht moet hebben om haar handelspartners te kiezen en vrij over haar eigendom moet kunnen beschikken. Daarom is de Commissie van oordeel dat de mogelijkheid om op te treden op basis van het mededingingsrecht zorgvuldig moet worden onderzocht ingeval de toepassing van artikel 82 erin kan resulteren dat de onderneming met een machtspositie een leveringsverplichting krijgt opgelegd.⁴⁷ Het bestaan van een dergelijke verplichting - zelfs indien dat tegen een billijke vergoeding gebeurt - kan namelijk de prikkels voor de onderneming om te investeren en te innoveren aantasten - en zodoende misschien de gebruikers schaden. Het feit dat ondernemingen met een machtspositie - of ondernemingen die voorzien dat zij een machtspositie zullen krijgen - weten dat zij misschien verplicht zullen zijn om tegen hun zin te leveren, kan hen ertoe brengen om in de betrokken activiteit niet of minder te investeren. Ook kunnen concurrenten in de verleiding komen om mee te liften op investeringen die de onderneming met een machtspositie heeft uitgevoerd, in plaats van zelf te investeren. Geen van deze gevolgen zou op de lange termijn in het belang van gebruikers zijn.
75. Meestal doen er zich mededingingsproblemen voor wanneer de onderneming met een machtspositie op de downstreammarkt concurreert met de afnemer die hij weigert te beleveren. Het begrip "downstreammarkt" wordt gebruikt voor de markt waarvoor de geweigerde input nodig is om een product te vervaardigen of een dienst te leveren. Dit gedeelte ziet alleen op dit soort weigeringen.
76. Andere vormen van mogelijk onrechtmatige weigering tot levering (waarbij de levering afhankelijk wordt gesteld van het feit dat de afnemer instemt met restricties voor zijn gedrag) komen in dit deel niet aan bod. Gevallen waarbij bijvoorbeeld leveringen worden stopgezet om afnemers te straffen omdat zij met concurrenten hebben gehandeld of waarbij wordt geweigerd te leveren aan afnemers die niet instemmen met regelingen inzake koppelverkoop, worden door de Commissie onderzocht overeenkomstig de beginselen die zijn uiteengezet in de delen over

⁴⁷ Gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91, *Radio Telefís Éireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) v Commission (Magill)*, Jurispr. 1995, blz. I-743, punt 50; zaak C-418/01, *IMS Health t. NDC Health*, Jurispr. 2004, blz. I-5039, punt 35, en zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-3601, de punten 319, 330, 331 en 332, en 336.

exclusief-verkeersregelingen en over koppelverkoop en bundeling. Evenmin komen in dit deel weigeringen tot levering aan bod die ertoe strekken de afnemer te beletten zich met parallelhandel bezig te houden⁴⁸ of zijn wederverkoopprijs te verlagen.

77. Het begrip "weigering tot levering" bestrijkt een breed scala praktijken, zoals de weigering producten aan bestaande of nieuwe afnemers te leveren⁴⁹, de weigering een licentie voor intellectuele-eigendomsrechten te verlenen⁵⁰, daaronder begrepen wanneer die nodig is om interface-informatie te leveren⁵¹, of de weigering toegang te verlenen tot een essentiële faciliteit of tot een netwerk.⁵²
78. De Commissie acht het niet noodzakelijk dat het geweigerde product al is verhandeld: het is voldoende dat er vraag is van potentiële afnemers en dat voor de betrokken input een potentiële markt kan worden onderscheiden.⁵³ Evenmin is het noodzakelijk dat er een daadwerkelijke weigering is van een onderneming met een machtspositie; een "constructieve weigering" is voldoende. Constructieve weigering kan bijvoorbeeld de vorm aannemen van het nodeloos vertragen of anderszins aantasten van de kwaliteit van de levering van het product, of kan het opleggen van onredelijke voorwaarden in ruil voor de levering inhouden.
79. Ten slotte kan een onderneming met een machtspositie, in plaats van te weigeren te leveren, voor het product op de upstreammarkt een prijs berekenen die, ten opzichte van de prijs die zij op de downstreammarkt berekent⁵⁴, een even efficiënte concurrent niet in staat stelt om op duurzame basis winstgevend te handelen op de downstreammarkt (een zogeheten marginsqueeze). In zaken van marginsqueeze is de benchmark waarop de Commissie zich doorgaans zal baseren om de kosten van een even efficiënte concurrent vast te stellen, de LRAIC van het downstreambedrijfsonderdeel van de geïntegreerde onderneming met een machtspositie.⁵⁵
80. De Commissie beschouwt dergelijke praktijken als een handhavingsprioriteit indien elk van de volgende omstandigheden voorhanden is:

⁴⁸ Zie het arrest van 16 september 2008, gevoegde zaken C 468/06 tot C 478/06, *Sot. Lélos kai Sia e.a. t. GlaxoSmithKline* (nog bekendgemaakt in de Jurispr.).

⁴⁹ Gevoegde zaken 6/73 en 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents t. Commissie*, Jurispr. 1974, blz. 223.

⁵⁰ Gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91, *Radio Telefís Éireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) t. Commissie (Magill)*, Jurispr. 1995, blz. 743, en zaak C-418/01, *IMS Health t. NDC Health*, Jurispr. 2004, blz. I-5039. Deze arresten laten zien dat in uitzonderlijke omstandigheden een weigering intellectuele-eigendomsrechten te licentiëren onrechtmatig is.

⁵¹ Arrest van 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-3601.

⁵² Zie de beschikkingen van de Commissie, *B&I Line t. Sealink Harbours en Stena Sealink*, [1992] 5 CMLR 255; zaak IV/34.689, *Sea Containers t. Stena Sealink – Voorlopige maatregelen* (Beschikking 94/19/EG van de Commissie van 21 december 1993, PB L 15 van 18.1.1994, blz. 8), en zaak IV/33.544, *British Midland t. Aer Lingus* (Beschikking 92/213/EEG van de Commissie van 26 februari 1992, PB L 96 van 10.4.1992, blz. 34).

⁵³ Zaak C-418/01, *IMS Health t. NDC Health*, Jurispr. 2004, blz. I-5039, punt 44.

⁵⁴ Daaronder begrepen een situatie waarbij een geïntegreerde onderneming die een "systeem" van complementaire producten verkoopt, weigert een van de complementaire producten op ongebundelde basis te verkopen aan een concurrent die het andere complementaire product produceert.

⁵⁵ In bepaalde gevallen kan de LRAIC van een niet-geïntegreerde downstream concurrent worden gebruikt als de benchmark, bijvoorbeeld wanneer het niet mogelijk is de kosten van de onderneming met een machtspositie duidelijk aan downstream- en upstreamactiviteiten toe te rekenen.

- de weigering betreft een product dat of een dienst die objectief onmisbaar is om daadwerkelijk op een downstreammarkt te kunnen concurreren;
- de weigering resulteert waarschijnlijk in de uitschakeling van een daadwerkelijke mededinging op de downstreammarkt, en
- de weigering dreigt tot schade voor de gebruikers te leiden.

81. In bepaalde specifieke gevallen kan het duidelijk zijn dat het opleggen van een leveringsverplichting overduidelijk vooraf noch achteraf enige negatieve effecten kan hebben op de input van de eigenaar en/of de prikkels voor andere spelers om upstream te investeren en te innoveren. De Commissie is van mening dat het bijzonder waarschijnlijk is dat dit het geval zijn wanneer met het Gemeenschapsrecht verenigbare regelgeving de onderneming met een machtspositie al een leveringsverplichting oplegt, en het op grond van de overwegingen die aan die regelgeving ten grondslag liggen, duidelijk is dat de noodzakelijke afweging van prikkels al is gemaakt door de overheidsinstantie die een dergelijke leveringsverplichting oplegt. Dit kan ook het geval zijn wanneer de positie van de onderneming met een machtspositie op de upstreammarkt zich heeft ontwikkeld onder de bescherming van bijzondere of uitsluitende rechten dan wel uit staatsmiddelen is gefinancierd. In dergelijke specifieke gevallen is er voor de Commissie geen reden om af te wijken van haar algemene handhavingsnorm en kan zij waarschijnlijke concurrentieverstorende afscherming aantonen zonder dat hoeft te worden onderzocht of de drie reeds genoemde cumulatieve omstandigheden voorhanden zijn.

a) *Objectieve noodzaak van de input*

82. De Commissie zal bij haar onderzoek van de vraag of een weigering tot levering haar prioritaire aandacht verdient, nagaan of de levering van de geweigerde input voor de marktpartijen objectief onmisbaar is om daadwerkelijk op de markt te kunnen concurreren. Een en ander betekent niet dat - zonder de geweigerde input - geen concurrent ooit de downstreammarkt zou kunnen betreden of daarop zou kunnen overleven.⁵⁶ Het is eerder zo dat een input onmisbaar is wanneer er geen daadwerkelijk of potentieel substitutieproduct is waarvan de concurrenten op de downstream zouden kunnen gebruikmaken om - ten minste op de lange termijn - de negatieve gevolgen van de weigering tegen te gaan.⁵⁷ In dat verband voert de Commissie normaal gesproken een beoordeling uit van de vraag of concurrenten de door de onderneming met een machtspositie geproduceerde input in de voorzienbare toekomst daadwerkelijk kunnen dupliceren.⁵⁸ Het begrip "duplicering" betekent het

⁵⁶ Arrest van 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-3601, de punten 428, 560-563.

⁵⁷ Gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91, *Radio Telefís Éireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) t. Commission (Magill)*, Jurispr. 1995, blz. 743, de punten 52 en 53; zaak 7/97, *Oscar Bronner t. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft en Mediaprint Anzeigengesellschaft*, Jurispr. 1998, blz. I-7791, de punten 44 en 45, en arrest van 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-3601, punt 421.

⁵⁸ Over het algemeen valt te verwachten dat een input onmogelijk te dupliceren is wanneer het gaat om een natuurlijk monopolie als gevolg van schaal- of toepassingsvoordelen, wanneer er sterke netwerkeffecten zijn of wanneer het gaat om zogenaamde *single source*-informatie. In alle gevallen

creëren van een alternatieve bron voor efficiënte levering waarmee concurrenten op de downstreammarkt concurrentiedruk op de onderneming met een machtspositie kunnen uitoefenen.⁵⁹

83. De in punt 80 uiteengezette criteria gelden voor zowel gevallen waarbij vroegere levering wordt onderbroken als voor weigeringen tot levering van een goed dat of een dienst die de onderneming met een machtspositie voordien niet aan anderen heeft geleverd (nieuwe weigeringen tot levering). Toch is het waarschijnlijker dat wordt vastgesteld dat de stopzetting van een bestaande leveringsregeling onrechtmatig is, dan dat zulks bij een nieuwe weigering tot levering het geval is. Wanneer bijvoorbeeld de onderneming met een machtspositie voordien de verzoekende onderneming heeft beleverd, en deze laatste relatiegebonden investeringen heeft uitgevoerd om de - nadien geweigerde - input te gebruiken, is de kans groter dat de Commissie de betrokken input als onmisbaar zal beschouwen. Evenzo is het feit dat de eigenaar van de essentiële input het in het verleden in zijn belang achtte te leveren, een indicatie dat de levering van de input geen risico inhoudt dat de eigenaar ervan geen passende vergoeding voor de oorspronkelijke investering ontvangt. Daarom zou het aan de onderneming met een machtspositie zijn om aan te tonen waarom de omstandigheden eigenlijk zodanig zijn veranderd dat de voortzetting van haar bestaande leveranciersrelatie haar passende vergoeding in gevaar zou brengen.

b) Uitschakeling van een daadwerkelijke mededinging

84. Indien aan de in de punten 82 en 83 uiteengezette vereisten is voldaan, is de Commissie van oordeel dat een weigering van een onderneming met een machtspositie om een onmisbare input te leveren, doorgaans de daadwerkelijke mededinging op de downstreammarkt - onmiddellijk of na verloop van tijd - dreigt uit te schakelen. Het risico dat een daadwerkelijke mededinging wordt uitgeschakeld is over het algemeen groter naarmate het marktaandeel van de onderneming met een machtspositie op de downstreammarkt groter is, naarmate de onderneming met een machtspositie ten aanzien van haar concurrenten op de downstreammarkt minder capaciteitsbeperkingen ondervindt, naarmate de substitueerbaarheid tussen de output van de onderneming met een machtspositie en die van haar concurrenten op de downstreammarkt groter is, naarmate het aantal getroffen concurrenten op de downstreammarkt groter is, en naarmate de kans groter is dat de vraag die kan worden bediend door de concurrenten die zich afgeschermd zien, van hen kan worden afgeleid in het voordeel van de onderneming met een machtspositie.

c) Schade voor de gebruikers

85. De Commissie gaat, bij haar onderzoek van de gevolgen die van een weigering tot levering voor de welvaart van de gebruikers te verwachten zijn, na of voor de gebruikers de na verloop van tijd te verwachten negatieve gevolgen van de weigering tot levering op de betrokken markt opwegen tegen de negatieve gevolgen van het

dient echter rekening te worden gehouden met het dynamische karakter van de bedrijfstak, en met name de vraag of marktmacht al dan niet snel kan verdwijnen.

⁵⁹ Zaak 7/97, *Oscar Bronner t. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft en Mediaprint Anzeigengesellschaft*, Jurispr. 1998, blz. I-7791, punt 46, en zaak C-418/01, *IMS Health t. NDC Health*, Jurispr. 2004, blz. I-5039, punt 29.

opleggen van een verplichting tot levering. Is dat het geval, dan zet de Commissie de zaak normaal gesproken door.

86. De Commissie is van mening dat gebruikers bijvoorbeeld schade kunnen lijden wanneer aan de concurrenten die zich door de onderneming met een machtspositie van de markt zien afgeschermd, als gevolg van die weigering, wordt belet innoverende goederen of diensten op de markt te brengen of wanneer follow-on innovatie dreigt te worden afgeremd.⁶⁰ Dit kan met name het geval zijn wanneer de onderneming die om levering verzoekt, niet voornemens is zich in hoofdzaak te beperken tot het dupliceren van de goederen of diensten die de onderneming met een machtspositie al op de downstreammarkt aanbiedt, maar voornemens is nieuwe of betere goederen of diensten te produceren waarvoor er vraagpotentieel is bij de gebruikers of die waarschijnlijk aan de technische ontwikkeling zullen bijdragen.⁶¹
87. Voorts is de Commissie van oordeel dat een weigering tot levering tot schade voor de gebruiker kan leiden wanneer de prijzen op de upstream inputmarkt zijn gereguleerd, wanneer de prijs op de downstreammarkt niet is gereguleerd en de onderneming met een machtspositie, doordat zij concurrenten op de downstreammarkt door middel van een weigering tot levering uitsluit, meer winst kan halen uit de niet-gereguleerde downstreammarkt dan anders het geval was geweest.

d) *Efficiëntieverbeteringen*

88. De Commissie onderzoekt argumenten van ondernemingen met een machtspositie dat een weigering tot levering noodzakelijk is om de onderneming met een machtspositie in staat te stellen een passend rendement te behalen op de investeringen die nodig zijn om haar inputactiviteiten uit te bouwen, en zodoende de prikkels te genereren om in de toekomst te blijven investeren, waarbij de risico's van mislukte projecten in rekening worden genomen. Voorts onderzoekt de Commissie argumenten van ondernemingen met een machtspositie dat haar eigen innovatie te lijden krijgt van de leveringsverplichting, of van de structurele wijzigingen in de marktomstandigheden die door het opleggen van dergelijke verplichting zullen worden veroorzaakt, daaronder begrepen de ontwikkeling van follow-on innovatie door concurrenten.
89. Bij haar onderzoek van die argumenten zal de Commissie evenwel er op toezien dat de in punt III D uiteengezette voorwaarden in acht worden genomen. Met name staat het aan de onderneming met een machtspositie om de negatieve gevolgen die een leveringsverplichting op de omvang van haar eigen innovatie dreigt te hebben, aan te tonen⁶² en, indien een onderneming met een machtspositie voordien de betrokken input heeft geleverd, kan een en ander relevant zijn voor de beoordeling van argumenten dat de weigering tot levering gerechtvaardigd is om efficiëntieredenen.

⁶⁰ Arrest van 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-3601, de punten 643, 647, 648 en 649, 652 en 653 en 656.

⁶¹ Zaak C-418/01, *IMS Health t. NDC Health*, Jurispr. 2004, blz. I-5039, punt 49, en arrest van 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-3601, punt 658.

⁶² Arrest van 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-3601, punt 659.