

... contrast
...



The force may be with you, maar uitsluiten mag niet

September 2024

Stel je voor ...

Je bent verkoopdirecteur van een bedrijf dat langzaam maar zeker marktaandeel heeft gewonnen door in te zetten op innovatie, klantengerichtheid en het belonen van klanten met exclusiviteitskortingen. Je bent de concurrentie intussen ver voorbij gestoken, en je verkopen beslaan ongeveer de helft van de markt.

Bij de bespreking van het business plan voor de komende jaren zet je juridisch team je commerciële beleid op de helling. Mogelijk zou je onderneming een machtspositie hebben en zou je niet langer van je klanten mogen verwachten dat zij uitsluitend producten bij jou afnemen in ruil voor een korting. Exclusiviteitskortingen zouden een misbruik kunnen zijn van je machtspositie. In geval van klachten van je concurrenten bij de mededingingsautoriteiten zou je kunnen aankijken tegen een torenhoge boete.

Dat het toekennen van kortingen verboden zou zijn, verbaast je. Je vraagt meer uitleg aan je juridisch team.

Even verduidelijken.

Een onderneming mag een machtspositie hebben. In dat geval heeft zij echter een bijzondere

• • • contrast • • • •

verantwoordelijkheid. Zij mag enkel concurreren op verdienste en geen afbreuk doen aan de daadwerkelijke mededinging op de markt door commerciële methodes te gebruiken die uitsluitingseffecten hebben voor concurrenten of die klanten uitbuiten.

De Europese verdragen bevatten geen pasklare definities van de begrippen machtspositie, bijzondere verantwoordelijkheid, mededinging op verdienste, misbruik, uitsluitingseffecten, enz. Deze begrippen zijn in de loop van de jaren ingevuld op basis van de rechtspraak van de Europese rechtbanken.

Zo is intussen algemeen aanvaard dat een onderneming wordt vermoed een machtspositie te hebben als zij een stabiel marktaandeel heeft van 50% of meer.

Minder duidelijkheid bestaat over de voorwaarden voor het bestaan van een misbruik, ondanks dat inbreuken op het verbod van misbruik van machtspositie zwaar worden beboet. Algemeen wordt een onderscheid gemaakt tussen uitsluitingsmisbruiken en uitbuitingsmisbruiken. De tweede hebben als gevolg dat klanten commerciële voorwaarden worden opgelegd die niet in redelijke verhouding staan tot de economische waarde van het geleverde product. Voorbeelden van uitbuitingsmisbruiken zijn minder frequent en hebben zich vooral voorgedaan in de farmaceutische sector.

Uitsluitingsmisbruiken, die de uitbreiding of toetreding van concurrenten verhinderen, komen meer voor. Daarom had de Europese Commissie al in 2008 richtsnoeren gepubliceerd over haar handhavingsprioriteiten met betrekking tot onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie.

In maart 2023 kondigde de Commissie aan haar handhavingsprioriteiten uit 2008 te zullen updaten in het licht van de meer dan 30 arresten die de Europese rechtbanken de laatste 15 jaar hebben gevelde over misbruik door uitsluiting. Dit gebeurde op 1 augustus 2024, wanneer de Commissie haar ontwerp richtsnoeren publiceerde over misbruik door uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie.

Met het ontwerp wil de Commissie ondernemingen een voorspelbaar, samenhangend en werkbaar kader verschaffen voor de beoordeling van uitsluitingsmisbruiken. De ontwerp richtsnoeren gaan bijvoorbeeld dieper in op het bewijsmateriaal dat nodig is om aan te tonen dat bepaald gedrag uitsluitingseffecten kan hebben. Voor sommige gedragingen moet worden aangetoond dat zij uitsluitingseffecten kunnen hebben; andere gedragingen worden vermoed uitsluitingseffecten teweeg te brengen; en tot slot zijn er zogenaamde “onverbloemde beperkingen” die automatisch tot uitsluitingseffecten leiden en waarvoor de dominante onderneming alleen in uitzonderlijke omstandigheden zal kunnen aantonen dat zij geen zo'n effecten met zich meebrengen.

De ontwerp richtsnoeren bevatten ook het analysekader voor gedragingen die al dan niet onderworpen worden aan een specifieke juridische toets uit de EU-rechtspraak. Zo zijn exclusiviteitsregelingen, leveringsweigering en het toepassen van rooftprijzen voorbeelden van gedragingen waarvoor een

• • • contrast • • • •

specifieke juridische toets geldt.

Om terug te komen op het voorbeeld van de exclusiviteitskortingen, zij worden overeenkomstig de EU-rechtspraak vermoed uitsluitingseffecten teweeg te brengen. Zij hebben in de regel een afschermingseffect doordat concurrenten moeilijker toegang hebben tot de klanten van de dominante onderneming. Beweert een dominante onderneming dat dit niet het geval is, dan moet zij dit bewijzen. De ontwerp richtsnoeren bevatten de elementen die de Commissie daarbij in overweging zal nemen, waaronder het marktaandeel van de dominante onderneming, het marktaandeel waar de gedraging betrekking op heeft (hoe groter dat aandeel, hoe meer waarschijnlijk dat de exclusiviteitskorting uitsluitingseffecten heeft), en de voorwaarden van de exclusiviteitskortingen (zoals de duur en hoogte ervan).

Concreet.

- Een onderneming mag een machtspositie hebben, maar zij heeft een bijzondere verantwoordelijkheid om deze niet te misbruiken.
- De rechtspraak van de Europese rechtbanken speelt een belangrijke rol bij de invulling van de voorwaarden voor het bestaan van een machtspositie en van een misbruik.
- Er bestaan zowel uitsluitingsmisbruiken als uitbuitingsmisbruiken. De eerste doen zich meer voor dan de laatste. Zo worden exclusiviteitskortingen vermoed uitsluitingseffecten te hebben.
- De Europese Commissie heeft op 1 augustus 2024 ontwerp richtsnoeren gepubliceerd die ondernemingen een voorspelbaar, samenhangend en werkbaar kader wil verschaffen voor de beoordeling van uitsluitingsmisbruiken.
- Tot 31 oktober 2024 kunnen alle belanghebbenden feedback geven op de ontwerp richtsnoeren. De Commissie beoogt de richtsnoeren te finaliseren in het vierde kwartaal van 2025.

Meer weten?

- De richtsnoeren van 2008 over de handhavingsprioriteiten van de Commissie met betrekking tot onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie vind je [hier](#). De wijziging van deze handhavingsprioriteiten vind je [hier](#).
- Het nieuwe ontwerp van richtsnoeren, gepubliceerd op 1 augustus 2024, vind je [hier](#).