

Amerikaans Hooggerechtshof maakt het brengen van antitrust claims hoogdrempeliger

In een eerdere bijdrage waarschuwde ik de Europese en Nederlandse wetgevers voor de gevaren van een civiel handhavingssysteem voor het mededingingsrecht naar het Amerikaanse model.¹ Een van die gevaren zijn afpersingsclaims: eisers die de combinatie van de kosten van discovery, collectieve vorderingen en rechtsonzekerheid misbruiken om financiële schikkingen te behalen in anders kansloze zaken. De recente uitspraak van het Amerikaanse federale Hooggerechtshof in de zaak *Bell Atlantic v. Twombly*² (hierna: *Twombly*) verlaagt de kans op dergelijk misbruik door het aanbrengen van kartelclaims en andere antitrust claims hoogdrempeliger te maken. Dit heeft op de lange termijn mogelijk impact op de aansprakelijkheidsrisico's en juridische budgetten van Amerikaanse en internationale ondernemingen.

Deze bijdrage bespreekt de *Twombly* zaak en haar mogelijke impact op de Amerikaanse antitrust jurisprudentie. Omdat de kosten die gepaard gaan met Amerikaanse discovery en de instrumenten die Amerikaanse procespartijen hebben om die kosten te verminderen in *Twombly* centraal stonden, worden die concepten hierna eerst kort besproken.

De kosten en lasten van discovery in het elektronische tijdperk

Ingevolge regel 26(b)(1) van de *Federal Rules of Civil Procedure* (hierna: *Fed. R. Civ. P.*) heeft een partij recht op toegang tot alle informatie in het bezit of controle van de andere partij(en) die redelijkerwijs zou kunnen leiden tot ontdekking van toelaatbaar bewijs. Dit betreft alle soorten informatie, ongeacht de drager van die informatie, waaronder elektronische bestanden, papieren stukken en getuigen.

In een kartelzaak als *Twombly*, waar gedaagden ieder tienduizenden werknemers in dienst hebben, gaat het daarom al snel over letterlijk terabytes aan informatie,³ met andere woorden, miljoenen documenten. Die

documenten moeten allemaal worden beoordeeld op vertrouwelijkheid, *legal privilege* en relevantie voordat ze worden vrijgegeven. Daarvoor worden vaak tientallen of zelfs honderden advocaten tijdelijk ingehuurd die weken of maandenlang volle dagen werken om alle documenten door te nemen en te categoriseren. De software en databases die worden gebruikt voor dit soort projecten zijn ook zeer kostbaar (na enkele maanden al gauw enkele honderdduizenden dollars). En dat is nog maar het begin. In de meeste mededingingsrechtzaken volgen dan nog talloze getuigenverhoren, expert rapporten en verhoren van experts. De kosten van discovery lopen dan ook al snel in de miljoenen dollars.⁴

Naast direct financiële lasten, legt discovery ook beslag op het personeel en management van een onderneming, onder meer, omdat die noodzakelijkerwijs worden betrokken in het verzamelen van discovery materiaal en dienen te verschijnen voor getuigenverhoren. Een en ander is tijdrovend en leidt af van de normale bedrijfsvoering. Bovendien vergroot het de risico's dat vertrouwelijke gegevens worden blootgelegd.

Gedaagden hebben er dan ook groot belang bij discovery te voorkomen.

'Motion to dismiss' is voor gedaagden het belangrijkste wapen tegen discovery-lasten

Het gerechtelijk toezicht op discovery blijkt in de praktijk tot op heden een ineffectief middel om de lasten van discovery te verminderen.⁵ Het beste wapen tegen discovery is derhalve preventie. In het Amerikaanse civiele proces bestaan drie cruciale momenten waarop een zaak inhoudelijk kan worden afgedaan in eerste aanleg: na een *motion to dismiss*⁶, na een *motion for summary judgment*,⁷ of na *trial* (het proces ten gronde).⁸ In de regel biedt alleen de *motion to dismiss* de mogelijkheid om de zaak te beëindigen voordat discovery plaatsvindt.

Nog voordat een gedaagde de eis beantwoordt kan zij de rechter op grond van *Fed. R. Civ. P. 12(b)(6)* verzoeken de vordering af te wijzen door middel van een zogenoemde *motion to dismiss for failure to state a claim* (hierna: *motion to dismiss*). Een *motion to dismiss* wordt toegewezen indien de claim niet voldoet aan de norm neergelegd in *Fed. R. Civ. P. 8(a)(2)*. Die regel schrijft voor dat de eis een korte en duidelijke uiteenzetting van de feiten bevat

1 D. S. Bitton, *Discovery, Treble damages en Class actions: wilde EG wetshandhaving door bounty hunters?*, AM 2006, p. 94.

2 *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, No. 05-1126, 2007 U.S. Lexis 5901 (U.S. May 21, 2007).

3 Zie, bijvoorbeeld, John Bace, *Costs of E-Discovery Threatens to Skew Justice System*, Gartner RAS Core Research Note, April 20, 2007, <http://www.hstechnologies.com/pdf/gartner0607.pdf> ('[H]orror stories of both corporate attorneys and lawyers in private practice of massive costly (\$4 million to \$8 million) e-discovery searches of wading through terabytes of data').

4 *Id.*

5 *Twombly*, U.S. Lexis 5901 pp. *29-*30 ('[S]uccess of judicial supervision in checking discovery abuse has been on the modest side.'). Zie ook AM 2006, p. 95.

6 *Fed. R. Civ. P. 12(b)(6)*.

7 *Fed. R. Civ. P. 56*.

8 *Fed. R. Civ. P. 38-53*. Trial dient ertoe de controversiële relevante feiten in een zaak vast te stellen. Gedurende trial presenteren de partijen via getuigenverhoren en bewijsstukken hun zaak voor een feitenvaststeller. Dat kan een jury zijn, maar ook een rechter, indien de eiser om een benchtrial in plaats van trial by jury heeft gevraagd.

die laat zien dat de eiser recht heeft op het gevorderde. Bewijs voor de gestelde feiten behoeft op dat moment nog niet te worden geleverd. In de *motion to dismiss* fase worden alle gestelde feiten als waar aangenomen.⁹ Traditioneel wordt de norm in Fed. R. Civ. P. 8(a)(2) aangeduid als een *notice pleading* vereiste. Dat wil zeggen dat de eis slechts voldoende moet zijn om een gedaagde op de hoogte te stellen van de overtreding waarvan hij wordt beschuldigd.¹⁰ Meer dan dat is niet nodig.

Toewijzing van de *motion to dismiss* betekent ofwel dat de eiser zijn claim mag wijzigen, indien de rechter eiser daarvoor gelegenheid biedt, dan wel dat de zaak definitief wordt afgedaan, vaak nog voordat gedaagde de eis behoeft te beantwoorden en discovery plaatsvindt.¹¹ Daarmee is dit voor gedaagden een cruciale fase in het civiele proces. Het biedt hen de mogelijkheid om kostbare en belastende discovery verplichtingen te voorkomen.

Een verzoek om *summary judgment*¹² kan een zeer kostbaar trial en onvoorspelbaar jury vonnis voorkomen,¹³ maar is meestal te laat om de kosten en lasten van discovery te verminderen.¹⁴

Bell Atlantic v. Twombly: (kartel)claims moeten aan-nemelijk zijn

In *Twombly* lag de vraag voor of een eiser in een kartelzaak in haar eis kan volstaan met een beschrijving van parallel gedrag en de stelling dat dat parallel gedrag het resultaat is van een samenzwering, zonder feiten te beschrijven die suggereren dat het parallel gedrag niet unilateraal is. (Dergelijke feiten worden aangeduid als *plus factors*.) Het Amerikaanse federale hooggerichtshof (hierna: Hooggerichtshof) beantwoordde die vraag negatief.

Feiten

Tot het begin van de jaren tachtig werden praktisch alle telefoongesprekken in Amerika afgehandeld door American Telephone & Telegraph Company ("AT&T"). In 1984 splitste een federale rechtbank AT&T op in een lange afstandsbedrijf en zeven regionale telefoonbe-

drijven, ook wel aangeduid als de Baby Bells, Regional Bell Operating Companies ('RBOCs') of Incumbent Local Exchange Companies ('ILECs').¹⁵ Iedere ILEC kreeg een exclusief territorium toegewezen.¹⁶ In 1996 werd de federale telecommunicatiewet van 1996 ('Telecomwet') ingevoerd om concurrentie te creëren in de van oorsprong monopolistische regionale telecommarkten. De ILECs werden verplicht om hun netwerken open te stellen en netwerkelementen beschikbaar te maken voor nieuwkomers (zogenoemde Competitive Local Exchange Carriers, of CLECs).¹⁷ Dit leidde tot talloze geschillen tussen CLECs en ILECs over netwerktoegang.¹⁸

In december 2002 brachten twee telefoon- en breedbandinternetdienstconsumenten, William Twombly en Lawrence Marcus, een *class action* vordering tegen de vier toen resterende ILECs (Verizon, Qwest, BellSouth en SBC). Zij stelden dat de ILECs kort na de inwerking-treding van de Telecomwet met elkaar hadden afgesproken om (a) niet in elkaars territoria te opereren (marktverdeling) en (b) markttoetreding door CLECs te saboteren.¹⁹ Volgens eisers bleek deze samenzwering uit parallel gedrag door gedaagden. Aan de ene kant ondernamen alle ILECs identieke acties bedoeld om markttoetreding voor CLECs moeilijk en onaantrekkelijk te maken. Dergelijke acties bestonden onder meer uit netwerktoegangswijgering of levering van inferieure netwerkdiensten aan CLEC consumenten.²⁰ Aan de andere kant had geen van de ILECs geprobeerd om als CLEC het territorium van een andere ILEC te betreden.²¹ Stuk voor stuk beperkten zij zich tot activiteiten in het eigen territorium.²² Volgens eisers was dit parallel gedrag niet anders te verklaren dan door een overeenkomst tussen gedaagden om zich zo te gedragen. Die stelling onderbouwden zij als volgt.

De ILECs hadden volgens eisers een gemeenschappelijk motief om alle CLECs collectief buiten de deur te houden. Het succes van een CLEC zou namelijk aanstekelijk werken en spoedig escaleren naar andere markten.²³ De onderlinge marktverdeling bleek volgens eisers onder meer uit de afwezigheid van concurrentie tussen ILECs in aangrenzende territoria; dat was gewoonweg te vauvallig.²⁴ Daarnaast wezen eisers op de persberichten van ILECs waarin zij zich beklaagden over de lage netwerktoegangstarieven die zij CLECs moesten bieden ingevolge het wettelijk regime, alsmede op een uitspraak van de CEO van Qwest dat het concurreren als CLEC wellicht snel geld oplevert maar dat het daarmee nog niet juist is.²⁵ Een en ander suggereerde volgens eisers dat het in de individuele belangen van de ILECs was om met elkaar te concurreren en dat het kartel de enige reden was dat zij dat niet deden.²⁶

9 Zie, bijvoorbeeld, *Twombly*, 2007 U.S. Lexis 5901 pp. *20-*21 ('Factual allegations must be enough to raise a right to relief above the speculative level, on the assumption that all the allegations in the complaint are true').

10 Id. ('Federal Rule of Civil Procedure 8(a)(2) requires only a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief, in order to give the defendant fair notice of what the claim is and the grounds upon which it rests').

11 De rechter zal een eiser niet toestaan om haar claim eindeloos te blijven wijzigen. Zie, bijvoorbeeld, *Hydril Co., L.P. v. Grant Prideco, L.P.*, No. H-05-0337, 2007 U.S. Dist. LEXIS 44278 pp. *23-*24 (S.D. Tex. Jun. 19, 2007) ('Plaintiffs have been given two opportunities to amend the Complaint . . . Plaintiffs have had ample time to investigate the Walker Process claim, yet have failed to allege legally sufficient facts. The Court concludes . . . that claim is dismissed.').

12 De verzoekende partij heeft recht op *summary judgment* indien zij aantoonst dat op grond van het geleverde bewijs geen enkel voor de zaak essentieel feit redelijkerwijs betwistbaar is en zij daarom van rechtswege in het gelijk dient te worden gesteld. Zie Fed. R. Civ. P. 56(c).

13 Zie, bijvoorbeeld, *Tops Mkts., Inc. v. Quality Mkts., Inc.*, 142 F.3d 90, 95 (2d Cir. 1998) ('By avoiding wasteful trials and preventing lengthy litigation that may have a chilling effect on procompetitive market forces, summary judgment serves a vital function in the area of antitrust law').

14 *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, No. 05-1126, 2007 U.S. Lexis 5901 pp. *29-*30 (U.S. May 21, 2007) ('[T]he problem of discovery abuse cannot be solved by careful scrutiny of evidence at the summary judgment stage . . . the threat of discovery expense will push cost conscious defendants to settle . . . before reaching those proceedings.').

15 Id. pp. *10-*11.

16 Id.

17 Id. pp. *11-*12.

18 Id. p. *12.

19 Id. pp. *13-*15.

20 Id. pp. *13-*14.

21 Id. pp. *14-*15.

22 Id.

23 *Twombly v. Bell Atlantic Corp.*, 313 F. Supp. 2d 174, 178 (S.D.N.Y. 2003).

24 Id.

25 Id.

26 Id.

Rechtbank

Naar aanleiding van een *motion to dismiss* van gedaagden wees de Rechtbank de vordering af, nog voordat gedaagden de eis hadden beantwoord en voordat *discovery* was aangevangen. Zij oordeelde dat het parallelle gedrag waarover eisers klaagden volkomen consistent was met individuele economische belangen van gedaagden en derhalve niet op een samenzwering duidde.²⁷ De ILECs hadden ieder van nature redenen om hun monopolie te beschermen tegen nieuwkomers.²⁸ Daar behoefden zij geen kartel voor te vormen. Om diezelfde reden realiseerden zij zich stuk voor stuk maar al te goed dat het concurreren als CLEC tegen een ILEC een zeer moeizame en risicovolle onderneming was.²⁹ Er was derhalve evenmin een kartel nodig om de markten te verdelen.

Gerechtshof

Het Gerechtshof was het daar niet mee eens. Het oordeelde dat een karteleiser in haar claim niet hoeft uit te leggen waarom parallel gedrag inconsistent is met de unilaterale economische belangen van gedaagden, onder meer, omdat *discovery* mogelijk tot ontdekking van direct bewijs van een samenzwering leidt, zodat bewijs van *plus factors* uiteindelijk niet nodig is.³⁰

Hooggerechtshof

Het Hooggerechtshof sloot zich aan bij het oordeel van de Rechtbank.³¹ Het vertrekpunt in zijn analyse was dat parallel gedrag door concurrenten volledig legaal is en in een geconcentreerde markt regelmatig voorkomt.³² Om die reden concludeerde het dat een kartelclaim gebaseerd op parallel gedrag feiten moet omschrijven die het aannemelijk maken dat dit gedrag het gevolg is van een overeenkomst of samenzwering en niet gewoonweg van unilaterale beslissingen.³³ Ingevolge Fed. R. Civ. P. 8(a)(2) dient een eiser immers feiten te stellen die de eiser recht geven op het gevorderde. Het is onvoldoende dat een overeenkomst of samenzwering slechts denkbaar is op grond van de gestelde feiten. De eiser dient feiten te stellen die het aannemelijk maken dat het gedrag van gedaagden het resultaat is van onderlinge afstemming. Het Hooggerechtshof duidde dit onderscheid als het verschil tussen 'conceivable' (mogelijk) en 'plausible' (aannemelijk) en het verschil tussen 'factually neutral' en 'factually suggestive'.³⁴ Zoals de Rechtbank had geoordeeld, omschreef de claim van Twombly en Marcus geen feiten die een samenzwering tussen de ILECs aannemelijk maakte. De gestelde feiten duiden louter op unilateraal gedrag van ondernemingen die jarenlang als monopolist hadden geopereerd en die de status quo van nature vanuit puur eigen belang conserveerden.³⁵ Daarnaast merkte het Hooggerechtshof op dat eisers niet eens de

moeite hadden genomen de samenzwering met tijdstippen, locaties en betrokkenen aan te duiden.³⁶

Hiermee deed het Hooggerechtshof afstand van de *notice pleading* norm, neergelegd in zijn uitspraak in *Conley v. Gibson*: '[A] complaint should not be dismissed for failure to state a claim unless it appears beyond doubt that the plaintiff can prove no set of facts in support of his claim which would entitle him to relief.'³⁷ Menig eiser had zich in de loop der jaren met succes op deze laagdrempelige toets beroepen om toegang tot *discovery* te krijgen. Het was volgens het Hooggerechtshof tijd om deze standaard te verlaten en de lat voor eisers hoger te leggen.³⁸ Deze koerswijziging was ingegeven door de zorg van het Hooggerechtshof, en velen met haar, over de hoge kosten van *discovery*. In het bijzonder uitte zij zorg over het misbruik dat eisers en hun advocaten maken van de druk die de kosten van *discovery* leggen op gedaagden, zeker in mededingingsrechtzaken.³⁹ De dreiging van *discovery* doet vele gedaagden schikken, ongeacht de legitimiteit van de eis in die zaak.⁴⁰ Dit nodigt eisers advocaten uit lichtzinnige zaken aan te brengen om een snelle zakcent te verdienen.

De *plus factor* toets die het Hooggerechtshof toepast stamt af van zijn uitspraak uit de jaren tachtig in *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*⁴¹ Tot dusver gold die toets echter alleen voor het *summary judgment* stadium, nadat bewijs via *discovery* was verzameld en gevoerd.⁴² De exponentiële toename van *discovery* lasten sinds de jaren tachtig, als gevolg van *e-discovery*, verklaren de verschuiving van deze toets naar het *motion to dismiss* stadium.

Impact van Twombly: weinig nieuws of een nieuw tijdperk

De volle impact van Twombly zal pas na een aantal jaren zichtbaar worden. Die impact kan uiteindelijk bescheiden zijn. De rechtbanken hebben de ruimte om Twombly beperkt uit te leggen vanwege haar unieke feiten: de jarenlange marktregulering en -structuur in de telecommarkt maakte het evident dat het parallelle gedrag van de ILECs niet het gevolg was van een samenzwering. De gemengde signalen in de uitspraak van het Hooggerechtshof bieden hier ook ruimte voor.⁴³ Bovendien was de Twombly toets voor sommige federale rechters al lang praktijk.⁴⁴

36 *Id.* p. *38.

37 355 U.S. 41, 45-46 (1957).

38 Twombly, 2007 U.S. Lexis 5901 p. *35.

39 *Id.* pp. *27-*30.

40 *Id.*

41 475 U.S. 574, 588 (1986).

42 *Id.*

43 Het Hooggerechtshof doet in Twombly enkele uitspraken die op het eerste gezicht enigszins tegenstrijdig lijken en voor rechtbanken niet erg duidelijke richtlijnen bieden. Zie, bijvoorbeeld, Twombly, 2007 U.S. Lexis 5901 p. *23 ('stating a [Section 1] claim requires a complaint with enough factual matter (taken as true) to suggest that an agreement was made.'). *id.* ('it simply calls for enough fact to raise a reasonable expectation that discovery will reveal evidence of illegal agreement.'). *id.* ('And, of course, a well-pleaded complaint may proceed even if it strikes a savvy judge that actual proof of those facts is improbable, and that recovery is very remote and unlikely'); *id.* p. 47 ('[W]e do not require heightened fact pleading of specifics, but only enough facts to state a claim to relief that is plausible on its face').

44 Zie, bijvoorbeeld, *Cayman Exploration Corp. v. United Gas Pipe Line Co.*, 873 F.2d 1357, 1361 (10th Cir. 1989); *Yellow Page Solutions, Inc. v. Bell Atl. Yellow Pages Co.*, No. 00 CIV. 5663, 2001 U.S. Dist. LEXIS *42 (S.D.N.Y. Nov. 19, 2001).

27 *Id.* pp. 183, 184, 188.

28 *Id.* pp. 183-84.

29 *Id.* p. 188.

30 Twombly v. Bell Atlantic Corp., 425 F.3d 99, 114 (2d Cir. 2005).

31 Bell Atlantic Corp. v. Twombly, No. 05-1126, 2007 U.S. Lexis 5901 p. *37 (U.S. May 21, 2007).

32 *Id.* pp. *19-*20, *23.

33 *Id.* pp. *23-*24.

34 *Id.* pp. *25-*26 n.5, *47.

35 *Id.* pp. *39-*40, *43.

Aan de andere kant is er potentieel voor een significante kentering in de antitrust rechtspraak na *Twombly*. Het Hoogerechtshof aarzelde niet voorafgaande aan *discovery* en bewijsvoering te beoordelen of het parallelle gedrag van de ILECs vanuit economisch perspectief rationeel was zonder een samenzwering. Dat soort feitelijke en economisch-theoretische vraagstukken werden vóór *Twombly* in de regel bewaard voor na *discovery*,⁴⁵ tijdens *summary judgment* of *trial*. *Twombly* lijkt te breken met die traditie en geeft rechters de ruimte om zich voorafgaande aan *discovery* te buigen over feitelijk-economische vraagstukken.⁴⁶ Menig antitrust claim strandt tijdens *summary judgment* omdat de economisch-theoretische onderbouwing niet robuust blijkt te zijn.⁴⁷ Naarmate rechtbanken na *Twombly* steeds meer bereid zijn daarover in het *motion to dismiss* stadium te oordelen, zullen kansarme antitrust claims veel eerder in de kiem worden gesmoord. Dit geldt niet alleen voor kartelzaken, maar juist ook voor andere antitrust zaken.⁴⁸ Zo wees een Californische federale rechtbank bijvoorbeeld onlangs met verwijzing naar *Twombly* een *motion to dismiss* toe in een zaak waar Google werd beschuldigd van het misbruik van een economische machtspositie.⁴⁹ Eisers relevante markt in die zaak was naar het oordeel van de rechtbank onaannemelijk.⁵⁰

Een bijverschijnsel hiervan zal zijn dat partijen hun economisch experts eerder zullen inschakelen, om de redelijkheid van claims te evalueren voordat *discovery* plaatsvindt.

Twombly zal mogelijk eveneens een significante impact hebben op *discovery* lasten. Aangezien het Hoogerechtshof daarover haar zorg uitdrukte, zullen de rechtbanken wellicht meer dan voorheen bereid zijn om paal en perk te stellen aan aggressieve *discovery* praktijken.⁵¹ In zijn *dissenting opinion* suggereerde Justice Stevens, bijvoorbeeld, dat hij als rechter in eerste instan-

tie uitsluitend zeer beperkte gefaseerde *discovery* zou hebben toegestaan in *Twombly*.⁵²

Indien de rechtbanken *Twombly* inderdaad op deze wijze omarmen kan dat op de lange termijn (a) het aantal kansarme antitrust claims en procedures significant verminderen, en (b) antitrust procedures minder *discovery*-intensief en daarmee minder kostbaar maken. *Twombly* heeft derhalve het potentieel om de aansprakelijkheidsrisico's en juridische budgetten van Amerikaanse en internationale ondernemingen positief te beïnvloeden, met name voor ondernemingen die in geconcentreerde markten opereren en grote ondernemingen die experimenteren met agressieve en efficiënte bedrijfsstrategieën. Naarmate hun claims steeds vaker stranden voorafgaande aan *discovery*, zullen eisers advocaten of minder efficiënte concurrenten minder geneigd zijn procedures te beginnen.

De eerste generatie van post-*Twombly* uitspraken valt op relatief korte termijn te verwachten. Gedaagden in lopende antitrust procedures hebben massaal een beroep gedaan op *Twombly*.⁵³ Als het aan hen ligt, verschuift de Amerikaanse antitrust jurisprudentie grotendeels van *summary judgment* uitspraken naar *motion to dismiss* uitspraken. Het is niet ondenkbaar dat in ieder geval sommige rechters hen daarin zullen volgen. Zeker voor rechters met een aanzienlijke werkachterstand is het immers verleidelijk om kansloze zaken vroegtijdig van de rol te verwijderen. *Twombly* geeft hen daar meer ruimte voor. Tekenend is in dat verband dat sommige rechtbanken in *Twombly* aanleiding hebben gezien om partijen in lopende procedures te verzoeken aanvullende of gewijzigde *motion to dismiss* memoranda in te dienen.⁵⁴

Daniel S. Bitton, advocaat bij Axinn, Veltrop & Harkrider, LLP, in New York⁵⁵

45 Zie, bijvoorbeeld, *NicSand, Inc. v. 3M Co.*, 457 F.3d 534, 547 (6th Cir.) (oordeelde dat eiser geen aanbodsstitutie behoefde bepleiten om een *motion to dismiss* te overleven omdat aanbodsstitutie beter kon worden beoordeeld na *discovery*), *reh'g en banc granted*, No. 05-3431 (6th Cir. Nov. 22, 2006); *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 199-200 (2d Cir. 2001) ('Because market definition is a deeply fact-intensive inquiry, courts hesitate to grant motions to dismiss for failure to plead a relevant product market.').

46 *Twombly*, 2007 U.S. LEXIS 5901 p. *87 (dissenting opinion, Stevens, J.) ('I fear that the unfortunate result of the majority's new pleading rule will be to invite lawyers' debates over economic theory to conclusively resolve antitrust suits in the absence of any evidence.').

47 Zie, bijvoorbeeld, *Pepsico, Inc. v. The Coca-Cola Company*, 114 F. Supp. 2d 243, 259 (S.D.N.Y. 2000) (*summary judgment* toegekend omdat markt niet juist was afgebakend); *Tops Markets, Inc. v. Quality Marktes, Inc.*, 142 F.3d 90, 99 (2d Cir. 1998) (*summary judgment* toegekend omdat geen marktmacht bestond).

48 De impact van *Twombly* reikt mogelijk zelfs verder dan het mededingingsrecht, maar dat wordt hier buiten beschouwing gelaten.

49 *Person v. Google, Inc.*, No. 06-7297, pp. 6-8 (N.D. Cal. Jun. 25, 2007).

50 Id.

51 Zie *Iqbal v. Hasty*, Nos. 05-5768 [], 2007 U.S. App. LEXIS 13911 pp. *37-*38 (2d Cir. Jun. 14, 2007) (na evaluatie van de toepassing van *Twombly* merkt het Gerechtshof op: 'even though a complaint survives a motion to dismiss, a district court . . . may nonetheless consider exercising its discretion to permit some limited and tightly controlled reciprocal *discovery*. . .').

52 Zie *Twombly*, 2007 U.S. LEXIS pp. *84-*85 (dissenting opinion, Stevens J.).

53 Zie, bijvoorbeeld, *Defendant Google Inc.'s Reply Memorandum of Points and Authorities in Support of Motion to Dismiss the Second Amended Complaint* p. 3, *Person v. Google, Inc.*, No. 06-7297 (N.D. Cal. Jun. 25, 2007); *Defendant Intel Corporation's Supplemental Filing in Support of its Motion to Dismiss Plaintiffs' First Amended Consolidated Complaint*, In re: *Intel Corp. Microprocessor Antitrust Lit.*, MDL No. 05-1717 (D. Del.); *Reply Memorandum of Law in Further Support of Defendant's Motion to Dismiss Plaintiff's First Amended Complaint* pp. 2-3, *Radikal Records, Inc. v. EMI Music North America*, No. 06 Civ. 11538 (S.D.N.Y.); *Notice of Supplemental Authority*, In re: *Pharmacy Benefit Managers Antitrust Lit.*, No. 06-md-1782 (E.D. Pa.); *Wells Fargo & Accordia's Supplemental Memorandum in Support of Their Second Renewed Motion to Dismiss Plaintiffs' §1 Sherman Act Claim*, In re: *Insurance Brokerage Antitrust Lit.*, No. 04-cv-05184 (D.N.J.); *Defendants' Motion to Stay Discovery*, In re: *Graphic Processing Units Antitrust Lit.*, No. 07-CV-01826 (N.D. Cal.).

54 Zie, bijvoorbeeld, *Building Materials Corporation of America v. Rotter*, No. 06-CV-1492 (E.D. Pa. Jun. 26, 2007) (rechtbank nodig gedaagden uit om in verband met *Twombly* memoranda in te dienen).

55 Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel. Axinn, Veltrop & Harkrider vertegenwoordigde Bellsouth in de overname door AT&T en andere zaken, maar had geen betrokkenheid in de *Twombly* zaak.