

Gerecht straft in DEI Commissie terecht af voor onzorgvuldige lezing bestaande jurisprudentie

Verbod op toekenning en instandhouding exclusieve rechten vereist identificatie misbruik

Mr. B.J.H. Braeken*

In zijn arrest van 20 september 2012 in de zaak *DEI* heeft het Gerecht opnieuw bevestigd dat het toekennen of in stand houden van exclusieve rechten op zichzelf genomen geen strijd oplevert met het Unierecht. Uit het arrest blijkt dat dat niet anders wordt door het enkele feit dat het exclusieve recht een ongelijke positie creëert tussen de onderneming met het exclusieve recht en andere marktpartijen.

Centraal in deze procedure staat de uitleg van artikel 106 lid 1 jo. artikel 102 VWEU. Op grond van het eerste lid van artikel 106 nemen of handhaven lidstaten met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel die in strijd is met regels van het Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109. In de onderhavige situatie gaat het daarbij om artikel 102 VWEU, op grond waarvan het een onderneming met een machtspositie verboden is van zijn machtspositie gebruik te maken.

GvEA 20 september 2012, zaak T-169/08, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE/Europese Commissie, n.n.g.

Achtergrond

In 1950 richt de Griekse Staat Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) op. DEI is aanvankelijk een openbaar bedrijf en verkrijgt het exclusieve recht om in Griekenland elektriciteit te produceren, transporteren en leveren. Vanaf het eind van de vorige eeuw is de structuur van DEI geleidelijk veranderd en is het een private

onderneming geworden, waarvan de aandelen staan genoteerd aan de beurzen in Griekenland en het Verenigd Koninkrijk. Op grond van de statuten behoudt de Griekse Staat onder alle gevallen, ook in het geval van een kapitaalsverhoging, 51 procent van de stemrechten in DEI.

Griekenland is de tweede producent van bruinkool in de Europese Unie. Bruinkool is een brandstof die wordt gebruikt voor de productie van elektriciteit. Door de ruime aanwezigheid van bruinkool is dit in Griekenland een van de meest aantrekkelijke brandstoffen voor het produceren van elektriciteit. DEI beschikt daarnaast over alle Griekse elektriciteitscentrales op bruinkool.

De Griekse Staat heeft daarnaast aan DEI ontginningsrechten toegekend voor 91 procent van de openbare bruinkoollagen in Griekenland. Voor de overige voorraden, ongeveer de helft van alle bruinkoollagen in Griekenland, zijn geen ontginningsrechten verleend. Voor een deel van die overige voorraden heeft DEI, zonder aanbesteding, exploratierechten gekregen.

Op de markt voor de levering van bruinkool, die van nationale omvang is, was het aandeel van DEI in de totale hoeveelheid gewonnen bruinkool steeds hoger dan 97 procent. Ook op de groothandelsmarkt voor de levering van elektriciteit was het marktaandeel van DEI steeds hoger dan 85 procent.

Met de inwerkingtreding van Richtlijn 96/92/EG¹ moest de elektriciteitsmarkt uiterlijk in 2001 geliberaliseerd worden en is de Griekse elektriciteitsmarkt opgesteld voor concurrentie. Ook moest op grond van voornoemde richtlijn een dagmarkt worden opgericht ten behoeve van alle verkopers en kopers van elektriciteit. Het functioneren van deze markt staat in deze zaak

235

* Mr. B.J.H. Braeken is advocaat bij Maverick Advocaten N.V. te Amsterdam.

1. Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *Pb. EG* 1997, L 27/20.

niet ter discussie. De liberalisering van de Griekse elektriciteitsmarkt heeft evenwel niet geleid tot een verzwakking van de positie van DEI.

Procedure bij Europese Commissie

In 2003 ontvangt de Europese Commissie een klacht dat de exclusieve licentie die aan DEI is toegekend in strijd is met artikel 106 lid 1 VWEU jo. artikel 102 VWEU. Bijna vijf jaar later, en wel op 5 maart 2008,² besluit de Commissie dat de klachten tegen DEI gegrond zijn. In de beschikking bakent de Commissie twee product-markten af: (1) de nationale markt voor de levering van bruinkool en (2) de groothandelsmarkt voor de levering van elektriciteit, waarvan de geografische reikwijdte samenvalt met het gebied van het gekoppelde netwerk. Gelet op de zeer hoge marktaandeelen concludeert de Commissie dat DEI op beide markten beschikt over een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU. De Commissie concludeert verder dat de ontginningsrechten die aan DEI zijn toegekend gelijk kunnen worden gesteld aan exclusieve rechten.

De Commissie stelt zich in haar besluit op het standpunt dat deze exclusieve rechten in strijd zijn met artikel 106 lid 1 jo. artikel 102 VWEU. Griekenland heeft DEI immers in staat gesteld haar bestaande machtspositie op de markt voor de levering van bruinkool aan de groothandelsmarkt voor elektriciteit in stand te houden of uit te breiden, aangezien DEI – in tegenstelling tot andere entiteiten – zonder enkele financiële tegenprestatie kon beschikken over exploratie- en ontginningsrechten. Dit heeft, aldus de Commissie in haar beschikking, tot gevolg dat er sprake is van ongelijke mogelijkheden tussen aanbieders van elektriciteit voor zover het betreft de toegang tot grondstoffen voor de productie van elektriciteit. DEI wordt hierdoor in staat gesteld haar machtspositie op de Griekse groothandelsmarkt vol te houden of te versterken door toegang tot de markt voor nieuwkomers uit te sluiten of te verhinderen.

Procedure bij het Gerecht

DEI, ondersteund door de Griekse Staat, kan zich niet verenigen met de beschikking van de Commissie. DEI tekent beroep aan bij het Gerecht en voert daartoe tal van argumenten aan. De kernvraag in de procedure bij het Gerecht is of de Commissie om een inbreuk op artikel 106 lid 1 VWEU jo. artikel 102 VWEU te construeren verplicht is om een daadwerkelijk of potentieel machtsmisbruik te identificeren.³

2. Europese Commissie, beschikking van 5 maart 2008, C(2008) 824 def. (Niet in het Nederlands beschikbaar).
3. Arrest, punt 84.

Het Gerecht beantwoordt die vraag allereerst met de vaststelling dat artikel 106 lid 1 VWEU zich richt tot de lidstaten terwijl artikel 102 VWEU zich richt tot ondernemingen. Wanneer beide artikelen gecombineerd worden toegepast kan slechts sprake zijn van een schending van artikel 106 lid 1 VWEU indien de overheidsmaatregel in strijd is met artikel 102 VWEU.⁴

Het Gerecht beschrijft in zijn arrest vervolgens enkele marktontwikkelingen. Zo stelt het vast dat, ondanks de interesse van enkele marktpartijen, geen enkele partij in Griekenland erin is geslaagd om rechten te verwerven voor de ontginning van bruinkoollagen. Het Gerecht voegt daaraan toe dat het feit dat geen licenties voor de ontginning van bruinkool zijn verleend niet toe te rekenen is aan DEI maar het gevolg is van beslissingen van de Griekse staat.⁵ Het Gerecht overweegt vervolgens dat sinds de liberalisering van de groothandelsmarkt voor elektriciteit een verplichte dagmarkt is opgericht en dat het functioneren daarvan niet in twijfel wordt getrokken.⁶ Het enkele feit dat DEI, als voormalig wettelijk monopolist, een machtspositie is blijven behouden op de groothandelsmarkt voor elektriciteit (als gevolg van haar geprivilegieerde toegang tot bruinkool) en dat hierdoor ongelijke kansen zijn gecreëerd, is volgens het Gerecht niet toereikend om een (potentieel) misbruik in de zin van artikel 102 VWEU vast te stellen.⁷

In feite is hiermee de kous reeds af. Het Gerecht gaat vervolgens echter nog nader in op enkele arresten waarop de Commissie ter ondersteuning van haar beschikking zich had gebaseerd. Het Gerecht verwijst allereerst naar het arrest *Raso e.a.*⁸ Het stelt vast dat het Hof van Justitie in dat arrest heeft geëxpliciteerd dat een lidstaat in strijd handelt met artikel 106 lid 1 jo. 102 VWEU 'indien de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende uitsluitende rechten misbruik maakt van haar machtspositie, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht'.⁹ De in het arrest *Raso e.a.* uiteengezette lijn is voorts gevolgd in de arresten *MOTOE*,¹⁰ *Höfner en Elser*,¹¹ *Job Centre*¹² en *Merci convenzionali porto di Genova*.¹³ Het Gerecht maakt uit deze arresten op dat het enkele creëren of versterken van een machtspositie door middel van een overheidsmaatregel in de zin van artikel 106 lid 1 VWEU als zodanig niet onverenigbaar is met artikel 102 VWEU. Van strijd met deze artikelen is slechts sprake indien de betrokken onderneming door het enkele uitoe-

4. Punt 84.

5. Punt 87-88.

6. Punt 92.

7. Punt 93.

8. HvJ EG 12 februari 1998, zaak C-163/96, *Raso e.a.*, *Jur.* 1998, p. I-00533.

9. Punt 94.

10. HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-49/07, *MOTOE*, *Jur.* 2008, p. I-04863.

11. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, *Höfner en Elser*, *Jur.* 1991, p. I-01979.

12. HvJ EG 11 december 1997, zaak C-55/96, *Job Centre*, *Jur.* 1997, p. I-07119.

13. HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, *Jur.* 1991, p. I-00507.

fenen van de exclusieve rechten '[er]toe kon worden gebracht om misbruik van haar machtspositie te maken'.¹⁴ Het is echter niet zo dat het enkele feit dat een betrokken onderneming zich vanwege een overheidsmaatregel in een voordelige positie ten opzichte van haar concurrenten bevindt misbruik oplevert.¹⁵

Vervolgens gaat het Gerecht in op het standpunt van de Commissie in de arresten *Frankrijk/Commissie*,¹⁶ *GB-Inno-BM*¹⁷ en *Connect Austria*¹⁸ waarin is geoordeeld dat een stelsel van onvervalste mededinging slechts kan worden gewaarborgd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers. Indien de ongelijkheid van kansen tussen marktdeelnemers is toe te schrijven aan een overheidsmaatregel, dan is een dergelijke maatregel in strijd met artikel 106 lid 1 VWEU jo. artikel 102 VWEU.¹⁹ Het Gerecht verwerpt echter de lezing die de Commissie aan deze arresten geeft. Volgens het Gerecht volgt uit voornoemde arresten niet dat een inbreuk op artikel 106 lid 1 VWEU jo. artikel 102 VWEU kan worden vastgesteld op basis van het enkele feit dat een overheidsmaatregel de mededinging vervalst. Voor zo een vaststelling is ook vereist dat potentieel of feitelijk misbruik door de onderneming wordt geïdentificeerd.²⁰

Het door de Commissie ter zitting gedane beroep op het arrest *Dusseldorp e.a.*²¹ slaagt evenmin. In die zaak leidde de toekenning van een uitsluitend recht tot een beperking van de afzet. Het Hof van Justitie oordeelde in *Dusseldorp* eveneens dat de toekenning van een exclusief recht de onderneming ertoe bracht misbruik van haar machtspositie te maken.²² Het Gerecht concludeert vervolgens dat uit de door de Commissie aangevoerde jurisprudentie niet volgt dat een overheidsmaatregel die ongelijkheid tussen marktdeelnemers realiseert voldoende is om een inbreuk op artikel 106 lid 1 VWEU jo. artikel 102 VWEU vast te stellen. Voor een inbreuk is vereist dat de betrokken overheidsmaatregel de onderneming ertoe bracht of kon brengen om misbruik te maken van haar machtspositie. In die bewijsopdracht is de Commissie, aldus het Gerecht, niet geslaagd.

Commentaar

Uit artikel 106 lid 1 VWEU vloeit voort dat het lidstaten in beginsel vrijstaat om openbare bedrijven op te richten alsmede om aan ondernemingen bijzondere of uitsluitende rechten te verlenen. Dat is slechts anders indien

de maatregelen die de lidstaten treffen in strijd zijn met het Verdrag. Daarbij staat in de onderhavige casus artikel 102 VWEU centraal.

Artikel 106 lid 2 VWEU biedt hierop een *lex specialis*, voor zover het betreft diensten van algemeen belang. Uitgangspunt is dat op de levering van deze diensten de regels van het Verdrag, in het bijzonder de mededingingsregels, gewoon van toepassing zijn. Maar dit kan anders zijn indien en voor zover de mededingingsregels de vervulling van de aan deze ondernemingen toevertrouwde diensten van algemeen belang zouden verhinderen. Artikel 106 lid 2 VWEU biedt ondernemingen die diensten van algemeen belang leveren dus een zekere immuniteit voor de toepassing van het mededingingsrecht.

De uitzondering die artikel 106 lid 2 VWEU biedt, speelt in de zaak *DEI* echter geen rol. Dat betekent dat het Gerecht in de onderhavige zaak uitsluitend moest toetsen of de Commissie terecht had vastgesteld dat de overheidsmaatregel strijd oplevert met artikel 102 VWEU. Anders dan de Commissie oordeelt het Gerecht dat van strijd met artikel 102 VWEU geen sprake is. De volgende overweging bevat daarbij de kern van de redenering van het Gerecht:²³

'Door eenvoudigweg te constateren dat verzoekster, een voormalige monopolistische onderneming, een machtspositie is blijven behouden op de groothandelsmarkt voor elektriciteit dankzij het voordeel dat de geprivilegieerde toegang tot bruinkool haar verleent, en dat deze situatie op die markt ongelijke kansen tussen verzoekster en de overige ondernemingen heeft geschapen, heeft de Commissie niet rechtens genoegzaam geïdentificeerd of aangetoond tot welk misbruik, in de zin van artikel [102 VWEU], de betrokken overheidsmaatregel verzoekster heeft gebracht of kunnen brengen.'

In essentie komt de redenering van het Gerecht erop neer dat (1) het Verdrag het nu eenmaal niet verbiedt om exclusieve rechten toe te kennen aan een andere onderneming, dat (2) dit slechts anders is indien de toekenning leidt tot een situatie die (potentieel) in strijd is met artikel 102 VWEU en dat (3) een enkele situatie van ongelijke kansen niet voldoende is om te kunnen spreken van potentieel misbruik door de onderneming met exclusieve rechten. Juridisch gezien lijkt deze redenering zuiver: er zijn tal van markten met een dominante partij waarin – om wat voor redenen dan ook – de dominante aanbieder en de overige marktpartijen niet dezelfde kansen hebben, maar waar desondanks geen sprake is van een (potentieel) misbruik door de onderneming met de machtspositie. Dat is op zichzelf genomen geen onwettige situatie. In vaste jurisprudentie is namelijk bevestigd dat niet een dominante positie, maar het misbruik van een dominante positie, verboden is.

De vraag is evenwel hoe het arrest van het Gerecht zich verhoudt tot de eerdere jurisprudentie van het Hof van

14. Punt 95.

15. Punt 103.

16. HvJ EG 19 maart 1991, zaak C-202/88, *Frankrijk/Commissie*, Jur. 1991, p. I-01223.

17. HvJ EG 13 december 1991, zaak C-18/88, *GB-Inno-BM*, Jur. 1991, p. I-05941.

18. HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-462/99, *Connect Austria*, Jur. 2003, p. I-05197.

19. Punt 104.

20. Punt 105.

21. HvJ EG 25 juni 1998, zaak C-203/96, *Dusseldorp e.a.*, Jur. 1998, p. I-04075.

22. Punt 117.

23. Punt 93.

Justitie. De Commissie had zich ten overstaan van het Gerecht op het standpunt gesteld dat haar beschikking wel degelijk in lijn was met eerdere Uniejurisprudentie. Een van de klassieke arresten waarop de Commissie zich had beroepen, is het hierboven reeds aangehaalde arrest *Höfner*. In punten 26 en 27 van dat arrest overwoog het Hof van Justitie als volgt:

‘Ofschoon artikel [102 VWEU] zich richt tot de ondernemingen en binnen de grenzen van artikel [106 lid 2 VWEU], van toepassing is op openbare bedrijven en ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend, legt het Verdrag toch ook de Lid-Staten de verplichting op geen maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepaling haar nuttig effect kunnen ontnemen (...). [Artikel 106, lid 1 VWEU] bepaalt namelijk, dat de Lid-Staten met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen maatregelen nemen of handhaven welke in strijd zijn met de regels van het Verdrag (...).

Derhalve zou een maatregel van een Lid-Staat, waarbij een wettelijke bepaling wordt gehandhaafd die een situatie in het leven roept waarin handelen in strijd met artikel [102 VWEU] voor een publiekrechtelijk orgaan voor de werkgelegenheid onontkoombaar is, onverenigbaar met het Verdrag zijn.’

Uit *Höfner* volgt derhalve dat een overheidsmaatregel in strijd is met artikel 106 lid 1 VWEU jo. artikel 102 VWEU indien het plegen van misbruik ‘onontkoombaar is’. In *Höfner* was dat volgens het Hof van Justitie inderdaad het geval indien de onderneming waaraan een uitsluitend recht is toegekend ‘kennelijk niet in staat is aan de op de markt bestaande vraag (...) te voldoen en wanneer de bemiddelingsactiviteit van particuliere adviesbureaus voor werving en selectie onmogelijk wordt gemaakt (...).²⁴ Volgens het Hof van Justitie is dat *gedrag* in strijd met artikel 102, tweede alinea, onder b waarin is geëxpliciteerd dat een beperking van de dienstverlening ten nadele van potentiële afnemers als misbruik kan kwalificeren. De rechtsregel in *Höfner* is in latere jurisprudentie meermalen bevestigd. Interessant voor de onderhavige zaak zijn met name de hierboven reeds aangehaalde arresten *Dusseldorp* en *Connect Austria*. Deze arresten speelden voor de Commissie een belangrijke rol bij de verdediging van haar beschikking. In *Dusseldorp* ging het om de toekenning van uitsluitende rechten aan AVR Chemie ten behoeve van de verbranding van gevaarlijke stoffen. Andere partijen, waaronder *Dusseldorp*, waren als gevolg daarvan *de facto* verplicht om bepaalde afvalstoffen af te staan aan AVR Chemie. Het Hof van Justitie oordeelde naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Raad van State dat de verplichting AVR Chemie bevoordeelt, waarmee ‘de

afzet [wordt] beperkt op een wijze die in strijd is met artikel [106 lid 1 jo. artikel 102] van het Verdrag’.²⁵

In de zaak *Connect Austria* klaagde mobiele telefonieaanbieder *Connect Austria* over het feit dat haar concurrent, *Mobilkom* een concessie voor het gebruik van frequentieruimte om niet had gekregen terwijl zij daar een (aanzienlijke) vergoeding voor had moeten betalen. In zijn arrest naar aanleiding van prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht München oordeelde het Hof van Justitie dat *Mobilkom* door haar gunstigere uitgangspositie

‘in een positie [kan] komen te verkeren waarin zij er inzonderheid toe wordt gebracht lagere tarieven aan te rekenen, vooral aan potentiële DCS 1800 abonees, en intensieve reclamecampagnes te voeren onder zodanige omstandigheden dat *Connect Austria* moeilijk met haar kan concurreren.’²⁶

Het Hof van Justitie vervolgt verder:

‘Aangezien in dit geval de vervalsing van de mededinging het gevolg zou zijn van een staatsmaatregel die tot een situatie leidt waarin de gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers niet zijn gegarandeerd, kan zulks een schending van artikel [106 lid 1 VWEU jo. artikel 102 VWEU] vormen.’²⁷

De arresten *DEI*, *Connect Austria* en *Dusseldorp* hebben met elkaar gemeenschappelijk dat in al deze zaken een onderneming als gevolg van een exclusief recht beschikte over een aanzienlijk betere uitgangspositie op de markt. De vraag rijst dan ook waarom het Gerecht in *DEI* tot een (ogenschijnlijk) geheel andere uitkomst komt dan het Hof van Justitie in *Connect Austria* en *Dusseldorp*.²⁸

Het eerste verschil is dat de arresten *Connect Austria* en *Dusseldorp* gewezen zijn naar aanleiding van prejudiciële vragen van nationale rechtbanken. *DEI*, daarentegen, betreft een arrest naar aanleiding van een beroep tegen een beschikking van de Europese Commissie. In *DEI* fungeerde het Gerecht derhalve als appèlrechter (en dus als feitelijke instantie), terwijl in *Connect Austria* en *Dusseldorp* het Hof van Justitie fungeerde als uitleginstantie waarbij beslissingen ten aanzien van de feiten door nationale rechters moeten worden genomen. Het verschil tussen beide hoedanigheden komt zeer duidelijk naar voren in *Connect Austria* waarin het Hof van Justitie uitdrukkelijk overweegt dat de staatsmaatregel een schending ‘kan’ vormen van artikel 106 lid 1 VWEU jo. artikel 102 VWEU.²⁹ De beslissing of ook daadwerkelijk sprake is van een schending wordt uitdrukkelijk aan de nationale rechter gelaten.

25. Zaak C-203/96, punt 63

26. Zaak C-462/99, punt 86.

27. Zaak C-462/99, punt 87.

28. Vergelijk H. Vedder, ‘A Burning Desire to Clarify (?) the Law for Public Undertakings: The judgment in Greek Lignite (Case T-169/08)’, <<http://europeanlawblog.eu/?p=935>>.

29. Zaak C-462/99, punt 87.

24. Zaak C-41/90, punt 31.

Het doorslaggevende verschil is echter dat de Commissie in *DEI* had verzuimd om te concretiseren waaruit het (daadwerkelijk of potentieel) misbruik nu bestond. De Commissie volstaat in haar beschikking met de volgende conclusie ten aanzien van de (mogelijke) schending van artikel 102 VWEU.³⁰

‘It follows that by granting and maintaining quasi-monopolistic rights for lignite exploration and exploitation and thus privileged access to the cheapest source of generation, the Hellenic Republic has created *inequality of opportunity between economic operators* in the electricity wholesale market and therefore distorted competition in the favour of the public undertaking PPC, *thereby reinforcing its dominance in the electricity wholesalemarket.*’ [cursivering toegevoegd]

Het voor het vaststellen van een inbreuk op artikel 106 lid 1 jo. artikel 102 VWEU vereiste misbruik bestond volgens de Commissie dus enkel uit de ‘ongelijke kansen’ tussen marktpartijen. Uit een eerdere alinea in de beschikking blijkt dat de Commissie meende dat dit voldoende was om (feitelijk of potentieel) misbruik vast te stellen.³¹

‘According to the case law of the Court of Justice, a Member State measure infringes Article [106(1) TFEU] in conjunction with Article [102 TFEU] if the undertaking in question, merely by exercising the exclusive rights granted to it, is led to abuse its dominant position or when such rights are liable to create a situation in which that undertaking is led to commit such abuse. *The Court has also held that if inequality of opportunity between economic operators, and therefore distortion of competition, results from a State measure such a measure constitutes an infringement of Article [106(1) TFEU] in conjunction with Article [102 TFEU].*’ [cursivering toegevoegd]

Bij de in dit citaat gecursiveerde passage verwijst de Commissie in een voetnoot (nummer 185) naar het arrest van het Hof van Justitie in *Connect Austria*. De Commissie geeft hiermee blijk van een verkeerde lezing van het arrest van het Hof van Justitie. Nog afgezien van de omstandigheden dat (1) het Hof van Justitie in die zaak niet als feitenrechter oordeelde en dat (2) het Hof van Justitie slechts overweegt dat sprake *kan* zijn van strijd met artikel 106 lid 1 jo. artikel 102 VWEU, geldt dat het Hof van Justitie wel degelijk een algemene analyse maakt van het mogelijke misbruik. Dat mogelijke misbruik bestaat er volgens het Hof van Justitie uit dat Mobilkom ertoe kan worden gebracht ‘lagere tarieven aan te rekenen, vooral aan particuliere DCS 1800-abonnees, en intensieve reclamecampagnes te voeren onder zodanige omstandigheden dat Connect Austria

moeilijk met haar kan concurreren’.³² Het hier genoemde gedrag kan kwalificeren als rooftprijzen of selectieve kortingen en is dus een (potentieel) misbruik.

Als gevolg van de verkeerde lezing van het arrest *Connect Austria* is de Commissie vergeten een laatste stap te zetten in haar analyse. Die laatste stap had een analyse moeten zijn van het (potentieel) misbruik dat DEI pleegde als gevolg van haar exclusieve recht. Het is geenszins uitgesloten dat de Commissie wel degelijk in staat zou zijn geweest om dit aan te tonen. Uit de markt-aandelen van DEI blijkt immers dat zij beschikte over een overweldigende positie zowel ten aanzien van de levering van bruinkool als ten aanzien van de levering van elektriciteit. De stap naar potentieel misbruik is dan relatief makkelijk te maken. Niettemin heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat deze omissie voor rekening van de Commissie dient te komen.

Conclusie

Het Gerecht bevestigt in *DEI* dat het enkele toekennen van exclusieve rechten aan een onderneming geen strijd oplevert met artikel 106 lid 1 jo. artikel 102 VWEU, ook niet indien dit leidt tot een ongelijke marktpositie. Voor een inbreuk op beide artikelen is vereist dat sprake is van feitelijk of op zijn minst potentieel misbruik van de onderneming. Door een foutieve lezing van het arrest *Connect Austria* verzuimt de Commissie in haar analyse de stap naar het (potentieel) misbruik te zetten. Die omissie komt haar duur te staan en leidt tot een vernietiging van de beschikking. Inmiddels is bekend dat het Commissie beroep heeft aangetekend tegen het arrest. De vraag is evenwel of de Commissie de haar beschikbare (schaarse) middelen niet beter had kunnen besteden aan het nemen van een nieuwe beschikking. De omissie die de Commissie heeft gemaakt is namelijk mogelijk reparabel. Gelet op de zeer sterke marktpositie van DEI lijkt een aanvullende analyse waarin potentieel misbruik van DEI wordt geïdentificeerd (bijvoorbeeld prijs-squeeze, rooftprijzen) geen (juridisch) onhaalbare kaart.

30. Europese Commissie, beschikking van 5 maart 2008, C(2008) 824 def., punt 190.

31. Europese Commissie, beschikking van 5 maart 2008, C(2008) 824 def., punt 157.

32. Zaak C-462/99, punt 87.