

Kroniek

Kroniek publiekrechtelijke handhaving Mededingingswet 2022

Jori de Goffau, Victorine Dijkstra, Karmijn Krooshof en Arnoud de Best*

Inleiding

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

Algemene ontwikkelingen

Voordat wij een overzicht geven van het verslagjaar, lichten we een aantal interessante ontwikkelingen uit. Allereerst was 2022 het jaar van de duurzaamheidsinitiatieven. De ACM heeft haar beoordeling van maar liefst vijf initiatieven publiek gemaakt en blijkt uitingen van de ACM een veelvoud daarvan beoordeeld. Zowel kleinere lokale partijen als grote multinationals weten inmiddels de ACM te vinden met creatieve, al dan niet mededingingsrechtelijk meer of minder uitdagende duurzaamheidsvraagstukken. Meer daarover verderop in deze kroniek. Dat is een hart onder de riem voor de verdere verduurzaming van de samenleving.

Daarnaast is de ACM ook zeer actief geweest met het ontwikkelen van beleid; zij heeft in 2022 maar liefst drie nieuwe leidraden gepubliceerd over de mededingingsregels. In de Leidraad samenwerking landbouwers geeft de ACM een overzicht van de landbouwregels,¹ geba-

seerd op de vernieuwde GMO-verordening² en in het bijzonder de nieuwe uitzondering voor duurzaamheidsinitiatieven.³ In de leidraad voor zorg-ICT richt de ACM zich op een erg specifieke sector, namelijk zorginformatiesystemen en daarmee geïntegreerde elektronische patiëntendossiers (EPD). De ACM constateert dat op de Nederlandse markt voor ziekenhuisinformatiesystemen en EPD nog slechts een beperkt aantal spelers actief is.⁴ Deze spelers versterken hun positie volgens de ACM door extra modules en functionaliteiten toe te voegen en zo voor hogere overstapkosten bij afnemers te zorgen. Het risico op een *vendor lock-in* (het niet kunnen overstappen van leverancier zonder hoge kosten) is volgens de ACM aanwezig. Verschillende vormen van beperkingen van interoperabiliteit en dataportabiliteit kunnen volgens de ACM aanleiding zijn voor een onderzoek naar misbruik van een economische machtspositie. De ACM geeft in deze leidraad een aantal voorbeelden van misbruik, zoals afnameverplichting, leveringsweigering, koppelverkoop en onredelijke contractvoorwaarden en prijzen. Daarnaast gaat de ACM in op mogelijkheden voor samenwerking om interoperabiliteit te bevorderen en inkoopsamenwerking tussen afnemers om de onderhandelingspositie te versterken. De Lei-

* Mr. J.C. de Goffau is advocaat bij Houthoff. Mr. V.E.J. Dijkstra is advocaat bij Houthoff. Mr. K.M. Krooshof is advocaat bij Houthoff. Mr. A.M. de Best is advocaat bij Houthoff.

1 ACM, *Leidraad samenwerking landbouwers*, 1 september 2022, beschikbaar via www.ACM.nl.

2 Verordening (EU) 2021/2117 van het Europees Parlement en de Raad van 2 december 2021 tot wijziging van de Verordeningen (EU) 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten, (EU) 1151/2012 inzake kwaliteitsregelingen voor landbouwproducten en levensmiddelen, (EU) nr. 251/2014 inzake de definitie, de aanduiding, de aanbestedingsvorm, de etikettering en de bescherming van geografische aanduidingen van gearomatiseerde wijnbouwproducten en (EU) nr. 228/2013 houdende specifieke maatregelen op landbouwgebied ten behoeve van de ultraperifere gebieden van de Unie (*PbEU* 2021, L 435/262).

3 Zie art. 210 bis GMO.

4 ACM, *Leidraad goedwerkende markten voor zorg-ICT: Aandachtspunten voor leveranciers en afnemers van zorg-ICT*, 22 november 2022.

draad afspraken leveranciers en afnemers ten slotte, is een *light* versie van de verticale richtsnoeren van de Europese Commissie, waarnaar ook veelvuldig wordt verwezen.⁵

Kartelverbod

De ACM heeft dit verslagjaar geen boetes opgelegd voor overtreding van het kartelverbod (art. 6 Mw/art. 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)). Wel heeft de ACM een beslissing op bezwaar genomen.

Samsung televisies

In *Samsung televisies* heeft de ACM op 21 november 2022 een besluit op bezwaar genomen.⁶ De ACM legt in het besluit alle bezwaren van Samsung naast zich neer en houdt de boete van bijna € 40 miljoen in stand. Zoals beschreven in de kroniek over 2021 heeft Samsung zich volgens de ACM schuldig gemaakt aan het beïnvloeden van prijzen.⁷ Samsung monitorde prijzen en bracht door ‘schakelanalyses’ in kaart welke retailer prijsbewegingen initieerde. Deze retailers werden aangesproken door Samsung. De ACM gaat voorbij aan de stelling van Samsung dat slechts sprake was van vrijblijvende adviezen. Volgens de ACM blijkt uit de bewijsmiddelen duidelijk dat het van retailers werd verwacht dat zij deze adviezen opvolgden. Tevens communiceerde Samsung met (klagende) retailers over acties die zij ondernam ten opzichte van hun concurrenten. Wij lichten hieronder enkele elementen uit.

Het besluit op bezwaar bevat een voor de praktijk zeer interessante schermutseling tussen Samsung en de ACM over de kwalificatie van de gedragingen van Samsung als doelbeperking. Volgens Samsung kan er slechts sprake zijn van een doelbeperking als sprake is van verticale prijsbinding, meer specifiek een contractuele verplichting, de toepassing van dwang of sancties of het inzetten van directe financiële prikkels. Volgens de ACM kan echter ook het beperken van de vrijheid van de retailer om een wederverkoopprijs vast te stellen een doelbeperking vormen. Zowel de ACM als Samsung baseert zich daarbij op de *CEPSA*-uitspraak van het Hof van Justitie.⁸ Volgens de ACM volgt uit deze rechtspraak dat ‘waarschuwingen’ of ‘prikkelers’ termen zijn die op vele manieren feitelijk kunnen worden ingevuld. Bovendien geeft het Hof van Justitie slechts voorbeelden van maatregelen die kunnen worden genomen door de leverancier om zichzelf in staat te stellen de wederverkoopprijs te bepalen. Samsung stelt volgens de ACM ten onrechte dat uit het *JCB Service*-arrest van het Gerecht volgt dat

dwang een vereiste is.⁹ Daarbij merkt de ACM op dat de voorbeelden waarin het Hof van Justitie oordeelde dat sprake was van een verticale doelbeperking in meerderheid stammen uit de jaren tachtig. Volgens de ACM dient de kwalificatie als doelbeperking niet af te hangen van een aantal voorbeelden uit het (verre) verleden, terwijl de feitelijke marktomstandigheden zijn veranderd. Doorslaggevend is volgens de ACM de ratio, namelijk dat retailers hun wederverkoopprijzen zelfstandig dienen te kunnen bepalen. De ACM stelt dat de gedragingen in *Samsung televisies* fundamenteel anders zijn dan de situatie waarin een leverancier vrijblijvende adviesprijzen communiceert voor zijn producten. Een leverancier begeeft zich volgens de ACM in de gevarenzone wanneer het hanteren van wederverkoopprijzen onder de adviesprijs aanleiding is om contact op te nemen met de betreffende afnemer.

Daarnaast stelt Samsung dat de ACM de horizontale elementen uit het besluit onvoldoende heeft onderbouwd. De ACM wekt volgens Samsung de suggestie dat sprake is van een *hub-and-spoke* overtreding, waarbij Samsung horizontale uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie tussen de retailers faciliteert. De ACM ontkent dat sprake is van een horizontale schadetheorie. De detailhandelaren verstrekken immers geen concurrentiegevoelige informatie aan Samsung in de wetenschap dat Samsung deze informatie doorspeelt aan haar concurrenten. Samsung is in dit geval de ‘spin in het web’, en niet enkel een instrument voor de detailhandelaren. De ACM stelt echter dat de vergelijking wel relevant is in die zin dat het doel van de verticale gedragingen *in casu* gelijk is aan hypothetische onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen de wederverkopers, namelijk het afstemmen van retailprijzen.

De ACM legt ook de overige bezwaren van Samsung terzijde. Deze bezwaren zien onder meer op de feiten, de kwalificatie als overeenkomst, de enkele voortdurende inbreuk en procedurele gronden. Voor wat betreft dit laatste punt stelt Samsung dat haar rechten van verdediging zijn geschonden nu de detailhandelaren niet betrokken zijn in het onderzoek. Zij zouden daardoor niet de prikkel en mogelijkheid hebben om voor Samsung ontlastende bewijsmaterialen aan te dragen. De ACM stelt dat zij niet verplicht is tegen de detailhandelaren rapport op te maken. Samsung is geselecteerd als beboete partij vanwege haar centrale en cruciale rol en vanuit het oogpunt van doelmatigheid. De ACM verwijst daarbij naar recente besluiten van de Europese Commissie waar ook alleen de leverancier werd vervolgd. Daar komt volgens de ACM bij dat ook op de bedrijfslocaties van de retailers onderzoek is gedaan, en hun medewerkers verklaringen hebben afgelegd.

5 ACM, *Leidraad afspraken tussen leveranciers en afnemers*, 7 juli 2022.

6 Besluit ACM 21 november 2022, zaak ACM/21/167383 (*Samsung televisies*).

7 V.E.J. Dijkstra & J.C. de Goffau, ‘Kroniek publiekrechtelijke handhaving Mededingingswet 2021’, *M&M* 2022/1, p. 27.

8 HvJ EG 11 september 2008, zaak C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485 (*Cepesa/Tobar*).

9 Besluit ACM 21 november 2022, zaak ACM/21/167383 (*Samsung televisies*), randnr. 79 en 106; Gerecht 13 januari 2004, T-67/01, ECLI:EU:T:2004:3 (*JCB Service*), r.o. 129.

Duurzaamheid

In de kroniek van vorig jaar merkten wij op dat er nog geen door de ACM beoordeelde duurzaamheidsinitiatieven in het publieke domein waren terechtgekomen, ondanks de koploperpositie van de ACM op dit vlak en haar beoordeling waarin de ACM de voordelen voor de samenleving als geheel meeneemt. In 2022 heeft de ACM echter een stevige inhaalslag gemaakt. Maar liefst vijf langs de lat van de Leidraad duurzaamheidsafspraken beoordeelde initiatieven hebben het publieke domein gehaald en naar wij begrijpen is een veelvoud aan initiatieven beoordeeld door de ACM. Publieke optredens van de ACM maken duidelijk dat de duurzaamheidsinitiatieven die bij haar binnenkomen zeer divers van aard zijn, alsook het stadium waarin zij zich bevinden (van helemaal aan de start van een proces zonder concreet plan tot een compleet uitgedacht initiatief). Hieronder worden de vijf publiek gemaakte beoordeelde initiatieven kort besproken.¹⁰

Energiesector: Hollandse Kust West en netbeheerders

De ACM heeft op 22 februari 2022 haar informele oordeel over twee duurzaamheidsinitiatieven gepubliceerd.¹¹ Het eerste initiatief betrof een verzoek van de Vereniging voor Energie, Milieu en Water (VEMW). VEMW heeft de ACM gevraagd te beoordelen of een overeenkomst tussen haar leden gezamenlijk en de toekomstige windparkbouwers van Hollandse Kust West inzake de inkoop van energie toelaatbaar was onder het kartelverbod. De ACM meende dat geen sprake was van een mededingingsbeperkend effect en dat een dergelijke afspraak juist de bouw van windmolenparken bevordert, wat zal leiden tot groei van de productie van duurzame energie. Voor de leden van de VEMW staat de prijs voor de door hen afgenomen energie voor een aantal jaar vast. Een uitgebreide beoordeling van dit initiatief heeft de ACM niet gepubliceerd.

Het tweede initiatief betrof een samenwerking tussen netbeheerders. De beoordeling van de ACM vond al plaats in 2021. De netbeheerders wilden een gezamenlijke vaste prijs per ton CO₂ in hun rekenmodellen gebruiken bij het doorrekenen van inkoop- en investeringsbeslissingen. Het doel van die afspraak over de te hanteren rekenprijs voor een ton CO₂ was het aantrekkelijker maken van het doen van inkopen en investeringen met minder CO₂-uitstoot, omdat die dan lagere kosten hebben. In dat kader is het waard te vermelden dat de netbeheerders niet (direct) met elkaar concurreren, omdat zij elk een exclusief gebied bestrijken – waardoor in eerste instantie geconcludeerd kan worden dat het kartelverbod niet van toepassing is op de samenwer-

king. Desalniettemin meende de ACM dat een mededingingsbeperking niet uit te sluiten viel en zij behandelde de afspraak van de netbeheerders als een afspraak met betrekking tot maatstafconcurrentie omdat wel sprake is van indirecte concurrentie op kosten, via de op hen van toepassing zijnde sectorspecifieke regulering – en de afspraak daarmee dus mogelijk onder het kartelverbod zou vallen. De oorspronkelijke prijs lag op € 50 per ton CO₂, maar voor publicatie bleek al dat die rekenprijs door de netbeheerders verhoogd was naar € 100 per ton CO₂. De ACM oordeelde met betrekking tot de prijs van € 50 dat de afspraak over een element van de prijs niet leidde tot een merkbaar effect op de kosten en daarmee ook niet op de tarieven van netbeheerders. Bij een prijs van € 100 per ton CO₂ zou er wel een merkbaar effect op de kosten zijn en voert de ACM een artikel 6 lid 3 Mw-analyse uit. Volgens de ACM wegen de duurzaamheidsbaten voor eenieder (reductie van CO₂-uitstoot) op tegen de mogelijke kosten voor gebruikers, is de samenwerking noodzakelijk én blijft er voldoende ruimte voor concurrentie. Met dit initiatief heeft de ACM dus alle stappen uit haar Leidraad duurzaamheidsinitiatieven doorlopen, en specifiek gekeken naar de voordelen voor de samenleving als geheel.

Samenwerking Shell en TotalEnergies CO₂-opslag op de Noordzee¹²

In juni 2022 publiceerde de ACM een persbericht over een beoordeelde samenwerking tussen concurrenten Shell en TotalEnergies.¹³ De samenwerking betreft 'Project Aramis', een project van Gasunie, Energie Beheer Nederland, Shell en TotalEnergies waarbij zij gezamenlijk een pijplijn met hoge capaciteit zullen aanleggen voor het transport van CO₂ naar lege gasvelden in de Noordzee. De te transporteren vloeibare en gasvormige CO₂ zal afkomstig zijn van in Nederland gevestigde bedrijven voor wie het momenteel (nog) niet haalbaar is op andere manieren de CO₂-uitstoot te verminderen. De samenwerking tussen Shell en TotalEnergies is onderdeel van Project Aramis en betreft specifiek het gezamenlijk aanbieden van een beperkt deel (20%) van de (toekomstige) opslagcapaciteit. Shell en TotalEnergies zullen in dat kader ook de prijs bepalen voor die opslagcapaciteit. Voor de resterende opslagcapaciteit, die niet noodzakelijkerwijs afkomstig is van Shell en TotalEnergies, worden geen gezamenlijke afspraken gemaakt. In haar beoordeling ging de ACM allereerst in op het feit dat er met dit project in feite een nieuwe markt wordt gecreëerd: die van de opslag van CO₂ in lege gasvelden. Bovendien kunnen in de toekomst andere partijen dan Shell en TotalEnergies ook hun opslagcapaciteit aanbieden en hun lege gasvelden aansluiten op de aan te leggen pijplijn. Daarmee krijgt de markt een grootschalig en commercieel vervolg – en is sprake van voldoende

10 Hierbij wordt opgemerkt dat in enkele gevallen geen uitgebreide inhoudelijke beoordeling is gepubliceerd. De ACM benadrukt ook dat zelfs door haar gegeven *guidance* op eigen risico blijft, zij het dat boete-immuniteit wordt verleend voor de toekomst.

11 ACM, 'ACM positief over samenwerking bedrijven om duurzaamheid in energiesector te bevorderen', Nieuwsbericht 28 februari 2022.

12 De schrijvers van deze kroniek waren betrokken bij de beoordeling van dit initiatief; voor het gedeelte van de kroniek dat hierover gaat, hebben zij zich alleen gebaseerd op datgene wat in het persbericht van de ACM is opgenomen.

13 ACM, 'Shell en TotalEnergies mogen samenwerken bij de CO₂-opslag in lege gasvelden op de Noordzee', Nieuwsbericht 27 juni 2022.

restconcurrentie. Vervolgens heeft de ACM een artikel 6 lid 3 Mw-analyse uitgevoerd, waarbij zij heeft gekeken naar (1) de voordelen voor zowel afnemers specifiek als ook voor de samenleving als geheel, (2) de mogelijkheid voor partijen om afzonderlijk van elkaar tot hetzelfde resultaat te komen, maar met name (3) de noodzakelijkheid van de samenwerking. In dat kader hebben Shell en TotalEnergies een drietal *counterfactuals* aangedragen en zo geprobeerd ook de voordelen van de samenwerking te kwantificeren ten opzichte van de nadelen. De ACM concludeert dat sprake is van een beperking van de concurrentie, maar dat de voordelen van de samenwerking groter zijn dan de nadelen.

Frisdrankleveranciers en supermarkten

Het vierde initiatief betrof de gezamenlijke afschaffing van de plastic handgreep op *multipacks* frisdrank en water door de concurrenten Coca-Cola, Vrumona, Albert Heijn en Jumbo.¹⁴ Het ontbreken van de plastic handgreep op *multipacks* maakt dat de verpakking minder plastic bevat en vooral makkelijker te recyclen is. Opvallend aan dit initiatief is dat de ACM in haar berichtgeving specifiek ingaat op het feit dat de leveranciers eerst een *self-assessment* hebben gedaan, alvorens de ACM te benaderen voor een spreekwoordelijke stempel op de samenwerking. Uit het *self-assessment* van de frisdrankleveranciers was namelijk al gebleken dat de plastic handgreep geen relevante concurrentieparameter was, en dat de afspraken daardoor geen beperking van de mededinging zouden inhouden.

De ACM meent dat de afspraak van de frisdrankleveranciers valt binnen twee van de vijf categorieën afspraken opgenomen in de conceptleidraad duurzaamheidsafspraken die niet concurrentiebeperkend zijn en daarmee toegestaan. Dat betreft in dit geval afspraken die (a) ondernemingen stimuleren een positieve bijdrage aan een duurzaamheidsdoel te leveren zonder verplichtend karakter en (b) een kwaliteitsverbetering van producten beogen waarbij minder duurzaam geproduceerde of aangeboden producten niet meer worden verkocht. Voor de lezer rijst de vraag waarom de frisdrankleveranciers überhaupt hebben aangeklopt bij de ACM, nu al duidelijk was dat (1) zij aan de hand van hun *self-assessment* geconcludeerd hadden dat de plastic handgreep geen concurrentieparameter was en (2) de afspraak zoals zij die gemaakt hadden duidelijk binnen de door de ACM 'vrijgestelde' categorieën vielen en op basis van te goeder trouw handelen eveneens boete-immuniteit ontstond. Het antwoord laat zich raden, maar mogelijk, gezien de grensoverschrijdende activiteiten van Vrumona en Coca-Cola, is dit voor hen een opmars geweest naar soortgelijke afspraken in andere jurisdicties en was Nederland een welkome *testcase*.

Tuincentra bestrijden gebruik illegale bestrijdingsmiddelen

Het laatste publiek gemaakte duurzaamheidsinitiatief van 2022 betreft een afspraak tussen tuincentra op basis waarvan zij het gebruik van illegale pesticiden bij sierplanten willen tegengaan.¹⁵ De afspraak is bedoeld ter verdere verduurzaming van de sector en ter voorkoming van het gebruik van illegale middelen met een mogelijk negatief effect op de gezondheid van de samenleving. De branchevereniging van de (honderden) betrokken tuincentra heeft de afspraak aan de ACM voorgelegd. Die oordeelde daar positief over.

Meer specifiek betreft de afspraak dat een aantal (ketens van) tuincentra op basis van steekproeven sierplanten laat testen in een erkend laboratorium op het gebruik van illegale pesticiden. Worden die aangetroffen, dan worden de planten geweigerd en krijgen de andere tuincentra hiervan bericht ter voorkoming van verkoop elders. De gebruiker van de pesticiden, de kweker, moet bij een hernieuwd aanbod van sierplanten verklaren de middelen niet meer te hebben gebruikt en aantonen wat voor acties ondernomen ter voorkoming van dat gebruik. De planten worden daarna opnieuw getest en bij gebreke van dergelijke pesticiden wordt de sierplant weer in de handel genomen.

In feite betreft de afspraak het (tijdelijk) uitsluiten van bepaalde kwekers van de markt voor de verkoop van sierplanten, normaliter een tamelijk vergaande beperking van de mededinging. Dat neemt niet weg dat het gebruik van die pesticiden illegaal is en moet worden tegengegaan (*below legal standard competition*). Door de gang van zaken transparant, open en zorgvuldig te presenteren zijn wat de ACM betreft voldoende waarborgen ingebouwd tegen het willekeurig uitsluiten van bepaalde kwekers. Die kwekers hebben bovendien aldus een drijfveer zo snel mogelijk te stoppen met het gebruik van illegale pesticiden: hun bedrijfsvoering zal lijden onder verder gebruik. Onduidelijk is wel hoe lang zij daadwerkelijk zullen worden uitgesloten van de toegang tot tuincentra en of dat niet al van een zodanige impact is dat dit de facto het einde van een kweker betekent – wellicht hadden de tuincentra dat nog niet volledig uitgedacht op het moment dat zij in overleg traden met de ACM. Het is wel opmerkelijk dat een dergelijke (privaatrechtelijke) afspraak kennelijk nodig is voor de beëindiging van het gebruik van illegale middelen, iets dat de relevante toezichthouder (de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit) blijkbaar niet lukte.

Misbruik machtspositie

In de vorige kroniek bespraken we reeds het gevecht tussen Apple en de ACM.¹⁶ Begin 2022 moest Apple meerdere dwangsommen betalen. Apple weigerde in

14 ACM, 'ACM positief over gezamenlijke afspraak tussen frisdrankleveranciers over afschaffen plastic handgreep', Nieuwsbericht 26 juli 2022.

15 ACM, 'ACM akkoord met afspraken tuincentra om gebruik illegale bestrijdingsmiddelen tegen te gaan', Nieuwsbericht 2 september 2022.

16 Dijkstra & De Goffau 2022, p. 30-31.

eerste instantie de volgens de ACM onredelijke voorwaarden jegens datingapp-aanbieders in de appstore aan te passen. Pas ruim nadat alle dwangsommen waren verbeurd (in totaal een bedrag van € 50 miljoen) heeft Apple haar voorwaarden aangepast naar tevredenheid van de ACM. De ACM liep met haar onderzoek in feite vooruit op de *Digital Markets Act* waar het de zogenoemde ‘poortwachters’ wordt verboden om het gebruik van het eigen betalingssysteem voor in-app aankopen verplicht te stellen.

Handhavingsverzoeken

De afgelopen paar jaar laat een opvallende toename zien van het aantal behandelde handhavingsverzoeken, met name op het gebied van misbruik van een economische machtspositie. Het lijkt erop dat men steeds vaker de ACM weet te vinden voor mogelijke mededingingsrechtelijke overtredingen. De ACM daarentegen lijkt (voor zover publiek bekend) haast consequent handhavingsverzoeken af te wijzen op grond van haar prioriteeringsbeleid.

PACE – Buma/Stemra

In februari 2022 heeft de ACM een verkennend onderzoek naar Buma/Stemra stopgezet.¹⁷ PACE, een onderneming die optreedt als bemiddelaar van artiesten (waaronder Nederlandse artiesten), en muzikanten assisteert bij het verkrijgen van controle over hun (auteurs)rechten door ze in staat te stellen die individueel te beheren en te licentiëren, had de ACM verzocht handhavend op te treden. Volgens PACE zou Buma/Stemra, een collectieve beheersorganisatie van auteursrechten op muziekwerken, muzikanten ontmoedigen hun auteursrechten elders dan bij Buma/Stemra onder te brengen, en daarmee de facto het flexibel rechtenbeheer onmogelijk maken – en daarmee de toegang van PACE tot de markt onmogelijk maken.

In het kader van haar beoordeling heeft de ACM een verkennend onderzoek uitgevoerd. Op basis van dat onderzoek en het wettelijk kader rondom auteursrechten, heeft de ACM geconcludeerd dat voor het verlenen van bemiddeling inzake muzikantenrechten voor offline openbaarmaking een vergunning nodig is van de minister van Justitie en Veiligheid. Alleen Buma/Stemra heeft een dergelijke vergunning in Nederland. Voor online openbaarmaking en exploitatie geldt dat het muzikanten auteurs vrijstaat dat beheer elders onder te brengen of zelf te beheren. Eerder al heeft de ACM geconcludeerd dat Buma/Stemra een economische machtspositie heeft en dat sprake is van een zekere afhankelijkheid van muzikanten ten opzichte van Buma/Stemra. Dat is onveranderd gebleken bij het verkennend onderzoek. Bij verdere navraag van de ACM bij PACE over de beweerdelijke misbruikelijke gedragingen bleek echter dat de door PACE aan Buma/Stemra toegerekende gedragingen in

feite gedrag van individuele muzikanten bleek te zijn. Bovendien ontving de ACM geen klachten van individuele muzikanten of andere rechthebbenden. Mede op die basis concludeert zij dat er onvoldoende aanknopingspunten zijn dat evident sprake is van een overtreding van artikel 24 Mw.

Leveranciers apneu-apparaten

In een anoniem handhavingsverzoek worden leveranciers van apneu-apparaten ervan beticht een afspraak te hebben gemaakt die zou inhouden dat patiënten niet van leverancier mogen overstappen voor een ander apneu-apparaat dan van het merk Philips.¹⁸ De achtergrond van dit handhavingsverzoek is gelegen in het Philipsdebaat waarbij de door haar geproduceerde apneu-apparaten een mogelijk risico voor de gezondheid opleveren vanwege loskomende schuimdeeltjes. Philips is bezig de apparaten te vervangen, maar volgens de indiener van het handhavingsverzoek hebben leveranciers in die context afspraken gemaakt te weigeren andere nieuwe apneu-apparaten te leveren aan gebruikers van Philips apneu-apparaten. Dat zou in strijd zijn met het kartelverbod.

Uit het onderzoek van de ACM blijkt dat sprake is van een wereldwijd tekort aan chips, als gevolg waarvan slechts een beperkt aantal apneu-apparaten kan worden geproduceerd. Daarnaast zijn er logistieke en personeelsproblemen, die ook een beperkend effect hebben op de distributie. Vanwege die problemen hebben verschillende *stakeholders* in de zorg (leveranciers, toezichthouders, zorgverzekeraars en behandelend artsen) een gezamenlijke aanpak ontwikkeld die het voordeligst is voor de volksgezondheid – het gaat onder andere om afspraken tussen leveranciers, maar ook met andere *stakeholders* zijn afspraken gemaakt. Door geen nieuwe apneu-apparaten te leveren aan gebruikers van Philips apneu-apparaten, blijven er apparaten beschikbaar voor nieuwe apneupatiënten. Bovendien blijkt dat het niet gebruiken van een apneu-apparaat een grotere kans geeft op schade aan de gezondheid dan het gebruik van een mogelijk gebrekkig Philips apneu-apparaat.

Vanuit een praktisch en medisch oogpunt is dus voor de route gekozen die volgens de ACM de minste schade aan het maatschappelijk belang van de volksgezondheid zou opleveren. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt oordeelt de ACM bovendien dat er (1) geen sprake is van een productiebeperking (maar een chiptekort) en (2) slechts sprake is van een tijdelijke leveringsweigering, namelijk tot de omwisseling door Philips is voltooid. De ACM wijst het handhavingsverzoek af.

Erfpachtberekening gemeente Amsterdam

De ACM heeft een viertal handhavingsverzoeken van klagers tegen de gemeente Amsterdam over de wijze van het berekenen van de erfpacht afgewezen op basis van haar prioriteringsbeleid.¹⁹ De klagers menen dat sprake

17 Besluit ACM 7 februari 2022, zaak ACM/21/167630 (PACE).

18 Besluit ACM 28 juni 2011, zaak ACM/22/178385.

19 Besluit ACM 8 augustus 2022, zaak ACM/22/178447; Besluit ACM 8 augustus 2022, zaak ACM/22/178309; Besluit ACM 8 augustus 2022, zaak ACM/22/177566; Besluit ACM 8 augustus 2022, zaak ACM/22/178305.

is van misbruik van een economische machtspositie door de gemeente Amsterdam, omdat de gemeente een 'oneerlijk' systeem hanteert voor de berekening van de hoogte van de erfpachtcanon, de kostenopslag te hoog is, en de informatievoorziening en geschilbeslechting van en door de gemeente Amsterdam onvoldoende zijn. Daarnaast menen de klagers dat sprake is van strijdigheid met het consumentenrecht (art. 6:193a e.v. jo. 6:233 e.v. Burgerlijk Wetboek (BW)). De gemeente Amsterdam heeft de afgelopen jaren al erkend dat het proces van erfpachtberekening niet altijd soepel verloopt. In dat kader heeft zij verbeterpunten opgenomen in haar coalitieakkoord voor de jaren 2022-2026.

In haar beoordeling van het handhavingsverzoek stelt de ACM voorop dat een eerste inventariserend onderzoek niet heeft geleid tot de constatering dat sprake is van een overtreding van de Mededingingswet of het consumentenrecht en dat aldus op de ACM geen verplichting tot handhaving rust. De ACM meent dat voor een uitputtend oordeel ten aanzien van de vraag of sprake is van een schending van de Mededingingswet of het consumentenrecht, een veel uitgebreider onderzoek nodig is. Daar heeft de ACM op dit moment geen capaciteit voor. De ACM meent verder dat het effect van een eventuele interventie ook onbekend is, mede omdat de komende jaren verbeterpunten worden doorgevoerd.

Bestuursrechtelijke toetsing

Dakdekkerskartel

Rechtbank Rotterdam verklaart de beroepen van twee dakdekkers tegen een kartelbesluit ongegrond.²⁰ De twee ondernemingen kregen boetes van respectievelijk € 6.000 en € 18.000 opgelegd voor het afstemmen van hun deelname aan onderhandse aanbestedingen. Een van de dakdekkers verzocht een concurrent zich in te schrijven voor een bepaalde prijs (hoger dan de eigen offerte), en deelde de eigen offerte exclusief prijsinformatie. De rechtbank bevestigt het oordeel van de ACM dat de dakdekkers hierdoor binnen de context van een aanbesteding hun gedrag onderling hebben afgestemd over belangrijke concurrentieparameters. Hierdoor ontbrak een concurrerend bod terwijl de opdrachtgever daarvan niet op de hoogte was en dus geen andere partij kon uitnodigen. De ACM heeft volgens de rechtbank kunnen aannemen dat de concurrent bij het bepalen van zijn marktgedrag rekening heeft gehouden met de informatie die hij heeft ontvangen. Van publiekelijke distantiëring van de ontvangen informatie of een melding bij de ACM is namelijk geen sprake. De rechtbank gaat ook niet mee in het betoog dat sprake is van interne distantiëring door de offerte onafhankelijk te calculeren en vast te stellen. De ACM heeft verder terecht vastgesteld dat de bagateluitzondering niet van toepassing is doordat het gezamenlijk marktaandeel 50% bedraagt op basis van een percentage van het totaal aantal gegadigden

20 Rb. Rotterdam 3 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:585.

bij de aanbesteding. De hoogte van de (reeds lage) boetes is daarnaast naar het oordeel van de rechtbank passend en evenredig.

Taxikartel

Een derde partij vordert op grond van de artikel 12u jo. 12v Instellingswet ACM (Iw) inzage in eventuele besluiten tot kwijtschelding of niet-invordering die de ACM heeft genomen in verband met het taxikartel. De primaire sanctiebesluiten zijn openbaar gemaakt, waardoor volgens de rechtbank het doel van openbaarmaking is bereikt.²¹ De relevante elementen, namelijk de overtreder, de aard en de ernst van de overtreding en de opgelegde sanctie zijn daardoor immers bekend geraakt. Na deze onherroepelijke sanctiebesluiten rustte er een onvoorwaardelijke verplichting op de karteldeelnemer om de boete te betalen. Een beslissing van de staat tot kwijtschelding op grond van artikel 16 Regeling financieel beheer van het Rijk valt buiten het bereik van artikel 12u jo. 12v Iw, nu geen sprake is van heroverweging of wijziging van het primaire besluit. Wat betreft inzage in documenten die door de ACM zelf zijn vervaardigd tijdens de procedure geldt dat de ACM deze openbaar mag maken, maar daartoe niet verplicht is (art. 12w lid 1 Iw). Nu het gaat om documenten die betrekking hebben op de afwikkeling van de betaling van de opgelegde boetes, hoeft de ACM die informatie niet openbaar te maken als zij dat niet nuttig of nodig acht.

Koel/vrieshuizenkartel

In 2015 heeft de ACM een boete opgelegd aan een aantal ondernemingen voor het afstemmen van tarieven en/of het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie op het gebied van opslag van vis in koel- en vrieshuizen.²² Nadat de ACM de bezwaren van drie rechtspersonen die deel uitmaken van Samskip in het bestreden besluit ongegrond had verklaard, stelden zij beroep in bij de rechtbank Rotterdam. De rechtbank oordeelde dat de ACM de vervaltermijn van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete niet tijdig had gestuit, en liet daarom voor het overige de beroepsgronden onbesproken.²³ Maar na een vernietiging van die uitspraak door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)²⁴ is de zaak weer naar de rechtbank teruggewezen.

De rechtbank Rotterdam wees vervolgens op 7 juli 2022 de overige beroepsgronden af.²⁵ Ten eerste was het vooronderzoek rechtmatig, omdat de doelomschrijving 'de exploitatie van koel- en vrieshuizen' voldoende nauwkeurig is geformuleerd. Volgens de rechtbank had het Samskip daarom duidelijk moeten zijn dat dit ook de opslag van vis omvatte. Ten tweede voerde Samskip aan dat de gedragingen van een van haar dochterondernemingen niet aan het concern konden worden toegerekend. De directeur van die betreffende dochteronderneming – die zij had overgenomen van een concurrent –

21 Rb. Rotterdam 17 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1948.

22 Besluit ACM 22 december 2015, zaak 15.0328.31 (Samskip).

23 Rb. Rotterdam 12 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2777 (Samskip/ACM).

24 CBB 14 januari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:34 (ACM/Samskip).

25 Rb. Rotterdam 7 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2020:5483 (Samskip/ACM).

zou goede banden hebben met die concurrent en in feite onder één hoedje spelen. De rechtbank oordeelde dat de overtreding van de dochteronderneming moet worden toegerekend aan het concern, omdat het concern gedurende de inbreukperiode 100% van de aandelen in de dochteronderneming hield en zij dus een economische eenheid vormden. Het is Samskip niet gelukt dit bewijsvermoeden²⁶ te weerleggen. Ten derde oordeelde de rechtbank dat het verdedigingsbeginsel niet is geschonden door de gerechtvaardigde beperkte kennisneming van een aantal stukken.²⁷ Ook is het verdedigingsbeginsel niet geschonden ten aanzien van een aantal stukken die Samskip niet mocht inzien die zagen op de relatie tussen de directeur van de dochteronderneming en de concurrent zoals hierboven besproken. De rechtbank oordeelde dat deze stukken geen betrekking hadden op de zaak. Ten slotte is volgens de rechtbank geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Hoewel met andere partijen in dezelfde, of aanverwante, zaken een schikking is getroffen (vereenvoudigde afdoening), was het in het onderhavige geval niet haalbaar een gedeeld beeld over de feiten en de overtreding te bereiken.

Toetsing diverse handhavingsverzoeken

- *Tandarts*

Een tandarts heeft in de zomer van 2020 bezwaar gemaakt tegen de instemming van de ACM met de afspraken die zorgverzekeraars hadden gemaakt over de uitvoering van de Regeling continuïteitsbijdrage en meerkosten in verband met de uitbraak van het coronavirus en een handhavingsverzoek ingediend tegen de uitvoering daarvan door de zorgverzekeraars.²⁸ Volgens de tandarts zouden zorgverzekeraars misbruik maken van hun machtspositie. De ACM oordeelde dat de eiser niet-ontvankelijk is, omdat deze geen belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) zou zijn. Er was niet komen vast te staan dat de eiser zich onderscheidt van andere zorgaanbieders die aanspraak maken op een continuïteitsbijdrage volgens de regeling, waardoor niet aan het criterium 'individueel geraakt' was voldaan. Bovendien had de eiser op dat moment (nog) geen continuïteitsbijdrage aangevraagd. Op 24 juni 2022 oordeelde de rechtbank Rotterdam echter dat de eiser wel aangemerkt kan worden als belanghebbende.²⁹ Allereerst is niet vast komen te staan dat er al op de inmiddels aangevraagde continuïteitsbijdrage van de eiser is beslist en dat daarmee het procesbelang zou zijn vervallen. Daarnaast bevatten de uitvoeringsafspraken over de regeling voorschriften over inhaalzorg die de praktijkuitoefening en vergoedingen van de eiser kunnen raken. Dat dit ook voor andere tandartsen geldt, doet niet ter zake, omdat zij allemaal individueel geraakt worden. Het beroep is daarom gegrond en de

ACM moet alsnog inhoudelijk op het handhavingsverzoek beslissen. Omdat de ACM daarbij ook eventuele derden-belanghebbenden moet betrekken, wordt geen bestuurlijke lus toegepast.

- *Accountants*

Op 7 juli 2022 heeft de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat het beroep van de Orde van Register Adviseurs Nederland (OvRAN) tegen een afgewezen handhavingsverzoek ongegrond is omdat er geen aanwijzingen zijn van verboden gedrag.³⁰ In het handhavingsverzoek stelde de OvRAN in essentie dat de grote vier accountskantoren (ook wel de 'Big Four' genoemd) en de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) zich schuldig maken aan een overtreding van het kartelverbod en misbruik van machtspositie door het kunnen opleggen van regels aan kleine accountskantoren. Allereerst wijst de rechtbank erop dat het beroep van de OvRAN op artikel 24 Mw niet slaagt. De kern van het verwijt van de OvRAN is dat de feitelijke invloed van de Big Four bij het vaststellen van beroepsregels binnen de NBA, hen zou bevoordelen in hun concurrentiekracht. Omdat het vaststellen van regels door de NBA, een bij wet ingestelde beroepsvereniging, niet kwalificeert als economische activiteit, is zij ook geen onderneming – hetgeen wordt erkend door de OvRAN – en kan geen sprake zijn van een overtreding van artikel 24 Mw. Het verbod uit artikel 24 Mw is immers ook alleen gericht aan 'ondernemingen' en niet aan ondernemersverenigingen. Verder zijn er geen aanwijzingen dat de NBA en de Big Four als één dominant geheel handelen en zo een collectieve machtspositie hebben.

Wat betreft artikel 6 Mw oordeelde de ACM volgens de rechtbank terecht dat er geen aanwijzingen zijn voor de door de OvRAN gestelde inbreuk op het kartelverbod. Daarom mocht de ACM ook in het midden laten of de NBA een ondernemingsvereniging is. De Big Four vertegenwoordigen slechts een beperkt aantal stemmen binnen de algemene ledenvergadering (ALV) (5,2% volgens de OvRAN). Beslissingen over beroepsregels worden in de ALV met een gewone meerderheid van de stemmen genomen. De niet-Big-Four-accountants kunnen daarom voldoende tegenwicht binnen de ALV bieden bij het beslissen over beroepsregels. Het door de OvRAN aangevoerde argument dat 'de Big Four altijd de macht en het geld hebben om voldoende medewerkers naar een ledenvergadering te kunnen sturen' wijst de rechtbank gezien het lage percentage stemmen van de Big Four van de hand. Bovendien is er voor alle leden de mogelijkheid een ander te machtigen om te stemmen tijdens de ALV.

Daarnaast stelde de OvRAN dat de NBA zou moeten bewijzen dat sprake is van een uitzondering zoals bedoeld in artikel 6 lid 3 Mw. De rechtbank wijst erop dat het bij handhavingsverzoeken aan de ACM is te onderzoeken of er voldoende aanwijzingen zijn voor de door eiser(s) gestelde inbreuk. Er is dan ook geen ruimte voor een omkering van de bewijslast zoals bedoeld in de uitzonde-

26 HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo), r.o. 58-61.

27 Op grond van art. 8:29 Awb.

28 ACM, 'ACM: Zorgverzekeraars mogen gezamenlijk zorgaanbieders financieel steunen tijdens coronacrisis', Nieuwsbericht 21 april 2020.

29 Rb. Rotterdam 24 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5636.

30 Rb. Rotterdam 7 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5482.

ring op het kartelverbod (art. 6 lid 3 jo. lid 4 Mw). Dat ziet alleen op de situatie dat sprake is van een verboden gedraging zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 Mw en de inbreukmakende partij zich wil beroepen op artikel 6 lid 3 Mw. Ten slotte zijn er volgens de rechtbank geen aanknopingspunten waaruit blijkt dat de ACM het handhavingsverzoek met vooringenomenheid heeft afgewezen.

- *Drinkwaterbedrijf*

In 2020 verzocht een anonieme eiser de ACM handhavend op te treden tegen een drinkwaterbedrijf dat misbruik zou maken van een economische machtspositie. Het drinkwaterbedrijf brengt € 1,50 in rekening voor het toesturen van een papieren drinkwaterfactuur. De ACM achtte zich niet bevoegd te toetsen of het drinkwaterbedrijf misbruik maakt van een economische machtspositie aangezien geen sprake is van een economische activiteit in de zin van de Mededingingswet.

Op 24 augustus 2022 oordeelde de rechtbank Rotterdam dat inderdaad geen sprake is van een economische activiteit.³¹ In Nederland bestaat geen marktwerking bij de wettelijke taak tot het voorzien in drinkwater, omdat het een primaire levensbehoefte en het algemene belang van de volksgezondheid betreft.³² Omdat de kosten voor facturatie niet los kunnen worden gezien van het uitvoeren van die wettelijke taak, is ook het toesturen van een papieren drinkwaterfactuur niet aan te merken als economische activiteit. Hoewel de eiser de € 1,50 voor de factuur dus niet terugkrijgt, worden de reiskosten van € 30 wel vergoed – dat zijn toch weer twintig drinkwaterfacturen. De ACM moest die kosten, evenals de griffiekosten, vergoeden aangezien in een tussenuitspraak was geoordeeld dat de anonieme eiser ten onrechte niet als belanghebbende was aangemerkt door de ACM.

- *Dataprovider/SIDN*

In dit handhavingsverzoek stelde de eiser, Dataprovider, zich op het standpunt dat SIDN, een stichting die het internetdomein '.nl' beheert, misbruik maakt van haar economische machtspositie. SIDN geeft als enige domeinnamen binnen het .nl domein uit en biedt ook domeinbewakingsdiensten aan. Die bewakingsdiensten bestaan uit het verschaffen van informatie over mogelijke online inbreuken op het merkenrecht aan ondernemingen. Daartoe gebruikt SIDN onder andere de volledige lijst met .nl domeinnamen – de zonefile. SIDN is de enige die toegang heeft tot deze lijst. Dataprovider concurreert met SIDN bij het aanbieden van domeinbewakingsdiensten. Dataprovider kreeg ondanks haar verzoek geen toegang tot gegevens in de SIDN-zonefile. Volgens Dataprovider levert deze leveringsweigering misbruik van economische machtspositie op, omdat zij door het weigeren van de toegang tot de zonefile geen volledig beeld kan krijgen van alle .nl domeinnamen. Eerder oordeelde de ACM dat de leveringsweigering door SIDN geen misbruik van een (eventuele) machts-

positie oplevert, omdat niet is voldaan aan twee van de drie cumulatieve *Bronner*-criteria.³³ De rechtbank oordeelt op 7 juli 2022 dat de ACM daar gelijk in heeft.³⁴ Ten eerste is de toegang tot de zonefile niet onontbeerlijk voor Dataprovider om haar domeinbewakingsdiensten te kunnen aanbieden. Ten tweede is het ook niet aanneemelijk dat de leveringsweigering tot gevolg heeft dat alle effectieve mededinging op de betreffende markt verdwijnt.

Dataprovider betoogde daarnaast dat SIDN geen eigenaar is van de zonefile en dat er sprake zou zijn van een wettelijk monopolie, waardoor de *Bronner*-criteria niet van toepassing zouden zijn. Die bezwaren wijst de rechtbank af: op welke exacte juridische titel SIDN de zonefile beheert, is niet relevant – het volstaat dat SIDN exclusief over de zonefile beschikt en dus als enige daartoe toegang kan verlenen. Daarnaast heeft SIDN weliswaar een convenant met het ministerie van Economische Zaken en Klimaat gesloten om de continuïteit en stabiliteit van het .nl domein te waarborgen, maar dit is niet vergelijkbaar met een wettelijk monopolie.

Civielrechtelijke toetsing

Midac

De rechtbank Den Haag heeft zich op 20 april 2022 uitgesproken over een vordering van Midac om een publicatie van de website van de ACM te verwijderen en een vordering tot schadevergoeding.³⁵ Anderhalf jaar nadat de rechtbank Rotterdam het boetebesluit van de ACM inzake het tractiebatterijenkartel jegens Midac had vernietigd, bleek dat de website van de ACM nog steeds Midacs betrokkenheid bij het tractiebatterijenkartel op haar website vermeldde ondanks verzoeken van Midac de publicatie te verwijderen. Uiteindelijk is de publicatie van de website verwijderd, maar door de niet tijdige verwijdering zouden Midac en haar directeur reputatieschade hebben geleden. De rechtbank Den Haag kent in totaal € 7.500 aan immateriële schadevergoeding toe aan Midac en haar directeur, omdat de ACM de herroeping niet tijdig en adequaat op haar website had doorgevoerd. Waar het publicatiebesluit van de ACM kan worden aangevochten bij de bestuursrechter, biedt de Iw geen grondslag voor de verwijdering van de publicatie en is de civiele rechter bevoegd om hierover te oordelen. Midac heeft daarnaast nog vergoeding van twee andere schadeposten gevorderd. Ten eerste poogde Midac de kosten van onder andere rechtsbijstand in de voorbereidingsprocedure, bezwaar en beroep te verhalen. De rechtbank oordeelde dat deze kosten niet in aanmerking komen voor vergoeding. Niet is gebleken dat de voorbereidingsprocedure (ook) onrechtmatig was. Midac had de onrechtmatigheid hiervan reeds in de bezwaar- en beroepsfase moeten aanvechten. De proceskosten die

31 Rb. Rotterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7040.

32 HvJ EU 12 juli 2012, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank GmbH*), r.o. 35-36.

33 HvJ EG 26 november 1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 (*Bronner*).

34 Rb. Rotterdam 7 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5481 (*Dataprovider/ACM*).

35 Rb. Den Haag 20 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3709.

zijn gemaakt in de bezwaar- en beroepsfases kunnen evenmin worden toegewezen door de civiele rechter, aangezien uitsluitend de bestuursrechter bevoegd is hierover te oordelen. De tweede schadepost werd ook afgewezen. Dit betrof rente voor de lening van de moedermaatschappij van Midac aan Midac. Volgens de rechtbank had het moederbedrijf de boete zelf kunnen betalen, omdat zowel het moeder- als het dochterbedrijf hoofdelijk aansprakelijk werd gesteld. In dat geval had Midac geen rente hoeven te betalen. Door de rentedragende lening af te sluiten met de moederonderneming heeft Midac gehandeld in strijd met de schadebeperkingsplicht en hierdoor komt de rente niet in aanmerking voor vergoeding. De rechtbank achtte in dat kader mede van belang dat de ACM de boete aan Midac heeft terugbetaald inclusief de wettelijke rente.

Hoofdstuk 4b Mededingingswet – Wet markt en overheid

Gemeente Fryske Marren

Het eerste besluit van het jaar op het gebied van de Wet markt en overheid (Wet M&O) dateert van 11 januari 2022 en betreft de afwijzing van een handhavingsverzoek.³⁶ De gemeente De Fryske Marren zou een exploitant van een zwembad en sporthal, beide in eigendom van de gemeente, onrechtmatig hebben bevoordeeld. De exploitant zou onder andere een te lage huur betalen en subsidies hebben ontvangen, waardoor de concurrentiepositie van de klagende zwembadexploitant is geschaad. De ACM concludeert dat de Wet M&O niet van toepassing is op het handelen van de gemeente: zij heeft in 2015 een algemeenbelangbesluit genomen (art. 25h lid 6 Mw) en volgens de ACM is voldoende duidelijk dat de exploitatie van de sporthal hieronder valt. Daarmee is de kous af. De gemeente heeft echter ook aangevoerd dat de maatregelen kwalificeren als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De ACM stelt op basis hiervan subsidiair vast dat de Wet M&O om deze reden eveneens niet van toepassing is (art. 25h lid 4 Mw). De ACM overweegt dat zij is gehouden dit standpunt te volgen, immers, alleen de Europese Commissie is bevoegd om vast te stellen dat sprake is van staatssteun.

Bloqzone

Op 5 april 2021 besluit de ACM geen nader onderzoek in te stellen naar het handhavingsverzoek van softwareontwikkelaar Bloqzone tegen enkele gemeenten (Nijmegen, Arnhem en Drechtsteden) op grond van de Wet M&O.³⁷ In opdracht van de gemeenten is de broncode van een softwaretoepassing voor het identificeren van een persoon die contact opneemt met de overheid, *open source* beschikbaar gesteld. Bloqzone had eerder een vergelijkbare softwaretoepassing aan de gemeente Nijmegen gedemonstreerd. Deze samenwerking kwam niet

van de grond, waarop de gemeente Nijmegen het project samen met de gemeenten Arnhem en Drechtsteden heeft voortgezet samen met een andere softwareontwikkelaar geselecteerd op basis van onderhandse aanbesteding. Dit heeft geleid tot de ontwikkeling van de softwaretoepassing 'ID Contact'. De broncode daarvan is gratis online (*open source*) ter beschikking gesteld. Volgens Bloqzone zouden de gemeenten hiermee de Wet M&O hebben geschonden omdat zij de integrale kosten voor de ontwikkeling van deze software niet doorberekenen aan de afnemers (art. 25i Mw). Zodoende zouden de gemeenten oneerlijk concurreren met softwarebedrijven zoals Bloqzone.

Bloqzone stelt bezwaar in tegen het besluit, maar vangt wederom bot: op 21 november 2022 verklaart de ACM het bezwaar ongegrond.³⁸ Het standpunt van de ACM is ongewijzigd, namelijk dat zij het handhavingsverzoek terecht op grond van haar prioriteringsbeleid heeft afgewezen. De ACM onderkent dat Bloqzone mogelijk wel negatieve gevolgen heeft ondervonden door het handelen van de gemeenten, maar acht dat niet relevant voor haar prioritering. Op basis van een belangenafweging acht de ACM handhavend optreden niet doelmatig.³⁹ De ACM kent veel gewicht toe aan een aanstaande wetswijziging: het op het moment van schrijven in behandeling zijnde wetsvoorstel tot aanpassing van de Wet M&O zondert het aanbieden van *open source* software uit van de gedragsregel integrale kostendoorberekening.⁴⁰ Daarmee zal de juridische basis voor het handhavingsverzoek binnen afzienbare tijd verdwijnen.⁴¹

Twence

Het tweede prioriteringsbesluit op het gebied van de Wet M&O dateert van 19 augustus 2022.⁴² Afvalverwerker AVR had een handhavingsverzoek ingediend tegen een aantal gemeenten die aandeelhouder zijn van een concurrerende afvalverwerker, Twence. Aangezien alle aandelen in Twence in het bezit zijn van gemeenten, kwalificeert Twence volgens de ACM als een overheidsbedrijf in de zin van de Wet M&O. Kern is dat de opdracht voor verwerking van huishoudelijk afval van de gemeenten aan de twee Twencevennootschappen waar de publiekrechtelijke afvalverwerkingsactiviteiten zijn ondergebracht is gegund via zogenoemde 'quasi-inbesteding'.⁴³ AVR komt in haar klacht op tegen deze onderhandse gunning en meent dat sprake is van onrechtmatige bevoordeling (art. 25j Mw) van Twence. De ACM komt na voorlopig onderzoek tot de conclusie dat nader onderzoek niet doelmatig is en wijst het ver-

36 Besluit ACM 11 januari 2022, zaak ACM/21/050059.

37 Besluit ACM 5 april 2022, zaak ACM/21/167901.

38 Besluit ACM 21 november 2022, zaak ACM/22/178466.

39 Besluit ACM 21 november 2022, zaak ACM/22/178466, randnr. 26.

40 Deze uitzondering wordt vastgelegd in een nieuw onderdeel van art. 25i lid 2. Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 35985, nr. 5, p. 33. De plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer stond ten tijde van het schrijven van deze bijdrage op de agenda van de Tweede Kamer voor de week van 6 februari 2023.

41 Besluit ACM 21 november 2022, zaak ACM/22/178466, randnr. 22.

42 Besluit ACM 19 augustus 2022, zaak ACM/22/177125.

43 Van quasi-inbesteding is sprake wanneer een aanbestedende dienst een opdracht verstrekt aan een afgescheiden entiteit (andere rechtspersoon) die voldoet aan de voorwaarden van art. 2.24a lid 1 Aw.

zoek af op basis van haar prioriteringsbeleid. AVR voerde aan dat Twence zou zijn bevoordeeld doordat niet is voldaan aan de voorwaarden van de Aanbestedingswet 2012 (Aw) voor gunning van een opdracht aan een eigen overheidsbedrijf (in dit geval quasi-inbesteding). De ACM houdt echter geen toezicht op de naleving van de Aw. Twence zou volgens AVR voorts worden bevoordeeld door de lange looptijd van het contract voor de verwerking van huishoudelijk afval van 27 jaar, samen met het feit dat de gemeenten voornemens waren in 2022 een opdracht voor onbepaalde tijd aan Twence te gunnen. De ACM overweegt in dat opzicht dat de Wet M&O alleen van toepassing is op het contract voor zover geen sprake is van rechtmatige inbesteding. In het geval van inbesteding kunnen de diensten namelijk niet worden aangemerkt als economische activiteit omdat zij niet zijn aangeboden op een markt.⁴⁴ Slechts maximaal 20% van de activiteiten van Twence zijn aan te merken als economisch.⁴⁵ De ACM concludeert op basis van haar eerste onderzoek dat zowel het risico op als de eventuele schadelijkheid van de bevoordeling van deze activiteiten zeer beperkt is. De ACM overweegt tot slot dat ook de gestelde bevoordeling zelf niet aannemelijk lijkt: volgens de ACM hebben de gemeenten de marktconformiteit van (de hoogte van) de vergoeding die Twence ontvangt voldoende onderbouwd.

Dutch Venture Initiative

Dat het kan lonen op te komen tegen een afwijzing van een klacht blijkt uit een beslissing op bezwaar van de ACM van 21 december 2021.⁴⁶ MKB Multifunds, een privaat investeringsfonds, had een klacht bij de ACM ingediend inhoudende dat het ministerie van Economische Zaken en Klimaat de Wet M&O had overtreden door een overheidsfonds, het Dutch Venture Initiative (de zgn. 'DVI-fondsen') op verschillende manieren te bevoordeelen. De ACM wees de klacht in februari 2021 in zijn geheel af.⁴⁷ MKB Multifunds tekende bezwaar aan. De ACM stelt in heroverweging vast dat de minister de DVI-fondsen in één opzicht inderdaad oneigenlijk heeft bevoordeeld en verklaart het bezwaar van MKB Multifunds daarom gedeeltelijk gegrond. Zij overweegt dat zij in primo onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de relevante feiten en daarmee het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden. Nader onderzoek in de bezwaarfase heeft geleid tot de constatering van een overtreding: de ACM stelt vast dat het ministerie zich actief bezig heeft gehouden met het werven van investeerders voor de DVI-fondsen. De ACM verwijst ter onderbouwing naar citaten van de minister in diverse Kamerstukken. Deze actieve rol van de minister merkt de ACM aan als een

economische activiteit. Aangezien de minister hiervoor geen vergoeding in rekening bracht bij de DVI-fondsen, zijn de DVI-fondsen naar het oordeel van de ACM onrechtmatig bevoordeeld (art. 25j Mw). Op de overige punten handhaaft de ACM het primaire besluit.

KLIC-viewer

In een uitspraak van 10 november 2022 staat de vraag centraal of sprake is van een economische activiteit waarop de Wet M&O van toepassing is.⁴⁸ De activiteit in kwestie betreft het gratis aanbieden van door het Kadaster ontwikkelde software voor raadpleging van locaties van kabels en leidingen (de 'KLIC-viewer'). Voorheen bood het Kadaster alleen een desktopversie van de KLIC-viewer aan. Het Cbb heeft eerder uitgemaakt dat het gratis ter beschikking stellen hiervan niet kwalificeert als economische activiteit nu deze onder de publieke taak van het Kadaster valt.⁴⁹ De onderhavige zaak gaat over de vraag of doorontwikkeling van de KLIC-viewer voor online gebruik (zonder installatie) en als applicatie op mobiele apparaten ook onder de publieke taak van het Kadaster valt. Enkele aanbieders van een vergelijkbaar product dienden een handhavingsverzoek in bij de ACM. Zij voerden aan dat de doorontwikkelde versie zodanig verschilt van de desktopversie, dat deze wel kan worden onderscheiden van de publieke taak van het Kadaster en dus wel een economische activiteit betreft. Het Kadaster zou ten onrechte niet de integrale kosten doorberekenen (art. 25i lid 1 Mw). De ACM wees het handhavingsverzoek af.⁵⁰

De rechtbank verklaart het beroep tegen de afwijzing door de ACM ongegrond. De rechtbank past het *TenderNed*-arrest toe, waarin het Hof van Justitie heeft verduidelijkt aan de hand van welk criterium moet worden getoetst of een activiteit van een bestuursorgaan op zichzelf als een economische activiteit kan worden beschouwd of juist verbonden is met de publieke taak daarvan.⁵¹ Naar het oordeel van de rechtbank heeft de ACM deze rechtspraak correct toegepast door te concluderen dat het 'separation' criterium in dit geval niet van toepassing is omdat geen sprake is van mogelijk op zichzelf staande economische activiteiten.⁵² Het aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer betreft een activiteit die rechtstreeks verband houdt met de concrete en specifieke wettelijke taken van het Kadaster en valt daarom evenals de desktopversie van de KLIC-viewer onder de publieke taak van het Kadaster.

Gemeente Heumen

Het Cbb heeft op 9 augustus 2022 een uitspraak gedaan die van richtinggevende waarde voor gemeenten kan zijn, omdat het Cbb verduidelijkt onder welke omstandigheden een exploitatiebijdrage aan de huurder van een gemeentelijke sporthal als een feitelijke korting op

44 De ACM verwijst ter onderbouwing van deze toetsingsmaatstaf naar haar besluit ACM 20 februari, zaak 15.1221.29 (*Kees Groot Horeca/Marcandi*), randnr. 37.

45 Dit is een voorwaarde voor rechtmatige quasi-inbesteding van de opdracht op grond van de Aanbestedingswet 2012 (art. 2.24a lid 1 onder b Aw).

46 Besluit ACM 21 december 2021, zaak ACM/21/051316. Wij nemen dit besluit mee in dit jaaroverzicht, aangezien de ACM deze beslissing pas op 24 januari 2022 heeft gepubliceerd.

47 Besluit ACM 23 februari 2021, zaak ACM/21/051316.

48 Rb. Rotterdam 10 november 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9563.

49 Cbb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204, r.o. 4.6.

50 Besluit ACM 7 oktober 2021, zaak ACM/21/051022.

51 HvJ EU 7 november 2019, C-687/17, ECLI:EU:C:2019:932 (*TenderNed*).

52 Rb. Rotterdam 10 november 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9563, r.o. 13.1.

de huurprijs kan worden beschouwd.⁵³ Het CBb oordeelt dat de ACM de Wet M&O correct heeft toegepast door vast te stellen dat de gemeente Heumen artikel 25 Mw heeft overtreden. Volgens de ACM had de gemeente de integrale kosten niet doorberekend aan de huurder (en tevens exploitant) van een sporthal, in eigendom van de gemeente, aangezien de gemeente de exploitatiebijdrage die de verhuurder ontving, ten onrechte niet had betrokken in de huurprijs. Het CBb stelt de ACM nu in het gelijk.

De rechtbank had het beroep van de gemeente in eerste instantie niet-ontvankelijk verklaard, aangezien het procesbesluit niet dateerde van voor het einde van de beroepstermijn. Uit een uitspraak van 17 maart 2021 van de ABRvS volgt dat het overschrijden van de beroepstermijn niet langer per definitie tot niet-ontvankelijkheid leidt.⁵⁴ Op deze basis vernietigt het CBb de bestreden uitspraak. Tot zover het succes van de gemeente: het CBb doet de zaak vervolgens zelf af (mede op verzoek van de partijen) en stelt de gemeente in het ongelijk. Het overtredingsbesluit blijft in stand.

Het CBb overweegt ten eerste dat het voldoende duidelijk is dat het hier gaat om een economische activiteit, aangezien de verhuur en het in bruikleen geven van de sporthal in deze zaak konden worden gescheiden van de publieke taak van de gemeente.⁵⁵ De eerste beroepsgrond van de gemeente die ertoe strekt dat het besluit van de ACM op dit punt onvoldoende zorgvuldig was, slaagt daarom niet.

De discussie spitst zich vervolgens toe op de vraag welke kosten de ACM mee mocht nemen in het berekenen van de hoogte van de integrale kostprijs voor de verhuur van de sporthal. De ACM heeft volgens het CBb terecht de historische kostprijs van de sporthal als uitgangspunt genomen, aangezien de ACM zich hiermee heeft gebaseerd op de waarde van de sporthal zoals volgt uit de gegevens in de jaarstukken, overeenkomstig artikel 6 Besluit M&O. Bovendien bevat artikel 5 Besluit M&O geen limitatieve opsomming van de vermogenskosten die bij de kostendoorberekening moeten worden meegenomen. Het CBb concludeert dat de exploitatiebijdrage in dit geval mocht worden meegenomen in de integrale kostprijsberekening en baseert dit op een aantal factoren. Ten eerste zou uit de huurovereenkomst expliciet volgen dat de verhuur en exploitatie van de sporthal onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. De exploitatiebijdrage is dus direct gekoppeld aan de verhuur. De exploitatiebijdrage kan daarnaast niet worden aangemerkt als een compensatie voor een openbaardienstverplichting. De exploitant hanteerde geen gescheiden boekhouding die erop zou kunnen wijzen dat 'de exploitatiebijdrage enkel diende als bijdrage voor de maatschappelijke activiteiten'. Het CBb wijst daarom ook deze beroepsgrond af.

In een andere, gelijktijdige uitspraak bevestigt het CBb de vernietiging door de rechtbank van een algemeen-

belangbesluit van de gemeente Heumen.⁵⁶ De gemeente had de verhuur en exploitatie van de sporthal aangemerkt als een economische activiteit in het algemeen belang, met als gevolg dat de Wet M&O niet van toepassing is op de exploitatiebijdrage (art. 25h lid 5 Mw). De onderneming die de klacht bij de ACM had ingediend die heeft geleid tot het overtredingsbesluit, tekende beroep aan tegen het besluit en werd door de rechtbank in het gelijk gesteld. Het CBb is het met de rechtbank eens dat het besluit onzorgvuldig is voorbereid, aangezien de gemeente geen enkele andere motivering zou hebben gegeven dan dat de kosten als zodanig met de exploitant waren overeengekomen. De gemeente had echter moeten onderbouwen in welk publiek belang het noodzakelijk was om huurtarieven onder het kostprijsniveau te hanteren.⁵⁷ Tot slot overweegt het CBb dat de hoogte van de kostprijs zelf geen bespreking behoeft aangezien de berekening van de integrale kosten geen onderdeel uitmaakt van de besluitvorming in het kader van een algemeenbelangbesluit. Daarvoor verwijst het CBb naar de hiervoor besproken uitspraak.⁵⁸

Vooruitblik

Ook 2023 belooft weer een interessant verslagjaar te worden. De ACM vervolgt haar missie 'Markten goed laten werken voor alle mensen en bedrijven, nu en in de toekomst' en heeft daarbij min of meer dezelfde speerpunten als het verslagjaar 2022: (a) de omschakeling naar duurzame energie, (b) de digitale economie en (c) een duurzamere economie.⁵⁹ Verder ligt een wetsvoorstel ter behandeling bij de Tweede Kamer inzake de Wet M&O. In het oog springende wijzigingen zijn dat het tijdelijke karakter van de Wet M&O door de wetwijziging zal komen te vervallen, de procedurele eisen voor het nemen van algemeenbelangbesluiten strenger zullen worden en het (laten) ontwikkelen van *open source* software door bestuursorganen zal worden uitgezonderd van de gedragsregel voor integrale kostenberekening.

53 CBb 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:507.

54 ABRvS 17 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:567, zie r.o. 4.3.

55 CBb 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:507, r.o. 7.

56 CBb 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:506.

57 Zie ook CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 5.2 en 5.3.

58 CBb 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:507, r.o. 7.3.

59 ACM, 'ACM Agenda 2023', Nieuwsbericht 26 januari 2023.