

MR. R.A. STRUIJLAART LL.M¹

Twaalf maanden Europees mededingingsrecht in vogelvlucht

Ontwikkelingen Europees mededingingsrecht oktober 2005 – oktober 2006

O & F

36

Nr. 74 / januari 2007

Inleiding

Deze bijdrage beoogt een overzicht te schetsen van de naar de mening van de auteur belangrijkste ontwikkelingen in het Europees mededingingsrecht. Het betreft hier een persoonlijke selectie, die niet beoogt een uitputtende kroniek te zijn voor de mededingingsspecialist. Veleer is de in steek de jurist die zich *niet* dag in dag uit met het (communautaire) mededingingsrecht bezighoudt, een overzicht te bieden van de vele facetten van twaalf maanden Europees mededingingsrecht en de vele sectoren van de economie waarin dit recht zich heeft gemanifesteerd. Het accent zal hierbij liggen op de jurisprudentie van het Hof van Justitie (het 'Hof') en het Gerecht van Eerste Aanleg (het 'Gerecht'). De handhavingpraktijk van de Europese Commissie (hierna: de 'Commissie') zal meer zijdelings aan de orde komen. Bovendien zal allereerst kort worden ingegaan op de ontwikkelingen in de wet- en regelgeving gedurende de verslagperiode.

Bij een terugblik op de verslagperiode valt op dat de zomer van 2006 óók in mededingingsrechtelijk opzicht een hete zomer is geworden. In een tweetal gerucht makende arresten dat nota bene op dezelfde dag (13 juli) werd gewezen, kreeg de Commissie het deksel lelijk op de neus. Allereerst beleefde het Europese mededingingsrecht met vernietigde het Gerecht in de zaak *Impala/Commissie* een primeur, nu het Gerecht voor het eerst een besluit waarin de Commissie een concentratie (tussen Sony en Bertelsmann²) had goedgekeurd vernietigde.³ Vervolgens

bepaalde het Hof ook nog eens dat het Gerecht terecht had geoordeeld dat de Commissie er niet in was geslaagd aan te tonen dat Volkswagen verboden afspraken over wederverkooprijzen met haar Duitse dealers had gemaakt.⁴ Beide zaken zullen hieronder nader worden besproken. Overigens heeft de Commissie óók in meerdere andere zaken bakzeil moeten halen. Wat dat betreft passen de afgelopen 12 maanden in een algemene trend van de laatste jaren, dat de Europese rechter de Commissie dichter op de huid zit dan enkele jaren geleden. Deze trend lijkt zich dus te continueren. Opvallend is overigens dat in Nederland óók de NMa in het laatste jaar een aantal gevoelige nederlagen bij de rechter heeft geleden en dat de 'Luxemburgse' trend daarmee naar ons land lijkt te zijn overgewaaid.

Wet- en regelgeving

Op het gebied van wet- en regelgeving lijken de Commissie en de Raad het, na het drukke jaar 2004 waarin onder meer een nieuwe kartelverordening, een nieuwe concentratieverordening en een zee aan lagere Commissieregelgeving gereed kwamen, het duidelijk een tijdje rustiger aan te hebben gedaan. Inmiddels is de Commissie echter weer druk aan de slag om haar beleid verder op de schop te nemen.

Boetetoemeting

De belangwekkendste ontwikkeling in de afgelopen twaalf maanden betrof ongetwijfeld het gereedkomen van de nieuwe richtsnoeren boetetoemeting

¹ De auteur is advocaat bij de Praktijkgroep Mededinging & Overheid, unit Mededinging, van Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam.

² Besluit van 19 juli 2004 in zaak COMP/M.3333, Sony/Bertelsmann.

³ Zaak T-464/04, *Impala/Commissie*, arrest van 13 juli 2006.

⁴ Zaak C-74/04P, *Commissie/Volkswagen*, arrest van 13 juli 2006.

meting van de Commissie.⁵ In deze richtsnoeren heeft de Commissie de kritiek op de geringe transparantie van haar oude beleid ter harte genomen. Hierin hanteerde zij bandbreedtes van absolute bedragen waarbinnen het uiteindelijke bedrag eigenlijk volstrekt willekeurig werd bepaald (bijvoorbeeld voor een ‘zware’ overtreding kon in principe iedere boete boven een bedrag van € 20 miljoen tot het maximum van 10% van de groepsomzet van de deelnemende ondernemingen worden opgelegd). Volgens de nieuwe systematiek wordt 15–25% van de betrokken kartelomzet van de beboete onderneming als grondslag voor de boeteberekening genomen. Hiermee wordt het voor ondernemingen die voorwerp zijn van een sanctieprocedure niet alleen eenvoudiger om een schatting te maken van het te verwachten boetebedrag. Bovendien verdwijnt het gevaar van discriminatie van kleinere ondernemingen, dat onherroepelijk besloten ligt in het gebruik van absolute boetebedragen. Overigens voert óók de NMa al enige jaren een boetebeleid dat uitgaat van de betrokken kartelomzet (exacter gezegd 10% daarvan) als rekengrondslag voor de boete.

Misbruik van machtspositie

Waar als gezegd vrij recent de handhaving van het kartelverbod en het concentratietoezicht vrij rigoureuus op de schop zijn gegaan, is de Commissie thans bezig de handhaving van het verbod van misbruik van machtspositie uit artikel 82 EG-verdrag opnieuw vorm te geven. In een discussiestuk dat in december 2005 verscheen, heeft de Commissie aangegeven dat zij deze verdragsbepaling in de toekomst meer ‘economisch’ en dus minder legistisch wil handhaven.⁶ In concrete beleidswijzigingen of voornemens daartoe heeft deze operatie tot nu nog niet echter nog niet geresulteerd.

Concentratietoezicht

Verder is vermeldenswaard dat de Commissie in concept een nieuwe jurisdictiemededeling inzake het concentratietoezicht op haar website (http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html) heeft geplaatst. Het betreft hier een nogal technisch document, dat bovendien eerder codificerend is dan werkelijk vernieuwend, en het zou te ver voeren dit document inhoudelijk te bespreken. Vermeldenswaard is wél dat de Commissie, geïnspireerd door de huidige *private equity* hausse die menig mededin-

gingsautoriteit van werk voorziet, voor het eerst expliciet een passage wijdt aan de zeggenschapsverhoudingen binnen investeringsfondsen. De structuren van dergelijke fondsen zijn soms bijzonder gecompliceerde ‘kerstbomen’, waarbij niet op het eerste gezicht is vast te stellen bij wie de uiteindelijke zeggenschap over het fonds en de daardoor gehouden participaties berust. De Commissie geeft in haar richtsnoeren aan dat – hoewel de situatie steeds van geval tot geval moet worden bekeken – de zeggenschap over zo’n fonds in als hoofdregel bij de General Partner berust, waarin het investeringsmanagement zetelt. De vraag wie de ultieme zeggenschap heeft is van belang voor de beantwoording van de vraag van welke entiteiten de omzet moet worden meegenomen bij het nagaan of de toepasselijke omzetrempels al dan niet zijn overschreden en kan tevens van belang zijn bij de beantwoording van de vraag wat daarvan de aard is van de tot stand te brengen concentratie (fusie, verkrijging van uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap).

Tevens kwam in de verslagperiode nog een aantal sectorale groepsvrijstellingen van het kartelverbod van artikel 81 EG-verdrag gereed. Gelet op het sector specifieke karakter hiervan zal een bespreking van deze vrijstellingen verder achterwege blijven.

Vernietiging Sony/Bertelsmann besluit

Als gezegd was het meest belangwekkende mededingingsarrest van de voorbije twaalf maanden ongetwijfeld het Impala-arrest, waarin het goedkeuringsbesluit van de Commissie voor de concentratie tussen Sony en Bertelsmann werd vernietigd.⁷ Hoewel de Commissie al eerder verbodsbesluiten zag sneuvelen, was dit de eerste keer dat dat lot aan een goedkeuringsbesluit toeviel.

De concentratie waarop het vernietigde besluit zag, betrof de samenvoeging van de muziekdivisies van partijen. De goedkeuring was als zodanig overigens overigens al een dubbeltje op zijn kant. De behandeling van de melding was de tweede fase ingegaan en in die tweede fase stevende de Commissie aanvankelijk af op een verbod. De Commissie vreesde dat de concentratie tot een collectieve machtspositie van de vijf (na de fusie vier) grote spelers op de markt voor muziekguitgaven zou leiden. Niettemin besloot de Commissie de voorgestelde joint venture goed te keuren zonder dat ‘remedies’ (bijvoorbeeld afstotingen van bedrijfsonderdelen) werden opgelegd. Impala, de

5 PbEG 2006/C 210/2.

6 Dit document is te vinden op de site van de Commissie, http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html. Ook de vele reacties die de Commissie op dit document heeft ontvangen zijn hier te downloaden.

7 Reeds aangehaald noot 3.

koepel van de ‘onafhankelijke’ platenlabels, was het niet eens met dit besluit en stelde als derde-belanghebbende beroep in tegen het besluit. Bertelsmann en Sony intervenieerden aan de zijde van de Commissie.

Het arrest zou een spiegelbeeld worden van de enkele jaren geleden door de Commissie verloren *Airtours*-zaak.⁸ In die zaak legde het Gerecht de Commissie een zeer zware bewijslast op voor het aantonen van een collectieve machtspositie (dit wil zeggen een machtspositie die wordt ingenomen door meerdere van elkaar onafhankelijke ondernemingen gezamenlijk). Een collectieve machtspositie kan ontstaan op oligopolistische markten, dit wel zeggen markten met relatief weinig aanbieders. Als een dergelijke markt voldoende ‘transparant’ is, hetgeen wil zeggen dat als gevolg van de structuur van die markt de oligopolisten een goed inzicht hebben in elkaars marktgedrag (met name hun prijsstrategieën), dan kan een dergelijk oligopolie zich feitelijk op de markt gaan gedragingen als een ‘kartel zonder kartelafspraken’. De oligopolisten gaan zich feitelijk ‘parallel’ op de markt gedragen, zonder dat er sprake hoeft te zijn van enige onderlinge afstemming of overleg (bijvoorbeeld gezamenlijke prijsverhogingen of –verlagingen of productiebeperkingen of –uitbreidingen). Hiervoor is echter wel noodzakelijk dat iedere oligopolist weet dat hij het risico loopt ‘bestraft’ te worden (doorgaans in de vorm van een prijzenoorlog) indien hij afwijkt van de parallelle gedragslijn.

In *Airtours* verloor de Commissie de zaak omdat zij er volgens het Gerecht niet in was geslaagd het bestaan van een effectief werkend sanctiemechanisme aan te tonen. In de *Sony/Bertelsmann*-zaak gebeurde het tegenovergestelde. Het Gerecht overwoog dat de Commissie haar bevinding dat er hier geen sanctiemechanisme zou (kunnen) bestaan, puur had gebaseerd op het feit dat zij geen bewijs had dat er in het verleden daadwerkelijk sancties hadden plaatsgevonden. Het Gerecht oordeelde echter dat dit als zodanig nog niet bewees dat een dergelijk sanctiemechanisme niet zou bestaan. Dit leerstuk lijkt zich daarmee voor de Commissie tot een ‘Catch 22’ te ontwikkelen: er rust op haar een zware bewijslast om het bestaan van een sanctiemechanisme aan te tonen indien zij een concentratie op een oligopolistische markt wil verbieden, maar de bewijslast om een dergelijke fusie toe te staan lijkt minstens even hoog.

Bovendien liet het Gerecht het hierbij niet zitten. Het verwierp ook nog eens de theorie van de Com-

missie dat het vaak voorkomen van promotiekortingen zou leiden tot een reductie van de markttransparantie, als gezegd één van de voorwaarden waaronder een collectieve machtspositie kan ontstaan. Alsof dit nog niet voldoende was veegde het Gerecht als uitsmijter nog de vloer aan met de accuratesse waarmee de Commissie haar marktanalyse had uitgevoerd. Het Gerecht kapittelde de wijze van uitvoering van het Commissieonderzoek in zeldzaam scherpe bewoordingen. Het onderzoek bestond volgens het Gerecht uit niet meer dan “[a] few observations, which are so superficial, indeed purely formal (...). (...) a thorough examination (...) was not carried out.”⁹ Hierdoor zou de Commissie zowel het motiveringsbeginsel hebben geschonden als een manifeste beoordelingsfout hebben begaan.

Waar het Gerecht echter niet op inging was de interessante vraag wat nu de juridische status én het lot is van de inmiddels tot stand gebrachte joint venture. Artikel 7 lid 1 van de Concentratiecontroleverordening (‘CoVo’)¹⁰ bepaalt immers dat een concentratie niet tot stand mag worden gebracht totdat de Commissie deze met de Gemeenschappelijke Markt verenigbaar heeft verklaard. Nu de beschikking waarbij dit is gebeurd vernietigd is, zitten partijen dus met eigenlijk met een illegale concentratie, terwijl zij geen regels hebben overtreden. Zij hebben immers ‘keurig’ aangemeld en het Commissiebesluit afgewacht. Eigenlijk zou er nu dus een nieuw Commissiebesluit moeten komen, waarin de fusie eventueel ook nog zou kunnen worden verboden of slechts onder voorwaarden toegestaan. Partijen zouden dan de concentratie geheel of gedeeltelijk moeten ontvlechten en op basis van artikel 7 lid 4 CoVo zou bij het uitspreken van een verbod door de Commissie zelfs verdedigbaar zijn dat de concentratie vanaf die uitspraak als van rechtswege nietig zou moeten worden beschouwd. Volgens NRC Handelsblad zou de Commissie zich op het standpunt hebben gesteld dat partijen de concentratie inderdaad opnieuw zouden moeten aanmelden,¹¹ hetgeen zij echter blijkens de website van de Commissie (nog) niet lijken te hebben gedaan. De noodzaak tot hernieuwd Commissieonderzoek kan ook worden afgeleid uit artikel 10 lid 5 CoVo. Niets wijst er dus op dat een nieuwe beschikking binnen korte termijn op stapel staat. Partijen én de Commissie lijken het hoger beroep vooralsnog af te wachten.¹² Wanneer het Hof het arrest van het Gerecht in stand laat, ontstaat voor Sony en Bertelsmann echter een bijzonder precaire situatie.

⁸ Arrest van 6 juni 2002 in zaak T-342/99, *Airtours/Commissie*, *Jur.* (2002) II-2585.

⁹ *Impala*-arrest, ro. 528. De Nederlandse taalversie is nog niet beschikbaar.

¹⁰ Vo. (EG) nr. 139/2004, *PbEG* 2004/C 24/1.

¹¹ *Fusie mediabedrijven Sony en Bertelsmann onrechtmatig*, 13 juli 2006, www.nrc.nl/economie/article386893.ece.

¹² Zaak C-413/06P, *Sony en Bertelsmann/Impala*. Opvallend is dat de Commissie zélf vooralsnog nog géén beroep heeft ingesteld.

Autosector/paralleimport

De autosector is altijd 'goed' voor activiteit op het mededingingsfront. Autofabrikanten- en distributeurs zien zich geconfronteerd met grote verschillen tussen de prijzen van auto's in de diverse EU-lidstaten. Aangezien de aanschafbelastingen in bepaalde lidstaten (Denemarken, Nederland) fors hoger zijn dan in andere (bijvoorbeeld Duitsland), zijn de 'kale' prijzen in de 'dure' lidstaten doorgaans significant lager. Het kan dan bijvoorbeeld voor een inwoner van Duitsland lucratief zijn om een auto aan te schaffen in Nederland, BPM en BTW terug te vragen en deze dan vervolgens in te voeren in Duitsland. De Nederlandse 'kale' prijs vormt dan de grondslag voor de lagere Duitse belastingen. Menig autofabrikant of -importeur is daarom (in ieder geval volgens de Commissie) bezweken voor de verleiding om verboden afspraken te maken met haar dealers over het tegengaan van parallelhandel.

Zo kreeg in de verslagperiode Peugeot een boete opgelegd van € 49 miljoen aangezien zij volgens de Commissie afspraken had gemaakt met haar Nederlandse dealers over een bonussysteem dat alléén gold voor verkochte auto's die in Nederland werden ingeschreven.¹³ In 2000 had de Commissie een soortgelijke beschikking doen uitgaan aan Opel (General Motors). In hoger beroep bevestigde het Hof het eerdere oordeel van het Gerecht dat de Commissie terecht had vastgesteld dat Opel de mededingingsregels had overtreden.¹⁴

Bij de verdediging van een boetebeschikking uit 2001 die was gericht tegen Volkswagen verging het de Commissie minder gunstig. De Commissie had Volkswagen er in die beschikking van beschuldigd het kartelverbod van artikel 81 EG-verdrag te hebben overtreden door haar Duitse dealers aan te moedigen c.q. onder druk te zetten klanten geen kortingen te geven op het destijds nieuwe model Passat. Het Gerecht had al geoordeeld dat enkel uit het eenzijdig druk uitoefenen op afnemers – dus zonder dat enige wilsovereenstemming tussen Volkswagen en haar dealers was aangetoond – geen afspraak of onderling afgestemde fei-

telijke gedraging in de zin van het kartelverbod kan worden afgeleid. Het Hof maakte weinig woorden vuil aan het verweer van de Commissie en bevestigde het arrest van het Gerecht volmondig.¹⁵

Als aangegeven voeren (vermeende) afspraken om de parallelhandel te beperken de lijst aan van 'favoriete' mededingings-issues in de automobielsector. Óók een groot aantal farmaceutische bedrijven heeft echter één of meerdere malen bezoek van de Commissie gehad wegens verdenking hiervan. In zijn arrest inzake GlaxoSmithKline¹⁶ bepaalde het Gerecht echter dat dergelijke afspraken niet automatisch de strekking hebben de mededinging te beperken. Of dit het geval is, moet blijken uit een economisch onderzoek. (Onder meer) nu de Commissie een dergelijk onderzoek achterwege had gelaten, werd haar tot GlaxoSmithKline gerichte boetebeschikking nietig verklaard. Óók de NMa is overigens in een aantal recente zaken door de rechter te verstaan gegeven dat het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking eerst na een deugdelijk economisch onderzoek kan worden aangetoond.¹⁷

Commodities

Sectoren waarin producten centraal die zijn te kenschetsen als *commodities* mogen zich al sinds de start van het EG-mededingingsrecht in een warme belangstelling van de Commissie verheugen. Veruit de meeste 'klassieke' kartelzaken (horizontale prijsafspraken, afzetbeperkingen) spelen zich af in dergelijke sectoren. Ook in de verslagperiode regende het boetes in dergelijke sectoren. Zo nam de Commissie onder meer de tabaks-,¹⁸ rubber-,¹⁹ bleekmiddelen-,²⁰ koperen fittingen-,²¹ acrylglas-,²² en bitumensectoren²³ met boetes op de korrel.

De beboete ondernemingen zullen ongetwijfeld even hebben moeten slikken. Hetzelfde zal echter hebben gegolden voor de Commissie tijdens de verdediging van enige eerdere zaken. Zo oordeelde bijvoorbeeld het Gerecht dat de Commissie niet had aangetoond dat zij een gerechtvaardigd belang had gehad bij het vervolgen van een tweetal Japanse deel-

¹³ Beschikking van 5 oktober 2005 in zaken COMP/E2/36.623, 36.820 en 37.275, SEP e.a./Automobiles Peugeot.

¹⁴ Arrest van 6 april 2006 in zaak C-551/03P, General Motors (Opel)/Commissie.

¹⁵ Commissie/Volkswagen, reeds aangehaald noot 4.

¹⁶ Arrest van 27 september 2006 in zaak T-168/01, GlaxoSmithKline/Commissie.

¹⁷ Zie onder meer CBB 28 oktober 2005, LJN: AU5316 (Modint) en Rb. Rotterdam 17 juli 2006, LJN: AY4928 (NIP, NVVP en LVE/NMa).

¹⁸ Zaak COMP/C.38.281.

¹⁹ Zaak COMP/C.38.443.

²⁰ Zaak COMP/C.38.620.

²¹ Zaak COMP/C.38.121.

²² Zaak COMP/C.38.645.

²³ Zaak COMP/C.38.456.

nemers aan een vitaminenkartel, die hun deelname aan dat kartel eigener beweging hadden beëindigd.²⁴ Bovendien achtte het Gerecht dat zij een aantal specifieke beweerde gedragingen van een andere deelnemer, BASF, niet had kunnen bewijzen, hoewel BASF daarmee bepaald nog niet geheel vrijuit ging.²⁵ Succesvoller was de Commissie in de verdediging van een boetebeschikking gericht tegen leden van een citroenzuurkartel. Hoewel echter haar beschikking op hoofdlijnen overeind bleef, oordeelde het Gerecht wél dat zij enige specifieke verdenkingen jegens ADM niet hard had weten te maken.²⁶

Staal

Dat de staalsector zich in een consolidatieslag bevindt, zal niemand zijn ontgaan. Binnenkort zal de Commissie (of nationale mededingingsautoriteiten) zich bijvoorbeeld hoogstwaarschijnlijk dienen te buigen over de aangekondigde overname van Corus door Tata. In de verslagperiode hield de overnamestrijd tussen Mittal en Arcelor, waaruit uiteindelijk de grootste staalproducent ter wereld is ontstaan, de gemoederen bezig. Niettemin was de Commissie in de eerste fase relatief snel 'klaar' met de zaak, aangezien de activiteiten van partijen eerder complementair dan overlappend waren. In ruil voor de snelle goedkeuring hebben partijen niettemin enige 'remedies' in de vorm van afstotingen van bedrijfsonderdelen moeten aanbieden.²⁷

Een zeer onaangename verrassing voor de Commissie moet het arrest in Ferriere Nord zijn geweest. Dit arrest had betrekking op een boetebeschikking die al uit 1989 dateerde. Ferriere Nord ('FN'), één van de adressanten, had tot en met 1997 tot aan het Hof vergeefs tegen de aan haar opgelegde boete geprocedeerd. Vervolgens ontstond een nieuwe procedure tussen FN en de Commissie over de juiste wisselkoers tussen de Italiaanse lire en de ECU (waarin de boete luidde) die meer dan vijf jaar duurde. In die tijd werd de boete niet betaald. Het Gerecht oordeelde met verwijzing naar de toepasselijke regelgeving dat de bevoegdheid van de Commissie om de boete te innen vijf jaar na het onherroepelijk worden ervan (in 1997) was verjaard (dus in 2002). De Commissie mocht de boete daarom niet meer innen.²⁸

IT/telecommunicatie

Niet alleen 'oude' sectoren van de economie zijn bekend met het mededingingsrecht. Óók de meest innovatieve sectoren kunnen met het mededingingsrecht in aanraking komen. Zo lijkt de juridische strijd tussen Microsoft en de Commissie welhaast permanent te zijn geworden. Tijdens de verslagperiode legde de Commissie Microsoft opnieuw een boete op wegens het niet-naleven van een eerder besluit op grond van overtreding van het verbod van misbruik van machtspositie wegens de (volgens de Commissie) te geringe interoperabiliteit van Microsoft's software. Wegens het niet-naleven van die beschikking uit 2004 legde de Commissie Microsoft een nieuwe boete op van € 280,5 miljoen onder dreiging van een additionele last onder dwangsom van maar liefst € 3 miljoen per dag.²⁹

De zaak O2 handelde over de laatste resten van het oude handhavingssysteem van het kartelverbod van artikel 81 EG-verdrag. In dit systeem fungeerde de uitzondering op het kartelverbod uit artikel 81 lid 3 EG-verdrag niet als automatische vrijstellingsbepaling, maar als door de Commissie te verlenen ontheftingsmogelijkheid. De Commissie had O2 en T-Mobile in 2003 een dergelijke ontheffing verleend voor een samenwerking op het gebied van zogenoemde 3G-frequenties voor telefonie. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie ten onrechte had aangenomen dat de samenwerking onder het kartelverbod van artikel 81 lid 1 viel en dat daarom een ontheffing noodzakelijk was. Ten eerste oordeelde het Gerecht dat de Commissie ten onrechte niet was nagegaan of O2 zonder de beoogde samenwerking überhaupt als zelfstandige speler de markt had kunnen betreden. Voorts had zij nagelaten de beoogde samenwerking voldoende in haar economische context te onderzoeken. Tenslotte had zij enkele wijzigingen in de overeenkomst niet in haar analyse meegenomen. De ontheffingsbeschikking werd daarom vernietigd.³⁰

Een Commissiebesluit met een speciale relevantie voor Nederland was het besluit in de zaak Cinven/Warburg Pincus/Casema/Multikabel.³¹ Niet zozeer vanwege de uitkomst van de zaak. Gelet op het bescheiden marktaandeel van Multikabel op de Nederlandse kabelmarkt mocht het geen verrassing

²⁴ Arrest van 6 oktober 2005 in gevoegde zaken T-22/02 en 23/02, Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie.

²⁵ Arrest van 15 maart 2006 in zaak T-15/02, BASF/Commissie.

²⁶ Arrest van 27 september 2006 in zaak T-59/02, ADM/Commissie.

²⁷ Beschikking van 2 juni 2006 in zaak COMP/M.4137, Mittal/Arcelor.

²⁸ Arrest van 27 september 2006 in zaak T-153/04, Ferriere Nord/Commissie. Voor meer soortgelijk gesteggel over de inning van boetes tijdens de verslagperiode, zie onder meer het arrest van 14 december 2005 in zaak T-135/02, Greencore/Commissie, dat tot een soortgelijke uitkomst leidde.

²⁹ Beschikking van 12 juli 2006 in zaak COMP.C.37.792.

³⁰ Arrest van 2 mei 2006 in zaak T-328/03, O2/Commissie.

³¹ Beschikking van 6 september 2006 in zaak COMP/M.4338.

heten dat de Commissie de zaak, waarin Multikabel en Casema in één joint venture werden samengebracht, zonder omhaal goedkeurde. Veel interessanter is echter dat de Commissie een inkijkje gaf in de (waarschijnlijke) mededingingsrechtelijke perikelen bij de NMa die gepaard zullen gaan met de voorgenomen toevoeging van Essent Kabelcom aan deze joint venture.³² In dit verband is van belang dat de Commissie zich – evenals in eerdere zaken de NMa – ongevoelig heeft getoond voor argumenten van partijen dat digitale ether- en satelliettelevisie tot dezelfde markt als kabeltelevisie zouden behoren. Gelet op de geringe penetratiegraad van deze alternatieve technieken oordeelde de Commissie anders. Uit de beschikking valt af te leiden dat de nieuwe entiteit plus Casema een marktaandeel op de Nederlandse kabelmarkt van ca. 45% zou behalen. Ongetwijfeld zal de NMa bijzonder kritisch naar deze melding willen kijken...

Financiële sector

Een andere sector die zich in de afgelopen jaren in een warme belangstelling van de Commissie mocht verheugen was de financiële sector. Een tweetal zaken kwam in de verslagperiode voor de rechter. De beschikking van de Commissie waarin de leden van het ‘Lombard’-kartel van Oostenrijkse banken werden beboet, overleefde het beroep dat een tweetal van de vermeende kartelleden tegen deze beschikking had aangespannen ongeschonden.³³

Wél succesvol was het beroep van een aantal Duitse banken tegen een Commissiebeschikking waarin zij waren beschuldigd van het maken van verboden afspraken over een provisiestructuur bij de invoering van de euro. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie er niet in was geslaagd het bestaan van wilsovereenstemming tussen partijen aan te tonen en verwierp daarom het door de Commissie ingestelde verzet tegen een eerdere verstekvernietiging (die had plaatsgevonden omdat de Commissie had nagelaten tijdig een verweerschrift in te dienen).³⁴

Elektrotechnische groothandel

Een laatste vermeldenswaardige zaak betrof het hoger beroep inzake het vermeende elektrotechnische groothandelskartel.³⁵ Het ging hier om een procedure die al in 1991 was gaan lopen als gevolg van een bij de Commissie ingediende klacht. Niettemin had het tot 1996 geduurd voordat de Commissie aan de vermeende deelnemers aan het kartel punten van

bezwaar had doen uitgaan, waarmee zij formeel ‘in staat van beschuldiging’ waren gesteld. Het Hof oordeelde dat het Gerecht ten onrechte niet was nagegaan in hoeverre appellant Technische Unie in die periode wegens tijdsverloop in haar verdediging zou zijn geschaad (bijvoorbeeld omdat personen die ontlastende verklaringen zouden kunnen afleggen inmiddels niet meer bij Technische Unie werkzaam waren). Niettemin mocht deze conclusie Technische Unie niet baten, aangezien zij volgens het Hof onvoldoende aannemelijk had gemaakt dat dit het geval zou zijn. De Commissiebeschikking uit 1999 bleef daarmee overeind en de door klager City Electrical Factors tegen een aantal vermeende karteldeelnemers ingestelde schadevergoedingsprocedure bij de Rechtbank Rotterdam zal hiermee ongetwijfeld in een stroomversnelling terecht komen.

Afsluiting

Zoals al eerder gememoreerd passen de afgelopen twaalf maanden in een duidelijke trend van de afgelopen jaren, dat de Commissie te maken heeft gekregen met een aanmerkelijk kritischer Gemeenschapsrechter. Waar de Commissie voorheen vaak het voordeel van de twijfel kreeg, is dit nu omgekeerd. Waar het gaat om de rechterlijke toetsing van boetebeschikkingen en verbodbeschikkingen van concentraties, is dit zonder meer toe te juichen. De Commissie bezit immers vérstrekkende bevoegdheden en dus zijn adequate waarborgen voor haar rechtssubjecten zeker op hun plaats.

Bij de vernietiging van een goedkeuringsbesluit voor een concentratie op verzoek van een derde belanghebbende als aan de orde in *Impala* (Sony/-Bertelsmann) geldt in principe niet anders. Óók een derde-belanghebbende kan immers ernstig in zijn belangen worden geschaad wanneer een ten onrechte goedgekeurde concentratie zijn concurrent aan een machtspositie helpt. Niettemin moet in een dergelijke situatie het belang van de fuserende ondernemingen evenmin uit het oog worden verloren: ‘slordigheden’ aan de zijde van de Commissie kunnen hun immers bezwaarlijk worden aangerekend (tenzij zij uiteraard de Commissie zouden hebben misleid). Het zal uit de nasleep van de *Impala*-zaak én toekomstige zaken moeten blijken of de Commissie en de Gemeenschapsrechter hier tezamen de juiste balans tussen de diverse betrokken belangen zullen weten te vinden...

32 Deze tweede concentratie is op 19 oktober bij de NMa gemeld, zie www.nmanet.nl.

33 Arrest van 7 juni 2006 in gevoegde zaken T-213/01 en 214/01, Österreichische Postsparkasse en Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commissie.

34 Arrest van 27 september 2006 in gevoegde zaken T-44/02, 54/02, 56/02, 60/02 en 61/02OP, Dresdner Bank e.a./Commissie.

35 Arrest van 21 september 2006 in zaak C-113/04P, Technische Unie/Commissie.