

# Kroniek

## Kroniek publiekrechtelijke handhaving Mededingingswet 2021

Victorine Dijkstra en Jori de Goffau\*

### Inleiding

26 Deze jaarlijkse kroniek behandelt de handhavingsbesluiten en andere verrichtingen van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) inzake de Mededingingswet (Mw). Ook de jurisprudentie met betrekking tot de bestuurs- en civielrechtelijke rechtsgang tegen besluiten en andere handelingen van de ACM wordt besproken.

#### Algemene ontwikkelingen

Voordat wij een overzicht geven van het verslagjaar, lichten we een aantal interessante ontwikkelingen uit, te beginnen met de toegenomen aandacht van de ACM voor verticale kartelovertradingen. Het besluit van de ACM in de zaak *Samsung televisies* is het eerste ACM-boebesluit met betrekking tot een verticale overtreding sinds het *G-Star/Secon Group*-besluit van twintig jaar geleden.<sup>1</sup> De zaak vormt daarmee een trendbreuk ten opzichte van het *laissez-faire*-beleid van de ACM inzake verticale overeenkomsten. De gedraging die Samsung wordt verweten, namelijk het ‘beïnvloeden van prijzen’ vormt bovendien een niet eerder voorgekomen schadetheorie.

Ook op het gebied van misbruik van een economische machtspositie was 2021 een vruchtbaar jaar. De ACM heeft maar liefst twee besluiten genomen waarin zij tot

de conclusie kwam dat sprake was van misbruik van een economische machtspositie. Leadiant en Apple zijn de (on)gelukkige ontvangers van die besluiten. Een overeenkomst: zowel *Leadiant* als *Apple datingapps* betreft uitbuitingsmisbruik. Daarnaast is door de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) een einde gekomen aan de NS-saga: het CBb bevestigt de uitspraak van de rechtbank dat het niet buiten redelijke twijfel vaststond dat sprake was van een machtspositie van NS op de markt om de verkrijging van de HRN-concessie. Misbruik is daarmee definitief van de baan, evenals de boete van € 41 miljoen.

De andere trend die wij signaleren, is dat inkoopkartels de dans niet (langer) ontspringen. In *Frituurvet* legde de ACM boetes op aan een aantal inzamelaars van frituurvet. In een andere lopende zaak heeft de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat het de ACM is toegestaan het onderzoeksdoel tijdens de inval uit te breiden naar de verkoopzijde van de markt. Het uiteindelijke besluit zal ongetwijfeld worden besproken in volgende edities van deze kroniek.

Duurzaamheid en mededinging is al een aantal jaren het paradepaardje van de ACM. Wij vinden het dan ook opvallend dat er op dit gebied weer relatief weinig ontwikkelingen waren wat betreft concrete zaken. Hoewel de voorzitter van de ACM (Martijn Snoep) in een interview aangaf dat er zaken lopen, zijn deze zaken in 2021 niet in het publieke domein terechtgekomen. Wel bleek dat de Commissie op een fundamenteel ander spoor zit qua uitleg van artikel 101 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) – waar het gaat om volledige compensatie voor gebruikers voor de nadelen die zij van een mededingingsbeperking ondervinden.<sup>2</sup>

\* Mr. V.E.J. Dijkstra is advocaat bij Houthoff. Mr. J.C. de Goffau is advocaat bij Houthoff. Met veel dank aan de inzet van Nelline van Belen en Nesrin Mathlouthi.

1 Besluit ACM 21 december 2001, zaak 757 (*G-Star/Secon Group*). Dit besluit is in 2006 door de ACM herroepen nadat het door het CBb was vernietigd wegens ondeugdelijke motivering van de merkbaarheid van de mededingingsbeperking.

2 Europese Commissie Competition Policy Brief september 2021, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/63c4944f-1698-11ec>

Dit leidde de ACM tot het publiekelijk verdedigen van haar visie in dit opzicht.<sup>3</sup>

## Kartelverbod

De ACM heeft dit verslagjaar twee boetes opgelegd voor overtreding van het kartelverbod (art. 6 Mw/art. 101 VWEU). Het betreft een boete voor inzamelaars van gebruikt frituurvet en een boete voor Samsung wegens ongeoorloofde prijsafspraken. Daarnaast heeft de ACM – na uitspraak van de rechtbank Rotterdam<sup>4</sup> – de in 2017 opgelegde kartelboete in *Notarieel aktepapier* gepubliceerd<sup>5</sup> en het bezwaar tegen de boetebesluiten door vier sigarettenfabrikanten ongegrond verklaard. Waar de ACM door COVID-19 een tijd lang geen onaangekondigde bedrijfsbezoeken heeft gedaan, maakte de ACM op 1 december 2021 bekend dat zij een mogelijk kartel in de voedselverwerkingssector onderzoekt en dat ze in dat kader onaangekondigd bij bedrijven op bezoek is geweest.<sup>6</sup>

### Inzamelaars gebruikt frituurvet

De ACM heeft twee inzamelaars van frituurvet (Rotie en Nieuwcom) een boete opgelegd van meer dan € 3,5 miljoen.<sup>7</sup> Een derde inzamelaar (UCO Kampen) was wel betrokken bij het kartel maar is uiteindelijk niet door de ACM beboet omdat hij failliet is verklaard. Ook zijn boetes van respectievelijk € 1.000, € 63.000 en € 126.000 aan drie feitelijk leidinggevendende opgelegd.<sup>8</sup> De inzamelaars zijn beboet voor het maken van afspraken over inkooprijzen en het onderling verdelen van leveranciers.

De ACM heeft in deze zaak de vereenvoudigde procedure toegepast. Uit het verkorte besluit blijkt dat het best een bijzondere zaak is. De ACM geeft namelijk aan dat er geen sprake was van één kartel, maar van twee kartels. Aan beide kartels heeft Rotie deelgenomen. De ACM heeft op basis van de beschikbare feiten twee afzonderlijke enkele en voortdurende inbreuken bewezen voor dezelfde periode en voor dezelfde producten. Er was klaarblijkelijk slechts voldoende sterk bewijs voor de bilaterale contacten tussen Rotie en UCO/Nieuwcom, maar niet tussen UCO en Nieuwcom onderling. Hoewel Rotie op basis van deze constructie twee basisboetes zou

moeten krijgen voor dezelfde periode en dezelfde producten, legt de ACM Rotie – vanwege deze uitzonderlijke situatie – toch één basisboete op. Wellicht heeft de ACM voor deze benadering gekozen nadat het CBB de boetes in de Executieveilingenzaak van tafel veegde vanwege het feit dat de ACM niet één enkele voortdurende overtreding kon bewijzen.<sup>9</sup>

### Samsung televisies

In *Samsung televisies* heeft de ACM aan Samsung een boete opgelegd van bijna € 40 miljoen voor het ‘beïnvloeden van prijzen’ van televisies bij detailhandelaren.<sup>10</sup> In het besluit oordeelt de ACM dat Samsung met verschillende detailhandelaren de consumentenverkooprijzen heeft afgestemd in de periode van januari 2013 tot en met december 2018. Samsung heeft zich hierbij niet schuldig gemaakt aan expliciet verboden vormen van verticale prijsbinding of dwang, maar trachtte op een ‘verfijndere’ manier het prijsniveau van haar producten op te krikken bij detailhandelaren.

De ACM benadrukt dat het louter afgeven van indicatieve adviesprijzen of het monitoren van prijzen op zichzelf niet verboden is. Samsung ging volgens de ACM daarentegen verder. Op basis van de prijsmonitoring door middel van *spider software* verzocht Samsung de detailhandelaren – op eigen initiatief of op verzoek van andere detailhandelaren – prijzen te verhogen, prijsverlagingen ongedaan te maken of een initiatief tot prijsverlaging van een concurrent niet te volgen. In de communicatie met detailhandelaren werd door Samsung genoemd dat ook de andere detailhandelaren dezelfde prijs zouden hanteren of prijzen zouden verhogen.

De ACM kwalificeert deze gedragingen als een strekingsbeperking. Volgens de ACM oefende Samsung direct invloed uit op de wederverkooprijzen en schiep zij een klimaat waarin detailhandelaren bij voorbaat werden ontmoedigd prijsverlagingen te initiëren. Deze gedraging moet volgens de ACM tegen de achtergrond van de zeer transparante online markt worden gezien, waarin online detailhandelaren elkaars prijzen continu volgen. Een individuele actie kan daardoor een bredere prijsdaling op de markt veroorzaken. Volgens de ACM was sprake van wilsovereenstemming tussen Samsung en de detailhandelaren om de prijsconcurrentie op de markt te beperken en is er dus sprake van (stilzwijgende) verticale overeenkomsten. Voor zover dat niet bewezen kan worden is er volgens de ACM in ieder geval sprake van onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Hoewel er geen bewijs is voor onderlinge afstemming, houden de detailhandelaren volgens de ACM wel rekening met elkaars prijsgedrag door de bilaterale communicatie daarover door Samsung. De detailhandelaren worden daarom geacht in hun marktgedrag rekening te hebben gehouden met de door Samsung gecommuniceerde en wenselijk geachte prijzen. Samsung wordt in dit geheel aan verticale overeenkomsten en gedragingen

b4fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF.

3 Zie ACM, ‘What is a fair share for consumers in Article 101(3) TFEU?’, Legal Memo 27 september 2021.

4 Rb. Rotterdam 21 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2020:8452 (*Notarieel aktepapier*).

5 Besluit ACM 17 februari 2017, zaak ACM/UIT/382039 (*Notarieel aktepapier*).

6 ACM, ‘ACM onderzoekt mogelijk kartel in de voedselverwerkingssector’, Nieuwsbericht 1 december 2021. Voor de volledigheid merken we op dat de ACM in 2020 ook onaangekondigde bedrijfsbezoeken heeft afgelegd in het kader van een mogelijk kartel in de sector voor woninginrichting. Dat onderzoek heeft de ACM inmiddels stopgezet.

7 Besluit ACM 30 september 2021, zaak ACM/20/043428 en ACM/20/042541 (*Frituurvet*).

8 Besluit ACM 30 september 2021, zaak ACM/20/043428; Besluit ACM 30 september 2021, zaak ACM/20/042541; Besluit ACM 30 september 2021, zaak ACM/20/043428 en ACM/042541.

9 CBB 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204 (*Executieveilingen*).

10 Besluit ACM 14 september 2021, zaak ACM/20/040569 (*Samsung televisies*).

als ‘spin in het web’ aansprakelijk gehouden, de detailhandelaren ontspringen de dans.

Al met al is sprake van een uniek besluit. Allereerst betreft *Samsung televisies* het eerste boetebesluit van de ACM in een verticale zaak sinds het *G-Star/Secon Group*-besluit van 20 jaar geleden en een verandering ten opzichte van het terughoudende beleid van de ACM bij verticale overeenkomsten. Ook materieel is het een bijzondere zaak. Voor de gedraging die Samsung wordt verweten – het ‘beïnvloeden van prijzen’ – zijn geen precedentes. Samsung grijpt beide punten dan ook aan in haar zienswijze. Samsung had – naar eigen zeggen – een strikt compliancebeleid dat was gebaseerd op het bestaande Europeesrechtelijke kader. Zij had de laakbaarheid van deze gedraging niet kunnen voorzien. Dit verweer kan Samsung echter niet baten, aangezien Samsung volgens de ACM had moeten voorzien dat de onderhavige gedragingen de concurrentie objectief verstoorden. Uiteindelijk krijgt Samsung toch 20% boetereductie omdat het de eerste keer is dat de ACM een boete oplegt voor dit type overtreding.

Feitelijk verandert er na *Samsung televisies* volgens de ACM niets: het geven van adviesprijzen en het monitoren van retailprijzen is gebruikelijk en vormt geen beperking van de mededinging. Van verticale prijsbinding was geen sprake – er werd door Samsung immers geen dwang uitgeoefend. Samsung heeft een boete gekregen voor het ‘aansporen’ van detailhandelaren om marktprijzen te verhogen in combinatie met uitwisseling van informatie over andere detailhandelaren. Het gaat in die zin wel om verticale gedragingen, maar er zijn ook kenmerken van een *hub-and-spoke*-achtige schadetheorie. Hoewel het laatste woord nog niet is gezegd (Samsung heeft aangekondigd het er niet te bij te laten zitten) en de laakbaarheid van de gedragingen dus zeker nog niet vaststaat zullen veel ondernemingen en hun adviseurs nog eens kijken naar hun beleid: een individueel onschuldig ogend prijsadvies kan in het grote geheel toch onderdeel zijn van het ‘beïnvloeden van prijzen’.

### Besluit op bezwaar vier sigarettenfabrikanten

Met betrekking tot de zaak *Sigaretten* heeft de ACM op 25 november 2021 een besluit op bezwaar genomen.<sup>11</sup> Het bezwaar ziet op het besluit uit 2020 waarin de ACM boetes van in totaal zo’n € 82 miljoen oplegde voor kartelvorming. De ACM wijst alle onderdelen van het bezwaar tegen het besluit af. Het besluit op bezwaar is uitgebreider juridisch en feitelijk gemotiveerd, maar luidt niet wezenlijk anders dan het oorspronkelijke besluit waarin de ACM concludeerde dat de sigarettenfabrikanten prijsinformatie met elkaar uitwisselden via detailhandelaren. Ook de hoogte van de boete is ongewijzigd. Het besluit is uitgebreid aan de orde gekomen in de kroniek over verslagjaar 2020.<sup>12</sup>

11 Besluit ACM 26 november 2021, zaak ACM/UIT/534410 (*Sigaretten*).

12 R. Elkerbout, B. Reuder, M. Baneke & L. Bremmer, ‘Kroniek publiekrechtelijke handhaving Mededingingswet 2020’, *M&M* 2021/3.

## Misbruik van machtspositie

### Leadiant

De ACM heeft op 1 juli 2021 een boete van € 19,6 miljoen opgelegd aan Leadiant.<sup>13</sup> Daarmee concludeert zij als eerste mededingingsautoriteit dat Leadiant misbruik zou hebben gemaakt van haar economische machtspositie.<sup>14</sup> Leadiant heeft volgens de ACM van juni 2017 tot en met december 2019 misbruik gemaakt van haar dominante positie op de Nederlandse markt voor ‘op chenoxycholezuur (CDCA) gebaseerde geneesmiddelen ter behandeling van cerebrotendineuze xanthomatose (CTX)’. CTX is een zeldzame erfelijke stofwisselingsziekte. Patiënten met deze aandoening zijn hun leven lang afhankelijk van een op CDCA gebaseerd geneesmiddel.

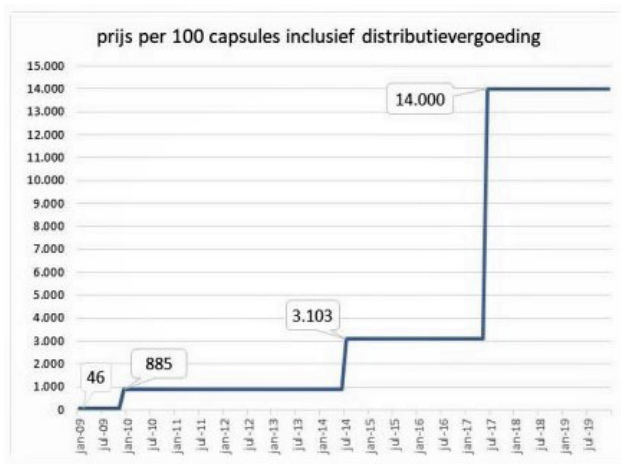
Het gaat in deze zaak om de excessieve prijs die Leadiant vraagt voor de behandeling van CTX (met haar medicijn CDCA-Leadiant). CDCA is oorspronkelijk een medicijn tegen galstenen, maar het wordt al sinds de jaren zeventig gebruikt voor de behandeling van CTX. Leadiant is in Nederland in 2008 actief geworden met de verkoop van op CDCA gebaseerde geneesmiddelen door de aankoop van Chenofalk – een op CDCA gebaseerd geneesmiddel – van een andere producent. Ook heeft Leadiant andere producenten van op CDCA gebaseerde geneesmiddelen uitgekocht.

Leadiant startte in 2014 met de aanvraag van de weesgeneesmiddelenstatus en bijbehorende handelsvergunning en verhoogde op dat moment ook de prijs. De weesgeneesmiddelenstatus is eind 2014 toegekend – waarbij Leadiant het geneesmiddel de naam CDCA-Leadiant gaf. De handelsvergunning op grond waarvan Leadiant tien jaar marktexclusiviteit in de EU verkreeg werd in 2017 toegekend. Vervolgens verhoogde Leadiant de prijs opnieuw. De ACM heeft de achtereenvolgende prijsverhogingen van Leadiant vanaf 2009 mooi inzichtelijk gemaakt in figuur 1.

13 Op 1 februari 2022 was enkel nog een samenvatting van het besluit van de ACM beschikbaar: Besluit ACM 1 juli 2021, zaak ACM/UIT/558646 (*Leadiant*).

14 In Italië, Spanje en België lopen soortgelijke onderzoeken. Voor eind februari zal – behoudens verder uitstel – in Italië duidelijk moeten worden of Leadiant zich ook daar schuldig heeft gemaakt aan misbruik van een economische machtspositie. Het is onduidelijk in welk stadium de onderzoeken in Spanje en België zich bevinden.

**Figuur 1** Prijsontwikkeling op CDCA gebaseerde middelen van Leadiant, 2009-2019



De ACM overweegt dat Leadiant een dominante positie had tijdens de inbreukperiode, omdat het een marktaandeel van 100% had. Desondanks heeft de ACM twee alternatieven overwogen voor CDCA-Leadiant om te bezien of die afbreuk zouden doen aan de stelling dat Leadiant een dominante positie had: (1) het medicijn Kolbam en (2) de magistrale bereiding van CDCA door het Amsterdam UMC. Die alternatieven waren tijdens de inbreukperiode echter niet beschikbaar. Kolbam werd niet voorgeschreven in Nederland en het Amsterdam UMC was niet in staat tot magistrale bereiding vanwege een gebrek aan (goedgekeurde) grondstoffen, hoogstwaarschijnlijk veroorzaakt door Leadiant zelf.

De ACM vervolgt door te stellen dat Leadiant misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie, door sinds juni 2017 een excessieve prijs te rekenen voor CDCA-Leadiant. Dat sprake was van een buitensporig hoge prijs, heeft de ACM onderbouwd met informatie over investeringen, kosten en opbrengsten vanaf de aanvraag van de weesgeneesmiddelenstatus. Volgens de ACM was, in vergelijking met de opbrengsten, het rendement en de risico's, sprake van lage investeringen en kosten.<sup>15</sup> Leadiant behaalde een zeer hoog rendement. De ACM geeft aan dat Leadiant een buitensporige prijs vroeg. Zelfs als Leadiant slechts een derde van haar uiteindelijk gevraagde prijs in rekening had gebracht, zou ze al substantiële winsten hebben gemaakt. De ACM overweegt in dat kader dat een rendement van 15% redelijk is. Op basis waarvan de ACM voor een rendement van 15% heeft gekozen, blijft onduidelijk.

De ACM meent daarnaast dat de prijs onbillijk is en onderbouwt dat in absolute zin alsook in vergelijking met concurrerende medicijnen. Leadiant had namelijk de weesgeneesmiddelenstatus en marktexclusiviteit verkregen op basis van het kleine aantal CTX-patiënten, maar niet op basis van innovatie.<sup>16</sup> Er waren geen kosten

verbonden aan de ontwikkeling en er was geen sprake van bijzondere therapeutische meerwaarde: CDCA-Leadiant is moleculair gezien identiek aan het medicijn dat al sinds de jaren zeventig in gebruik is. Uit de vergelijking met eerdere versies van het medicijn, ook verkocht door Leadiant, alsook met de magistrale bereiding van CDCA, concludeert de ACM dat ook dan de gevraagde prijs van € 14.000 voor honderd capsules onbillijk is. Tot slot meent de ACM nog dat Leadiant geen bereidheid heeft getoond om tot een niet-excessieve prijs te komen: zij heeft niet voortvarend en onvoldoende serieus onderhandeld met zorgverzekeraars en het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

De zaak is interessant omdat misbruikzaken met betrekking tot excessieve prijzen zeldzaam zijn, hoewel de farmaceutische sector hiervoor nog het meest vatbaar is. De marktdynamiek bij farmaceutische producten wordt veelal gevormd door intellectuele-eigendomsrechten en hoge toetredingsdrempels, niet zelden resulterend in een monopolie. Hoge (en soms zeer hoge) prijzen zijn dan te verwachten. Die zijn op zichzelf geen grond om uit te gaan van misbruik, omdat die prijzen ook nog gerechtvaardigd kunnen worden, bijvoorbeeld door ontwikkelingskosten, het afdekken van risico's en de therapeutische (meer)waarde van een geneesmiddel.

De komende jaren zullen uitwijzen of de ACM dit besluit in rechte overeind weet te houden. Wij schatten in dat van belang voor het vervolg van de procedure zal zijn in hoeverre de magistrale behandeling gezien moet worden als onderdeel van de relevante markt, zeker vanuit het oogpunt dat er maar weinig CTX-patiënten zijn. Voor andere misbruikzaken op het gebied van excessieve prijzen zijn wij benieuwd wat de impact is van de stelling van de ACM dat 15% rendement een redelijke beloning is voor kapitaalverschaffers.

### Apple<sup>17</sup>

Bij wijze van kerstcadeau heeft de ACM – direct na uitspraak van de rechtbank Rotterdam<sup>18</sup> – op 24 december 2021 bekendgemaakt dat zij aan Apple een last onder dwangsom heeft opgelegd vanwege misbruik van machtspositie door het opleggen van onredelijke voorwaarden aan datingappaanbieders in haar appstore.<sup>19</sup> Apple moet haar voorwaarden zodanig aanpassen dat datingappaanbieders zelf kunnen kiezen door welke partij zij betalingen willen laten afwickelen. Het besluit van de ACM dateert van 24 augustus 2021, maar Apple heeft geprobeerd zowel het besluit als de publicatie daarvan tegen te houden door een voorlopigevoorzieningsprocedure aan te spannen. Inmiddels is bekend dat Apple de voorwaarden voor datingapps heeft aangepast

weesgeneesmiddelenstatus (en de bijbehorende handelsvergunning) wordt zo'n medicijn in zekere zin beschermd tegen concurrentie, waardoor het gedurende die specifieke periode de (veelal hoge) kosten die het heeft gemaakt voor de ontwikkeling van dat medicijn kan terugverdienen.

17 De kroniek bevat op dit onderdeel een aantal recente ontwikkelingen tot en met 24 januari 2022.

18 Rb. Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851.

19 Besluit ACM 24 augustus 2021, zaak ACM/19/035630 (Apple datingapps).

15 De ACM maakt een vergelijking tussen de risico's, opbrengsten en het rendement enerzijds en de kosten voor de aanvraag van de weesgeneesmiddelenstatus en marktexclusiviteit anderzijds. Concrete bedragen worden niet genoemd in het besluit.

16 Weesgeneesmiddelen zijn namelijk in het algemeen nieuwe geneesmiddelen voor zeldzame, vaak (zeer) ernstige ziektes. Door verlening van een

en de ACM gevraagd heeft die te beoordelen.<sup>20</sup> De ACM heeft geoordeeld dat de aanpassingen onvoldoende zijn en dat daarmee de eerste dwangsom van € 5 miljoen verschuldigd is.<sup>21</sup>

Een interessant gegeven is dat het onderzoek van de ACM parallel loopt aan een vergelijkbaar onderzoek naar de Apple appstore door de Commissie. De ACM mag doorgaan met het onderzoek omdat sprake is van een andere focus: de ACM onderzoekt gedragingen in relatie tot datingapps, terwijl de Commissie onderzoekt doet naar apps die met Apple's apps concurreren – zoals muziekstreaming.<sup>22</sup> In het hiernavolgende gaan wij zowel in op de door de ACM gepubliceerde samenvatting van het besluit als op de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam.

- *Macht positie en misbruik*

Apple heeft volgens de ACM een machtspositie op de relevante markt voor appstorediensten op het mobiele besturingssysteem iOS specifiek ten behoeve van datingappaanbieders. Apple kan zich volgens de ACM in belangrijke mate onafhankelijk gedragen ten opzichte van deze datingappaanbieders en de voorwaarden voor het gebruik van de appstore dicteren, zonder dat sprake is van een realistisch alternatief.

Deze conclusie heeft de ACM onderbouwd door te kijken naar substitutiemogelijkheden voor datingappaanbieders buiten de appstore om. Die mogelijkheden zijn er niet: Nederlandse consumenten hebben in de regel één smartphone, met ofwel het Android besturingssysteem met daarop de Google Play Store, of het iOS-besturingssysteem, met daarop de Apple appstore. iOS staat bovendien geen andere appstore dan die van haarzelf toe. Aanbieders van datingapps daarentegen willen een zo groot mogelijk bereik hebben, vanwege de verdienmogelijkheden en netwerkeffecten. Zij willen daarom via zo veel mogelijk appstores beschikbaar zijn (ook wel *multi-homing* genoemd). Ook de Nederlandse consumenten gaan ervan uit dat zij, ongeacht het merk smartphone, de datingapp kunnen downloaden en in het gebruik van een datingapp met mensen gematched kunnen worden die niet hetzelfde merk smartphone hebben.

Het misbruik van Apple is volgens de ACM gelegen in het opleggen van beperkende voorwaarden voor gebruik van de appstore. De betaling van *in-app* aankopen moet worden afgewikkeld via Apple en de appaanbieders mogen consumenten niet wijzen naar betalingsmogelijkheden buiten de applicatie. Bij dit uitbuitingsmisbruik is de specifieke achtergrond in deze zaak van belang. Datingappaanbieders hebben een *freemium* businessmodel waarbij consumenten, na het gratis downloaden van de app uit de appstore, aanvullend moeten betalen voor bepaalde aanvullende *in-app* diensten. In het geval van datingapps gaat het om zogenoemde *boosts*, *likes* en

*superlikes*. Voor ongeveer 15% van alle appaanbieders geldt dat zij gebruikmaken van het *freemium* model.

- *Procedure rechtbank Rotterdam*

Apple heeft een voorlopigevoorzieningsprocedure aangespannen: zij vroeg een voorlopige voorziening met betrekking tot zowel de publicatie als de schorsing van het door de ACM genomen besluit.<sup>23</sup> De voorzieningenrechter oordeelt dat de ACM op goede gronden heeft kunnen aannemen dat sprake is van een economische machtspositie. Het onderzoek van twee ingeschakelde derde partijen (Kien en Telecompaper) bevat geen zodanige gebreken dat de ACM daar geen gebruik van mocht maken. Ook voor wat betreft het misbruik gaat de voorzieningenrechter mee met de redenering van de ACM. Hoewel de voorzieningenrechter meent dat er kanttekeningen zijn te plaatsen bij de experimentele beoordeling van de ACM en haar toepassing van Europese rechtspraak voor die beoordeling, meent de voorzieningenrechter dat de conclusie wel juist is en dat die in bezwaar in stand zal blijven.

De opgelegde last onder dwangsom is er volgens de voorzieningenrechter op gericht Apple te bewegen de overtreding te beëindigen en gaat ook niet verder dan dat. Het belang van Apple is ook niet zodanig groot dat de last moet worden aangepast en bovendien heeft de last onder dwangsom geen onomkeerbaar karakter. De door Apple aangedragen remedies vormen bovendien geen oplossing. Het argument dat de definitie van 'datingapp' niet helder is, kan de voorzieningenrechter ook niet volgen. Apple kan bovendien haar diensten gewoon (en vooralsnog ongewijzigd) blijven aanbieden aan de overgrote meerderheid van de appaanbieders.

Een deel van de beschrijving van de overtreding van Apple is vertrouwelijk gemaakt. Ten aanzien van dat deel van de overtreding slaagt Apple erin voldoende twijfel te zaaien over de juistheid van het oordeel van de ACM dat op dat gebied sprake is van misbruik van een economische machtspositie: dat deel van het bestreden besluit (en de opgelegde last) wordt geschorst. Dit geeft ook aanleiding tot het verlagen van de last onder dwangsom naar een maximum van € 5 miljoen per week en € 50 miljoen in totaal. De schorsing van een deel van de overtreding leidt ook tot toewijzing van de vertrouwelijkheidsclaim voor dat gedeelte van (de samenvatting van) het besluit van de ACM.

De overige verweren van Apple slagen niet. Er is geen ruimte voor een verdergaande belangenafweging van de financiële gevolgen voor Apple, geen sprake van implementatie van Europees recht in de Instellingswet (in tegenstelling tot de Wet op het financieel toezicht waarbij wel sprake was van implementatie van Europees recht) en het algemeen belang gaat voor op de belangen van Apple.

De ACM heeft zich – mede als gevolg van een specifieke klacht door Match Group (het bedrijf achter datingapp

20 Zie ACM, 'Apple heeft beleid voor datingapps gewijzigd, ACM gaat daar oordeel over geven', Nieuwsbericht 17 januari 2022.

21 Zie ACM, 'Apple voldoet niet aan de eisen van de ACM', Nieuwsbericht 24 januari 2022.

22 Zie ACM, 'ACM kan onderzoek naar Apple AppStore voortzetten', Nieuwsbericht 22 juni 2021.

23 Rb. Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851. De gepubliceerde uitspraak van de rechtbank Rotterdam is slechts een samenvatting; vertrouwelijke delen zijn in het geheel niet opgenomen.

Tinder) en vanwege andere lopende procedures in de Europese Unie (EU) – in deze zaak specifiek gericht op datingappaanbieders. De schadetheorie lijkt echter op veel meer dan alleen datingappaanbieders van toepassing te kunnen zijn. In ieder geval maakt 15% van de appaanbieders gebruik van een *freemium* model. Hiermee lijkt de route naar meer van dit soort procedures geopend, en niet alleen in Nederland: Apple is verwikkeld in procedures in Europa en de Verenigde Staten, maar heeft ook in Azië (onder andere Zuid-Korea) en Australië verscheidene onderzoeken tegen zich lopen. Wordt vervolgd.

## Handhavingsverzoeken

Het afgelopen jaar heeft de ACM heel wat handhavingsverzoeken afgewezen. Twee zijn afgewezen op basis van het prioriteitsbeleid. De eerste betreft een afwijzing van 19 mei 2021 van het handhavingsverzoek van Riedel B.V. ten aanzien van gedragingen van Coca-Cola European Partners B.V. (CCEP-NL).<sup>24</sup> Riedel stelde dat CCEP-NL haar dominante positie op de Nederlandse markt voor de distributie en verkoop van koolzuurhoudende frisdranken zou misbruiken. CCEP-NL zou haar positie inzetten om toetreding door concurrenten op de markt voor de distributie en verkoop van vruchtensappen in het *Out of Home*-kanaal te bemoeilijken door het inzetten van multi-productkortingen, getrouwheidskortingen en exclusiviteitsbedingen. Dit vormt volgens Riedel ook een overtreding van het kartelverbod. De ACM oordeelt dat er niet direct kan worden vastgesteld of sprake was van een (mogelijke) overtreding en wijst het verzoek af op basis van een prioriteitsafweging. Hierbij weegt de ACM onder andere mee dat zowel Riedel als CCEP-NL economische rapporten heeft ingediend met tegenovergestelde conclusies. De ACM zou dus ook zelf uitvoerig economisch onderzoek moeten doen. De EC is inmiddels wel een onderzoek begonnen naar Coca-Cola.<sup>25</sup>

De tweede afwijzing op basis van het prioriteitsbeleid is van 26 augustus 2021 en betreft een verzoek ingediend door Avery Dennison B.V. ten aanzien van gedragingen van de Vereniging van Nederlandse Verkeersborden-fabrikanten (VNVF).<sup>26</sup> Avery Dennison stelde dat door de verplichting voor VNVF-leden hun verkeersborden te produceren conform de 'Ultimate Signing standaard', het aanbod van de VNVF-leden op het gebied van technische aspecten, duurzaamheid én de garantieduur van verkeersborden wordt geharmoniseerd. Avery Dennison beargumenteert dat deze elementen belangrijke parameters zijn bij de productie en verkoop van verkeersborden waardoor er geen onderscheid gemaakt kan worden tussen de VNVF-leden onderling. Dit is volgens

Avery Dennison in strijd met het kartelverbod. Ook hier oordeelde de ACM dat er niet direct kon worden vastgesteld of er sprake was van een (mogelijke) overtreding en zij wees het verzoek af op basis van een prioriteitsafweging. Hierbij nam de ACM ook in overweging dat de omvang van de Nederlandse markt voor bewegwijzingsborden relatief beperkt is.

De overige gepubliceerde afwijzingen van handhavingsverzoeken volgden na een beoordeling van de materiële haalbaarheid van de zaak. Op 16 maart 2021 werd een handhavingsverzoek dat was ingesteld door OK IT B.V. afgewezen.<sup>27</sup> Dit verzoek betrof gedragingen van een aantal banken: ING, Rabobank, de Volksbank en ABN AMRO. OK IT betoogde dat de banken hun economische machtspositie misbruiken door (directe) toegang te weigeren tot hun betalingssystemen. De OK IT-app had toegang nodig om gebruikers via die app te kunnen laten betalen. Tevens beweerde OK IT dat de banken door hun samenwerking met Payconiq Netherlands B.V. onderling een afspraak hebben gemaakt met als doel of gevolg de mededinging te beperken door de toegang tot hun betalingssystemen voor *fintechs* zoals OK IT te belemmeren. Uit het initiële onderzoek blijkt echter dat OK IT zelf niet over de vereiste vergunning van De Nederlandsche Bank beschikt om betaaliniciatiediensten in het kader van PSD2 uit te voeren en dus in geen geval toegang zou kunnen krijgen tot betalingssystemen. Tevens constateert de ACM dat OK IT er ten onrechte van uitgaat dat de PSD2-regels eraan in de weg staan dat de banken de toegang via de mogelijkheid van *redirection* laten plaatsvinden. Gelet op het bovenstaande acht de ACM verdere behandeling van het handhavingsverzoek niet doelmatig en doeltreffend.

In mei 2021 werd een handhavingsverzoek van de Orde van Register Adviseurs Nederland (OvRAN) afgewezen. Dit verzoek was ingesteld tegen de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) en de vier grootste accountantskantoren in Nederland (de 'Big Four').<sup>28</sup> Volgens de OvRAN maken de NBA en de Big Four zich schuldig aan een overtreding van het kartelverbod en misbruik van machtspositie. Volgens de OvRAN heeft de regelgeving van de NBA een (te) groot toepassingsbereik, waardoor ook kleine NBA-leden moeten voldoen aan een groot pakket aan regelgeving. Bovendien stelt de OvRAN dat de Big Four zichzelf kan vrijstellen van de strenge NBA-regels door binnen bepaalde afdelingen geen NBA-leden op de loonlijst te zetten. Kleinere accountants kunnen dat niet of minder makkelijk, waardoor dit leidt tot concurrentievervalsing tussen kleine en grote kantoren. Deze regelgeving is volgens OvRAN ontstaan door een oververtegenwoordiging van Big Four-medewerkers in het bestuur van de NBA. Daarbij verwijst de OvRAN naar de gebeurtenissen die de aanleiding vormden voor de oprichting van de OvRAN. Tijdens een ledenvergadering van de NIVRA in 2006 werd een nieuwe beroepscode voorgesteld, met verruiming van het toepassingsbereik. Uit de eerste

24 Besluit ACM 19 mei 2021, zaak ACM/21/050426 (Coca-Cola).

25 Competition Policy International, 'EU Launches Preliminary Probe Into Coca Cola', Nieuwsbericht 23 mei 2021.

26 Besluit ACM 26 augustus 2021, zaak ACM/21/052126 (Verkeersborden-fabrikanten).

27 Besluit ACM 16 maart 2021, zaak ACM/20/042562 (OK IT B.V.).

28 Besluit ACM 26 mei 2021, zaak ACM/20/042652 (OvRAN NBA).

stemmingsronde bleek er geen sprake te zijn van een meerderheid en daarom werd de vergadering geschorst. De vergadering werd pas voortgezet toen medewerkers van de Big Four *acte de présence* gaven met als gevolg dat de ledenvergadering de bestuursvoorstellen alsnog goedkeurde.

De ACM oordeelt dat het handhavingsverzoek van OvRAN onvoldoende onderbouwd is om een overtreding vast te stellen. Daarnaast oordeelt de ACM dat het verloop van de ledenvergadering geen aanwijzing is voor overtreding van het kartelverbod nu de wijze van stemmen wettelijk is vastgelegd en er geen bewijs is voor overeenstemming. Met betrekking tot overtreding van artikel 24 Mw oordeelt de ACM dat het vaststellen van regels niet kan worden gekwalificeerd als een economische activiteit.

Tot slot werd ook het verzoek van Dataprovider B.V. jens Stichting Internet Domeinregistratie Nederland (SIDN) afgewezen op 19 april 2021.<sup>29</sup> Dataprovider B.V. biedt dienstverlening op het gebied van merkbescherming en stelde dat de toegang tot de .nl zonefile daarvoor essentieel is. SIDN weigerde de toegang tot de .nl zonefile. Uit het initiële onderzoek van de ACM volgt dat het niet aannemelijk is dat de toegang tot de .nl zonefile essentieel is voor de uitoefening van de activiteiten van Dataprovider B.V. en – in het verlengde hiervan – de leveringsweigering niet leidt tot een uitsluiting van alle concurrentie op de markt waarop Dataprovider B.V. actief is, omdat zij *niet alleen* diensten verricht op het gebied van merkbescherming en daarenboven ook buiten Nederland actief is.

## Hoofdstuk 4b Mededingingswet – Wet markt en overheid

In het kader van de Wet markt en overheid (Wet M&O) heeft de ACM dit kroniekjaar slechts één besluit gepubliceerd. In het besluit van 22 januari 2021 heeft de ACM naar aanleiding van een signaal van Q-Park geconcludeerd dat de gemeente Hilversum bij de tariefstelling van de drie gemeentelijke parkeergarages niet in overeenstemming met de Wet M&O heeft gehandeld. Volgens Q-park werden de integrale kosten bij exploitatie van de gemeentelijke parkeergarages niet doorberekend, zoals vereist is op basis van artikel 25i lid 1 Mw. Artikel 25i lid 1 Mw is enkel van toepassing voor zover door het bestuursorgaan een economische activiteit wordt verricht. Volgens eerdere besluiten en een eerdere uitspraak van het CBb<sup>30</sup> is het aanbieden van parkeerplaatsen achter een slagboom (dus in parkeergarages of op parkteerterreinen) een economische activiteit. De uitzonderingsbepalingen uit de Wet M&O zijn volgens de ACM niet van toepassing.

De gemeente Hilversum dient zich derhalve te houden aan de integrale kostendoorberekening in artikel 25i lid 1 Mw. Na een uitgebreide analyse van de gerealiseerde kosten en opbrengsten voor de jaren 2014 tot en met 2019 concludeert de ACM dat de gemeente niet voldeed aan haar verplichting tot doorberekening van de integrale kosten.

In haar zienswijze haalt de gemeente Hilversum nog aan dat zij na een begroting van historische omzetcijfers in 2019 wel de integrale kosten heeft doorberekend, maar dat er sprake was van tegenvallende opbrengsten, waarbij zij verwijst naar de nota van toelichting bij het Besluit M&O. De ACM merkt op dat de nota van toelichting doelt op een situatie waarin er over meerdere jaren fluctuaties van tekort en overschot plaatsvindt. In dit geval acht de ACM deze nota niet van toepassing. De integrale kosten zijn immers ieder jaar hoger geweest dan de opbrengsten.

## Bestuursrechtelijke toetsing

### Notarieel aktepapier

In de zaak *Notarieel aktepapier* heeft de rechtbank Rotterdam op 11 mei 2021 uitspraak gedaan op het beroep van een moedermaatschappij van één van drie aanbieders van notarieel aktepapier – Johan Enschedé Amsterdam B.V.<sup>31</sup> Het betreft de allerlaatste uitspraak in het notarieelaktepapierkartel in een hele serie van uitspraken van de rechtbank Rotterdam en het CBb. Het begon allemaal toen de ACM in 2017 een aantal verkopers van notarieel aktepapier een sanctiebesluit oplegde voor het maken van onderlinge prijsafspraken en het overeenkomen van de brutowinstmarge.

De moedermaatschappij die onderwerp is van de onderhavige procedure heeft geen boete opgelegd gekregen. De ACM had in haar besluit op bezwaar afgezien van het opleggen van een boete aan deze onderneming vanwege het ontbreken van financiële draagkracht. Omdat geen boete was opgelegd, werd het aanvankelijke beroep van de moedermaatschappij door de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard vanwege een gebrek aan procesbelang. Het CBb vernietigde deze uitspraak echter en verwees terug naar de rechtbank Rotterdam voor uitspraak in het oorspronkelijke beroep. Het beroep van de moedermaatschappij ziet op de toerekening van de overtreding aan haar en is tevens gericht tegen het openbaarmerkingsbesluit.

De rechtbank Rotterdam verwerpt de stelling van de moedermaatschappij dat de ACM zich bij de toerekening niet uitsluitend op het AKZO-bewijsvermoeden had mogen baseren. De moedermaatschappij hield wel 100% van de aandelen, maar was van mening dat de ACM zichzelf aanvullende bewijslast had opgelegd door aanvullende bewijzen voor de beslissende invloed aan te dragen. Niet geheel onverwacht oordeelt de rechtbank

29 Besluit ACM 19 april 2021, zaak ACM/21/049853 (Zonefile).

30 CBb 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923 (Slagboomparkeeren).

31 Rb. Rotterdam 11 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6099 (Notarieel aktepapier).

Rotterdam dat geen afbreuk wordt gedaan aan het AKZO-vermoeden als aanvullend bewijs voor beslissende invloed wordt aangedragen door de ACM. Op de moedermaatschappij ligt de bewijslast het AKZO-vermoeden te weerleggen, maar zij slaagt daar niet in, volgens de rechtbank. Uit de aangedragen feiten blijkt bovendien dat de rol van de moedermaatschappij in de praktijk wel degelijk verder ging dan die van een passieve houdstermaatschappij.

De rechtbank Rotterdam oordeelt ook over het beroep tegen het openbaarmakingsbesluit. De rechtbank had in eerste instantie geoordeeld dat het openbaarmakingsbesluit op een onjuiste rechtsgrondslag was gebaseerd (art. 12v Instellingswet Autoriteit en Markt). Het CBB ging daar niet in mee en vernietigde de vernietiging van het openbaarmakingsbesluit. Aangezien de ACM volgens het CBB met artikel 12v Instellingswet wel de juiste rechtsgrondslag heeft gekozen, overweegt de rechtbank dat er een verplichting tot openbaarmaking is die slechts komt te vervallen als het boetebesluit onrechtmatig zou zijn. Daar is geen sprake van. Voor een belangenafweging waarin de financiële gevolgen voor de moedermaatschappij worden betrokken is geen plaats.

### PostNL/RM

We bespreken een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 19 maart 2021 waarin zij direct een uitspraak ten gronde doet, terwijl gevraagd was om een voorlopige voorziening.<sup>32</sup> Het geschil betreft een stopzettingsbesluit van de ACM uit april 2020 waarin zij het onderzoek naar misbruik van machtspositie door PostNL op het gebied van zakelijke post beëindigt. De ACM besloot het onderzoek te staken tegen de achtergrond van de fusie tussen PostNL en Sandd<sup>33</sup> en voorgenomen wijzigingen in de postregulering die de mededingingsrechtelijke verhoudingen op de markt zouden veranderen. RM, een concurrent van PostNL, maakte bezwaar tegen het stopzettingsbesluit. De ACM hield een hoorzitting en merkte RM daarop aan als belanghebbende. In dat kader was ACM voornemens een geschoonde samenvatting van het onderzoeksrapport over PostNL te delen met RM. PostNL tracht in de onderhavige procedure inzage door RM te voorkomen.

De rechtbank is van oordeel dat de beslissing van de ACM om RM inzage te verlenen in de samenvatting op rechtsgevolg gericht is in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) en daarmee als besluit kan worden aangemerkt. Aangezien het besluit (a) een beslissing betreft in de procedure ter voorbereiding van een ander besluit en (b) het besluit een zelfstandige betekenis heeft, blijft het rechtstreeks voor bezwaar en beroep vatbaar op basis van artikel 6:3 Awb. Gelet op de onomkeerbaarheid van de voorgenomen voorbereidingshandeling wordt PostNL rechtstreeks in haar belang getroffen door de voorgenomen feitelijke terinzagelegging van de samenvatting. PostNL kan beroep instellen, aldus de voorzieningenrechter.

De rechtbank doet geen definitieve uitspraak over de vraag of RM belanghebbende is bij het stopzettingsbesluit. Die vraag moet door de ACM beantwoord worden, waarna zelfstandig beroep openstaat. De rechtbank oordeelt dat op de zaak betreffende stukken in beginsel aan de indiener van een bezwaarschrift ter inzage worden gegeven tenzij hij kennelijk geen belanghebbende is.

De rechtbank neemt echter wel een voorschot op de vraag of RM rechtstreeks in haar belang wordt getroffen. Die vraag beantwoordt de rechtbank bevestigend, aangezien het onderzoek van de ACM rechtstreekse gevolgen kon hebben voor de concurrentiepositie van RM, temeer omdat RM een samenwerkingsovereenkomst had met Sandd. Het feit dat de oorspronkelijke indiener van het handhavingsverzoek (Sandd) het handhavingsverzoek had ingetrokken, heeft niet tot gevolg dat RM geen belanghebbende meer is en slechts een afgeleid belang heeft. Door de fusie tussen PostNL en Sandd loopt het belang van RM en Sandd niet meer parallel, maar dit kan haar op grond van de ‘tweede vuistregel’ van advocaat-generaal Van Widdershoven niet worden tegengeworpen. De tweede vuistregel van Van Widdershoven houdt in dat een afgeleid belang niet moet worden tegengeworpen aan een derde als zijn belang bij een besluit materieel gezien niet parallel (meer) loopt met dat van de eerst betrokkene.

De rechtbank beoordeelt vervolgens of er gewichtige redenen in de zin van artikel 7:4 lid 6 Awb zijn die zich verzetten tegen inzage door RM in de samenvatting. De rechtbank oordeelt dat PostNL niet in haar belangen is geschaad – mede omdat er reeds verregaande beperkingen aan RM zijn opgelegd bij de gebruikmaking van het inzagerecht. Ook een beroep op de onschuldpresumptie (art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)) wordt afgewezen omdat er slechts om beleidsmatige redenen is besloten het onderzoek niet door te zetten, wat niet vergelijkbaar is aan vrijspraak of een bewijssepot. Bovendien doet de ACM uitdrukkelijk geen uitspraak over de schuldvraag in de betreffende samenvatting.

### Leesmappen

De rechtbank Rotterdam heeft op 30 juni 2021 twee uitspraken<sup>34</sup> van louter formele aard gedaan in het leesmappenkartel. Na de uitspraken van het CBB in 2019 waarin de (door het CBB naar beneden aangepaste) boetes onherroepelijk zijn geworden en de inhoudelijke behandeling van het leesmappenkartel tot een einde kwam, heeft de ACM invorderingsbrieven verzonden aan de partijen waaraan een boete was opgelegd. De partijen waaraan de brieven waren verstuurd zijn daartegen in beroep gegaan.

De eerste uitspraak<sup>35</sup> van de rechtbank Rotterdam bevestigt dat de brieven van de ACM ten aanzien van de invorderbaarheid van de boetes geen besluiten in de zin

32 Rb. Rotterdam 19 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2274.

33 Besluit ACM 16 april 2020, zaak ACM/19/035461 (Sandd/PostNL).

34 Rb. Rotterdam, 30 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6458 en ECLI:NL:RBROT:2021:6459 (Leesmappen).

35 Rb. Rotterdam, 30 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6458 (Leesmappen).



van de Awb zijn. De invorderbaarheid van de boetes (onder art. 63 Mw (oud)) ontstaat door de uitspraak van het CBb. De brieven van de ACM brengen geen wijziging in de rechtspositie van de in beroep opkomende partijen en daarmee hebben de brieven geen rechtsgevolg. Tegen (dat deel van) de brieven kunnen dus ook geen rechtsmiddelen worden aangewend. De ACM had dus kunnen volstaan met een niet-ontvankelijkheidsverklaring. Daarmee is – hoewel gevoelsmatig vreemd – het beroep dus gegrond en vernietigt de rechtbank het besluit van de ACM. De rechtbank bepaalt ook dat haar uitspraak in de plaats treedt van het besluit van de ACM voor wat betreft dit gedeelte.

Daarnaast stellen eisers dat de ACM hun bezwaar ten aanzien van de wettelijke rente onterecht ongegrond heeft verklaard omdat de ongegrondheid niet te rijmen zou zijn met het door de ACM aangekondigde afzien van de wettelijke rente. De rechtbank Rotterdam volgt dat betoog – onzes inziens terecht – niet en verklaart het beroep ongegrond. Afwijkend van het gedeelte van de brieven van de ACM waarin zij aangeeft dat de boetes invorderbaar zijn, geldt ten aanzien van het gedeelte in de brieven over de wettelijke rente wél dat sprake is van een besluit met rechtsgevolg, en dus ook dat hier rechtsmiddelen tegen openstaan.

De tweede uitspraak<sup>36</sup> van de rechtbank Rotterdam lijkt op de eerste uitspraak. De rechtbank volgt niet dat de ACM er ten onrechte van uit zou zijn gegaan dat het bezwaar van eisers zich alleen richt op de wettelijke rente. Voor het overige is geen sprake van een besluit op rechtsgevolg, dus heeft de ACM terecht andere bezwaren links laten liggen. Voor wat betreft de wettelijke rente stelt de rechtbank vast dat eisers niet opkomen tegen de wettelijke rente die aan vier van de acht partijen is opgelegd en dat uit *coulance* wordt afgezien van wettelijke rente voor de andere vier partijen. Het geheel eindigt met een ongegrondverklaring. Beroep bij het CBb staat open, dus het zou zomaar kunnen dat de volgende kroniek de uitspraak van het CBb behandelt, nu eisers elke gelegenheid aangrijpen op te komen tegen de ACM.

### Koel- en vrieshuizen

Op 6 april van dit verslagjaar heeft het CBb uitspraak gedaan in een voorwaardelijk incidenteel beroep ingesteld door H&S Coldstores tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 12 april 2018. Het betreft een deelnemer aan het koel- en vrieshuiskartel, waarvoor de ACM bij besluit van 22 december 2015 boetes had opgelegd.<sup>37</sup> De rechtbank Rotterdam vernietigde in eerste instantie het boetebesluit wegens onvoldoende onderzoek naar de relevante geografische markt en onvoldoende bewijs dat de contacten tussen partijen één enkele voortdurende inbreuk vormden. Op 28 april 2020<sup>38</sup> achtte het CBb het hoger beroep van de ACM tegen deze uit-

spraak gegrond. Voor de resterende beroepsgronden heeft het CBb de zaak niet terugverwezen naar de rechtbank Rotterdam, maar zelf de rol van feitenrechter op zich genomen in het voorwaardelijk incidenteel beroep van H&S Coldstores.

H&S Coldstores voert aan dat niet aan de voorwaarden van een enkele voortdurende overtreding is voldaan. De fysieke bijeenkomst in Wamel, die volgens de ACM het startpunt van het kartel was, was opgezet in het kader van een beoogde joint venture en geen onderdeel van het kartel. De daaropvolgende contactmomenten waren slechts incidenten. Het CBb overweegt dat – hoewel er geen waarborgen waren ingebouwd om een overtreding te voorkomen – de bijeenkomst op zichzelf geen blijk geeft van verboden gedragingen. De daaropvolgende contactmomenten zijn echter onderdeel van het totaalplan en werpen een zodanig licht op de bijeenkomst dat de ACM de Wamel-bijeenkomst als beginpunt van de enkele voortdurende overtreding mocht aanmerken.

Ten aanzien van de bagatelbepaling volgt het CBb de ‘pragmatische’ lijn uit onder andere *Taxicentrales*<sup>39</sup> waarbij de marktafbakening geen doel op zich is, maar een instrument ‘om de grenzen van de mededinging tussen ondernemingen te onderkennen en af te bakenen’. In onderhavige zaak heeft geen expliciete marktafbakening plaatsgevonden, maar er zijn volgens het CBb voldoende aanwijzingen op basis waarvan de ACM heeft kunnen concluderen dat het gezamenlijk marktaandeel ten tijde van de overtreding groter was dan 5%. Bovendien ontbreekt de kwantitatieve onderbouwing van het standpunt van H&S Coldstores.

Daarnaast komt het CBb tot het oordeel dat de ACM de verweten gedragingen van de operationeel verantwoordelijke aan H&S Coldstores heeft kunnen toerekenen. De ACM heeft op grond van de Drijfmestcriteria terecht geconcludeerd dat (1) de operationeel verantwoordelijke werkzaamheden verrichtte ten behoeve van H&S Coldstores, (2) de gedragingen binnen de normale bedrijfsvoering van H&S Coldstores pasten, (3) de gedragingen H&S Coldstores dienstig zijn geweest en (4) de commercieel bevoegde personen van H&S Coldstores van de gedragingen afwisten en deze hebben aanvaard. Tot slot voert H&S Coldstores aan dat de ACM een symbolische boete had moeten geven, omdat de contactmomenten incidenteel waren. Het CBb overweegt dat dit niet aan te merken is als een bijzondere omstandigheid als bedoeld in de boetebeleidsregels die een symbolische boete rechtvaardigen.

### NS

In de kronieken over de jaren 2017<sup>40</sup> en 2018<sup>41</sup> is het besluit en het besluit op bezwaar waarbij de ACM een boete had opgelegd aan NS vanwege misbruik van een economische machtspositie bij de aanbesteding voor de concessie van het spoorwegvervoer in Limburg aan bod

36 Rb. Rotterdam, 30 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6459 (*Leesmappen*).

37 CBb 6 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:372 (*Koel- en vrieshuizen*), zie M.G.A.M. Custers, M.Ph.M. Wiggers, R.A. Struijlaart & M.C. Brabers, ‘Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2016’, *M&M* 2017/2, p. 66, 73-74, 78-80.

38 CBb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:307 (*Koel- en vrieshuizen*).

39 CBb 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 (*Taxicentrales*).

40 C.T. Dekker & E. Belhadj, ‘Kroniek publiekrechtelijke handhaving Mededingingswet 2017’, *M&M* 2018/1, p. 36-37.

41 C.T. Dekker & E. Belhadj, ‘Kroniek publiekrechtelijke handhaving Mededingingswet 2018’, *M&M* 2019/1, p. 22-23.

gekomen. De kroniek over het jaar 2019<sup>42</sup> heeft uitgebreid verslag gedaan van het sneuvelen van dit boetebevel bij de rechtbank Rotterdam. In 2021 heeft het CBB de uitspraak van de rechtbank Rotterdam bevestigd. Daarmee is definitief een einde gekomen aan deze zaak. Wij veronderstellen, gelet op de voorgaande edities, het feitencomplex en de uitspraak van de rechtbank Rotterdam als bekend en zullen daarom alleen de beoordeling van het CBB bespreken.

In hoger beroep blijkt allereerst dat het de ACM uiteindelijk gaat om de concurrentie *om* het spoor, en niet de concurrentie *op* het spoor, waar NS een machtspositie zou hebben. Meer specifiek gaat het dus om de handelingen van NS tijdens de aanbestedingsprocedures ter verwerving – of het behoud – van de concessie om het hoofdrailnet (het ‘HRN’). Het ging de ACM niet om de handelingen verricht door NS als houder van die concessie (binnen de concessie heeft NS – uiteraard – 100% marktaandeel), waar dat in eerdere fases van deze procedure niet volledig duidelijk leek te zijn. De ACM meent dat NS zich tijdens de (aanbestedings)procedure voor de concessie van het spoorwegvervoer in Limburg in belangrijke mate onafhankelijk kon gedragen van de Nederlandse Staat als haar afnemer en dat daar haar economische machtspositie tot uiting komt. In dat kader meende de ACM dat de rechtbank Europese rechtspraak onjuist had geïnterpreteerd en als gevolg daarvan een te strenge maatstaf heeft gehanteerd voor de vaststelling dat sprake was van een dominante positie.

Het CBB gaat in beide stellingen niet mee. Hoewel de bewoordingen van de rechtbank niet precies aansluiten bij wat uit Europese rechtspraak volgt, sluit de strekking van de bewoordingen van de rechtbank volgens het CBB wel degelijk aan bij Europese rechtspraak. Uit deze rechtspraak<sup>43</sup> volgt dat bij een groot marktaandeel, of bij toekenning van een wettelijk monopolie of exclusief recht, de betrokken onderneming geacht kan worden een economische machtspositie in te nemen, behoudens contra-indicaties.

Het CBB vervolgt door zelf de redenering van de ACM na te lopen en te bezien of de ‘ACM op goede gronden heeft aangenomen dat NS zich bij de concessieverlening in belangrijke mate onafhankelijk kon en kan gedragen van de Staat als haar afnemer’ en de ACM dus buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat NS over een economische machtspositie beschikt. Het CBB concludeert dat dat niet het geval is om de navolgende redenen:

- a. Het lag niet voor de hand dat NS de concessie voor het HRN 2015-2025 per definitie zou krijgen, omdat wel sprake was van (potentiële) concurrentie. Of de Staat die concurrenten daadwerkelijk in overweging heeft genomen maakt volgens het CBB niet uit.
- b. Datzelfde geldt voor wat betreft de concessie voor het HRN vanaf 2025, althans, wat daarvan bekend

was ten tijde van de Limburgse aanbesteding: ingevolge de verdere liberalisering en verruiming van concurrentie in de spoorwegsector en als gevolg daarvan het voorstel tot wijziging van de PSO-verordening werd het uitgangspunt daadwerkelijke aanbesteding in plaats van onderhandse gunning. Daar kwam nog bij dat de omvang van het HRN geen vaststaand gegeven is en het is uiteindelijk de Staat die op beide punten de knoop doorhakt.

- c. De (historische ontwikkeling van de) omvang van het HRN: samenloop en decentralisatie, tezamen met de *midterm review*, maken dat tot verdere decentralisatie besloten kan worden (door de Staat) hetgeen een grote impact zou hebben op NS.
- d. De toetredingsbarrières die de ACM noemt, zijn volgens het CBB geen daadwerkelijke toetredingsbarrières: de Staat is verplicht in de concessievoorwaarden op te nemen dat een eventuele nieuwe concessiehouder het materieel voor binnenlands personenvervoer tegen de boekwaarde van NS overneemt. Het CBB veronderstelt daarbij wel dat sprake is van voldoende financiële draagkracht van de nieuwe concessiehouder. Voor wat betreft het personeel regelt de wet dat het personeel van rechtswege overgaat naar de nieuwe concessiehouder en bevordert het ook op andere manieren de mogelijkheid tot toetreding: toegang tot gereguleerde dienstvoorzieningen moet worden verschaft.

Tot slot gaat het CBB nog specifiek in op het daadwerkelijke gedrag van NS zelf en in hoeverre NS zich in belangrijke mate onafhankelijk kon gedragen van de Staat. De relatie tussen de Staat en NS is geen standaard aanbieder-afnemerrelatie. De Staat beslist namelijk over de omvang van het HRN, de wijze waarop het HRN wordt gegund (geheel of in delen), de mate van samenloop en decentralisatie, de wijze van gunning en aan wie. Daarenboven beslist de Staat over de wet- en regelgeving alsmede het beleid, deels opgelegd vanuit Europa. Het feit dat de Staat enig aandeelhouder is van NS wil niet zeggen dat hij zich daar ook door laat leiden – bovendien zijn die insinuaties van de ACM onvoldoende onderbouwd. Anderzijds heeft de NS zelf geen andere optie dan het HRN. Kortom, er is sprake van een bijzonder samenspel tussen de Staat en NS, en ook een zekere mate van wederzijdse afhankelijkheid.

Het CBB concludeert dan ook dat er geen sprake was van een economische machtspositie en bevestigt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam. Daarmee draait het CBB feitelijk het standpunt van de ACM om, door te zeggen dat wanneer sprake is van regulering, daarmee niet direct het bestaan van een economische machtspositie wordt bevestigd. Het feit dat NS een 100% marktaandeel heeft op het spoor, leidt niet per se tot een economische machtspositie, gezien de relevante omstandigheden. Aangezien er geen sprake is van een machtspositie, kan er ook geen sprake zijn van misbruik bij de aanbesteding voor de concessie van het spoorwegvervoer in Limburg. Voor NS is deze uitspraak een belangrijke overwinning, maar voor andere spelers is dit een harde dobber. Het

42 C.T. Dekker, E. Belhadj & V. Jasarevic, ‘Kroniek publiekrechtelijke handhaving Mededingingswet 2019’, *M&M* 2020/1, p. 20-21.

43 Onder andere: HvJ EG 13 februari 1979, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffman-La Roche*) en HvJ EG 3 juli 1991, C-18/93, ECLI:EU:C:1991:464 (*Porto di Genova*).

CBb lijkt in zijn beoordeling bijzonder veel waarde te hechten aan een positieve lezing van een tweetal rapporten (een van potentiële concurrenten, een in opdracht van de Staat) uit de periode dat de Limburgse aanbesteding liep. Dat het CBb die rapporten in ogenschouw neemt, is op zichzelf gezien logisch, omdat het natuurlijk niet zo kan zijn dat de ACM zich voor het vaststellen van een economische machtspositie baseert op documenten/rapporten van een latere periode. Over de waarde van die rapporten valt echter te twisten. De ACM had wellicht meer kans gehad op een voor haar positieve uitkomst als zij de hierboven genoemde rapporten van (potentiële) concurrenten en de Staat (beter) had laten weerleggen in haar *‘Research Study: Dominant Positions in National Railway Transport Services Markets’* en meer informatie had kunnen verkrijgen over het daadwerkelijk handelen van zowel de Staat als NS.

## Civielrechtelijke toetsing

### Onderzoeksbevoegdheden van de ACM

Op 3 juni 2021 heeft de rechtbank Den Haag uitspraak gedaan in een kort geding aangespannen door enkele ondernemingen in de agrarische sector waarbij de ACM *dawn raids* heeft gedaan.<sup>44</sup> De invallen waren aanvankelijk gericht op mogelijk verboden afspraken met betrekking tot de inkoopprijs, maar tijdens de invallen vond de ACM ook aanwijzingen voor mogelijke afspraken met betrekking tot een verkoopkartel en voor mogelijke betrokkenheid van een andere onderneming. Dit vormde aanleiding voor de ACM om haar onderzoek tijdens de inval uit te breiden.

Volgens eisers heeft de ACM zich niet gehouden aan artikel 2.2 lid 1 Digitale Werkwijze, waaruit volgt dat de toezichthoudend ambtenaar de gegevens niet langer inziet dan noodzakelijk (de ‘vluchtige blik’) om te beoordelen of de gegevens binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. De ACM heeft volgens eisers de verkregen gegevens (te) grondig bekeken en heeft de gegevens waarop de uitbreiding van het onderzoek is gebaseerd daarmee op onrechtmatige wijze bemachtigd.

Eisers voeren aan dat de ACM ‘talrijke e-mails heeft moeten doorlopen en chats uitgebreid moet hebben ingezien en onderzocht’. Daarbij lijken eisers er – volgens de rechtbank – van uit te gaan dat de ACM zich bij het bekijken van chatgesprekken had moeten beperken tot het meest recente bericht. De rechter is van oordeel dat het scrollen door e-mails en chatberichten is toegestaan omdat het niet goed valt in te zien hoe het anders mogelijk is om de ‘binnen de reikwijdte’-beoordeling uit te voeren.

Bovendien vindt de voorzieningenrechter het niet onbegrijpelijk dat de ACM op de betreffende berichten is gestuit. Het gaat immers om berichtenverkeer tussen twee dezelfde personen van twee verschillende ondernemingen in een zeer beperkte periode. Dat het de ACM vrij-

staat het onderzoek uit te breiden volgt volgens de rechtbank ook uit het *Deutsche Bahn*-arrest van het Hof van Justitie.<sup>45</sup> Aangezien de ACM tijdens het vluchtig inzien van de gegevens toevallig kennis heeft genomen van het bewijsmateriaal mag zij op basis daarvan haar onderzoek uitbreiden.

## Slotopmerkingen

Het tweede jaar waarin COVID-19 de boventoon voerde, was een jaar waarin er – desondanks – weer veel ontwikkelingen te rapporteren waren op het vlak van publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Ook 2022 belooft weer veel interessante ontwikkelingen en nieuwe zaken te brengen. De ACM focust in 2022 op de actuele thema’s digitale economie, woningmarkt en energietransitie en duurzaamheid.<sup>46</sup> De digitale economie was in 2021 met *Apple* en *Samsung televisies* al goed vertegenwoordigd en dat zal ongetwijfeld in 2022 zo blijven met de rechterlijke toetsing van die besluiten in het vooruitzicht. Wij hopen dat er in de kroniek van 2022 echter ook zaken te bespreken zijn over de twee andere – maatschappelijk zeer relevante – onderwerpen, woningmarkt en energietransitie.

44 Rb. Den Haag 30 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7149.

45 HvJ EU 18 juni 2015, C-583/13 P, ECLI:EU:C:2015:404 (*Deutsche Bahn*).

46 ACM, ‘ACM focust in 2022 op energie & duurzaamheid, digitale economie en woningmarkt’, Nieuwsbericht 27 januari 2022.