

Annotatie

E.ON en GDF tegen de Europese Commissie

Mr. B.H.J. Braeken*

GvEA 29 juni 2012, zaak T-360/09, E.ON/Europese Commissie en zaak T-370/09, GDF Suez SA/Europese Commissie

Inleiding

In een tweetal arresten van 29 juni 2012 vernietigde het Gerecht een beschikking van de Commissie van 8 juli 2009 (hierna: de Beschikking) waarin enerzijds E.ON Ruhrgas AG en E.ON AG (hierna ook tezamen aangeduid als E.ON) en anderzijds GDF Suez SA (GDF) waren beboet voor het sluiten van marktverdelingsafspraken. In de Beschikking oordeelde de Commissie dat de afspraken in strijd waren met het huidige artikel 101 lid 1 VWEU.

Zowel E.ON als GDF tekende beroep aan tegen de Beschikking. In twee afzonderlijke arresten vernietigde het Gerecht de Beschikking gedeeltelijk. De arresten zijn met name interessant omdat het Gerecht concludeert dat E.ON en GDF voor een gedeelte van de overtrekking niet konden worden gekwalificeerd als potentiële concurrenten waardoor de marktverdelingsafspraken in zoverre buiten het toepassingsbereik van artikel 101 lid 1 VWEU vielen. Daarnaast is interessant dat het Gerecht, gebruik makend van zijn ‘volledige rechtsmacht’, de boete vaststelt op een hoger niveau dan zou volgen uit een consequente toepassing van het boetebeleid van de Commissie.

Beschikking

In de Beschikking concludeerde de Commissie dat het Duitse energiebedrijf E.ON en het Franse gasbedrijf GDF door middel van *sideletters* – aangeduid als *Direktion I* en *Direktion G* – met elkaar hadden afgesproken elkaars respectieve nationale gasmarkten niet of slechts beperkt te betreden en hun eigen nationale gasmarkten van elkaar af te scherm.

De MEGAL-pijpleiding (MEGAL staat voor *Mittel-Europäische-Gasleitung*) betreft een pijpleiding die tussen 1975 en 1980 in opdracht van de rechtsvoorgangers van E.ON (i.e. Ruhrgas) en GDF Suez (i.e. GDF)¹ is aangelegd ten behoeve van het transport van Russisch gas naar Frankrijk en Zuid-Duitsland.

In de Beschikking stelde de Commissie vast dat E.ON en GDF in het kader van de MEGAL-overeenkomst met elkaar beperkende afspraken hadden gemaakt over het gebruik van via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas. De Commissie concludeerde in dat kader tevens dat E.ON en GDF meermalen met elkaar hadden overlegd om hun wederzijdse verkoopstrategieën in Frankrijk en in Duitsland voor gas dat via de MEGAL-pijpleiding was getransporteerd te bespreken en om elkaar in te lichten over hun respectieve strategieën. De Commissie concludeerde hieromtrent dat deze contacten er onder meer toe strekten uitvoering te geven aan de *Direktion G*- en *Direktion I*-sideletter en om de inhoud daarvan aan te passen aan de nieuwe marktvoorwaarden na de liberalisering van de Europese gasmarkten.

Volgens de Commissie was er dus sprake van een marktverdelingsovereenkomst en opeenvolgende onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de vorm van reguliere vergaderingen die ertoe strekten om uitvoering te

23

* Mr. B.H.J. Braeken is advocaat bij Stibbe in Amsterdam.

1. In het hiernavolgende zullen partijen worden aangeduid met de naam van hun rechtsopvolger, dat wil zeggen E.ON en GDF.

geven aan de marktverdelingsovereenkomst. Dit alles kwalificeerde als één enkele en voortgezette inbreuk die de strekking had de mededinging te beperken.

Duur van de overtreding

In de Beschikking stelde de Commissie de aanvangsdatum van de overtreding in Duitsland vast op 1 januari 1980, dat wil zeggen de datum waarop de MEGAL-pijpleiding operationeel werd.

Voor *Frankrijk* lag de aanvangsdatum op 10 augustus 2000, dat is het moment waarop de Eerste Gasrichtlijn in nationale wetgeving had moeten worden geïmplementeerd. Tot die tijd bestond er in Frankrijk een wettelijk monopolie en was er dus geen concurrentie mogelijk. Feitelijk bestond dit monopolie in Frankrijk tot 2003, aangezien pas op dat moment de Eerste Gasrichtlijn in nationale wetgeving was omgezet. In weerwil daarvan koos de Commissie toch als aanvangsdatum voor de uit de Eerste Gasrichtlijn voortvloeiende uiterlijke implementatietermijn van 10 augustus 2000. De reden daarvoor was dat concurrenten van GDF vanaf dat moment Franse klanten hadden kunnen bedienen.

Vervolgens stelde de Commissie de einddatum van de overtreding zowel voor E.ON als voor GDF vast op 30 september 2005. Juridisch gezien hadden E.ON en GDF de Direktie G- en de Direktie I-afspraken al op 13 augustus 2004 beëindigd. Toch kon volgens de Commissie die datum niet als einddatum van de overtreding worden gezien aangezien E.ON en GDF pas eind september 2005 ophielden om bepaalde beperkingen toe te passen. Deze beperkingen stonden eraan in de weg dat GDF bepaalde exitpunten van de MEGAL-pijpleiding in Duitsland kon gebruiken.

De onderstaande tabel bevat ten aanzien van zowel Frankrijk als Duitsland een overzicht van de aanvangs- en einddatum van de overtreding, zoals volgt uit de Beschikking. Vanaf 31 januari 2003 was E.ON met E.ON Ruhrgas hoofdelijk aansprakelijk voor wat betreft de periode 31 januari 2003 tot 30 september 2005.

	Frankrijk	Duitsland
Aanvangsdatum	10 augustus 2000	1 januari 1980
Einddatum	30 september 2005	30 september 2005

Hoogte boete

Bij het vaststellen van de hoogte van de boete gaat de Commissie voor wat betreft de overtreding in Frankrijk uit van een periode van vijf jaar, een maand en twintig dagen. Deze periode is gelijk aan de duur van de overtreding zoals eerder door haar vastgesteld. Opmerkelijk genoeg kiest de Commissie voor wat betreft de overtreding in Duitsland voor een andere benadering. Hoewel de Commissie eerder had vastgesteld dat de overtreding meer dan 25 jaar had geduurd, neemt zij voor het vaststellen van de boete tot uitgangspunt de periode tussen 24 april 1998 en 30 september 2005. De reden dat de

Commissie in het kader van de vaststelling van de boete de periode van de overtreding aanzienlijk inperkt, is dat de Duitse wetgever op 24 april 1998 het bestaande feitelijke monopolie had opgeheven als gevolg van de vrijstelling voor de grensafspraken. Dientengevolge ging de Commissie uit van een periode van zeven jaar en vijf maanden.

Met inachtneming van een *entry fee* van 15 procent heeft de Commissie vervolgens zowel E.ON als GDF een boete opgelegd van 553 miljoen euro.

Procedure bij het Gerecht

Zowel E.ON als GDF tekent bij het Gerecht beroep aan tegen de Beschikking. Het Gerecht behandelt deze beroepen in twee afzonderlijke arresten. De uitkomst van beide arresten is echter identiek. In deze annotatie zal telkens worden verwezen naar het arrest van het Gerecht naar aanleiding van het beroep van E.ON.

E.ON voert bij het Gerecht allereerst aan dat de afspraken die zij in het kader van de MEGAL-overeenkomst had gesloten, kwalificeerden als geoorloofde nevenrestricties aangezien zij 'noodzakelijk zijn voor de goede werking van het geheel van de overeenkomsten rond de MEGAL-pijpleiding en evenredig zijn aan de nagestreefde doelstellingen'.² Onder verwijzing naar het *Metropole*-arrest³ wijst het Gerecht er in zijn arrest op dat een geoorloofde nevenrestrictie een restrictie is die rechtstreeks verband houdt met een primaire transactie, die van ondergeschikt belang is bij de verwezenlijking van een transactie en daarmee een duidelijk verband heeft.⁴ Het Gerecht vervolgt dat een restrictie kwalificeert als nevenrestrictie indien zij 'objectief noodzakelijk' is voor de verwezenlijking van de primaire transactie en indien zij daaraan 'evenredig' is.⁵

Het Gerecht wijst het beroep van E.ON op dit punt af daar E.ON tijdens de zitting bij het Gerecht zelf heeft erkend dat Ruhrgas, bij afwezigheid van de beperkingen, de pijpleiding zelfstandig (dus zonder GDF) zou hebben aangelegd. In die situatie zou Ruhrgas vervolgens capaciteit aan GDF hebben verhuurd voor de transmissie van gas naar Frankrijk.⁶ Het Gerecht maakt uit deze uitlatingen van E.ON op dat de beperkingen niet noodzakelijk waren voor de aanleg van de pijpleiding.

Het tweede belangrijke argument is dat Ruhrgas en GDF geen potentiële concurrenten van elkaar waren in ten aanzien van de periode voorafgaand aan 2000 in Duitsland en ten aanzien van de periode voorafgaand aan 2002 in Frankrijk.

2. GvEA 29 juni 2012, zaak T-360/09, *E.ON/Europese Commissie*, n.n.g., punt 60.

3. GvEA 18 september 2001, zaak T-112/99, *M6 e.a./Commissie*, *Jur.* 2001, p. II-02459.

4. *E.ON/Europese Commissie*, punt 63.

5. *E.ON/Europese Commissie*, punt 64.

6. *E.ON/Europese Commissie*, punten 73-74.

Naar aanleiding hiervan overweegt het Gerecht allereerst dat artikel 101 lid 1 VWEU enkel van toepassing is op ‘sectoren die openstaan voor concurrentie’.⁷ In dat kader moet niet alleen worden gekeken naar de bestaande mededinging tussen de ondernemingen die al op de markt aanwezig waren maar ook naar de potentiële mededinging teneinde vast te stellen

‘of er gelet op de structuur van de markt en de economische en juridische context waarin deze functioneert, reële en concrete mogelijkheden bestaan dat de betrokken ondernemingen onderling met elkaar concurreren of dat een nieuwe concurrent tot de betrokken markt kan toetreden en met de op deze markt gevestigde ondernemingen kan concurreren.’⁸

Het Gerecht voegt daaraan toe dat om na te gaan of een onderneming kwalificeert als een potentiële concurrent, de Commissie moet onderzoeken of er, zonder de betreffende overeenkomst, ‘een reële en concrete mogelijkheid bestond dat zij tot de genoemde markt kon toetreden en er met de aldaar gevestigde ondernemingen kon concurreren.’⁹

Het concrete antwoord op de vraag of Ruhrgas en GDF potentiële concurrenten van elkaar waren, moet voor Frankrijk en Duitsland verschillend worden beantwoord. Voor wat betreft Frankrijk volgt het Gerecht het standpunt van de Commissie dat Ruhrgas en GDF eerst vanaf 10 augustus 2000 potentiële concurrenten van elkaar waren.

Dit ligt echter anders voor de situatie in Duitsland, waar volgens de Commissie de overtreding is gestart op 1 januari 1980. In zijn beoordeling maakt het Gerecht een onderscheid tussen de periode van 1980 tot 1998 enerzijds en de periode van 1998 tot 2000 anderzijds. Voor wat betreft de eerste periode overweegt het Gerecht allereerst dat er op zijn minst tot 24 april 1998 *feitelijke* territoriale monopolies bestonden op de Duitse gasmarkt.¹⁰ Volgens het Gerecht doet daaraan niet af dat er volgens de Commissie geen ‘wettelijke monopolies’ bestonden. Waar het bij de beoordeling of er sprake is van potentiële concurrentie om gaat, is of er ‘reële en concrete mogelijkheden’ voor de betrokken ondernemingen bestonden om elkaar te beconcurreren.¹¹ Uiteindelijk concludeert het Gerecht dat de Beschikking ‘geen enkel gegeven, ook niet van algemene aard’ bevat dat onderbouwt dat een marktdeelnemer als GDF een reële en concrete mogelijkheid had om de Duitse gasmarkt te betreden en daarop te concurreren met reeds gevestigde ondernemingen.¹²

Het Gerecht volgt bovendien niet het (retorische) argument van de Commissie dat er wel sprake moest zijn van potentiële concurrentie omdat er anders geen reden bestond om de marktverdelingsafspraken te maken. Het

Gerecht overweegt hierover dat deze enkele omstandigheid ‘niet kan volstaan om aan te tonen dat GDF objectief gezien een potentiële concurrent was.’¹³ Uiteindelijk concludeert het Gerecht dat de Commissie niet heeft aangetoond dat sprake was van potentiële concurrentie op de Duitse gasmarkt tussen 1 januari 1980 en 24 april 1998. Voor wat betreft de periode tussen 24 april 1998 en 10 augustus 2010 wordt het beroep van E.ON verworpen.¹⁴

In het verlengde van zijn oordeel omtrent de aanwezigheid van potentiële concurrentie, oordeelt het Gerecht eveneens dat nu het bestaan van potentiële concurrentie op de Duitse gasmarkt tussen 1 januari 1980 en 24 april 1998 niet is aangetoond, er ook geen sprake van kan zijn geweest dat de restricties de handel tussen de lidstaten merkbaar hebben beïnvloed.¹⁵

Einddatum van de overtreding

E.ON verzet zich tevens tegen de vaststelling van de einddatum van de overtreding door de Commissie. Volgens E.ON is de inbreuk al beëindigd in december 2001 of januari 2002, maar in elk geval niet na 13 augustus 2004.

Voorafgaand aan de behandeling van deze beroepsgrond wijst het Gerecht op vaste rechtspraak op grond waarvan de Commissie de duur van de overtreding moet bewijzen. Indien de rechter bovendien twijfelt aan de door de Commissie aangevoerde bewijzen, dan werkt dit in het voordeel van de adreassaar van de beschikking.¹⁶

Het Gerecht verwerpt het beroep van E.ON voor zover dat erop is gericht dat de inbreuk is beëindigd in 2001 of 2002. Dit ligt echter anders voor wat betreft E.ON's argument dat de overtreding op zijn minst is beëindigd per 13 augustus 2004. Op die datum hebben Ruhrgas en E.ON een overeenkomst ondertekend waarin zij bevestigden dat de Direktion G- en Direktion I-sideletters nietig waren. De Commissie hechtte hieraan echter geen waarde aangezien volgens haar de afstemming had voortgeduurd. Bij de behandeling van het hierop betrekking hebbende beroep van E.ON maakt het Gerecht opnieuw een onderscheid tussen de Duitse en de Franse markt. Voor wat betreft de Duitse markt zijn er volgens het Gerecht meerdere documenten van na augustus 2004 die aantonen dat de inbreuk op de Duitse markt is voortgezet.¹⁷

Voor wat betreft de Franse markt stelt het Gerecht echter vast dat er geen enkel schriftelijk bewijs is op grond waarvan kan worden aangetoond dat de betrokken inbreuk na 13 augustus 2004 is voortgezet.¹⁸ Het Gerecht nuanceert evenwel tegelijkertijd de betekenis van het ontbreken van dergelijke stukken. Het Gerecht wijst erop dat volgens vaste rechtspraak het mededingingsstelsel meer oog heeft voor de economische gevolgen van overeenkomsten dan voor de rechtsvorm ervan.

7. E.ON/Europese Commissie, punt 83.

8. E.ON/Europese Commissie, punt 85.

9. E.ON/Europese Commissie, punt 86.

10. E.ON/Europese Commissie, punt 101.

11. E.ON/Europese Commissie, punt 105-106.

12. E.ON/Europese Commissie, punt 114.

13. E.ON/Europese Commissie, punt 115.

14. E.ON/Europese Commissie, punt 116 en 125.

15. E.ON/Europese Commissie, punt 155.

16. E.ON/Europese Commissie, punt 170 en 173.

17. E.ON/Europese Commissie, punt 240.

18. E.ON/Europese Commissie, punt 246.

Dat betekent, aldus het Gerecht, dat de duur van een inbreuk 'niet mag worden beoordeeld aan de hand van de periode tijdens welke een overeenkomst van kracht was, maar aan de hand van de periode tijdens welke de betrokken ondernemingen zich gedroegen op een door artikel [101 VWEU] verboden wijze.'¹⁹ Het Gerecht overweegt vervolgens dat E.ON Ruhrgas haar afzet van gas in Frankrijk sterk heeft verhoogd in 2004/2005. Dit bevestigt volgens het Gerecht dat de inbreuk op 13 augustus 2004 is geëindigd.²⁰ Het Gerecht vernietigt vervolgens de Beschikking, voor zover daarin een inbreuk in Frankrijk tussen 13 augustus 2004 en 30 september 2005 is vastgesteld.

Vaststelling boete

E.ON voert tot slot aan dat de boete moet worden verlaagd aangezien de Commissie er ten onrechte van is uitgegaan dat de inbreuk op de Franse markt in september 2005 is geëindigd, terwijl dit volgens E.ON augustus 2004 had moeten zijn. Op grond hiervan moet de boete navenant worden verlaagd. Een en ander brengt volgens het Gerecht mee dat, gecorrigeerd voor de duur van de inbreuk in Frankrijk (4 jaar in plaats van 5,5) de boete voor E.ON moet worden verlaagd naar 267 miljoen euro.²¹ Toch stelt het Gerecht de boete op een hoger niveau vast. Het Gerecht doet dat op basis van de volledige rechtsmacht waarover het beschikt op grond van artikel 31 Verordening 2003/1/EG. Het Gerecht overweegt vervolgens dat de toepassing van de methode van de Commissie leidt tot een zeer onevenredige verlaging van de aan E.ON opgelegde geldboete, 'vergeleken met de relatieve omvang van de geconstateerde onjuistheid.' De onjuistheid van de Commissie ziet immers slechts op de Franse markt en slechts op 12,5 maanden van de 5 jaar en 1 maand die de Commissie oorspronkelijk had vastgesteld, terwijl consequente toepassing van de methode van de Commissie leidt tot een boeteverlaging van meer dan 50 procent.²² In het licht hiervan stelt het Gerecht de boete vast op 320 miljoen euro.

Opmerkingen

Het hierboven besproken arrest is vooral om twee redenen interessant. In de eerste plaats bevestigt het arrest dat artikel 101 lid 1 VWEU uitsluitend van toepassing is indien er tussen de betrokken ondernemingen potentiële concurrentie mogelijk is. Indien potentiële concurrentie om wat voor reden dan ook is uitgesloten, valt zelfs de meest verstrekkende prijsafsprake buiten het toepassingsbereik van artikel 101 lid 1 VWEU.

Voor de goede orde zij opgemerkt dat het punt van de potentiële concurrentie juridisch gezien interessant was, maar voor de hoogte van de boete zonder betekenis bleef. De reden daarvoor was dat de Commissie bij het

vaststellen van de boete ten aanzien van de overtreding op de Duitse markt was uitgegaan van een kortere periode dan de duur van de overtreding.

Of potentiële concurrentie mogelijk is, moet op basis van vaste jurisprudentie worden onderzocht met inachtneming van de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren. Bovendien moet bij het onderzoek van de mededingingsvoorwaarden niet enkel worden afgegaan op de bestaande mededinging maar ook of

'gelet op de structuur van de markt en de economische en juridische context waarin deze functioneert, reële en concrete mogelijkheden bestaan dat de betrokken ondernemingen onderling met elkaar concurreren of dat een nieuwe concurrent tot de betrokken markt kan toetreden en met de op deze markt gevestigde ondernemingen kan concurreren.'²³

Het gaat volgens vaste rechtspraak om de vraag of er een reële mogelijkheid bestaat om tot de markt toe te treden. Daarvan is dus geen sprake indien de toetreding onrealistisch of zuiver theoretisch is.²⁴ Een onderneming mag bovendien niet als potentiële concurrent worden aangemerkt indien haar toetreding tot de markt niet beantwoordt aan een levensvatbare economische strategie.²⁵

In de onderhavige zaak had de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de inbreuk tussen E.ON en GDF met betrekking tot de Duitse markt was ingegaan op 1 januari 1980 aangezien er volgens de Commissie geen sprake was van wettelijke monopolies. Voor het Gerecht is die enkele vaststelling echter niet toereikend om te concluderen dat E.ON en GDF niet kwalificeren als potentiële concurrenten. Waar het volgens het Gerecht om ging, was of er een reële en concrete mogelijkheid bestond voor (in casu) GDF om de Duitse markt te betreden. Dit nu was door de Commissie niet, althans onvoldoende, onderbouwd in de Beschikking. Het Gerecht overweegt in dit kader onder meer dat er op de Duitse markt tot 1998 grensakkoorden bestonden op grond waarvan openbare dienstverleners onderling overeenkwamen om geen gas binnen een bepaald gebied te leveren. Deze grensakkoorden, in combinatie met exclusieve concessieovereenkomsten die lokale autoriteiten waren aangegaan, leidden ertoe dat de lokale gasdistributiebedrijven beschikten over lokale territoriale monopolies die elke onderlinge mededinging verhinderden. Nu concurrentie feitelijk onmogelijk was, ontsnapten de marktverdelingsafspraken tussen E.ON en GDF in zoverre aan het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU.

Met dit oordeel volgt het Gerecht vaste Europese jurisprudentie²⁶ waarin op basis van een analyse van de *counterfactual* geconcludeerd is dat een op zichzelf genomen

19. *E.ON/Europese Commissie*, punt 251.

20. *E.ON/Europese Commissie*, punt 255.

21. *E.ON/Europese Commissie*, punt 299.

22. *E.ON/Europese Commissie*, punt 50.

23. Zie bijv. GvEA 14 april 2011, zaak T-461/07, *Visa/Europese Commissie*, *Jur.* 2011, p. II-01729, punt 67 en 68.

24. *Visa/Europese Commissie*, punt 85.

25. *Visa/Europese Commissie*, punt 167-168.

26. Sinds HvJ EG 30 juni 1966, zaak C-399/93, *Société Technique Minière / Maschinenbau Ulm*.

mededingingsbeperkende afspraak toch niet strijdig is met artikel 101 lid 1 VWEU. Zo oordeelde het Gerecht in de zaak *O2* dat de Commissie bij de toepassing van artikel 101 lid 1 VWEU ten onrechte geen rekening had gehouden met de mogelijke pro-competitieve effecten van een *roaming*-overeenkomst tussen *O2* en *T-Mobile*.²⁷ De zaak *GlaxoSmithKline* (*GSK*) is een ander bekend arrest dat het belang van een zorgvuldige analyse van de *counterfactual* onderstreept. In deze zaak oordeelde het Gerecht dat de Commissie ten onrechte een tussen *GSK* en haar distributeurs overeengekomen verbod op parallelhandel had gekwalificeerd als een overtreding van artikel 101 lid 1 VWEU. Het Gerecht oordeelde dat nu de prijzen van de betrokken geneesmiddelen door de toepasselijke regeling in belangrijke mate onttrokken zijn aan het spel van vraag en aanbod en door de overheid worden vastgesteld of gecontroleerd, niet ‘zonder meer’ kan worden geconcludeerd dat parallelhandel leidt tot een verlaging van de prijzen.²⁸

Ook Nederlandse rechterlijke instanties hebben meermalen een NMa-besluit vernietigd omdat zij oordeelden dat de NMa niet, althans onvoldoende, had onderzocht hoe de concurrentiesituatie eruit zou zien bij afwezigheid van de (vermeend) mededingingsbeperkende afspraak. Zo vernietigde de Rechtbank Rotterdam in een belangwekkende uitspraak van 12 april 2012 nog een besluit van de NMa waarin enkele thuiszorginstellingen waren beboet voor het maken van marktverdelingsafspraken. De rechtbank oordeelde had de NMa onvoldoende aannemelijk had gemaakt dat concurrentie ‘ook in de praktijk een reële optie [was] voor de betrokken ondernemingen.’²⁹

Volledige rechtsmacht

Een tweede interessant punt in de hierboven besproken arresten is de wijze waarop het Gerecht de hem toekomende ‘volledige rechtsmacht’ uitoefent. Artikel 31 Verordening 2003/1/EG verleent het Hof van Justitie en het Gerecht ‘volledige rechtsmacht’ ter zake van beroep tegen beschikkingen waarin een boete of dwangsom is opgelegd. Artikel 31 bepaalt daarbij expliciet dat het Hof van Justitie de boete kan intrekken, verlagen of zelfs verhogen. Hoewel het Gerecht incidenteel de boete wel eens heeft verhoogd,³⁰ pleegt het Gerecht niet zijn analyse in de plaats te stellen van die van de Commissie.³¹ Het is in de onderhavige zaak dan ook des te opvallender dat het Gerecht eerst oordeelt dat, met inachtneming van het boetebeleid van de Commissie en gecorrigeerd voor de overwegingen uit het arrest, de aangepaste boete voor *E.ON* en *GDF* zou neerkomen

op 267 miljoen euro en vervolgens de boete bijna 20 procent hoger vaststelt (namelijk op 320 miljoen euro). Voor deze opwaartse aanpassing voert het Gerecht twee argumenten aan. In de eerste plaats zou consequente toepassing van het boetebeleid van de Commissie leiden tot een ‘zeer onevenredige’ verlaging van de boete (ten opzichte van de relatieve omvang van de geconstateerde onjuistheid). In de tweede plaats zou toepassing van de methode van de Commissie leiden tot een onderschatting van de relatieve omvang van de inbreuk die op de Duitse markt is begaan in vergelijking met die op de Franse markt.

Het is echter teleurstellend dat het Gerecht weliswaar toelicht waarom de methode van de Commissie niet leidt tot een bevredigende uitkomst, maar dat het verzuimt inzichtelijk te maken hoe het tot 320 miljoen euro is gekomen. In dat opzicht wijken de onderhavige arresten af van het arrest *BASF-UCB* waarin het Gerecht de boete voor *BASF* vaststelt op een iets hoger niveau dan de Commissie heeft gedaan, maar waarin het Gerecht wel zeer inzichtelijk maakt hoe het tot die hogere boete komt.

Conclusie

Hoewel de hierboven besproken arresten een forse boetereductie inhielden voor *E.ON* en *GDF* en reeds om die reden vermeldenswaardig zijn, zijn zij vanuit juridisch opzicht niet baanbrekend. Doorslaggevend voor de aanpassing van de boete was de aanpassing van de einddatum van de overtreding, voor zover die op de Franse markt zag. Daarnaast is interessant aan het arrest de wijze waarop het Gerecht toetst of sprake is van potentiële concurrentie tussen twee ondernemingen. Die toetsing is behoorlijk kritisch en veel diepgaander dan de analyse van de Commissie. Omdat de Commissie bij het vaststellen van de boete reeds was uitgegaan van een kortere periode, bleef de vernietiging van de Beschikking in zoverre zonder gevolgen.

Ronduit teleurstellend aan het arrest is de wijze waarop het Gerecht de boete vaststelt op een niveau dat aanzienlijk hoger ligt dan wanneer het Gerecht het boetebeleid van de Commissie zou hebben gevolgd. Hoewel het Gerecht (vanzelfsprekend) niet is gebonden aan het beleid van de Commissie, had het toch op zijn minst voor de hand gelegen dat het zorgvuldig zou hebben gemotiveerd hoe het tot het uiteindelijk boeteniveau van 320 miljoen euro is gekomen.

27. GvEA 2 mei 2006, zaak T-328/03, *O2/Europese Commissie*, Jur. 2006, p. II-01231, punt 109 en 110.

28. GvEA 27 september 2006, zaak T-168/01, *GSK/Commissie*, Jur. 2006, p. II-02969, punt 147.

29. Rb. Rotterdam 12 april 2012, LJN BW1335. Zie tevens CbB 28 oktober 2005, LJN AU5316 (*Modint*) en CbB 6 oktober 2010, LJN BF8820 (*Psychotherapeuten*).

30. GvEA 12 december 2007, gevoegde zaken T-101/05 en T-111/05, *BASF-UCB/Commissie*, Jur. 2007, p. II-04949.

31. Vgl. R. Wish en D. Bailey, *Competition law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 294.