

Annotatie

Kan prijsdifferentiatie mededingingsbeperkend zijn? Zaak C-525/16 (MEO)

Eric van Damme en Wolf Sauter*

Inleiding

212

Deze annotatie is de tweede die wij gezamenlijk schrijven over twee arresten uit het afgelopen jaar waarin het Hof van Justitie op basis van prejudiciële vragen de norm voor de toepassing van misbruik van economische machtspositie heeft gepreciseerd. In beide zaken werd de machtspositie gehouden door een onderneming die voor derden auteursrechten beheert en in beide was Nils Wahl de advocaat-generaal. Omdat de zaken inhoudelijk toch zeer verschillend zijn, behandelen we ze apart. In de Letse zaak *AKKA/LAA* (C-177/16) ging het over excessieve prijzen;¹ in de Portugese zaak *MEO* (C-525/16),² die we hier bespreken, ging het over ‘tweedelijnsprijsdiscriminatie’.³ In beide gevallen vroeg de advocaat-generaal zich in zijn conclusies af of het mededingingsrecht hier eigenlijk wel van toepassing is. Het antwoord – voor het Hof van Justitie maar ook voor de

advocaat-generaal – is ja, maar de voorwaarden daartoe zijn relatief strikt. Vanuit theoretisch perspectief, zowel economisch als juridisch, is *MEO* prachtig in zijn soberheid. Gegeven is een monopolist, *M*, op een stroomopwaartse markt die een dienst levert aan twee bedrijven, *L* en *R*, die op een stroomafwaartse markt met elkaar concurreren. De drie bedrijven zijn onafhankelijk; er is geen verticale integratie. Voor hetzelfde product vraagt *M* aan *L* een hogere prijs dan aan *R*. Is sprake van misbruik van machtspositie? Het relevante verdragsartikel dat uitleg behoeft, is artikel 102 sub c VWEU, dat bepaalt dat misbruik van machtspositie kan bestaan in ‘het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging’. Hieronder beschrijven we eerst de feiten en voorgelegde vragen, en de benaderingen van de advocaat-generaal en van het Hof van Justitie in de zaak, waarna we deze, vanuit economisch en juridisch perspectief, commentariëren.

De feiten en de vragen aan het Hof van Justitie

MEO is een Portugese aanbieder van betaaltelevisie, die op deze markt concurreert met *NOS*. Beide aanbieders zijn klant van *GDA*, een coöperatieve vennootschap die verantwoordelijk is voor het beheer van de rechten van vertolkende of uitvoerende kunstenaars. *GDA* is een organisatie zonder winstoogmerk; zij int de royalty's en verdeelt deze over de rechthebbenden. Hoewel *GDA* geen wettelijk monopolie heeft, staat niet ter discussie dat *GDA* als enige organisatie belast is met het beheer van de rechten en dus (feitelijk) monopolist is. Feit is

* Prof. dr. E. van Damme is verbonden aan Tilburg University en aan het onderzoeksinstituut Tilec aldaar. Prof. dr. mr. drs. W. Sauter is in dienst bij de ACM en schrijft hier op persoonlijke titel. Wij danken Berend Jan Drijber en Jotte Mulder voor hun commentaar op deze bijdrage.

1. HvJ EU 14 september 2017, zaak C-177/16, *Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība/Konkurences padome* (AKKA/LAA), ECLI:EU:C:2017:689.
2. Voor staatssteunliefhebbers is de afkorting *MEO* bekend als het *market economy operator principle* ter duiding van de economische rationaliteit van overheidsinvesteringen in bepaalde ondernemingen – oftewel het marktinvesteerderbeginsel, zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 maart 2018, zaak C-127/16 P, *SNCF Mobilités/Frankrijk*, ECLI:EU:C:2018:165. Hier staat *MEO* echter voor een Portugese aanbieder van televisiediensten.
3. HvJ EU 19 april 2018, zaak C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA/Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2018:270.

ook dat GDA aan MEO een hoger tarief berekent dan aan NOS.

MEO dient bij de Portugese mededingingsautoriteit, de AdC, een klacht in tegen GDA betreffende misbruik van machtspositie. De tarieven zouden buitensporig zijn, terwijl GDA bovendien ongelijke voorwaarden toepast tussen MEO en NOS. De AdC onderzoekt de zaak en concludeert dat er onvoldoende aanwijzingen voor misbruik van machtspositie zijn. De AdC overweegt daarbij dat, zelfs als GDA inderdaad over een machtspositie beschikt en het gedrag in kwestie als een ongelijke behandeling voor gelijke prestaties kan worden beschouwd, dit nog niet als misbruik kan worden bestempeld. Omdat de mate van differentiatie gering is en de (extra) lasten door MEO gedragen kunnen worden, kan niet van een verzwakking van de concurrentiepositie van MEO gesproken worden. Daar komt nog bij dat bij wet geregeld is dat partijen, wanneer zij niet tot een akkoord komen, verplicht zijn gebruik te maken van arbitrage en dat de tarieven het resultaat zijn van deze arbitrageprocedure. GDA heeft simpelweg de door de scheidsrechterlijke beslissing vastgestelde prijzen toegepast.

MEO stelt vervolgens beroep in tegen de beslissing van de AdC met als argument dat bij de beoordeling van de ongelijke behandeling de Autoriteit de verkeerde toets heeft gehanteerd. In plaats van te onderzoeken of door differentiatie de concurrentie *kan* worden vervalst heeft de AdC volgens MEO onderzocht of er *feitelijk* sprake was van een *significante* en *kwantificeerbare* verstoring van de mededinging. Deze Portugese rechter stelt vervolgens acht gedetailleerde vragen over discriminatie aan het Hof van Justitie die in feite neerkomen op de vraag wat nu de juiste toets is in dit kader. Advocaat-generaal Wahl herformuleert ze als volgt: kunnen gedifferentieerde prijzen onder artikel 102 VWEU beoordeeld worden? Zo ja, onder welke voorwaarden? En geldt hierbij een merkbaarheidsvereiste? Dit mogen open deuren lijken, maar deze vorm van discriminatie is nooit eerder bij het Hof van Justitie aan de orde geweest, dus ze staan hooguit op een kier. Centraal bij de beantwoording van de vragen staat de uitleg van het begrip ‘nadeel bij de mededinging’.

Conclusie advocaat-generaal

Advocaat-generaal Wahl maakt allereerst duidelijk dat tariefdiscriminatie op zich, vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht, niet problematisch is. De reden is dat prijsdiscriminatie niet altijd nadelig is voor de mededinging. Hoewel oppervlakkige lezing van artikel 102 sub c VWEU wellicht anders doet vermoeden, is ook een onderneming met een machtspositie niet verplicht om uniforme tarieven in rekening te brengen. Differentiatie en discriminatie als zodanig zijn in het Europese mededingingsrecht niet verboden. Dat recht beoogt immers de mededinging te beschermen en niet de concurrenten. ‘Tariefdiscriminaties mogen enkel worden

bestraft indien zij daadwerkelijk of potentieel een mededingingsverstoring effect hebben.’⁴ Ook als een marktdeelnemer daadwerkelijk wordt benadeeld, wordt de concurrentie niet noodzakelijkerwijs verstoord. Of de concurrentie verstoord is moet dan ook worden onderzocht: ‘steeds moeten de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van het gelaakte gedrag in het licht van alle omstandigheden van het concrete geval worden onderzocht’.⁵

Advocaat-generaal Wahl is van mening dat bij deze analyse een onderscheid moet worden gemaakt tussen ‘eerstelijns’- en ‘tweedelijns’-discriminatie. We spreken van eerstelijnsdiscriminatie als de onderneming met een machtspositie een directe concurrent discrimineert. In het onderhavige geval gaat het over tweedelijnsdiscriminatie, MEO is immers geen directe concurrent van GDA. Bij verticale integratie zou van eerstelijnsdiscriminatie gesproken kunnen worden, maar daarvan is in dit geval geen sprake. Volgens advocaat-generaal Wahl is er bij *tweedelijnsdiscriminatie* minder snel reden om verstoring van de mededinging aan te nemen. Hij stelt namelijk dat het in dit geval weinig rationeel lijkt voor de onderneming met machtspositie om de concurrentie stroomafwaarts te verminderen: ‘Een dergelijke onderneming heeft er immers alle belang bij dat die laatste markt zeer concurrentieel is om haar onderhandelingsmacht als verkoper van de betrokken producten of diensten te behouden.’⁶ Dit zou ook verklaren waarom zaken zoals *MEO* schaars zijn.

Met verwijzing naar zijn conclusie in *Intel* stelt advocaat-generaal Wahl verder dat het onderzoek of tariefdifferentiatie de mededinging schaadt niet formalistisch kan zijn; de analyse is ‘zeer casuïstisch en zij moet dat ook blijven’.⁷ Maar een daadwerkelijke verstoring van de mededinging hoeft niet te worden aangetoond, zoals volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Wel van belang is het onderscheid tussen de effecten op de concurrent en de effecten op de mededinging. Een effect op de winstgevendheid van de concurrent is niet automatisch een effect op diens concurrentiepositie, en zo lang die concurrentiepositie niet geschaad wordt, kan ook de mededinging op de markt niet verstoord worden. Advocaat-generaal Wahl suggereert ook nog naar de begunstigden van concurrentie te kijken en dat discriminatie alleen onder het verbod van artikel 102 sub c VWEU valt ‘wanneer bewezen is dat het de mededinging kan beperken en het welzijn van de consumenten kan schaden’.⁸

Vermeldenswaard is ten slotte nog dat advocaat-generaal Wahl, voordat hij ingaat op de vragen van de verwijzende rechter, relatief uitgebreid stil staat bij de feiten van deze zaak. Hij maakt daarbij duidelijk dat hij niet overtuigd is dat GDA, hoewel monopolist, een machtspositie heeft, en dat hij de indruk heeft dat mogelijk niet van

4. Conclusie A-G 20 december 2017, zaak C-525/16, *MEO*, ECLI:EU:C:2017:1020, punt 63.

5. Conclusie, punt 70.

6. Conclusie, punt 79.

7. Conclusie, punt 93.

8. Conclusie, punt 64.

gelijkwaardige prestaties voor MEO en NOS gesproken kan worden. De advocaat-generaal vermeldt ook, vermoedelijk niet zonder reden, dat in de betwiste periode het marktaandeel van MEO van 25 naar 40 procent is gegaan.

Het arrest

Dit is voor zover wij het kunnen overzien de eerste keer dat het Hof van Justitie iets zegt over discriminatie waarbij geen sprake is van verticale integratie, en waarin dus louter sprake is van tweedelijnsdiscriminatie. Het Hof van Justitie maakt allereerst duidelijk dat ook een dergelijke zaak binnen de reikwijdte van artikel 102 VWEU valt: 'Het is aldus niet noodzakelijk dat de onrechtmatige gedraging effect heeft op de concurrentiepositie van de onderneming met een machtspositie zelf, op dezelfde markt waarop zij actief is en ten opzichte van haar eventuele eigen concurrenten.'⁹ De zaak is ook bijzonder omdat hierin geen sprake is van uitsluiting in de sterke zin dat MEO dreigt van de markt verdreven te worden; het is zelfs de vraag of de gedraging valt onder wat de Commissie bestempelt als een 'concurrentieverstorende afscherming'.¹⁰ Het Hof van Justitie maakt dus duidelijk dat ook situaties waarbij een onderneming met machtspositie de concurrentie tussen niet gelieerde afnemers verstoort onder het verbod van artikel 102 VWEU vallen.

Het Hof van Justitie kiest grotendeels dezelfde lijn als de advocaat-generaal. Ten eerste herinnert het Hof van Justitie eraan dat uit zijn rechtspraak volgt dat het discriminatieverbod van artikel 102 sub c VWEU tot doel heeft te verzekeren dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Gedrag dat alleen discriminerend is maar niet concurrentieverstorend wordt dus niet door het verbod van artikel 102 VWEU geraakt. Dat een marktpartij benadeeld wordt, impliceert niet automatisch dat de mededinging wordt, of zou kunnen worden, vervalst. Helaas is de Nederlandstalige versie van de tekst op dit cruciale punt verwarrend. Zo wordt het Hof van Justitie in de mond gelegd dat van een verstoring alleen sprake kan zijn als de onderneming met machtspositie tot *doel* heeft de concurrentieverhouding scheef te trekken.¹¹ Deze formulering suggereert dat er de intentie moet zijn om de concurrentie te verstoren. Maar de versies in de Franse werktal van het Hof van Justitie (*qu'il tend à fausser*), in de Portugese procestaal van deze zaak (*mas ainda suscetível de falsear esta relação de concorrência*), en in het alom geraadpleegde Engels (*tends to distort*) maken duidelijk dat het om een heel andere toets gaat, nl. of het gedrag de *neiging* heeft om

de concurrentie te verstoren, of daarnaar tendeert. In onze visie impliceert 'de neiging hebben' een ruimere toets dan 'tot doel hebben', zodat hieronder eerder sprake zal zijn van verstoring van de mededinging. Bovendien raakt men zo niet verzeild in discussies over doelbeperkingen bij misbruik van machtspositie. Niet alleen wordt deze storende vertaalfout enkele malen in het arrest zelf herhaald, zij komt ook al voor in de Nederlandse tekst van het arrest *British Airways* uit 2007 waarnaar hier wordt verwezen.¹² Wij doen daarom als suggestie aan de vertalers om verder 'kopiëren en plakken' op dit punt een halt toe te roepen.

Ook wat betreft de bepaling van een nadeel bij de mededinging volgt het Hof van Justitie de advocaat-generaal: het is van belang 'om alle relevante omstandigheden te onderzoeken teneinde vast te stellen of een prijsdiscriminatie leidt tot, of kan leiden tot, een nadeel bij de mededinging'.¹³ Het Hof van Justitie houdt dus vast aan eerdere rechtspraak dat een merkbaarheidstoets voor de toepassing van artikel 102 VWEU niet is vereist.¹⁴ Daarom wordt ook geen bewijs van een daadwerkelijke en kwantificeerbare verslechtering van de mededinging geëist. Het is dus niet nodig een concreet effect en causaal verband met de mededingingsbeperking aan te tonen.

Tot zover is het arrest helder, maar over de vraag *hoe* dan bepaald kan worden of de concurrentie op de stroomafwaartse markt verstoord wordt, creëert het arrest meer mist dan duidelijkheid, zoals wij in het onderstaande commentaar nader zullen illustreren. Het lijkt wel alsof het Hof van Justitie zijn advocaat-generaal niet begrepen heeft, in ieder geval maakt het Hof van Justitie niet het duidelijke onderscheid tussen 'verstoring van de mededinging', 'verstoring van de mededingingspositie van de concurrent' en de 'benadeling van de concurrent', waarvoor advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie een lans breekt. Verschillende overwegingen in het arrest lijken dan ook tegenstrijdig te zijn.

Commentaar

Het arrest schept duidelijkheid over het discriminatieverbod in een B2B-context: geen enkel bedrijf is op grond van de Europese mededingingsregels verplicht om uniforme tarieven te hanteren. Op markten waar bedrijven onderling handelen, wordt artikel 102 VWEU alleen (mogelijk) overtreden als discriminatie de concurrentie kan verstoren. Daar staat tegenover dat verticale integratie kennelijk geen vereiste is voor discriminatie in mededingingsrechtelijke zin. Daaruit volgt dat het begrip discriminatie breder is dan tot dusver werd verondersteld.

9. MEO, r.o. 24.

10. 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, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN).

11. MEO, r.o. 25, 26, 27, 35.

12. HvJ EG 15 maart 2007, zaak C-95/04 P, *British Airways/Commissie*, ECLI:EU:C:2007:166, r.o. 144.

13. MEO, r.o. 28.

14. Eerder HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-23/14, *Post Danmark A/S/Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651, r.o. 73.

Met dit arrest zijn echter zeker niet alle prangende vragen over discriminatie beantwoord: bijvoorbeeld of discriminatie op B2C-markten onder het misbruikverbod van artikel 102 VWEU valt. Enerzijds concurreren eindverbruikers meestal niet direct met elkaar, zodat het arrest de interpretatie toestaat dat prijsdiscriminatie op B2C-markten mededingingsrechtelijk onproblematisch is. Anderzijds kan prijsdiscriminatie als een vorm van uitbuiting van consumenten, of bepaalde consumentengroepen, gezien worden, maar daar gaat dit arrest niet over.¹⁵

Een verder belangrijk conceptueel element in deze zaak is dat het Hof van Justitie hiermee de discriminatie als derde categorie naast het gangbare binaire onderscheid uitsluiting/uitbuiting verder vorm geeft. Bij deze discriminatie, die niet valt onder uitsluiting of uitbuiting, moet volgens Faull en Nikpay gedacht worden aan (1) geografisch onderscheid dan wel naar nationaliteit: een vorm van marktsegmentatie die in EU-mededingingsrecht extra kritisch wordt bekeken; dan wel (2) marktverstoringende discriminatie, de categorie waar wij ons in het *MEO*-arrest mogelijk bevinden, en waar met name het nadeel voor de mededinging omstreden zou zijn.¹⁶

Enkele onduidelijkheden

Toch lijkt het arrest op een aantal punten onvoldoende doordacht. Het is daarom maar de vraag in hoeverre de verwijzende rechter echt geholpen is met het antwoord op de gestelde vragen.¹⁷ Hieronder gaan wij eerst in op een tweetal onduidelijkheden en daarna op de economische dimensie van het arrest.

• Merkbaarheid

Het arrest maakt duidelijk dat geen daadwerkelijke effecten hoeven te worden aangetoond. Wel is in ieder geval duidelijk dat er minimaal een *mogelijk* negatief effect op de concurrentie tussen de afnemers moet zijn. Alleen het bestaan van een direct nadeel is onvoldoende. Bovendien volgt het Hof van Justitie de suggestie van de advocaat-generaal dat alleen als de tariefdifferentiatie *significante* gevolgen heeft voor de kosten, winsten of winstgevendheid van de benadeelde partij, mogelijk sprake is van effect op de concurrentiepositie van die partij.¹⁸ Hiermee wil het Hof van Justitie enerzijds het beginsel dat geen sprake is van een merkbaarheidsvereiste bij misbruik van economische machtspositie saveuren maar anderzijds toch de economische relevantie van het gedrag benoemen zonder te treden in de daadwerke-

lijke effecten. Het ziet ernaar uit dat deze aanpak praktisch moeilijk werkbaar is terwijl tegelijkertijd noch de rechtszekerheid noch de economische logica van het mededingingsrecht ermee recht gedaan wordt.

• Welke even efficiënte concurrent?

Ook lijkt het door advocaat-generaal Wahl beklemtonde onderscheid tussen eerstelijns- en tweedelijnsdiscriminatie op bepaalde punten toch aan het Hof van Justitie voorbijgegaan te zijn. Dit leidt tot onduidelijkheid. Het beste voorbeeld is de tekst bij rechtsoverweging 31 van het arrest waarin het Hof van Justitie spreekt over de mogelijkheid om onderzoek te doen naar 'het eventuele bestaan van een strategie die erop gericht is een van haar handelspartners, die minstens zo efficiënt is als zijn concurrenten, uit de stroomafwaartse markt te verdrijven (zie naar analogie arrest van 6 september 2017, *Intel/Commissie*).¹⁹

Het Hof van Justitie acht daarbij echter niet alleen de machtspositie en onderhandelingsmacht van partijen maar ook (en hier ligt het probleem) het eventuele bestaan van een strategie om een even efficiënte concurrent uit de stroomafwaartse markt te verwijderen relevant. Hiermee wordt de *Intel*-lijn expliciet doorgetrokken, op een voor ons onbegrijpelijke manier – namelijk zonder dat duidelijk is wat de even efficiënte concurrent in een discriminatiecontext zonder verticale integratie te zoeken heeft. Of gaat het hier om de beide niet geïntegreerde concurrenten onderling?²⁰ Waartoe dient dan een dergelijke strategie? Advocaat-generaal Wahl suggereert dat een dergelijke handelwijze juist tegenmacht van de bevoordeelde concurrent bevordert en dus niet rationeel is. Ook dit roept vraagtekens op.

Daarom onderzoeken wij bij de economische aspecten of er voor een onderneming met een machtspositie toch prikkels zouden kunnen zijn om op deze manier te discrimineren.

Economische aspecten

Hier bespreken we drie aspecten: (1) het onderscheid tussen monopolie en machtspositie, (2) de bewering van advocaat-generaal Wahl dat in een ('tweedelijns'-)context als deze de onderneming met machtspositie geen enkel belang heeft bij het verstoren van de concurrentie op de stroomafwaartse markt, die door het Hof van Justitie zonder verder verdere motivering wordt overgenomen, en (3) het bepalen of van een verstoring van de concurrentie sprake is. In vergelijking met het arrest is de conclusie van advocaat-generaal Wahl (in ieder geval voor een econoom) een mooi en consistent verhaal. Weliswaar kunnen bij de wellicht belangrijkste economische

15. Zie ook E. van Damme, I. Graef en W. Sauter, 'Big data, prijsdiscriminatie en mededinging', *M&M* 2018/3, p. 114-123, alsmede Oxera Agenda mei 2018, *Discrimination or differentiation? Price discrimination as an abuse of dominance*.

16. Zie J. Faull en A. Nikpay (red.), *The EU law of competition*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 525-538, met verwijzing onder meer naar Gerecht 12 december 2000, zaak T-128/98, *Aéroports de Paris/Commissie*, ECLI:EU:T:2000:290.

17. *MEO*, r.o. 36: 'Het staat aan de verwijzende rechter om in het licht van alle voorgaande overwegingen vast te stellen of de tariefdifferentiatie in het hoofdgeding voor *MEO* een nadeel kon opleveren bij de mededinging.'

18. *MEO*, r.o. 34.

19. HvJ EU 6 september 2017, zaak C-413/14 P, *Intel Corp./Commissie*, ECLI:EU:C:2017:632, r.o. 139, en de daar aangehaalde rechtspraak.

20. Eerder heeft Jotte Mulder in dit blad de recente Nederlandse *Funda*-zaak besproken waarin de Rechtbank Amsterdam de conclusie van A-G Wahl in *MEO* nauw heeft gevolgd. Een fundamenteel verschil tussen *Funda* en *MEO* is dat hier wel sprake is van (een zekere mate van) verticale integratie tussen de *Funda Website* en de Nederlandse Vereniging van Makelaars (NVM), en dus van eerstelijnsdiscriminatie. Rb. Amsterdam 21 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1654 (*VBO e.a./Funda BV en NVM*).

bewering van Wahl kanttekeningen geplaatst worden, maar het argument is zeker dusdanig helder neergezet dat het beoordeeld en aangevallen kan worden.

- *Monopolie en machtspositie*

Interessant is, zoals hiervoor al gesteld, dat advocaat-generaal Wahl ook op de machtspositie ingaat, hoewel daarover geen vragen werden voorgelegd. Dat een monopolist niet altijd over een machtspositie beschikt, was vermoedelijk ook vóór dit arrest wel al duidelijk,²¹ maar het kan geen kwaad dit inzicht nogmaals voor het voetlicht te brengen. Dit inzicht is ook consistent met de economische wetenschap.

Zoals bekend is een machtspositie een positie 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 onafhankelijk te gedragen.²² Economisch gezien betekent dit dat de onderneming weinig concurrentiedruk ondervindt en dus over wezenlijke marktmacht beschikt. De economische theorie leert dat marktaandeel een zeer imperfecte indicatie van marktmacht is, of kan zijn. Bij afwezigheid van toetredingsdrempels of bij het bestaan van significante inkoopmacht heeft ook een monopolist geen marktmacht.

In de onderhevige situatie staat het feitelijke monopolie van GDA niet ter discussie en wordt ook niet gesproken over de mogelijke betwistbaarheid van die positie. Maar als MEO en/of NOS onderhandelingsmacht heeft dan kan GDA zich niet onafhankelijk daarvan gedragen en heeft zij mogelijk dus geen dominante positie. Ook de wettelijke bepaling dat bij een tariefconflict een scheidsrechter moet worden ingeroepen en dat diens beslissing gevolgd moet worden impliceert dat GDA zich niet volledig onafhankelijk van MEO en NOS kan gedragen. Ook een gereguleerde monopolist beschikt (als gevolg van de regulering) niet noodzakelijk over een machtspositie. Maar het loutere bestaan van regulering, of arbitrage, en de mogelijkheid dat MEO en/of NOS onderhandelingsmacht heeft, sluit natuurlijk niet uit dat in de praktijk alle macht toch bij GDA zou kunnen liggen. Onderzoek is dus steeds nodig om te bepalen of een monopolist een machtspositie heeft.

Meer algemeen speelt de vraag naar de relatie tussen marktmacht en onderhandelingsmacht. Veronderstel dat alleen NOS over substantiële onderhandelingsmacht beschikt ten opzichte van GDA en stel dat dit leidt tot lagere tarieven voor NOS en hogere voor MEO. Veronderstel tevens dat dit leidt tot de constatering dat als gevolg van de tegenmacht GDA geen economische machtspositie heeft in de zin van onafhankelijk gedrag.

21. Zie bijvoorbeeld de *mobile terminating*-uitspraak van het CbB van 29 augustus 2006, waar bij marktaandelen van 100 procent geen machtspositie bewezen werd geacht, wegens voldoende *countervailing power* vanuit de vraagzijde van de markt. CbB 29 augustus 2006, AWB 05/903 en 05/921 tot en met 05/931, ECLI:NL:CBB:2006:AY7997.

22. HvJ EG 14 februari 1978, zaak C-27/76, *United Brands Company en United Brands Continentaal/Commissie*, ECLI:EU:C:1978:22, r.o. 65, en HvJ EG 13 februari 1979, zaak C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co/Commissie*, ECLI:EU:C:1979:36, r.o. 38.

Maar dit sluit niet uit dat GDA nog steeds een onderhandelingsmacht over MEO heeft mede gezien de exclusieve rechten waarover zij beschikt. Kan, in dit hypothetische geval, MEO in het mededingingsrecht een basis vinden om zich te beklagen, of is MEO dan volledig aangewezen op de welwillendheid van de arbiter in het tariefgeding?

- *Heeft GDA belang bij het verstoren van de concurrentie tussen NOS en MEO?*

Advocaat-generaal Wahl stelt hierover het volgende:

‘De enige entiteit die in casu vanuit mededingingsoogpunt voordeel kan trekken uit een eventuele discriminatie op de stroomafwaartse markt, is eventueel de marktdeelnemer die het vermeend voordeel van lagere prijzen heeft genoten, in casu NOS. Ik kan daarentegen moeilijk begrijpen hoe GDA direct of indirect voordeel kan trekken uit een dergelijke differentiatie. (...) [GDA] heeft er immers alle belang bij dat die laatste markt zeer concurrentieel is om haar onderhandelingsmacht als verkoper van de betrokken producten of diensten te behouden. (...) Het lijkt dus weinig rationeel voor laatstgenoemde om de concurrentiedruk die haar handelspartners op de stroomafwaartse markt op elkaar uitoefenen, te vermindere[n].’²³

Het Hof van Justitie neemt de juistheid van dit economisch klinkende argument als gegeven en vermeldt stellig dat een onderneming met een machtspositie in beginsel geen belang heeft bij het verdrijven van de markt van een afnemer.²⁴ Maar de economische wetenschap maant hier tot voorzichtigheid. Ten eerste is Wahl’s argument gebaseerd op de aanname dat de onderhandelingsmacht van GDA (veel) groter is als de stroomafwaartse markt competitiever is, en dat GDA zich in dat geval een groter deel van het surplus kan toe-eigenen. Economisch gezien hoeft er echter niet direct een relatie te zijn tussen de onderhandelingsmacht en het relatieve aantal spelers dat op een marktzijde actief is. Ten tweede is Wahl’s argument onvolledig: het negeert het feit dat op een minder competitieve markt meer winst gemaakt wordt. GDA heeft de keuze tussen een deel van een kleinere taart en een mogelijk kleiner deel van een grotere, zodat a priori niet duidelijk is wat voor haar het beste is.²⁵ Ook een niet verticaal geïntegreerde monopolist op de stroomopwaartse markt kan derhalve belang hebben bij het verstoren van de concurrentie op de stroomafwaartse markt. Het verschil tussen eerstelijns- en tweedelijnsdiscriminatie lijkt daarom minder groot dan advocaat-generaal Wahl meent en dan het Hof van Justitie aanneemt.

23. Conclusie, punt 54 en punt 79.

24. *MEO*, r.o. 35.

25. Schrijf W_k voor de totale winst die gemaakt wordt als op de stroomafwaartse markt k bedrijven actief zijn ($k = 1, 2$) en schrijf λ_k voor de onderhandelingsmacht van GDA in deze situaties. Bij een duopolie kan GDA zich het deel $\lambda_2 W_2$ toe-eigenen, bij een monopolie $\lambda_1 W_1$. Niet uitgesloten kan worden dat de monopoliewinst veel groter is dan de winst bij een duopolie en dat bijgevolg $\lambda_1 W_1 > \lambda_2 W_2$.

- *De toets om te bepalen of van verstoorde concurrentie sprake is*

Dit is volgens ons het lastigste onderdeel van het arrest. In *Funda* worstelde de Rechtbank Amsterdam ook met deze vraag, zoals de annotatie van Jotte Mulder in het voorgaande nummer van *Markt & Mededinging* laat zien.²⁶ De rechtbank baseerde zich op de conclusie van Wahl, omdat destijds het arrest nog niet beschikbaar was. Mulder stelt:

‘(...) in de waardering van het bewijs lijkt de rechtbank in deze zaak op zoek te zijn naar een bevestiging dat sprake is van een *daadwerkelijke* aantasting van het *vermogen effectieve concurrentiedruk* op de bevoordeelde handelspartners uit te oefenen. Dat is een hogere standaard dan de (significante doch) *potentiële nadelige aantasting van de mededingingspositie* die vereist wordt door het Hof van Justitie.’

Artikel 102 sub c VWEU stelt dat discriminatie door een partij met machtspositie verboden is als dit een handelspartner een nadeel berokkent bij de mededinging. Deze bepaling kan op minstens vier verschillende manieren in een toets vertaald worden:

1. Een handelspartner wordt nadeel berokkend.
2. De concurrentiepositie van een handelspartner wordt nadelig beïnvloed.
3. De mededinging wordt vervalst.
4. Er is sprake van een daadwerkelijke en kwantificeerbare verstoring van de mededinging.

Elk van deze varianten komt in het arrest aan de orde, maar ze worden niet altijd even goed onderscheiden. Het arrest maakt duidelijk dat discriminatie van afnemers alleen misbruik kan zijn als deze de concurrentie tussen de afnemers verstoort. De juiste toets is dus de derde van de vier genoemde. Het Hof van Justitie stelt verder ook dat: ‘Voor de vaststelling van een dergelijk “nadeel bij de mededinging” is geen bewijs van een daadwerkelijke en kwantificeerbare verslechtering van de mededingingspositie vereist’.²⁷ Zoals ook hiervoor al besproken moet dus geen merkbaar effect worden aangetoond. De vierde variant, die de Portugese mededingingsautoriteit beweerdelijk had gebruikt, is dus niet juist.

Maar dat laat de vraag open hoe bepaald kan worden of aan (3) voldaan is. Het arrest stelt:

‘(...) die vaststelling moet worden gebaseerd op een analyse van alle relevante omstandigheden van het concrete geval die de slotsom rechtvaardigt dat die gedraging invloed heeft op de kosten, winsten, of enig ander relevant belang van een of meer van voornoemde partners, zodat deze gedraging die mededingingspositie kan aantasten.’²⁸

26. J. Mulder, ‘Wat is een nadeel voor de mededinging en wie bepaalt dat? Over de rol van deskundigen en de bewijsstandaard in het kader van discriminatie door een dominant platform’ *M&M* 2018/4, p. 170-177.

27. *MEO*, r.o. 37.

28. *MEO*, r.o. 37.

In feite is dit de tweede van de vier genoemde mogelijkheden. Het idee lijkt te zijn dat als het concurrentievermogen van een handelspartner verzwakt wordt, ook de mededinging wordt aangetast; wellicht zijn beide zelfs equivalent en is variant (2) dus slechts een herformulering van variant (3).

Daar is iets voor te zeggen, maar de vraag is dan hoe de concurrentiepositie (of het *concurrentievermogen*) geoperationaliseerd moet worden. In dit opzicht is de formulering van het Hof van Justitie uiterst ongelukkig en wel omdat de enige effecten die het Hof van Justitie expliciet noemt niet of niet direct de *concurrentiepositie* van de handelspartner beïnvloeden. Zo is de hoogte van de winst grotendeels irrelevant voor de *concurrentiekracht*, in ieder geval op de korte termijn, en moet bij de kosten zeker een onderscheid gemaakt worden tussen vaste kosten en variabele. Vaste kosten hebben, op de korte termijn, geen invloed op de intensiteit van de mededinging. De formuleringen van het Hof van Justitie wijzen dus in de richting van variant (1) van de toets, maar deze is zeker niet equivalent met variant (2). Anders geformuleerd, in plaats van te focussen op de bescherming van de concurrentie, richt het Hof van Justitie zich meer op de bescherming van de benadeelde concurrent.²⁹

Een vraag die verder overblijft, is of de tweede variant van de toets daadwerkelijk equivalent is met de derde, dan wel of (3) ook direct geverifieerd zou kunnen worden. In zijn conclusie doet advocaat-generaal Wahl een voorstel hoe dit laatste zou kunnen gebeuren. Hij schrijft dat discriminatie alleen als misbruik zou moeten worden bestempeld als ‘bewezen is dat het de mededinging kan beperken en het welzijn van de consumenten kan schaden’.³⁰ Het Hof van Justitie gaat niet in op de suggestie dat de consumentenwelvaart als criterium zou kunnen gelden voor de bepaling of de mededinging beperkt is (of kan worden). Het Hof van Justitie beperkt zich tot de effecten op de betrokken bedrijven. Het Hof van Justitie kijkt dus vooral naar de *inputs* bij het concurrentieproces, terwijl de *outputs* van groter belang lijken.

Vanuit economisch perspectief is het principe helder. Op een markt is de concurrentie verstoord als de marktuitkomst slechter is dan deze zou kunnen zijn. We beoordelen die uitkomst in eerste instantie aan wat de markt voor de afnemers oplevert, en, wat verder weg, voor de eindverbruikers. In het onderhavige geval gaat het dan over de vraag welke effecten de gedragingen van GDA heeft op de afnemers van MEO en NOS: betalen de adverteerders en/of kijkers meer, en hoe wordt de kwaliteit van het televisieaanbod beïnvloed? Het zijn deze uitkomsten die tellen, niet de winsten en de kosten die slechts bijkomstig zijn. Juristen hoeven economen niet te volgen in hun kwantificeringsdrift, maar dat zou hen niet moeten beletten om in ieder geval dezelfde kant uit te kijken.

29. A-G Wahl stelt: ‘Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, beogen de mededingingsregels de mededinging te beschermen en niet de concurrenten.’ Opvallend genoeg onderbouwt hij deze bewering niet met verwijzingen. Conclusie, punt 62.

30. Conclusie, punt 64.

Conclusie

Deze op het oog overzichtelijke uitspraak onderschrijft de mogelijkheid tot het vaststellen van discriminatie in een vorm die niet past binnen het binaire kader van uitsluiting en uitbuiting. Dat is interessant. De merkbaarheid en effecten van gedrag als zodanig hoeven volgens dit arrest in misbruikzaken nog steeds niet te worden aangetoond. Maar in de redenering die deze punten onderbouwt, roept het arrest, hoewel economisch *angehaucht*, juist qua economische logica vragen op.