

Kroniek

Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2015

Robin Struijlaart, Marc Custers en Marc Wiggers*

Inleiding

In deze kroniek worden de besluiten en overige publicaties van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) en de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) besproken op het gebied van het kartelverbod en het verbod van misbruik van economische machtspositie (emp) in 2015.¹

Om te beginnen zetten wij voor het gemak van de lezer net als afgelopen jaar graag alvast vijf in het oog springende gebeurtenissen in 2015 (highlights)² op een rijtje:

– Voor menigeen veeleer een dieptepunt dan een hoogtepunt is de beslissing tot invoering van sterk verhoogde boetemaxima. Buiten de politiek was hierop soms felle kritiek van niet de minste personen en instanties, waaronder de Raad van State en ACM-bestuursvoorzitter Fonteijn zélf. In beide Kamers is de verhoging niettemin bij unanimité aanvaard, in de Eerste Kamer zelfs zonder debat. Duurt een overtreding meer dan vier jaar, dan kunnen de betrokken ondernemingen na inwerkingtreding van de wetswijziging worden beboet tot maximaal 40 procent van

hun jaaromzet. In geval van recidive is dat zelfs 80 procent. Wij roepen ACM op meer gewicht toe te kennen aan het evenredigheidsbeginsel bij handhaving op grond van deze nieuwe boetemaxima en derhalve minder rigide de boetebeleidsregels toe te passen (zie uitgebreider *highlight 1*).

– De zaak *Carl Kühne KG en De Burg* is de eerste openbare schikkingszaak van ACM. Twee producenten van industriële natuurazijn hebben gekozen voor een vereenvoudigde afdoening van het rapport in ruil voor een korting van 10 procent op de opgelegde boetes. De boetes van Kühne respectievelijk De Burg bedroegen na aftrek van de 10 procent korting € 4,6 miljoen en € 1,8 miljoen. Kühne ontloopt evenwel de boete vanwege een geslaagd clementieverzoek. De producenten en de betrokken feitelijk leidinggevendenden hebben onder meer de overtreding en de aansprakelijkheid daarvoor expliciet moeten erkennen in een verklaring. Het sanctiebesluit van ACM is vanwege de vereenvoudigde afdoening beknopt. ACM sluit ogenschijnlijk zo veel mogelijk aan bij de schikkingsprocedure van de Europese Commissie. Het is wenselijk dat ACM hierover duidelijkheid verschaft en in een eigen mededeling laat zien hoe haar schikkingsprocedure wordt ingekleed³ (zie uitgebreider *highlight 2*).

– De bevoegdheden van de NZa inzake het sectorspecifieke markttoezicht (de zorgspecifieke fusietoets en het instrument van de ‘aanmerkelijke marktmacht’ (AMM)) zullen in 2016 waarschijnlijk worden overgeheveld naar ACM. Het is daarbij de bedoeling dat de zorgspecifieke fusietoets meer gaat aansluiten bij de algemene concentratietoets van ACM en dat het AMM-instrumentarium iets verder wordt uitgebreid. Op grond van een ambtelijk ontwerpvoorstel

* Mr. R.A. Struijlaart werkt als advocaat bij Loyens & Loeff. Mr. drs. M.G.A.M. Custers werkt als advocaat bij Loyens & Loeff. Mr. dr. M.Ph.M. Wiggers werkt als advocaat bij Loyens & Loeff. De auteurs bedanken mr. Annemieke van der Linden en mr. Fons Leijten voor hun medewerking bij het schrijven van deze kroniek.

1. Meegenomen zijn de zaken en publicaties die betrekking hebben op de periode 1 januari tot en met 31 december 2015, voor zover deze op 19 februari 2016 openbaar waren. Met besluiten en publicaties uit 2015 die pas na die datum openbaar zijn geworden is geen rekening gehouden. Op 23 maart 2016 heeft de ACM bekend gemaakt dat zij op 22 december 2015 voor in totaal bijna € 12,5 miljoen aan boetes aan vier ondernemingen met koel- en vrieshuizen heeft opgelegd. Zie: <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15608/125-miljoen-euro-boete-voor-ondernemers-in-koel--en-vrieshuizen/>.

2. De highlights zijn na de Inleiding cursief aangegeven in deze kroniek.

3. Zie ook Ch.R.A. Swaak en J.S. Mennema, ‘Het natuurazijnkartel: beboeting van “feitelijk leidinggevendenden” en “vereenvoudigde afdoening”’, *M&M* 2015/6, p. 219.

Wet Herpositionering taken NZa en deregulering heeft inmiddels een consultatie plaatsgevonden. De wetgever verwacht een efficiënter markttoezicht in de zorg, omdat ACM meer ervaring heeft in de toepassing van het mededingingsinstrumentarium. Wij twijfelen evenwel in algemene zin aan het nut en de noodzaak van zowel de zorgspecifieke fusietoets als het instrument van de aanmerkelijke marktmacht. Het is ons inziens beter en efficiënter om deze bevoegdheden te schrappen in plaats van deze over te dragen aan ACM. Wel verwachten wij dat de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding van ACM in haar Taskforce Zorg zal bijdragen aan beter mededingingstoezicht in de zorgsector (zie uitgebreider *highlight 3*).

- De zaak *LHV* was niet de eerste zaak in de zorgsector⁴ waarin ACM een besluit door de rechter vernietigd zag worden, omdat zij onvoldoende onderzoek had gedaan naar de feitelijke en economische context. De Rechtbank Rotterdam benadrukt nog maar eens dat vooraleer ACM mag concluderen dat een gedraging strekt tot beperking van de mededinging, zij eerst een gedegen contextonderzoek moet uitvoeren (zie uitgebreider *highlight 4*).
- Interessant is dat ACM, in navolging van buitenlandse mededingingsautoriteiten, meer aandacht heeft gekregen voor de toepassing van het kartelverbod bij verticale overeenkomsten. Hoewel ACM in 2015 nog geen besluiten hierover heeft genomen, heeft zij met haar beleidsdocument inzake strategie en prioritering bij het toezicht op verticale overeenkomsten, uitdrukkelijk te kennen gegeven dat dit in de komende jaren duidelijk anders zou kunnen zijn (zie uitgebreider *highlight 5*).

Breder terugblikkend zal ACM hoogstwaarschijnlijk aan het voorbije jaar een redelijk tevreden gevoel hebben overgehouden. Zij won de beroepszaken betreffende *Brinks*, *Buma Stemra*, *Wmo Friesland* en in belangrijke mate ook de zaak *Sloopbedrijven Kanaalweg* bij de Rechtbank Rotterdam. Zeer tevreden zal ACM ook zijn geweest toen zij vernam dat het CBb in de (parallele) zaken *Zeescheepsafval* en *Limburgse Wegenbouw*, anders dan de Rechtbank Rotterdam bepaalde dat ACM de telefoontaps die in die zaken het kernbewijs vormden wel mocht gebruiken. Daar tegenover staat dat de Rechtbank Rotterdam de *Paprika*-zaak voor de tweede keer via een bestuurlijke lus retour zond en met name het gevoelige verlies dat ACM op de valreep van 2015 leed in de zaak *Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV)*. Vóórdat de Rechtbank Rotterdam in die zaak uitspraak deed, heeft Chris Fonteijn, bestuursvoorzitter ACM, nog stellig over dit dossier verklaard:

‘Wij hebben boetes opgelegd aan huisartsen. Hieraan is echter een traject voorafgegaan van talloze gesprek-

ken waarin wij telkens hebben uitgelegd dat de afspraken die werden gemaakt niet zijn toegestaan onder de Mededingingswet. Wij hebben toen ook aangekondigd dat wij zouden optreden als die afspraken niet zouden worden aangepast. Als er dan desondanks niets verandert, moet je optreden, anders verlies je je geloofwaardigheid. Partijen moeten weten dat je als toezichthouder durft en kunt slaan.’⁵

De Rechtbank Rotterdam was het dus niet eens met de stellige conclusie van ACM dat sprake was van een evidente inbreuk. Die tegenvaller zal des te harder zijn aangekomen, nu Fonteijn zich ruim twee maanden vóór de *LHV*-uitspraak nog beriep op het goede *track record* van ACM in rechtszaken in 2015.⁶ Overigens heeft ACM die klap ridderlijk geïncasseerd en besloten niet in hoger beroep te gaan.⁷ In zijn traditionele toespraak op het Jaarcongres Ontwikkeling Mededingingsrecht citeert Fonteijn uit het jaarlijkse GCR report:

‘These are chaotic and fascinating times in the Netherlands. The ACM is Europe’s most innovative and interesting enforcer, but the time has come for it to show it is willing and able to act on its enforcement mandate.’⁸

Hij voegt hier vervolgens aan toe dat handhaving natuurlijk belangrijk is, maar dat nog belangrijker is de daaraan voorafgaande vraag: wat doe je wel en wat doe je niet – en waarom – zodat je voorkomt dat je handhaaft waar geen problemen zijn en niet handhaaft waar wel problemen zijn. Deze benadering valt alleszins toe te juichen en is er wellicht deels de verklaring voor dat ACM ook in 2015 (net als in 2014⁹) slechts eenmaal een primair boetebesluit openbaar heeft gemaakt. Dit besluit in de zaak *Natuurazijn* is dan wel direct het eerste openbare Nederlandse schikkingsbesluit in een kartelzaak. Als ACM erin slaagt in de toekomst meer ondernemingen tot schikken te bewegen, zou dit de gemiddelde doorlooptijd van kartelzaken kunnen bekorten.¹⁰ Want juist de soms jarenlange doorlooptijd van veel zaken leidt mogelijk tot een deels vertekend beeld over de productie van ACM.¹¹ Illustratief hiervoor is dat Fonteijn in zijn reeds aangehaalde speech voor het tweede achter-

4. CBb 6 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8820 (*Psychologen*), Rb. Rotterdam 12 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1335 (*Thuiszorg 't Gooi*) en Rb. Rotterdam 12 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1327 (*Thuiszorg Kennemerland*).

5. M.L. Louisse en M.Ph.M. Wiggers, ‘Interview met Van Diemen-Steenvoorde, Ruys en Fonteijn’, in: M.Ph.M. Wiggers en W. Oostwouder (red.), *Handboek compliance in de Zorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 141.

6. Speech Chris Fonteijn, Congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 8 oktober 2015, Amsterdam, p. 12.

7. <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15460/Uitspraak-rechtbank-vestigingsadviezen-Landelijke-Huisartsen-Vereniging/>.

8. Speech Chris Fonteijn 8 oktober 2015, p. 27.

9. M.Ph.M. Wiggers, R.A. Struijlaart en M.G.A.M. Custers, ‘Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2014’, *M&M* 2015/2, p. 70.

10. Vgl. Fonteijn: ‘Als gevolg [van de schikking] verliep het vervolg van de procedure aanzienlijk vlotter dan we uit andere zaken gewend zijn.’ Speech Chris Fonteijn 8 oktober 2015, p. 10.

11. Ook de tijd tussen het nemen van een besluit en de publicatie ervan kan bijdragen aan een vertekend beeld. Zo lag tussen het nemen van de besluiten in de koel- en vriessector op de valreep van 2015 en de publicatie ervan in het voorjaar van 2016 een periode van bijna drie maanden. Zie voetnoot 1 hiervóór.

eenvolgende jaar wees op de bouwstoffensector als voorbeeld van een lopend onderzoeksdossier.¹² Mededingingsjuristen zijn bekend met diverse andere – nog vertrouwelijke – onderzoeksdossiers in andere sectoren die deels al meerdere jaren lopen. In het voorgaande moet overigens geen blinde aansporing aan ACM worden gelezen om alle zaken maar zo snel mogelijk ‘af te raffen’. Het belang van een zorgvuldig onderzoek en een zoektocht met de betrokken ondernemingen naar wijzen van alternatieve afdoening dienen te prevaleren boven de behoefte aan snelheid. De bevoegdheden van ACM zijn simpelweg te ingrijpend om hier lichtvoetig mee om te gaan. Wij herhalen daarom wél zonder reserve ons appél aan ACM van vorig jaar om niet te zwichten voor de al dan niet verkapte oproep van de politiek om maar haar ‘bonnenquotum vol te schrijven’.¹³ Wij refereerden destijds aan het regeerakkoord ‘*Bruggen Slaan*’. Voor 2014 was de opbrengst aan ACM-boetes begroot op € 75 miljoen, voor 2015 gaat het zelfs om € 100 miljoen! Het feit dat ACM structureel bij lange na niet aan dergelijke bedragen komt, heeft mogelijk meegespeeld in het hier vóór gememoreerde besluit van de wetgever om dan maar het boetemaximum te verviervoudigen (en voor recidivisten zelfs te verachtvoudigen). De politiek lijkt daarbij uit het oog te verliezen dat handhaving meer is (en moet zijn) dan enkel beboeten: het verschaffen van *guidance* en het voeren van een dialoog met het bedrijfsleven zijn minstens even belangrijk voor het vervullen van de taakstelling van ACM. Die is immers het laten werken van markten en niet het sluitend maken van de begroting. Dat brengt – in de woorden van Fonteijn – ook met zich dat ACM alleen handhaaft waar er problemen zijn.

Na bespreking van de belangrijkste wijzigingen in wet- en regelgeving bespreken wij achtereenvolgens de besluiten, bestuursrechtelijke rechtspraak en overige publicaties ter zake van de toepassing van het kartelverbod, het verbod van misbruik van machtspositie, toezegingsbesluiten, marktonderzoeken en procedurele aangelegenheden. Wij sluiten nog af met een vooruitblik op 2016.

Regelgeving

Ingrijpende verhoging wettelijke boetemaxima

Highlight 1. Met de Wet Wijziging van een aantal wetten op het terrein van het Ministerie van Economische Zaken, houdende een verhoging van voor de Autoriteit Consument en Markt geldende boetemaxima¹⁴ is een van de belangrijkste wijzigingen van de Nederlandse mededingingswetgeving van de laatste jaren met opvallende en tegelijk schrikbarende unanimiteit en zonder wezenlijke discussie door beide Kamers aanvaard. In de

Eerste Kamer – die nochtans wordt geacht om wetsvoorstellen kritisch te toetsen – gebeurde dit zelfs helemaal zonder debat. Met deze wijziging wordt allereerst het absolute boetemaximum verdubbeld naar € 900.000.¹⁵ Dit geldt niet alleen voor ondernemingen maar – in de praktijk wellicht nog relevanter – ook voor feitelijk leidinggevend.¹⁶ Voorts wordt het relatieve boetemaximum van 10 procent vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de overtreding heeft geduurd, met een maximum van vier. In geval van recidive binnen vijf jaar wordt de door ACM berekende boete verdubbeld.¹⁷ Dit betekent dus dat een recidiverende onderneming tot $2 \times 4 \times 10$ procent = 80 procent van de jaaromzet kan worden beboet. Aangenomen mag overigens worden dat dit maximum in de praktijk nooit zal worden bereikt, aangezien slecht denkbaar is dat er ondernemingen bestaan waarvoor een dergelijke boete niet tot een faillissement zou leiden. Dat ACM in de toekomst aanzienlijk hogere boetes zal gaan uitdelen – boven de oude grens van 10 procent – lijkt niettemin een gegeven. Wij roepen ACM op om de evenredigheidstoets zorgvuldig toe te passen en verwachten dat rechters hier ook scherper aan zullen gaan toetsen wanneer ACM de boetebeleidsregels te rigide zou toepassen. Wanneer de wetswijziging in werking treedt, was ten tijde van het schrijven van deze kroniek nog niet bekend.

De genoemde unanimiteit en het gebrek aan discussie verbazen om diverse redenen. Allereerst heeft ACM-bestuursvoorzitter Fonteijn zich meerdere malen laten ontvallen dat ACM hierop niet zit te wachten.¹⁸ Als dit de opvatting is van de toezichthouder, waarom zou de wetgever het dan beter willen weten?

Ten tweede overtuigt de onderbouwing van het wetsvoorstel niet. De minister verwijst in de memorie van toelichting¹⁹ naar een tweetal onderzoeksrapporten.²⁰ Volgens de minister zou hieruit blijken dat de huidige boetes niet afschrikken. Welbeschouwd volgt uit deze rapporten evenwel niet meer dan dat in het verleden ACM- en NMa-boetes tot het 10 procent-maximum zijn afgetopt en dat die boetes hoger zouden zijn uitgevallen als dat maximum er niet was geweest. Dat is ook zonder groots opgezet onderzoek vrij eenvoudig vast te stellen. Over een gebrek aan afschrikwekkende werking

12. Speeches Chris Fonteijn, Congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht, Amsterdam, 2 oktober 2014, p. 12 en 8 oktober 2015, p. 10.

13. M.Ph.M. Wiggers, R.A. Struijlaart en M.G.A.M. Custers, ‘Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2014’, *M&M* 2015/2, p. 71.

14. *Kamerstukken II* 2014/15, 34190, nr. 2.

15. Dit is niet alleen het geval bij overtreding van het kartelverbod of het verbod van misbruik van machtspositie, maar ook in andere gevallen waarin dit absolute boetemaximum geldt, bijvoorbeeld bij overtredingen in het kader van het concentratietoezicht.

16. Wijziging van art. 12n Instellingswet ACM in art. D van het aangenomen wetsvoorstel.

17. Ook deze wijziging gaat tevens gelden in het concentratietoezicht. Bij recidive in geval van *gun jumping* wordt de maximale boete daarmee 20 procent van de concernomzet.

18. Zie onder meer de speech van Chris Fonteijn bij het Jaarcongres Ontwikkelingen Mededinging 9 oktober 2013, p. 16 en de speech van Chris Fonteijn bij het Jaarcongres Ontwikkelingen Mededinging 3 oktober 2014, p. 21-23; *Handelingen II* 2015/16, 25, item 21, p. 2.

19. *Kamerstukken II* 2014/15, 34190, nr. 3.

20. SIRM, ‘Analyse van de afschrikwekkende werking van boetes van de Autoriteit Consument en Markt’, 6 februari 2014 en Pels Rijcken & Droogleevoer Fortuijn, ‘Boete-inkomsten ACM’, 3 juli 2013.

zegt dat gegeven echter helemaal niets.²¹ De Raad van State toonde zich in zijn advies kritisch over het gebrek aan convergentie met de Nederland omringende landen. De minister heeft hierop geantwoord dat er geen indicaties zijn dat die verschillen tussen EU-lidstaten als zodanig leiden tot een minder effectieve handhaving door mededingingsautoriteiten in bepaalde EU-lidstaten. Daartegen valt op zich vrij weinig in te brengen, maar de nieuwe maxima leiden er wel toe dat Nederlandse ondernemingen die deelnemen aan internationale kartels – die in de regel door de Europese Commissie worden aangepakt – beter af zijn dan ondernemingen die deelnemen aan een exclusief Nederlands kartel. De minister wijdt geen woord aan de beantwoording van de vraag of die uitkomst beoogd en rechtvaardig is.

Ten slotte heeft de wetgever een kans gemist door het absolute boetemaximum niet – in navolging van de Raad in Verordening (EG) nr. 1/2003 – te schrappen, maar in plaats daarvan juist te verhogen. Ook op dit punt maakt de minister op geen enkele wijze duidelijk waarom het terecht zou zijn, dat ondernemingen waarvan 10-40 procent van de omzet minder is dan € 900.000, relatief zwaarder beboet zouden moeten kunnen worden dan grotere ondernemingen. Dat ACM de regels inderdaad zo interpreteert dat zij dergelijke ondernemingen inderdaad relatief zwaarder mag (moet?) beboeten, bleek in 2015 maar weer eens in de hierna te bespreken *Leesmappen*-zaak.

Nieuw ACM-beleid verticale overeenkomsten

Highlight 5. In april 2015 heeft ACM een document gepubliceerd waarmee zij inzicht geeft in haar strategie en prioritering bij het toezicht op verticale overeenkomsten.²² De aanleiding voor dit document zijn relevante marktontwikkelingen in de afgelopen jaren, in het bijzonder de ontwikkeling van de verkoop via internet naast de verkoop in de traditionele winkels, en ontwikkelingen in het toezicht van andere mededingingsautoriteiten in Europa. ACM geeft aan dat voor haar de welvaart van consumenten centraal staat, en dat het effect op de consumentenwelvaart van gedragingen door ondernemingen daarom ook het uitgangspunt is voor optreden door ACM. ACM constateert vervolgens dat de effecten van verticale overeenkomsten op de consumentenwelvaart zowel positief als negatief kunnen zijn en van geval tot geval kunnen verschillen, en vervolgens dat verticale overeenkomsten in het algemeen, en in het bijzonder bij afwezigheid van marktmacht, vaker wel dan niet ten goede komen aan de consumentenwelvaart. Bij een initieel inhoudelijk onderzoek zal ACM met name nagaan of er sprake is van een aannemelijke schadetheorie (*theory of harm*) en op basis daarvan een signaal of klacht hoger of lager prioriteren. Bij het beoordelen van effecten op de consumentenwelvaart kijkt ACM met name naar (1) de mate van marktmacht binnen een

enkele distributieketen, (2) de al dan niet (markt)brede toepassing van vergelijkbare verticale overeenkomsten, (3) de vraag of de verticale overeenkomst door detailhandelaren is afgedwongen (omdat dit een indicatie is dat de overeenkomst schadelijk is voor de consumentenwelvaart), en (4) mogelijke efficiëntieverbeteringen. Het document wordt afgesloten met een aantal scenario's waarin de gedraging, de eventuele schadetheorie, mogelijke efficiëntieverbeteringen en de overwegingen van ACM aan de orde komen. Uit de scenario's blijkt onder meer dat ACM verticale prijsbinding niet zonder meer problematisch acht, en dat zogenoemde (wide) 'Across Platform Parity Agreements', die bedoeld zijn om te garanderen dat op een online platform de laagste prijs in de markt beschikbaar is, een zorgvuldige afweging tussen de potentieel schadelijke effecten en de efficiëntieverbeteringen vragen. In aanvulling op het beleidsdocument heeft ACM een informatiekaart gepubliceerd als hulpmiddel voor ondernemingen om zelf te toetsen of hun overeenkomsten mededingingsrechtelijk toelaatbaar zijn.

Implementatie Richtlijn privaatrechtelijke handhaving

In oktober 2015 is een voorontwerp voor de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht gepubliceerd,²³ met als doel de rechtspraktijk te consulteren over het ontwerp.²⁴ De consultatieperiode liep tot 22 november 2015. Met de Implementatiewet moet uitvoering worden gegeven aan Richtlijn 2014/104/EU betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie. Op grond van het voorontwerp wordt in Boek 6 BW een aparte afdeling (3B) ingevoegd inzake schending van het mededingingsrecht. Hierin is onder meer opgenomen dat een kartel vermoed wordt schade te veroorzaken, dat een overtreders van de artikelen 101 en 102 VWEU of van daarmee corresponderende nationale mededingingsbepalingen (van EU-lidstaten) onrechtmatig handelt jegens degene die door de inbreuk schade lijdt, en dat een 'passing-on' verweer kan worden gevoerd. Verder worden nieuwe bepalingen opgenomen in het Wetboek van Rechtsvordering, met name betreffende de toegang tot bescheiden in zaken betreffende schending van mededingingsrecht. De wet zou op 26 december 2016 in werking moeten treden.

Samenwerkingsprotocol ACM en NZa

ACM en NZa hebben hun samenwerkingsafspraken ten behoeve van de uitvoering van hun taken vernieuwd en vastgelegd in het Samenwerkingsprotocol van 13 januari

21. Vgl. R.A. Struijlaart, M.Ph.M. Wiggers en M.G.A.M. Custers, 'Geen reden om kartelboetes in Nederland te verhogen', *Het Financieele Dagblad*, 22 november 2015.

22. Zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14164/Toezicht-van-ACM-op-verticale-overeenkomsten>.

23. Voorontwerp en toelichting zijn te raadplegen via: <www.internetconsultatie.nl/implementationwet_richtlijn_privatrechtelijke_handhaving_mededingingsrecht>.

24. Voor een bespreking van het voorontwerp zie P.W. van Wijck en J.K. Winters, 'Pleiten, schikken of slikken', *M&M* 2015/4, p. 141-152.

2015.²⁵ De regeling is van belang, omdat zowel ACM (algemene toezichthouder) als NZa (sectorspecifieke marktmeester) bevoegdheden heeft ten aanzien van mededinging en consumentenbelang. Het protocol beoogt de samenwerking doelgericht en efficiënter te maken. Het protocol is grotendeels een herhaling van zetten, maar nieuw zijn de afspraken in het kader van de zorgspecifieke fusietoets door de NZa die sinds 1 januari 2014 van kracht is.

Wet Herpositionering taken NZa en deregulering

Highlight 3. De bevoegdheden van de NZa inzake het sectorspecifieke markttoezicht (de zorgspecifieke fusietoets en het instrument van de ‘aanmerkelijke marktmacht’) zullen in 2016 waarschijnlijk worden overgeheveld naar ACM.²⁶ Vooruitstrevend is dit allerminst. Met deze overgang is immers al bij de oprichting van de NZa rekening gehouden. Deze overgang was namelijk beoogd voor 2008 of zoveel eerder als mogelijk (dus uiterlijk twee jaar na de oprichting van de NZa en dus niet tien jaar na oprichting):

‘De Zorgautoriteit is in beginsel slechts tijdelijk een zelfstandige organisatie. Het kabinet is van mening dat in de eindsituatie het algemene mededingingstoezicht en de uitvoering van sectorspecifieke prijs- en gedragsregulering dienen te worden geïntegreerd binnen de NMa. De NMa heeft ook sectorspecifieke taken op het gebied van energie en openbaar vervoer. Voor deze sectoren kent de NMa sectorspecifieke kamers (DTe respectievelijk Vervoerskamer). Ook zal de OPTA naar verwachting samengaan met de NMa. Het streven is in 2008, of zoveel eerder als mogelijk is, de sectorspecifieke toezichthouder bij de NMa onder te brengen, bij voorkeur in de vorm van een “zorgkamer” bij de NMa. Overigens betekent het integreren in de NMa niet dat de prijzen in de zorg dan volledig worden vrijgegeven.’²⁷

Op grond van een ambtelijk ontwerpvoorstel Wet Herpositionering taken NZa en deregulering (inclusief memorie van toelichting) heeft een consultatie plaatsgevonden met betrekking tot de beoogde overgang van bevoegdheden.²⁸ Hieruit volgt dat de AMM-bevoegdheid mogelijk wordt uitgebreid met additionele verplichtingen (leveringsverplichting en verplichting voor

een zorgaanbieder om een consument gebruik te kunnen laten maken van een andere zorgaanbieder) en dat de reikwijdte van zorgspecifieke fusietoets mogelijk wordt aangepast.²⁹ De wetgever verwacht een efficiënter markttoezicht in de zorg, omdat ACM meer ervaring heeft in de toepassing van het mededingingsinstrumentarium. Efficiënt zou het ons inziens evenwel zijn om deze bevoegdheden simpelweg te schrappen en alleen het algemene mededingingsrecht toe te passen in de zorgsector. Het nut en de noodzaak van zowel de (formele en niet inhoudelijke) zorgspecifieke fusietoets als het AMM-instrumentarium³⁰ is allerminst evident, temeer nu ACM reeds beschikt over haar eigen fusietoets en emp-instrumentarium.³¹ Het is ons inziens wel een goede zet dat de beschikbare zorgcapaciteit bij ACM wordt uitgebreid met 20 fte en de capaciteit van de NZa voor de zorgspecifieke fusietoets en het aanmerkelijke marktmachtinstrument wordt overgeheveld naar ACM. Wij verwachten dat dit het mededingingstoezicht in de zorg ten goede zal komen.

Taskforce Zorg

ACM heeft vooruitlopend op de komst van deze NZa-bevoegdheden de *Taskforce Zorg* opgericht.³² De Taskforce Zorg is ‘een tijdelijke organisatorische eenheid binnen ACM-organisatie die verantwoordelijk is voor de uitvoering van het markttoezicht van ACM in de zorgsector’. Fonteijn heeft eerder aangegeven zorg een hoofdstuk apart te vinden en met de Taskforce Zorg geeft hij hier dus ook organisatorisch handen en voeten aan. Fonteijn: ‘Zorg is wel een hoofdstuk apart voor mij. Toen ik voorzitter van ACM werd, vond ik “zorg en mededinging” het moeilijkste thema.’³³ De taskforce dient ervoor te zorgen dat ACM beter in staat zal zijn de mededinging in de zorgsector met al zijn complexiteit te waarborgen. Dit lijkt niet overbodig gezien het in de

25. *Stcrt.* 2015, 583. Met de inwerkingtreding van het nieuwe protocol vervallen (1) het eerdere samenwerkingsprotocol tussen de NMa en de NZa en (2) de afspraken tussen de staatssecretaris van Economische Zaken en NZa over de wijze van samenwerking tussen de Consumentenautoriteit en de NZa.
26. Op 6 februari 2015 heeft minister Schippers de Tweede Kamer bericht dat het sectorspecifieke markttoezicht (de zorgfusietoets en het instrument van de aanmerkelijke marktmacht) over zal gaan van de NZa naar ACM (brief van 6 februari 2015, ‘Kwaliteit loont’, kenmerk 723296-133115-Z). Vgl. M.Ph.M. Wiggers, *De NMa en de NZa in de curatieve zorgsector: een toetsing aan het Europees Mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 379 e.v.
27. *Kamerstukken II* 2003/04, 29324, nr. 1, p. 6.
28. Het voorstel en andere relevante stukken zijn te raadplegen via: <www.internetconsultatie.nl/wet_herpositionering_taken_nza_en_deregulering>.

29. De ondergrens van de zorgspecifieke fusietoets zou moeten gaan aansluiten bij de systematiek van de Mededingingswet, hetgeen een aanzienlijke verbetering is ten opzichte van de ondergrens van een betrokken zorgaanbieder die doorgaans met ten minste vijftig personen zorg doet verlenen.
30. Zie uitgebreid M.Ph.M. Wiggers en J.J.M. Sluijs, ‘Menzis – Apotheek Van Dalen’, *M&M* 2011/4, p. 148-149. Zie ook M.Ph.M. Wiggers en J.J.M. Sluijs, ‘CBb-trilogie: Apotheek Van Dalen – NZa (en Menzis)’, *M&M* 2012/6, p. 215: ‘De beperkte inzet van de AMM-bevoegdheden doet de vraag rijzen wat het nut en de noodzaak van de AMM-bevoegdheden zijn. Dit geldt temeer als wordt bedacht dat de NMa waarschijnlijk ook haar misbruikbevoegdheden had kunnen inzetten tegen Van Dalen, waarvan bovendien een grotere afschrikwekkende werking uitgaat. De NMa kan immers, anders dan de NZa, direct overgaan tot het opleggen van boetes bij misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mw)’. Het AMM-begrip vindt zijn oorsprong in het begrip (economische) machtspositie uit het algemene mededingingsrecht (zie bijvoorbeeld NZa-document Consultatie AMM in de Zorg 2006, p. 22) als gevolg waarvan er een overlap van de NMa- en NZa-bevoegdheden mogelijk is.
31. Zie uitgebreid M.Ph.M. Wiggers, *De NMa en de NZa in de curatieve zorgsector: een toetsing aan het Europees Mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 367 e.v.
32. *Stcrt.* 2015, 39889, ‘Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging ACM werkzaamheden Taskforce Zorg’.
33. M.L. Louise en M.Ph.M. Wiggers, ‘Interview met Van Diemen-Steenvoorde, Ruys en Fonteijn’, in: M.Ph.M. Wiggers en W. Oostwouder (red.), *Handboek compliance in de Zorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 131-144.

inleiding reeds gememoreerde povere *track record* van ACM voor de rechter in zorgzaken, waar dit jaar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake *LHV* aan kan worden toegevoegd.

Werkwijze openbaarmaking

ACM heeft een nieuwe *Werkwijze openbaarmaking* gepubliceerd.³⁴ Anders dan onder de oude *Werkwijze communicatie, ACM*³⁵ maakt ACM voortaan eerst zelf een openbare versie van een te publiceren sanctiebesluit, en stuurt deze aan de betrokken partij. Deze partij krijgt de gelegenheid om te reageren op deze versie. Als zij meent dat er nog steeds vertrouwelijke informatie in staat, dan kan zij dat gemotiveerd aangeven. ACM maakt naar aanleiding van die reactie een nieuwe openbare versie en stuurt die samen met een openbaarmakingsbesluit naar de betrokken partij. Zij publiceert de publieke versie op zijn vroegst tien werkdagen hierna op haar website, zodat de adressant nog de tijd heeft om rechtsmiddelen tegen het openbaarmakingsbesluit aan te wenden.

Algemene begrippen

Begrip onderneming

Op 6 juni 2013 heeft ACM de *ACM-lijn maatschappen en ziekenhuizen* (hierna de ‘ACM-lijn’) gepubliceerd. Deze lijn houdt in dat ACM een maatschap van medisch specialisten en een ziekenhuis in de regel zal beschouwen als een economische eenheid, dus als één onderneming. Concreet betekent dit dat ACM fusies van individuele specialistenmaatschappen ziet als een samenwerking tussen de verschillende betrokken ziekenhuizen, die moet worden getoetst aan het kartelverbod uit artikel 6 van de Mededingingswet en dus niet als concentratie.³⁶ In de ACM-lijn staat vermeld dat de invoering van integrale bekostiging van medisch specialistische zorg die gepland stond voor 2015 (en inderdaad in 2015 is ingevoerd) er mogelijk toe zou kunnen leiden dat maatschappen ervoor kiezen om meer los van ziekenhuizen te opereren, bijvoorbeeld om te voldoen aan de vereisten van het fiscaal ondernemerschap. Dit zou aanleiding kunnen vormen voor een aanpassing van de ACM-lijn. Die aanleiding blijkt ACM nu inderdaad te zien. In haar *Aanpassing* van 18 september 2015 geeft ACM ziekenhuizen en specialistenmaatschappen evenwel weinig richting. ACM vermeldt niet meer dan dat van geval tot geval moet worden nagegaan of de ACM-lijn nog wel van toepassing is. Zij onderscheidt drie soorten modellen waarin de integrale bekostiging kan worden vormgegeven: (1) het ‘loondienstmodel’ (medisch specialisten zijn in loondienst van het zieken-

huis); (2) het ‘samenwerkingsmodel’ (een Medisch Specialistisch Bedrijf (MSB) sluit een samenwerkingsovereenkomst met het ziekenhuis voor de diensten die het levert) en (3) het ‘participatiemodel’ (een MSB participeert in het ziekenhuis). In het loondienstmodel blijft de oude ACM-lijn onverkort van toepassing. Of de ACM-lijn in de beide andere modellen nog van toepassing is ‘moet worden bepaald op basis van de inhoud van de contracten en de economische relaties die het MSB en een ziekenhuis met elkaar hebben’. Hiermee is dus eigenlijk geen sprake meer van een daadwerkelijke beleidslijn, maar van *ad hoc-beleid*. Het had voor de hand gelegen dat ACM iets meer houvast had geboden, door op zijn minst aan te geven op basis van welke factoren kan worden bepaald of de ACM-lijn wel of niet op een concrete situatie van toepassing is. Ten aanzien van het participatiemodel voegt zij dan nog wel toe dat indien

‘een MSB beslissende invloed [bedoeld zal zijn zeggenschap in de zin van het concentratietoezicht] krijgt op de strategische beslissingen en het commerciële/economische gedrag van het ziekenhuis (...) de participatie van een MSB in een ziekenhuis mogelijk als concentratie [moet] worden gemeld bij de NZa en ACM’.

ACM stuurt de lezer echter vervolgens weer het bos in met de opmerking dat dit afhangt van onder meer ‘de situatie die bestond vóór de wijziging’. Op welke situaties zij doelt, maakt ACM immers weer niet duidelijk. Hopelijk biedt ACM op korte termijn wél de voor de sector wenselijke duidelijkheid, bijvoorbeeld via (een) informele zienswijze(n) over (een) concrete situatie(s).

Begrip relevante markt

Een discussie over de relevante markt wordt onder meer gevoerd in de *Leesmappen*-zaak. In antwoord op de aangevoerde bezwaren overweegt ACM onder meer dat aan het afbakenen van de relevante markt in het kader van het mededingingsrecht geen zelfstandige betekenis toekomt. Volgens ACM is het voldoende als de markt is bepaald met een zodanige precisie dat ACM in staat is de potentiële gevolgen voor de mededinging vast te stellen.³⁷ Men kan zich de vraag stellen hoe dit standpunt zich verhoudt tot de hierna te bespreken *LHV*-zaak, waarin de rechtbank hoge eisen stelt aan het door ACM uit te voeren contextonderzoek.

Kartelverbod

Mededingingsbeperking

In de *Leesmappen*-zaak maakt ACM korte metten met het betoog van de bezwaarmakers dat de afspraken er niet toe strekten de mededinging te beperken, omdat er geen of nauwelijks overlap zou bestaan tussen de werk-

34. *Stct.* 2015, 21331.

35. *Stct.* 2013, 15785.

36. Voor een bespreking zie R.R. Croes, M. Duman en M. Mikkers, ‘Regio-maatschappen in de zorg’, *M&M* 2014/1, p. 15-25 en M.L. Louisse, ‘Maatschappen van medisch specialisten en “hun” ziekenhuis: één onderneming? Recente concentratiebesluiten van ACM nader bekeken’, *MP* 2013/3, p. 116-120.

37. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 144.

gebieden van de betrokken partijen. Dit geldt ook voor het betoog dat voor het uitruilen van klanten een economische noodzaak bestond.³⁸ ACM verwijst naar de uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken *T-Mobile/NMa*³⁹ en *Groupement des cartes bancaires/Commissie*,⁴⁰ en overweegt dat de betrokken ondernemingen door onderling hun werkgebieden en klanten te verdelen, alsmede door hun klanten onderling uit te ruilen, de tussen hen bestaande mededinging in hoge mate hebben uitgeschakeld. Volgens ACM bestond er een wezenlijke overlap tussen de werkgebieden van de betrokken partijen en waren alle bij de afspraken betrokken leesaondernemingen *a priori* concurrenten van elkaar. Ook het betoog dat de afspraken moeten worden gezien als een franchiseovereenkomst, en op grond van de uit 1988(!) daterende groepsvrijstelling voor franchiseovereenkomsten waren vrijgesteld van het kartelverbod, vindt geen genade in de ogen van ACM. De afspraken betroffen volgens ACM niet de overdracht van knowhow en waren niet bedoeld om nieuwe distributeurs/verkopers in staat te stellen de markt te betreden. Volgens ACM betrof het een puur horizontale samenwerking tussen concurrerende ondernemingen.

Op 25 juni 2015 heeft ACM twee producenten van industriële natuurazijn, *Carl Kühne KG en De Burg*,⁴¹ boetes opgelegd voor het maken van afspraken over offertes voor natuurazijn voor zeven afnemers en de uitwisseling van prijs- en volumegegevens in Nederland van 18 januari 2001 tot en met juli 2012 (één enkele inbreuk). Meer specifiek bestonden de verboden gedragingen uit het onderling in stand houden van een aantal bestaande klantrelaties (niet-gedeelde klanten) en van de volumeverhoudingen bij gedeelde klanten. De gedragingen kwalificeren als een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van het Nederlandse en Europese kartelverbod. Fonteyn: 'Doordat deze twee producenten van natuurazijn kartelafspraken maakten over de offertes voor een aantal klanten, werd er niet geconcurrereerd tussen de bedrijven. Dit is een kartel dat zeer ernstig is. Daarom leggen we ook stevige boetes op.'⁴² De boetes van Kühne respectievelijk De Burg bedroegen € 4,6 miljoen en € 1,8 miljoen. De boetes zijn met 10 procent verminderd vanwege medewerking aan een vereenvoudigde afdoening van het rapport. Kühne had bovendien op 14 november 2012 clementie gevraagd en krijgt op basis daarvan boete-immuniteit (categorie A).

Highlight 4. In de beroepszaak van de Landelijke Huisartsenvereniging (LHV)⁴³ tegen het besluit op bezwaar dat in onder meer de vorige editie van deze kroniek is besproken,⁴⁴ bevestigt de Rechtbank Rotterdam nog maar eens dat een mededingingsautoriteit niet mag concluderen dat een gedraging strekt tot beperking van de mededinging zonder een gedegen marktonderzoek te hebben uitgevoerd. De rechtbank overweegt allereerst dat uit vaste rechtspraak volgt dat bij de beoordeling van een besluit van een ondernemersvereniging naar zijn aard de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat het kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben, moet worden gelet op de bewoordingen, op de bedoeling en op de economische en juridische context ervan. Bij de beoordeling van de juridische en economische context dient ook rekening te worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten. Wanneer is vastgesteld dat een besluit van een ondernemersvereniging de strekking heeft de concurrentie te verhinderen, te beperken of te vervalsen, behoeft op de concrete gevolgen van het besluit geen acht te worden geslagen.⁴⁵ Concreet toegepast op de casus in de *LHV*-zaak constateert de rechtbank dat ACM onvoldoende onderzoek naar de compenserende vraagmacht van de zorgverzekeraars heeft verricht. Indien een huisarts geen contract met een zorgverzekeraar afsluit, komt dit hem te staan op een inkomstendering van circa 10 procent. Uit de verklaringen van de zorgverzekeraars blijkt volgens de rechtbank dat het per zorgverzekeraar verschilde in hoeverre zij de gevestigde huisartsen bij hun contractbeleid betrokken. De rechtbank concludeert daarom dat onvoldoende is komen vast te staan dat de huisartsen ten tijde van de gestelde inbreuk een dermate sterke positie hadden ten opzichte van de zorgverzekeraars, dat zij via het vestigingsbeleid hun wil konden opleggen aan de verzekeraars. De rechtbank is dan ook van oordeel dat het vestigingsbeleid, gelet op de bewoordingen, de bedoeling en de economische context, geen deugdelijk middel vormt met de strekking de mededinging te beperken. De rechtbank geeft ACM daarbij geen kans om via nieuw onderzoek dit zorgvuldigheids- en motiveringsgebrek alsnog te herstellen. Zij constateert dat geen sprake is van een gebrek dat zich leent voor herstel. De rechtbank doet de zaak daarom zelf af en scheldt de aan de LHV opgelegde boete integraal kwijt.

De *LHV*-uitspraak komt in een jaar dat ACM ook diverse beleidsregels en -visies uitbrengt over de huis-

38. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 123-125.

39. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile/NMa*, ECLI:EU:C:2009:343.

40. HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires/Commissie*, ECLI:EU:C:2014:2204.

41. ACM 11 augustus 2015, zaak 14.0705.27 (*Kühne en De Burg*). Voor een annotatie zie Ch.R.A. Swaak en J.S. Mennema, 'Het natuurazijnkartel: beboeting van "feitelijk leidinggevend" en "vereenvoudigde afdoening"', *M&M* 2015/6, p. 216-219.

42. Zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14614/ACM-beboet-producenten-natuurazijn-voor-kartelafspraken>.

43. Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352.

44. ACM 3 februari 2014, besluit op bezwaar in zaak 6888 (*LHV*). Voor een uitgebreide annotatie zie M.Ph.M. Wiggers, R.A. Struijlaart en J. Ruigewaard, 'Annotatie Landelijke Huisartsen Vereniging', *M&M* 2014/4, p. 149-157.

45. De rechtbank verwijst onder meer naar de uitspraak van het CbB van 6 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8820, het arrest van het HvJ EU in zaak C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, ECLI:EU:C:2013:160 en het arrest in de zaak *CB/Commissie of Groupement des cartes bancaires/Commissie*; zie over die laatstgenoemde zaak bijvoorbeeld: R. Wesseling, 'De EU-rechter denkt *in-the-box*', *M&M* 2015/1, p. 1-3.

artsenzorg en de eerstelijnszorg in het algemeen. Zo publiceerde ACM op 19 september 2015 naar aanleiding van een Kamerbrief⁴⁶ haar *Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in de eerste lijn*. De kern van die uitgangspunten is dat ACM in beginsel niet optreedt tegen afspraken tussen eerste lijnszorgaanbieders, tenzij zij signalen ontvangt dat samenwerking schadelijk is voor patiënten en/of verzekerden. Enkele maanden eerder, op 3 juni 2015, gaf ACM al haar visie op enkele praktijksituaties in de huisartsenzorg.⁴⁷

Artikel 6 lid 3 Mw

De zienswijze die ACM heeft uitgebracht over de beoogde duurzaamheidsafspraken in het kader van de Kip van Morgen deed veel stof opwaaien.⁴⁸ Samengevat beogen deze afspraken tussen vertegenwoordigers van de pluimveesector, de vleesverwerkende industrie en supermarktsector een einde te maken aan de 'plofkip'. De supermarkten beloven enkel nog kip in te kopen die voldoet aan de minimumeisen van de afspraken. ACM concludeert dat de afspraken een mededingingsbeperking met interstatelijk effect opleveren en daarom onder artikel 101 lid 1 VWEU vallen. ACM toetst vervolgens aan de vier voorwaarden voor ontheffing uit het derde lid van artikel 101 VWEU. ACM concludeert dat de beoogde afspraken geen verbetering van de productie opleveren. Uit een rapportage van het economisch bureau van ACM zou volgen dat consumenten maar een gering bedrag overhebben voor de dierenwelzijnsmaatregelen uit de afspraken. Voor de totale voordelen van de Kip van Morgen zou de consument 82 cent per kilogram kipfilet over hebben, terwijl de meerprijs € 1,46 per kilogram kipfilet bedroeg. ACM concludeert dat de kosten daarmee de baten overstijgen. Daarmee kan volgens ACM per definitie geen sprake zijn van een billijk aandeel in de voordelen voor gebruikers. Evenmin acht ACM de afspraken noodzakelijk en proportioneel. Zij verwerpt de gedachte dat sprake zou zijn van een 'first mover disadvantage', ofwel dat een supermarkt uit vrees voor verlies aan marktaandeel geen autonome maatregelen zou willen nemen die verder gaan dan de afspraken. De marktdynamiek is volgens ACM dusdanig dat consumenten een supermarkt die maatregelen neemt op het gebied van dierenwelzijn juist zouden belonen en bereid zouden zijn de meerprijs van die verdergaande maatregelen te betalen. ACM lijkt zichzelf hier overigens tegen te spreken. Bij de bespreking van de eerste voorwaarde stelt zij vast dat consumenten bereid zouden zijn om maar liefst € 12 extra neer te tellen per kilogram kipfilet die voldoet aan de eisen van het 1 ster Beter Leven

keurmerk van de Dierenbescherming. Dat is meer dan die kipfilet daadwerkelijk kost. Dit Beter Leven keurmerk stelt aanzienlijk strengere eisen aan het dierenwelzijn dan de Kip van Morgen. In één adem concludeert ACM echter ook dat deze kipfilet geen groot marktaandeel heeft. Dit lijkt erop te wijzen dat consumenten de bereidheid om meer te betalen voor diervriendelijk geproduceerd vlees voornamelijk met de mond belijden, maar als het erop aankomt niet dienovereenkomstig handelen en de portemonnee trekken. Een 'first mover disadvantage' kan dan wellicht tóch optreden en het gevolg van het standpunt van ACM zou dan kunnen zijn dat maatregelen op het gebied van dierenwelzijn geheel uitblijven. ACM concludeert evenwel dat de markt 'niet in staat lijkt de voordelen (...) goed over te brengen aan de consument'. Wat daarvan de oorzaak is, laat zij in het midden. Ten slotte stelt ACM vast dat er slechts beperkte restconcurrentie overblijft van kleinere supermarkten, slaggers en poeliers.

Geen concurrenten

ACM heeft op een verzoek van *Vereniging Santeon* aangegeven dat de samenwerking op het gebied van borstkankerzorg tussen zes topklinische ziekenhuizen is toegestaan, omdat de ziekenhuizen op basis van de herkomstcijfers op het gebied van borstkankerzorg geen concurrenten van elkaar zijn.⁴⁹ ACM heeft ook gekeken of het gezamenlijk onderhandelen van de topklinische ziekenhuizen met de zorgverzekeraars over (een gestandaardiseerde aanpak van) borstkankerzorg zou kunnen leiden tot negatieve effecten voor patiënten. ACM concludeert – mede na raadpleging van Zorgverzekeraars Nederland – dat hiervan geen mededingingsbeperkend effect uitgaat. ACM wijst er evenwel op dat als zich in de toekomst wijzigingen voordoen die van invloed zijn op het oordeel van ACM, zoals uitbreiding van de deelnemende topklinische ziekenhuizen, dit aanleiding voor ACM kan zijn om nogmaals naar de samenwerking te kijken. De topklinische ziekenhuizen moeten met andere woorden dus zelf ook blijven monitoren of zij niet onder het kartelverbod komen te vallen als gevolg van gewijzigde feiten en omstandigheden.

Merkbaarheid

In de beroepszaak inzake *Wmo Friesland*⁵⁰ betoogt appellante De Friese Wouden dat vooroverleg bij een aanbesteding met slechts één andere inschrijver niet concreet geschikt is om de mededinging te beperken, indien op elk perceel van de betreffende aanbesteding nog ongeveer twaalf andere partijen inschrijven. De rechtbank interpreteert deze beroepsgrond als een beroep op een gebrek aan merkbaarheid van de litigieuze gedraging en concludeert dat wel degelijk sprake is van een merkbare mededingingsbeperking. De rechtbank overweegt daarbij dat in de betreffende aanbestedingen per perceel werd gegund aan drie tot vijf inschrijvers.

46. Brief van de minister van VWS aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 10 maart 2015, *Kamerstukken II 2014/15*, 29689, nr. 593.

47. Reactie ACM op praktijksituaties in huisartsenzorg, zie: <www.acm.nl/publicaties/publicatie/14325/Reactie-ACM-op-praktijksituaties-in-huisartsenzorg>.

48. Zie alleen al in dit tijdschrift: A. Gerbrandy, 'Informeel oordelen, de koning van Frankrijk, Khaleesi en Frank Underwood', *M&M* 2015/2, p. 89-90, A. Gerbrandy, 'De Kip als symptoom', *M&M* 2015/6, p. 214-215 en R. Wesseling, "'Polder-Plus"-model: oplossing "Kip van Morgen" ligt niet bij ACM maar bij minister', *M&M* 2015/6, p. 220-221.

49. ACM 19 mei 2015, zaak 15.0482.15 (*Borstkankerzorg Santeon-ziekenhuizen*).

50. Rb. Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2912 (*De Friese Wouden/ACM*).

Verder acht de rechtbank niet aannemelijk dat alle potentiële gegadigden zouden inschrijven en overweegt zij dat diverse concurrenten veel kleiner waren dan de beide inschrijvers die vooroverleg zouden hebben gevoerd. Verder zou het bestek zittende aanbieders als De Friese Wouden bevoordelen. Het afstemmen van inschrijf- en prijsbeleid beperkt onder die omstandigheden de mededinging, aldus de rechtbank.⁵¹

Bagateldrempel

In de *Leesmappen*-zaak oordeelt de Adviescommissie dat de bagatelbepaling van artikel 7 lid 2 Mw, zoals die luidt vanaf 3 december 2011, van toepassing is. Dit betekent dat de afspraken – die naar het oordeel van ACM duurden van 30 maart 2004 tot en met 30 augustus 2012 – vrijgesteld zouden zijn van het kartelverbod wanneer het gezamenlijke marktaandeel van partijen niet groter is dan 10 procent. ACM gaat hier niet in mee. Volgens ACM is zij in dit geval niet verplicht de gunstigere bepaling van artikel 7 lid 2 Mw toe te passen, omdat bij de wijziging van artikel 7 lid 2 Mw alleen de strafbaarstelling en niet de strafmaat is gewijzigd. Verder acht ACM relevant dat de overtreding zich voor het overgrote deel (meer dan 90 procent) heeft voorgedaan voor de inwerkingtreding van het nieuwe artikel 7 lid 2 Mw (3 december 2011).⁵²

Besluit van een ondernemersvereniging

In de reeds genoemde *LHV*-uitspraak⁵³ verwerpt de Rechtbank Rotterdam de stelling van de LHV dat haar vestigingsbeleid niet kwalificeert als een besluit van een ondernemersvereniging. De rechtbank concludeert dat de LHV de getrouwe wil had om het gedrag van haar leden ter zake te coördineren. Onder meer omdat aan een notitie over het vestigingsbeleid de status ‘besluitvormend’ was toegekend, komt de rechtbank tot die conclusie. Tevens is de rechtbank van oordeel dat in voldoende mate is komen vast te staan dat de bewuste aanbevelingen zijn gecommuniceerd aan de leden van de LHV. Uit het dossier blijkt volgens de rechtbank verder dat de aanbevelingen ter zake van vestiging in een aantal gevallen werden gezien als beleid, oftewel als gedragslijn voor de verwezenlijking van bepaalde doelstellingen, en als richtinggevend/goedkeurend in de regio’s, door huisartsenkringen, huisartsengroepen en individuele huisartsen.

Enkele voortdurende inbreuk

Het beginsel van de enkele voortdurende inbreuk komt aan de orde in de *Leesmappen*-zaak. In dit geval vonden de verboden afspraken hun oorsprong in een inkoopovereenkomst uit 2004 (waarbij tevens respect voor elkaars klantenbestand werd overeengekomen en verschillende gebiedsafspraken werden gemaakt), die vervolgens in 2010 werd uitgebreid met een aantal nieuwe deelnemers. De afspraken uit 2010 hielden in eerste

instantie in dat partijen niet elkaars klanten via colportage zouden werven, en werden later uitgebreid naar werwing via andere kanalen. ACM verwijst naar de jurisprudentie van het Gerecht (onder meer in de *Trelleborg*- en *Duravit*-zaak) en van de Rechtbank Rotterdam (in de *Zilveruijen*-zaak) en overweegt dat de afspraken complementair waren aan de primaire doelstelling: rust in de markt door het behoud van het eigen klantenbestand. Het gegeven dat niet dezelfde ondernemingen aan de verschillende gedragingen hebben deelgenomen en dat de gedragingen niet vergelijkbaar en van verschillende duur waren, is op zichzelf beschouwd niet voldoende om de kwalificatie als één enkele inbreuk in twijfel te trekken. In antwoord op het betoog van een aantal partijen dat zij niet betrokken waren bij bepaalde elementen van de afspraken, verwijst ACM naar het arrest *Verhuizingen Coppens* van het Hof van Justitie.⁵⁴ Hierin is vastgesteld dat indien de onderneming niet rechtstreeks heeft deelgenomen aan een gedraging die deel uitmaakt van de ‘één voortdurende overtreding’, deze onderneming niettemin aansprakelijk kan worden gehouden voor de enkele voortdurende afspraak indien de onderneming in kwestie de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden. Volgens ACM is in dit geval aan die voorwaarden voldaan.⁵⁵

Beboeting private equity

In de vorige editie van deze kroniek⁵⁶ hebben wij de beboeting van investeringsmaatschappijen voor kartelgedrag van hun dochters als een van de *highlights* van 2014 aangemerkt. In 2015 bleef dit novum voor de Nederlandse mededingingspraktijk de gemoederen flink bezighouden. De discussie die over deze besluiten⁵⁷ is gevoerd⁵⁸ gaf bijvoorbeeld aanleiding tot een toespraak van Fonteijn bij de Vereniging voor Participatiemaatschappijen op 14 september 2015. In deze speech doet Fonteijn een omineuze waarschuwing uitgaan naar de sector: deze moet rekening houden met meer en hogere boetes.

‘Wij kijken niet “ineens” naar investeringsmaatschappijen. U staat al langer op ons netvlies. Dat komt ook door uw verantwoordelijkheid en positie in de economie. Wij zijn niet de enige die u op het netvlies heeft. De Europese Commissie kijkt ook naar investerings-

51. Rb. Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2912 (*De Friese Wouden/ACM*), r.o. 7.1-7.3.

52. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 156.

53. Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352.

54. HvJ EU 6 december 2012, zaak C-441/11 P, *Commissie/Verhuizingen Coppens*, ECLI:EU:C:2012:778.

55. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 101-102.

56. M.Ph.M. Wiggers, R.A. Struijlaart en M.G.A.M. Custers, ‘Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2014’, *M&M* 2015/2, p. 70-88.

57. ACM 20 november 2014, zaak 6306, 6306_20/216_OV (m.b.t. CEEL-CVC) en ACM 20 november 2014, zaak 6306, 6306_20/217_OV (m.b.t. Bencis).

58. Zie naast de vorige editie van deze kroniek bijvoorbeeld P. van den Berg en J. ten Cate, ‘Meelzaak – beperking aansprakelijkheid investeringsmaatschappijen door ACM’, *M&M* 2015/3, p. 117; M.G.A.M. Custers en G. de Jong, ‘Het toerekeningsleerstuk: recente ontwikkelingen in de EU en Nederland’, *MP* 2015/4, p. 15-20 en J.I. Kohlen en J.W. van Rookhuijzen, ‘Boetes in het meelkartel voor investeringsmaatschappijen?!’, *Juridisch up to Date* 2015/4, p. 9-12.

maatschappijen. (...) U heeft wellicht ook gezien dat de boetes die we de investeringsmaatschappijen hebben opgelegd bescheiden zijn. Dat kan in de toekomst anders uitpakken.’

Deze toespraak dateert drie dagen na het besluit op bezwaar inzake Bencis (dat overigens pas op 20 oktober 2015 is bekendgemaakt). Dit besluit bevestigt nog duidelijker dan de in de vorige editie van deze kroniek besproken primaire besluiten, dat het verschil tussen (quasi) 100 procent-relaties⁵⁹ tussen moeder en dochter en overige situaties in de beschikkingspraktijk van ACM lijkt te vervagen en wellicht zelfs bijna semantisch wordt. In geen van beide situaties zou dan noodzakelijk zijn dat ACM (of een andere bevoegde mededingingsautoriteit) aantoont dat de moedermaatschappij ook maar enige sturing aan het marktgedrag (laat staan het specifiek als inbreuk op het mededingingsrecht aangemerkt gedrag) van de dochter heeft gegeven. Zeggenschap in de zin van het concentratietoezicht volstaat.

De bezwaarprocedure van Bencis levert voornamelijk een herhaling van zetten op en resulteert uiteindelijk in een afwijzing van alle door Bencis naar voren gebrachte bezwaren. ACM blijft bij haar standpunt dat, om aansprakelijkheid van een moedermaatschappij aan te tonen, volstaat dat deze in staat was geweest om het gedrag van de inbreukmakende vennootschap te bepalen. Dat het kartelgedrag ook daadwerkelijk is bepaald, acht ACM niet noodzakelijk. ACM betoogt verder dat er ten aanzien van private equity-bedrijven geen andere toets heeft te gelden. ACM overweegt dat het feit dat een investeringsmaatschappij enkel op korte termijn de resultaten van de dochteronderneming wil verbeteren met het oog op een doorverkoop, juist impliceert dat deze moedermaatschappij zich wél moet mengen in de bedrijfsvoering van de dochteronderneming. ACM meent in dit kader dat doeltreffend en nauwgezet toezicht meer garanties geeft voor een hogere winstgevendheid dan een niet-interventionistisch beleid.⁶⁰ Zelfs is niet noodzakelijk dat een gebrek aan wetenschap van dit kartelgedrag het gevolg is van verwijtbare nalatigheid. Indien er een economische eenheid is (lees: uitsluitende zeggenschap door de moedermaatschappij), dan kan er in alle situaties worden toegerekend.⁶¹ De vraag dringt zich daarbij wel op hoe ACM dit dan voor zich ziet in het geval van CEEL/CVC.⁶² Zoals in de vorige editie van deze kroniek is toegelicht, had CEEL slechts negatieve zeggenschap over Meneba (zij kon besluiten nemen, maar niet doordrukken). De vraag is opportuun of in zo'n situatie wel sprake kan zijn van een economische eenheid.

Ook in situaties waarin de moedermaatschappij minder dan 100 procent van de aandelen bezit, kan in de visie

59. Vgl. hierover in het verslagjaar Rb. Rotterdam 9 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4885 (tweede tussenuitspraak *Paprika's*).

60. ACM 11 september 2014, besluit op bezwaar *Bencis*, randnr. 61.

61. ACM 11 september 2014, besluit op bezwaar *Bencis*, randnr. 44.

62. Het is de auteurs niet bekend of ook CEEL bezwaar heeft gemaakt. In ieder geval is dit besluit dan nog niet genomen ten tijde van de sluiting van deze kroniek, althans het besluit is nog niet openbaargemaakt.

van ACM dus worden toegerekend indien die moedermaatschappij zeggenschap bezit, zelfs al is deze enkel negatief. De auteurs vroegen zich in de vorige editie van deze kroniek al af of deze beleidslijn van ACM wel te verenigen is met de (Europese) rechtspraak.⁶³ Hierbij verdient wel opmerking dat in het bijzonder het Gerecht voorzichtig in deze – in de opvatting van de auteurs onwenselijke – richting lijkt te schuiven.⁶⁴ Het ligt in de rede dat Bencis nu naar de rechter zal stappen. Mocht deze de conclusies van ACM billijken, dan dient de vervolconclusie te luiden dat (bijna) iedere private equity-investeerder kan worden aangesproken voor eventueel kartelgedrag van zijn portfoliobedrijven. Immers: de meeste private equity-investeerders oefenen (ten minste) negatieve zeggenschap uit over de bedrijven in hun portefeuilles. Daarmee zou sprake zijn van een (semi)risicoaansprakelijkheid. Immers: zelfs indien de investeerder in kwestie maatregelen neemt om compliance bij die portefeuillebedrijven te waarborgen (complianceprogramma, scherp toezicht vanuit bijvoorbeeld de raad van commissarissen, nulmetingen enzovoort), lijkt hij – als een portefeuillebedrijf tóch in de fout gaat – in de opvatting van ACM aansprakelijk gesteld te kunnen worden voor dit kartelgedrag.

Misbruik machtspositie

Ook in 2015 is de oogst aan besluiten van ACM inzake misbruik van een economische machtspositie zeer bescheiden. Feitelijk zijn er slechts twee besluiten van ACM die specifiek zien op misbruik van een economische machtspositie. Een van die besluiten betreft een besluit op bezwaar waarin ACM haar eerdere besluit om een klacht op grond van prioritering af te wijzen, bevestigt (zie ook hierna).⁶⁵ In het andere besluit oordeelt ACM over een klacht die door de Nederlandse Vereniging voor Logopedie en Foniatrie ('NVLF') is ingediend tegen zorgverzekeraar Achmea in verband met de voorwaarden die Achmea zou stellen aan klantervaringsonderzoek door logopedisten. ACM herformuleert de klacht als gericht tegen misbruik van een economische machtspositie in de zin van uitbuiting, om vervolgens te overwegen dat uitbuitingsmisbruik slechts aan de orde is bij uitzonderlijk onbillijke tarieven of andere contractvoorwaarden. Hiervan is geen sprake omdat logopedisten kunnen kiezen voor een contract zonder of met klant-

63. M.Ph.M. Wiggers, R.A. Struijlaart en M.G.A.M. Custers, 'Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2014', *M&M* 2015/2, p. 84.

64. Vgl. Gerecht 2 februari 2012, zaak T-76/08, *DuPont/Commissie*, ECLI:EU:T:2012:46 en Gerecht 2 februari 2012, zaak T-77/08, *Dow Chemical/Commissie*, ECLI:EU:T:2012:47. Zie voor een annotatie E.H. Pijnacker Hordijk, *M&M* 2012/3, p. 129-132. Dow ging in cassatie bij het Hof van Justitie (HvJ EU 26 september 2013, zaak C-179/12 P, *Dow Chemical/Commissie*, ECLI:EU:C:2013:605), maar dat vond de gronden waarop het Gerecht tot toerekening had geconcludeerd een zaak van de feitenrechter en kwam om die reden niet toe aan een inhoudelijk oordeel. Zie ook recenter Gerecht 9 september 2015, zaak T-104/13, *Toshiba/Commissie*, ECLI:EU:T:2015:610. Toshiba heeft hoger beroep ingesteld, zaak C-623/15P.

65. ACM 30 april 2015, besluit in zaak 15.0072.53 (*Dynamic No-Break*).

ervaringsonderzoek, de meeste logopedisten hebben gekozen voor een contract zonder klantervaringsonderzoek, en de tarieven van de meetbureaus die ingeschakeld konden worden niet onredelijk hoog waren in verhouding tot de door Achmea betaalde extra vergoeding. Eind september 2015 heeft ACM bekendgemaakt dat zij een brief heeft gestuurd naar alle marktpartijen op de Nederlandse spoormarkt voor personen en goederen. In deze brief vraagt ACM de marktpartijen om voor 21 oktober 2015 te reageren op een conceptrapport van Europe Economics, waarin Europe Economics aangeeft dat er aanwijzingen zijn dat NS beschikt over een economische machtspositie en dat DB Schenker mogelijk beschikt over een economische machtspositie op deelmarkten waar goederenvervoer per weg en binnenvaartschip geen alternatief vormen. Het door ACM aan Europe Economics opgedragen onderzoek hangt samen met de implementatie van Richtlijn 2012/34/EU in de Spoorwegwet, waardoor ondernemingen met een economische machtspositie bedrijfsonderdelen zowel organisatorisch als wat betreft besluitvorming onafhankelijk moeten inrichten; ACM is aangewezen als toezichhouder op de naleving hiervan.

Het verbod van misbruik van een economische machtspositie komt – naast het kartelverbod – aan de orde in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 13 augustus 2015⁶⁶ inzake het beroep dat geldvervoerder Brink's heeft ingesteld tegen de afwijzing van haar klachten tegen Geldservice Nederland (GSN) en haar aandeelhouders ABN AMRO, ING en Rabobank.⁶⁷ Het beroep van Brink's wordt op alle punten afgewezen door de rechtbank. Op het gebied van geldverwerking hebben de deelnemende banken ieder afzonderlijk een marktaandeel van ver beneden 50 procent, zodat geen sprake is van een individuele machtspositie. Van een collectieve machtspositie van de banken is volgens de rechtbank evenmin sprake, omdat niet wordt voldaan aan ten minste een van de drie cumulatieve voorwaarden zoals door het Hof van Justitie geformuleerd in het *Airtours*-arrest: er moet een effectief mechanisme zijn voor afschrikking of vergelding bij niet-naleving van de gemeenschappelijke gedragslijn. GSN heeft zelf geen machtspositie, omdat haar marktaandeel zonder de 'captive' productie zeer bescheiden is. Op het gebied van geldtransport is weliswaar sprake van inkoopmacht van GSN, maar volgens de rechtbank blijkt niet dat die inkoopmacht is misbruikt. Daarbij overweegt de rechtbank dat het feit dat Brink's in de door GSN op onverplichte basis toegepaste aanbestedingsprocedure niet is geselecteerd, omdat zij vanwege het verzet tegen GSN onvoldoende op het criterium 'partnership' scoorde, niet als misbruik kan worden gekwalificeerd. Volgens de rechtbank is niet misbruikelijk dat GSN zich bij de aanbesteding op het standpunt heeft gesteld dat zij geen partner wil inschakelen die tegen GSN procedeert en die niet duidelijk maakt hoe na gunning desondanks in goed partnerschap

kan worden samengewerkt. Dit doet toch wel enigszins denken aan de vroegere meester die zei: 'Als je mij tegenspreekt, mag je vertrekken!'

Op 27 augustus 2015 heeft de Rechtbank Rotterdam beslist dat ACM in 2014 terecht een klacht over (onder meer) misbruik van een economische machtspositie door Buma/Stemra heeft afgewezen, en dat het door ACM ten aanzien van Buma/Stemra genomen toelegingsbesluit in stand kan blijven.⁶⁸ Het door een zelfstandige muzikant ingestelde beroep tegen de twee betreffende besluiten van ACM wordt door de rechtbank verworpen. Voor wat betreft het toelegingsbesluit merkt de rechtbank op dat ACM bij het nemen van een dergelijk besluit beoordelvrijheid toekomt, en dat een dergelijk besluit dan ook terughoudend door de rechter moet worden getoetst. Het toelegingsbesluit kan de rechterlijke toets doorstaan, onder meer omdat het belangrijkste onderdeel van de toezegging – de implementatie van een eenvoudig opt-out systeem waarmee rechthebbenden bepaalde rechtencategorieën kunnen uitzonderen of terugtrekken van de overdracht aan Buma/Stemra – volgens de rechtbank het geconstateerde mededingingsprobleem genoegzaam oplost. Ook acht de rechtbank voldoende aannemelijk dat Buma/Stemra de toezeggingen op controleerbare wijze zal naleven, zulks vanwege de aanwijzing van een onafhankelijke trustee die toeziet op de naleving en aan ACM rapporteert. Verder voorziet het toelegingsbesluit direct in een gedragsverandering en wordt een langdurige en complexe procedure over een mogelijke schending van artikel 24 Mw voorkomen. Voor wat betreft de afwijzing van de klacht oordeelt de rechtbank dat ACM voldoende onderzoek heeft gedaan naar de handelwijze van Buma/Stemra en dat het onderzoek geen aanwijzingen voor een overtreding heeft opgeleverd. Het argument van de klager dat ACM ten onrechte geen aandacht heeft gegeven aan verboden afspraken tussen Buma/Stemra en haar leden, wordt door de rechtbank snel gepasseerd. Het vooronderzoek heeft ook op dit punt geen aanwijzingen opgeleverd en klager heeft zijn stellingen terzake op geen enkele wijze toegelicht.

Het CBb wordt betrokken in de zogenoemde Chipshol-affaire wanneer door Chipshol hoger beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 21 november 2013.⁶⁹ In die uitspraak kwam de rechtbank tot het oordeel dat ACM terecht een klacht van Chipshol tegen de Luchthaven Schiphol wegens misbruik van een economische machtspositie had afgewezen. Het bijzondere van de zaak is dat het misbruik van Schiphol zou bestaan in het beïnvloeden van overheidsbesluiten en -procedures en het instellen van procedurele acties, waardoor Chipshol als belangrijkste (potentiële) concurrent is uitgesloten van de markt voor luchthavengebonden gebiedsontwikkeling. Het gaat dus om uitsluitingsgedrag door middel van hinderlijke procesvoering in de zin van het *ITT Promedia*-arrest van

66. Rb. Rotterdam 13 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5805.

67. Zie ook M.Ph.M. Wiggers, R.A. Struijlaart en M.G.A.M. Custers, 'Krooniek Nederlands mededingingsrecht 2014', *M&M* 2015/2, p. 78.

68. Rb. Rotterdam 27 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6080.

69. Rb. Rotterdam 21 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9069.

het Gerecht.⁷⁰ Het CBb gaat in zijn beoordeling uit van het – door Chipshol in hoger beroep niet bestreden – toetsingskader als toegepast in de zaak *ITT Promedia*.⁷¹ Het CBb concludeert in de eerste plaats dat uit de feiten en omstandigheden volgt dat de procesvoering van Schiphol bedoeld was om haar luchtvaartbelangen te behartigen en niet uitsluitend diende om Chipshol te ‘tergen’. Daarmee is reeds niet voldaan aan de eerste voorwaarde van *ITT Promedia* om misbruik te kunnen vaststellen. Of het rechtsgeding deel uitmaakt van een plan dat ertoe strekt de mededinging uit te schakelen – de tweede voorwaarde van *ITT Promedia* – laat het CBb verder buiten beschouwing.⁷²

Helemaal aan het einde van het jaar, op 22 december 2015, heeft het CBb een (naar het zich laat aanzien) definitieve klap gegeven op het sinds 2003 (!) voortlepende geschil tussen de Vereniging van Reizigers (VvR) en KLM en SLM over de tarieven op de vliegroute tussen Amsterdam en Paramaribo.⁷³ Het CBb moest zich (opnieuw) over deze zaak buigen nadat VvR beroep had ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 17 april 2014, waarin de rechtbank oordeelde dat ACM gemotiveerd heeft onderbouwd dat er geen aanwijzingen waren voor misbruik van een economische machtspositie. Het CBb oordeelt in de eerste plaats dat het door ACM uitgevoerde marktonderzoek in combinatie met een benchmarkstudie in dit geval een geschikte manier is om te onderzoeken of er aanwijzingen zijn voor excessieve tarieven. Vervolgens oordeelt het CBb dat ACM ook terecht waarde heeft toegekend aan het feit dat Martinair er niet in is geslaagd om met toepassing van nagenoeg dezelfde tarieven op een rendabele manier tot de markt toe te treden, en dat na uittreding van Martinair ook geen nieuwe toetreding heeft plaatsgevonden. De resterende beroepsgronden van VvR berusten op onjuiste of niet bewezen feiten, of houden geen verband met de oorspronkelijke klacht, en worden door het CBb zonder veel omhaal gepasseerd.

In de *Leesmappen*-zaak wordt nog eens uitdrukkelijk overwogen – zowel door de Adviescommissie als door ACM in de beslissing op bezwaar – dat een onderneming niet ontsnapt aan toepassing van het kartelverbod indien zij zich door een dominante onderneming gedwongen voelt mee te doen aan een verboden afspraak. Zij blijft zelf verplicht om ook in die situatie de Mededingingswet na te leven.⁷⁴

In een adviesbrief aan het ministerie van Veiligheid en Justitie van 1 april 2015 uit ACM forse kritiek op de voorgenomen privatisering van Holland Casino, zoals neergelegd in het conceptwetsvoorstel *Wijziging van de Wet op de kansspelen in verband met de modernisering van het speelcasinoregime*. Ten eerste vraagt ACM zich af hoe het recht van Holland Casino om gedurende in ieder

geval vijftien jaar tien van de zestien casino's in Nederland te exploiteren zich verhoudt tot het streven om daadwerkelijke concurrentie te introduceren op de markt voor casino's, waarop Holland Casino thans een wettelijk monopolie bezit. Ten tweede is volgens ACM onduidelijk welke casino's Holland Casino moet afstoten: zij krijgt mogelijk de vrijheid ervoor te kiezen om de minst rendabele vestigingen af te stoten. Ten derde plaatst ACM vraagtekens bij de mogelijke veiling van de vergunningen van Holland Casino na de initiële looptijd. Worden al die vergunningen tegelijk met die van de andere vergunninghouders geveild, dan kan dit volgens ACM concurrentiebelemmerend uitpakken, omdat veel partijen waarschijnlijk niet op alle vergunningen zullen kunnen bieden. ACM spreekt zich er daarom voor uit dat *ex ante* meer concurrentie wordt geïntroduceerd, om te voorkomen dat Holland Casino een machtspositie behoudt op de geliberaliseerde markt. Zij acht dit doelmatiger dan *ex post* optreden onder het verbod van misbruik van machtspositie. Concreet stelt ACM voor om Holland Casino minder vergunningen te laten houden, de looptijd van de vergunningen te bekorten tot tien jaar, op objectieve en transparante wijze vast te stellen welke vergunningen Holland Casino moet afstoten en/of de vergunningen in de tweede ronde ‘getrapt’ (dus niet gelijktijdig) te veilen.

Toezeeggingsbesluiten

Zonder dat ACM zelf een toezeeggingsbesluit heeft hoeven te nemen, heeft Booking.com toegezegd ook in Nederland hoteliers de vrijheid te laten om hun kamers op andere platforms (dan Booking.com) tegen lagere prijzen aan te bieden. Dit blijkt uit een persbericht van 21 april 2015, waarin ACM aangeeft dat zij positief staat tegenover dezelfde toezeegging die Booking.com heeft gedaan in Frankrijk, Italië en Zweden. Volgens ACM leidt dit tot meer mogelijkheden voor hoteliers om te variëren in hun aanbod op de verschillende boekingsites – met meer keuzemogelijkheden voor consumenten – en naar verwachting tot meer concurrentie tussen de verschillende hotelboekingsites. In het persbericht merkt ACM op dat zij actief betrokken was bij het zoeken naar een goede oplossing in de buitenlandse zaken, en dat zij heeft afgezien van eigen onderzoek in de verwachting dat de Europese aanpak zou leiden tot het wegnemen van eventuele risico's op de Nederlandse markt.⁷⁵

In de bezwaarprocedure in de *Leesmappen*-zaak wijst ACM het verwijt dat zij de ingediende aanvraag tot het bindend verklaren van toezeeggingen niet heeft betrokken in de besluitvorming, van de hand. Daarbij overweegt ACM dat het in het concrete geval ging om een

70. Gerecht 17 juli 1998, zaak T-111/96, *ITT Promedia*, ECLI:NL:T:1998:183.

71. CBb 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:314, r.o. 3.

72. CBb 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:314, r.o. 4.3. en 4.4.

73. CBb 22 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:407.

74. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 86-97.

75. Zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14180/ACM-positief-over-Europese-oplossing-hotelboekingsite-Bookingcom>.

kartel dat jarenlang heeft geduurd, en dat het aanvaarden van toezeggingen niet doelmatig was.⁷⁶

Onduidelijk is of en hoe de hierboven reeds besproken vernietiging van het aan de LHV gerichte boetebesluit zich verhoudt tot de intrekking,⁷⁷ twee dagen eerder, van het aan de LHV geadresseerde toezeggingsbesluit uit 2012.⁷⁸ De LHV had ACM hierin beloofd dat de regionale LHV-huisartsenkringen zich in de toekomst zouden onthouden van het adviseren van hun leden omtrent het wel of niet tekenen van aan die leden door de zorgverzekeraar aangeboden huisartsenzorgcontracten. Ook beloofden zij niet met zorgverzekeraars te zullen onderhandelen over de beoogde voorwaarden in de huisartsenzorgcontracten. De LHV beloofde verder zich in de toekomst te zullen onthouden van het faciliteren van de hiervoor beschreven adviezen en onderhandelingen. Die toezeggingen hoeft de LHV nu dus niet meer na te leven. De motivering van het intrekkingbesluit is uiterst summier. ACM stelt dat de marktomstandigheden – meer bepaald de verhouding tussen zorgverzekeraars en huisartsen – inmiddels zijn veranderd (maar zegt niet hoe dan wel) en constateert een toegenomen compliancebesef aan de zijde van de LHV. Verder constateert ACM ‘dat zorgverzekeraars behoefte hebben aan enig overleg met en consultatie van huisartsen om in contracten goed te kunnen inspelen op landelijke en regionale ontwikkelingen en behoeften’. ACM verklaart zich evenwel niet nader.

Marktonderzoek

In haar rapport ‘Concurrentie op de markt voor MKB-financiering’ van juni 2015 onderzoekt ACM de markt voor MKB-financiering en komt ACM tot de conclusie dat de concurrentie tussen banken op het gebied van MKB-financiering onvoldoende is. ACM heeft de mate van concurrentie voor de periode 2007 t/m september 2014 onderzocht. De verklaringen van ACM voor de niet optimale concurrentie zijn (1) toetredingsdrempels, (2) toegenomen kapitaaleisen, (3) beperkt shop- en overstapgedrag door mkb'ers, (4) het risico op stilzwijgende coördinatie tussen banken en (5) beperkte concurrentiedruk vanuit alternatieve financieringsvormen. ACM geeft aan dat de laatste jaren de concurrentie tussen banken lijkt te zijn afgenomen. ACM leidt dit af uit het feit dat de verwachte winstmarges sinds 2011 stijgen. Over het algemeen geldt volgens ACM dat als er minder concurrentie is op een markt dat de winstmarge stijgt. ACM doet vier aanbevelingen om de markt voor MKB-financiering structureel te verbeteren: (1) verlaag de toetredingsdrempels, (2) vergroot het zoek- en overstapgedrag van mkb'ers, (3) verminder het risico op stilzwijgende coördinatie, en (4) belemmer de groei van alternatieve financieringsvormen niet.

76. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 42.

77. ACM 15 december 2015, besluit in zaak 15.1149.28.

78. Raad van Bestuur van de NMa, besluit van 4 december 2012.

Procedurele aangelegenheden

Schikking/verkorte afdoening

Highlight 2. De eerste officiële, openbare schikkingszaak van ACM is een feit. ACM lijkt voor haar schikking waar mogelijk aan te willen sluiten bij de schikkingsprocedure van de Europese Commissie.⁷⁹ *Kühne en De Burg* hebben namelijk een schriftelijke verklaring ingediend met het oog op vereenvoudigde afdoening van het rapport in ruil voor een korting van 10 procent.⁸⁰ De verklaring bevatte:

1. een erkenning van de feiten en omstandigheden en de juridische kwalificatie (dat wil zeggen een erkenning van de overtreding van het kartelverbod);
2. een duidelijke en ondubbelzinnige aanvaarding dat Kühne/De Burg overtreder zijn in de zin van artikel 5:1 Awb en dat de overtreding aan hen kan worden toegerekend (dat wil zeggen een erkenning van de aansprakelijkheid voor de overtreding);
3. een instemming met de gehanteerde toepasselijke boesystematiek en de daarop gebaseerde boete (dat wil zeggen instemming met de bepaling en de uitkomsten van de boetetoemeting);
4. een bevestiging dat Kühne/De Burg voldoende gelegenheid hebben gekregen om hun standpunt kenbaar te maken en het dossier in te zien (dat wil zeggen bevestiging dat de rechten van verdediging niet zijn geschonden).

Ook de feitelijk leidinggevend (zie hierna ook onder kopje ‘feitelijk leidinggevend’) hebben een vergelijkbare verklaring afgelegd. Het besluit is mede opgesteld aan de hand van de medewerking van Kühne en De Burg en dat zie je terug in het besluit. Het besluit is namelijk aanzienlijk korter dan de gebruikelijke sanctiebesluiten van ACM. Het besluit telt al met al slechts 18 pagina's. Verder valt op dat er slechts beperkt aandacht wordt besteed aan de feiten en omstandigheden van de overtreding. Het streven van ACM lijkt te zijn geweest om een zo formeel mogelijke omschrijving van de overtreding te geven, waarin alleen de belangrijkste feiten worden genoemd en de strikt noodzakelijke juridische kwalificaties worden gemaakt. Dit is ook niet verwonderlijk, omdat Kühne en De Burg niet zullen procederen (na hun expliciete erkenningen) tegen het sanctiebesluit. De schikking leidt derhalve niet alleen tot een vermindering van de boete met 10 procent, maar ook tot invloed op het besluit en een efficiëntere procedure voor zowel ACM⁸¹ als voor Kühne en De Burg. Onze ver-

79. Zie <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/settlements.html>>.

80. ACM 11 augustus 2015, zaak 14.0705.27 (*Kühne en De Burg*), randnr. 15.

81. Zie Ch.R.A. Swaak en J.S. Mennema, ‘Het natuurazijnkartel: beboeting van “feitelijk leidinggevend” en “vereenvoudigde afdoening”’, *M&M* 2015/6, p. 219: ‘Een opvallend verschil is dat de schikkingsgesprekken in deze zaak pas begonnen nadat de partijen een regulier rapport van ACM ontvingen. Onder het regime van de Commissie vindt het schikkingstraject in theorie plaats vóór het opstellen van de punten van bezwaar. Slaagt de schikking, dan verstrekt de Commissie een gestroomlijnde versie van de punten van bezwaar.’

wachting is dat er op korte termijn meer schikkingen zullen gaan volgen, want als er één schaap over de dam is, volgen er meer. Er zijn immers klaarblijkelijk – mede gezien de schikkingen van de Europese Commissie⁸² – in bepaalde gevallen voldoende voordelen, die opwegen tegen de evidente nadelen.

Prioritering

In de Kroniek Nederlands Mededingingsrecht 2014 is vermeld dat ACM op basis van het prioriteringsbeleid een klacht heeft afgewezen die was ingediend tegen een aantal fabrikanten van onderbrekingsvrije stoomvoorzieningen (UPS-systemen).⁸³ De klacht betrof de weigering van de betreffende fabrikanten om tegen redelijke, objectieve, transparante en non-discriminatoire voorwaarden onderdelen te leveren aan onafhankelijke serviceverleners voor onderhoud en reparatie. De klager, Dynamic No-Break, heeft tegen de afwijzing van de klacht bezwaar gemaakt. Het bezwaar wordt door ACM afgewezen.⁸⁴ Hierbij neemt ACM verschillende aspecten in overweging. ACM stelt voorop dat haar beeld van de markt – met ten minste acht fabrikanten en naast Dynamic No-Break ten minste zes andere onafhankelijke spelers – geen aanleiding geeft een economische machtspositie te veronderstellen. Het feit dat Dynamic No-Break afhankelijk is van een fabrikant, betekent volgens ACM nog niet dat de fabrikant zich onafhankelijk kan gedragen (in de zin van art. 24 Mw). Verder acht ACM onder meer relevant dat het niet (tijdig) leveren van software en onderdelen weliswaar problemen oplevert in de huidige werkwijze van Dynamic No-Break, maar de daadwerkelijke mededinging op het gebied van onderhoud en reparatie aan UPS-systemen niet uitschakelt. Niet is vastgesteld dat onafhankelijke serviceverleners hun werkzaamheden niet kunnen voortzetten. ACM houdt ook vast aan haar primaire standpunt dat het economisch belang gering is en verwerpt het betoog dat zij vanwege het uitstralingseffect naar andere after-sales markten deze zaak op zou moeten pakken. Gezien de omvang van het vereiste onderzoek en de hoge mate van onzekerheid over de uitkomst ervan, acht ACM nader onderzoek niet doelmatig. Ten slotte laat ACM niet na te vermelden dat het haar taak is de concurrentie te beschermen met het oog op het belang gemoeid met de consumentenwelvaart, en niet de concurrentiepositie van individuele bedrijven.

Op 14 oktober 2014 heeft ACM een klacht ontvangen van een paardendierenarts, Jonker,⁸⁵ uit Vorden over erkenningsregelingen EPD en EKP van Stichting Paard en erkenningsregeling CKRD, voor zover van toepassing op paardendierenartsen, van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde (KNMvD)

en de daaruit voortvloeiende (financiële) verplichtingen ten aanzien van inschrijving, registratie en (na)scholing en verzekering. Volgens Jonker gaan de afspraken van Stichting Paard en KNMvD verder dan kwaliteit van dienstverlening en hebben zij invloed op de praktijkuitoefening van paardendierenartsen en werpen zij drempels op voor toetreders. ACM heeft vooronderzoek gedaan naar mogelijke marktversturende en/of marktuitsluitende effecten, maar wijst de klacht op 19 februari 2015 af. Op basis van het vooronderzoek zou er namelijk geen sprake zijn van een ernstige mededingingsinbreuk en acht ACM ernstige gevolgen onwaarschijnlijk. ACM is mede daarom van mening dat het belang van de klacht minder zwaar weegt dan het belang van onderzoek in andere zaken. De paardendierenarts geeft zich echter niet zo maar gewonnen en is in bezwaar gegaan.⁸⁶ ACM verandert hierdoor echter niet van mening en bevestigt haar eerdere besluit.

Cautie

In de beroepszaak *Wmo Friesland* beroept De Friese Wouden zich erop dat een freelancer, die werkzaamheden heeft verricht voor de andere betrokken onderneming, Thuiszorg Zuidwest Friesland (die in de besluitvorming van ACM had berust), onder het ten tijde van de gestelde overtreding geldende recht ten onrechte de cautie was onthouden. De Friese Wouden stelt dat dit dient te leiden tot uitsluiting van haar verklaringen als bewijs. Dat de cautie onder het destijds geldende recht ten onrechte niet was verleend, was tussen De Friese Wouden en ACM niet in geschil. De rechtbank concludeert evenwel met verwijzing naar strafrechtelijke jurisprudentie⁸⁷ dat voor zover de betrokken verklaring bijdraagt aan de inkleuring van het bewijs, de geschonden norm in dit geval niet tot bescherming strekt van De Friese Wouden, maar ter bescherming van de freelancer zelf en haar eigen onderneming dient. Er hoeft dan ook in het beroep van De Friese Wouden geen rechtsgevolg te worden verbonden aan het verzuim de cautie te verlenen, aldus de rechtbank.⁸⁸

Vooringenomenheid

Het verbod van vooringenomenheid komt heel kort aan de orde in het besluit op bezwaar in de zaak *Leesmappen*. ACM verwijst naar het advies van de Adviescommissie, die heeft overwogen dat van vooringenomenheid geen sprake is. ACM is weliswaar het onderzoek gestart op basis van mogelijk onjuiste of gekleurde verklaringen van colporteurs – naar het oordeel van de bezwaarmakers zonder deze kritisch te beoordelen – maar die verklaringen zijn niet gebruikt als bewijsmiddelen die aan het besluit ten grondslag liggen.⁸⁹

82. Zie bijvoorbeeld F. Laina en A. Bogdanov, 'The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments', *Journal of European Competition Law & Practice* 2014/10, p. 717-727 en A. ter Haar, 'De Europese schikkingsprocedure voor kartelzaken', *M&M* 2012/5, p. 175-181.

83. M.Ph.M. Wiggers, R.A. Struijlaart en M.G.A.M. Custers, 'Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2014', *M&M* 2015/2, p. 80.

84. ACM 30 april 2015, besluit in zaak 15.0072.53 (*Dynamic No-Break*).

85. ACM 19 februari 2015, besluit op klacht 14.1300.53 (*Jonker versus KNMvD en Stichting Paard*).

86. ACM 16 juli 2015, besluit in zaak 14.300.53.1.01 (*Jonker versus KNMvD en Stichting Paard*).

87. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 (*Afvoerpijp*) en HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321.

88. Rb. Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2912 (*De Friese Wouden/ACM*), r.o. 10.1-10.3.

89. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 24-25.

Toegang dossier

In antwoord op het betoog van de bezwaarmakers in de *Leesmappen*-zaak dat potentieel ontlastende informatie was achtergehouden, oordeelt de Adviescommissie dat voor de bewering dat ontlastend materiaal in het overgelegde dossier ontbreekt, harde aanwijzingen moeten bestaan. ACM volgt dit advies en geeft verder aan dat zij niet verplicht is inzage te verlenen in informatie die niet is gebruikt ter onderbouwing van het bestreden besluit.⁹⁰ De vraag dringt zich op hoe die opvatting zich verhoudt tot de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak *Geïsoleerd Dubbelglas* uit 2014.⁹¹ In die zaak oordeelde de rechtbank dat een van de eiseressen zich terecht op het standpunt had gesteld dat ACM haar ten onrechte de toegang had onthouden tot clementieverklaringen over andere glasproducten dan die waarop die rechtbankprocedure betrekking had of die betrekking hadden op een andere periode. Zou de eiseres in kwestie kunnen aantonen dat die verklaringen onbetrouwbaar waren, dan zou dat ook de betrouwbaarheid van de verklaringen van dezelfde clementieverzoekers in het voorliggende dossier in twijfel kunnen trekken. Het feit dat de bewuste clementieverklaringen niet waren gebruikt ter onderbouwing van het besluit in die zaak volstond voor de rechtbank kortom niet om te kunnen concluderen dat er dus ook geen grond voor verstrekking ervan bestond.

Weigering of beperking kennisneming (art. 8:29 lid 3 Awb)

In een uitspraak van 2 december 2015⁹² inzake het meelkartel oordeelt het CBB dat de transcripties van de mondelinge verklaringen die door clementieverzoekers zijn afgelegd door ACM moeten worden verstrekt aan de beboete ondernemingen/niet-clementieverzoekers. Volgens het CBB weegt het succes van het clementieprogramma – dat volgens ACM wordt bedreigd indien zij verplicht is transcripties van de mondelinge verklaringen te verstrekken – minder zwaar dan het verdedigingsbelang. Hierbij neemt het CBB in overweging dat de inhoud van de clementieverklaringen bekend is aan de niet-clementieverzoekers (zij mochten die verklaringen inzien en zelfs overnemen) en dat de betrokkenheid van de clementieverzoekers bij de overtredingen uit andere (niet-vertrouwelijke) stukken kan worden afgeleid.

Redelijke termijn

In *Wmo Friesland* verklaart de rechtbank het beroep van De Friese Wouden op overschrijding van de redelijke termijn gegrond. De rechtbank citeert vaste jurisprudentie van het CBB,⁹³ waaruit volgt dat in redelijkheid twee jaar aan bestuurlijke besluitvorming en heroverweging in bezwaar kan worden toegerekend en anderhalf jaar aan de rechterlijke beoordeling in eerste aanleg.

Indien de redelijke termijn is overschreden, is het uitgangspunt dat de opgelegde boete met 5 procent wordt verminderd per half jaar of gedeelte daarvan dat de termijn is overschreden, met een maximum van € 5.000 per half jaar. ACM had in bezwaar de boete al met € 10.000 verminderd wegens de termijnoverschrijding in die fase. De rechtbank stelt vast dat de redelijke termijn met meer dan vierentwintig maanden, maar met minder dan dertig maanden, is overschreden. Gelet daarop dient de boete nader te worden verlaagd met een bedrag van vijfmaal € 5.000, verminderd met de verlaging van € 10.000 die ACM al heeft toegepast, dus met een resterend bedrag van € 15.000.⁹⁴

Bewijs

ACM heeft overwogen een onderzoek te starten naar de Federatie van Mobiliteitsbedrijven Nederland (FMN),⁹⁵ omdat op 14 februari 2015 een artikel in *de Volkskrant*⁹⁶ verscheen waarin de suggestie werd gewekt dat er sprake zou zijn van een niet-aanvalsverdrag tussen de leden van FMN. Het vermeende doel van de afspraken zou zijn om: ‘... uitsluitend tegen de verlenging van concessie van NS te procederen’. ACM heeft echter afgezien van een onderzoek naar aanleiding van verschillende gesprekken en inzage in een aantal documenten. ACM heeft geen aanwijzingen gevonden die op een kartel duiden.

Op 9 juli 2015 heeft het CBB in zijn gelijktijdige uitspraken in de zaken *Zeescheepsafval* en *Limburgse Wegenbouw* beslist op de hoger beroepen die ACM had ingesteld tegen de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam van 13 juni en 11 juli 2013 inzake het gebruik van telefoontaps als bewijs.⁹⁷ Anders dan de rechtbank komt het CBB tot het oordeel dat ACM gebruik mocht maken van de door respectievelijk VROM-IOD⁹⁸ (in de zaak *Zeescheepsafval*) en de Rijksrecherche (in de zaak *Limburgse Wegenbouw*) aan haar overgedragen telefoontaps bij het nemen van een besluit over het opleggen van bestuurlijke boetes. De boetes werden opgelegd vanwege het onderling verdelen van opdrachten en het voorkomen of beperken van prijsconcurrentie op het gebied van de inzameling van zeescheepsafval in het Rotterdamse havengebied respectievelijk het afstemmen van inschrijfcijfers en het uitwisselen van informatie in een aantal aanbestedingen van grond-, weg- en waterbouw in Zuid-Limburg. Het CBB deelt de opvatting van de rechtbank dat de overgedragen telefoontaps kwalificeren als strafvorderlijke gegevens in de zin van artikel 1 aanhef en onder b van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg). Het CBB wijst er in dit verband onder meer op dat een strafdossier betrekking kan hebben op meer feiten dan waarvoor het Openbaar Ministerie een vervolging instelt, en dat de tapgegevens digitaal zijn opgeslagen en

90. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 30-32.

91. Rb. Rotterdam 3 april 2014, ECLI: NL RBROT:2014:2273, r.o. 11-12.

92. CBB 2 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:388.

93. CBB 8 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM1588.

94. Rb. Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2912 (*De Friese Wouden/ACM*), r.o. 22.2-22.4.

95. ACM 18 augustus 2015, zaak 15.0277.33 (*FMN*).

96. S. Heijne, ‘Particuliere ov-bedrijven proberen monopolie NS te breken’, *de Volkskrant*, 14 februari 2015.

97. CBB 9 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:192 en ECLI:NL:CBB:2015:193.

98. De Inlichtingen- en opsporingsdienst van het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer.

in zoverre langs geautomatiseerde weg zijn verwerkt. Daarmee voldoen zij aan de definitie van artikel 1 aanhef en onder b Wjsg. De discussie in hoger beroep spitst zich vervolgens toe op de vraag of de telefoontaps op grond van artikel 39f Wjsg aan ACM verstrekt hadden mogen worden en door ACM gebruikt hadden mogen worden. Van de zijde van zowel ACM als de beboete ondernemingen is een groot aantal argumenten aangevoerd ter ondersteuning van het betoog dat de betreffende taps wel respectievelijk niet verstrekt mochten worden. Het CBb is in de eerste plaats van oordeel dat bij het toezicht en onderzoek naar kartelvorming sprake is van een zwaarwegend algemeen belang (het economisch welzijn van het land), waardoor verstrekking van strafvorderlijke gegevens aan ACM (ook in het licht van art. 8 lid 2 EVRM) toelaatbaar kan zijn. Anders dan de rechtbank oordeelt het CBb verder dat op het ogenblik van verstrekking van de strafvorderlijke gegevens (nog) geen sprake hoeft te zijn van een kenbare, voor de rechter toetsbare, afweging van de officier van justitie. Juist omdat een dergelijke schriftelijke motivering ontbrak op het moment dat de gegevens aan ACM werden verstrekt, vernietigde de rechtbank de beide onderliggende boetebesluiten van ACM. Het CBb oordeelt vervolgens dat de verstrekking van de tapgegevens op de voet van artikel 39f Wjsg niet in strijd is met het recht op privacy als neergelegd in artikel 8 EVRM. De inbreuk op de privacy is gerechtvaardigd vanwege het hogere belang van het economisch welzijn van het land in een democratische samenleving, aldus het CBb. De bevoegdheid tot verstrekking van tapgegevens is wettelijk verankerd in de Wjsg en de wet voorziet ter zake van de rechtmatigheid van de verkrijging in een met voldoende waarborgen omklede rechterlijke procedure. Ook is voor het CBb van belang dat het bewijs voor de gestelde prijsafspraken in redelijkheid niet op een andere, minder belastende, wijze door ACM kon worden verkregen. Verder is ACM volgens het CBb zorgvuldig nagegaan of de tapgegevens rechtmatig zijn verkregen en heeft zij de rechten van verdediging gerespecteerd. Bovendien mag een bestuursorgaan er volgens het CBb in beginsel van uitgaan dat de verstrekking van dergelijke gegevens door een collega-bestuursorgaan rechtmatig is. Het feit dat ACM niet zelf de bevoegdheid toekomt om taps te plaatsen betekent volgens het CBb niet dat het gebruik van de verstrekte tapgegevens door ACM ontoelaatbaar is. In dit verband wijst het CBb erop dat de Wjsg juist voorziet in de mogelijkheid dat dergelijke met strafvorderlijke dwangmiddelen verkregen gegevens worden verstrekt aan (onder meer) bestuursorganen die niet zelf over de bevoegdheid beschikken om deze dwangmiddelen in te zetten. Het CBb verwijst beide zaken terug naar de Rechtbank Rotterdam voor een verdere inhoudelijke behandeling.

In haar tweede tussenuitspraak van 9 juli 2015 in de *Paprika-zaak*⁹⁹ oordeelt de Rechtbank Rotterdam dat met een voldoende mate van zekerheid is vastgesteld dat een aantal personen namens diverse betrokken onderne-

mingen aanwezig is geweest bij bepaalde besprekingen. In haar eerste tussenuitspraak¹⁰⁰ had de rechtbank al bepaald dat bewijs van aanwezigheid bij die bijeenkomsten voldoende bewijs vormde voor deelname aan de verweten inbreuk. De rechtbank verwerpt in de tussenuitspraak de stelling van appellanten, dat daarbij ook nog noodzakelijk zou zijn dat de betrokken personen statutair bevoegd waren om de vennootschap te vertegenwoordigen. Bepalend is veeleer dat de betrokken personen aanwezig waren namens de betreffende rechtspersonen en ook als hun vertegenwoordigers werden beschouwd door de andere aanwezigen. De rechtbank concludeert dat daarmee jegens de andere aanwezigen het vertrouwen is gewekt dat de onderneming als zodanig zich kon verplichten tot mededingingsrechtelijke ongeoorloofde gedragingen. Aangezien de rechtbank met ACM al in de eerste tussenuitspraak heeft vastgesteld dat sprake is van één enkele inbreuk, is niet vereist dat de betrokken personen ook bij elke relevante bijeenkomst aanwezig zijn geweest.¹⁰¹

Sancties

Toerekening

In de *Leesmappen-zaak* is door bezwaarmakers aangevoerd dat ACM ten onrechte zonder nader onderzoek naar de juridische, economische en organisatorische verbanden tussen de moedervernootschappen en dochtervernootschappen, de 100 procent-moedervernootschappen aansprakelijk heeft gesteld voor de overtreding. ACM verwijst naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het CBb,¹⁰² waaruit blijkt dat sprake is van een bewijsvermoeden bij 100 procent-aandeelhouderschap zodat ACM niet hoeft te bewijzen dat de moederonderneming invloed heeft uitgeoefend op het beleid van de dochteronderneming op het terrein waarop de inbreuk is gepleegd. Het is aan de moederonderneming om afdoende tegenbewijs te leveren en het bewijsvermoeden te ontkrachten.¹⁰³

Betrokken omzet en boetegrondslag

Dat ACM in de praktijk veelvuldig afwijkt van de adviezen van de – inmiddels niet meer verplichte – Adviescommissie, blijkt nadrukkelijk in de *Leesmappen-zaak*. Onder meer bij de vraag of bij de bepaling van de boetegrondslag rekening moet worden gehouden met omzet die is behaald door overname van een ander bedrijf, komen de Adviescommissie en ACM tot een andere opvatting. Volgens de Adviescommissie volgt uit het

99. Rb. Rotterdam 9 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4885.

100. Rb. Rotterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689. Besproken in de vorige editie van deze kroniek.

101. Rb. Rotterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689 in combinatie met Rb. Rotterdam 9 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4885. r.o. 2.3.

102. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 161, HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08 P, *Akzo Nobel/Commissie*, ECLI:EU:C:2009:536.

103. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 162.

Esso-arrest¹⁰⁴ van het Gerecht dat ‘een behaalde omzet ten gevolge van overname niet mee mag tellen bij de bepaling van de betrokken omzet, althans dat de boete als onevenredig moet worden gezien als zo’n overname-omzet wel in de boetebepaling is betrokken’. Daarbij zou ACM volgens de Adviescommissie moeten nagaan of het verschil maakt of sprake is van een activa-overname of van ‘een gehele overname’. ACM stelt hiertegenover dat het *Esso*-arrest verband houdt met de door de Commissie gehanteerde boetesystematiek, waarbij wordt uitgegaan van de betrokken omzet in een peiljaar (meestal het laatste jaar van de overtreding) en die omzet vervolgens wordt vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de overtreding heeft plaatsgevonden. Bij een dergelijke systematiek zou het inderdaad niet redelijk zijn de overnameomzet ook mee te tellen voor de inbreukperiode van voor de overname. In deze zaak heeft ACM echter de betrokken omzet per jaar opgevraagd, zodat de omzet gegenereerd door de overgenomen partij niet meetelt voor zover die is behaald voor de overname. Overigens ziet ACM niet in dat een onderscheid zou bestaan tussen een activa-overname en ‘een gehele overname’.¹⁰⁵

Eveneens in de *Leesmappen*-zaak is aan de orde dat een van de betrokken ondernemingen in het jaar voorafgaand aan het bestreden besluit geen omzet had, zodat de aan haar opgelegde boete (van € 450.000) buitenproportioneel hoog zou zijn. ACM overweegt op dit punt dat zij op grond van de wet in ieder geval een boete van (maximaal) € 450.000 mag opleggen. Verder meent ACM dat zij eveneens een boetemaximum had kunnen hanteren op basis van de door ATC in een eerder jaar behaalde omzet. Volgens ACM zou aanvaarding van het bezwaar ook meebrengen dat een onderneming sanctiëring van een overtreding – hoe ernstig ook – zou kunnen ontlopen door in het jaar voorafgaand aan de boeteplegging haar activiteiten te beëindigen.¹⁰⁶

In de vorige editie van deze kroniek¹⁰⁷ is al gewezen op de onduidelijkheid die ACM in haar besluit in de *Paprika*-zaak heeft geschapen ten aanzien van het antwoord op de vraag wie in die zaak precies de betrokken ondernemingen waren, en of het daarbij ging om ondernemingen of ondernemersverenigingen. Uit de tweede tussenuitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 9 juli 2015 in de *Paprika*-zaak¹⁰⁸ kan worden opgemaakt dat ACM zichzelf met deze diffuse aanpak mogelijk in de voet heeft geschoten. Via een tweede bestuurlijke lus krijgt ACM echter de gelegenheid om haar besluiten nog zo veel mogelijk te redden. Centraal in deze tweede tussenuitspraak stond de vraag of ACM náást de (relatief bescheiden) eigen omzet van de beboete telerscoöperat-

ties ook de omzet van hun leden mocht meetellen bij het bepalen van de betrokken omzet, die in aanmerking wordt genomen voor het berekenen van de op te leggen boetes. De coöperaties verrichten volgens ACM feitelijk de handelstransacties voor de paprika’s (zij fungeren *de facto* als gezamenlijk verkoopkantoor), hoewel de eigendom in juridische zin steeds bij de individuele telers blijft berusten. ACM stelt zich op het standpunt dat zij in die situatie ook de telersomzet als betrokken omzet mocht meenemen en beroept zich in dit verband op de arresten inzake *Finnboard* van het Gerecht en Hof van Justitie.¹⁰⁹ De rechtbank volgt die redenering, maar ACM lijkt hier niettemin een (ten minste gedeeltelijke) Pyrrhusoverwinning te behalen. De rechtbank vervolgt namelijk met de conclusie dat ACM drie telerscoöperaties niet heeft aangemerkt als ondernemersverenigingen maar als ondernemingen. Daardoor geldt het reguliere boetemaximum van 10 procent van de eigen omzet van de onderneming uit artikel 57 lid 1 Mw. Dit artikellid verwijst niet naar de (in deze zaak van toepassing zijnde) Boetecode 2007 of de *Finnboard*-zaak, maar naar artikel 2:377 lid 6 van het Burgerlijk Wetboek.¹¹⁰ Op basis van de hierin beschreven methodiek dient ACM voor de bepaling van het boetemaximum uit te gaan van alléén de eigen omzet van de betroffen coöperaties. Met inachtneming van dit gegeven dient ACM de boetes opnieuw te bepalen. Dat de basisboete vóór aftopping tot het wettelijk maximum wél gebaseerd mag worden op de omzet van de leden, lijkt daarmee een puur academisch gegeven te worden. De rechtbank geeft ACM tien weken om een nieuw besluit te nemen. Dit is echter ten tijde van het schrijven van deze kroniek nog niet genomen, althans nog niet openbaar gemaakt. Een tweetal telerscoöperaties heeft ACM wel als ondernemersverenigingen aangemerkt. Deze organisaties mocht ACM op grond van artikel 57 lid 3 (oud) Mw dus wél beboeten tot een maximum van 10 procent van de omzet van hun leden.

Ernst

In haar uitspraak in de *Slopers*-zaak¹¹¹ stelt de Rechtbank Rotterdam dat het verschil tussen *cover pricing*, waarbij ondernemingen informatie uitwisselen over hun inschrijfcijfers en *bid rigging*, waarbij de hele uitslag van de aanbesteding vooraf wordt bepaald, tot uitdrukking dient te komen in de ernstfactor die wordt gebruikt voor de boeteberekening. De rechtbank verwijst daarbij naar een uitspraak van het Britse *Competition Appeal Tribunal*.¹¹² De rechtbank oordeelt dat een ernstfactor van 1,75 voor *cover pricing* gedrag te hoog is en verlaagt de ernstfactor – en daarbij de op basis hiervan berekende boetebedragen – naar 1,5.

104. Gerecht 11 juli 2014, zaak T-540/08, *ESSO/Commissie*, ECLI:EU:T:2014:630.

105. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 185.

106. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 225.

107. M.Ph.M. Wiggers, R.A. Struijlaart en M.G.A.M. Custers, ‘Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2014’, *M&M* 2015/2, p. 83.

108. Rb. Rotterdam 9 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4885.

109. Gerecht 14 mei 1998, zaak T-338/94, *Finnboard/Commissie*, ECLI:EU:T:1998:99 en HvJ EG 16 november 2000, zaak C-298/98 P, *Metsä-Serla Sales Oy, voorheen Finnish Board Mills Association (Finnboard)/Commissie*, ECLI:EU:C:2000:634, r.o. 63 e.v.

110. Rb. Rotterdam 9 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4885, r.o. 11.1.

111. Rb. Rotterdam 26 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8610.

112. CAT 11 maart 2011 (*Kier Group e.a./OFT*), r.o. 78 en 94.

Ontvankelijkheid

Een van de handelaren in de zaak *Executieveilingen* is in december 2014 door ACM niet-ontvankelijk verklaard in zijn bezwaar tegen het tot hem gerichte boetesluit.¹¹³ De betreffende handelaar had zijn bezwaar ingediend op 7 oktober 2013, weliswaar binnen een termijn van zes weken nadat ACM een openbare versie van het besluit aan zijn huisadres had verstuurd, maar wel negen maanden nadat het niet-openbare besluit met begeleidende brief per aangetekende post al aan dezelfde handelaar was verstuurd. Die eerste brief had ACM ongeopend terug ontvangen. De precieze reden hiervoor blijft ook in de beslissing op bezwaar onduidelijk. Er wordt enkel aangegeven dat het besluit weliswaar daadwerkelijk bij hem is bezorgd, maar dat hij het stuk ‘om hem moverende redenen’ niet heeft kunnen aannemen. Het beroep dat de handelaar vervolgens instelt bij de Rechtbank Rotterdam wordt door de rechtbank op 10 september 2015 ongegrond verklaard. De rechtbank overweegt eenvoudigweg dat het primaire besluit aangetekend is verzonden aan het adres van de handelaar en dat daarmee de verzending van het primaire besluit vaststaat. Het feit dat het stuk retour is ontvangen, doet hier niet aan af. Verder heeft de betreffende handelaar niet aannemelijk gemaakt dat het besluit door PostNL niet op regelmatige wijze aan het adres van de handelaar is aangeboden en evenmin dat het besluit niet op het juiste adres is aangeboden. De bezwaartermijn is dan ook gaan lopen negen maanden voordat het bezwaar werd ingediend. Van een verschoonbare termijnoverschrijding is volgens de rechtbank geen sprake.

Wettelijk boetemaximum

In de *Leesmappen*-zaak is door een aantal partijen aangevoerd dat de opgelegde boetes onevenredig hoog zijn omdat die meer bedragen dan 10 procent van hun omzet in 2012. Het Europeesrechtelijke uitgangspunt dat een boete van meer dan 10 procent van de behaalde jaaromzet niet evenredig is, zou volgens de bezwaarmakers ook moeten gelden voor ondernemingen met een omzet van minder dan € 4,5 miljoen. De ondernemingen die een boete van € 450.000 moeten betalen, worden aldus verhoudingsgewijs zwaarder gestraft dan grote ondernemingen die een boete van 10 procent van de omzet moeten betalen. Hoewel de Adviescommissie adviseert dit bezwaar gegrond te verklaren, en in de Europese praktijk ook voor kleinere ondernemingen sinds 1 mei 2004 (inwerkingtreding van Verordening (EU) nr. 1/2003) een maximum van 10 procent geldt, houdt ACM vast aan haar eerdere besluit. Daarbij wijst ACM op het feit dat de Nederlandse wetgever de wijziging van de Europese regels niet heeft gevolgd en dat uit de tekst van de Mededingingswet uitdrukkelijk blijkt dat onderscheid wordt gemaakt tussen een maximale boete van € 450.000 voor kleinere ondernemingen en een maximale boete van 10 procent van de omzet voor grotere ondernemingen. Niettemin worden de boetes voor zes van de zeven ondernemingen waaraan de maximale boete van

€ 450.000 was opgelegd, op grond van het evenredigheidsbeginsel verlaagd tot € 125.000 (in één geval) c.q. € 250.000 (in vijf gevallen). Dit gebeurt met de algemene opmerking dat het bepalen van de boete maatwerk is en met een algemene verwijzing naar de concrete omstandigheden van het geval. Voor de zevende onderneming die de maximale boete van € 450.000 had ontvangen biedt het evenredigheidsbeginsel kennelijk geen soelaas.¹¹⁴

Boetes natuurlijke personen

ACM heeft in de zaak *Kühne en De Burg*¹¹⁵ ook boetes opgelegd aan bij Kühne en De Burg werkzame personen die feitelijk leiding gaven aan de kartelafspraken. Vanuit Kühne gaven drie personen (‘A, bestuurder’, ‘B, eindverantwoordelijke verkoop’ en ‘C, sales’) en vanuit De Burg twee personen (‘D, management verkoop’ en ‘E, sales’) feitelijk leiding.¹¹⁶ De personen zijn aldus op verschillende niveaus werkzaam bij Kühne en De Burg. De feitelijk leidinggevenden van Kühne profiteren net als Kühne van de boete-immuniteit en ontlopen daardoor boetes variërend van € 135.000 (‘A’), € 45.000 (‘B’) en € 22.500 (‘C’). De twee De Burg-medewerkers krijgen boetes van € 54.000 (‘D’) en € 16.000 (‘E’). De boetes zijn zoals gewoonlijk gerelateerd aan de ernst van de overtreding van zowel de rechtspersoon als de feitelijk leidinggever en de inkomens- en vermogenspositie van de feitelijk leidinggever. Alle boetes zijn verminderd met 10 procent vanwege de medewerking van de feitelijk leidinggevenden aan vereenvoudigde afdoening van het rapport. ACM beschouwt dit als een bijzondere vorm van medewerking aan de procedure die deze korting rechtvaardigt. ‘E’ heeft een boeteverhoging gekregen van 20 procent, omdat hij het onderzoek van ACM heeft bemoeilijkt en belemmerd door zich volgens ACM ongerechtvaardigd te beroepen op het zwijgrecht bij vorderingen van inlichtingen en vorderingen tot inzage van zakelijke gegevens (draggers) en bescheiden.¹¹⁷ ACM heeft derhalve de schending van de medewerkingsplicht door ‘E’ niet separaat gesanctioneerd.¹¹⁸

114. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 255 en 266.

115. ACM 11 augustus 2015, zaak 14.0705.27 (*Kühne en De Burg*).

116. ACM 11 augustus 2015, zaak 14.0705.27 (*Kühne en De Burg*), [A], [B], [C], [D], [E].

117. ACM 11 augustus 2015, zaak 14.0705.27 (*Kühne en De Burg*), [E], randnr. 40.

118. Ch.R.A. Swaak en J.S. Mennema, ‘Het natuurazijnkartel: beboeting van “feitelijk leidinggevenden” en “vereenvoudigde afdoening”’, *M&M* 2015/6, p. 218: ‘In de Besluiten staat niets over de omstandigheden die maakten dat het beroep van E op zijn zwijgrecht ongerechtvaardigd was. Dit gebrek aan duidelijkheid is een kennelijk bijproduct van de vereenvoudigde afdoeningswijze van de procedure. Dat valt in algemene zin te betreuren, omdat het zwijgrecht als onderdeel van het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM zich er niet goed voor leent om op eenvoudige wijze terzijde te worden geschoven. Juist in dit soort situaties, waar het moeizame spanningsveld tussen zwijgrecht en medewerkingsplicht een rol speelt, mag men van ACM verwachten dat zij zorgvuldig en met name transparant te werk gaat. Dat zou in dit geval inhouden dat zij meer openheid verschaft over de relevante omstandigheden, in plaats van zich enkel te baseren op de algemene instemming van de betrokkenen met de boetesystematiek voortvloeiend uit de ‘vereenvoudigde afdoening’.

113. ACM 17 december 2014, besluit op bezwaar in zaak 7237/1016.

In de *Leesmappen*-zaak werd bezwaar gemaakt tegen het feit dat ACM ten onrechte feitelijk leidinggevers aansprakelijk heeft gesteld voor de boetes van de betrokken onderneming. De Mededingingswet en de Awb zouden daartoe geen grondslag bieden. Ook de Adviescommissie is van oordeel dat een wettelijke grondslag ontbreekt voor de hoofdelijk-aansprakelijkstelling van de feitelijk leidinggevers voor de aan de ondernemingen opgelegde boetes. Het legaliteitsbeginsel zou zich verzetten tegen de opvatting van ACM in het primaire besluit dat geen boete wordt opgelegd maar de feitelijk leidinggevers wel hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld (hetgeen volgens ACM weer gelijk zou staan aan oplegging van een boete). ACM volgt dit advies niet. Zij wijst er in de eerste plaats op dat zij bevoegd is om de betrokken feitelijk leidinggevers een boete op te leggen voor de door hen begane overtreding. Vanwege de onderlinge verknochtheid van de ondernemingen en de feitelijk leidinggevers, heeft ACM er in het licht van het evenredigheidsbeginsel voor gekozen om de feitelijk leidinggevers een boete op te leggen in de vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid voor (een deel van) de boete van de betrokken onderneming. Artikel 5:1 Awb jo. artikel 51 lid 2 Sr zou volgens ACM niet aan deze aanpak in de weg staan.¹¹⁹

Wet openbaarheid van bestuur verzoeken

Stichting Careyn heeft in augustus 2015 een Wob-verzoek gedaan ten aanzien van informatie over de inkoopprocedure 'Zorg in de Wijk' van Zilveren Kruis.¹²⁰ ACM heeft op 9 september 2015 het verzoek afgewezen. Artikel 7 Instellingswet ACM bevat een eigen geheimhoudingsregime dat voorrang heeft op de Wob, aangezien de Wob een algemene wet is en de Instellingswet de bijzondere wet is. Dit Instellingswetregime is van toepassing op alle gegevens die ACM bij de uitoefening van handhaving, toezicht of regulering heeft gekregen en ACM mag uitsluitend voor deze taken de gegevens gebruiken. De uitzonderingen hierop zijn (1) het geval waarin voor de gegevens een ander wettelijk voorschrift een bijzondere regeling kent, (2) het geval waarin een andere toezichthouder voor zijn wettelijke taak gebruik wil maken van de gegevens, en (3) het geval waarin de gegevens worden gevraagd door de onderneming waarop de gegevens betrekking hebben. De gegevens waar Careyn om verzoekt, zijn verkregen door ACM bij handhaving, toezicht of regulering en de voornoemde uitzonderingen zijn volgens ACM niet van toepassing.

119. ACM 31 augustus 2015, besluit op bezwaar in zaak 7244 (*Leesmappen*), randnr. 203-210.

120. ACM 9 september 2015, zaak 15.0885.51, Besluit Wob-verzoek Careyn inzake 'Zorg in de Wijk'.

Op 22 september 2015 heeft ACM op vergelijkbare wijze het Wob-verzoek van *xCAT.nl Publishing* om informatie over 'Nederland schoon' afgewezen.¹²¹

Vooruitblik

ACM heeft herhaaldelijk benadrukt dat zij de consument centraal stelt bij haar optreden. In de keynote speech van Chris Fonteijn voor de GCR 4th Annual TMT and Competition Law Conference is dit als volgt gefomuleerd: 'In fact we want to make consumers central to every action we take at ACM. Increasing welfare is ACM's primary goal'. Onzes inziens moet ACM evenwel voorzichtig zijn met het centraal stellen van de consument bij de toepassing van het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie. De bescherming van de structuur van de markt en daarmee van de mededinging als zodanig¹²² mag absoluut niet uit het oog worden verloren. Indien uitsluitend de consument centraal komt te staan, vertroebelt het mededingingsrechtelijke toetsingskader en ontstaat het – misschien wel onvermijdelijke – risico op willekeur. ACM benadrukt evenwel dat voor het bereiken van consumentenwelvaart verschillende middelen gebruikt kunnen worden. In dezelfde speech van Fonteijn staat: 'Enforcement is one of ACM's core taks. However, ACM does not want to enforce just for the sake of enforcement. The impact of our actions is central.'

Tegen deze achtergrond is het de vraag wat 2016 zal brengen op het gebied van het mededingingstoezicht door ACM – en uiteraard de beoordeling daarvan door de rechter. Twee aandachtsgebieden springen in het oog: de Rotterdamse haven en de geneesmiddelenmarkt. Fonteijn heeft in ieder geval in zijn jaarlijkse toespraak voor het Jaarcongres Ontwikkelingen Mededingingsrecht gewezen op de diverse onderzoeken, waaronder een artikel 24-onderzoek, die lopen in de Rotterdamse haven. Hij heeft hieraan toegevoegd dat ACM haar aandacht hier verder zal uitbreiden 'gelet op de signalen'

121. ACM 22 september 2015, zaak 15.091051, Besluit Wob-verzoek xCat Publishing.

122. Conclusie A-G Kokott van 19 februari 2009, zaak C-8/08, *Mobile Operators*, ECLI:EU:C:2009:110: 'Artikel 81 EG is onderdeel van een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst (artikel 3, lid 1, sub g, EG). Bijgevolg is artikel 81 EG, zoals ook de overige mededingingsbepalingen van het Verdrag, niet uitsluitend en niet in de eerste plaats bedoeld om de belangen van individuele concurrenten of consumenten te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig (als instituut) veilig te stellen. Indirect wordt daardoor ook de consument beschermd. Wanneer de mededinging als zodanig wordt aangetast, kan dit immers uiteindelijk ook nadelen voor de consument hebben.' Vgl. M.Ph.M. Wiggers, *De NMa en de NZa in de curatieve zorgsector: een toetsing aan het Europees Mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 381: 'De ACM moet de Mededingingswet strikt toepassen om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig te waarborgen. Dit is de primaire doelstelling van het mededingingsrecht. Als dat leidt tot consumentwelvaart is dat wenselijk, maar consumentenwelvaart, een afgeleide doelstelling, kan niet bepalen hoe de mededingingsregels uit de Mededingingswet worden ingevuld dan wel worden opgerekt. De ACM moet daarbij niet regulerend ex ante optreden op grond van haar ex post bevoegdheden.' zie ook p. 373 e.v.

die zij heeft. Uit de verdere berichtgeving blijkt dat het daarbij gaat om verschillende sectoren en dat de betreffende signalen zien op andere zaken dan de zaken in de Rotterdamse haven die ACM al in onderzoek heeft. Daarnaast heeft de minister van VWS ACM gevraagd de fabrikanten van merkgeneesmiddelen nauwlettend in de gaten te houden: 'Wel heb ik de ACM gevraagd om scherp toe te blijven zien en waar nodig en mogelijk, op te treden tegen ongeoorloofd gedrag. De ACM heeft besloten om de komende periode aanvullende capaciteit vrij te maken om deze markt nauwlettend te blijven volgen.'¹²³ Of en hoe ACM aan die oproep gehoor zal geven zal in de loop van 2016 en daarna moeten blijken. De verwachting is gerechtvaardigd dat ACM zal blijven proberen een 'innovative' mededingingsautoriteit te zijn en ook zal kijken naar de verschillende mogelijkheden om haar missie – het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten – te realiseren. Mogelijk dat om die reden ook in 2016 toezeggingsbesluiten en schikkingen weer aan de orde zullen komen. De kans is echter ook groot dat in 2016, anders dan in 2014 en 2015, meer dan één boetebesluit gepubliceerd zal worden. ACM zal immers ook duidelijk willen maken dat bestraffing in de vorm van boetes een belangrijk middel blijft om haar doelstellingen te bereiken. Fonteijn: 'Partijen moeten weten dat je als toezichthouder durft en kunt slaan.'¹²⁴

123. Minister Schippers, 'Visie op geneesmiddelen: nieuwe geneesmiddelen snel bij de patiënt tegen aanvaardbare kosten', 29 januari 2016, p. 22.

124. M.L. Lousse en M.Ph.M. Wiggers 'Interview met Van Diemen-Steen-voorde, Ruys en Fonteijn', in: M.Ph.M. Wiggers en W. Oostwouder (red.), *Handboek compliance in de Zorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 141.