

Algemeen en sectorspecifiek mededingingsrecht: blauwachtig grijs en grijsachtig blauw?

mr. C.E. Schillemans

De discussie tussen voor- en tegenstanders van sector-specifiek mededingingsrecht spitst zich veelal toe op het belang van het opleggen van structurele, ex ante, maatregelen ter bevordering van de mededinging en de vraag of het algemene mededingingsrecht volstaat om de gewenste mate van mededinging te bewerkstelligen. De praktijk toont aan dat het probleemoplossend vermogen van het algemene mededingingsrecht en dat van het sectorspecifiek mededingingsrecht geen fundamentele verschillen hoeft te vertonen. Consistentie in bewijslast alsmede een nauwe wisselwerking tussen beide vormen van marketingrijpen dient voorop te staan. In dit verband tekent zich een hoopvolle trend af.

Uitgangspunten sectorspecifiek mededingingsrecht

Kenmerkend voor sectorspecifiek mededingingsrecht is dat ex ante verplichtingen worden opgelegd aan in een specifieke sector aangewezen ondernemingen teneinde marktwerking in die sector te bevorderen dan wel misbruik van machtspositie te voorkomen.

In de omvangrijke nationale en internationale literatuur¹ keren een drietal hoofduitgangspunten terug die ten grondslag liggen aan sectorspecifiek mededingingsrecht.

Een eerste uitgangspunt is dat in bepaalde sectoren het algemene mededingingsrecht niet volstaat om marktwerking op gang te brengen. Het betreft veelal sectoren met hoge toetredingsdrempels, bijvoorbeeld sectoren waarin voor het verrichten van diensten toegang tot een netwerk is vereist dat in handen is van een monopolist. Alvorens de bescherming van de mededinging aan het algemene mededingingsrecht kan worden overgelaten, is marketingrijpen nodig om daadwerkelijke mededinging tot stand te brengen. Het algemene mededingingsrecht zou niet toereikend zijn om de voor concurrentie vereiste toegang tot de in de betrokken sector aanwezige 'bottle necks' onder redelijke voorwaarden en binnen afzienbare tijd af te dwingen.

Een tweede uitgangspunt is dat het algemene mededingingsrecht – dat ad hoc wordt toegepast indien daartoe een concrete aanleiding bestaat – uitsluitend oplossingen kan bieden voor individuele mededingingsproblemen. Het bevorderen van daadwerkelijke mededinging zou evenwel vereisen dat er structurele maatregelen worden getroffen.

Een derde uitgangspunt is dat het effectief bevorderen van marktwerking ex ante maatregelen vereist. Het algemene mededingingsrecht maakt – behoudens concentratiecontrole – uitsluitend ex post ingrijpen in de markt mogelijk. Ex ante ingrijpen zou de rechtszekerheid vergroten en snellere interventies mogelijk maken, hetgeen van belang is om te voorkomen dat marktwerking onherstelbare schade wordt toegebracht.

Deze uitgangspunten komen uitdrukkelijk terug in het medio 2003 in werking getreden communautair regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector.² Ex ante maatregelen kunnen op grond van dit kader uitsluitend worden opgelegd in markten waar geen sprake is van daadwerkelijke mededinging. Het aanwezig zijn van een (of meer) ondernemingen met een (collectieve) economische machtspositie wordt gelijkgesteld aan het ontbreken van daadwerkelijke mededinging. De aan ondernemingen met een economische machtspositie opgelegde maatregelen – waaronder de voor gereguleerde sectoren 'gebruikelijke' verplichtingen inzake toegang, kostenoriëntatie, ontbundeling, non-discriminatie en transparantie – moeten passend zijn om de geconstateerde mededingingsproblemen op te lossen.

Leitmotiv van het nieuwe regelgevend kader is de transitie van sectorspecifiek mededingingstoezicht naar – uitsluitend – algemeen mededingingstoezicht in de elektronische communicatiesector. In overeenstemming hiermee kunnen ex ante maatregelen uitsluitend worden opgelegd als het algemene mededingingsrecht ontoereikend is om de geconstateerde mededingingsproblemen op te lossen.³

Het nieuwe regelgevend kader schept een raamwerk waarbinnen de 'nationale regelgevende instantie' – in Nederland is dat OPTA – dient vast te stellen of een af te baken

- 1 Zie bijvoorbeeld M. Cave en P. Crowther, 'Pre-emptive competition policy meets regulatory anti-trust', *ECLR* 2005 (9), 481, Theon van Dijk, 'General or specific competition rules for network utilities?', *Journal of Network Industries* 2001 (2), 93, M. Albers, 'Essay: European Union law: energy liberalization and EC competition law', *Fordham International Law Journal* April 2002, 909, R. Klotz, 'Wettbewerb in der Telekommunikation: Brauchen wir die ex-ante-Regulierung noch?', *ZweR* 3/2003, 282, S. van der Voorde, 'Het nieuwe sectorspecifieke mededingingsrecht in de communicatiesector. Vaart Nederland een juiste koers?', *M&M* 2005, nr.5, E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.J.M. Theeuwes en F.O.W. Vogelaar, 'Toezicht en regulering in de Telecommunicatiemarkt', *IvLR*, mei 2000, en P. Larouche, 'Competition Law and regulation in European Telecommunications', Hart Publishing 2000.
- 2 Voor een uitvoeriger beschrijving van het nieuwe regelgevend kader, zie onder meer S. van der Voorde, en C.M.I. Cramer, M.J. de Meij en R. Stil, 'De nieuwe Europese richtlijnen voor elektronische communicatie: beter voor de markt?', *M&M* 2002, nr. 7.
- 3 Zie overweging 27 van de Kaderrichtlijn.

Kees Schillemans is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

nen markt in aanmerking komt voor sectorspecifiek mededingingsrecht en voorwerp wordt van ex ante toezicht. Een bijzondere vorm van *Kompetenz-Kompetenz*, zij het binnen de strikte criteria van het nieuw regelgevend kader en onder toezicht van de Europese Commissie.⁴

Drie criteria

In lijn met voornoemde uitgangspunten heeft de Commissie drie criteria geformuleerd aan de hand waarvan getoetst dient te worden of markten aan ex ante regulering onderworpen kunnen worden:

- i) de aanwezigheid van aanzienlijke en structurele toetredingsbelemmeringen;
- ii) de afwezigheid van kenmerken die duiden op een ontwikkeling richting daadwerkelijke mededinging; en
- iii) de relatieve doeltreffendheid van het mededingingsrecht voor het verminderen of verwijderen van dergelijke belemmeringen of voor het herstellen van de daadwerkelijke mededinging.⁵

Ten aanzien van de hamvraag wanneer het algemene mededingingsrecht toereikend kan worden geacht om de geconstateerde problemen op te lossen, is de Commissie niet bepaald uitvoerig:

*'situaties waarin het naleven van de vereisten die zijn verbonden met een interventie [...] veelomvattend zijn (bijvoorbeeld de behoefte aan gedetailleerde administratieve verantwoording voor regelgevingsdoeleinden, evaluatie van kosten, controle van bepalingen en voorwaarden inclusief technische parameters) of waarin regelmatige en/of tijdige interventie onontbeerlijk is, of wanneer het tot stand brengen van rechtszekerheid van het allerhoogste belang is.'*⁶

Wmg

De hiervoor beschreven uitgangspunten komen ook terug in de op 1 oktober 2006 in werking getreden Wet marktordening gezondheidszorg ('Wmg').⁷ Op grond van de Wmg is de Nederlandse Zorgautoriteit ('NZa') bevoegd specifieke verplichtingen aan ondernemingen met 'aanmerkelijke marktmacht' ('AMM') – hetgeen neerkomt op ondernemingen met een economische machtspositie – op te leggen teneinde de ontwikkeling van daadwerkelijke mededinging in de zorgsector tot stand te brengen. In haar recente consultatiedocument 'Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg'⁸ gaat de NZa in op de verhouding van het 'AMM-regime' tot het algemene mededingingsrecht. Zij geeft onder meer aan dat het AMM-instrument niet beperkt is tot situaties waarin het bestaan van een bepaald misbruik kan worden aangetoond in lijn met de 'opdracht van de NZa om een (nog niet bestaand) gelijk speelveld te creëren', terwijl de NMa de opdracht heeft 'de concurrentie te handhaven'.⁹ Voorts benadrukt de NZa dat de AMM-verplichtingen reiken van het opleggen van transparantievereisten en principes voor kostentoe rekening tot het opleggen van prijsregulering, inclusief kostenoriëntatie. Daarmee zijn de bevoegdheden

van de NZa 'veel ingrijpender' dan die van de NMa, aldus de NZa.

Probleemoplossend vermogen algemeen mededingingsrecht

De hiervoor beschreven en in recente regelgeving tot uitdrukking gekomen uitgangspunten impliceren een verschil tussen het 'probleemoplossend vermogen' van het algemene mededingingsrecht en dat van het sectorspecifieke mededingingsrecht met betrekking tot de aard van de interventie, het ter beschikking staande instrumentarium om geconstateerde mededingingsproblemen te remediëren en het procedurele kader. De praktijk wijst evenwel uit dat het algemene mededingingsrecht niet noodzakelijkerwijs onderdoet voor het sectorspecifieke mededingingsrecht.

Concentratiecontrole

Ofschoon het doel van concentratiecontrole beperkt is tot het – ex ante – *beschermen* van de mededinging na een mogelijke wijziging in de structuur van de markt, kan concentratiecontrole een effectief middel vormen om toetredingsbelemmeringen weg te nemen of te verminderen en de mededinging bijgevolg te *bevorderen*. Met name de Commissie is niet terughoudend gebleken bij het afdwingen van verbintenissen van partijen bij een concentratie teneinde geconstateerde mededingingsproblemen te remediëren met als gevolg dat voor betrokken partijen feitelijk een nieuw regelgevend kader in het leven wordt geroepen – compleet met gedetailleerde toegangsverplichtingen en tariefcontrole.

De verbintenissen die zijn aangeboden in het kader van de overname door het mediabedrijf Newscorp van het Italiaanse betaaltelevisiebedrijf Telepiù vormen daarvan een voorbeeld.¹⁰ In de ogen van de Commissie zou deze overname leiden tot een bijna-monopolie op de Italiaanse markt voor betaaltelevisie. De door Newscorp aangeboden verbintenissen namen de door de Commissie geuite bezwaren evenwel weg en leidden ertoe dat de Commissie 'de juiste voorwaar-

4 De Europese Commissie kan in bepaalde gevallen – krachtens de consultatieprocedure voorzien in artikel 7 van de Kaderrichtlijn – een veto uitspreken over de door nationale regelgevende instanties voorgestelde maatregelen, indien de Commissie van mening is dat de ontwerpmaatregelen niet gerechtvaardigd zijn met het oog op de doelstellingen van het regelgevend kader, waaronder met name het bevorderen van infrastructuurconcurrentie, dan wel niet proportioneel zijn. De Commissie kan tevens aangeven dat de voorgestelde maatregelen niet ver genoeg gaan.

5 Zie de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11/02/2003 betreffende relevante producten- en dienstmarkten in de elektronische communicatiesector, alsmede de Toelichting op de Aanbeveling.

6 P. 13 van de Toelichting op de Aanbeveling.

7 Voor een beschrijving van deze regelgeving, zie onder meer C.C. Meijer, 'De NZa – autoriteit in ontwikkeling', *M&M* 2006, nr. 6.

8 Document van 11 december 2006. Mede op basis van de reacties op dit consultatiedocument zal het consultatiedocument worden uitgewerkt in het 'Visiedocument AMM' – waarin de NZa haar voornemens ten aanzien van de uitoefening van haar AMM-bevoegdheden uiteenzet – en de 'Beleidsregels AMM'.

9 Zie pagina 28 van het consultatiedocument.

10 Beschikking van 2 april 2003, COMP/M.2876 – Newscorp/Telepiù.

den heeft kunnen vaststellen die ervoor zorgen dat de Italiaanse markt voor betaaltelevisie open blijft en de concurrentie er duurzaam blijft spelen.¹¹ Het pakket van verbintenissen had naast het afstoten van uitzendactiviteiten van Telepiù onder meer betrekking op toegang voor concurrenten tot de voor betaaltelevisie vereiste *content*. Newscorp diende een ‘retail minus’¹² wholesale aanbod aan concurrenten te doen met betrekking tot *premium content* op niet-exclusieve basis. Voorts diende Newscorp derden en potentiële nieuwkomers op de satellietmarkt toegang te geven tot haar eigen betaaltelevisieplatform alsmede tot aanverwante diensten. Newscorp verbond zich deze toegang te verlenen:

‘overeenkomstig een op kosten gebaseerde niet-discriminerende formule uitgaande van: de rechtstreeks toe te schrijven kosten van de diensten, een aandeel van de relevante technische kosten (vaste en algemene kosten) en een redelijk rendement over een passende periode.’

Blijkens de beschikking worden geschillen ten aanzien van de nakoming van deze verbintenissen voorgelegd aan hetzij de Italiaanse telecomautoriteiten dan wel aan arbiters. Ofschoon de betrokken verbintenissen de belangrijkste uitgangspunten ten aanzien van onder meer kostenoriëntatie beschrijven, zal het voor nieuwkomers dan wel concurrenten van cruciaal belang zijn hoe aan deze uitgangspunten en de voorziene geschillenprocedure invulling en uitvoering wordt gegeven.¹³

Een voorbeeld van het verlagen van toetredingsdrempels door vergaande verbintenissen in de energiesector betreft de samenvoeging van de activiteiten van de Oostenrijkse elektriciteitsproducent Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG en vijf distributeurs van elektriciteit.¹⁴ De concentratie leidde naar de mening van de Commissie tot het ontstaan dan wel versterken van een machtspositie op de markt voor levering aan grootverbruikers en kleine distributiebedrijven en op de markt voor de levering aan kleinverbruikers. De Commissie stelde vast dat de hoge kosten voor onbalansstroom, welke kosten moeilijk te plannen zijn, nadelig zijn voor kleinere marktdeelnemers. De markt voor de levering aan kleinverbruikers wordt volgens de Commissie gekenmerkt door aanzienlijke toetredingsbarrières. Zo zouden leveranciers over groene stroom moeten beschikken om de gunst van de Oostenrijkse kleinverbruiker te winnen. De door partijen aangeboden verbintenissen waren afgestemd op de specifieke zorgen van de Commissie: i) de nieuwe combinatie diende jaarlijks 450 GWh te veilen, waarvan ten minste 50 procent uit groene stroom diende te bestaan, zodat concurrenten op het gebied van de levering aan kleinverbruikers toegang zouden krijgen tot de productiecapaciteit van de nieuwe combinatie, en ii) partijen dienden een tijdelijke *price cap* voor onbalansstroom te accepteren¹⁵ zodat de prijs van onbalansstroom zou worden gedrukt en een toetredingsbarrière zou worden weggenomen.

Misbruik van machtspositie

Een argument dat vaak wordt gebruikt ter rechtvaardiging van sectorspecifiek mededingingsrecht is dat het mededingingsrechtelijke verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie niet ver genoeg gaat om toegang voor concurrenten te verzekeren tot in een sector aanwezige ‘bottle necks’ onder redelijke – kostengeoriënteerde – voorwaarden. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG volgt immers dat toegang tot ‘essentiële faciliteiten’ uitsluitend kan worden afgedwongen op grond van het mededingingsrecht indien de betrokken faciliteit onontbeerlijk is om de gewenste activiteit uit te oefenen, de weigering toegang te verlenen leidt tot volledige uitschakeling van de mededinging op de markt waarop de verzoeker zich wenst te begeven en voor de weigering geen objectieve rechtvaardiging bestaat.¹⁶ Tevens kan worden verdedigd dat prijzen uitsluitend misbruikelijk hoog kunnen zijn indien zij niet in een ‘redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de geleverde prestatie’¹⁷, hetgeen niet wil zeggen dat de betrokken prijzen niet boven de kostprijs mogen liggen.

Zoals uit de hiervoor genoemde voorbeelden blijkt, wordt concentratiecontrole in de praktijk aangewend om verbintenissen ten aanzien van toegang en kostenoriëntatie af te dwingen die vergelijkbaar zijn met de toegangs- en kostenoriëntatieverplichtingen uit het sectorspecifieke mededingingsrecht. Maar ook ten opzichte van het verbod op het maken van misbruik van machtspositie kunnen de voordelen van sectorspecifiek mededingingsrecht in dit verband worden gerelativeerd.

Dat geldt met name indien de uitleg van de NMa van artikel 24 Mw in het kader van haar beoordeling van de tarieven van N.V. Luchthaven Schiphol (‘Schiphol’) zou worden gevolgd.¹⁸

Schiphol

Met het oog op een mogelijke beursgang van Schiphol verzocht de Rijksluchtvaartdienst de NMa de luchthaventarieven van Schiphol te toetsen ‘in het licht van de principes van het algemene mededingingsrecht en artikel 24 Mw’.

Tijdens haar onderzoek stond de NMa onder meer stil bij de door Schiphol behaalde rendementen alsmede bij de kostentoekening van de activa die zowel werden ingezet

11 Persbericht van 2 april 2003, IP/03/478.

12 Dat wil zeggen een prijs die lager ligt dan de eindgebruikerprijs.

13 Vgl. de hiervoor geciteerde passage uit de Toelichting op de Aanbeveling van de Commissie ten aanzien van de vraag wanneer het algemene mededingingsrecht niet volstaat om geconstateerde mededingingsproblemen op te lossen.

14 Beschikking van 11 juni 2003, COMP/M.2947 – Verbund / Energie Allianz.

15 Uit de openbare versie van de beschikking kan niet worden afgeleid hoe concreet de betrokken *price cap* door partijen is aangegeven. Een concreet bedrag, hetgeen niet denkbeeldig is, zou vanzelfsprekend het meest effectief zijn.

16 HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, Bronner, Jur. 1998, p. I-7791.

17 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands, Jur. 1978, p. 207.

18 Rapportage Luchthaventarieven Schiphol, 10 april 2001.

ten behoeve van de luchtvaartactiviteiten van Schiphol als de niet-luchtvaartactiviteiten.

Ten aanzien van de betekenis van artikel 24 Mw voor Schiphol stelde de NMa:

‘Voor een onderneming met een (bijna) monopoliepositie brengen bovenbedoelde uitgangspunten van artikel 24 Mw bepaalde verantwoordelijkheden met zich mee, gezien het feit dat concurrentie in een situatie van (bijna) monopolie nagenoeg afwezig is. Uit deze verantwoordelijkheden vloeit voort dat (bijna) monopolisten hun diensten tegen kostengeoriënteerde tarieven dienen aan te bieden. Dat wil zeggen dat de tarieven van de monopolieactiviteiten niet meer mogen bedragen dan een vergoeding voor de kosten inclusief een toegestaan redelijk rendement op het geïnvesteerde vermogen. Tevens mag van dergelijke ondernemingen een zwaardere verantwoordelijkheid ten aanzien van de transparantie van de boekhouding en de rekening en verantwoording van de kosten en tarieven worden verwacht.’¹⁹

De NMa ging nog een stap verder:

‘Bij de allocatie van kosten (en opbrengsten) van de materiële vaste activa geldt in het licht van de principes van artikel 24 Mw als uitgangspunt dat de toedeling van kosten economisch realistisch dient te zijn. Dat wil zeggen dat bij de allocatie van kosten over de diverse activiteiten wordt uitgegaan van het daadwerkelijke gebruik dat deze activiteiten maken van deze activa.’²⁰

De NMa leidde uit artikel 24 Mw voor Schiphol aldus een aantal verplichtingen af die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen die gemeengoed zijn bij sectorspecifiek mededingingsrecht: verplichtingen ten aanzien van kostenoriëntatie, transparantie, en zelfs kostentoerekening. Deze uitleg van het verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie is zonder precedent en – voor zover mij bekend – tevens zonder navolging²¹, ook niet in het kader van ‘superdominante’ ondernemingen.²² In haar consultatiedocument heeft de NZa nu juist benadrukt dat haar bevoegdheden aanzienlijk ingrijpender zijn dan die van de NMa omdat zij verplichtingen op kan leggen inzake transparantie, kostenoriëntatie en kostentoerekening.

De gevolgen van de door de NMa ten aanzien van Schiphol voorgestane uitleg van artikel 24 Mw zijn evenwel verstrekkend. De hiervoor geciteerde overwegingen van de NMa vormden immers de blauwdruk van de huidige Wet luchtvaart, op grond waarvan de tarieven van Schiphol voor de luchtvaartactiviteiten kostengeoriënteerd dienen te zijn.²³ De wetgever wees uitdrukkelijk de suggestie af dat de krachten de Wet luchtvaart op Schiphol rustende verplichtingen verder zouden gaan dan op grond van het mededingingsrecht mogelijk is:

‘De in het wetsvoorstel opgenomen normen zijn geheel in overeenstemming met het Europese en nationale mededingingsrecht. De normen zijn dezelfde als bij de toepassing van artikel 24 Mw (misbruik economische machtspositie), maar dat laatste werkt alleen achteraf. In de onderhavige situatie worden deze normen vooraf dwingend opgelegd.’²⁴

De wetgever kent aldus aan het verbod op het maken van misbruik weinig ex ante werking toe. Dit ten onrechte. Dat artikel 24 Mw achteraf – ex post – wordt *gehandhaafd*, wil uiteraard nog niet zeggen dat artikel 24 Mw ook uitsluitend achteraf *werkt*. Indien de NMa kan worden gevolgd dat Schiphol de Mededingingswet zou overtreden indien de tarieven voor haar luchtvaartactiviteiten niet op basis van kostenoriëntatie zouden zijn vastgesteld, dan kan daarvan een afschrikwekkende – ex ante – werking worden verondersteld. Is er in dit verband een relevant verschil tussen een wettelijke norm op grond waarvan tarieven kostengeoriënteerd dienen te zijn en een wettelijke norm op grond waarvan het verboden is tarieven te hanteren die niet kostengeoriënteerd zijn?

Europese Commissie

De Europese Commissie heeft recentelijk in verband met het nieuw regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector meer fiduciaire getoond in de ex ante werking van het verbod op het maken van misbruik van machtspositie. De Europese Commissie boog zich eind 2005 over de maatregelen die OPTA destijds voorstelde op te leggen aan de grote drie kabelmaatschappijen in Nederland. OPTA stelde onder meer voor de kabelmaatschappijen te onderwerpen aan een kostenoriëntatieverplichting ten aanzien van de eindgebruikertarieven voor de transmissie van hun vrij toegankelijke RTV-pakketten. In dezelfde periode oordeelde de NMa dat de kabelmaatschappijen UPC en Casema geen misbruik maakten van een economische machtspositie door het hanteren van excessieve tarieven ten aanzien van deze

¹⁹ Randnr. 126 van de Rapportage.

²⁰ Randnr. 129 van de Rapportage.

²¹ Zie onder meer besluiten van de NMa inzake de tarieven van Casema en UPC van 27 september 2005, zaaknr. 3528 en 3588. In deze zaken onderzoekt de NMa of het door Casema en UPC gerealiseerde rendement duurzaam aanzienlijk hoger ligt dan de vermogenskostenvoet, zie hierna. Zie ook randnr. 146 van het besluit van de NMa van 28 april 2004 inzake Interpay, zaaknr. 2910: ‘Indien het gerealiseerde rendement duurzaam aanzienlijk hoger ligt dan het normrendement is sprake van misbruik in de zin van excessieve tarieven.’

²² In de woorden van A-G Fennelly in zijn Conclusie in gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge, Jur. 2000, p. I-01365, randnr. 137.

²³ Artikel 8.25d, lid 3, Wet luchtvaart. Toezicht daarop is in handen van de NMa, die naar aanleiding van ingediende klachten achteraf controleert of Schiphol bij het opstellen van deze tarieven en voorwaarden geen misbruik maakt van haar positie. Deze tarieven dienen wel te zijn gebaseerd op een vooraf door de NMa goed te keuren toerekeningsstelsel op grond waarvan wordt bepaald welk deel van de totale kosten van de luchthaven aan de luchtvaartactiviteiten worden toegerekend.

²⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 074, nr. 7.

pakketten.²⁵ De NMa kwam op basis van een omvangrijk kostenonderzoek tot de slotsom dat niet aannemelijk is dat de rendementen van UPC en Casema duurzaam boven de vermogenskostenvoet liggen.²⁶

De Europese Commissie leek onder de indruk van het onderzoek van de NMa:

‘Zelfs als de kabeloperatoren hun prijzen in de toekomst zouden verhogen, is het niet duidelijk waarom het mededingingsrecht niet zou volstaan om dat probleem op te lossen, in het bijzonder nu de NMa heeft aangetoond dat zij in staat is om de prijzen van de kabeloperatoren in vergelijking met hun kosten te beoordelen.’²⁷

Deze overweging was dragend voor het standpunt van de Europese Commissie dat niet was voldaan aan het derde criterium van de door haar geformuleerde drie criteria voor het onderwerpen van markten aan ex ante maatregelen:²⁸ het mededingingsrecht dient ontoereikend te zijn om het betrokken probleem op te lossen.²⁹ De Wet luchtvaart zou naar het oordeel van de Commissie waarschijnlijk evenmin aan dit derde criterium voldoen.

De ex ante werking van het verbod op het maken van misbruik van machtspositie is niet beperkt tot de afschrikwekkende werking van dat verbod. De zogeheten ‘Marathonzaken’ illustreren dit.³⁰ In reactie op een klacht van Marathon Oil startte de Commissie een onderzoek naar de gezamenlijke weigering in de jaren negentig van een vijftal West-Europese gasbedrijven, waaronder Gasunie, toegang te verlenen tot hun gaspijpleidingen. Het onderzoek werd gestaakt in 2003 nadat de betrokken gasbedrijven bereid waren toezeggingen te doen de toegangsmogelijkheden aanzienlijk te verbeteren.

Niettemin is het afdwingen van toegang tot essentiële faciliteiten op grond van het verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie geen eenvoudige exercitie. Het is evenwel de vraag of het sectorspecifieke mededingingsrecht een oplossing zou moeten bieden voor verzoekers tot toegang indien het algemene mededingingsrecht deze verzoekers niet kan helpen. Zoals de Europese Commissie benadrukt in haar discussiedocument inzake de toepassing van artikel 82 EG, kan een toegangsverplichting zowel negatieve als positieve effecten hebben voor de investeringsbereidheid van de betrokken ondernemingen. Het risico bestaat dat ondernemingen die toegang dienen te verlenen prikkels zullen verliezen om in hun infrastructuur te investeren en dat ondernemingen die toegang wensen geen investeringen zullen doen in het ontwikkelen van concurrerende infrastructuren. Om deze reden geeft de Commissie aan dat:

‘Enforcement policy towards refusals to supply has to take into account both the effect of having more short-run competition and the possible long-run effects on investment incentives.’³¹

Dit is een andere manier om te zeggen dat het belang van dienstenconcurrentie op korte termijn moet worden afgezet tegen het belang van infrastructuurconcurrentie. Het bevorderen van infrastructuurconcurrentie – waarmee duurzame dienstenconcurrentie het best wordt geborgd – is een van de belangrijkste doelstellingen van het nieuw regelgevend kader voor elektronische communicatiediensten. Deze doelstelling vormde voor OPTA in het kader van de hiervoor genoemde omroepbesluiten reden om een verzoek tot toegang tot kabelnetwerken van een aanbieder die zelf over een alternatieve infrastructuur beschikt niet snel redelijk te achten.³²

Sectorspecifiek mededingingsrecht versus algemeen mededingingsrecht: geloofsvraag?

Bovenstaande voorbeelden tonen aan dat tussen het sectorspecifieke mededingingsrecht en het algemene mededingingsrecht geen strikte scheidslijnen bestaan. Het verbaast dan ook niet dat de Commissie weinig houvast heeft gegeven ten aanzien van de vraag wanneer het algemene mededingingsrecht volstaat om in de elektronische communicatiesector gesignaleerde problemen op te lossen. De voorbeelden geven aan dat de voordelen van sectorspecifiek mededingingsrecht ten opzichte van het algemene mededingingsrecht niet overschat kunnen worden. Te meer omdat een belangrijk voordeel van het algemene mededingingsrecht is dat het zich – door de casuïstische toepassing – kan aanpassen aan nieuwe ontwikkelingen en rekening kan houden met de dynamiek in de markt.

Daar komt bij dat de concurrentiebevorderende werking van het mededingingsrecht met de modernisering van het mededingingsrecht zal kunnen toenemen. Op grond van artikel 7 van Verordening 1/2003 kan de Commissie alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen

25 Besluiten van 27 september 2005, zaaknr. 3528 en 3588.

26 Zie bijvoorbeeld randnr. 55 van het besluit inzake Casema.

27 Brief van 3 november 2005 aan OPTA, waarin de Commissie op grond van de zogenaamde ‘artikel 7-procedure’ aangaf ernstige twijfels te hebben ten aanzien van de overeenstemming van de door OPTA voorgestelde maatregelen met het communautaire recht. Met deze overweging is overigens mijns inziens niet gezegd dat de Commissie van oordeel is dat een tarief boven de kosten misbruikelijk is, maar veeleer dat de betrokken kosten een vertrekpunt kunnen vormen voor de beoordeling van het al dan niet excessieve karakter van het tarief.

28 OPTA heeft vervolgens afgezien van het opleggen van tariefmaatregelen op de eindgebruikermarkt en de reguleringsperiode voor de overige *retail* maatregelen teruggebracht tot 1 jaar. De betrokken kabelmaatschappijen hebben aangegeven de betrokken tarieven gedurende een jaar niet te verhogen. Een en ander heeft er toe geleid dat de Commissie niet langer ‘ernstige twijfels’ had.

29 De procedure inzake de tarieven van Interpay toont evenwel aan dat het beoordelen van tarieven op grond van de door de NMa gehanteerde methode – vergelijking rendement met vermogenskostenvoet – een complexe exercitie is en aanzienlijke discussies op kan leveren over de juiste wijze waarop onder meer kosten, rendementen en vermogenskostenvoet berekend dienen te worden.

30 Zie voor een bespreking van deze zaken ook M. Cave en P. Crowther.

31 Randnr. 213.

32 Zie bijvoorbeeld randnr. 378 van het besluit van 17 maart 2006 inzake Casema.

len opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en die noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken. Niet is uit te sluiten dat artikel 7 in voorkomend geval zal worden aangewend teneinde toetredingsbelemmeringen weg te nemen of te verminderen. Uit overweging 12 van Verordening 1/2003 kan worden afgeleid dat de op te leggen structurele maatregelen ook betrekking kunnen hebben op de betrokken ondernemingsstructuur indien een gereede kans bestaat op een voortdurende of herhaalde inbreuk die voortvloeit uit de structuur zelf van de onderneming. Het ligt voor de hand in dit verband met name te denken aan verticaal geïntegreerde (netwerk)ondernemingen en ondernemingen met een wettelijk monopolie die ook actief zijn in aanverwante 'vrije' markten. Verder is te verwachten dat de toezeggingen die op grond van artikel 9 van Verordening 1/2003 zullen worden gedaan om een inbreukprocedure te beëindigen zonder inbreukbeschikking, verder zullen gaan dan hetgeen strikt noodzakelijk is om de door de Commissie vermoede inbreuk te beëindigen. Ook het voorstel tot wijziging van de Mededingingswet kent de figuur van een toezegging.

Tegen deze achtergrond is duidelijk dat de toetsing van het 'derde criterium' van de Europese Commissie – dat ook in andere sectoren kan worden toegepast – geen digitale exercitie is. Of bepaalde sectoren onderworpen dienen te worden aan sectorspecifiek mededingingsrecht en of het algemene mededingingsrecht toereikend is om de geconstateerde mededingingsproblemen op te lossen, lijkt met name een politieke keuze en komt wellicht zelfs neer op een geloofsvraag.³³

Consistentie in bewijslast

Bij gebrek aan duidelijke scheidslijnen tussen het sector-specifieke en het algemene mededingingsrecht ten aanzien van doelstellingen, instrumentarium en procedure past evenmin een strikt onderscheid tussen beide vormen van marktinterventie voor wat betreft de bewijslast die rust op de betrokken marktmeesters.

In dit verband tekent zich een hoopvolle trend af. Een voorbeeld daarvan betreft de beoordeling door het CBb van de besluiten van OPTA over de tarieven voor mobiele gespreksafgifte – ook wel *mobile terminating access* genoemd.³⁴ Onder het nieuw regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector stelde OPTA vast dat Orange, KPN (met inbegrip van Telfort), Tele2, T-Mobile en Vodafone beschikten over aanmerkelijke marktmacht op de markt voor gespreksafgifte op hun eigen mobiele netwerken. OPTA verzag mededingingsproblemen op deze markten gelegen in het weigeren van toegang tot de betrokken netwerken en in het hanteren van excessieve tarieven voor toegang. Het CBb vernietigde de besluiten van OPTA op grond van het ontbreken van voldoende onderzoek en een deugdelijke motivering op een aantal cruciale punten.

In de eerste plaats oordeelde het CBb dat uit de betrokken besluiten onvoldoende duidelijk blijkt dat OPTA 'de specifieke positie van iedere mobiele aanbieder op de eigen afgiftemarkt grondig heeft onderzocht op grond van het spe-

cifieke feitenmateriaal'.³⁵ Met name heeft OPTA in de ogen van het CBb onvoldoende aandacht besteed aan de vraag of de mobiele aanbieders zich in belangrijke mate onafhankelijk van elkaar kunnen gedragen gezien de eventuele aanwezigheid van kopersmacht. In de tweede plaats heeft OPTA naar het oordeel van het College onvoldoende deugdelijk gemotiveerd dat 'de mobiele aanbieders mogelijkheden en prikkels hebben tot het hanteren van buitensporig hoge tarieven'. Het CBb achtte in dit verband met name van belang dat aan dat oordeel van OPTA geen kenbaar onderzoek ten grondslag lag naar de kosten die de mobiele aanbieders maken voor gespreksafgifte.

Deze kritiek van het CBb vertoont op belangrijke punten aanzienlijke gelijkenis met de kritiek van het CBb ten aanzien van de beoordeling door de NMa van de overname van Reliant door Nuon³⁶:

'Gelet op de derde en vierde beroepsgrond moet worden onderzocht of NMa in het besluit het bestaan van piekmomenten waarop sprake is van economische machtspositie en strategisch gedrag zich voordoet, aannemelijk heeft gemaakt.

(...)

Dienaangaande stelt het College vast dat dit onderdeel van het besluit is gebaseerd op rechtspraak van het Hof van Justitie, beslissingen van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, literatuur en aangevuld met een algemene verwijzing naar publicaties met betrekking tot de APX en onbalansmarkt, en niet de vaststelling van feiten en omstandigheden bevat die zich daadwerkelijk voordoen.

(...)

Met hetgeen in bovenaangeduide randnummers van het besluit aan de orde is gesteld is naar het oordeel van het College niet de feitelijke basis verschaft voor een analyse op grond waarvan kan worden vastgesteld of de voorgenomen concentratie op de markt voor de productie en groothandel van elektriciteit in Nederland zal leiden tot het ontstaan of versterken van een economische machtspositie. Hetgeen in de eerste plaats door NMa wordt overwogen betreft een abstracte beschouwing over onder meer de prikkels en mogelijkheden voor strategisch gedrag op een markt. Behoudens de opmerking dat (...), wordt op

33 Zie ook bijvoorbeeld J. Topel, 'Das Verhältnis zwischen Regulierungsrecht und allgemeinem Wettbewerbsrecht nach dem europäischen Rechtsrahmen in der Telekommunikation und dem TKG', *ZWeR* 1/2006: 'Letztlich handelt es sich um eine rein politische Entscheidung und um eine gewissen Modewellen unterliegende Glaubfrage, ob, wann, in welchem Umfang und gegen welche Unternehmen Regulierung eingesetzt werden soll und wann man damit wieder aufhört. Die Frage ist daher nicht, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreicht, sondern ob es aus politischer Sicht ausreichen soll.'

34 Uitspraak 29 augustus 2006, LJN: AY7997, AWB 05/903 en 05/921 tot en met 05/931.

35 Zie 11.4.

36 Uitspraak van 28 november 2006, LJN: AZ3274, AWB 05/440, 8.3.9.

geen enkele wijze aandacht besteed aan de vraag of deze mogelijkheden eveneens aan de orde zijn op de markten waarop de ondernemingen die bij de concentratie zijn betrokken actief zijn. Iedere referentie aan de specifieke situatie van Nuon en Reliant ontbreekt.'

In beide zaken benadrukt het CBb het belang van feitelijk onderzoek naar de mogelijkheden en prikkels voor mededingingsbeperkend strategisch gedrag, gegeven de specifieke feitelijke situatie waarin marktpartijen zich begeven.³⁷ Geen anekdotisch of abstract theoretisch bewijs, maar de feiten dienen de doorslag te geven.

Geen onderscheid

Het CBb lijkt in dit verband geen onderscheid te maken tussen de bewijslast van de NMa in concentratiezaken en de bewijslast van OPTA in het kader van sectorspecifiek mededingingstoezicht, althans in ieder geval in zaken waarin mededingingsproblemen zouden voortvloeien uit mogelijke strategische gedragingen van partijen. Voor een dergelijk onderscheid bestaat ook geen aanleiding. Het (gedeeltelijk) verbieden van een concentratie en het onderwerpen van ondernemingen aan ex ante regulering vormen beide ingrijpende marktinterventies die dienen te worden gebaseerd op de realiteit en de specifieke feitelijke situatie waarin de betrokken ondernemingen zich bevinden. Dat het in beide gevallen gaat om een prospectieve analyse maakt dat niet anders: zoals het CBb inzake de overname door Nuon van Reliant oordeelt, dient ook een prospectieve analyse te zijn gebaseerd op zich in werkelijkheid voordoende feiten en omstandigheden die aannemelijk moeten zijn. Sterker nog, het is juist de onzekerheid die inherent is aan een prospectieve analyse die verzwarend werkt voor de bewijslast.³⁸

Gegeven de positie die 'nationale regelgevende instantie' OPTA inneemt onder het nieuw regelgevend kader – OPTA dient vast te stellen of een markt voor ex ante regulering in aanmerking komt en zij bakent daarmee zelf haar toezicht houdende activiteiten af – ontbreekt te meer aanleiding de op haar rustende bewijslast te verlichten.

Wisselwerking sectorspecifiek mededingingsrecht en concentratiecontrole

In het logisch verlengde van het voorgaande is een nauwe wisselwerking tussen het sectorspecifieke mededingingsrecht en het algemene mededingingsrecht gerechtvaardigd. Met name dient in het kader van concentratiecontrole rekening gehouden te worden met het bestaan van eventuele maatregelen die opgelegd zijn of kunnen worden op grond van sectorspecifiek mededingingsrecht. Ook in dit verband tekent zich een positieve trend af.

In het concentratiebesluit van de NMa inzake de overname door UPC van Canal+ komt de verhouding tussen concentratiecontrole en sectorspecifiek mededingingsrecht – in casu het nieuw regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector – uitdrukkelijk aan de orde in het kader van

de beoordeling van de mogelijkheid voor UPC om doorgifte van content te weigeren. De NMa herinnert er in dit verband allereerst aan dat bij concentratiecontrole de structuur van de markt centraal staat:

*'De sectorspecifieke regelgeving is erop gericht misbruik van machtspositie te voorkomen en pluriformiteit van het aanbod te waarborgen. Dat neemt niet weg dat afzonderlijk moet worden toegezien op concentraties en hun mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen. Het doel van concentratiecontrole is om te waarborgen dat de structuur van de markt niet zodanig wordt aangetast als gevolg van een bepaalde concentratie dat een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt.'*³⁹

De NMa vervolgt evenwel:

'Desondanks kan de sectorspecifieke regelgeving in het onderhavige geval een relevante rol spelen. Het gaat in de onderhavige zaak immers om de mogelijke uitsluitingseffecten door middel van doorgifteweigering, danwel bevoorrechtiging van de eigen content. Indien dergelijke gedragingen niet mogelijk zijn vanwege bestaande en toekomstige regelgeving dan kan dit wel degelijk invloed hebben op de gevolgen van de onderhavige concentratie.'

Ofschoon deze benadering van de NMa een belangrijk precedent vormt voor de beoordeling van concentraties in gereguleerde sectoren, vloeit zij logischerwijs voort uit de vereisten die worden gesteld aan het feitelijk onderzoek in concentratiezaken ten aanzien van de gevolgen van een concentratie voor de mededinging, waarbij rekening gehouden dient te worden met de specifieke situatie waarin de betrokken ondernemingen zich bevinden. Indien deze specifieke situatie wordt gekenmerkt door ex ante regulering, dan is zulks een belangrijke, feitelijke, factor die meegewogen dient te worden. Dat geldt bij uitstek voor conglomeraat- en verticale fusies, zoals de overname door UPC van Canal+, waar de vermeende mededingingsproblemen voortvloeien uit strategische gedragingen.

Maar ook in horizontale fusies kan de rol van sectorspecifiek mededingingsrecht niet worden geëcarteerd. Indien als gevolg van sectorspecifiek mededingingsrecht toetredingsbelemmeringen worden weggenomen, kan zulks het verlies aan concurrentie dat rechtstreeks het gevolg is van de betrokken concentratie wellicht relativeren, hetgeen ten minste onderzocht dient te worden.

37 Vergelijkbaar met de Tetra Laval jurisprudentie, zie onder meer HvJ EG 15 februari 2005, Pb. C 82 van 2 april 2005, *M&M* 2005/nr. 4/5, met noot T.R. Ottervanger en I. Veldhuis.

38 Zie ook in dit verband de Tetra Laval jurisprudentie.

39 Randnr. 83 van het besluit van 28 juni 2005, zaaknr. 4490.

Tetra Laval

Het besluit van de NMa is in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie EG. In *Tetra Laval* oordeelde het Hof dat de waarschijnlijkheid van bepaalde gedragingen in het kader van concentratiecontrole volledig moet worden onderzocht, 'dat wil zeggen met inachtneming zowel van de prikkels om tot dergelijke gedragingen over te gaan, als van de factoren die die prikkels kunnen verzwakken of zelfs wegnemen, daaronder begrepen de eventuele onwettigheid van die gedragingen.'⁴⁰ De 'onwettigheid van gedragingen' betrof met name een inbreuk op het verbod op het maken van misbruik van machtspositie.

Het Hof oordeelde evenwel tevens dat 'een onderzoek naar de waarschijnlijkheid van een inbreuk op artikel 82 EG en naar de bestraffing ervan in verschillende rechtsordes, in de fase van de beoordeling van de geplande concentratie te speculatief zou zijn'. Daargelaten of deze overweging überhaupt kan worden toegepast in het kader van concentratiecontrole door nationale autoriteiten – waarom zou een nationale autoriteit immers geen volledig onderzoek kunnen doen naar de wettigheid van gedragingen binnen de eigen rechtsorde? – is verdedigbaar dat deze overweging in geen geval met zich kan brengen dat in het kader van concentratiecontrole geen volledig onderzoek gedaan hoeft te worden naar de gevolgen van sectorspecifiek mededingingsrecht. Dat is immers niet speculatief indien de betrokken ex ante maatregelen duidelijk zijn.

Interessant in dit verband is overigens dat de NMa in voornoemd concentratiebesluit aangeeft dat sectorspecifiek mededingingsrecht met zich kan brengen dat de *mogelijkheid* tot bepaalde strategische gedragingen ontbreekt, terwijl het Hof stilstaat bij de gevolgen van de onwettigheid van gedragingen voor de *prikkels* tot bepaalde gedragingen. Het Hof maakt kennelijk onderscheid tussen de feitelijke onmogelijkheid van een gedraging en de juridische onmogelijkheid – een gedraging is dan nog steeds mogelijk, ook al is zij verboden. Daar is evenwel tegenin te brengen dat indien een bepaalde gedraging verboden is, verondersteld mag worden dat daarvoor wordt gehandeld – althans dat zulks kan worden afgedwongen – of het nu gedragingen betreft in strijd met ex ante sectorspecifieke verplichtingen of gedragingen in strijd met algemeen mededingingsrechtelijke verplichtingen.

Tot slot

De aandacht voor de verhouding tussen het sectorspecifieke mededingingsrecht en het algemene mededingingsrecht neemt in de komende jaren waarschijnlijk alleen maar toe, gezien de huidige en toekomstige invloed van sectorspecifiek mededingingsrecht op belangrijke sectoren als zorg, vervoer, spoor, luchtvaart, energie, water, loodswezen en telecommunicatie. De politieke keuzes zijn in dit verband veelal reeds gemaakt, maar de vanuit mededingingsrechtelijk perspectief interessante discussies zijn daarmee pas begonnen.

40 R.o. 74-78.