



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Getrouwheidskortingen na het Intel-arrest

Wijck, P.W. van

Citation

Wijck, P. W. van. (2023). Getrouwheidskortingen na het Intel-arrest. *Sew: Tijdschrift Voor Europees En Economisch Recht*, 2023(10), 417-424. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3725153>

Version: Accepted Manuscript

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3725153>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Getrouwheidskortingen na het *Intel*-arrest

*P.W. van Wijck**

* Dr. Peter van Wijck is universitair hoofddocent rechtseconomie aan de Universiteit Leiden.

Het Intel-arrest uit 2017 markeert een verschuiving van een 'form-based-benadering' naar een meer economische 'effects-based-benadering' in de mededingingsrechtelijke benadering van getrouwheidskortingen. Drie recente uitspraken van het Gerecht (Intel (Renvoi), Qualcomm en Google Android) bevestigen de verschuiving. Deze verschuiving gaat gepaard met een afname van de kans op vals-positieven en een toename van de kans op vals-negatieven. Mededingingsautoriteiten zullen scherpere prioriteiten in de handhaving moeten stellen.

1. Inleiding

Het Europese mededingingsbeleid is gericht op verschillende doelen, zoals de bevordering van welvaart, de bescherming van eerlijke mededinging en de bevordering van de interne markt.¹ Het gewicht dat aan de verschillende doelstellingen wordt gehecht, is aan verandering onderhevig. Kenmerkend voor de 'more economic approach' is dat de Europese Commissie zich, ruwweg sinds 2000, expliciet op de bevordering van de welvaart van consumenten is gaan richten.²

Besluitvorming van mededingingsautoriteiten is te zien als besluitvorming op basis van onvolledige informatie. Het is onvermijdelijk dat daarbij 'valspositieven' en 'valsnegatieven' optreden. Valspositieven kunnen, in aansluiting op de 'more economic approach', worden gedefinieerd als gevallen waarin activiteiten die bijdragen aan consumentenwelvaart worden verboden. Van valsnegatieven is sprake indien activiteiten die afbreuk doen aan consumentenwelvaart niet worden verboden. De kans op valspositieven en valsnegatieven is afhankelijk van de gehanteerde beslissingsstandaard. Toegepast op beslissingen over de vraag of bepaalde gedragingen van ondernemingen met een dominante positie als misbruik moeten

¹ Zie bijvoorbeeld: A. Jones, B. Sufrin & N. Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019.

² Zie bijvoorbeeld: A.C. Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford: Bloomsbury 2016.

worden gekwalificeerd: hoe meer informatie vereist is om tot misbruik te kunnen concluderen, des te kleiner de kans op valspositieven en des te groter de kans op valsnegatieven. In het algemeen bestaat er een afruil tussen de kans op valspositieven en valsnegatieven. In de zogenoemde ‘error costs approach’ gaat het om de vraag of de beslissingsstandaard zodanig is dat deze leidt tot de laagst mogelijke som van verwachte kosten die voortvloeien uit valspositieven en valsnegatieven.³ De kosten van valspositieven bestaan uit het welvaartsverlies dat ontstaat door het verbieden van activiteiten die een welvaartswinst zouden opleveren. En de kosten van valsnegatieven bestaan uit het welvaartsverlies dat ontstaat doordat activiteiten die afbreuk doen aan de welvaart juist niet worden verboden. De optimale standaard leidt tot een minimalisatie van de verwachte kosten. De gekozen afruil tussen de kans op valspositieven en valsnegatieven kan in de tijd veranderen. Een dergelijke verandering is goed te zien in het Europese mededingingsbeleid ten aanzien van getrouwheidskortingen, dat wil zeggen prijssystemen die maken dat afnemers minder moeten betalen naarmate ze meer afnemen.⁴

In *Hoffman-La Roche*⁵ heeft het Hof van Justitie in 1979 de basis gelegd voor de benadering van getrouwheidskortingen.⁶ In deze benadering levert het gebruik van dergelijke exclusiviteitsbedingen door dominante ondernemingen altijd misbruik op en is het niet nodig om diepgaand te onderzoeken of de mededinging daadwerkelijk of waarschijnlijk wordt beïnvloed.⁷ Het Hof volgt hier een ‘form-based-benadering’. Omdat het Hof een diepgaand onderzoek naar werkelijke of waarschijnlijke effecten niet nodig acht, accepteert het Hof een hoge kans op valspositieven. Juist vanwege deze hoge kans op valspositieven is er vanuit economisch perspectief kritiek op de benadering gekomen.

³ Het klassieke artikel over de ‘error costs approach’ is F.H. Easterbrook, ‘The Limits of Antitrust’, *Texas Law Review* (63) 1984, afl. 1. Over de doorwerking na 25 jaar: F.S. McChesney, ‘Easterbrook on Errors’, *Journal of Competition Law & Economics* (6) 2010, afl. 1, p. 11-31.

⁴ Zie: P.W. van Wijck, ‘Getrouwheidskortingen en de weging van valspositieven en valsnegatieven in het mededingingsrecht’, *SEW* 2020, afl. 7/8, p. 432-439.

⁵ HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche/Commissie*).

⁶ A. Jones, B. Sufrin & N. Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 366-367.

⁷ A.C. Witt, ‘The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law: Is the Tide Turning?’, *Antitrust Bulletin* (62) 2019, afl. 2, p. 194.

De Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) heeft in juli 2005 een rapport gepubliceerd, waarin een economische benadering van misbruikzaken wordt bepleit. In het rapport wordt bepleit dat mededingingsautoriteiten een goede weging van de kans op valspositieven en valsnegatieven maken.⁸ De strekking van de op 24 februari 2009 gepubliceerde artikel 102 richtsnoeren is duidelijk: de Commissie wil zich richten op uitsluitingsgedrag dat afbreuk doet aan de welvaart van consumenten en gedrag dat daaraan geen afbreuk doet ongemoeid laten.⁹

Vlak daarna, op 13 mei 2009, heeft de Europese Commissie het *Intel*-besluit gepubliceerd.¹⁰ Het besluit over de vraag of Intel misbruik maakte van een dominante positie was mede gebaseerd op een analyse van de effecten van de door Intel toegepaste getrouwheidskortingen. Daarbij maakte de Commissie gebruik van een ‘as efficient competitor test’ (AEC-test). Intel is tegen het besluit in beroep gegaan. Daarbij voerde Intel aan dat op basis van de door de Commissie uitgevoerde AEC-test niet geconcludeerd kan worden dat de mededinging wordt beperkt. Het Gerecht heeft in zijn arrest van 12 juni 2014 het besluit van de Commissie in stand gehouden.¹¹ Het Gerecht was van oordeel is dat de door Intel verstrekte kortingen het karakter van exclusiviteitskortingen hebben en dat de kwalificatie van een exclusiviteitskorting als misbruik niet afhangt van een analyse van de concrete omstandigheden van de zaak waarmee een potentieel uitsluitingseffect kan worden vastgesteld. Daarom zag het Gerecht geen reden om de effecten van de door Intel gehanteerde kortingssystematiek te onderzoeken. Intel is op 24 augustus 2014 tegen de uitspraak in beroep gegaan. Vervolgens heeft het Hof het arrest van het Gerecht op 6 september 2017 vernietigd.¹² Het centrale punt hierbij was dat ‘het Gerecht bij zijn analyse van de mogelijkheid van mededingingsbeperking door de litigieuze kortingen ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het betoog van Intel waarmee zij opkwam tegen vermeende

⁸ EAGCP, *An economic approach to article 82*, juli 2005, p. 7.

⁹ 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 (*PbEU* 2009, C 45/7). De richtsnoeren zijn recent enigszins geamendeerd. Zie *PbEU* 2023, C 116/1.

¹⁰ Besluit van de Commissie van 13 mei 2009 in zaak COMP/C-3/37.990 – *Intel* (2009/C-227/07).

¹¹ Gerecht EU 12 juni 2014, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547 (*Intel/Commissie*).

¹² HvJ EU 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (*Intel/Commissie*).

fouten van de Commissie in verband met het AEC-criterium'. Het Hof heeft de zaak daarom terugverwezen naar het Gerecht.

Het Gerecht heeft recent uitspraken gedaan die (mede) betrekking hebben op getrouwheidskortingen. Daarbij gaat het om *Intel (Renvoi)*,¹³ *Qualcomm*¹⁴ en *Google Android*.¹⁵ Die uitspraken bieden zicht op de doorwerking van het *Intel*-arrest.

Dit artikel richt zich op de volgende vragen. Welk licht werpen deze uitspraken op de weging van valspositieven en valsnegatieven in de benadering van getrouwheidskortingen? Welke economische implicaties hebben deze arresten? Paragraaf 2 bespreekt de drie genoemde arresten van het Gerecht. Paragraaf 3 biedt een discussie van de drie uitspraken. Eerst komt de weging van foutkansen aan bod. Vervolgens wordt ingegaan op het handhavingstekort, de doorlooptijden en de gedragseffecten. Paragraaf 4 staat stil bij de vraag of we nu toch weer meer in de richting van een ex-ante-benadering bewegen. De laatste paragraaf presenteert de conclusies.

2. Drie recente uitspraken

Deze paragraaf bespreekt de arresten die dateren van na het *Intel*-arrest uit 2017 en die (mede) betrekking hebben op getrouwheidskortingen. De bespreking is erop gericht om zicht te krijgen op de weging van kansen op valspositieven en valsnegatieven.

2.1. Intel (Renvoi)

Op 26 januari 2022 heeft het Gerecht de beschikking waarbij de Europese Commissie op 13 mei 2009 een boete van ruim € 1 miljard aan Intel heeft opgelegd, grotendeels nietig verklaard.

Het arrest van het Gerecht vormt het (voorlopige) sluitstuk van de ruim twintig jaar lopende 'Intel-saga'. Het startschot werd gegeven door een op 18 oktober 2000 door AMD bij de Commissie ingediende klacht over mededingingsbeperkend gedrag van Intel. Daarbij ging het er, onder meer, om dat Intel kortingen aanbood aan vier grote computerfabrikanten (Dell, Lenovo, HP en NEC) onder voorwaarde dat ze vrijwel al hun x86-processoren van Intel afnamen. Een producent die een te klein deel van de processoren van Intel betreft, loopt de korting mis. Bij beschikking van 13 mei 2009 heeft de Commissie aan Intel een boete van

¹³ Gerecht EU 26 januari 2022, T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19 (*Intel/Commissie*).

¹⁴ Gerecht EU 15 juni 2022, T-235/18, ECLI:EU:T:2022:358 (*Qualcomm/Commissie*).

¹⁵ Gerecht EU 14 september 2022, T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541 (*Google/Commissie*).

ruim € 1 miljard opgelegd vanwege misbruik van een economische machtspositie. De schadetheorie van de Commissie komt er in de kern op neer dat de door Intel verstrekte voorwaardelijke kortingen ertoe leiden dat even efficiënte concurrenten van de markt worden uitgesloten. Consumenten zijn daardoor slechter af. Op 22 juli 2009 is Intel in beroep gegaan. Op 12 juli 2014 heeft het Gerecht de door Intel ingediende bezwaren ongegrond verklaard. Op 24 augustus 2014 is Intel in beroep gegaan. Op 6 september 2017 heeft het Hof het arrest van het Gerecht van 12 juni 2014 vernietigd en naar het Gerecht terugverwezen. Naar het oordeel van het Hof was het Gerecht ten onrechte niet ingegaan op de door Intel geuite kritiek op de door de Commissie uitgevoerde ‘as efficient competitor test’ (verder: AEC-test).¹⁶ Op 26 januari 2022 heeft het Gerecht opnieuw uitspraak gedaan. In de nieuwe uitspraak concludeert het Gerecht dat de door de Commissie uitgevoerde AEC-test fouten bevat en niet de conclusie kan dragen dat Intel misbruik heeft gemaakt van een dominante marktpositie. Daarom heeft het Gerecht in 2022 (het grootste deel van) de beschikking van de Europese Commissie van 13 mei 2009 vernietigd.¹⁷

Het arrest heeft, aldus Oxera, een duidelijke boodschap met betrekking tot het gebruik van de AEC-test: ‘if one conducts this test, one needs to ensure that the evidence and the assumptions used as inputs to the test are robust’.¹⁸

¹⁶ De AEC-test kan worden ingezet om na te gaan of het prijsgedrag van een dominante onderneming in staat is om even efficiënte concurrenten van de markt af te schermen. Zie bijvoorbeeld G. Niels, H. Jenkins & J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 160-161, of: R. De Coninck, ‘The as-efficient competitor test: some practical considerations following the ECJ Intel judgment’, *Competition Law & Policy Debate* (4) 2018, afl. 2, p. 73-80.

¹⁷ De ‘Intel-saga’ is hiermee nog niet teneinde. Op 5 april 2022 heeft de Commissie beroep aangetekend tegen het deel van het arrest van het Gerecht dat betrekking heeft op voorwaardelijke kortingen. Bovendien heeft de Commissie op 22 september 2023 opnieuw een boete opgelegd aan Intel (ter grootte van € 376,36 miljoen) voor het gebruik van ‘naked restriction’, waarvan de onwettigheid door het Gerecht was bevestigd. European Commission, ‘Antitrust: Commission re-imposes €376.36 million fine on Intel for anticompetitive practices in the market for computer chips’, persbericht 22 september 2023.

¹⁸ A. Chowdhury e.a., ‘Intel and the AEC test: “Do. Or do not. There is no try.”’, oxera.com, 24 februari 2022, <https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/intel-and-the-aec-test-do-or-do-not-there-is-no-try>.

Het arrest biedt zicht op de interpretatie die het Gerecht aan *Intel* geeft. In de woorden van Auer en Radic: ‘the GC appears to have opted for a maximalist interpretation of *Intel*’.¹⁹ Het Gerecht zag zich genoodzaakt om de effecten van de door Intel gehanteerde voorwaardelijke kortingen in detail te onderzoeken en daarbij alle door het Hof geformuleerde criteria nauwgezet te volgen. In die zin baseert het Gerecht zich op een strikte interpretatie van door het Hof geformuleerde criteria. Verwijzend naar het geval waarin een onderneming met een machtspositie ‘tijdens de administratieve procedure onder overlegging van bewijs, betoogt dat haar gedrag de mededinging niet kan beperken en met name niet de verweten uitsluitingseffecten kan hebben’, schrijft het Gerecht het volgende:

‘Volgens het Hof is de Commissie gehouden om, ten eerste, de omvang van de machtspositie van de onderneming op de relevante markt, ten tweede, de marktdekking van de betwiste praktijk, ten derde, de voorwaarden en de modaliteiten voor het verlenen van de betrokken kortingen, en ten vierde, de duur en de hoogte van de kortingen te onderzoeken, maar is zij, ten vijfde, ook verplicht om na te gaan of er sprake is van een strategie die erop gericht is minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten.’²⁰

Het Gerecht voegt daar nog aan toe:

‘Gelet op de bewoordingen van punt 139 van het arrest in hogere voorziening moet de Commissie, ten minste, deze vijf criteria onderzoeken om te beoordelen of een kortingssysteem als het onderhavige in casu uitsluitingseffecten kan hebben.’²¹

Een belangrijke les uit het arrest van het Gerecht is de volgende: indien de Commissie een AEC-test hanteert om te bepalen of het gebruik van getrouwheidskortingen misbruik van een dominante positie oplevert en de desbetreffende onderneming voldoende onderbouwd beargumenteert dat de AEC-test niet goed is uitgevoerd, dan kan de Commissie niet volstaan met het weerleggen van de argumenten van de onderneming. De Commissie zal dan alsnog zelf met een goede analyse van uitsluitingseffecten moeten komen. Daarmee staat de

¹⁹ D. Auer & L. Radic, ‘The Growing Legacy of *Intel*’, *Journal of European Competition Law & Practice* (14) 2023, afl. 1, p. 15-23.

²⁰ Gerecht EU 26 januari 2022, T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, punt 119 (*Intel/Commissie*).

²¹ Gerecht EU 26 januari 2022, T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, punt 125 (*Intel/Commissie*).

Commissie voor de opdracht om een ‘effects-based-analyse’ uit te voeren. In het algemeen geldt dat een verschuiving van een ‘form-based-benadering’ naar een ‘effects-based-benadering’ leidt tot afname van de kans op valspositieven en een toename van de kans op valsnegatieven.

2.2. Qualcomm

Op 15 juni 2022 heeft het Gerecht het besluit waarbij de Europese Commissie op 24 januari 2018 een boete van bijna € 1 miljard aan Qualcomm heeft opgelegd, nietig verklaard. In augustus 2014 is de Commissie een onderzoek begonnen naar mogelijk mededingingsbeperkend gedrag van Qualcomm. Centraal in deze zaak staan ‘exclusiviteitsbetalingen’ door Qualcomm aan Apple. In 2011 heeft Qualcomm met Apple een overeenkomst gesloten over de levering van breedbandchips. De overeenkomst voorzorg in betalingen door Qualcomm aan Apple op voorwaarde dat Apple zich door Qualcomm volledig zou laten voorzien in de behoefte van Apple aan LTE-chips. De overeenkomst werd beëindigd op 16 september 2016. De vraag waar het in het deze zaak om draait, is of Qualcomm hiermee misbruik heeft gemaakt van een economische machtspositie. Op 24 januari 2018 heeft de Europese Commissie aan Qualcomm een boete van bijna € 1 miljard opgelegd vanwege misbruik van een economische machtspositie.²² Qualcomm heeft een dominante positie op de wereldmarkt voor de desbetreffende chips. Naar het oordeel van de Commissie zijn de exclusiviteitsbetalingen ‘capable of having anticompetitive effects’. De door de Commissie gehanteerde schadetheorie komt er in de kern op neer dat de door Qualcomm verstrekte voorwaardelijke kortingen ertoe leiden dat even efficiënte concurrenten van de markt worden uitgesloten. Consumenten zijn daardoor slechter af. Aan de hand van een AEC-test beargumenteerde Qualcomm dat dat oordeel onjuist is. Vervolgens heeft de Commissie beargumenteerd waarom die AEC-test onjuist is uitgevoerd, maar de Commissie heeft zelf geen AEC-test uitgevoerd.

Qualcomm is op 6 april 2018 tegen het besluit van de Commissie in beroep gegaan. Het Gerecht heeft op 15 juni 2022 het besluit van de Europese Commissie vernietigd. Het Gerecht baseert de conclusie op, ten eerste, een aantal procedurele punten die van invloed zijn op de

²² Besluit van de Commissie van 24 januari 2018 in zaak AT.40220 – *Qualcomm* (2018/C-269/16).

mogelijkheid van Qualcomm om zich te verdedigen en, ten tweede, op de analyse van mededingingsverstorende effecten van de exclusiviteitsbetalingen.²³

Het Gerecht sluit expliciet aan bij eerdere rechtspraak inzake misbruik van een dominante marktpositie. Het Gerecht merkt op dat artikel 102 VWEU een dominante onderneming verbiedt, onder meer, een prijsstrategie te volgen die tot uitsluiting van even efficiënte ondernemingen kan leiden. Daaronder valt de toepassing van een stelsel van getrouwheidskortingen door een onderneming met een machtspositie.²⁴

Het Gerecht voegt hieraan toe:

‘However, in the case where the undertaking concerned submits, during the administrative procedure, on the basis of supporting evidence, that its conduct was not capable of restricting competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects, it is for the Commission to carry out an analysis of the foreclosure capacity of competitors that are at least as efficient (see, to that effect, judgment of 6 September 2017, *Intel v Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, paragraphs 138 to 140).’²⁵

Daarbij moet de Commissie rekening houden met alle relevante omstandigheden van het geval. Een cruciaal punt in het onderhavige geval is, dat er geen enkele andere concurrent was die in staat was op afzienbare termijn de chipsets te leveren waaraan Apple behoefte had. Zo bezien, was het dus onmogelijk dat een ‘as efficient competitor’ zou worden uitgesloten door het gebruik van de exclusiviteitsbetalingen.

Ook hier staat dus, overeenkomstig de formulering in *Intel (Renvoi)*, dat het in dergelijke gevallen aan de Commissie is om aan te tonen dat het gedrag van Qualcomm kan leiden tot uitsluiting van een even efficiënte concurrent.

Relevant voor de vraagstelling van dit artikel, is dat het Gerecht de verschuiving in de weging van de kans op valspositieven en valsnegatieven bevestigt.

²³ Dit is de kernachtige formulering uit het persbericht van het Hof van 15 juni 2022, nr. 99/22, zie <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-06/cp220099en.pdf>

²⁴ Gerecht EU 15 juni 2022, T-235/18, ECLI:EU:T:2022:358, punten 349-353 (*Qualcomm/Commissie*).

²⁵ Gerecht EU 15 juni 2022, T-235/18, ECLI:EU:T:2022:358, punt 354 (*Qualcomm/Commissie*).

2.3. Google Android

Op 14 september 2022 heeft het Gerecht het besluit waarbij de Europese Commissie op 18 juli 2018 een boete van ruim € 4 miljard aan Google heeft opgelegd, grotendeels in stand gelaten. Dat geldt echter niet voor het deel van het besluit dat betrekking heeft op exclusiviteitsbetalingen.

Het beginpunt van deze zaak is gelegen in een op 25 maart 2013 door FairSearch ingediende klacht. De klacht betreft mogelijk mededingingsbeperkend gedrag van Google, waarbij Google misbruik maakt van een dominante positie op de markt voor ‘operating systems’ teneinde een dominante positie op de mobiele markt voor zoekmachines te verwerven. Bij besluit van 18 juli 2018 heeft de Commissie aan Google een boete van ruim € 4 miljard opgelegd.²⁶

De Commissie constateert drie typen contractuele restricties. Ten eerste zijn er restricties in de ‘Mobile Application Distribution Agreements’ (MADA’s), waarin Google als voorwaarde voor het verkrijgen van een licentie om de Play Store-app te gebruiken vereist dat ‘Original Equipment Manufacturers’ (OEM’s) de Google Search-app en de Chrome-browsers-app voorinstalleren. In de tweede plaats zijn er restricties in de ‘Anti-Fragmentation Agreements’ (AFA’s), waarin Google als voorwaarde voor het voorinstalleren van Google-apps vereist dat OEM’s alleen toestellen verkopen waarop door Google goedgekeurde versies van Android werken. En ten derde zijn er restricties in de ‘Revenue Share Agreements’ (RSA’s), waarbij Google aan OEM’s en ‘Mobile Network Operators’ (MNO’s) een percentage van reclame-inkomsten betaalt, onder voorwaarde dat deze producenten geen zoekmachines van concurrerende aanbieders voorinstalleren op toestellen binnen een overeengekomen portfolio. Bij de eerste twee genoemde punten gaat het om koppelverkoop, bij het laatste punt gaat het om exclusiviteitsbetalingen. De combinatie van restricties compliceert de formulering van een schadetheorie. Etro en Caffarra hebben, nog voor de beschikking van de Commissie, een schadetheorie ontwikkeld.²⁷ Door het koppelen van Google’s appstore en Google’s zoekmachine kan Google een toename van advertentie-inkomsten realiseren en door een deel van de advertentie-inkomsten te delen met de producenten van Android-telefoons, wordt het voor producenten van telefoons aantrekkelijk om telefoons te leveren waarop alleen Google’s zoekmachine staat. Aan de hand van een economisch model laten Etro en Caffarra zien, dat

²⁶ Besluit van de Commissie van 18 juli 2018 in zaak AT.40099 – *Google Android* (2019/C-402/08).

²⁷ F. Etro & C. Caffarra, ‘On the economics of the Android case’, *European Competition Journal* (13) 2017, afl. 2/3, p. 282-313.

Google's strategie ertoe kan leiden dat even efficiënte concurrenten uit de markt worden gedrukt en dat consumenten uiteindelijk slechter af zijn (dat wil zeggen dat de consumentenwelvaart door Google's strategie lager wordt).

In de visie van de Commissie zijn de onderscheiden restricties gekoppeld aan verschillende doelen. Het doel dat Google met de MADA's beoogde te bereiken, was dat 'Android devices' altijd de Google Search-app en de Chrome-browsers voorgeïnstalleerd hebben. Daardoor kan Google gebruikmaken van de zogenoemde 'status quo bias'. Consumenten zullen in het algemeen niet geneigd zijn andere zoekmachines en browsers te gaan gebruiken. Het doel dat Google met de AFA's beoogde te bereiken, was het voorkomen dat alternatieve versies van Android met alternatieve zoekmachines en browsers zouden worden gebruikt. Het doel van de RSA's was het bereiken van exclusiviteit, waardoor belangrijke OEM's en MNO's alleen de Google Search-zoekmachine voorinstalleren.

Hoewel het Gerecht het besluit van de Europese Commissie van 18 juli 2018 grotendeels in stand heeft gelaten, geldt dat niet voor het deel dat betrekking heeft op exclusiviteitsbetalingen. Het Gerecht oordeelt dat de door de Commissie uitgevoerde AEC-test een aantal fouten bevat en geen steun biedt voor de conclusie dat er sprake is van exclusiviteitsbetalingen die de mededinging beperken.²⁸ Dit is weer consistent met de, hiervoor vermelde, conclusie die Oxera aan *Intel (Renvoi)* verbindt: als de AEC-test wordt gebruikt, dan moet dat wel goed gebeuren. Die conclusie is op zich niet opzienbarend. Het punt is echter dat de test in de besproken zaken 'niet goed genoeg' was uitgevoerd. Relevant voor de vraagstelling van dit artikel, is dat, precies zoals dat het geval was bij *Qualcomm*, dit weer een bevestiging biedt van de verschuiving in de weging van de kans op valspositieven en valsnegatieven.

3. Discussie

In het voorgaande is beschreven dat het Gerecht zich na het *Intel*-arrest uit 2017 heeft gebogen over drie zaken waarin partijen in beroep zijn gegaan tegen een besluit van de Commissie dat (mede) betrekking had op getrouwheidskortingen. In de drie zaken heeft het Gerecht (het deel van) het besluit betreffende getrouwheidskortingen nietig verklaard. Welk licht werpen de uitspraken van het Gerecht op de weging van valspositieven en valsnegatieven? En welke economische implicaties hebben deze uitspraken?

²⁸ Gerecht EU 14 september 2022, T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541, punten 798-799 (*Google/Commissie*).

3.1. Weging foutkansen

Een eerdere analyse heeft laten zien dat de weging van valspositieven en valsnegatieven bij de handhaving van het mededingingsrecht met betrekking tot getrouwheidskortingen is veranderd in de periode tussen *Hoffmann-La Roche* en *Intel*.²⁹ Die ontwikkeling was niet lineair. Maar per saldo heeft de ontwikkeling geleid tot een afname van de kans op valspositieven en een toename van de kans op valsnegatieven.

In algemene termen wordt de door *Intel* geïmpliceerde verschuiving in de weging van de kans op valspositieven en de kans op valsnegatieven bevestigd door de drie hiervoor besproken arresten van het Gerecht.

De feitelijke benadering van getrouwheidskortingen komt dicht bij een ideaaltypische ‘effects-based-benadering’. Indien de Commissie, mede op grond van een AEC-test, van oordeel is dat een onderneming met een dominante marktpositie door het aanbieden van getrouwheidskortingen misbruik maakt van die dominante marktpositie en die onderneming, goed gemotiveerd, beargumenteert dat dat niet het geval is, dan kan de Commissie niet volstaan met het weerleggen van de kritiek op de door de Commissie uitgevoerde AEC-test. De Commissie moet alsnog een deugdelijke AEC-test uitvoeren om te kunnen concluderen dat het gebruik van getrouwheidskortingen misbruik van een dominante positie oplevert.

In termen van de eerder besproken ‘error costs approach’ is de ontwikkeling te interpreteren als een verandering van de beslissingsstandaard. Er is meer informatie nodig om te kunnen concluderen dat de toepassing van getrouwheidskortingen misbruik oplevert. En dat betekent dat de kans op valspositieven, in lijn met de intentie van de invoering van de ‘more economic approach’, is verlaagd. De prijs daarvan is een verhoogde kans op valsnegatieven.

3.2. Handhavingstekort

Mededingingsautoriteiten beschikken niet over onuitputtelijke middelen. Dat betekent dat prioriteiten in de handhaving moeten worden gesteld. Zippro merkt op dat een handhavingstekort kan ontstaan indien de Commissie prioriteiten moet stellen bij de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.³⁰ Aan niet alle potentiële inbreuken op het mededingingsrecht kan aandacht worden besteed.

Met de verschuiving van een ‘form-based-benadering’ naar een ‘effects-based-benadering’ staat de Commissie voor een zwaardere opgave om misbruik aan te tonen. Dit punt is te

²⁹ Zie: P.W. van Wijck, ‘Getrouwheidskortingen en de weging van valspositieven en valsnegatieven in het mededingingsrecht’, *SEW* 2020, afl. 7/8, p. 432-439.

³⁰ E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), 2008, p. 775.

illustreren aan de hand van het aantal pagina's dat de Commissie voor en na de invoering van de 'more economic approach' nodig heeft voor artikel 102 VWEU-beslissingen: in de periode 1971-1998 bedroeg de gemiddelde lengte 19,2 pagina's, in de periode na 2005 is dat opgelopen tot 214,5 pagina's.³¹ Daarmee wordt een scherpere prioritering nodig. Het ligt in de rede te veronderstellen dat de Commissie zich bij het stellen van prioriteiten niet primair zal richten op gedragingen die enerzijds veel onderzoek vergen en die anderzijds weinig kans van slagen hebben. Ter illustratie: de besluiten betreffende Intel, Qualcomm en Google Android bestaan uit respectievelijk 514, 136 en 329 pagina's en de totstandbrenging kostte respectievelijk achtenhalf, vierenhalf en vijf jaar. De geschetste mechanismen impliceren dat de verschuiving van een 'form-based-benadering' naar een 'effects-based-benadering' heeft geleid tot een verlaging van de pakkans voor ondernemingen die misbruik maken van een dominante machtspositie door de toepassing van getrouwheidskortingen.

Verskillende commentatoren vrezen dan ook dat deze gang van zaken leidt tot een handhavingstekort. Dit wordt bijvoorbeeld verwoord door Andreas Mundt, de president van het Bundeskartellamt. Hij vreest dat het *Intel*-arrest heeft geleid tot een zodanige verhoging van de standaarden, dat het mededingingsrecht niet meer te handhaven valt.³² In een recente 'Competition Policy Brief' wordt een overeenkomstige zorg verwoord:

'While a form-based approach may carry the risk of capturing false positives, an overly rigid implementation of the effects-based approach could set the bar for intervention at a level that would render enforcement against practices that restrict competition unduly burdensome or even impossible, with serious negative consequences for consumers, the EU economy and society at large.'³³

³¹ Bron: A.C. Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford: Bloomsbury 2016, p. 315-316.

³² N. Hirst, 'Intel judgment risks making EU antitrust law "unenforceable", Mundt says', *mlex*, 22 februari 2023, <https://mlexmarketinsight.com/news/insight/intel-judgment-risks-making-eu-antitrust-law-unenforceable-mundt-says>.

³³ 'A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance', Competition Policy Brief, maart 2023, https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/competition-policy-briefs_en.

3.3. Doorlooptijden

In de drie besproken zaken verstrijken vele jaren tussen een klacht of een start van een onderzoek en een uiteindelijk rechterlijk oordeel. In *Intel* gaat het om meer dan twintig jaar, in *Qualcomm* om bijna acht jaar en in *Google Android* om ruim negen jaar.

Verschillende commentatoren hebben zich over de duur van deze zaken uitgelaten. Zo ziet Pablo Ibáñez Colomo het recente arrest van het Gerecht in *Intel* vooral als een teken dat het Europese mededingingsrecht werkt.³⁴ Het is goed dat besluiten van mededingingsautoriteiten zo nu en dan worden vernietigd; zou dat niet zo zijn, dan wijst dat erop dat die autoriteiten te risicoavers zijn. Bovendien is het arrest consistent met de breed gedeelde gedachte dat beslissingen van mededingingsautoriteiten geënt moeten zijn op een analyse van de effecten. Het recht hoort zich, in zijn opvatting, geleidelijk en incrementeel te ontwikkelen. Snelheid is geen doel in zichzelf.

Volgens andere commentatoren vormen de lange doorlooptijden wel degelijk een probleem. Caffarra heeft beargumenteerd dat *Google Android* illustreert dat ex-post-handhaving van het mededingingsrecht geen rol van betekenis kan spelen in digitale markten waarvoor geldt dat ‘the winner takes it all’, tenzij de handhaving enorm kan worden versneld. Door gebruik te maken van de dominante positie in de markt voor besturingssystemen voor mobiele apparaten, wist Google ook een dominante positie te verkrijgen in de markt voor zoekmachines voor mobiele apparaten. Zodra op die laatste markt een ‘tipping point’ is bereikt, is het voor andere aanbieders van zoekmachines voor mobiele apparaten praktisch onmogelijk geworden om nog een rol van betekenis te spelen. Ex-post-sancties kunnen de gegroeide situatie niet meer keren.³⁵ De Commissie legt in *Google Android* niet alleen flinke boetes op. Ook moeten de desbetreffende gedragingen worden beëindigd en mogen ze niet worden herhaald. De relevantie daarvan is echter beperkt. Google beoogde de dominante positie op de markt voor besturingssystemen te gebruiken om een dominante positie te

³⁴ P. Ibáñez Colomo, ‘Case T-286/09 RENV, Intel v Commission, or the sign of an effective competition law system’, *Chilling Competition*, 28 januari 2022, <https://chillingcompetition.com/2022/01/28/case-t%E2%80%91286-09-renv-intel-v-commission-or-the-sign-of-an-effective-competition-law-system>.

³⁵ C. Caffarra, ‘The EU General Court confirms Android abuse of dominance through tying, with the real legacy of the case extending far beyond (Google Android)’, *Concurrences*, 14 september 2022, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/september-2022/the-eu-general-court-confirms-android-abuse-of-dominance-through-tying-with-the>.

verwerven op de markt voor zoekmachines voor mobiele apparaten. Google heeft voldoende tijd gehad om die dominante positie op te bouwen. Voor concurrerende aanbieders is de kans zo goed als verkeken. In dergelijke gevallen zijn door de Commissie opgelegde remedies daarom niet of nauwelijks effectief. In die zin leidt de lange doorlooptijd ertoe dat het besluit in dit geval betrekkelijk irrelevant is.³⁶

3.4. Gedragseffecten

Wat betekent de beschreven ontwikkeling voor de gedragseffecten van het mededingingsrecht, voor zover dat betrekking heeft op getrouwheidskortingen? Dat wil zeggen, wat is de betekenis voor dominante ondernemingen die overwegen getrouwheidskortingen aan te bieden?

Bezien vanuit het perspectief van de economische benadering van rechtshandhaving is er aanleiding tot enige zorg.³⁷ Verwachte sancties kunnen leiden tot het ontmoedigen van ongeoorloofde handelingen, zoals het aanbieden van getrouwheidskortingen die de mededinging kunnen beperken. De verwachte sanctie is de kans op een sanctie maal de omvang van de eventuele sanctie. De drie besproken zaken wijzen erop dat de kans op een sanctie vanwege het aanbieden van getrouwheidskortingen laag zal zijn. Zoals hiervoor aangegeven, zal de Europese Commissie selectief moeten zijn bij het oppakken van zaken. Doordat de capaciteit beperkt is en de ontwikkeling naar een meer ‘effects-based-benadering’ maakt dat zaken een groter beslag op de tijd doen, ligt het in de rede te verwachten dat de Commissie zich niet primair zal richten op gedragingen die enerzijds veel onderzoek vergen en anderzijds weinig kans van slagen hebben. Een gevolg daarvan is dat de pakkans, en dus de verwachte sanctie, lager wordt. Hoe lager de verwachte sanctie op misbruikelijk gedrag, des te minder het desbetreffende gedrag wordt ontmoedigd.

4. Naar een ex-ante-benadering?

De traagheid van ex-post-interventies op basis van het mededingingsrecht maakt dat dergelijke interventies weinig effectief zijn in situaties waarin ‘the winner takes it all’. Dit

³⁶ Neelie Kroes parafraserend wordt Google hiermee wel een sponsor van de Europese belastingbetaler (uitspraak bij persconferentie naar aanleiding van Intel-beschikking, zie <https://www.youtube.com/watch?v=ReBN51NY2-A>).

³⁷ De standaardreferentie is G.S. Becker ‘Crime and Punishment: An Economic Approach’, *Journal of Political Economy* (76) 1968, afl. 2, p. 169-217.

geldt in situaties waarin er sprake is van schaalvoordelen in combinatie met netwerkeffecten, zoals bijvoorbeeld in *Google Android*. Het inzicht dat de traagheid van ex-post-interventies afbreuk doet aan de effectiviteit van de interventies, heeft geleid tot pleidooien voor ex-ante-interventies.³⁸ Dit is ook de achtergrond van de Digital Markets Act (DMA).³⁹

Eurocommissaris Breton heeft dit ook duidelijk verwoord:

‘We address a list of clearly egregious practices by gatekeepers. Years of experience in investigations and research have shown that these types of behaviour are problematic. There is no need to spend years analysing their effects each time they take place: we have done it ex ante, once and for all.’⁴⁰

De DMA omvat een lijst met schadelijk geachte gedragingen, waarbij ex ante kan worden ingegrepen voordat schade is ontstaan. Met een dergelijke lijst komen we weer dichtbij een form-based-benadering, zoals in *Hoffmann-La Roche*. Die lijst bevat onder andere een vorm van koppelverkoop zoals bijvoorbeeld in *Google Android* speelt.⁴¹ De DMA verbiedt, kort gezegd, dat een poortwachter⁴² van eindverbruikers van een kerndienst verlangt dat ook een

³⁸ Zie bijvoorbeeld H. Schweitzer & R. Welker, ‘Competition Policy for the digital era’, *CPI Antitrust Chronical*, december 2019 en ‘ACM steunt pleidooi kabinet voor extra toezichtsinstrumenten online platforms’, acm.nl, 6 augustus 2019, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-steunt-pleidooi-kabinet-voor-extra-toezichtsinstrumenten-online-platforms>. Een kanttekening daarbij is dat uit het feit dat ex-post-interventies niet werken, niet kan worden geconcludeerd dat ex-ante-interventies wel effectief zijn.

³⁹ Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (digitaalemarktenverordening) (*PbEU* 2022, L 265/1).

⁴⁰ T. Breton, ‘DSA/DMA Myths – Will the EU regulation create legal uncertainty?’, *LinkedIn*, 17 mei 2021 <https://www.linkedin.com/pulse/dsadm-myths-eu-regulation-create-legal-uncertainty-thierry-breton>.

⁴¹ Artikel 5 lid 7 DMA.

⁴² In artikel 3 lid 1 DMA wordt een poortwachter als volgt omschreven: ‘Een onderneming wordt aangewezen als poortwachter indien die: a) een aanzienlijke impact heeft op de interne markt; b) een kernplatformdienst aanbiedt die voor zakelijke gebruikers een belangrijke toegangspoort tot eindgebruikers vormt, en c) met

andere kerndienst wordt gebruikt. Barros en Klein bespreken een mogelijk voorbeeld, namelijk dat het voor iPhone-gebruikers vrijwel onontkoombaar is om gebruik te maken van de Apple-appstore.⁴³ Ze beargumenteren dat deze koppeling niet alleen nadelen maar ook voordelen voor consumenten kan opleveren. Die voordelen kunnen bijvoorbeeld ontstaan door kostenreducties of kwaliteitsverbeteringen die voortvloeien uit de integratie van verschillende diensten. Indien een dergelijke koppeling voordelen voor consumenten kan opleveren, is het verbieden van een dergelijke koppeling derhalve niet noodzakelijkerwijs in het voordeel van consumenten.

Op het domein van het mededingingsrecht zien we een dynamiek die ook bekend is van andere domeinen. Elke beslissing onder onzekerheid gaat gepaard met een kans op valspositieven en een kans op valsnegatieven. In de, in de inleiding genoemde, ‘error costs approach’ wordt de vraag gesteld of de gehanteerde beslissingsstandaard leidt tot de laagst mogelijke som van verwachte kosten die voortvloeien uit valspositieven en valsnegatieven. De kans op valspositieven kan worden verlaagd door de beslissingsstandaard te verhogen, maar daarbij moet een verhoging van de kans op valsnegatieven op de koop worden toegenomen. In de praktijk dreigt een ‘cycling of decision standards’:⁴⁴ om de kans op valspositieven te verkleinen wordt de beslissingsstandaard aangepast met als gevolg dat er meer valsnegatieven komen. Om dat tegen te gaan wordt de beslissingsstandaard weer in de andere richting bijgesteld. Een gevolg is ‘zwalkende handhaving’.⁴⁵

Op het gebied van mededingingsbeleid zien we nu enige signalen die duiden op zwalkend beleid. De aanpak conform *Hoffmann-La Roche* leidde tot een hoge kans op valspositieven. De meer economische benadering moest daarop een antwoord bieden. Zoals hiervoor betoogd, hangt daar wel een prijskaartje aan omdat een ‘effects-based-benadering’ een zwaarder beroep doet op de schaarse middelen van de Commissie, leidt tot langere

betrekking tot haar activiteiten een stevig verankerde en duurzame positie inneemt of naar verwachting in de nabije toekomst een dergelijke positie zal innemen.’

⁴³ L. Barros & T. Klein, ‘De rol van interventiedrempels en effectenanalyse in de Digital Markets Act’, *Markt & Mededinging* 2021, afl. 4/5, p. 171-177.

⁴⁴ E.A. Weaver & G. Richardson, ‘Threshold setting and the cycling of a decision standard’, *System Dynamics Review* (22) 2006, afl. 1, p. 1-26.

⁴⁵ Expertisecentrum Rechtshandhaving, *Laveren tussen Scylla en Charybdis: Over de toekomst van handhaving*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2005.

doorlooptijden en de kans op valsnegatieven vergroot. Het is dan ook begrijpelijk dat wordt gezocht naar oplossingen voor deze onbedoelde effecten.

Een variant op de ‘error costs approach’ zoekt de oplossing in ‘optimaal gedifferentieerde regels’.⁴⁶ Voor gedragingen die in het algemeen tot een afname van consumentenwelvaart leiden en waarbij er weinig zorg over valspositieven hoeft te bestaan, zou een ‘form-based benadering’ passend zijn, terwijl voor gedragingen die ook tot een toename van de consumentenwelvaart kunnen leiden eerder een ‘effects-based-benadering’ passend zou zijn. De DMA geeft een overzichtelijke lijst met gedragingen die voor poortwachters verboden zijn. Die lijst is gebaseerd op ex-ante-analyses. Voor deze gedragingen geldt derhalve een ‘form-based-benadering’. In een optimistische interpretatie kan de DMA worden gezien als poging om vorm te geven aan een dergelijke optimale differentiatie, waarbij voor een nauw omschreven lijst met gedragingen een ‘form-based-benadering’ van toepassing is.

5. Conclusie

In dit artikel is de aandacht gericht op drie recente uitspraken van het Gerecht die betrekking hebben op getrouwheidskortingen, namelijk *Intel (Renvoi)*, *Qualcomm* en *Google Android*. De uitspraken zijn van belang, omdat ze inzicht geven in de doorwerking van het *Intel*-arrest uit 2017. Het *Intel*-arrest markeert een verschuiving van een ‘form-based-benadering’ naar een meer economische ‘effects-based-benadering’. Het *Intel*-arrest formuleert criteria voor de beoordeling van uitsluitingseffecten. De drie uitspraken bieden zicht op de vraag hoe het Gerecht die criteria interpreteert. Welk licht werpen deze uitspraken op de weging van valspositieven en valsnegatieven in de benadering van getrouwheidskortingen? Welke economische implicaties hebben deze arresten?

De uitspraak van het Gerecht in *Intel (Renvoi)* heeft duidelijke implicaties voor de weging van valspositieven en valsnegatieven. Indien de Commissie mede op basis van een AEC-test tot de conclusie is gekomen dat de toepassing van getrouwheidskortingen misbruik van een dominante marktpositie oplevert en de desbetreffende partij, goed onderbouwd,

⁴⁶ Zie: A. Christiansen & W. Kerber, ‘Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per se Rules vs. Rule of Reason”’, *Journal of Competition Law & Economics* (2) 2006, afl. 2, p. 215-244 of Y. Katsoulacos & D. Ulph, ‘On Optimal Legal Standards for Competition Policy: A General Welfare-Based Analysis’, *The Journal of Industrial Economics* (57) 2009, afl. 3, p. 410-437.

beargumenteert dat de Commissie daarbij fouten heeft gemaakt, dan zal de Commissie alsnog met een gedegen analyse van uitsluitingseffecten moeten komen. Daarmee staat de Commissie voor de taak een gedegen ‘effects-based-analyse’ uit te voeren. In het algemeen geldt dat een verschuiving van een ‘form-based-benadering’ naar een ‘effects-based-benadering’ leidt tot afname van de kans op valspositieven en een toename van de kans op valsnegatieven. De uitspraken van het Gerecht in *Qualcomm* en *Google Android* bevestigen de verschuiving.

Er is sprake van een verandering van de beslissingsstandaard. Er is meer informatie nodig om te kunnen concluderen dat er sprake is van misbruik. Een (bedoeld) gevolg daarvan is dat de kans op valspositieven lager wordt. Een (onbedoeld) gevolg is dat de kans op valsnegatieven hoger wordt. Omdat meer informatie nodig is, worden doorlooptijden langer en zullen mededingingsautoriteiten selectiever moeten zijn bij het oppakken van zaken. Als gevolg daarvan zal de pakkans lager worden en zal misbruikelijk gedrag minder worden ontmoedigd. Voor de verdere ontwikkeling is van belang dat de Commissie recent het initiatief heeft genomen om te komen tot nieuwe ‘Richtsnoeren inzake onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie’.⁴⁷ Deze richtsnoeren zullen worden gebaseerd op de jurisprudentie en beogen de consistentie te bevorderen van de toepassing van artikel 102 VWEU op onrechtmatig uitsluitingsgedrag.⁴⁸ De uitdaging daarbij is om te komen tot een werkzame ‘effects-based-benadering’ van uitsluitingsgedrag.⁴⁹

⁴⁷ European Commission, ‘Antitrust: Commission announces Guidelines on exclusionary abuses and amends Guidance on enforcement priorities’, persbericht 27 maart 2023.

⁴⁸ De titel van het initiatief is: ‘Mededingingsrecht van de EU – Richtsnoeren misbruik door uitsluiting door ondernemingen met een machtspositie’. De Europese Commissie beschrijft het initiatief op de website van de Commissie: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-Mededingingsrecht-van-de-EU-Richtsnoeren-misbruik-door-uitsluiting-door-ondernemingen-met-een-machtspositie_nl.

⁴⁹ ‘A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance’, Competition Policy Brief, maart 2023, https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/competition-policy-briefs_en.