

Kroniek van het mededingingsrecht

Rein Wesseling en Hubertine Bergsma¹

Bij aanvang van deze kroniekperiode ging de Autoriteit Consument en Markt, waarin een aantal toezichthouders op het gebied van mededinging zijn opgegaan, van start. Vooralsnog lijkt deze nieuwe Autoriteit weinig tijd en energie te hebben voor de handhaving van het eigenlijke mededingingsrecht. Naarmate de Nederlandse mededingingsautoriteit meer verwordt tot een consumentenautoriteit zal het zwaartepunt van de handhaving van de mededingingsregels in Brussel komen te liggen en moet de civiele rechter steeds vaker oordelen over mededingingsrechtelijke aspecten van een zaak. Desondanks moest de ACM in een aantal besluiten de moeizame verhouding tussen publieke belangen en de handhaving van mededingingsregels in een vat gieten. De Europese Commissie publiceerde richtsnoeren met betrekking tot 'technologieoverdrachtovereenkomsten' die in ieder geval begrijpelijker zijn dan de huidige, een nieuwe groepsvrijstellingsverordening en een concept-Richtlijn over de behandeling van op het mededingingsrecht gebaseerde schadevergoedingsprocedures voor civiele rechters in de EU lidstaten. Verder is de Commissie bezig de Europese concentratiecontroleregeling te herzien. Er zijn nationale en Europese uitspraken te melden over de onderzoeksbevoegdheden van handhavende autoriteiten en de rechten van de verdediging. Op misbruikgebied was het rustig maar de strijd om toegang tot documenten die het dossier vormen van mededingingsautoriteiten in kartelzaken blijft hevig.

Zoals nog net in de vorige kroniek gerapporteerd kon worden, fuseerden OPTA, de Consumentenautoriteit en de NMa tot de Autoriteit Consument & Markt (ACM) die op 1 april vorig jaar van start ging. De gefuseerde autoriteit heeft uiteraard een bredere missie dan ieder van de individuele autoriteiten had. Dat is wennen. Misschien wel het meest voor de mededingingsrechtpraktijk. Het mededingingsrecht richt zich op de belangen van de abstracte consument en dan op de bescherming van die belangen op middellange termijn. Het gaat erom dat de mededinging niet (merkbaar) wordt beperkt. Óf en hoe de consument vervolgens gebruik maakt van het aanbod, daar gaat de Mededingingswet eigenlijk niet over. Het consumentenrecht heeft een andere benadering en dit geldt tot op zekere hoogte ook voor sector specifieke regulering zoals die in de telecom sector (OPTA). De plaatjes van aangeklede poppetjes die consumenten moeten helpen een nieuwe dienstverlener te kiezen, tieren welig op de website van de ACM. Als het om energie gaat, heeft zo'n poppetje op de 'ConsuWijzer' een sjaal om.

De ACM lijkt zich prettig te voelen in de nieuwe gidsrol en verliest ook de belangen van de avontuurlijke en meer welvarende consument niet uit het oog. 'Let op met kopen tickets WK 2014' is de titel van het nieuwsbericht van 12 maart jl. (het consu-poppetje heeft een grote fotocamera op zijn buik hangen; niet verstandig!). Het gaat

hier om consumenten die een kaartje kopen voor een voetbalwedstrijd in Brazilië. Het kan liggen aan de brede taakopvatting van de consumentenautoriteit of aan opstartproblemen maar voor handhaving van het eigenlijke mededingingsrecht lijkt de ACM in 2013 minder tijd en energie te hebben gehad. De tijd zal leren welk evenwicht tot stand komt tussen het helpen van specifieke consumentengroepen bij het maken van keuzes op de markt enerzijds en handhaving van het mededingingsrecht om ervoor te zorgen dat het aanbod op die markt niet kunstmatig wordt beperkt.

Wet- en regelgeving

Nederland

Met de instelling van de ACM is het wetgevingsproces met betrekking tot de fusie van de toezichthouders nog niet afgerond. De zogenaamde 'Stroomlijningswet' beoogt orde te brengen in de chaos van bevoegdheden die de ACM heeft op grond van verschillende (al dan niet sectorale) wet- en regelgeving.² De ACM beschikt immers over alle bevoegdheden van de voormalige toezichthouders OPTA, NMa en Consumentenautoriteit. Op 7 maart 2014 heeft de Tweede Kamer die Stroomlijningswet aangenomen. De Stroomlijningswet verplicht tot publicatie van sanctiebesluiten waarbij de namen van overtreders niet mogen worden weggelakt. De Stroomlijningswet voorziet ook in een

(beperkte) materiële wijziging. Concentraties moeten nu gemeld worden aan de ACM indien de omzet van de betrokken ondernemingen meer is dan 1. € 113,45 miljoen wereldwijd en 2. ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder meer dan € 30 miljoen omzet in Nederland hebben gegenereerd. De eerstgenoemde drempel wordt nu verhoogd naar € 150 miljoen. Veel verschil voor het te verwachten aantal meldingsplichtige concentraties zal het niet maken maar in een enkel geval zou het net kunnen betekenen dat een concentratie tussen nationaal opererende ondernemingen niet hoeft te worden gemeld.

In de nieuwe *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014* beschrijft de ACM hoe zij om zal gaan met digitale data tijdens onderzoeken.³ De werkwijzen van OPTA, de Consumentenautoriteit en de NMa verschillen aanzienlijk, mede vanwege de verschillen in de wetten die deze autoriteiten handhaafden. Om desondanks tot één werkwijze te komen, heeft de ACM zich in de Werkwijze beperkt tot het omschrijven van een aantal 'waarborgen'. De verschillende stappen die de ACM doorloopt bij een onderzoek – de eigenlijke werkwijze dus – zal de ACM per individuele zaak vaststellen. Ondernemingen die voorwerp van onderzoek zijn, krijgen hierover bericht voordat de ACM haar onderzoeksbevoegdheden uitoefent. In de Werkwijze wordt het uitgangspunt van een digitale zoekslag ter plaatse verlaten. Dat betekent dat de ACM tijdens een bedrijfsbezoek alle digitale data die zij wil doorzoeken (onverzegeld) meeneemt naar haar kantoor in Den Haag. Daar zal zij de data vervolgens met behulp van zoekwoorden doorzoeken. Bij die doorzoeking zijn de betrokken ondernemingen en hun advocaten niet aanwezig. Dat is volgens de ACM rechtmatig omdat de data slechts (automatisch) worden doorzocht en niet worden ingezien.

De *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014* bevat wel een gedetailleerde procesbeschrijving.⁴ Digitale data worden niet ingezien totdat de betrokken ondernemingen hebben kunnen aangeven welke documenten geprivilegieerd zijn. Bovendien maakt deze Werkwijze duidelijk dat het voor de vraag of de correspondentie geprivilegieerd is niet uitmaakt waarover de correspondentie met een advocaat (al dan niet die in dienstbetrekking) gaat. In het verleden stelde de toenmalige NMa zich op het standpunt dat het recht had op inzage in advocaat-cliënt correspondentie voor zover die correspondentie niet betrekking had op een mededingingsrechtelijke kwestie. De basis voor die suggestie was altijd al onduidelijk maar de ACM accepteert nu dus expliciet dat zij ook geen inzage in advocaat-cliënt correspondentie heeft indien die correspondentie over iets anders gaat dan de wetten die door de ACM worden gehandhaafd.

Europa

De Europese Commissie herzielt de Europese concentratiecontrole-regelgeving. In twee elkaar opvolgende consulta-

ties konden belanghebbenden reageren op 1. de voorgenomen verhoging van de drempels (o.a. de markt-aandeeldrempels) die bepalen wanneer bij het melden van een concentratie de vereenvoudigde meldingsprocedure kan worden gevolgd en 2. het opnemen van bepalingen (en mogelijk zelfs meldingsverplichtingen) in de Europese concentratiecontrole-regelgeving met betrekking tot minderheidsbelangen en/of 'structurele relaties'.⁵

De plaatjes van aangeklede poppetjes die consumenten moeten helpen een nieuwe dienstverlener te kiezen tieren welig op de website van de ACM

Daarnaast publiceerde de Commissie een nieuwe groepsvrijstellingsverordening en richtsnoeren met betrekking tot 'technologieoverdrachtsovereenkomsten'.⁶ Technologieoverdrachtsovereenkomsten zijn bepaalde licentieovereenkomsten over intellectuele eigendomsrechten en knowhow. Het mededingingsrechtelijk beoordelingskader voor dergelijke overeenkomsten blijft in grote lijnen hetzelfde. Er zijn enkele wijzigingen als gevolg waarvan bepaalde overeenkomsten die nu wel zijn vrijgesteld dat in de toekomst – als de verordening in werk is getreden – niet meer automatisch zijn vrijgesteld en vice versa. Bovendien zal de Commissie kritischer gaan kijken naar een aantal (veel voorkomende) bedingen in technologieoverdrachtsovereenkomsten, zoals bedingen die de licentiegever het recht geven een licentieovereenkomst te beëindigen wanneer de licentienemer de geldigheid van een van de intellectuele eigendomsrechten aanvecht. De herziene verordening en richtsnoeren zijn een stuk begrijpelijker en leesbaarder dan de nu geldende. Er is voorzien in een overgangsregime op basis waarvan nu vrijgestelde overeenkomsten dat blijven tot 1 mei 2015.

Onderzoeksbevoegdheden/rechten van de verdediging

Nederland

Over het verschoningsrecht van een advocaat in dienstbetrekking is in Nederland (voorlopig) het laatste woord gezegd. Volgens de Hoge Raad geldt het *Akzo*-arrest (waarin het Hof van Justitie EU oordeelt dat een advocaat in

Auteurs

1. Prof. mr. R. Wesseling is advocaat bij Stibbe te Amsterdam, hoogleraar Mededingingsrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam en medewerker van dit blad.

Mr. H.A. Bergsma is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

Noten

2. Gewijzigd wetsvoorstel Stroomlijning markttoezicht door de Autoriteit Consu-

ment en Markt, *Kamerstukken* 33 622 (hierna: 'Stroomlijningswet').

3. ACM, *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014*, *Stcr.* 2014, 3993.

4. ACM, *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014*, *Stcr.* 2014, 3991.

5. Persbericht EC, 'Commission consults on proposal for simplifying procedures under the EU Merger Regulation', 27 maart 2013.

6. Persbericht EC, 'Antitrust: Commission adopts revised competition regime for technology transfer agreements', 21 maart 2014.

dienstbetrekking niet verschoningsgerechtigd is) niet buiten het Unierechtelijke mededingingsrecht.⁷ Bovendien kan volgens de Hoge Raad aan een advocaat niet het verschoningsrecht worden ontzegd enkel op grond van het feit dat hij in dienstbetrekking werkzaam is. De ACM heeft deze uitspraak geïmplementeerd door in de toelichting bij de (hierboven besproken) *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014* op te nemen dat die ACM Werkwijze ook van toepassing is op advocaten in dienstbetrekking.

In hoger beroep veranderde de uitkomst van het geschil tussen de ACM en 'forensisch onderzoeksbureau' *Difotrust*. *Difotrust* had voor een klant onderzocht of de administratie bewijzen bevatte voor mogelijke inbreuken op het mededingingsrecht. Tijdens een bedrijfsbezoek bij de desbetreffende onderneming stuitte de toenmalige NMa op een verwijzing naar het rapport van *Difotrust* over de uitkomsten van dat interne onderzoek. Vervolgens gebruikte de NMa haar bevoegdheid inlichtingen te vorderen en verzocht *Difotrust* een lijst te verstrekken van al haar klanten die actief zijn in dezelfde industrie als de onderneming waar het rapport was aangetroffen. *Difotrust* spande een kort geding aan met het doel te voorkomen dat zij de namen van haar klanten zou moeten prijsgeven. De voorzieningenrechter oordeelde in eerste aanleg dat *Difotrust* de NMa geen informatie hoefde te verstrekken over ondernemingen die de NMa niet concreet verdacht van betrokkenheid bij een inbreuk.⁸ In hoger beroep (ingesteld door de Staat der Nederlanden) vernietigde het Gerechtshof Den Haag het vonnis van de voorzieningenrechter.⁹ Volgens het hof had de NMa concrete aanwijzingen dat de desbetreffende klanten van *Difotrust* betrokken waren bij kartelafspraken. Van het 'willekeurig' opvragen van gegevens over die ondernemingen was daarom geen sprake. Bovendien bestaat er naar het oordeel van het hof geen algemene regel houdende dat pas aan een derde (in dit geval: *Difotrust*) informatie

De Rechtbank Rotterdam toonde zich in een beroepsprocedure kritisch bij de beoordeling van het gebruik van de onderzoeksbevoegdheden van de ACM. In verschillende zaken had de toenmalige NMa overtredingen van het kartelverbod vastgesteld aan de hand van telefoontapgegevens. Die gegevens waren 'bijvangst' van de opsporingsautoriteit VROM-IOD in een strafrechtelijk onderzoek naar mogelijke inbreuken op milieuwetgeving. De gegevens waren aan de NMa verstrekt op grond van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg). Verstrekking van strafvorderlijke gegevens onder de Wjsg is alleen toegestaan indien die verstrekking noodzakelijk en proportioneel is. De ratio van de Wjsg is dat strafvorderlijke gegevens niet al te gemakkelijk worden verstrekt aan derden, zo leidt de Rechtbank af uit onder meer de parlementaire geschiedenis.¹⁰ Daarom moet de Officier van Justitie die toestemming geeft voor de verstrekking een kenbare en zo voor de rechter toetsbare afweging maken voorafgaand aan die verstrekking. Zonder een kenbare belangenafweging kan naleving van de Wjsg – welke wet onder meer het recht op privacy (artikel 8 EVRM) beoogt te waarborgen – immers niet worden getoetst. Met de eis dat de afweging voorafgaand aan de verstrekking dient plaats te vinden, lijkt de rechtbank het systeem zuiver te willen houden: bij een afweging achteraf kan immers niet (meer) worden voorkomen dat een derde ten onrechte kennis neemt van onrechtmatig verstrekte gegevens. In de hier aan de orde zijnde zaken had de Officier van Justitie enkel zijn handtekening gezet op een voorgeprint faxblad. Uit hetgeen dat door de ACM was aangevoerd kan bovendien worden afgeleid dat er überhaupt geen afweging was gemaakt voorafgaand aan de verstrekking. De rechtbank oordeelt dan ook dat de ACM de tapgegevens niet had mogen gebruiken bij haar bewijsvoering. Nu die bewijsvoering geheel geënt was op de tapgegevens, zijn de mededingingsrechtelijke overtredingen naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende bewezen. De ACM heeft hoger beroep ingesteld.

Europa

In 2011 bracht de Europese Commissie verschillende onaangekondigde bedrijfsbezoeken aan Deutsche Bahn. Deutsche Bahn stelde beroep in tegen de inspectiebesluiten die ten grondslag lagen aan deze bezoeken. De bezwaren van Deutsche Bahn richtten zich zowel tegen de inspectiebesluiten zelf als tegen de wijze waarop de Commissie uitvoering had gegeven aan die besluiten. Het EU Gerecht greep het beroep van Deutsche Bahn aan om uitvoerig in te gaan op de grenzen van de bevoegdheid van de Commissie (onaangekondigde) bedrijfsbezoeken af te leggen.¹¹ Het Gerecht oordeelt dat een bedrijfsbezoek kan plaatsvinden zonder voorafgaande rechterlijke machtiging mits het besluit om tot het bezoek over te gaan is omkleed met een aantal waarborgen. Zo dient het inspectiebesluit het voorwerp en doel van de inspectie te vermelden als ook de hypothesen en vermoedens die de Commissie voornemens is te verifiëren. Ook moet het inspectiebesluit wijzen op de sancties die de bezochte onderneming riskeert indien het niet meewerkt aan het onderzoek. Het besluit dient de mogelijkheid beroep in te stellen tegen het besluit te noemen. Daarnaast dient de Commissie tijdens de inspecties de rechten van de onder-

De Rechtbank Rotterdam toonde zich in een beroepsprocedure kritisch bij de beoordeling van het gebruik van de onderzoeksbevoegdheden van de ACM

kan worden gevraagd indien het bestuursorgaan heeft vastgesteld dat die informatie niet meer bij de potentiële overtreder zelf aanwezig is. Het hof toetst vervolgens of het door de NMa opvragen van gegevens bij *Difotrust* in strijd is met enig beginsel van behoorlijk bestuur, in het bijzonder met het evenredigheidsbeginsel. Dat is niet het geval. Het hof neemt daarbij mede in aanmerking dat de dienstverlening van *Difotrust* haar waarde kennelijk deels ontleent aan de mogelijkheid sporen van mededingingsrechtelijke overtredingen 'op te ruimen'.

nemingen te respecteren. Zo mag de Commissie – zoals hiervoor al gememoreerd – geen geprivilegieerde documenten inzien en ook geen documenten die niet betrekking hebben op de activiteiten van de onderneming op de markt. Daarnaast heeft de betrokken onderneming het recht te worden bijgestaan door een advocaat en mag zij niet worden verplicht antwoord te geven op vragen waarmee zij het bestaan van een inbreuk zou erkennen. Tot

Het contrast met de speculaties aan het begin van het onderzoek kan niet groter zijn

zover betreft de opsomming van waarborgen een samenvatting van eerdere jurisprudentie en (Europese) regelgeving. Nieuw is echter dat het Gerecht expliciet opmerkt dat de betrokken onderneming elke onregelmatigheid die zich tijdens de inspectie voordoet en elk bezwaar tegen het handelen van de betrokken ambtenaren kan laten optekenen in een proces-verbaal zonder daardoor te worden beticht van niet-meewerken. Bovendien mogen alle beschikbare middelen worden gebruikt om tastbare bewijzen van deze onregelmatigheden te bewaren. Deze observaties van het Gerecht zijn op zichzelf niet verrassend maar in de *Deutsche Bahn* zaak ontbrak het nu juist aan tijdig opgestelde documentatie over de feitelijke gang van zaken en de bezwaren van de onderneming daartegen. Het Gerecht oordeelde dat er in die situatie geen aanwijzingen of bewijzen waren dat de Commissie de grens van haar bevoegdheden zou hebben overtreden. De advocaten van Deutsche Bahn hadden niet formeel geprotesteerd tegen de gang van zaken tijdens de dawn raids en zij hadden ook niet verzocht om optekening van hun bezwaren in een proces-verbaal. Het enige dat Deutsche Bahn ten grondslag legde aan haar stellingen was de (interne) verslaglegging van de betrokken advocaten van Deutsche Bahn. Deze verslaglegging was dusdanig laat opgesteld en bevatte zo weinig feitelijke constatering dat deze onvoldoende bewijswaarde had voor de gestelde onregelmatigheden, aldus het Gerecht.

In de zaken *Kendrion*, *Groupe Gascogne* en *Gascogne Sack Deutschland* kwam een ander aspect van de rechten van de verdediging aan de orde. In die zaken ging het om het recht op behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn.¹² Dit recht is onder meer verankerd in artikel 6 EVRM. Bovengenoemde partijen waren betrokken bij een

kartel op de markt van industriële zakken. Hun beroep bij het Hof van Justitie EU richtte zich onder meer tegen de doorlooptijd van de procedure voor het Gerecht. Die bedroeg vijf jaar en negen maanden. Appellanten stelden dat deze doorlooptijd excessief was en dat het Hof om die reden de uitspraak van het Gerecht nietig diende te verklaren dan wel de opgelegde boete diende te verlagen. Het Hof oordeelde, in lijn met vaste rechtspraak, dat nietigverklaring niet geboden was nu de betrokken ondernemingen niet hadden aangetoond hoe de lange doorlooptijd van invloed was geweest op de uitkomst van de procedure. Met betrekking tot het verzoek om verlaging van de boete kon het Hof twee kanten op. In de zaak *Bausthalge-webe* had het Hof de opgelegde geldboete inderdaad verlaagd om de schending van de redelijke termijn direct en doeltreffend te verhelpen.¹³ In de later gewezen zaak *Der Grüne Punkt* had het Hof ook een schending van de redelijke termijn vastgesteld maar vervolgens geoordeeld dat om schadevergoeding kon worden verzocht in een separate procedure voor het Gerecht.¹⁴ Het Hof kiest nu voor de weg zoals gevolgd in *Der Grüne Punkt*. Het stelde in de industriële zakken zaken vast dat deze niet binnen een redelijke termijn waren behandeld maar het wees het verzoek om verlaging van de boete af. Het Hof oordeelt dat het Gerecht de aangewezen instantie is om een verzoek om schadevergoeding als gevolg van overschrijding van de redelijke termijn te behandelen. Een dergelijk verzoek kan daarom niet (langer) in het beroep tegen de boetebeschikking worden gedaan. Die uitkomst is eigenlijk wel logisch omdat gebreken in de beroepsprocedure voor het Gerecht in feite niets te maken hebben met de rechtmatigheid van de Commissiebeschikking waartegen het beroep in dit soort procedures is ingesteld.

Kartels Nederland

De door het NOS-journaal gefilmd onaangekondigde bedrijfsbezoeken van de NMa bij de mobiele operators vormden ongetwijfeld het meest spectaculaire begin van een Nederlandse mededingingsrechtelijke procedure tot nu toe. Als klokkenluiders aangekondigde (anonieme) individuen stelden bewijs te hebben dat de mobiele operators de mededingingsregels stelselmatig hadden overtreden. Drie jaar na dit mediaspektakel (inclusief de in ieder scenario premature speculaties over de door consumenten geleden schade) constateerde de ACM in een bijzin in een nieuwsbericht op haar website dat zij in haar onderzoek sindsdien geen overtreding van de Mededingingswet heeft vastgesteld.¹⁵ Op basis van toezeggingen van de mobiele operators die 'risico's voor de mededinging' wegnamen, heeft de ACM het onderzoek afgesloten met een toezeggingsbesluit.¹⁶ Het gaat daarbij om eventuele 'sig-

7. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6101.

8. Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2012, ECLI:NL:RB5GR:2012:BX9781.

9. Gerechtshof 's-Gravenhage 23 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041.

10. Rb. Rotterdam 13 juni 2013,

ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079 en Rb. Rotterdam 11 juli 2013,

ECLI:NL:RBROT:2013:5042.

11. Gerecht EU 6 september 2013, nr. T-289/11, nr. T-290/11 en nr. T-521/11 (*Deutsche Bahn*).

12. HvJ EU 23 november 2013, nr. C-50/12 P (*Kendrion*) en HvJ EU 26 november 2013,

nr. C-58/12 P (*Groupe Gascogne*) en nr. C-40/12 P (*Gascogne Sack Deutschland*).

13. HvJ EU 17 december 1998, nr. C-185/95 P (*Baustahlgewebe*).

14. HvJ EU 16 juli 2009, nr. C-385/07 P (*Der Grüne Punkt*).

15. Nieuwsbericht ACM, 'Toezeggingsbesluit mobiele operators', 9 januari 2014

(www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12526/Toezeggingsbesluit-mobiele-operators).

16. ACM Toezeggingsbesluit van 7 januari 2014 in zaak nr. 13.0612.53 (*Mobiele operators*).

Overeenkomsten die de mededinging beperken zijn toch toegestaan indien de positieve effecten van die overeenkomst op 'de vooruitgang van de economie' groter zijn dan de negatieve effecten van de verminderde concurrentie

nalling': situaties waarin ondernemingen door middel van publieke uitlatingen (bijvoorbeeld uitspraken in de media of in paneldiscussies op congressen) over mogelijke wijzigingen in het commerciële beleid aftasten hoe concurrenten reageren op die voorgenomen aanpassingen. De mobiele operators zouden zo hun gedragingen in de markt kunnen laten afhangen van de wijze waarop concurrenten reageren. Om de risico's voor de mededinging weg te nemen, hebben de betrokken mobiele netwerkooperators toegezegd dat hun senior management geen aankondigingen zal doen in het publieke domein over toekomstige prijzen en andere commerciële voorwaarden wanneer 1. deze prijzen en voorwaarden een verslechtering inhouden voor consumenten en 2. de interne besluitvorming over deze prijzen en voorwaarden nog niet is afgerond en vastgelegd. Daarnaast hebben de mobiele netwerkooperators toegezegd deze toezegging te incorporeren in hun compliance programma's. Het contrast met de speculaties aan het begin van het onderzoek kan niet groter zijn. De gang van zaken onderstreept nog maar eens hoe kritisch de toezichthouder dient om te gaan met verklaringen van (anonieme) informanten.

In twee zaken bepaalde de ACM dat het opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers niet passend zou zijn. In haar besluit over het leesmappenkartel berekende de ACM de boetes die zij (normaal gesproken) op zou leggen aan de feitelijk leidinggevers maar legde zij die boetes niet daadwerkelijk aan deze individuen op.¹⁷ De ACM overwoog daarbij dat de feitelijk leidinggevers aandeelhouder zijn van de te beboeten ondernemingen en dat zij als enige of met een zeer beperkt aantal werknemers in die ondernemingen werkzaam zijn. Wanneer die ondernemingen de aan hen opgelegde boetes betalen zal een uitstroom van kapitaal plaatsvinden die de feitelijk leidinggevers al rechtstreeks en op significante wijze raakt. Dit is het geval omdat de te beboeten ondernemingen hun omzet bijna uitsluitend met de verspreiding van leesmappen behalen. Bovendien hebben de feitelijk leidinggevers nauwelijks andere inkomsten dan die uit deze ondernemingen. In dat licht legt de ACM de feitelijk leidinggevers geen boete op maar houdt zij hen hoofdelijk aansprakelijk voor een deel van de boete die wordt opgelegd aan de ondernemingen. De hoogte van het bedrag waarvoor de onderneming en de aandeelhouders gezamenlijk aansprakelijk zijn, is gelijk aan de hoogte van de boete die eigenlijk aan de leidinggevers zou zijn opgelegd. Zoals in een eerdere kroniek gerapporteerd verhoogde de NMa de basisboete die zij oplegde aan de ondernemingsvereniging LHV (Landelijke Huisartsen Vereniging) juist met 5% nu LHV had toegezegd de boetes te betalen die zouden worden opgelegd aan de feitelijk leidinggevers.¹⁸ Volgens de ACM holde een dergelijke toezegging de door de wetgever beoogde afschrikwekkende werking van beboe-

ting van feitelijk leidinggevers uit. Inmiddels lijkt de ACM daar genuanceerder over te denken, gelet op het besluit in de leesportefeuillezaak maar ook gelet op haar besluit op bezwaar in de LHV zaak. In deze laatste zaak ziet de ACM nu af van beboeting van de feitelijk leidinggevers.¹⁹ Nu zich gedurende een langere periode verschillende personen binnen de LHV bezig hadden gehouden met het vestigingsbeleid (dat de inbreuk op de Mededingingswet vormde) vond de ACM het minder gepast om slechts twee van die personen te beboeten als feitelijk leidinggevers. Daarmee sneuvelt in bezwaar uiteraard ook de 5% verhoging van de boete voor LHV zelf, hetgeen jammer is omdat nu niet door de rechter zal worden beoordeeld of de ACM de aan een onderneming op te leggen boete mag verhogen indien de onderneming de eigen werknemers heeft toegezegd te compenseren voor de boete die hen eventueel wordt opgelegd als feitelijk leidinggevers.

In een informele zienswijze paste de ACM de uitzonderingsbepaling op het kartelverbod toe (artikel 6 lid 3 Mededingingswet). Op basis van die bepaling zijn overeenkomsten die de mededinging beperken toch toegestaan indien de positieve effecten van die overeenkomst op 'de vooruitgang van de economie' groter zijn dan de negatieve effecten van de verminderde concurrentie. Een lastig te maken analyse. Dat de ACM voordeed hoe dat gaat, valt dus toe te juichen. De zienswijze van de ACM had betrekking op het zogenaamde Energieakkoord.²⁰ Dat Akkoord omvatte onder meer een afspraak tussen vier energiebedrijven om een vijftal kolencentrales vijf jaar eerder dan gepland te sluiten. Als gevolg van de overeenkomst zou ongeveer 10% van de Nederlandse productiecapaciteit van elektriciteit verdwijnen. De ACM berekende dat de consument daardoor zou worden geconfronteerd met een gemiddelde (elektriciteits)prijsstijging – ten opzichte van de anders te verwachten prijsontwikkeling – van 'ongeveer 0,9%'. De op deze manier ingeschatte prijsstijging als gevolg van de afspraak correspondeert volgens de ACM met een totaalbedrag van € 450 miljoen. De ACM vergelijkt dit bedrag (de negatieve effecten van de overeenkomst) met de gekwantificeerde positieve gevolgen voor het milieu. De ACM neemt daarbij niet mee dat als gevolg van de sluiting de kolencentrales minder koolstofdioxide (CO₂) zullen uitstoten aangezien de betrokken energiebedrijven hun emissierechten kunnen verhandelen. Wel kwantificeert de ACM de waarde van de als gevolg van de sluiting verminderde uitstoot van zwaveldioxide (SO₂), stikstofdioxide (NO_x) en fijnstof. Voor NO_x en SO₂ geldt in Nederland een emissieplafond. Om onder dit emissieplafond te blijven moet Nederland (kostbare) maatregelen treffen. Als gevolg van de vervroegde sluiting hoeven minder maatregelen te worden getroffen zodat de ACM aan de hand van een schatting van de vermeden kosten bepaalt wat de eco-

nomische waarde is van de verminderde uitstoot. Voor fijnstof geldt geen emissieplafond zodat de ACM de waarde van de verminderde uitstoot bepaalt aan de hand van een 'schadekostenberekening'. Hierbij berekent de ACM hoeveel minder schade Nederlandse burgers zullen lijden als gevolg van de verminderde uitstoot, in het bijzonder gezondheidsschade en schade als gevolg van een verminderde levensverwachting. Aldus begroot de ACM de waarde van de (positieve) milieugevolgen als gevolg van de overeenkomst op € 180 miljoen. Dat is minder dan de door de ACM geschatte negatieve effecten als gevolg van de verminderde concurrentie. De voorwaarden waaronder een overeenkomst die de mededinging beperkt mededingingsrechtelijk toch kan zijn toegestaan, zijn dus niet vervuld. De zaak illustreert hoe de (Europese) mededingingsregels grenzen stellen aan regulering van publieke belangen via het Poldermodel. Zou de Nederlandse overheid de energiebedrijven de verplichting hebben opgelegd de kolencentrales te sluiten dan zou de ACM niet in beeld zijn gekomen, ook al dient ook een dergelijke maatregel getoetst te worden op verenigbaarheid met de EU-verdragen.

De moeizame verhouding tussen (gepercipieerde) publieke belangen en handhaving van de mededingingsregels was ook weer aan de orde bij de ACM-activiteiten in de zorgsector. In de kroniekperiode heeft de Rechtbank Rotterdam een streep gezet door de boetes die de ACM had opgelegd aan twee aanbieders van thuiszorg.²¹ Volgens de ACM hadden de aanbieders de markt verdeeld door overeen te komen dat zij geen diensten zouden aanbieden in elkaars 'werkgebieden'.²² Beide ondernemingen waren lid van een branchevereniging voor thuiszorgaanbieders. Het was de bedoeling dat die vereniging zou gaan functioneren als franchiseorganisatie op het moment dat nieuwe wetgeving over de inkoop van AWBZ-zorg van kracht zou worden. Volgens de thuiszorgaanbieders zagen de gemaakte afspraken enkel op die toekomstige situatie. Bovendien zou de franchiseorganisatie pas operationeel worden na een positieve mededingingsrechtelijke toetsing van een onafhankelijke adviseur én een positieve informele zienswijze van de ACM zelf. De rechtbank oordeelt dat op grond van het door de ACM aangedragen bewijs onvoldoende is komen vast te staan dat de mededingingsbeperkende afspraak ook daadwerkelijk heeft gegolden tussen de thuiszorgaanbieders. De alternatieve verklaring dat de afspraken enkel op de toekomst zagen acht de rechtbank, in elk geval ten aanzien van een van de twee aanbieders, 'niet zodanig onaannemelijk' dat deze terzijde moet worden geschoven. Dan was er ook nog een 'tamelijk sterke' aanwijzing dat de andere aanbieder zich wel al gebonden achtte aan de afspraak. Uit die aanwijzing kan volgens de rechtbank niet worden afgeleid dat tussen de aanbieders zodanige afstemming bestond dat sprake was van een inbreuk op het kartelverbod.

De civiele rechter moet steeds vaker oordelen over (gestelde) mededingingsrechtelijke aspecten van een zaak. In twee recente arresten van de Hoge Raad stond een exclusief afnamebeding centraal. In het eerste arrest had de houder van een aantal benzinestations op Texel twee percelen grond verkocht.²³ In de leveringsakte was opgenomen dat op deze grond alleen een benzinestation mocht worden gevestigd als de te verkopen brandstoffen via de verkoper van de grond zouden worden aangekocht. De koper wilde van dit beding af. Het Gerechtshof Amsterdam had geoordeeld dat het beding het doel had de mededinging te beperken.²⁴ In cassatie kwam de verkoper (een leverancier van brandstoffen) op tegen dat oordeel. In reactie hierop haalt de Hoge Raad het recente arrest van het Hof van Justitie EU aan in de zaak *Allianz*.²⁵ Of een afspraak het doel heeft de mededinging te beperken dient te worden bepaald aan de hand van een individueel en concreet onderzoek van de inhoud, het doel en de economische en juridische context van de afspraak, aldus het Hof van Justitie EU in die zaak. In de Texelse zaak oordeelt de Hoge Raad dat het beding inderdaad het doel heeft de mededinging te beperken, onder meer omdat het de koper ontbrak aan de mogelijkheid elders op Texel een concurr-

De civiele rechter moet steeds vaker oordelen over (gestelde) mededingingsrechtelijke aspecten van een zaak

rerend benzinestation te openen. Ook in het licht van het in 2012 door het Hof van Justitie EU gewezen *Expedia*-arrest had dit arrest van de Hoge Raad interessant kunnen zijn. In *Expedia* oordeelde het Hof van Justitie dat 'een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt'.²⁶ Uit deze overweging wordt niet duidelijk of ook bij afwezigheid van een interstatelijk effect ieder strekingsbeding geacht moet worden de mededinging te beperken. Noch het arrest in de Texelse zaak, noch het arrest (na verwijzing) van het Hof Arnhem-Leeuwarden in de *Batavus* zaak geeft echter antwoord op deze vraag.²⁷ In het andere arrest waarin een exclusief afnamebeding centraal stond, overwoog de Hoge Raad dat 'vanwege het specifieke karakter van een afnameovereenkomst voor motor-

17. ACM Besluit van 7 november 2013 in zaak nr. 7244 (*Leesmappenkartel*).

18. ACM Besluit van 30 december 2011 in zaak nr. 6888/435 (*Landelijke Huisartsen Vereniging*).

19. ACM Besluit van 3 februari 2014 in zaak nr. 6888 (*Landelijke Huisartsen Ver-*

eniging).

20. ACM, 'Analyse van de Autoriteit Consument en Markt met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van 80er jaren kolencentrales in het kader van het SER Energieakkoord', 26 september 2013.

21. Rb. Rotterdam 14 maart 2013,

ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4169.

22. ACM Besluit van 21 oktober 2010 in zaak nr. 6274/635 (*Midden IJssel*).

23. HR 25 oktober 2013,

ECLI:NL:HR:2013:CA3745.

24. Gerechtshof Amsterdam 26 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:4023.

25. HvJ EU 14 maart 2013, nr. C-32/11 (*Allianz*).

26. HvJ EU 13 december 2012, nr. C-226/11 (*Expedia*).

27. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5188.

brandstoffen, de duur van de afnameverplichting van doorslaggevende betekenis is voor de marktafslachende werking'.²⁸ BP Nederland en een pomphouder waren overeengekomen dat de pomphouder gedurende twintig jaar enkel van BP brandstoffen af zou nemen en niet van andere leveranciers. Het Hof had in hoger beroep geoordeeld dat dit exclusieve afnamebeding in strijd was met artikel 6 Mededingingsrecht en BP veroordeeld tot betaling van een fiks voorschot op de schadevergoeding aan de pomphouder.²⁹ De Hoge Raad verwierpt het beroep van BP en maakt onder meer duidelijk dat 1. (ook) bij gevolgbependingen geen plaats is voor wettelijke conversie (artikel 3:42 BW) en 2. het Hof terecht niet de integrale overeenkomst nietig had verklaard, maar enkel het exclusieve afnamebeding.

Europa

Het begrip 'kartel' lijkt de afgelopen jaren steeds meer opgerekt te zijn. Dat de enkele uitwisseling van commercieel gevoelige informatie kan kwalificeren als een overtreding van het kartelverbod is inmiddels geen nieuws meer. In de zaken *Del Monte* en *Dole* stond de communicatie tussen verschillende bananenproducenten centraal.³⁰ De producenten communiceerden, op bilaterale basis en voorafgaand aan het vaststellen van hun eigen verkoopprijzen, over factoren die relevant waren voor de vaststelling van de bananenprijs. Zo hadden zij bijvoorbeeld contact over de weersomstandigheden in de productieregio's en over geschatte voorraden bananen in de Noord-Europese havens. Het EU Gerecht bevestigt dat als gevolg van de uitwisseling van dit type informatie ('pre-pricing informatie') tussen concurrenten de onzekerheid over toekomstige beslissingen van de concurrentie zodanig werd vermindert dat deze uitwisseling kwalificeert als een handeling 'met een mededingingsbeperkende strekking'. Andere

Dat de enkele uitwisseling van commercieel gevoelige informatie kan kwalificeren als een overtreding van het kartelverbod is inmiddels geen nieuws meer

zaken in 2013 lieten echter zien dat het kartelbegrip niet ongelimiteerd kan worden opgerekt. In de zaken *Wabco*, *Keramag* en *Sanitec* (ondernemingen die waren betrokken bij het badkamersanitairkartel) oordeelde het Gerecht dat de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen niet-concurrerende ondernemingen niet kan worden vermoed ertoe te strekken of het gevolg te hebben dat de mededinging wordt beperkt.³¹ Een dergelijke uitwisseling kan de mededinging op de markt waarop de informatie-ontvangende onderneming actief is in beginsel niet beïnvloeden. Die laatste overweging zal in de toekomst ongetwijfeld worden aangehaald bij de verdediging

van ondernemingen die worden beticht van *hub-and-spoke* overtredingen. Bij dit type overtredingen wordt collusie tussen concurrerende ondernemingen (de *spokes*) gefaciliteerd of georganiseerd door een gemeenschappelijke klant (de *hub*).

Een ander beginsel uit het EU-mededingingsrecht dat vrijwel geen grenzen lijkt te hebben, is de aansprakelijkheid van aandeelhouders voor de gedragingen van hun deelnemingen. Zo bevestigde het Hof van Justitie EU in 2013 de uitspraak van het EU Gerecht in de zaken *Dow* en *Du Pont*.³² In die zaken oordeelde het Gerecht dat beide 50%-aandeelhouders van een *full-function* joint venture hoofdelijk aansprakelijk konden worden gehouden voor de boete opgelegd aan die joint venture. Dit was het geval omdat zij het strategisch gedrag van de – zelfstandig op de markt opererende – joint venture hadden beïnvloed. In de zaak *Eni SpA* ging het Hof nog een stap verder.³³ In eerdere jurisprudentie maakte het Hof al duidelijk dat bij een (nagenoeg) 100% deelneming de moeder- en de dochtermaatschappij worden vermoed één onderneming te vormen. Dat vermoeden kan worden weerlegd door aan te tonen dat de moeder het strategische gedrag van de dochter niet heeft beïnvloed. In *Eni SpA* werd echter duidelijk dat niet enkel de operationele onafhankelijkheid van de dochteronderneming dient te worden aangetoond maar ook de financiële onafhankelijkheid. Dat *Eni SpA* als moedermaatschappij slechts financiële en vermogensrechtelijke bijstand had verleend aan haar dochter was daarom onvoldoende om het vermoeden van beslissende zeggenschap te weerleggen. Nu dit soort financiële en vermogensrechtelijke afhankelijkheid inherent lijkt aan de positie van (groot)aandeelhouder is het vermoeden van aansprakelijkheid van (groot)aandeelhouders voor de inbreuken van dochterondernemingen in de praktijk dus onweerlegbaar. Tot slot zette het Hof een streep door de bevinding van het Gerecht in de zaak *Stichting Administratiekantoor Portielje*.³⁴ Het Gerecht oordeelde in eerste aanleg dat de Commissie had moeten vaststellen dat het administratiekantoor zelf enige economisch activiteit ontloopte alvorens moederaansprakelijkheid te kunnen aannemen voor de boete opgelegd aan de vennootschap waarvan het administratiekantoor de aandelen beheerde.³⁵ In het hoger beroep oordeelde het Hof dat de afwezigheid van enige economische activiteit er niet aan in de weg staat te vermoeden dat het administratiekantoor en de dochtervennootschap één onderneming vormen. Het Hof maakt vervolgens gebruik van zijn bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien en oordeelt dat Portielje dat vermoeden onvoldoende heeft weerlegd. Het administratiekantoor Portielje is daarom hoofdelijk aansprakelijk voor de boete die was opgelegd aan de vennootschap waarvan zij de aandelen hield.

Misbruik

Nederland

Ook de afgelopen kroniekperiode bracht geen ACM besluit waarin misbruik van een economische machtspositie werd vastgesteld. De misbruikzaken die er zijn, spelen zich voor de civiele rechter af, zo lijkt het. In de zaak *EMS/Equens* oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland dat Equens misbruik had gemaakt van haar economische machtspositie op de markt voor (transport)netwerkdien-

sten voor creditcardtransacties.³⁶ Equens heeft een netwerk waarmee betalingsgegevens voor onder meer creditcardbetalingen worden getransporteerd. Bedrijven die betaling per creditcard mogelijk willen maken via een betaalautomaat (*merchants*) dienen een overeenkomst te sluiten met een zogenaamde *acquirer*. Een *acquirer*, zoals EMS, verwerkt gegevens van creditcardbetalingen. Een

De praktijk van de Commissie om misbruikzaken af te doen op basis van toezeggingsbesluiten zal worden bevestigd in een aantal op handen zijnde besluiten

acquirer sluit op zijn beurt een overeenkomst met de aanbieder van een transportnetwerk (zoals Equens) zodat de betalingsgegevens van de betalingsterminal van de *merchant* via dat transportnetwerk kunnen worden getransporteerd naar de *acquirer*. Als gezegd worden de gegevens vervolgens door de *acquirer* verwerkt. Equens is via haar dochteronderneming PaySquare ook zelf actief als *acquirer*. Equens had gedurende een periode van ongeveer zes maanden een 'wachtrijprocedure' ingevoerd. Die procedure hield (kortgezegd) in dat wanneer een *merchant* een overeenkomst sluit met een andere *acquirer*, de oude *acquirer* de *merchant* eerst actief diende te ontkoppelen voordat de koppeling met de nieuwe *acquirer* functioneerde. Voor en na de periode van de wachtrijprocedure was dit niet nodig: een nieuwe koppeling overschreef automatisch een oude koppeling. EMS betoogde dat Equens misbruik had gemaakt van haar machtspositie door in de wachtrijprocedureperiode overstappende *merchants* niet, of met vertraging, te ontkoppelen. De rechtbank overweegt dat Equens inderdaad over een machtspositie beschikte tijdens de wachtrijprocedureperiode. In die periode was namelijk 70% van alle betaalterminals van *merchants* aangesloten op het netwerk van Equens. Over die periode had een werknemer van PaySquare in een getuigenverhoor verklaard dat overstappende *merchants* niet direct werden ontkoppeld maar werden gebeld met een tegenaanbod. Omdat de wachtrijprocedure bovendien niet objectief gerechtvaardigd kon worden, stond volgens de

rechtbank hiermee vast dat Equens misbruik had gemaakt van haar machtspositie. De rechtbank wijst de door EMS gevorderde schavergoeding deels toe.

Europa

Ook op Europees vlak was het relatief rustig op misbruikgebied. De Europese Commissie nam geen boetebesluiten maar sloot wel twee onderzoeken af naar misbruik van machtspositie met toezeggingen. Onderwerp van het eerste onderzoek waren de gedragingen van de Tsjechische elektriciteitsproducent CEZ.³⁷ De Commissie verdacht CEZ ervan dat zij haar dominante positie op de Tsjechische elektriciteitsmarkt misbruikte door preventief capaciteit te reserveren op het elektriciteitsnetwerk. Zo zou CEZ proberen te voorkomen dat nieuwe spelers de Tsjechische elektriciteitsmarkt zouden betreden. De zorgen van de Commissie werden weggenomen door de toezegging van CEZ een significant deel van haar productiecapaciteit af te stoten. Als gevolg van de afstoting kan een nieuwe speler de Tsjechische elektriciteitsmarkt betreden en concurreren met CEZ.

Daarnaast accepteerde de Commissie toezeggingen van *Deutsche Bahn*.³⁸ Deutsche Bahn heeft een machtspositie op de Duitse markt voor levering van tractiestroom. Tractiestroom is onontbeerlijk voor spoorwegondernemingen die willen concurreren op de Duitse spoorvervoersmarkt. Op die laatstgenoemde markt is Deutsche Bahn zelf ook actief. Deutsche Bahn berekende haar concurrenten op die markt een hogere prijs voor tractiestroom dan aan haar eigen transportbedrijven. Volgens de Commissie was die prijs dusdanig hoger dat deze concurrenten, ook al zouden zij even efficiënt zijn als Deutsche Bahn, niet winstgevend konden opereren als Duitse spoorwegonderneming. Deutsche Bahn zegde toe een nieuw prijszettingssysteem voor tractiestroom in te voeren waarbij alle spoorwegondernemingen (inclusief de eigen bedrijfsonderdelen van Deutsche Bahn) dezelfde prijs voor tractiestroom betalen, ongeacht het afgenomen volume of de duur van de overeenkomst. Bovendien wordt dit nieuwe systeem zo opgezet dat concurrerende leveranciers gemakkelijker toegang hebben tot de markt voor de levering van tractiestroom.

De praktijk van de Commissie om misbruikzaken af te doen op basis van toezeggingsbesluiten zal worden bevestigd in een aantal op handen zijnde besluiten. Zo consulterde de Commissie in de kroniekperiode al belanghebbenden over toezeggingen die zijn aangeboden door *Samsung*.³⁹ Deze toezeggingen hebben betrekking op Samsungs Europa-wijde rechtsstrijd ter bescherming van haar standaard-essentiële octrooien ('SEO's') voor UMTS-technologie. Een SEO beschermt een technologie die zo essentieel is om succesvol op de markt te kunnen concurren-

28. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123.

29. Gerechtshof Amsterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BX0258.

30. Het Gerecht EU 14 maart 2013, nr. T-587/08 (*Del Monte*) en T-588/08 (*Dole*).

31. Het Gerecht EU 16 september 2013, nr. T-380/10 (*Wabco*), nr. T-379/10 (*Keramag*)

en nr. T-381/10 (*Sanitec*).

32. HvJ EU 26 september 2013, nr. C-172/12 P (*Du Pont*) en nr. C-179/12 P (*Dow*).

33. HvJ EU 8 mei 2013, nr. C-508/11 P (*ENI SpA*).

34. HvJ EU 11 juli 2013, nr. C-440/11 P (*Stichting Administratiekantoor Portielje*).

35. Het Gerecht EU 16 juni 2011, nr. T-209/08 (*Stichting Administratiekantoor Portielje*).

36. Rb. Midden-Nederland 10 juli 2013, ECLI:NL:RBMNL:2013:3245.

37. Europese Commissie Toezeggingsbesluit van 10 april 2013, nr. AT.39727 (*CEZ*).

38. Europese Commissie, nr. AT.39678

(*Deutsche Bahn I*) en AT.39731 (*Deutsche Bahn II*).

39. Persbericht EC, 'Antitrust: Commission consults on commitments offered by Samsung Electronics regarding use of standard essential patents', 17 oktober 2013.

ren dat de desbetreffende technologie mededingingsrechtelijk een aparte relevante productmarkt vormt. De houder van het SEO heeft daarmee automatisch een economische machtspositie op die markt. De Commissie vermoedde misbruik van de economische machtspositie omdat Samsung haar concurrent Apple had geweigerd onder eerlijke, redelijke en non-discriminatoire voorwaarden gebruik te maken van de door Samsung gepatenteerde UMTS-technologie en vervolgens in verschillende lidstaten juridische procedures was gestart tegen vermeende inbreuken van Apple op haar SEO's. Ook *Motorola* ontving inmiddels punten van bezwaar van de Commissie naar aanleiding van een onderzoek naar een vergelijkbare situatie.⁴⁰

De Commissie lijkt de zaken over de webzoekdiensten en online zoekadvertentiediensten van *Google*⁴¹ en de gasleveranties van *Gazprom*⁴² op de gasmarkten van de Centraal- en Oost-Europese lidstaten ook af te gaan doen op basis van de door deze ondernemingen aangeboden toezeggingen met betrekking tot toekomstig gedrag.

Toegang tot documenten

De strijd om toegang tot documenten die het dossier vormen van mededingingsautoriteiten in kartelzaken blijft hevig. Zo verzocht de Staat der Nederlanden de Commissie om toegang tot de vertrouwelijke versie van de boetebeschikking in de *Bitumen* zaak. Nederland had bitumen (een belangrijk bestanddeel van asfalt) ingekocht van de deelnemers aan het bitumenkartel en bereidt een schadevergoedingsprocedure voor. De Commissie had het verzoek van Nederland afgewezen nu openbaarmaking van de vertrouwelijke versie van de beschikking de commerciële belangen van de vermeende overtreders zou kunnen schaden en het doel van het Commissie-onderzoek zou kunnen ondermijnen. Het EU Gerecht bevestigt de rechtmatigheid van deze afwijzing van het verzoek om toegang en oordeelt dat de vertrouwelijke versie van een boetebesluit van de Commissie wordt vermoed onder de uitzonderingen van de Euro-Wob te vallen, ongeacht of het boetebesluit onherroepelijk is.⁴³ Het was aan Nederland om aan te tonen dat ofwel dit vermoeden niet gold, ofwel dat een hoger algemeen belang openbaarmaking rechtvaardigde. Het door Nederland aangevoerde belang dat de Nederlandse belastingbetaler zou zijn opgedraaid voor door Nederland betaalde hogere bitumenprijzen kwalificeert volgens het Gerecht niet als een algemeen belang nu Nederland bij het inkopen handelde als private partij. *EnBW Energie Baden-Württemberg* zocht net als de Staat der Nederlanden in de bitumen zaak toegang tot documenten op grond van de Euro-WOB. De Commissie had ook haar verzoek afgewezen. *EnBW Energie Baden-Württemberg* wilde toegang tot alle documenten uit het Commissiedossier in de zaak *Gasgeïsoleerd schakelmateriaal*. De Commissie had dit verzoek in een keer afgedaan door te verwijzen naar diverse uitzonderingsgronden op het recht van toegang uit de Euro-WOB. In beroep had het EU Gerecht geoordeeld dat de Commissie per document had moeten analyseren of de genoemde uitzonderingsgronden uit de Euro-WOB van toepassing waren.⁴⁴ In het hoger beroep oordeelde het Hof van Justitie EU echter dat bij Euro-WOB-verzoeken die betrekking hebben op documenten uit een karteldossier de Commissie haar afwijzing mag baseren op het (algemene) vermoeden dat openbaar-

making de commerciële belangen van de betrokken ondernemingen schaadt en het doel van het onderzoek van de Commissie ondermijnt. De verzoekers dienen per document te motiveren waarom inzage hierin noodzakelijk is zodat de Commissie het belang van inzage kan afwegen tegen het belang van vertrouwelijkheid.⁴⁵

De indruk die zou kunnen ontstaan op basis van deze uitspraken dat de EU rechters de vertrouwelijkheid van documenten laten prevaleren boven het belang van potentieel benadeelden van kartelgedrag is onjuist. In *Donau Chemie* beantwoordde het Hof van Justitie EU een prejudiciële vraag van de Oostenrijkse rechter.⁴⁶ De vraag had betrekking op toegang tot karteldossiers door derde partijen ten behoeve van de voorbereiding van kartelschadevergoedingsprocedures. Het Hof werd gevraagd of het Unierecht zich verzet tegen een nationale kartelrechtelijke bepaling op grond waarvan dergelijke toegang zonder uitzondering afhankelijk is van de toestemming van alle partijen in het geding (in dit geval de Oostenrijkse mededingingsautoriteit en de vermeende karteldeelneemsters). Onder verwijzing naar de eigen jurisprudentie (*CourageCrehan*,⁴⁷ *Manfredi*⁴⁸ en *Pfleiderer*⁴⁹) overweegt het Hof dat het Unierecht zich hier inderdaad tegen verzet. De nationale rechter dient de mogelijkheid te hebben de betrokken belangen af te wegen, ook waar het gaat om de stukken die zijn overgelegd in het kader van een clementieprogramma. Elk verzoek om inzage moet per geval, met inachtneming van alle relevante gegevens van de zaak, worden beoordeeld. Voor een weigering dienen dwingende redenen te zijn 'die verband houden met de bescherming van het ingeroepen belang en van toepassing zijn op elk stuk waarin inzage is geweigerd'. Het Hof merkt daarbij nog op dat enkel een *concreet* risico dat een bepaald document het openbare belang van een doeltreffend nationaal clementieprogramma aantast, kan rechtvaardigen dat dit document niet openbaar wordt gemaakt.

Follow-on damage claims

In een aantal recente uitspraken heeft de Nederlandse civiele rechter geoordeeld over de verhouding tussen EU beroepsprocedures tegen Commissie kartelbeschikkingen en – op die beschikkingen gebaseerde – 'follow-on' schadevorderingprocedures. In de zaak *Equilib vs. KLM c.s.* stelde KLM c.s., onder verwijzing naar onder andere het *Masterfoods*-arrest van het Hof van Justitie EU, dat de nationale civiele rechter een zaak dient aan te houden zolang de boetebeschikking van de Commissie nog niet onherroepelijk is. In eerste aanleg had de rechtbank het verzoek tot aanhouding op die basis toegewezen.⁵⁰ Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde echter dat de nationale rechter zelf kan beoordelen of en, zo ja, wanneer hij de behandeling van een zaak dient aan te houden totdat een Commissiebesluit onherroepelijk is.⁵¹ Volgens het Gerechtshof Amsterdam is aanhouding ingevolge *Masterfoods* voorgeschreven voor zover in de nationale procedure rechtsvragen of feitelijke vragen aan de orde zijn, waarvan de beantwoording afhangt van de geldigheid van een beschikking van de Commissie. Dat is volgens het Hof het geval wanneer in redelijkheid twijfel kan bestaan over de geldigheid van de beschikking. Het is daarom aan de gedaagde in de civiele procedure 1. aan te tonen dat zij tijdig beroep heeft ingesteld tot nietigverklaring van de

De indruk dat de EU rechters de vertrouwelijkheid van documenten laten prevaleren boven het belang van potentieel benadeelden van kartelgedrag is onjuist

Commissiebeschikking, 2. toe te lichten dat zij zich in Europese beroepsprocedure 'in redelijkheid' verzet tegen deze beschikking en 3. de verweren die zij in de nationale procedure wil voeren bekend te maken zodat de nationale rechter kan beoordelen of en in hoeverre de beoordeling van die verweren afhangt van de geldigheid van de Commissiebeschikking.

In de zaak *CDC vs. Shell c.s.* kwam aan de orde dat forumkeuzebedingen waren opgenomen in de koopovereenkomsten tussen de vermeende karteldeelnemer en de koper van de producten die voorwerp van het kartel waren.⁵² In deze zaak werd het verweer gevoerd dat de Nederlandse civiele rechter niet bevoegd zou zijn van de schadeclaims kennis te nemen aangezien de forumkeuzebedingen een andere instantie aanwezen. De Rechtbank 's-Gravenhage oordeelt dat forumkeuzebedingen enkel gelden tussen de partijen bij de overeenkomst waarin deze zijn opgenomen. CDC vorderde echter schadevergoeding van de moedermaatschappij en niet van de onderneming die partij was bij de koopovereenkomst. Daarom verklaart de rechtbank zich bevoegd om over de vorderingen te oordelen.

Een veel voorkomend verweer in 'follow-on' kartelzaken is het zogenaamde *passing-on* verweer. Dit verweer houdt in dat de karteldeelnemer stelt dat de klant die schadevergoeding vordert zelf geen schade heeft geleden omdat deze de uit een kartel voortvloeiende prijsverhoging heeft doorbelast aan de eigen afnemer(s). In de zaak *TenneT vs. ABB* had de Rechtbank Arnhem geoordeeld dat een *passing-on* verweer dient te worden beoordeeld aan de hand van het leerstuk van voordeelverrekening (artikel 6:100 BW).⁵³ In hoger beroep oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat het vonnis van de rechtbank ten aanzien van het *passing-on* verweer geen stand kon houden omdat de rechtbank het beginsel van hoor en wederhoor zou hebben geschonden.⁵⁴ Ten onrechte had geen 'voldoende uitgekristalliseerd debat' over het *passing-on* verweer plaatsgevonden voordat de rechtbank tot haar oordeel was gekomen. De vraag hoe het *passing-on* verweer in die zaak

moet worden beoordeeld, ligt dus weer open.

In de kroniekperiode bracht de Europese Commissie het voorstel uit voor een Richtlijn over de behandeling van op het mededingingsrecht gebaseerde schadevergoedingsprocedures voor civiele rechters in de EU lidstaten.⁵⁵ Het doel van de Richtlijn is enerzijds 'het optimaliseren van de wisselwerking tussen de publieke en de civiele handhaving van het mededingingsrecht' en anderzijds 'ervoor te zorgen dat slachtoffers van inbreuken op het mededingingsrecht de schade die zij hebben geleden volledig vergoed kunnen krijgen'. De concept-Richtlijn bevat onder meer regels over 1. de toegang van eisers tot (in verschillende categorieën ingedeeld) bewijsmateriaal 2. de doorwerking in civiele procedures van beschikkingen van mededingingsautoriteiten van lidstaten waarin inbreuken op het (nationale en/of Europese) mededingingsrecht worden vastgesteld 3. verjaringstermijnen van vorderingen tot schadevergoeding 4. gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bij een inbreuk betrokken partijen en 5. de wijze waarop dient te worden omgegaan met *passing-on* verweren. Vermeldingswaardig is dat op basis van de concept-Richtlijn clementieverklaringen en verklaringen die zijn opgesteld met het oog op het tot stand komen van een schikking absolute bescherming genieten tegen openbaarmaking. Over de inhoud van de definitieve Richtlijn schijnt inmiddels een politiek akkoord te zijn maar op het moment van het finaliseren van deze kroniek is de inhoud van de Richtlijn nog niet bekend.

Concentratiecontrole Nederland

Op het gebied van de Nederlandse concentratiecontrole is eigenlijk niet meer te melden dan dat een groot deel van de meer inhoudelijke ACM procedures gaan over voorgenomen ziekenhuisfusies. In de kroniekperiode keurde de ACM vier van zulke fusies goed.⁵⁶ Gelet op het feit dat de ACM in 2013 een 'leidraad' publiceerde waarin zij uiteenzet wat de uitgangspunten zijn bij de beoordeling van een fusie of samenwerking tussen ziekenhuizen, lijkt het ein-

40. Persbericht EC, 'Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Motorola Mobility on potential misuse of mobile phone standard-essential patents', 6 mei 2013.

41. Europese Commissie, nr. AT.39740 (Google).

42. Europese Commissie, nr. AT.39816 (Gazprom).

43. Het Gerecht EU 21 november 2013, nr. T-380/08 (Nederland vs. Commissie).

44. Het Gerecht EU 22 mei 2012, nr. T-344/08 (EnBW Energie Baden-Württemberg).

berg).

45. HvJ EU 27 februari 2014, nr. C-365/12 P (EnBW Energie Baden-Württemberg).

46. HvJ EU 6 juni 2013, nr. C-536/11 (Donau Chemie).

47. HvJ EU 20 september 2001, nr. C-453/99 (Courage vs. Crehan).

48. HvJ EU 13 juli 2006, nr. C-259/04 tot nr. C-298/04 (Manfredi).

49. HvJ EU 14 juni 2011, nr. C-360/09 (Pfleiderer).

50. Rb. Amsterdam 7 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8444.

51. Gerechtshof Amsterdam 29 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013.

52. Rb. 's-Gravenhage 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1870.

53. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403.

54. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6653.

55. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees parlement en de raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken

op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, COM (2013) 404 definitief.

56. ACM Besluit van 30 september 2013 in zaak nr. 13.0438.24 (West-Brabantse Ziekenhuizen), ACM Besluit van 30 september 2013 in zaak nr. 13.1462.22 (Rijnland Zorggroep vs. Diaconessenhuis Leiden), ACM Besluit van 6 december 2013 in zaak nr. 13.0758.24 (Stichting Bronovo-Nebo vs. Medisch Centrum Haaglanden) en ACM Besluit van 13 februari 2014 in zaak nr. 13.1465.22 (Isala-Noorderboog).

de nog niet in zicht.⁵⁷ Die leidraad wijkt overigens niet wezenlijk af van het beoordelingskader van de ACM bij 'gewone' samenwerkingen en fusies. Het soms bepalende belang dat de ACM hecht aan de reacties van belanghebbenden – zoals zorgverzekeraars bij ziekenhuisfusies – lijkt ook niet beperkt te zijn tot de zorgsector.

Europa

Op Europees niveau bracht 2013 twee zeer uiteenlopende precedentes op het gebied van concentratiecontrole. In de ene zaak zag de Commissie wezenlijke problemen ondanks een relatief laag gezamenlijk marktaandeel van de fuserende ondernemingen. In de andere keurde de Commissie (en nu ook het Gerecht) een overname goed die leidde tot gezamenlijke marktaandelen van 80-90%.

In de zaak *Hutchison3F vs. Orange Austria* was de Europese Commissie enkel bereid een fusie goed te keuren op de markt voor mobiele telecomdiensten op basis van remedies.⁵⁸ Dit was op het eerste gezicht opmerkelijk aangezien het een fusie betrof van twee ondernemingen met een geschat gezamenlijk marktaandeel van 20-30%. De gefuseerde onderneming zou dus geen economische machtspositie hebben. Ook konden 'gecoördineerde effecten' (een collectieve economische machtspositie) als gevolg van de fusie worden uitgesloten. De conclusie van de Commissie dat de mededinging toch op significante wijze zou worden belemmerd was onder meer gebaseerd op de constatering dat Hutchison3F en Orange Austria zeer nabije concurrenten van elkaar waren en dat Hutchison3F zich positioneerde als een felle concurrent van alle spelers op de markt. De Commissie baseerde haar conclusie mede op gebruik van de 'bruto opwaartse prijsdruk index' (*gross upward pricing pressure index* – ook wel aangeduid als de 'GUPPI-test'). Op basis van dit economische model, ontleend aan de Amerikaanse concentratiecontrolepraktijk, kan worden nagegaan in hoeverre de gefuseerde entiteit geneigd zal zijn om zijn prijzen te verhogen zonder dat de relevante markt precies moet worden afgebakend.

Het EU Gerecht besliste in de kroniekperiode op het beroep dat *Cisco* en *MessageNet* hadden ingesteld tegen de goedkeuring die de Commissie in 2011 had verleend aan de overname van Skype door Microsoft.⁵⁹ Die goedkeuring was – als gezegd – opmerkelijk vanwege het geschatte gezamenlijk marktaandeel van 80-90% dat de gefuseerde entiteit zou krijgen aan een van de mogelijk relevante markten (de markt voor videogesprekken via pc's met een Windows-besturingssysteem). In het beroep bevestigt het Gerecht de rechtmatigheid van het oordeel van de Commissie dat de concentratie zelfs bij de meest nauwe marktafbakening, en dus ondanks de hoge marktaandelen, niet tot concurrentieproblemen zou leiden.⁶⁰ In die analyse stond centraal dat innovatie op de relevante

Naarmate de Nederlandse mededingingsautoriteit meer verwordt tot een consumentenautoriteit zal het zwaartepunt van de handhaving van de mededingingsregels in Brussel komen te liggen

markten een zo belangrijke concurrentieparameter is dat daar al een zodanig disciplinerende werking van uit gaat dat ondernemingen ook met hoge marktaandelen geen bestendige marktmacht hoeven te hebben.

Tot slot

Naarmate de Nederlandse mededingingsautoriteit meer verwordt tot een consumentenautoriteit zal het zwaartepunt van de handhaving van de mededingingsregels in Brussel komen te liggen. Het is te vroeg om de vraag te beantwoorden of deze ontwikkeling zich zal doorzetten. Het contrast tussen de zaken die de Europese Commissie in de kroniekperiode behandelde (*Google, Gazprom, Samsung, Euribor vs. Yen Libor*) en de ACM zaken is groot. Deels is dat contrast inherent aan de schaalverschillen (EU versus nationaal) maar deels lijkt het ook een resultante te zijn van beleidskeuzes van de ACM. Daar waar bijvoorbeeld de Belgische mededingingsautoriteit zich in de laatste jaren meer lijkt te richten op significante mededingingsrechtelijke onderzoeken, lijkt de aandacht van de ACM zich als gezegd vooralsnog te richten op consumentenbescherming. Met die keuze hoeft niks mis te zijn. De voorlopige resultaten van de werkzaamheden van de ACM benadrukken wel dat het plan van de Minister van Economische Zaken de maximum kartelboetes flink te verhogen vooralsnog een hoog symboolgehalte heeft.⁶¹ Indien de handhavingsactiviteiten van de ACM tegelijkertijd afnemen, zullen rationele justitiabelen niet onder de indruk zijn van de verhoging van het theoretische boetemaximum. In de tussentijd lijkt een eventueel gat in de publieke handhaving van de Mededingingswet gevuld te worden door civielrechtelijke procedures. Die ontwikkeling stemt overeen met de intenties van de Europese Commissie en de lidstaten om civielrechtelijke 'handhaving' van de mededingingsregels een grotere rol te laten spelen. •

⁵⁷ ACM, Beoordeling fusies en samenwerkingen ziekenhuiszorg, 27 september 2013.

⁵⁸ Europese Commissie Besluit van 12

december 2012 in zaak nr. M.6497 (*Hutchison3F vs. Orange Austria*).

⁵⁹ Europese Commissie Besluit van 7 oktober

2011, nr. M.6281 (*Microsoft vs. Skype*).

⁶⁰ Het Gerecht EU 11 december 2013, nr. T-79/12 (*Cisco en MessageNet*).

⁶¹ Brief aan de Tweede Kamer van Minister van Economische Zaken H.G.J. Kamp van 11 februari 2014.