CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 21 mei 2015 [1]

Zaak C-23/14

Post Danmark A/S
tegen
Konkurrenceråd

[verzoek van de Sø- og Handelsret (Denemarken) om een prejudiciële beslissing]

„Mededinging — Misbruik van een machtspositie (artikel 82 EG) — Postdiensten — Deense markt voor de distributie van massamailings — Direct mail — Monopoliepositie van vroeger staatspostbedrijf op belangrijk deel van de markt — Kortingsysteem — Uitsluitingseffect — Geen merkbaarheids- of de-minimisdrempel — Criterium van de even efficiënte concurrent (‚as-efficient-competitor'-criterium)"

I – **Inleiding**

1. De onderhavige prejudiciële procedure biedt het Hof opnieuw de gelegenheid om in het licht van artikel 82 EG – het huidige artikel 102 VWEU – zijn rechtspraak inzake het oneerlijke karakter van kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie te verfijnen. De eerste arresten op dit gebied dateren van meer dan 40 jaar geleden. [2]

2. In casu is de vraag aan de orde of de Deense onderneming Post Danmark A/S in de jaren 2007 en 2008 misbruik heeft gemaakt van zijn machtspositie op de markt voor de distributie van massamailings aan ontvangers in Denemarken. In wezen dient te worden onderzocht of Post Danmark zich schuldig heeft gemaakt aan uitsluitingsmisbruik door voor de distributie van direct mail maximaal 16 % korting te verlenen voor zover haar klanten gedurende een referentieperiode van een jaar bepaalde gestandaardiseerde kwantitatieve of omzetdrempels bereikten. De toegekende korting was van terugwerkende aard, in die zin dat zij gold voor alle direct mail die gedurende de gehele referentieperiode voor de betrokken klanten was bezorgd.

3. Het Hof dient in deze zaak met name te beoordelen of vanuit juridisch oogpunt ter beoordeling van het mededingingsverstorende karakter van kortingsystemen in de zin van artikel 82 EG een prijs-kostenanalyse moet worden verricht in het kader waarvan het marktgedrag van de onderneming met een machtspositie wordt vergeleken met dat van een even efficiënte concurrent

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Zie met name arresten Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174), Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, EU:C:1979:36), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313), British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166), Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221) en Michelin/Commissie (T-203/01, EU:T:2003:250).

(„as-efficient-competitor”-criterium; hierna „AEC-criterium”). Bovendien rijst de vraag of het uitsluitingseffect van het kortingsysteem van een onderneming met een machtspositie enigerlei merkbaarheids- of de-minimisdrempel moet overschrijden om te kunnen worden aangemerkt als concurrentieverstorend.

4. In een tijd waarin steeds meer stemmen opgaan voor een sterker economisch getinte aanpak van het Europese mededingingsrecht („more economic approach”) zijn deze vraagstukken van bijzonder belang. Van het antwoord van het Hof op deze vragen zal naar verwachting een signaal uitgaan dat veel verder reikt dan de onderhavige zaak [3], en mijns inziens mag het Hof zich in dit verband niet laten leiden door de tijdsgeest en vergankelijke trends, maar moet het zich veeleer bezinnen op de Unierechtelijke grondslagen van het verbod van misbruik van machtspositie.

II – **Toepasselijke bepalingen**

5. Het Unierechtelijke kader van de onderhavige zaak wordt bepaald door artikel 82 EG (thans artikel 102 VWEU). § 11 van de Konkurrencelov [4] is een Deense nationale bepaling die – voor zover hier van belang – overeenstemt met artikel 82 EG en volgens de voorbereidende werkzaamheden ervan in overeenstemming met dat artikel moet worden uitgelegd.

III – **Feiten en hoofdgeding**

6. Achtergrond van het hoofdgeding is een geschil tussen Post Danmark en de Deense mededingingsautoriteit, de Konkurrenceråd [5]. De Konkurrenceråd heeft bij besluit van 24 juni 2009 vastgesteld dat Post Danmark in de jaren 2007 en 2008 misbruik heeft gemaakt van zijn machtspositie op de Deense markt voor massamailings door een bepaald kortingsysteem voor direct mail te hanteren. Hierdoor heeft Post Danmark volgens de Konkurrenceråd inbreuk gemaakt op artikel 82 EG en § 11 van de Konkurrencelov. Derhalve verbood de Konkurrenceråd de onderneming om het kortingsysteem nog verder toe te passen.

7. In de litigieuze periode was Post Danmark eigendom van zowel de Deense staat als particuliere beleggers. Voor bepaalde postzendingen, waaronder direct mail, was haar een wettelijke universele dienstverplichting opgelegd en zij was verplicht op het gehele Deense grondgebied uniforme tarieven toe te passen. Daar stond tegenover dat Post Danmark beschikte over een wettelijk monopolie voor alle briefzendingen tot maximaal 50 gram. Op grond daarvan viel ongeveer 70 % van de markt voor massamailings onder het uitsluitende recht van Post Danmark.

8. De markt voor massamailings in Denemarken wordt door de verwijzende rechter beschouwd als de relevante product- en geografische markt. Het marktaandeel van Post Danmark op die markt bedroeg in de betrokken periode ongeveer 95 %. Direct mail, dat wil zeggen geadresseerde reclamezendingen die tegelijkertijd aan een groot aantal ontvangers worden gestuurd, vormt een segment van de markt voor massamailings en was in 2007 en 2008 goed voor ongeveer respectievelijk 12 % en 7 % van de totale markt. Het aandeel van direct mail die niet onder het monopolie van Post Danmark viel, bedroeg in 2007 ongeveer 15 % en in 2008 ongeveer 9 % van de markt voor massamailings.

3 — Ook in de aanhangige hogere voorziening Intel/Commissie (C-413/14 P) speelt onder meer de vraag naar de juridische noodzaak van de toepassing van het AEC-criterium op kortingsystemen een niet te onderschatten rol.

4 — Mededingingswet.

5 — Mededingingsraad.

9. Bring Citymail Danmark A/S, een dochteronderneming van de Noorse staatsonderneming Posten Norge AS, was vanaf 2007 actief als distributeur van zakenbrieven, met inbegrip van direct mail, in Kopenhagen en omgeving en was in de relevante periode de enige serieuze concurrent van Post Danmark op de Deense markt voor massamailings. Begin 2010 trok Bring City Mail zich wegens grote verliezen terug uit de Deense markt. Partijen twisten over de vraag of dit te wijten was aan het destijds door Post Danmark gehanteerde kortingsysteem voor direct mail.

10. Post Danmark heeft het betrokken kortingsysteem in 2003 ingevoerd. De toegekende korting, die tussen 6 % en 16 % van het normale porto lag[6], was gestandaardiseerd en werd aan alle klanten aangeboden tegen dezelfde, algemeen toegankelijke voorwaarden, die telkens voor een periode van één jaar golden. Alle verzendingen van ten minste 3 000 stuks die gedurende een referentieperiode van een jaar aan Post Danmark werden toevertrouwd, kwamen voor de korting in aanmerking. Het systeem maakte geen onderscheid naargelang de verzendingen onder het monopolie van Post Danmark vielen dan wel plaatsvonden in een gebied waar ook een concurrent actief was.

11. Om de eerste kortingsdrempel te bereiken, die een korting van 6 % opleverde, moest de klant gedurende een referentiejaar ten minste 30 000 brieven laten bezorgen of moest de brutoportowaarde van zijn verzendingen ten minste 300 000 Deense kroon (DKK) bedragen. De door Post Danmark gehanteerde scala omvatte acht verdere kortingsdrempels.[7] Binnen de eerste zeven drempels steeg de korting met telkens één procentpunt per drempel, binnen de laatste twee met telkens twee procentpunten, tot een maximum van 16 %. De trapsgewijze toename van de toegekende kortingen was vooral relevant voor middelgrote klanten, aangezien de grote klanten op grond van hun opdrachtvolume sowieso over het algemeen de hoogste kortingsdrempel bereikten.

12. In de praktijk werd de prijs voor elke klant aan het begin van ieder referentiejaar voorlopig vastgelegd naargelang van het geraamde opdrachtvolume voor die periode. Aan het einde van het referentiejaar werden alle prijzen vervolgens – met terugwerkende kracht – aangepast op basis van de in die periode door de betrokken klant daadwerkelijk verzonden brieven. Dit kon tot gevolg hebben dat de klant Post Danmark geld diende terug te betalen, voor zover zijn daadwerkelijke opdrachtvolume was achtergebleven bij de ramingen en dus aan het begin van het jaar een te hoge korting was berekend en toegekend.

13. Volgens de Konkurrenceråd vormde het beschreven kortingsysteem misbruik van machtspositie. Hij was van oordeel dat de klanten door de wijze waarop de korting werd toegekend aan Post Danmark werden gebonden en dat de markt voor massamailings op die wijze ten nadele van huidige en potentiële concurrenten werd afgeschermd zonder dat hier effectiviteitsvoordelen voor de consument tegenover stonden die de mededingingsbeperkende effecten zouden kunnen compenseren.

14. In het kader van zijn beoordeling verrichtte de Konkurrenceråd geen prijs-kostenanalyse op basis van een AEC-criterium. Zijns inziens is dit geen geschikt beoordelingscriterium, aangezien er gelet op de bijzondere situatie op de Deense postmarkt niet eens een even efficiënte concurrent kan bestaan. Om zijn vermoeden van misbruik te motiveren, legde de mededingingsautoriteit veeleer de nadruk op de bijzondere positie van Post Danmark op de relevante markt, die tot gevolg heeft dat de onderneming een onvermijdelijke handelspartner is. Daarnaast wees de Konkurrenceråd onder meer op marktdrempels en op de concrete organisatie van het kortingsysteem, met name op het retroactieve karakter ervan over een referentieperiode van een jaar, op de omvang van de korting, die maximaal 16 % bedroeg, en op een onderzoek naar de daadwerkelijke positie van de afnemers in het kader van het progressieve kortingsysteem.

6 — Volgens Post Danmark bedroeg de toegekende korting gemiddeld 10,6 %.

7 — De verdere kortingsdrempels waren vastgesteld op 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 en 2 000 000 zendingen of een brutowaarde van ten minste 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 en 20 000 000 DKK.

15. De Konkurrenceankenævn [8] bevestigde bij besluit van 10 mei 2010 het besluit van de Konkurrenceråd. Post Danmark stelde vervolgens op 1 juli 2010 bij de Deense Sø- og Handelsret [9], de verwijzende rechter, beroep in tegen dit besluit. Bring Citymail Danmark intervenieerde in het hoofdgeding aan de zijde van de Konkurrenceråd.

IV – **Prejudicieel verzoek en procedure voor het Hof**

16. Bij beschikking van 8 januari 2014, ingekomen ter Griffie van het Hof op 16 januari 2014, heeft de Sø- og Handelsret het Hof verzocht om een antwoord op de volgende prejudiciële vragen:

„1) Op basis van welke richtsnoeren moet worden beslist of er sprake is van een met artikel 82 EG strijdig misbruik van machtspositie wanneer een onderneming met een machtspositie een kortingsysteem met een gestandaardiseerde volumedrempel met de in [...] de verwijzingsbeslissing genoemde kenmerken toepast?

Het Hof wordt verzocht om in zijn antwoord te verduidelijken welke relevantie het voor de beoordeling heeft of de drempels van het kortingsysteem aldus worden vastgesteld dat dit systeem van toepassing is op de meerderheid van de klanten op de markt.

Voorts wordt het Hof verzocht in zijn antwoord te verduidelijken of en in welke zin de prijzen en de kosten van de onderneming met een machtspositie relevant zijn voor de beoordeling van een dergelijk kortingsysteem krachtens artikel 82 EG (relevantie van het criterium van de ‚even efficiënte concurrent').

Tegelijk wordt het Hof verzocht te verduidelijken welke relevantie de kenmerken van de markt in deze context hebben, met name of de kenmerken van de markt kunnen rechtvaardigen dat de marktafschermende werking op basis van ander onderzoek en andere analyses dan het criterium van de ‚even efficiënte concurrent' kan worden aangetoond (zie punt 24 van de mededeling van de Commissie inzake de toepassing van artikel 82 EG).

2) Hoe waarschijnlijk en ernstig moet de mededingingsverstorende werking van een kortingsysteem met de in de verwijzingsbeslissing bedoelde kenmerken zijn om artikel 82 EG te kunnen toepassen?

3) Gelet op het antwoord op de eerste en de tweede vraag, met welke specifieke omstandigheden moet de nationale rechter rekening houden bij de beoordeling of het kortingsysteem in de in de verwijzingsbeslissing beschreven omstandigheden (gelet op de kenmerken van de markt en van het kortingsysteem) in concreto een dermate afschermende werking op de markt heeft of kan hebben dat het misbruik in de zin van artikel 82 EG vormt?

Is in deze context vereist dat de afschermende werking op de markt aanmerkelijk is?"

17. Tijdens de prejudiciële procedure voor het Hof hebben naast Post Danmark en Bring Citymail het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Europese Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA schriftelijke opmerkingen ingediend. Met uitzondering van Duitsland waren deze deelnemers aan de procedure vertegenwoordigd op de terechtzitting op 26 maart 2015.

8 — Commissie van beroep voor mededingingszaken.

9 — Maritieme en handelsrechtbank.

V – **Beoordeling**

18. Met zijn omvangrijke vragenlijst wenst de Sø- og Handelsret in wezen te vernemen welke criteria of „richtsnoeren" in het kader van artikel 82 EG moeten worden toegepast ter beoordeling van kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie. Hij wenst met name opheldering van de vraag of het voor de vaststelling van misbruik van een machtspositie juridisch vereist is om het AEC-criterium toe te passen en of de eventuele afschermende werking van een kortingsysteem merkbaar moet zijn (de de-minimisdrempel moet overschrijden).

19. Achtergrond van dit prejudiciële verzoek is een kortingsysteem van Post Danmark met onder meer de volgende kenmerken:

— Het kortingsysteem stoelde op gestandaardiseerde en algemeen toepasbare voorwaarden, omvatte negen kortingsdrempels met kortingen van 6 % tot 16 %, had betrekking op een referentieperiode van één jaar en had terugwerkende kracht.

— Het kortingsysteem werd toegepast op een markt waarop Post Danmark een marktaandeel van 95 % had en waarop meer dan 70 % van de te bezorgen brieven onder het wettelijke monopolie van die onderneming viel. Er bestonden hoge marktdrempels, Post Danmark beschikte over structurele voordelen en had slechts op één geografisch deelgebied van de markt tijdelijk een duidelijk kleinere concurrent, namelijk Bring Citymail.

20. Bij de beantwoording van dit prejudiciële verzoek moet worden uitgegaan van het verbod van misbruik van een machtspositie in de versie die gold vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, aangezien het hoofdgeding betrekking heeft op de toepassing van een kortingsysteem in de jaren 2007 en 2008 en het litigieuze besluit van de Deense mededingingsautoriteit nog in juni 2009 is vastgesteld. Vanzelfsprekend kunnen de thans volgende overwegingen betreffende artikel 82 EG zonder problemen worden toegepast op het inhoudelijk identieke artikel 102 VWEU.

21. Aangezien sommige van de prejudiciële vragen elkaar aanzienlijk overlappen, verdient het aanbeveling deze in een andere volgorde te beantwoorden en daarbij achtereenvolgens in te gaan op de verschillende rechtsproblemen die in de verwijzingsbeschikking aan de orde worden gesteld.

A – *Criteria voor de beoordeling van kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie*

1. Algemene opmerkingen (eerste deel van de eerste vraag)

22. Het eerste deel van de eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op de algemene juridische criteria die volgens artikel 82 EG bij de beoordeling van kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie moeten worden toegepast.

23. Op het eerste gezicht is het wellicht verrassend dat kortingen van ondernemingen met een machtspositie in het licht van artikel 82 EG als misbruik kunnen worden gekwalificeerd. Zij vormen tenslotte een prijsvoordeel voor hun klanten.

24. Bedacht moet echter worden dat de mededinging op de relevante markt juist door de aanwezigheid van de onderneming met een machtspositie is aangetast. [10] Dat betekent dat op die onderneming – los van de oorzaken van haar positie – een bijzondere verantwoordelijkheid rust om niet door haar gedrag afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt. [11]

25. Op een onderneming met een machtspositie zijn derhalve binnen de werkingssfeer van artikel 82 EG bepaalde beperkingen van toepassing die niet op dezelfde wijze gelden voor andere ondernemingen. Een praktijk die onder normale mededingingsvoorwaarden rechtmatig is, kan misbruik opleveren indien zij wordt toegepast door een onderneming met een machtspositie. [12] Met name kan niet elke prijsconcurrentie die de onderneming met een machtspositie aangaat, als rechtmatig worden beschouwd. [13]

26. Zoals de Commissie terecht opmerkt, kunnen achter de door ondernemingen met een machtspositie toegekende kortingen soms mededingingsverstorende praktijken schuilgaan, die alleen maar op het eerste gezicht een uitdrukkingsvorm zijn van een bijzonder gunstig aanbod, bij nader inzien echter slechts weinig te maken hebben met echt lage prijzen en de mededinging ernstig kunnen verstoren.

27. Nu rust op kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie geen algemeen vermoeden van misbruik, dat door die ondernemingen zou moeten worden weerlegd. Wel is het zo dat de afbakening tussen legitieme concurrentie op basis van kwaliteit, enerzijds, en oneerlijke handelspraktijken, anderzijds, bij dergelijke kortingen een delicate kwestie is, waaraan zorgvuldig aandacht moet worden besteed.

28. In de rechtspraak [14] wordt erkend dat pure kwantumkortingen, die uitsluitend afhankelijk zijn van de omvang van de gedane aankopen, normaliter geen mededingingsverstorend effect hebben, zodat zij geen misbruik opleveren, zelfs niet wanneer zij worden verleend door ondernemingen met een machtspositie. Wanneer de verhoging van de geleverde hoeveelheid de kosten van de leverancier doet dalen, mag deze zijn klanten immers via een gunstiger tarief van deze verlaging laten profiteren. Daarentegen zijn getrouwheidskortingen of aan het behalen van aankoopdoelstellingen gekoppelde kortingen waarmee ondernemingen met een machtspositie proberen hun eigen klanten aan zich te binden en klanten van hun concurrenten te lokken, in strijd met artikel 82 EG.

29. Uiteindelijk is het echter volgens artikel 82 EG voor de beoordeling van een kortingsysteem van een onderneming met een machtspositie niet relevant of dat systeem in een traditionele categorie – met name van kwantum- of getrouwheidskortingen – kan worden ingedeeld. Doorslaggevend is veeleer of de kortingen ten doel hebben, de koper door de toekenning van een niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel de mogelijkheid te ontnemen om zijn bevoorradingsbronnen vrij te kiezen of zijn keuzevrijheid op dat vlak te beperken, concurrenten de toegang tot de markt te belemmeren of de machtspositie te versterken door de mededinging te

10 — Arresten Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, EU:C:1979:36, punt 91), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 70) en Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 17).

11 — Arrest Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 57); in dezelfde zin arresten France Télécom/Commissie (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punt 105), Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 176) en TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 24).

12 — Arrest Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie (C-395/96 P en C-396/96 P, EU:C:2000:132, punt 131).

13 — Arresten AKZO/Commissie (C-62/86, EU:C:1991:286, punt 70), France Télécom/Commissie (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punt 106), Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 177) en Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punt 25).

14 — Arresten Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174, punt 518), Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, EU:C:1979:36, punten 89 en 90), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 71), Portugal/Commissie (C-163/99, EU:C:2001:189, punt 50), Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 70) en Michelin/Commissie (T-203/01, EU:T:2003:250, punten 56-59).

vervalsen.[15] Kortom, het gaat erom of de onderneming met een machtspositie kortingen verleent die op de relevante markt *uitsluitingseffecten* kunnen hebben, zonder dat deze economisch gerechtvaardigd zijn in de zin dat kostenbesparingen worden doorgegeven aan de klant.[16] Daarnaast verbiedt met name artikel 82, lid 2, onder c), EG ondernemingen met een machtspositie ook discriminerende kortingen te verlenen waardoor aan handelspartners voor gelijkwaardige prestaties ongelijke voorwaarden worden opgelegd.[17]

30. Het door Post Danmark gehanteerde kortingsysteem is gezien de gestandaardiseerde en algemeen toepasbare voorwaarden in casu kennelijk niet discriminerend. De nationale instanties waarvoor het hoofdgeding speelt hebben derhalve terecht meteen aandacht besteed aan de vraag of het betrokken systeem een economisch niet gerechtvaardigd uitsluitingseffect kan hebben.

31. Om uit te maken of de door de dominante onderneming verleende kortingen een dergelijk uitsluitingseffect hebben, moeten alle relevante omstandigheden van het individuele geval in aanmerking worden genomen[18] (zie in dat verband mijn opmerkingen in de delen 2 en 3 van deze conclusie).

32. Daarbij spreekt het vanzelf dat noch de wens van de dominante onderneming om haar omzet te vergroten, noch haar streven naar een betere planning van haar commerciële activiteiten kunnen worden beschouwd als een economische rechtvaardiging voor de verlening van kortingen indien deze een uitsluitingseffect kunnen hebben.[19]

2. Omstandigheden die bij de beoordeling van kortingsystemen in aanmerking moeten worden genomen (eerste deel van de derde vraag en laatste deel van de eerste vraag)

33. Het eerste deel van de derde en het laatste deel van de eerste prejudiciële vraag hebben betrekking op de vraag welke omstandigheden volgens artikel 82 EG concreet in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van de vraag of kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie een uitsluitingseffect hebben.

34. Vanzelfsprekend is het niet mogelijk een algemeen geldige en definitieve lijst op te stellen van alle omstandigheden die in het kader van artikel 82 EG in aanmerking moeten worden genomen, daar elke markt en elk kortingsysteem specifieke eigenschappen kan hebben. Niettemin is het mogelijk de verwijzende rechter tegen de achtergrond van de in de verwijzingsbeschikking beschreven feiten van het hoofdgeding enkele nuttige aanwijzingen te geven die hem zouden moeten kunnen helpen het geding te beslechten.

15 — Arresten Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 73), British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 67), Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 71) en Michelin/Commissie (T-203/01, EU:T:2003:250, punt 60).

16 — Arrest British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punten 68 en 69).

17 — Arresten Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 73), British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 67), Portugal/Commissie (C-163/99, EU:C:2001:189, punt 50) en Michelin/Commissie (T-203/01, EU:T:2003:250, punt 60).

18 — Arresten Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 73), British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 67), Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punten 18 en 71) en Michelin/Commissie (T-203/01, EU:T:2003:250, punt 60).

19 — Arrest Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 85).

35. Volgens vaste rechtspraak zijn voor de beoordeling van een kortingsysteem in het licht van artikel 82 EG inzonderheid de toekenningscriteria en -modaliteiten van de korting relevant [20] [zie hierna, onder a)]. Uit het door het Hof gebruikte begrip „inzonderheid" blijkt echter dat ook andere factoren een rol kunnen spelen, met name de concurrentievoorwaarden op de relevante markt en de – daarmee nauw verband houdende – positie van de dominante onderneming op die markt [zie hierna, onder b)].

a) De toekenningscriteria en -modaliteiten van de kortingen

36. Indien een kortingsysteem – zoals het litigieuze systeem van Post Danmark – geen zuiver progressieve werking heeft, zodat het bereiken van iedere nieuwe kortingsdrempel niet alleen tot een prijsverlaging voor alle bijkomende opdrachten leidt, maar ook terugwerkende kracht heeft, in die zin dat ook alle gedurende de referentieperiode reeds verleende opdrachten achteraf goedkoper worden, dan duidt dit erop dat het betrokken systeem misbruik oplevert. [21]

37. Op deze wijze kunnen immers ook reeds relatief kleine schommelingen – in meer of in min – in het verkoopcijfer dat met de producten van de dominante onderneming is behaald, onevenredige gevolgen hebben voor de betrokken medecontractant. [22] Een dergelijk kortingsysteem heeft dan ook over het algemeen een getrouwheidsbevorderende oftewel aanzuigende werking. De dominante onderneming kan hierdoor gemakkelijker eigen klanten aan zich binden en de klanten van haar concurrenten aanlokken en zodoende uiteindelijk op de relevante markt het aan de concurrentie blootgestelde deel van de vraag binnenhalen. [23]

38. Die aanzuigende werking wordt uiteraard nog versterkt naarmate de toegekende kortingen hoger zijn en de duur van de referentieperiode waarover de kortingen bij het bereiken van elke nieuwe kortingsdrempel met terugwerkende kracht worden berekend, langer is. Indien, zoals in casu, naar verhouding hoge kortingen van tussen de 6 en de 16 % worden verleend, en dit met terugwerkende kracht over een vrij lange referentieperiode van één jaar [24], valt te verwachten dat de aanzuigende werking aanzienlijk is. Die werking wordt in het onderhavige geval nog versterkt door het feit dat de kortingen zonder onderscheid golden voor zowel het deel van de vraag dat aan concurrentie was blootgesteld als het deel ervan dat niet aan concurrentie was blootgesteld, dus met name voor de onder het wettelijke monopolie van Post Danmark vallende brieven tot maximaal 50 gram.

39. Mocht bovendien kunnen worden aangetoond dat het in de bedoeling van de dominante onderneming lag haar concurrent uit te sluiten, dan is dit een belangrijke bijkomende aanwijzing voor het oneerlijke karakter van het door haar gehanteerde kortingsysteem. [25] Een dergelijk streven of een dergelijke strategie van uitsluiting is echter geen conditio sine qua non voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 82 EG, aangezien misbruik van een machtspositie een objectief begrip is. [26] Het loutere feit dat Post Danmark in casu bezweert dat zij niet de bedoeling had concurrenten uit te sluiten, betekent dus geenszins dat niet kan worden vastgesteld dat zij misbruik heeft gepleegd in de zin van artikel 82 EG.

20 — Arresten Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 73), British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 67), Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 71) en Michelin/Commissie (T-203/01, EU:T:2003:250, punt 60).

21 — Zie in die zin arresten Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 81), British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 73) en Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, met name punt 75).

22 — Arrest British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 73).

23 — Arrest Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 79).

24 — Aangaande de lengte van de referentieperiode, zie bijvoorbeeld arrest Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 81).

25 — Zie in die zin Arrest Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punten 20 en 21).

26 — Arresten Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, EU:C:1979:36, punt 91), AKZO/Commissie (C-62/86, EU:C:1991:286, punt 69), TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 27) en Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punten 17 en 23).

40. Indien sprake is van discriminatie tussen handelspartners in de zin van artikel 82, lid 2, onder c), EG, is het oneerlijke karakter van de kortingen van de dominante onderneming bijzonder evident. Een kortingsysteem kan echter ook misbruik vormen in de zin van artikel 82 EG wanneer het zonder te discrimineren een mededingingsverstorend uitsluitingseffect heeft op de markt.[27] De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA heeft in dit verband terecht benadrukt dat het niet zo zeer aankomt op het onderscheid tussen geïndividualiseerde en gestandaardiseerde kortingen, maar dat moet worden onderzocht in hoeverre het concrete kortingsysteem uitsluitingseffecten kan sorteren op de markt.

41. Ten slotte is het *geen* noodzakelijke voorwaarde dat „negatieve" prijzen, dat wil zeggen beneden de kostprijs liggende prijzen, aan klanten in rekening worden gebracht om te kunnen vaststellen dat een door een onderneming met een machtspositie gehanteerd systeem van terugwerkende kortingen misbruik oplevert.[28] Dankzij haar duidelijk hogere omzet kan de dominante onderneming namelijk over het algemeen ondanks de toekenning van aanzienlijke kortingen nog steeds kostendekkend werken. Zij kan dus met haar kortingen concurrenten uitsluiten zonder zelf per se verlies te lijden.

b) Concurrentievoorwaarden op de relevante markt en positie van de dominante onderneming op die markt

42. Wat vervolgens de concurrentievoorwaarden en de positie van de dominante onderneming op de relevante markt betreft, neemt de kans dat het kortingsysteem een concurrentieverstorend uitsluitingseffect heeft, alsmede de impact ervan, toe naarmate de positie van de dominante onderneming op de relevante markt sterker en die van haar huidige of potentiële concurrenten zwakker is. In dat verband mag de aandacht niet alleen maar uitgaan naar de respectieve marktaandelen van de dominante onderneming en haar concurrenten, maar moet ook worden gekeken naar de oorsprong van de machtspositie van de dominante onderneming en naar een eventueel wettelijk monopolie waarover deze voor de gehele of een deel van de relevante markt beschikt.[29]

43. In het onderhavige geval beschikte Post Danmark als het traditionele staatspostbedrijf volgens de verwijzingsbeschikking over een verpletterend marktaandeel van 95 % op de Deense markt voor massamailings, terwijl Bring Citymail slechts ongeveer 5 % in handen had.

44. Een dermate groot verschil tussen het marktaandeel van de dominante onderneming en dat van de concurrentie vergroot de kans dat er uitsluitingseffecten ontstaan, aangezien het in dergelijke omstandigheden voor de concurrenten van de dominante onderneming bijzonder moeilijk is om op te bieden tegen kortingen op basis van het totale verkoopvolume.[30]

45. Bovendien viel 70 % van die markt onder het wettelijke monopolie van Post Danmark voor brieven tot maximaal 50 gram, ten aanzien waarvan dus geen concurrentie mogelijk was. Daar komt nog bij dat Bring Citymail, de enige serieuze concurrent van Post Danmark, alleen maar actief was op een geografisch deelgebied van de markt, namelijk de agglomeratie Kopenhagen, terwijl Post Danmark beschikte over een efficiënt landelijk distributienetwerk.

27 — Arrest Michelin/Commissie (T-203/01, EU:T:2003:250, punt 65).

28 — Arrest Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 73).

29 — Zie in die zin reeds arrest Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punt 23 in fine).

30 — Arresten Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 82) en British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 75), alsmede mijn conclusie in die zaak (EU:C:2006:133, punt 52).

46. Al die aspecten duiden erop dat Post Danmark op grond van haar machtspositie op de markt een onvermijdelijke handelspartner was en dat de door haar toegekende kortingen een aanzienlijk uitsluitingseffect sorteerden. [31] Die indruk wordt nog versterkt indien een aantal structurele elementen van de relevante markt in aanmerking wordt genomen.

47. Zoals ik reeds heb uiteengezet, wordt een markt als de Deense markt voor massamailings gekenmerkt door het feit dat er netwerkgebonden diensten worden verricht. Om efficiënt te kunnen opereren en de door de klanten verwachte diensten te kunnen verrichten, dient een aanbieder op een dergelijke markt te beschikken over een zo efficiënt mogelijk distributienetwerk. Zoals ook de verwijzende rechter heeft vastgesteld, is de keerzijde van de medaille dat een dergelijke markt economisch gezien wordt gekenmerkt door belangrijke schaalvoordelen en hoge toetredingsdrempels. Daardoor kunnen concurrenten van de dominante onderneming zich moeilijker op de markt vestigen en met die onderneming concurreren om het deel van de vraag dat aan concurrentie is blootgesteld.

48. Bovendien kan het voor de beoordeling van de vraag of kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie uitsluitingseffecten sorteren een rol spelen in hoeverre de klanten op de relevante markt bereid zijn van aanbieder te wisselen en welk deel van hun vraag de concurrenten van de dominante onderneming überhaupt kunnen dekken zonder dat de klanten hierdoor verlies lijden door kortingen te mislopen.

49. In het hoofdgeding is dienaangaande vastgesteld dat de betrokken klanten voor twee derde van de voor concurrentie toegankelijke briefbezorgingen slechts van Post Danmark naar een andere aanbieder van postdiensten hadden kunnen wisselen indien zij bereid waren geweest kortingen te verliezen. Dit duidt erop dat het potentiële uitsluitingseffect van het kortingsysteem van Post Danmark groot was.

50. Al met al zijn er dus in casu, gezien de concurrentievoorwaarden op de relevante markt en de positie van de dominante onderneming op die markt, sterke aanwijzingen dat een kortingsysteem als dat van Post Danmark een aanzienlijk uitsluitingseffect kon sorteren.

3. Reikwijdte van het kortingsysteem (tweede deel van de eerste vraag)

51. Het tweede deel van de eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op de reikwijdte van een kortingsysteem als dat van Post Danmark. De verwijzende rechter wenst te vernemen in hoeverre voor de beoordeling op basis van artikel 82 EG relevant is dat het betrokken kortingsysteem door de standaardisering van de afzonderlijke kortingsdrempels (in het prejudiciële verzoek aangeduid als „volumedrempels”) niet is afgestemd op individuele klanten, maar van toepassing is op de meerderheid van de klanten op de markt.

52. Zoals het Hof reeds vroeg heeft vastgesteld, is het aantal contracten waarop de door een onderneming met een machtspositie toegekende kortingen van toepassing zijn – en dus uiteindelijk het aantal betrokken klanten – niet relevant voor de beoordeling van die kortingen in het licht van artikel 82 EG. [32]

53. Uit het loutere feit dat een kortingsysteem veel of zelfs de meeste klanten op een markt raakt en dat systeem dus een grote reikwijdte heeft, volgt dus nog niet dat het misbruik oplevert in de zin van artikel 82 EG.

31 — Specifiek met betrekking tot het vereiste om de positie van de dominante onderneming als onvermijdelijke handelspartner in aanmerking te nemen, zie arresten Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, EU:C:1979:36, punt 41) en Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie (C-395/96 P en C-396/96 P, EU:C:2000:132, punt 132).

32 — Arrest Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174, punt 511).

54. Voor zover een dergelijk kortingsysteem echter een aanzuigend effect kan hebben ten gunste van de onderneming met een machtspositie, kan het feit dat een aanzienlijk aantal klanten en een groot deel van de aan concurrentie blootgestelde vraag op de markt hierdoor worden bestreken, tot gevolg hebben dat de daadwerkelijke of potentiële uitsluitingseffecten ernstiger zijn dan bij kortingsystemen waarvan de werking minder breed is. Dit is door meerdere partijen terecht benadrukt.

4. Tussenconclusie

55. Samenvattend stel ik derhalve het volgende vast:

Een door een onderneming met een machtspositie gehanteerd kortingsysteem levert misbruik op in de zin van artikel 82 EG indien uit de globale beoordeling van alle omstandigheden van het individuele geval blijkt dat de kortingen een economisch niet gerechtvaardigd uitsluitingseffect kunnen sorteren. In dat verband moet met name aandacht worden besteed aan de toekenningscriteria en -modaliteiten van de korting, de concurrentievoorwaarden op de relevante markt en de positie van de dominante onderneming op die markt.

B – *Relevantie van het AEC-criterium (derde deel van de eerste vraag)*

56. Het derde en laatste deel van de eerste prejudiciële vraag heeft specifiek betrekking op het AEC-criterium oftewel het criterium van de even efficiënte concurrent. Bij een onderzoek op basis van dit criterium wordt op basis van een vergelijking van prijzen en kosten [33] getracht vast te stellen of een concurrent die even efficiënt is als de onderneming met een machtspositie met die onderneming kan concurreren, of dat integendeel het kortingsbeleid van de dominante onderneming op de relevante markt mededingingsverstorende uitsluitingseffecten sorteert.

57. De verwijzende rechter vraagt of het voor de vaststelling dat een kortingsysteem misbruik van machtspositie oplevert juridisch vereist is dat het AEC-criterium wordt toegepast, en zo niet, op basis van welke andere omstandigheden eventueel kan worden geconcludeerd dat het betrokken kortingsysteem misbruik oplevert.

58. Deze deelvragen moeten worden gezien tegen de achtergrond van een mededeling van de Commissie van 2009 [34], waarin zij in haar hoedanigheid van mededingingsautoriteit haar prioriteiten aangaande de toepassing van artikel 82 EG heeft bekendgemaakt. Die mededeling wordt door de verwijzende rechter uitdrukkelijk genoemd.

33 — Hier wordt gekeken naar de gemiddelde vermijdbare kosten van de onderneming met een machtspositie, haar gemiddelde marginale kosten op lange termijn en de prijs die een concurrent van de onderneming met een machtspositie diens klanten zou moeten aanbieden om hun compensatie te bieden voor de korting van de dominante onderneming die zij misgelopen zijn.

34 — 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”) van 24 februari 2009 (PB C 45, blz. 7) (hierna: „mededeling inzake de handhavingsprioriteiten”).

59. In haar mededeling inzake de handhavingsprioriteiten heeft de Commissie verkondigd dat zij bij uitsluitingsgedrag op basis van de prijs principieel alleen ingrijpt 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.[35] Om dit vast te stellen, heeft de Commissie zichzelf de verplichting opgelegd om uitsluitingsgedrag op basis van de prijs normaliter te toetsen aan het AEC-criterium.

60. Een dergelijke administratieve praktijk van de Commissie is echter vanzelfsprekend niet bindend voor de nationale mededingingsautoriteiten en gerechtelijke instanties. Dit volgt enerzijds uit de tekst van de mededeling inzake de handhavingsprioriteiten, die „niet [zijn] bedoeld als rechtsregels"[36], anderzijds uit de vaste rechtspraak betreffende dergelijke mededelingen van de Commissie.[37] Alhoewel de nationale instanties de mogelijkheid hebben om in navolging van de Commissie een onderzoek op basis van het AEC-criterium te verrichten, zijn zij juridisch alleen maar gebonden aan de uit artikel 82 EG voortvloeiende verplichtingen. Het staat aan het Hof die verplichtingen te verduidelijken.

61. Uit artikel 82 EG kan mijns inziens *geen* juridische verplichting worden afgeleid om het oneerlijke karakter van kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie altijd op basis van een prijs-kostenanalyse – zoals de toetsing aan het AEC-criterium – vast te stellen.

62. Het is een feit dat het Hof af en toe met betrekking tot andere prijspraktijken dan kortingen de toepassing van het AEC-criterium heeft vereist door te benadrukken dat artikel 82 EG een onderneming met een machtspositie *met name* verbiedt, praktijken toe te passen *die leiden tot de uitsluiting van haar even efficiënte concurrenten*.[38]

63. Uit die rechtspraak valt echter niet af te leiden dat het absoluut vereist is dat bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van uitsluitingsgedrag op basis van de prijs altijd een onderzoek op basis van het AEC-criterium wordt verricht. Om te beginnen heeft die rechtspraak specifiek betrekking op prijspraktijken van ondernemingen met een machtspositie, zoals een lageprijzenbeleid (bijvoorbeeld het aanbieden van diensten onder de kostprijs) of uitholling van de marges in de vorm van een prijssqueeze, die reeds qua aard nauw verband houden met de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen. Voorts blijkt uit de door het Hof gekozen formulering „met name" (Frans: „notamment")[39] duidelijk dat misbruik van een machtspositie niet alleen moet worden aangenomen in gevallen waarin een uitsluitingseffect ontstaat voor ondernemingen die even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie.

35 — Punt 23 van de mededeling inzake de handhavingsprioriteiten. Ik wil er in dit verband op wijzen dat de Duitse versie van de betrokken passage („daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen" [de concurrentie van concurrenten belemmert of reeds heeft belemmerd]), de rechtsregels volgens welke daadwerkelijke mededingingsverstorende effecten niet behoeven te worden aangetoond, slechts zeer onvolkomen weergeeft (arresten British Airways/Commissie, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 68, en Tomra Systems e.a./Commissie, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punten 68 en 79). De Engelse versie („has already been or is capable of hampering competition") en de Franse versie („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence") van de mededeling inzake de handhavingsprioriteiten lijken beter te stroken met het door artikel 82 EG (artikel 102 VWEU) vastgelegde rechtskader.

36 — Punt 3 van de mededeling inzake de handhavingsprioriteiten.

37 — Arresten Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, punt 21) en Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punten 29 en 31).

38 — Arrest Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punt 25); zie bovendien arresten Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, met name de punten 177, 183, 196, 203 en 254) en TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, met name de punten 67, 73 en 94); ook in het arrest AKZO/Commissie (C-62/86, EU:C:1991:286, met name de punten 71 en 72) wordt onder meer uitgegaan van een prijs-kostenanalyse.

39 — Arresten Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punt 25) en Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 177, waar in de Duitse versie de uitdrukking „u. a." wordt gebruikt voor het Franse „notamment").

64. Wat specifiek de kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie betreft, heeft het Hof de kwalificatie ervan als misbruik in de zin van artikel 82 EG tot dusver nog nooit afhankelijk gemaakt van een prijs-kostenanalyse. Integendeel, ook recentelijk heeft het met betrekking tot dergelijke kortingsystemen nog vastgesteld dat het ontbreken van een vergelijking van de prijzen met de kosten niet als een onjuiste rechtsopvatting kan worden beschouwd.[40] Die lijn dient het Hof ook in de onderhavige zaak te volgen.

65. Uiteraard zou het theoretisch mogelijk zijn de vaststelling van uitsluitingsgedrag op basis van de prijs algemeen afhankelijk te stellen van de toepassing van het AEC-criterium en de toepassing daarvan op die manier ook voor kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie verplicht te stellen. Maar een dergelijke verdere ontwikkeling van de rechtspraak inzake artikel 82 EG moet om meerdere redenen met de nodige scepsis worden benaderd.

66. Ten eerste ligt de toegevoegde waarde van zware economische analyses niet altijd voor de hand en kunnen deze een buitensporig groot beslag leggen op de middelen van de mededingingsautoriteiten en de gerechtelijke instanties, die dan elders niet beschikbaar zijn om een doeltreffende handhaving van de mededingingsregels te verzekeren. De toegepaste methodiek kan – zoals in casu al blijkt uit de opmerkingen die Post Danmark, Bring Citymail en de Deense regering bij het Hof hebben ingediend – aanleiding geven tot aanzienlijke meningsverschillen.[41] Afgezien daarvan zijn de beschikbare gegevens waarop de analyse wordt gebaseerd niet altijd betrouwbaar[42] en moet de onderneming met een machtspositie bereid zijn om echt samen te werken met de mededingingsautoriteiten en de gerechtelijke instanties, hetgeen, zoals de Duitse regering benadrukt, niet altijd gewaarborgd is.

67. Ten tweede is het een illusie te geloven dat de problematiek van uitsluitingsgedrag op basis van de prijs eenvoudig en met de nodige rechtszekerheid kan worden aangepakt met behulp van een soort wiskundige formule, puur en alleen op basis van de prijs- en kostenelementen van de betrokken ondernemingen. Zoals gezegd zijn de bedrijfsgegevens niet zelden vatbaar voor meerdere interpretaties.

68. Voor de vaststelling van misbruik in het kader van artikel 82 EG, maar ook in andere gevallen, is vooral vereist dat alle relevante omstandigheden van het individuele geval bij de beoordeling in aanmerking worden genomen, en niet alleen maar de prijs- en kostenelementen. Tal van andere factoren, met name de concrete organisatie van een kortingsysteem of bepaalde kenmerken van de markt waarop de dominante onderneming actief is, kunnen eveneens van belang zijn voor de vaststelling van misbruik. Dergelijke factoren kunnen zelfs veel relevanter zijn dan een prijs-kostenanalyse.

69. Indien alle relevante omstandigheden van het individuele geval in aanmerking worden genomen en het gedrag van de onderneming met een machtspositie objectief gezien vanuit economisch oogpunt kan worden gerechtvaardigd, is voldoende gewaarborgd dat de juridische vereisten voor de vaststelling van misbruik in de zin van artikel 82 EG sporen met de economische realiteit.[43]

70. Indien reeds uit de globale beoordeling van de overige, reeds toegelichte[44] omstandigheden van het individuele geval kan worden opgemaakt dat een kortingsysteem misbruik oplevert, bestaat geen juridische verplichting om een prijs-kostenanalyse in de vorm van een toetsing aan het AEC-criterium te verrichten.

40 — Arrest Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 80; zie ook punt 73).

41 — Ook de Commissie erkent in punt 25 van haar mededeling inzake de handhavingsprioriteiten dat de uitkomst van een AEC-test niet altijd eenduidig is.

42 — Ook de Commissie benadrukt in punt 25 van haar mededeling inzake de handhavingsprioriteiten dat voor de toepassing van het AEC-criterium betrouwbare gegevens ter beschikking moeten staan.

43 — Zie mijn conclusie in de zaak Solvay/Commissie (C-109/10 P, EU:C:2011:256, punt 80).

44 — Zie de punten 33-54 van deze conclusie.

71. Een uit artikel 82 EG voortvloeiende juridische verplichting tot toepassing van het AEC-criterium kan al helemaal niet bestaan wanneer het gezien de marktstructuur uitgesloten is dat een andere onderneming even efficiënt kan zijn als de onderneming met een machtspositie. Dit kan verband houden met de bijzondere concurrentievoorwaarden op de relevante markt (bijvoorbeeld met het feit dat die markt – zoals in casu – wordt gekenmerkt door hoge toegangsdrempels, grote schaalvoordelen en/of netwerkgebonden diensten) of met het feit dat de hoogte van de kosten van de dominante onderneming specifiek voortvloeit uit het concurrentievoordeel dat de machtspositie haar oplevert. [45]

72. In dergelijke gevallen is het bij voorbaat zinloos aan de hand van enigerlei prijs-kostenanalyse na te gaan of het kortingsysteem van de onderneming met een machtspositie voor een puur hypothetische even efficiënte concurrent een uitsluitingseffect sorteert. Wanneer er helemaal geen concurrent kan zijn die even efficiënt is als de onderneming met een machtspositie, kan immers ook aan de hand van het AEC-criterium niet met zekerheid worden vastgesteld of er op de markt al dan niet uitsluitingseffecten kunnen ontstaan.

73. Daarentegen mag op een markt waarop de mededinging door de aanwezigheid van een dominante onderneming zodanig is verzwakt dat even efficiënte concurrenten daarop niet eens een plaats kunnen veroveren, zelfs de concurrentiedruk die uitgaat van minder efficiënte ondernemingen niet worden ondergewaardeerd. [46] Het behoud van die concurrentiedruk behoort tot de fundamentele doelstellingen van artikel 82 EG. Er dient namelijk te worden voorkomen dat de marktstructuur en de keuzemogelijkheden van de consument door de handelspraktijken van de dominante onderneming nog verder worden aangetast. [47]

74. Dat betekent dat artikel 82 EG zich ertegen verzet dat op een markt waarop het, gezien de marktstructuur, uitgesloten is dat een andere onderneming even efficiënt is als de onderneming met een machtspositie, het AEC-criterium wordt toegepast.

75. Samenvattend moet dan ook het volgende worden geconcludeerd:

Artikel 82 EG verlangt niet dat het oneerlijke karakter van een door een onderneming met een machtspositie gehanteerd kortingsysteem wordt aangetoond aan de hand van een prijs-kostenanalyse in de vorm van een toetsing aan het AEC-criterium („as-efficient-competitor”-criterium) indien het oneerlijke karakter van het kortingsysteem reeds blijkt uit een globale beoordeling van de overige omstandigheden van het individuele geval.

Het staat de voor mededingingszaken bevoegde autoriteiten en gerechtelijke instanties echter vrij om in het kader van de globale beoordeling van alle omstandigheden van het individuele geval een dergelijke prijs-kostenanalyse te verrichten, tenzij op grond van de marktstructuur uitgesloten is dat een andere onderneming even efficiënt is als de dominante onderneming.

45 — Zie in die zin arrest TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 45 in fine).

46 — Zie in die zin ook punt 24 van de mededeling inzake de handhavingsprioriteiten; zie bovendien arrest Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, EU:C:1979:36, punt 123 in fine).

47 — Arresten France Télécom/Commissie (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punt 105), Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punten 83 en 176), TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 24) en Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punten 20 en 23); zie in soortgelijke zin arrest British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 66).

C – Merkbaarheid van de eventuele mededingingsverstorende werking van het kortingsysteem (tweede vraag en tweede deel van de derde vraag)

76. Tot slot wenst de verwijzende rechter met zijn tweede prejudiciële vraag te vernemen hoe „waarschijnlijk en ernstig" de mededingingsverstorende werking van het kortingsysteem van een onderneming met een machtspositie als Post Danmark moet zijn om artikel 82 EG te „kunnen toepassen". Het tweede deel van de derde prejudiciële vraag, waarmee de verwijzende rechter wenst te vernemen of de „afschermende werking" op de markt „aanmerkelijk" moet zijn, ligt in dezelfde lijn.

77. Mijns inziens kan er niet mee worden volstaan de verwijzende rechter als antwoord op deze vragen alleen maar te wijzen op de procedurele autonomie van de lidstaten met betrekking tot bewijsvraagstukken.[48] Het gaat hier namelijk om de *inhoudelijke* eisen waaraan moet zijn voldaan om misbruik in de zin van artikel 82 EG te kunnen vaststellen. Die eisen zijn van Unierechtelijke aard en moeten in de gehele Unie op dezelfde wijze worden toegepast, zodat voor alle op de interne markt actieve ondernemingen zo uniform mogelijke randvoorwaarden met betrekking tot de mededingingsregels gelden („level playing field").[49]

78. Het is aangewezen om de twee door de verwijzende rechter aan de orde gestelde aspecten, namelijk enerzijds de kans dat de mededinging zal worden verstoord en anderzijds de impact ervan, apart te behandelen.

1. Kans dat de mededinging zal worden verstoord

79. Om te beginnen vraagt de verwijzende rechter hoe groot de kans moet zijn dat het kortingsysteem van een onderneming met een machtspositie de mededinging zal verstoren om te kunnen spreken van misbruik in de zin van artikel 82 EG.

80. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat het van een dergelijk kortingsysteem uitgaande uitsluitingseffect niet puur hypothetisch mag zijn.[50] De betrokken kortingen moeten met andere woorden niet alleen *in abstracto*, maar ook *in concreto* tot gevolg kunnen hebben dat het voor de concurrenten van de dominante onderneming en voor haar medecontractanten moeilijker of zelfs onmogelijk wordt om respectievelijk tot de markt toe te treden en te kiezen tussen verschillende bevoorradingsbronnen of handelspartners.[51]

81. Daarvoor is echter geen zware analyse van de concrete effecten van de kortingen op de mededinging vereist, met andere woorden, er behoeft niet te worden onderzocht of er *daadwerkelijk* een uitsluitingseffect is opgetreden.[52] Het verbod van artikel 82 EG bestrijkt namelijk ook het gedrag van ondernemingen met een machtspositie met een *potentieel* mededingingsverstorende werking.[53] Dat betekent dat zelfs indien Post Danmark terecht zou stellen dat de litigieuze kortingen er uiteindelijk niet de reden voor waren dat Bring Citymail zich van de Deense markt heeft teruggetrokken, niet is uitgesloten dat moet worden vastgesteld dat haar gedrag misbruik vormt in de zin van artikel 82 EG.

48 — Zie in deze context overweging 5 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

49 — Aangaande het concept van het „level playing field", zie bijvoorbeeld mijn conclusies in de zaken Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie (C-550/07 P, EU:C:2010:229, punt 169), Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, punt 118) en Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:45, punt 29).

50 — Zie in die zin arresten Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 254) en TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punten 66 en 67).

51 — Zie in dat verband mijn conclusie in de zaak British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punt 73).

52 — Arrest Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punten 68 en 79); zie in dezelfde zin arresten Tetra Pak/Commissie (C-333/94 P, EU:C:1996:436, punt 44) en Michelin/Commissie (T-203/01, EU:T:2003:250, punt 239).

53 — Arrest TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 64); zie in soortgelijke zin arrest Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punt 44), waarin sprake is van „daadwerkelijk[e] of waarschijnlijk[e]" uitsluiting.

82. Volgens vaste rechtspraak is het noodzakelijk maar tevens toereikend dat de betrokken kortingen een uitsluitingseffect *kunnen* sorteren.[54] Dat is het geval wanneer het op basis van een globale beoordeling van alle relevante omstandigheden van het individuele geval waarschijnlijker lijkt dat een uitsluitingseffect optreedt dan dat het uitblijft.[55]

83. Ik acht het niet passend, de meetlat om te kunnen vaststellen dat er sprake is van een met artikel 82 EG onverenigbaar misbruik, hoger te leggen en bijvoorbeeld te eisen dat het ontstaan van een uitsluitingseffect „zeer waarschijnlijk" of „bijzonder waarschijnlijk" is of zelfs dat dit effect „zonder redelijke twijfel" zal optreden.

84. Op een dominante onderneming rust namelijk, los van de oorzaken van haar machtspositie, een bijzondere verantwoordelijkheid om niet door haar gedrag afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt.[56] Op grond van die verantwoordelijkheid is zij verplicht om zich enigszins terughoudend te gedragen op de markt. Dat betekent dat de dominante onderneming zich moet onthouden van *alle* handelspraktijken die een uitsluitingsrisico inhouden en niet alleen maar van praktijken waarbij een uitsluitingseffect „zeer waarschijnlijk" of „bijzonder waarschijnlijk" is of zelfs „zonder redelijke twijfel" moet worden aangenomen dat dit effect zal optreden.

85. De grootte van de kans dat een uitsluitingseffect optreedt, kan hooguit een weerslag hebben op de zwaarte van eventuele sancties, bijvoorbeeld de door een mededingingsautoriteit op te leggen geldboeten. De hoogte daarvan moet altijd voldoen aan het evenredigheidsbeginsel (artikel 49, lid 3, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003): hoe groter de kans dat een uitsluitingseffect zal optreden en hoe sterker de impact ervan, des te zwaarder dient de boete uit te vallen. In de onderhavige prejudiciële procedure is deze kwestie van de sanctie echter niet aan de orde.

2. Ernst van de te verwachten mededingingsverstoring

86. Vervolgens wenst de verwijzende rechter te vernemen hoe „ernstig" of „aanmerkelijk" de mededingingsverstorende werking van een kortingsysteem moet zijn om onder het misbruikverbod van artikel 82 EG te vallen.

87. In wezen gaat het hier dus om de merkbaarheid van eventuele mededingingsbeperkende effecten van kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie. Onderzocht moet worden of het voor de vaststelling van misbruik in de zin van artikel 82 EG vereist is dat de van een kortingsysteem uitgaande mededingingsverstoring enigerlei de-minimisdrempel overschrijdt.

88. Zoals meerdere deelnemers aan de procedure hebben opgemerkt, zijn de desbetreffende twijfels van de verwijzende rechter waarschijnlijk te wijten zijn aan een terminologisch probleem in het in 2012 gewezen arrest Post Danmark. In de bindende Deense taalversie van dat arrest worden namelijk vreemd genoeg de woorden „mærkbare virkninger" – wat zoveel betekent als „aanmerkelijke gevolgen" – gebezigd om het begrip „uitsluitingseffect" uit te drukken.[57] Elders in dat arrest is dan weer sprake van „eliminerende virkning"[58], dus van „eliminerende werking", hetgeen eveneens relatief streng klinkt.

54 — Arresten British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 68) en Michelin/Commissie (T-203/01, EU:T:2003:250, punt 239).

55 — Zie in die zin arrest Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), waarin sprake is van „voor de mededinging [...] waarschijnlijke schadelijke effecten" (punt 42) en van „daadwerkelijk[e] of waarschijnlijk[e]" uitsluiting (punt 44).

56 — Arrest Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 57); zie in dezelfde zin arresten France Télécom/Commissie (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punt 105), Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 176) en TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 24).

57 — Arrest Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punt 25).

58 — Arrest Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punt 41; zie in soortgelijke zin punten 17, 22, 27, 29 en 44).

89. Uit de Franse taalversie, de taal waarin het arrest is opgesteld en waarin is beraadslaagd, blijkt echter dat het bij deze woordkeuze in het Deens om een vertaalfout moet gaan. In het Frans is alleen maar sprake van „effet[s] d'éviction", dat wil zeggen van „uitsluitingseffecten", hetgeen overeenstemt met de overige rechtspraak betreffende artikel 82 EG. [59]

90. Tegen deze achtergrond zou het verkeerd zijn uit de woorden „mærkbare virkninger" en „eliminerende virkning" in het arrest Post Danmark van 2012 af te leiden dat er enigerlei merkbaarheids- of de-minimisdrempel zou bestaan voor kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie. Als misbruik in de zin van artikel 82 EG moeten veeleer alle kortingsystemen van ondernemingen met een machtspositie worden aangemerkt die een uitsluitingseffect kunnen hebben [60], en niet alleen maar systemen die „ernstige" of „aanmerkelijke" gevolgen hebben of kunnen hebben.

91. Daar de mededingingstructuur van de relevante markt reeds door de aanwezigheid van de dominante onderneming is aangetast, kan binnen de werkingssfeer van artikel 82 EG elke bijkomende beperking van die mededinging namelijk misbruik van de machtspositie door de dominante onderneming opleveren. [61]

92. Geheel in die zin heeft het Hof – ongeveer op hetzelfde tijdstip als dat waarop het arrest Post Danmark van 2012 is gewezen – vastgesteld dat het voor de toepassing van artikel 82 EG niet noodzakelijk is een precieze drempel vast te leggen vanaf welke de door een onderneming met een machtspositie toegekende kortingen als misbruik moeten worden beschouwd. [62] De klanten moeten namelijk van iedere op de markt mogelijke graad van mededinging kunnen profiteren en de concurrenten moeten op de gehele markt en niet alleen op een deel ervan op basis van de kwaliteit met elkaar kunnen concurreren. Voorts staat het niet aan de onderneming met een machtspositie om te bepalen hoeveel levensvatbare concurrenten met haar mogen concurreren om het nog voor mededinging vatbare gedeelte van de vraag. [63]

93. Het lijkt echter ook om twee andere redenen niet noodzakelijk om een de-minimisdrempel toe te passen voor de beoordeling van de uitsluitingseffecten van het gedrag van een onderneming met een machtspositie: ten eerste moet de vaststelling van de genoemde uitsluitingseffecten, zoals reeds uiteengezet [64], berusten op een concrete evaluatie van alle relevante omstandigheden van het individuele geval en moet het waarschijnlijker zijn dat zij optreden dan dat zij uitblijven. Ten tweede bestrijkt het misbruikverbod van artikel 82 EG sowieso alleen maar gedragingen die de handel tussen de lidstaten zouden kunnen belemmeren.

94. Elk van deze twee aspecten volstaat op zich reeds om gedragingen waarvan de mededingingsverstorende effecten puur hypothetisch of volledig irrelevant zijn, uit te sluiten van het misbruikverbod van artikel 82 EG.

59 — Zie punt 29 van deze conclusie.

60 — Zie in dit verband nogmaals punt 82 van deze conclusie.

61 — Arrest Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, EU:C:1979:36, punt 123 in fine).

62 — Arrest Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punten 46 en 48); zie in soortgelijke zin reeds arrest Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, EU:C:1979:36, punt 89), waarin wordt benadrukt dat het oneerlijke karakter van getrouwheidskortingen „[losstaat van de vraag] of [de afnemer] veel of heel weinig inkoopt".

63 — Arrest Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 42).

64 — Zie nogmaals de punten 31, 68 en 82-85 van deze conclusie.

3. Tussenconclusie

95. Samenvattend concludeer ik dan ook het volgende:

Afgezien van het vereiste van de feitelijke of potentiële belemmering van de handel tussen lidstaten hoeft het uitsluitingseffect dat kan uitgaan van een kortingsysteem van een onderneming met een machtspositie niet enigerlei merkbaarheidsdrempel (de-minimisdrempel) te overschrijden om te kunnen worden aangemerkt als misbruik in de zin van artikel 82 EG. Het hoeft enkel waarschijnlijker te zijn dat een dergelijk effect optreedt dan dat het uitblijft.

VI – **Conclusie**

96. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Sø- og Handelsret als volgt te beantwoorden:

„1) Een door een onderneming met een machtspositie gehanteerd kortingsysteem levert misbruik op in de zin van artikel 82 EG indien uit de globale beoordeling van alle omstandigheden van het individuele geval blijkt dat de kortingen een economisch niet gerechtvaardigd uitsluitingseffect kunnen sorteren. In dat verband moet met name aandacht worden besteed aan de toekenningscriteria en -modaliteiten van de korting, de concurrentievoorwaarden op de relevante markt en de positie van de dominante onderneming op die markt.

2) Artikel 82 EG verlangt niet dat het oneerlijke karakter van een door een onderneming met een machtspositie gehanteerd kortingsysteem wordt aangetoond aan de hand van een prijs-kostenanalyse in de vorm van een toetsing aan het criterium van de even efficiënte concurrent (‚as-efficient-competitor'-criterium) indien het oneerlijke karakter van het kortingsysteem reeds blijkt uit een globale beoordeling van de overige omstandigheden van het individuele geval.

Het staat de voor mededingingszaken bevoegde autoriteiten en gerechtelijke instanties echter vrij om in het kader van de globale beoordeling van alle omstandigheden van het individuele geval een dergelijke prijs-kostenanalyse te verrichten, tenzij op grond van de marktstructuur uitgesloten is dat een andere onderneming even efficiënt is als de dominante onderneming.

3) Afgezien van het vereiste van de feitelijke of potentiële belemmering van de handel tussen lidstaten hoeft het uitsluitingseffect dat kan uitgaan van een kortingsysteem van een onderneming met een machtspositie niet enigerlei merkbaarheidsdrempel (de-minimisdrempel) te overschrijden om te kunnen worden aangemerkt als misbruik in de zin van artikel 82 EG. Het hoeft enkel waarschijnlijker te zijn dat een dergelijk effect optreedt dan dat het uitblijft."