

Artikel

Remedies in concentratie- en antitrustzaken: convergentietrend?

Mr. C.E. Schillemans en mr. C.E.E. Zois*

Inleiding

82

Op 25 december jl. hield Directeur-Generaal Mededinging van de Europese Commissie Alexander Italianer een toespraak getiteld: 'Legal certainty, proportionality, effectiveness: the Commission's practice on remedies'.¹ In deze interessante toespraak gaf Italianer inzicht in de Commissiepraktijk met betrekking tot remedies in het mededingingsrecht en constateerde hij een convergentietrend tussen remedies in concentratiezaken en remedies in antitrustzaken (i.e. misbruik- en kartelzaken). Deze trend wordt volgens Italianer onder meer ingegeven door het streven van de Commissie om, geleid door de principes van rechtszekerheid, effectiviteit en proportionaliteit, de kwaliteit van remedies in het mededingingsrecht te verbeteren.²

In dit artikel zal bovenstaande convergentietrend nader worden onderzocht. Allereerst wordt kort ingegaan op de classificatie van remedies. Vervolgens zal worden gekeken naar de remediepraktijk in concentratiezaken en in antitrustzaken aan de hand van enkele voorbeelden uit de praktijk van de Europese Commissie en de NMa.

Gedragremedies vs. (quasi)-structurele remedies: classificatie

Remedies worden van oudsher onderscheiden in twee typen: structurele remedies en gedragremedies. Over de precieze definitie van deze twee typen remedies bestaat in de literatuur geen overeenstemming.³ Het gaat hierbij vooral om de divergente classificatie van zogeheten 'toegangsremedies', dat wil zeggen remedies die vereisen dat toegang wordt verschaft tot bijvoorbeeld technologie, infrastructuur of intellectuele-eigendomsrechten.

Op Europees niveau worden structurele en gedragremedies door de Commissie noch in de Concentratieverordening 2004/139/EG⁴ noch in de Mededeling Concentratiemaatregelen⁵ gedefinieerd. De NMa daarentegen definieert in punt 14 van haar Richtsnoeren Remedies 2007⁶ structurele remedies als remedies die 'een structurele verandering op de markt teweeg[brengen]' en gedragremedies als remedies waarbij 'de door de concentratie tot stand gebrachte onderneming zich op bepaalde wijze [dient] te gedragen of zich van bepaald gedrag [dient] te onthouden'.

* Mr. C.E. Schillemans is advocaat bij Allen & Overy. Mr. C.E.E. Zois is juniordocente Europees recht aan de Universiteit Leiden.

1. Toespraak van Alexander Italianer verzorgd in Brussel op 5 december 2012 ter gelegenheid van de Charles River Associates Annual Conference: 'Legal certainty, proportionality, effectiveness: the Commission's practice on remedies'.
2. Toespraak van Alexander Italianer, p. 8-9.

3. Zie bijv. S. Papon, 'Structural v behavioural remedies in merger control: a case to case analysis', *European Competition Law Review* 2009, Vol. 30(1), p. 37.

4. Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *Pb. EU* 2004, L-24/1-22.

5. Mededeling van de Commissie betreffende op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, *Pb. EU* 2008, C-267/1-27.

6. NMa, Richtsnoeren voor de inhoud, indiening en tenuitvoerlegging van remedies bij concentraties, *Stcrt.* 2007, 187, p. 30.

Hiernaast onderscheidt de NMa binnen de gedragsremedies de zogenoemde ‘quasi-structurele’ remedies. Dit zijn ‘remedies die geen structureel karakter hebben maar die wel duurzame (en min of meer structurele) effecten op de markt hebben’.⁷ Deze remedies zitten als het ware tussen gedragsremedies en structurele remedies in, of, anders gezegd, vertonen kenmerken van beide typen.

Remedies in concentratiezaken

De Europese Commissie en de NMa hanteren met betrekking tot concentratiemedies overeenstemmende basisprincipes: voorgestelde remedies moeten proportioneel, passend en effectief zijn, en zij moeten de geconstateerde mededingingsproblemen zonder twijfel en volledig wegnemen.⁸ Aldus is het uitgangspunt voor beide mededingingsautoriteiten dat remedies van structurele aard, zoals een verbintenis om een bepaald bedrijfsonderdeel te verkopen, in het algemeen de voorkeur genieten boven gedragsremedies.⁹ Daarbij lijkt met name de NMa in de praktijk een steeds duidelijkere voorkeur te hebben voor remedies waarnaar zij na effectuering (doorgaans zes maanden) geen omkijken meer heeft.

Deze voorkeur voor structurele remedies in concentratiezaken is goed te verklaren en inherent aan de aard van concentratiecontrole. Problematische concentraties brengen doorgaans een verslechtering van de concurrentiestructuur van de markt teweeg. Remedies dienen dan ter compensatie voor het verlies aan concurrentie. De beste wijze om in dergelijke gevallen concurrerende marktstructuren te behouden, is derhalve met remedies die eveneens ingrijpen op de structuur van de markt.¹⁰ Dit komt ook tot uiting in de EU-Concentratieverordening, die toeziet op het behoud van competitieve marktstructuren.¹¹

In overeenstemming hiermee oordeelde het Gerecht in *Gencor* dat Europese concentratiecontrole primair ziet op de controle op marktstructuren en niet op de controle op gedragingen van ondernemingen, welke hoofdzakelijk is geregeld in de artikelen 101 en 102 VWEU.¹²

Uit de praktijk van de Europese Commissie zijn dan ook talloze voorbeelden te noemen van concentraties die enkel met structurele remedies zijn goedgekeurd. Zo verwijst Italianer in zijn toespraak naar de *Deutsche Bahn/Arriva*-overname die door de Commissie werd goedgekeurd op voorwaarde dat de Duitse tak van Arriva werd afgescheiden.¹³ Recentere zaken uit de concen-

tratiepraktijk van de Commissie zijn bijvoorbeeld *Arla Foods/Milk Inc.*,¹⁴ *Sony/Mubadala/EMI Music*,¹⁵ *La Poste/Swiss Post*¹⁶ en *Kinnevik/Bilerus/Körsnas*.¹⁷

De praktijk van de NMa kent eveneens meerdere voorbeelden van zaken die enkel met structurele remedies zijn afgedaan.¹⁸ Zo kan worden verwezen naar de *Mecom/Wegener*-overname uit 2008 waarin Mecom een dochteronderneming moest afstaan,¹⁹ naar meerdere concentraties in de thuiszorgsector²⁰ en naar concentraties in de supermarktsector.²¹ Een structurele remedie gericht tegen mogelijke uitsluiting van producenten en tegelijkertijd horizontale coördinatie-effecten tussen de commerciële omroepen SBS en RTL Nederland betrof het afstoten van het minderheidsbelang van Talpa in RTL Nederland in het kader van de overname door Sanoma en Talpa van SBS.²²

Niettemin erkent zowel de Commissie als de NMa dat in bepaalde gevallen naast structurele remedies ook gedragsremedies passend kunnen zijn om mededingingsrechtelijke bezwaren weg te nemen.²³ Zo wijzen de Richtsnoeren Remedies uitdrukkelijk op de geschiktheid van gedragsremedies indien het mededingingsprobleem ziet op uitsluitingseffecten die het gevolg zijn van een verticale relatie, bijvoorbeeld als gevolg van een zogenoemde *price squeeze*.²⁴ In dergelijke gevallen kan volgens de Richtsnoeren een remedie in de vorm van bijvoorbeeld een verplichting niet te discrimineren tussen klanten voorkomen dat een verticaal geïntegreerde onderneming in staat is om afnemers hogere prijzen of andere ongunstige voorwaarden op te leggen.²⁵

Zowel de Commissie als de NMa stelt echter dat gedragsremedies enkel in uitzonderlijke gevallen dienen te worden ingezet ‘indien de werkbaarheid ervan volledig wordt gegarandeerd door effectieve tenuitvoerlegging en effectief toezicht én indien er geen risico bestaat dat zulks tot mededingingsverstoringe effecten leidt’.²⁶ Zo mag volgens de NMa een gedragsremedie niet leiden tot strategisch gedrag van partijen waardoor de remedie feitelijk ineffectief is.²⁷

7. NMa Richtsnoeren Remedies, punt 16.

8. Concentratieverordening 2004/139/EG, punt 30-31, NMa Richtsnoeren Remedies, punt 12.

9. Zie EU-Mededinging Concentratiemaatregelen, punt 15 en NMa Richtsnoeren Remedies, punt 15.

10. Zie bijv. Besluit NMa 31 juli 1998, zaak 47 (*RAI/Jaarbeurs*), punt 226.

11. Concentratieverordening 2004/139/EG, punten 6 en 25; J. Faull en A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2007, punt 5.363, p. 519.

12. GvEA 25 maart 1999, zaak T-102/96, *Gencor/Commissie*, Jur. 1999, p. II-0753, par. 314.

13. Commissiebeschikking 11 augustus 2010, zaak M.5855, *Deutsche Bahn/Arriva*, Pb. EU 2010, C-276/01.

14. Commissiebeschikking 27 september 2012, zaak M.6611, *Arla Foods/Milk Inc.*, Pb. EU 2012, C-387/03.

15. Commissiebeschikking 19 april 2012, zaak M.6459, *Sony/Mubadala/EMI Music*, Pb. EU 2012, C-196/01.

16. Commissiebeschikking 4 juli 2012, zaak M.6503, *La Poste/Swiss Post*, n.n.g.

17. Commissiebeschikking 27 november 2012, zaak M.6682, *Kinnevik/Bilerus/Körsnas*, n.n.g.

18. Zie voor een informatief overzicht: M. Baarslag, G. Tezel en S. Weerheim, ‘The Dutch merger remedy experience’, *European Competition Law Review* 2009, Vol. 30(9), p. 447-469.

19. Besluit NMa 9 april 2008, zaak 6114 (*Mecom/Wegener*).

20. Zie bijv. Besluit NMa 9 september 2008, zaak 6417 (*Thuishulp Nederland/Thuiszorgservice Nederland*).

21. Zie bijv. Besluit NMa 21 februari 2012, zaak 7323 (*Jumbo/C1000*).

22. Besluit NMa 22 juli 2011, zaak 7185 (*Sanoma/SBS*).

23. EU-Mededinging Concentratiemaatregelen, punten 15 en 17 en NMa Richtsnoeren Remedies, punt 29.

24. *Price squeeze* heeft betrekking op het vragen van hoge toegangsprijzen aan afnemers om zo ongunstige marges te creëren en daardoor de concurrentieomstandigheden voor afnemers te bemoeilijken.

25. NMa Richtsnoeren Remedies 2007, punt 30.

26. Zie EU-Mededinging Concentratiemaatregelen, punt 17 en NMa Richtsnoeren Remedies, punt 30.

27. NMa Richtsnoeren Remedies, punt 31.

Ook het Europese Hof van Justitie heeft het potentieel van gedragsremedies in concentratiezaken benadrukt. Zo bevestigde het Hof van Justitie in *Tetra Laval* de door het Gerecht in *Gencor* ingenomen positie dat de bevoegdheid van de EU in concentratiezaken in de eerste plaats berust op de behoefte te voorkomen dat marktstructuren tot stand komen waardoor een machtspositie kan ontstaan of worden versterkt.²⁸ Zodoende '[doet] het er niet toe of de voorgestelde verbintenis gedragingen betreft dan wel als een structurele verbintenis kan worden aangemerkt'.²⁹ Dit moet van geval tot geval worden beoordeeld.³⁰ Ook bevestigde het Gerecht expliciet in latere rechtspraak dat gedragsremedies niet uit hun aard ontoereikend zijn om het ontstaan of de versterking van een machtspositie te voorkomen.³¹

De concentratiepraktijk van zowel de Commissie als de NMa kent vele voorbeelden van gedragsremedies. Uit deze praktijk blijkt dat gedragsremedies in de meeste gevallen naast structurele remedies werden opgelegd.

Zo verlangde de NMa in *FCDF/De Kievit*³² niet alleen dat de boerderijmelkactiviteiten van De Kievit zouden worden afgesplitst en overgedragen aan een dochteronderneming van een derde, maar ook dat deze dochteronderneming zich jegens de leveranciers van De Kievit zou verplichten het toenmalige beleid van De Kievit voort te zetten, waaronder was begrepen de inkoop van ten minste 130 miljoen kg boerderijmelk op jaarbasis (gedrag), om zo de uitbetaling van een concurrerende melkprijs voor deze leveranciers te waarborgen en een versterkte positie van FCDF op de inkoopmarkt voor boerderijmelk tegen te gaan.

De concentratie tussen ziekenhuis Walcheren en de Oosterscheldeziekenhuizen werd goedgekeurd op basis van onder meer de voorwaarde dat noodzakelijke medische faciliteiten voor basisziekenhuiszorg zouden worden gerealiseerd en dat toetreding van nieuwe aanbieders van medisch-specialistische zorg in de regio zou worden gefaciliteerd, bijvoorbeeld door het ter beschikking stellen van operatiekamerfaciliteiten.³³

Op Europees niveau kan worden verwezen naar *Telia/Sonera*,³⁴ waarin naast de afstoting van Telia's Finse mobiele telefonieactiviteiten en haar Zweedse kabeltelevisienet, partijen zich verplichtten een juridische splitting door te voeren tussen hun vaste en mobiele netten en tussen hun dienstverlening in Finland en die in Zweden, alsook om niet-discriminatoire toegang te verlenen tot hun netwerken en een versnelde geschillenprocedure

toe te passen met betrekking tot laatstgenoemde verplichting.

Ook in *Boeing/McDonnell Douglas*³⁵ verleende de Europese Commissie goedkeuring op grond van zowel structurele als gedragsvoorwaarden. Zo moest Boeing een onderdeel van het overgenomen bedrijf voor een periode van tien jaar in een aparte juridische entiteit behouden en niet-exclusieve royaltydragende octrooicenties verstrekken aan andere concurrerende fabrikanten van straalvliegtuigen.

In *Friesland/Campina* verplichtten partijen zich niet alleen tot het afstoten van een kaasfabriek, diverse zuivelactiviteiten en merken, maar ook tot het oprichten van een *Dutch Milk Foundation*, via welke derden boerderijmelk kunnen betrekken van de gecombineerde entiteit en die toeziet op het functioneren van een vertrekregeling voor melkveehouders die willen leveren aan concurrerende zuivelbedrijven.³⁶

Recent keurde de Commissie de concentratie op de Oostenrijkse markt voor mobiele communicatie tussen *Hutchison 3G* en *Orange* goed op voorwaarde dat radiospectrum zou worden afgestoten en toegangsafspraken worden gemaakt met zogenoemde *mobile virtual network operators*.³⁷ Een vergelijkbare poging om het verlies van een belangrijke concurrent te compenseren door remedies gericht op het versterken van concurrentiedruk door een combinatie van het afstoten van activiteiten en het verlenen van toegang (tot een luchtvrachtnetwerk) mislukte in de zaak *UPS/TNT*.³⁸

In een beperkt aantal zaken hebben de Commissie en de NMa concentraties enkel op basis van gedragsremedies goedgekeurd.

Zo kan worden verwezen naar de *EnBW/ENI/GVS*-overname die door de Commissie werd goedgekeurd op voorwaarde dat partijen vroegtijdige beëindigingsrechten zouden verlenen voor langlopende leveringscontracten tussen lokale gasdistributeurs en GVS's of EnBW's dochterondernemingen zodat deze lokale gasdistributeurs zouden kunnen overschakelen naar andere gasleveranciers.³⁹

Duidelijke voorbeelden van toegangsremedies afgedwongen door de NMa betreffen de concentraties in de glassector, waarbij KPN betrokken was.⁴⁰

Daarnaast heeft de NMa nogal a-typische gedragsremedies opgelegd die het vermelden waard zijn. Zo verleende de NMa goedkeuring voor de overname van telecomwinkler BelCompany door telecomaandier Vodafone op voorwaarde dat partijen geen telefoonabonnementen meer zouden aanbieden van concurrenten KPN en T-Mobile. Tegelijkertijd mocht Vodafone haar eigen abonnementen niet aanbieden via de winkels van KPN en T-

28. *Gencor/Commissie*, par. 106.

29. HvJ EG 15 februari 2005, zaak C-12/03 P, *Commissie/Tetra Laval*, Jur. 2005, p. I-00987, par. 86; *Gencor/Commissie*, par. 319.

30. *Gencor/Commissie*, par. 320.

31. GvEA 4 juli 2006, zaak T-177/04, *EasyJet/Commissie*, Jur. 2006, p. II-01931, par. 182.

32. Besluit NMa 7 juli 1999, zaak 1132 (*FCDF/De Kievit*). Deze zaak kan worden gezien als een van de allereerste concentratiezaken waarin door de NMa een gedragsremedie werd geaccepteerd.

33. Besluit NMa 25 maart 2009, zaak 6424 (*Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*).

34. Commissiebeschikking 10 juli 2002, zaak M.2803, *Telia/Sonera*, punten 114-119. Zie tevens voor een overzicht: I. Van Bael en J.-F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 781-782.

35. Commissiebeschikking 30 juli 1997, zaak M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*.

36. Commissiebeschikking 17 december 2008, zaak M.5046, *Friesland/Campina*.

37. Commissiebeschikking 12 december 20012, zaak M.6497, *Hutchison/Orange Austria*.

38. Commissiebeschikking 30 januari 2013, zaak M.6570, *UPS/TNT*.

39. Commissiebeschikking 8 mei 2002, zaak M.2779, *Imperial Tobacco/Reemtsma Cigarettenfabriken*, Pb. EU 2002, C-153/12.

40. Zie o.m. Besluit NMa 19 december 2008, zaak 6397 (*KPN/Reggefiber*).

Mobile.⁴¹ Deze remedies dienden niet ter bescherming van concurrerende aanbieders, maar moesten voorkomen dat de gecombineerde entiteit zou beschikken over concurrentiegevoelige informatie.

Ten slotte gaf de NMa onlangs groen licht voor drie ziekenhuisconcentraties in Zuid-Limburg, Hoofddorp-Haarlem en Tilburg,⁴² onder voorwaarde dat de ziekenhuizen in kwestie zich zouden houden aan een door hen toegezegd prijsplafond. Deze remedie neemt niet de oorzaak van het structurele mededingingsprobleem weg – het wegvallen van concurrentie – maar kan hooguit dienen ter symptoombestrijding, hetgeen verklaart waarom deze remedie nogal wat kritiek heeft ontvangen. Op de laatste twee gevallen na, hebben voornoemde gedragsremedies gemeen dat zij de als gevolg van de betrokken concentratie mogelijke uitsluitingseffecten beogen tegen te gaan dan wel de positie van concurrenten trachten te versterken. Het betreft dan ook gedragsremedies die structurele effecten sorteren.

Remedies in antitrustzaken

Ook op het gebied van antitrust hanteren de Europese Commissie en de NMa overeenstemmende uitgangspunten met betrekking tot remedies. Artikel 7 lid 1 van Verordening 2003/1/EG⁴³ geeft de Commissie de bevoegdheid om, teneinde een vastgestelde inbreuk van artikelen 101 of 102 VWEU te beëindigen, alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen op te leggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om de inbreuk daadwerkelijk te beëindigen. Volgens de Commissie en de NMa zijn gedragsremedies over het algemeen het meest geschikt om mededingingsproblemen voortkomend uit gedrag van ondernemingen te beëindigen.⁴⁴

Structurele remedies kunnen volgens artikel 7 lid 1 Verordening 2003/1/EG alleen worden opgelegd als er niet een even effectieve gedragsremedie bestaat of als een dergelijke even effectieve gedragsremedie voor de betrokken onderneming meer belastend zou zijn dan de structurele maatregel zelf. In het bijzonder vult de 12^{de} considerans bij Verordening 2003/1/EG aan dat wijzigingen in de ondernemingsstructuur zoals die vóór het plegen van de inbreuk bestond, slechts evenredig zijn indien een gerede kans bestaat op een voortdurende of herhaalde *inbreuk die voortvloeit uit de structuur van de onderneming zelf*. Antitrustremedies kunnen door de Commissie naast artikel 7 ook worden opgelegd onder

artikel 9 Verordening 2003/1/EG in het kader van toezeggingsbesluiten.

Ook op grond van de Nederlandse Mededingingswet (Mw)⁴⁵ kunnen krachtens artikelen 56 lid 1 onder b jo. 58 jo. 58a Mw remedies worden opgelegd in antitrustzaken, zowel in inbreukbesluiten als in toezeggingsbesluiten (art. 49a Mw). Sinds 2007 is het onder het Nederlandse mededingingsrecht krachtens artikel 58a Mw ook mogelijk in uitzonderlijke situaties als ‘ultimum remedium’⁴⁶ structurele remedies op te leggen. Artikel 58a Mw is in identieke bewoordingen geformuleerd als artikel 7 lid 1 Verordening 2003/1/EG. Uit de memorie van toelichting bij dit artikel blijkt dat het inzetten van structurele maatregelen vooral is voorzien in dominantiesituaties die vallen onder artikel 24 Mw. Zo noemt de memorie van toelichting expliciet situaties (in transitiesectoren) ‘waarin er een verband bestaat tussen de begane overtreding en het bezit van bepaalde activa’.⁴⁷

De memorie van toelichting bij artikel 58a Mw sluit verder niet uit dat structurele remedies kunnen worden opgelegd in het kader van de handhaving van artikel 6 Mw indien een inbreuk op dit artikel niet ongedaan kan worden gemaakt door een gedragsmaatregel. Daarbij kan volgens de memorie van toelichting onder verwijzing naar de Europese *British American Tobacco*-zaak⁴⁸ worden gedacht aan de situatie waarin een onderneming door een minderheidsdeelneming in een andere onderneming invloed kan verkrijgen op haar commerciële beleid en daarmee op haar concurrentiegedrag.⁴⁹

Met andere woorden, zowel de Commissie als de NMa ziet vooral plaats voor structurele remedies in antitrustzaken indien de mededingingsbeperkende gedragsproblemen worden veroorzaakt door een *structureel* probleem in de markt, bijvoorbeeld door het feit dat een bepaalde onderneming in een bepaalde markt over een monopoliepositie beschikt en het betrokken problematische gedrag sterk verweven is met dit structurele probleem.

Voor zover bekend heeft de Europese Commissie tot op heden geen structurele remedies opgelegd in het kader van artikel 101 VWEU.⁵⁰

De remedies die de NMa heeft afgedwongen in het kader van artikel 6 Mw kunnen evenmin als structureel worden beschouwd. Het betreft toezeggingen die de naleving van het kartelverbod moeten verzekeren en

41. Besluit NMa 14 juli 2011, zaak 7177 (*Vodafone/BelCompany*).

42. Zie Besluit NMa 2 november 2012, zaak 7236 (*Orbis Medisch Zorgconcern/Atrium Medisch Centrum Parkstad*); Besluit NMa 2 november 2012, zaak 7332 (*Spaarne Ziekenhuis/Kennemer Gasthuis*); Besluit NMa 2 november 2012, zaak 7295 (*TweeSteden ziekenhuis/St. Elisabeth Ziekenhuis*).

43. 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. EU* 2003, L 1/1-25.

44. Zie art. 7 lid 1 Verordening 2003/1/EG alsook art. 58a Mw.

45. Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet), *Stb.* 1997, 242.

46. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 11 (MvT).

47. In dit kader expliciteert de MvT twee situaties. Allereerst worden gevallen genoemd waarin collectieve dominantie is gebaseerd op structurele links in de vorm van onderlinge deelnemingen. Ten tweede worden gevallen genoemd waarin een onderneming een monopolie of zeer dominante positie heeft in een markt en tegelijkertijd concurreert in een gerelateerde downstream markt, waardoor zij in staat is de gelijke concurrentievoorwaarden in de downstream markt te verstoren, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 10 en 24 (MvT).

48. HvJ EG 17 november 1987, gevoegde zaken C-142/84 en 156/84, *British-American Tobacco Company/Commissie*, *Jur.* 1987, p. 4487.

49. *British-American Tobacco Company/Commissie*, p. 4487.

50. Zie ook C. Kerse en N. Khan, *EC Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell 2012, punt 6-047, p. 357.

nieuwe kartelgedragingen moeten voorkomen.⁵¹ Een uitzondering vormen wellicht de toezeggingen die door de NMa zijn aanvaard in het kader van de verzekeringpools voor notarissen, advocaten, accountants, assurantietussenpersonen en makelaars.⁵² De belangrijkste toezegging betrof de begrenzing van het gezamenlijk marktaandeel van de pooldeelnemers tot 20 procent.

Daarentegen zijn er inmiddels meerdere voorbeelden van structurele remedies onder artikel 102 VWEU. Zo kan worden verwezen naar de *E.ON*-zaak,⁵³ vermeld door Italianer in voornoemde toespraak. E.ON beschikte over een machtspositie op de zeer geconcentreerde Duitse groothandelsmarkt voor elektriciteit en over een monopoliepositie op de Duitse balanceringsmarkt voor elektriciteit. De Commissie vreesde dat E.ON op de groothandelsmarkt productiecapaciteit achterhiel en zodoende daadwerkelijke of potentiële concurrenten ontmoedigde de elektriciteitsproductiemarkt te betreden. Om aan dit eerste bezwaar tegemoet te komen, bood E.ON aan circa 5000 MW van haar productiecapaciteit af te stoten.⁵⁴ In de balanceringsmarkt voor elektriciteit verdacht de Commissie E.ON ervan misbruik te maken van haar machtspositie door haar eigen productiedochteronderneming te bevoordelen en de kosten van die bevoordeling aan de eindgebruiker door te rekenen alsook door te verhinderen dat stroomproducenten uit andere lidstaten balanceringsenergie konden verkopen op de E.ON-balanceringsmarkt. Om aan dit tweede bezwaar van de Commissie tegemoet te komen, bood E.ON aan om haar transmissiesysteemactiviteiten af te stoten.⁵⁵

Na de *E.ON*-zaak volgden op Europees niveau meerdere zaken in de energiesector waarin de Commissie met structurele remedies mededingingsproblemen in het Europese energielandschap trachtte te beëindigen. Hierbij lag de oorzaak van het machtsmisbruik telkens in de (verticale) structuur van de energiebedrijven en -markt zelf.

Zo werden in de Europese gassector de *ENI*-zaak,⁵⁶ de *GDF*-zaak,⁵⁷ de *RWE*-zaak⁵⁸ en de *E.ON*-(gas)zaak⁵⁹ in respectievelijk de Italiaanse, Franse en Duitse gasmarkten door de Commissie afgedaan met structurele remedies, waarbij ENI haar aandeel in verschillende

internationale pijpleidingen afstootte, GDF haar langetermijn-invoercapaciteit, RWE haar transmissienetwerk en E.ON haar ingangscapaciteit op haar gastransportnetwerk.

Voor zover ons bekend heeft de NMa nog geen gebruik gemaakt van de in artikel 58a Mw geboden mogelijkheid om in artikel 24 Mw-zaken structurele remedies op te leggen. De – vertrouwelijke – boete opgelegd aan GasTerra voor het belemmeren van de mededinging op de Nederlandse groothandelsmarkt voor gas, heeft evenwel structurele, concurrentiebevorderende, effecten teweeggebracht. Blijkens het besluit op bezwaar leidde die interventie ertoe dat GasTerra een pakket aan maatregelen doorvoerde om de mededinging op die markt te bevorderen, hetgeen in bezwaar heeft geleid tot het alsnog afzien van de boete.⁶⁰

Convergentietrend?

Zoals uit het voorgaande blijkt, hanteren de Europese Commissie en de NMa in hun remediepraktijk in concentratie- en antitrustzaken dezelfde uitgangspunten: bij concentraties krijgen structurele remedies en in antitrustzaken juist gedragsremedies in beginsel de voorkeur om mededingingsproblemen weg te nemen.

Dit fundamentele onderscheid laat zich goed verklaren: bij concentraties ligt de oorzaak van een structureel mededingingsprobleem doorgaans in de verslechtering van de concurrentiestructuur van de markt en is een remedie van structurele aard in beginsel vereist om dit te repareren. In antitrustzaken daarentegen liggen de mededingingsproblemen in het gedrag van ondernemingen, die mededingingsbeperkende afspraken maken of misbruik maken van hun dominante machtspositie. Zodoende zijn in deze gevallen gedragsremedies in beginsel het meest aangewezen om aan dergelijke mededingingsbezwaren tegemoet te komen.

Niettemin erkent zowel de Commissie als de NMa dat van deze uitgangspunten kan worden afgeweken, hetgeen in de praktijk ook valt waar te nemen. Interessant is hierbij dat beide typen afwijkingen gemeenschappelijke kenmerken vertonen. Immers, de gedragsremedies die in concentratiezaken worden afgedwongen, betreffen veelal quasi-structurele remedies: gedragsremedies die structurele effecten sorteren en die uitsluitingseffecten beogen tegen te gaan dan wel de positie van concurrenten trachten te beschermen of zelfs te versterken. De structurele remedies die worden afgedwongen in antitrustzaken beogen datzelfde doel.

Is dit voldoende om te spreken van een convergentietrend tussen remedies in concentratiecontrolezaken en antitrustzaken? Ons inziens valt dat alleszins mee, met name omdat de structurele remedies afgedwongen in antitrustzaken vooralsnog beperkt zijn tot misbruikzaken in de energiesector. Dat juist hier de geschetste convergentie plaats zou vinden, was eigenlijk al voorzien

51. Zie bijv. Besluit NMa 25 februari 2013, zaak 7533 (*Kunsthandelaren*) en Besluit NMa 4 december 2012, zaak 7191 (*LHV*).

52. Besluit NMa 24 december 2010, zaak 5998 (*Toezeggingsbesluit verzekeringpools*).

53. Commissiebeschikking 26 november 2008, zaak COMP/39.388, *Duitse groothandelsmarkt voor elektriciteit* en Commissiebeschikking 26 november 2008, zaak COMP/39.389, *Duitse balanceringsmarkt voor elektriciteit*. Zie ook Wei Wang, 'Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control', *World Competition* 2011, 34, no. 4, p. 581 en EU Press Release van 26 november 2008, IP/08/1774.

54. EU Press Release van 26 november 2008, IP/08/1774.

55. Samenvatting van Commissiebeschikkingen *Duitse groothandelsmarkt voor elektriciteit* en *Duitse markt voor de balancering van elektriciteit*, *Pb.EU* 2009, C-36/8.

56. Commissiebeschikking 29 september 2010, zaak COMP/39.315, *ENI*.

57. Commissiebeschikking 2 december 2009, zaak COMP/39.316, *GDF*.

58. Commissiebeschikking 18 maart 2009, zaak COMP/39.402, *RWE afscherming gasmarkt*.

59. Commissiebeschikking 4 mei 2010, zaak COMP/39.317, *E.ON afscherming gasmarkt*.

60. Besluit NMa 30 juni 2011, zaak 4296 (*GasTerra*).

door de Nederlandse en de Europese wetgever. Het betreft bij uitstek de door de Nederlandse wetgever in de memorie van toelichting bij artikel 58a Mw genoemde transitie sectoren waarin er een verband lijkt te kunnen bestaan tussen de begane overtreding en het bezit van bepaalde activa en de door de Europese wetgever in het kader van artikel 7 lid 1 Verordening 2003/1/EG genoemde gereede kans op een voortdurende of herhaalde inbreuk die voort lijkt te vloeien uit de structuur zelf van de onderneming. Qua inhoud en aard zijn deze remedies inderdaad wel zeer vergelijkbaar met de remedies die zijn waar te nemen in de concentratiecontrolepraktijk. Dat kan evenwel niet verwonderen: de betrokken remedies beogen vergelijkbare structurele effecten en dienen te voldoen aan vergelijkbare effectiviteitsvereisten.

Of er buiten de energiesector vergelijkbare mededingingsproblemen zouden kunnen ontstaan, waarbij er een sterke verwevenheid bestaat tussen de structuur van de onderneming en (daaruit voortvloeiend) gedrag, is maar zeer de vraag. Voor de telecommunicatiesector bestaat reeds sectorspecifieke regelgeving die leidt tot quasi-structurele remedies, i.e. toegangsremedies om de concurrentie te bevorderen.

Het opleggen van structurele remedies in antitrustzaken buiten netwerksectoren als de energiesector zal ons inziens al snel in strijd komen met het beginsel van proportionaliteit. Dit beginsel, dat zowel is verankerd in Europese als in Nederlandse mededingingsregelgeving en -rechtspraak,⁶¹ houdt in dat remedies evenredig dienen te zijn aan het mededingingsbezwaar en de minst belastende effectieve maatregel moeten vormen. Ook Italianer refereert in zijn voornoemde toespraak aan het beginsel van proportionaliteit als zijnde een leidend principe in alle remediezaken van de Commissie.⁶²

Belangwekkender is wat ons betreft dat de praktijk van de NMa en de Europese Commissie uitwijst dat vaker gedragsremedies in concentratiecontrolezaken worden aanvaard dan wellicht verwacht zou kunnen worden op basis van de door beide autoriteiten zo benadrukte voorkeur voor structurele remedies. Dit is terecht: zoals het Hof van Justitie in *Tetra Laval* duidelijk maakt, geldt hier *substance over form*. Het resultaat telt, i.e. de effecten van een remedie op de concurrentiestructuur van de betrokken markt, ook al vereist dit mogelijk nog wat nazorg door de mededingingsautoriteiten.

61. Zie Concentratieverordening 2004/139/EG, punt 30-31; EU-Mededinging Concentratie maatregelen, punten 1 en 85, art. 7 lid 1 Verordening 2003/1/EG; art. 58 en 58a Mw; NMa Richtsnoeren Remedies, punt 12. Zie ook HvJ EU 29 juni 2010, zaak C-441/07 P, *Commissie/Alrosa Company Ltd.*, Jur. 2010, p. I-5949.

62. Toespraak van Alexander Italianer, p. 3.