

Artikel

Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2013

Mr. Robert Bosman en mr. Edmon Oude Elferink*

Inleiding

In deze kroniek worden de besluiten en informele zienswijzen besproken die de Autoriteit Consument & Markt (ACM)¹ in 2013 op het gebied van het kartelverbod en het verbod van misbruik van economische machtspositie heeft genomen.² Er zijn in vijf zaken sanctiebesluiten genomen. Drie van deze zaken hadden betrekking op de sloopsector,³ één op executieveilingen⁴ en één op de leesmappensector.⁵ In het sanctiebesluit in de laatstgenoemde zaak hield ACM dertien feitelijk leidinggeven- den deels hoofdelijk aansprakelijk voor de boetes die aan hun ondernemingen werden opgelegd en beboette zij één feitelijk leidinggevende afzonderlijk. De opgelegde boetes vertegenwoordigen een totaalbedrag van 11,8 miljoen euro.⁶ Net als in 2012 heeft ACM geen

sanctiebesluiten genomen wegens misbruik van economische machtspositie. In vijf zaken werd een verzoek tot handhaving van artikel 6 of 24 Mededingingswet (Mw) afgewezen.⁷ ACM nam één toezeggingsbesluit⁸ en legde een ontwerp voor een toezeggingsbesluit ter inzage.⁹ In de informele sfeer gaf ACM twee informele zienswijzen,¹⁰ één 'advies'¹¹ en in één geval 'guidance'.¹² Voorts analyseerde ACM in een notitie informeel de verenigbaarheid van het SER-Energieakkoord met het mededingingsrecht.¹³ De voor de toepassing van het mededingingsrecht aangewezen bestuursrechters waren in totaal zeventien uitspraken in kartel- en daarmee gerelateerde zaken. Het merendeel (veertien zaken) daarvan kwam voor rekening van de (voorzieningen- rechter van) de Rechtbank Rotterdam. Vermeldens- waard is dat zes uitspraken van de Rechtbank Rotterdam direct of indirect hebben geleid tot gehele of gedeeltelij- ke intrekking van de oorspronkelijk opgelegde boete. In totaal werd door de rechterlijke macht en door ACM zelf tot een bedrag van circa 18 miljoen euro aan boetes verlaagd.¹⁴ Dat wil zeggen dat ACM in het tweede ach- tereenvolgende jaar, in termen van boetes, rode cijfers schreef. Teneinde in de komende jaren toch te kunnen voldoen aan de door de regering opgelegde budgettaire

* Mr. A.R. Bosman is als advocaat werkzaam bij CMS. Mr. E. Oude Elferink is als advocaat werkzaam bij CMS. De auteurs danken mrs. R.N.A. Nieuwmeyer LL.M (Brugge), A.P.C. Hazelhoff en E.L.G. Mattioli LL.M, allen werkzaam bij CMS, voor hun waardevolle bijdragen bij de voorbereiding van dit artikel.

1. In deze kroniek zal steeds worden gerefereerd aan ACM, ook voor de periode voorafgaand aan haar oprichting.
2. Besluiten van ACM in de sfeer van concentratiecontrole vallen buiten het bestek van deze kroniek. Dat geldt ook voor zaken die zijn beoordeeld onder de Gaswet en de Elektriciteitswet alsmede voor de uitkomsten van marktonderzoeken en marktscans die door ACM zijn uitgevoerd.
3. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7400 (*Geuneburg*), besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7401 (*Kanaalweg*) en besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7403 (*Bergambacht & Dilettant*).
4. Besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*). In totaal werden 65 ondernemingen beboet.
5. Besluit ACM 7 november 2013, zaak 7244 (*Leesmappen*).
6. Dit totaal is berekend op basis van de bedragen in de gepubliceerde besluiten. In *Executieveilingen (tweede en derde tranche)* zijn nog niet alle besluiten gepubliceerd.

7. Besluit ACM 10 januari 2013, zaak 7377 (*Enka Reizen*), besluit ACM 24 april 2013, zaak 3475 (*Tarieven vliegroule*), besluit ACM 3 juni 2013, zaak 7512 (*Brink's Nederland*), besluit ACM 13 juni 2013, zaak 7475 (*Stichting Landelijk Protocol Eerstehulpverlening*) en besluit ACM 7 november 2013, zaken 12.0255.53 en 12.0256.53 (*1-op-1 relatie dierenarts-veehouder*).
8. Besluit ACM 25 februari 2013, zaak 7533 (*Kunstveilingen*).
9. Ontwerpbesluit ACM 21 november 2013, zaak 13.0612.53 (*Mobiele operators*). Op 7 januari 2014 heeft ACM het toezeggingsbesluit genomen.
10. Informele zienswijze ACM 6 juni 2013 (*Overstromingsdekkingen*), informele zienswijze ACM 28 juni 2013 (*PACT*).
11. Advies ACM 13 november 2013 (*Waddenveren*).
12. Guidance ACM 22 november 2013 (*De Stroomversnelling*).
13. Notitie ACM 26 september 2013 (*SER-Energieakkoord*).
14. De in 2013 toegepaste boeteverlagingen zijn afgezet tegen de door ACM in primo opgelegde boetes.

taakstelling (van 75 miljoen euro in 2014)¹⁵ heeft de minister van Economische Zaken het voornemen kenbaar gemaakt een wetswijziging door te voeren die een verhoging van de boetemaxima beoogt.¹⁶ In 2013 viel ook definitief het doek voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Na een periode van ruim vijftien jaar waarin de NMa het mededingingsrecht in Nederland op de kaart zette, ging de toezichthouder op in ACM. Kortom, er viel ook in dit verslagjaar weer het nodige te beleven.

Regelgeving

Instellingswet

Op 26 februari 2013 ging de Eerste Kamer akkoord met de Instellingswet.¹⁷ Die wet bracht met zich dat de NMa, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA) per 1 april 2013¹⁸ opgingen in ACM. De wet staat voor enkele belangrijke wijzigingen in de toepassing van het mededingingsrecht in Nederland. Er wordt voorzien in de bevoegdheid van de minister van Economische Zaken om de beleidsregels van ACM vooraf goed te keuren en dergelijke regels buiten toepassing te verklaren als zij een overschrijding van bevoegdheden door ACM vormen. Daarnaast zijn de uitwisselingsmogelijkheden van gegevens tussen ACM en andere overheids- en opsporingsinstanties uitgebreid.¹⁹ De bevoegdheid van ACM was voorheen vooral beperkt tot het ontvangen van informatie. Tegenwoordig kan informatie die in handen komt van ACM eenvoudig worden verspreid binnen het gehele overheidsapparaat.²⁰

Stroomlijningswet

Het eerste voorstel voor de Stroomlijningswet²¹ werd ingediend op 26 april 2013. Het voorstel voorziet in

enkele voor de toepassing van het mededingingsrecht ingrijpende wijzigingen van procedurele aard. De schorsende werking van bezwaren tegen boetebesluiten wordt in het voorstel in tijd beperkt en de verplichting tot het instellen van de Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet (BAC) geschrapt. Een eerdere gedachte van de wetgever om de bezwaarprocedure in bepaalde zaken af te schaffen, heeft het echter uiteindelijk niet gehaald. Van praktische betekenis is de verruiming van het *legal professional privilege* tot alle geschriften gewisseld tussen onderneming en advocaat, en niet slechts die met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels. Voorts is interessant dat het bestaan van zwijgrecht voor ex-werknemers, waarvan het bestaan betrekkelijk recent is bevestigd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb),²² in het voorstel ongedaan lijkt te worden gemaakt.²³

Algemene begrippen

Begrip onderneming

Het begrip onderneming is aan de orde gekomen in de zaak *Waddenveren*.²⁴ ACM heeft op 13 november 2013 een advies uitgebracht over het voornemen van Rijkswaterstaat om de overeenkomst met de onderneming Eigen Veerdienst Terschelling (EVT) betreffende de huur van een aanlegsteiger voor veerboten in Harlingen op te zeggen. Nu die opzegging tot uitsluiting van de concurrentie tussen EVT en TSM/Doeksen bij vervoer van het vasteland naar Terschelling zou leiden, heeft de Tweede Kamer de vraag opgeworpen hoe een en ander zich verhield met de mededingingsregels. ACM heeft in reactie op een verzoek van het ministerie van Infrastructuur en Milieu kenbaar gemaakt dat de verhuur van de aanlegsteiger als een economische activiteit van Rijkswaterstaat leek te moeten worden aangemerkt en dat de overheid in deze context aan artikel 24 Mw was onderworpen. Dat een economische machtspositie bestond en de opzegging van de verhuurovereenkomst door Rijkswaterstaat misbruik opleverde, is door ACM als voor de hand liggend aangemerkt. De stelligheid van ACM is opvallend gezien het grote aantal juridische procedures over de veerdiensten naar de Waddeneilanden en de politieke ophef die daaromtrent is ontstaan.

Begrip relevante markt

In de bij de lezer bekende²⁵ zaak *Executieveilingen* ging het om een inbreuk op artikel 6 Mw bij veilingen ten behoeve van de executie van woningen. Op 7 januari

15. Regeerakkoord VVD-PvdA 29 oktober 2012, <www.rijksoverheid.nl/regering/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/10/29/regeerakkoord.html>, randnr. 84.
16. Kamerbrief minister van Economische zaken van 27 augustus 2013 betreffende boetebeleid Autoriteit Consument en Markt, <www.rijks-overheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/08/27/kamerbrief-over-boetebeleid-autoriteit-consument-en-markt.html>.
17. Wet van 28 februari 2013 houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), *Stb.* 2013, 102.
18. Zie ook het bericht verschenen op de website van ACM op 2 april 2013 <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11160/Officiële-start-Autoriteit-Consument-en-Markt/>.
19. Art. 7 Instellingswet, waarmee art. 90 en 91 Mw zijn komen te vervallen.
20. Art. 2 van de Regeling van de minister van Economische Zaken van 15 maart 2013 houdende regels omtrent het verstrekken van gegevens en inlichtingen door de Autoriteit Consument en Markt en wijziging van een aantal ministeriële regelingen in verband met de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Regeling gegevensverstrekking ACM) somt de overheidsinstanties en ambtenaren op waaraan ACM haar gegevens kan verstrekken voor zover dat noodzakelijk is voor de vervulling van hun taak.
21. Wetsvoorstel Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, nr. 2.

22. CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BY7031 (A/ACM) en CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BY7026 (A/ACM).
23. Wetsvoorstel Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, nr. 7, p. 41 (NV II). Hiermee wordt afgeweken van de uitspraak van het CBb.
24. Advies ACM 13 november 2013 (*Waddenveren*).
25. A.R. Bosman, E. Oude Elferink, R.N.A. Nieuwmeyer en A.P.C. Hazelhoff, 'Kroniek Nederlands Mededingingsrecht', *M&M* 2013/2, p. 70.

2013 heeft ACM veertien besluiten op bezwaar genomen in de zogenoemde *eerste tranche*.²⁶ Daartoe behoorden de handelaren die bij het grootste aantal gemanipuleerde veilingen betrokken waren. Op dezelfde datum heeft ACM boetebesluiten in primo toegezonden aan vijftig handelaren die in verband met beperktere betrokkenheid deel uitmaakten van de *tweede en derde tranche*.²⁷ De meeste besluiten van 7 januari 2013 zijn pas op 12 september 2013 publiek gemaakt, en een enkel besluit nog later dan dat. De reden was dat één handelaar ACM op grond van artikel 10 Wet openbaarheid van bestuur (Wob) had verzocht om bepaalde gegevens in het boetebesluit in primo niet openbaar te maken. Het ging om namen, gegevens van hardheidsverweren en lijsten met zogenoemde besmette veilingen. Na afwijzing van het verzoek door ACM heeft de handelaar aan de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam het verzoek gericht om een voorlopige voorziening te treffen. Dat verzoek is op 1 augustus 2013 afgewezen.²⁸ Daarbij is de voorzieningenrechter vooruitgelopen op de materiële beoordeling van de rechtmatigheid van het boetebesluit. Het argument van de handelaar dat ACM in haar besluit had verzuimd een relevante markt af te bakenen, is door de voorzieningenrechter verworpen met een verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Expedia*.²⁹ Daaruit volgt, zo overwoog de voorzieningenrechter, dat er bij toepassing van artikel 6 Mw geen reden is om een relevante markt af te bakenen indien er sprake is van één enkele en voortdurende inbreuk die de strekking heeft de mededinging te beperken.

De afbakening van de relevante markt heeft dan weer wel een doorslaggevende rol gespeeld in de inspirerende zaak *PACT*.³⁰ Daarin heeft ACM een informele zienswijze gegeven over een model om zelfstandige apotheken te ondersteunen bij onderhandelingen over overeenkomsten met zorgverzekeraars. Volgens het model kunnen apotheken alleen lid worden van en in onderhandelingen vertegenwoordigd worden door de coöperatieve vereniging PACT indien zij geen concurrenten zijn. Apotheken die wel concurrent zijn van een lid van de vereniging, kunnen zich enkel bij de vereniging 'aansluiten'. Het resultaat van onderhandelingen kan voor hen gelden indien de betrokken zorgverzekeraar daarmee akkoord gaat. De aangesloten apotheken hebben op hun beurt de volledige vrijheid om voor het onderhandelingsresultaat te kiezen. Voor de beantwoording van de vraag of een apotheek lid van PACT kan worden, biedt het model vier vuistregels. De belangrijkste is dat een apotheek geen concurrent is indien zij is gevestigd op een afstand van een ander lid van PACT die groter is dan een bepaald aantal kilometers. Dat aantal kilometers is afhankelijk van de straal rondom een

apotheek waarbinnen gemiddeld 90 tot 100 procent van de verstrekkingen wordt gegenereerd. Die straal is berekend voor vijf verschillende typen vestigingsgebied, variërend van zeer sterk stedelijk (straal van 3 kilometer) tot niet stedelijk (straal van 5 kilometer). Om voor de vijf categorieën tot minimale afstanden voor lidmaatschap te komen, zijn de betreffende afstanden verdubbeld. Deze vuistregel sluit nauw aan bij de beschikkingspraktijk van ACM en de Nederlandse Zorgautoriteit over de afbakening van de relevante geografische markt. In het licht daarvan, en gezien het vangnet dat door de andere vuistregels werd geboden, heeft ACM in haar zienswijze aangenomen dat het model daadwerkelijk waarborgt dat geen sprake is van samenwerking tussen concurrenten. Het verdraagt zich daarom met artikel 6 Mw.

Begrip belanghebbende

In de zaak *Platform Makers/NPO en Publieke Omroepen*³¹ bevestigde de Rechtbank Rotterdam dat een stichting die als doel heeft het versterken van het auteursrecht en het verbeteren van de onderhandelingspositie van muzikmakers ten opzichte van producenten en opdrachtgevers, een belangenorganisatie is die voor haar leden opkomt en is aan te merken als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Algemene wet bestuursrecht (Awb). In zoverre stond niets in de weg aan het indienen van een klacht door Stichting Platform Makers tegen vermeend misbruik van een economische machtspositie door NPO en de Publieke Omroepen.

Kartelverbod

Overeenkomst/onderling feitelijk afgestemde gedraging

In de zaak *Leesmappen*³² heeft ACM boetes opgelegd aan een groot aantal ondernemingen en een feitelijk leidende voor de betrokkenheid bij een kartel op de Nederlandse markt voor de distributie, verhuur en verkoop van leesmappen. Een leesmap is een verzameling van tijdschriften die periodiek bij abonnees wordt bezorgd (en in geval van verhuur ook weer wordt opgehaald). De lezer is er bij de afhaalchinees of tandarts ongetwijfeld mee in aanraking gekomen. Het behoeft geen toelichting dat naar de leesmap steeds minder vraag bestaat. Om het hoofd te kunnen bieden aan de krimpende markt, heeft een aantal ondernemingen volgens ACM al in 2004 maatregelen genomen om 'de rust in de markt te bewaren' (Afspraak uit 2004). Het ging om klantenverdeling op geografische grondslag. De betrokken ondernemingen hebben aan eerdere gebiedsafspraken een nieuwe impuls gegeven door afspraken over overnames en uitruil van klanten. Daarnaast werd bepaald dat deelnemers zich onthielden van elke vorm van werving van klanten alsmede de opzeggingen van

26. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*).

27. Besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

28. Rb. Rotterdam 1 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5927 (X/ACM).

29. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, n.n.g.

30. Informele zienswijze ACM 28 juni 2013 (*PACT*).

31. Rb. Rotterdam 5 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9461 (*Stichting Platform Makers/ACM*).

32. Besluit ACM 7 november 2013, zaak 7244 (*Leesmappen*).

abonnementen voor elkaars klanten. Een overtreding van afspraken geschiedde op straffe van verbeurte van een boete van 150 euro. In 2010 werd het aantal betrokken ondernemingen uitgebreid en werden er nadere regels in het leven geroepen (Afspraak uit 2010). Ten aanzien van het verbod op werving is bepaald dat dit zowel zag op colportage als op andere wervingskanalen. Volgens ACM is tevens overeengekomen dat wekelijks informatie over nieuwe klanten werd uitgewisseld ten behoeve van de naleving. Interessant is dat ACM de gedragingen van de betrokken ondernemingen in het boetebesluit heeft gekwalificeerd als één enkele voortgezette inbreuk in de zin van artikel 6 lid 1 Mw. In het rapport waren de Afspraak uit 2004 en de Afspraak uit 2010 namelijk nog als twee afzonderlijke inbreuken op het kartelverbod aangemerkt. In het licht van de zienswijzen van de betrokken ondernemingen heeft ACM echter beslist dat voldoende samenhang tussen de verschillende afspraken bestond om één enkele voortgezette inbreuk aan te nemen.

In de zaak *Executieveilingen* heeft de voorzieningenrechter overwogen dat de door ACM geïdentificeerde gedragingen terecht als één enkele voortdurende inbreuk op artikel 6 Mw waren gekwalificeerd.³³ De door ACM gehanteerde systematiek om te bepalen of een handelaar aan de enkele voortgezette inbreuk had meegedaan, is ook aanvaard. Indien een handelaar was vermeld op een inzetlijst en heeft meegedaan aan één zogenoemde naveling, is volgens de rechter aannemelijk dat de handelaar bezig was met een totaalplan en niet met een *ad hoc* handeling. Dat brengt aansprakelijkheid voor de gedragingen van de andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk met zich mee. Het argument dat de toepassing van de systematiek tot gevolg had dat een aansprakelijke handelaar niet alle andere deelnemers aan de inbreuk kende, is verworpen. In het geval van een landelijk systeem, aldus de voorzieningenrechter, zullen niet alle deelnemers elkaar nu eenmaal kennen. Dit is onbegrijpelijk tegen de achtergrond van de, door de voorzieningenrechter als leidend aangemerkte, rechtspraak van het Hof van het Justitie. Die rechter heeft de notie van één enkele voortdurende inbreuk nooit toegepast op gedragingen van ondernemingen die niet van elkaars bestaan bij gedragingen op de hoogte waren. Overigens had de BAC bij de beoordeling van de bezwaren tegen de besluiten uit de *eerste tranche* op dit punt eveneens bedenkingen.³⁴ Zij heeft geadviseerd om beter te motiveren welke ondernemingen aan de inbreuk in kwestie hadden deelgenomen, maar ACM heeft dat advies naast zich neergelegd.

Dat aan de wending van ACM in de zaak *Leesmappen* en de door haar in *Executieveilingen* gehanteerde systematiek niet de conclusie mag worden verbonden dat ACM gedragingen kost wat kost als één enkele voortdurende inbreuk kwalificeert, blijkt uit de besluiten in de zaken *Kanaalweg*,³⁵ *Geuneburg*³⁶ en *Bergambacht & Dilettant*.³⁷ Deze zaken houden niet alleen nauw verband met elkaar, maar ook met de zaak *Slopersbedrijven Rotterdam*³⁸ uit 2012. Naar nu blijkt, was ieder van deze vier besluiten de uitkomst van een clementiemelding in 2009. In alle gevallen zag de kartelinbreuk op aanbestedingen van sloopwerken in de regio Rotterdam in de periode van 2005 tot en met 2009. In iedere zaak lag de inbreuk in de sfeer van *cover pricing*. De onderneming Hofstede was bovendien geadresseerde van de besluiten in de zaken *Rotterdamse Slopersbedrijven*, *Kanaalweg* en *Geuneburg*. Ondanks deze aanwijzingen voor samenhang, heeft ACM de gedragingen niet als één enkele voortdurende inbreuk gekwalificeerd. De reden daarvoor kan gelegen zijn geweest in het onderscheid tussen de zaken ten aanzien van de mate van onderling contact. In de zaak *Kanaalweg* hadden de ondernemingen Hofstede en Bik voorafgaand aan de aanbesteding van de sloop van een woonhuis in Hellevoetsluis onderling contact gehad en afgesproken dat Hofstede als laagste zou inschrijven. Bik heeft tevens een valse factuur van 12.500 euro voor de verhuur van een machine opgesteld, welke door Hofstede is betaald. Die gedragingen vertoonden, zo overwoog ACM, zowel de kenmerken van een overeenkomst als van een onderling feitelijk afgestemde gedraging in de zin van artikel 6 lid 1 Mw. In de zaak *Geuneburg* ging het daarentegen enkel om een onderling feitelijk afgestemde gedraging. In de aanloop van een aanbesteding van een opdracht voor de sloop van opstallen in Rotterdam heeft slooponderneming Van Eijck, zo is door ACM vastgesteld, een inschrijfstaat aan Hofstede toegestuurd. Daarop was een inschrijfprijs van 465.000 euro vermeld. Hofstede heeft vervolgens met dat exacte bedrag ingeschreven, terwijl Van Eijck een lager bedrag heeft opgevoerd en de opdracht gegund heeft gekregen. Bij gebrek aan een andere plausibele verklaring, zijn deze gedragingen door ACM als een onderling feitelijk afgestemde gedraging bestempeld. Dat Van Eijck met een bedrag heeft ingeschreven dat maar liefst 17,5 procent lager lag dan het bedrag van Hofstede, stond daar aan niet in de weg.

Mededingingsbeperking

In de zaak *Overstromingsdekkingen*³⁹ ging het om een initiatief van het Verbond van Verzekeraars voor een verzekeringsconstructie. Het betrof de invoering van een basisdekking voor overstromingsrisico die verplicht gekoppeld diende te worden aan alle particuliere opstallen inboedelverzekeringen van de leden. In haar informe-

33. Rb. Rotterdam 1 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5927 (X/ACM), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9857 (X/ACM), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9858 (X/ACM), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9860 (X/ACM), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9861 (X/ACM), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9862 (X/ACM) en Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9863 (X/ACM).

34. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*).

35. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7401 (*Kanaalweg*).

36. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7400 (*Geuneburg*).

37. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7403 (*Bergambacht & Dilettant*).

38. Besluit ACM 10 december 2012, zaak 7249 (*Slopersbedrijven Rotterdam*).

39. Informele zienswijze ACM 6 juni 2013 (*Overstromingsdekkingen*).

le zienswijze heeft ACM overwogen dat de constructie ertoe strekte de mededinging te beperken. Door alle bestaande brandverzekeringen verplicht uit te breiden met een overstromingsdekking zouden verzekeraars niet meer onderling kunnen concurreren. Bovendien zouden afnemers van brandverzekeringen niet meer kunnen kiezen tussen het wel of niet opnemen van een overstromingsdekking en tevens automatisch een premieverhoging van 5 tot 10 procent voor hun kiezen krijgen.

In ieder van de zaken *Kanaalweg*,⁴⁰ *Geuneburg*⁴¹ en *Bergambacht & Dilettant*⁴² heeft een onderneming een prijs uitgeleend teneinde een concurrent in de gelegenheid te stellen om bij een aanbesteding hoger in te schrijven dan zichzelf. Deze zogenoemde *cover pricing* heeft een mededingingsbeperkende strekking, zo is opnieuw door ACM bepaald. In de zaak *Geuneburg* is het label van *cover pricing* op handelingen geplakt die enkel als onderling feitelijk afgestemde gedraging zijn gekwalificeerd, terwijl in de zaak *Bergambacht & Dilettant* het fenomeen van gezamenlijk calculeren als een aanverwante vorm van concurrentievervalsing is geïdentificeerd. Noch het eerste noch het tweede is voor zover wij kunnen nagaan in een Nederlandse context eerder gebeurd. Overigens had de Rechtbank Rotterdam zich in de verslagperiode over de kwalificatie van *cover pricing* kunnen uitspreken in de *Limburgse bouwzaken*, ware het niet dat de rechtbank daarin op andere gronden tot integrale vernietiging van de besluiten is gekomen.⁴³

ACM heeft zich in *SER-Energieakkoord*⁴⁴ uitgelaten over het voornemen van leden van de vereniging Energie Nederland om in 2016 vijf kolencentrales uit de jaren tachtig te sluiten. Hoewel concurrenten op de energiemarkt hiermee in feite in overleg capaciteit wilden reduceren door middel van afstoting van productiemiddelen, heeft ACM daaraan niet de conclusie willen verbinden dat de afspraak een mededingingsbeperkende strekking had. Een negatief effect op de mededinging is wel aangenomen.

De zaak *Brink's Nederland*⁴⁵ betrof een afwijzing van een klacht van geldtransporteur Brink's over Geldservice Nederland (GSN). Dat is een gemeenschappelijke onderneming van ABN AMRO, ING en Rabobank die in 2011 is opgericht. GSN is actief op het gebied van de verwerking van chartaal geld en het verzorgen van chartale logistiek. Ten aanzien van de gevolgen van de oprichting van GSN voor de mededinging op de markt voor chartale geldverwerking, heeft ACM overwogen dat de omstandigheid dat de betrokken banken de geldverwerking in eigen beheer zijn gaan afhandelen geen beperking van de mededinging opleverde. GSN zou namelijk hebben verzekerd enkel aan banken geldverwerking aan te bieden. Daarmee behielden detailisten de vrijheid om derden voor geldverwerking in te schake-

len. Het bestaan van GSN zou volgens ACM evenmin gevolgen hebben voor de concurrentie op de *downstream*-markt voor bancaire producten voor zakelijke en particuliere klanten omdat het effect van de kostenharmonisatie niet significant zou zijn. GSN vormt naar het oordeel van ACM wel een beperking van de mededinging op de markt voor inkoop van geldtransport nu de betrokken banken het overgrote deel van de vraag naar geldtransport vertegenwoordigen. GSN heeft een poortwachtersfunctie en haar gedrag kan bepalend zijn voor de overlevingskansen van transporteurs, zo besliste ACM.

De zaak *1-op-1 relatie dierenarts-veehouder*⁴⁶ onderscheidt zich van voornoemde zaken omdat daarin geen beperking van de mededinging is aangenomen. In de twee besluiten houdende de afwijzing van een klacht is ACM ingegaan op een kluwen van afspraken die in de sector voor veehouderij en aanverwante sectoren zijn gemaakt teneinde het gebruik van antibiotica in de veehouderij te reduceren. In essentie is bepaald dat er één dierenarts per veehoudersbedrijf hoofdvast verantwoordelijk dient te zijn voor de diergeneeskundige begeleiding. De veehouder bepaalt echter zelf met welke dierenarts hij een relatie aangaat en heeft altijd de mogelijkheid om over te stappen naar een andere dierenarts. Gezien deze omstandigheden heeft ACM geen mededingingsbeperkende strekking van de afspraken aangenomen, en evenmin mededingingsrechtelijke gevolgen aanvaard. Dat is tamelijk opvallend omdat iedere veearts met een bepaald specialisme alleen nog maar diensten aan een veehouder kan verlenen als de hoofdvast verantwoordelijke veearts daarmee instemt.

Artikel 6 lid 3 Mw

Opvallend aan de zaak *Overstromingsdekkingen*⁴⁷ is dat ACM de verzekeringsconstructie, tegen het licht van de groepsvrijstelling voor de verzekeringssector⁴⁸ heeft gehouden. Hoewel de constructie kenmerken vertoonde van in die verordening omschreven concepten 'risico-model' en 'verzekeringspool', stonden het verplichte karakter van de koppeling van de overstromingsdekking aan de brandverzekering en het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen aan toepasselijkheid van de vrijstelling in de weg.

In de zaak *SER-Energieakkoord* heeft ACM de mededingingsbeperkende afspraak over de sluiting van kolencentrales aan artikel 6 lid 3 Mw getoetst.⁴⁹ De milieuvordelen die voortvloeien uit een verduurzaming kunnen worden gezien als voordelen in de zin van die bepaling, zo heeft ACM overwogen. Daarom is de aan sluiting van de centrales verbonden emissiereductie in geld gewaardeerd en uitgedrukt in een voordeel van cir-

40. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7401 (*Kanaalweg*).

41. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7400 (*Geuneburg*).

42. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7403 (*Bergambacht & Dilettant*).

43. Rb. Rotterdam 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079 (*Jansen de Jong en A en B/ACM*).

44. Notitie ACM 26 september 2013 (*SER-Energieakkoord*).

45. Besluit ACM 3 juni 2013, zaak 7512 (*Brink's Nederland*).

46. Besluit ACM 7 november 2013, zaken 12.0255.53 en 12.0256.53 (*1-op-1 relatie dierenarts-veehouder*).

47. Informele zienswijze ACM 6 juni 2013 (*Overstromingsdekkingen*).

48. Verordening (EU) nr. 267/2010 van de Commissie van 24 maart 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *Pb. EU* 2010, L 83/1.

49. Notitie ACM 26 september 2013 (*SER-Energieakkoord*).

ca 180 miljoen euro voor de periode van 2016 tot en met 2021. Dat voordeel woog volgens ACM niet op tegen het nadeel van de afspraak bestaande uit het prijsopdrijvende effect van de sluiting dat op 450 miljoen euro is geraamd. Omdat er aldus geen voordeel ten goede komt aan de energiegebruiker, slaagde het beroep op artikel 6 lid 3 Mw niet.

In *Brink's Nederland*⁵⁰ heeft ACM wel vastgesteld dat ten aanzien van de mededingingsbeperking door GSN op de inkoopmarkt voor geldtransport een beroep op artikel 6 lid 3 Mw mogelijk was. In de eerste plaats heeft de oprichting van GSN tot efficiëntiewinsten geleid omdat schaalvoordelen zijn bereikt en het aantal transportbewegingen is beperkt. In de tweede plaats zouden de schaalvoordelen niet anders dan door middel van de samenwerking van de banken kunnen worden behaald. De verplichting voor de banken om de volledige vraag naar geldtransport bij GSN neer te leggen is bovendien onmisbaar, nu het ontbreken van die verplichting een aanzienlijke vermindering van de efficiëntiewinsten tot gevolg zou hebben. In de derde plaats is uitsluiting van de mededinging niet aannemelijk omdat GSN zelf een belang heeft bij het behoud van restconcurrentie. In de vierde plaats heeft ACM het bestaan van billijk aandeel voor gebruikers aangenomen. GSN zou een betere beschikbaarheid van geldautomaten waarborgen en in het algemeen tot besparingen voor de samenleving leiden.

Misbruik machtspositie

Op 16 april 2003 heeft de Vereniging Van Reizigers (VVR) in de zaak *Tarieven vliegroue*⁵¹ een klacht ingediend over de hoge tarieven op de vliegroue van Amsterdam naar Paramaribo en vice versa. KLM en SLM zouden daarmee misbruik maken van een economische machtspositie en artikel 24 Mw schenden. Tien jaar later, op 15 mei 2013, heeft ACM in de betreffende zaak opnieuw een besluit op bezwaar genomen, nadat het CBb op 20 augustus 2010 voor de tweede keer een eerder genomen besluit op bezwaar had vernietigd. Daarbij heeft het CBb ACM opgedragen nader onderzoek te doen naar mogelijk misbruik in de periode vanaf mei 2006. Dat onderzoek is, niet geheel verrassend, door ACM aan een derde partij uitbesteed. De uitkomsten van het onderzoek hebben ACM er opnieuw toe geleid het bezwaar van VVR ongegrond te verklaren. Inhoudelijk is van belang dat de relevante markt ook in de periode na mei 2006, toen een wettelijke barrière voor de toetreding van lijnvluchten op de vliegroue werd opgeheven, uit de rechtstreekse vluchten van Amsterdam naar Paramaribo en vice versa bestond. KLM en SLM hadden en hebben op die markt een machtspositie. ACM heeft niet beoordeeld of de tarieven in een proportionele verhouding staan tot de kosten van de exploitatie

in verband met de problematiek omtrent toerekening van kosten. Zij heeft geopteerd voor een benchmarkonderzoek, waarvan de uitkomst was dat de opbrengsten van KLM ten opzichte van de opbrengsten op vergelijkbare routes laag zijn.

In *Brink's Nederland*⁵² heeft ACM zich gebogen over de vraag of GSN misbruik maakt van een economische machtspositie. Het bestaan van een economische machtspositie op de markt voor de chartale geldverwerking is door ACM als niet waarschijnlijk aangemerkt, aangezien GSN geen detaillisten zal bedienen. Een machtspositie op de markt voor inkoop van geldtransport is volgens ACM wel aannemelijk, maar in het licht van het Visiedocument Inkoopmacht⁵³ kon worden verondersteld dat GSN de aanbestedingen niet aldus zal vormgeven dat maar één transporteur op de markt overleeft. Dat zou namelijk indruisen tegen haar eigenbelang.

Het besluit van ACM om de klacht van *Chipshol* af te wijzen tegen vermeend misbruikelijk gedrag van de luchthaven Schiphol bestaande uit het stelselmatig tegenwerken van eerstgenoemde bij de ontwikkeling en exploitatie van grond rond de luchthaven, werd door de Rechtbank Rotterdam bevestigd.⁵⁴ De rechtbank oordeelde dat ACM de gedragingen van Schiphol terecht heeft beoordeeld in het licht van het arrest van het Gerecht in de zaak *ITT Promedia/Commissie*.⁵⁵ Concrete aanwijzingen dat de luchthaven acties heeft ondernomen die een ander belang dienden dan haar luchtvaartbelangen, ontbraken. Het onderzoek dat ACM naar de diverse gedragingen instelde, achtte de rechtbank voldoende en zorgvuldig.

Toeleggingsbesluiten

Met het toeleggingsbesluit op grond van artikel 49a Mw in de zaak *Kunstveilingen*⁵⁶ beëindigde ACM het onderzoek naar een kartelinbreuk door ondernemingen die actief zijn op het gebied van de handel in Nederlandse kunstobjecten uit de zeventiende tot en met de twintigste eeuw via veilingen. Dat onderzoek had tot de vaststelling geleid dat de betrokken handelaren onder omstandigheden tijdens een veiling mede namens één of meer handelaren op schilderijen boden en bij verkrijging daarvan een vergoeding aan de medebieders betaalden. Bovendien was het niet ongebruikelijk dat een object na de verkrijging onderling door de betrokken partijen werd doorverkocht. ACM heeft uit deze omstandigheden afgeleid dat de (uiteindelijke) verkrijger individueel in staat moet zijn geweest om het object te verkrijgen.

52. Besluit ACM 3 juni 2013, zaak 7512 (*Brink's Nederland*).

53. Visiedocument ACM 9 december 2004 (*Inkoopmacht*).

54. Rb. Rotterdam 21 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9069 (*Chipshol Holding B.V./ACM*). Vgl. A.R. Bosman, E. Oude Elferink, R.N.A. Nieuwmeyer en A.P.C. Hazelhoff, 'Kroniek Nederlands Mededingingsrecht', *M&M* 2013/2, p. 69.

55. GvEA 17 juli 1998, zaak T-111/96, *ITT Promedia/Commissie*, *Jur.* 1998, p. II-2937.

56. Besluit ACM 25 februari 2013, zaak 7533 (*Kunstveilingen*).

50. Besluit ACM 3 juni 2013, zaak 7512 (*Brink's Nederland*).

51. Besluit ACM 24 april 2013, zaak 3475 (*Tarieven vliegroue*).

Gezamenlijk bieden door handelaren tijdens een veiling is, aldus ACM, niet bevorderlijk voor de mededinging als de handelaren in staat zijn zelfstandig te bieden. Het aantal potentiële kopers op de veiling wordt onnodig gereduceerd, hetgeen in potentie tot een lagere veiling-opbrengst leidt. Om de geïdentificeerde mededingingsrisico's uit te bannen, hebben de handelaren toegezegd zich vooraf en tijdens een veiling in Nederland te onthouden van afspraken over het biedgedrag en van de betaling van vergoedingen. Biedingen mede namens andere handelaren worden vooraf aan de veilinghouder kenbaar gemaakt, met vermelding van de namen van de betrokken handelaren. Interessant is dat ACM hier alleen lijkt te hebben willen aannemen dat het gedrag van de kunsthandelaren een mededingingsbeperkend gevolg had. In *Executieveilingen*⁵⁷ ging het ook om manipulatie van een veilingproces en is beslist dat de samenwerking door de afnemers van woningen ertoe strekte de mededinging te beperken.

In de verslagperiode is voorts een ontwerpbesluit in de zaak *Mobiele operators*⁵⁸ ter inzage gelegd. Dit ontwerpbesluit is op 7 januari 2014 definitief geworden en daarmee is het breed in de pers uitgemeten onderzoek naar vermeende prijsafspraken op het gebied van mobiele communicatiediensten door KPN, T-Mobile en Vodafone met een sisser afgelopen. ACM heeft in het besluit met zoveel woorden vastgesteld dat het onderzoek geen bewijs voor een overtreding van artikel 6 Mw heeft opgeleverd. Toch hebben de betrokken ondernemingen reden gezien om toezeggingen te doen. Zij hebben zich ertoe gecommitteerd dat hun senior management geen uitlatingen doet in het publieke domein over toekomstige commerciële voorwaarden voor mobiele communicatiediensten die een verslechtering voor consumenten inhouden en zolang de interne besluitvorming daarover nog niet is afgerond. Verder hebben de ondernemingen toegezegd een *compliance* programma in te voeren om bewustzijn bij het senior management te bevorderen. Deze toezeggingen zouden volgens ACM in de weg moeten staan aan de realisatie van mededingingsrechtelijke risico's van publieke uitlatingen die ACM tijdens het onderzoek heeft geïdentificeerd. ACM heeft er hierbij enerzijds op gewezen dat de omstandigheden op de betrokken markt (hoge concentratiegraad, geringe concurrentiekracht en hoge mate van transparantie) bevorderlijk zijn voor het ontstaan van een collectieve machtspositie van KPN, T-Mobile en Vodafone. Anderzijds kunnen, aldus ACM, publieke aankondigingen een instrument zijn om strategische onzekerheid tussen ondernemingen weg te nemen. Dat is allemaal interessant, maar laat onverlet dat hier toezeggingen lijken te zijn gedaan zonder dat enige concrete aanwijzing bestond voor een inbreuk op artikel 6 of 24 Mw. Dat valt toch curieus te noemen.

57. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

58. Ontwerpbesluit ACM 21 november 2013, zaak 13.0612.53 (*Mobiele operators*).

Procedurele aangelegenheden

Vertrouwensbeginsel

Aan een beroep op schending van het *fair play*-beginsel en het vertrouwensbeginsel heeft in *Executieveilingen*⁵⁹ de omstandigheid ten grondslag gelegen dat ACM in 2005 en 2006 al onderzoek had gedaan naar een mogelijke overtreding van artikel 6 Mw in de betreffende sector. Dat had destijds geresulteerd in een persbericht van 18 januari 2006, waarin ACM verklaarde onvoldoende bewijs te hebben aangetroffen om een rapport uit te brengen.⁶⁰ In de boetebesluiten⁶¹ en in de besluiten op bezwaar⁶² van 7 januari 2013 heeft ACM overwogen dat de betrokken handelaren geen vertrouwen aan de eerdere gebeurtenissen hadden kunnen ontnemen dat nader onderzoek zou uitblijven. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam heeft dit oordeel van ACM in elk geval al aanvaard.⁶³

Cautie

In *Executieveilingen*⁶⁴ heeft ACM op 11 november 2009 een aantal handelaren schriftelijk verzocht om informatie te verstrekken. In de betreffende brief was niet de cautie gesteld. ACM heeft klachten daarover in de besluiten op bezwaar opnieuw verworpen. Zij heeft de droge vaststelling gedaan dat de antwoorden op het informatieverzoek in kwestie niet zijn gebruikt om de betrokkenheid van de handelaren in kwestie vast te stellen. De BAC had ook op verwerping aangestuurd, maar op een andere grond. Volgens de BAC was de brief verstuurd in de onderzoeksfase, maar zonder dat ten aanzien van de aangeschreven personen al een concrete verdenking bestond. Een cautie was dan ook niet nodig.

Nemo tenetur-beginsel

In *Leesmappen*⁶⁵ speelde de vraag of ACM mocht veronderstellen dat de inbreukmakende gedragingen waren gestaakt op het moment dat zij bedrijfsbezoeken had afgelegd. ACM erkende dat partijen de gedragingen op dat moment hebben opgeschort, maar hield vast aan de stelregel dat de onderneming bewijs van distantie moet hebben geleverd om beëindiging van deelname aan de inbreuk aan te nemen. Namens een onderneming is aan-

59. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

60. Zie het bericht verschenen op de website van ACM op 18 januari 2006 <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/10746/NMa-pleit-voor-betere-en-grotere-huizenveilingen/>.

61. Besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

62. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*).

63. Rb. Rotterdam 1 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5927 (X/ACM), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9857 (X/ACM), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9858 (X/ACM), Rb. Rotterdam 12 december 2013 en ECLI:NL:RBROT:2013:9863 (X/ACM).

64. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

65. Besluit ACM 7 november 2013, zaak 7244 (*Leesmappen*).

gevoerd dat de verplichting om zich te distantiëren op gespannen voet stond met het *nemo tenetur*-beginsel omdat daarmee zou worden erkend dat aan een inbreuk werd deelgenomen. Het argument hield volgens ACM geen steek.

Medewerkingsplicht

In *Executieveilingen*⁶⁶ is opgeworpen dat met het wijzen op een wettelijke verplichting tot medewerking oneigenlijke druk is gelegd op de persoon die onderwerp was van onderzoek. ACM heeft dit argument niet aanvaard. Zij heeft erop gewezen dat een medewerkingsplicht is neergelegd in artikel 5:20 Awb en dat die plicht met zich brengt dat een betrokkene gehouden is informatie te verstrekken die onafhankelijk van de wil bestaat.

Tardieve gronden

In de zaak *Bergingsbedrijven*⁶⁷ is tijdens de zitting bij de Rechtbank Rotterdam geklaagd over een gebrek aan onafhankelijkheid van de voorzitter van de hoorcommissie van ACM. ACM had zich op die stelling niet voor kunnen bereiden en was in haar procespositie geschaad. Aangezien er geen enkele gegronde reden had bestaan voor het late opwerpen van de klacht, heeft de rechtbank bij haar beoordeling geen acht op de klacht geslagen.

Vooringenomenheid

In *Executieveilingen*⁶⁸ hebben betrokken handelaren zich beklaagd over vooringenomenheid van ACM. Er zou sprake zijn van schending van artikel 2:4 Awb en/of artikel 6 lid 2 Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) omdat een lid van de raad van bestuur van ACM in een interview aan Elsevier in 2011 een voorschot had genomen op de besluitvorming in de zaak. Het argument is op geen enkel front aanvaard. Volgens de voorzieningenrechter in Rotterdam⁶⁹ stond daaraan in de weg dat het betreffende lid van de raad van bestuur uiteindelijk niet aan de besluitvorming had deelgenomen om iedere schijn van vooringenomenheid te vermijden. Dat argument heeft ACM in de besluiten op bezwaar ook aangehaald, waarbij tevens is overwogen dat artikel 6 EVRM uitsluitend in een gerechtelijke procedure van toepassing is. Van schending van die verdragsbepaling kon geen sprake zijn.

Ex nunc-toets

In de zaak *Openbaar Groen Maastricht*⁷⁰ nam ACM een besluit op bezwaar gericht aan de ondernemingen BTL en Hogendoorn. Die ondernemingen hadden, net als

andere geadresseerden van besluiten op bezwaar in die zaken, eerder beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam. Dat beroep was succesvol. De door ACM gehanteerde boeteverhoging in verband met de voorafgaande bouwfraudeproblematiek was volgens de rechter onvoldoende gemotiveerd. BTL en Hogendoorn hebben tegen die uitspraak geen hoger beroep aangetekend, maar andere betrokken partijen wel. Het beroep bij het CBb heeft vervolgens tot nadere verlaging van de boetes van de laatstgenoemde partijen geleid. Omdat ACM de bezwaarprocedures van Hogendoorn en BTL had opgeschort moest zij, in het licht van de verplichting om *ex nunc* te toetsen, bij de nieuwe beoordeling van de bezwaren de beslissing van het CBb in aanmerking nemen. De twee passieve ondernemingen genoten daarom alsnog van uitkomsten van het hoger beroep.

Verknochtheid beroepen

In de *Limburgse bouwzaken*⁷¹ is beroep bij de rechtbank aangetekend door de betrokken onderneming Janssen de Jong, maar ook door twee feitelijk leidinggevend. De laatsten hebben ter onderbouwing van bepaalde standpunten verwezen naar de beroepsgronden die namens de onderneming waren ingediend. ACM maakte daartegen bezwaar, maar de rechtbank koos voor een minder formele houding. De feitelijk leidinggevend hadden door een verwijzing naar de beroepsgronden in het beroep van de onderneming niet in strijd met de goede procesorde gehandeld. ACM was namelijk bekend met die gronden en kon daarop adequaat reageren.

Goede procesorde

Naar het oordeel van de Rechtbank Rotterdam verzet de goede procesorde zich niet tegen het verlenen van een nader uitstel van acht weken aan ACM voor het indienen van haar verweerschrift in de beroepsfase. Een daartoe strekkende klacht van Chipshol is dan ook afgewezen.⁷² Van de termijnen genoemd in de Procesregeling termijnen kan worden afgeweken in zaken waarin complexe juridische en economische vraagstukken aan de orde zijn, zo overwoog de rechtbank. Hetzelfde lot trof de klacht van Chipshol dat de luchthaven Schiphol zich te laat als belanghebbende had aangemeld in de rechtbankprocedure. De rechtbank wees op artikel 8:26 lid 1 Awb, waaruit volgt dat de bestuursrechter tot de sluiting van het onderzoek en op verzoek van een partij of op eigen verzoek, een belanghebbende in de gelegenheid kan stellen als partij aan het geding deel te nemen.

Kostenveroordeling

In de zaak *Stichting Vierstroom*⁷³ bevestigde de Rechtbank Rotterdam het besluit van ACM om slechts een forfaitaire kostenvergoeding toe te kennen aan de stichting. In bezwaar had ACM de bezwaren van de stichting gegrond verklaard en het primaire besluit herroepen,

66. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

67. Rb. Rotterdam 25 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8773 (*Branchevereniging voor Bergingsbedrijven e.a./ACM*).

68. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

69. Rb. Rotterdam 1 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5927 (*X/ACM*), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9857 (*X/ACM*), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9860 (*X/ACM*).

70. Besluit ACM 30 januari 2013, zaak 4014 (*Openbaar Groen Maastricht*).

71. Rb. Rotterdam 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079 (*Jansen de Jong en A en B/ACM*).

72. Rb. Rotterdam 21 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9069 (*Chipshol Holding B.V./ACM*).

73. Rb. Rotterdam 7 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1109 (*Stichting Vierstroom/ACM*).

waarbij aan eerstbedoelde een boete was opgelegd van 3 miljoen euro.⁷⁴ ACM erkende onrechtmatig te hebben gehandeld en kende ingevolge artikel 7:15 Awb een vergoeding van de in de bezwaarfase gemaakte kosten toe van 874 euro. De daadwerkelijk gemaakte kosten waren een veelvoud daarvan en de stichting meende, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, dat ACM gehouden was ook deze bovenforfaitaire kosten te vergoeden. Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak van het CBb⁷⁵ wees de rechtbank de vordering af. De rechtbank overwoog dat de stichting in haar aanvullende bezwaarschrift niet uitdrukkelijk had verzocht de daadwerkelijk in bezwaar gemaakte kosten te vergoeden. Bij gebreke van een dergelijk uitdrukkelijk verzoek mocht ACM ervan uitgaan dat de stichting niet om meer had verzocht dan de forfaitaire vergoeding. De rechtbank oordeelde voorts dat geen sprake was van zodanig in het oog springende bijzondere omstandigheden dat ACM had moeten constateren dat er ten aanzien van de bezwaarfase om meer verzocht werd dan de forfaitaire vergoeding. De afwezigheid van bijzondere omstandigheden vormde voor de Rechtbank Rotterdam in een andere zaak in de thuiszorgsector, *Carinova en Carint*,⁷⁶ aanleiding een verzoek om integrale proceskostenvergoeding af te wijzen.

Redelijke termijn

Een beroep op overschrijding van de redelijke termijn kan tot in een laat stadium van de gerechtelijke procedure worden gedaan. Dat blijkt uit de uitspraken van het CBb in de zaken *NH8*⁷⁷ en *Openbaar Groen Maastricht*.⁷⁸ In de zaak *NH8* deed appellante eerst in de fase van de bestuurlijke lus een beroep op schending van haar recht op behandeling binnen een redelijke termijn. Het CBb overwoog dat dit mogelijk is omdat het onderzoek in de zaak op dat moment nog niet was gesloten. In *Openbaar Groen Maastricht* oordeelde het CBb in gelijke zin.

Prioritering

In de zaak *Stichting Platform Makers* stond het prioriteringsbeleid⁷⁹ van ACM centraal.⁸⁰ De rechtbank oordeelde dat hantering van de in het ACM-beleidsdocument opgenomen criteria, zoals de omvang van de betrokken belangen, de ernst van de mogelijke overtreding en de vraag of optreden van ACM doelmatig en doeltreffend is, redelijk is bij de beslissing om na

beperkt onderzoek te besluiten al dan niet nader onderzoek te verrichten. Het door ACM in de onderhavige zaak verrichte beperkte onderzoek leverde onvoldoende aanwijzingen op voor het bestaan van de door klager gestelde machtspositie of van onderling afgestemde feitelijke gedragingen, zodat nader onderzoek achterwege kon blijven.

ACM heeft in de zaak *Enka Reizen*,⁸¹ eveneens onder verwijzing naar het prioriteringsbeleid, een klacht over overtreding van artikel 6 en 24 Mw door Stichting Garantiefonds Reisgelden afgewezen. Een klacht in de zaak *Stichting Landelijk Protocol Eerstehulpverlening*⁸² over vermeend misbruik van economische machtspositie door Oranje Kruis was eerder al hetzelfde lot beschoren. De bezwaren daartegen zijn in de verslagperiode door ACM ongegrond verklaard.

Niet meewerken ex-werknemers

In 2013 heeft ACM nader gevolg gegeven aan de uitspraak van het CBb⁸³ volgens welke een ex-werknemer een beroep toekomt op een zwijgrecht op grond van artikel 53 lid 1 Mw. In zaak *X*⁸⁴ heeft zij het bezwaar gegrond verklaard dat was gericht tegen de boete van 150.000 euro die ACM aan X had opgelegd in verband met zijn weigering te antwoorden op vragen in het kader van een onderzoek.

Bewijs

In *Executieveilingen*⁸⁵ heeft een handelaar zich verzet tegen de openbaarmaking van het aan hem gerichte boetebesluit van 7 januari 2013. Dat heeft geleid tot een voor hem negatieve uitspraak van de Rechtbank Rotterdam op 1 augustus 2013.⁸⁶ Na die uitspraak hebben zes andere handelaren alsnog bezwaar tegen openbaarmaking gemaakt door middel van een verzoek om een voorlopige voorziening. Eén handelaar heeft de voorzieningenrechter ervan kunnen overtuigen dat de conclusie omtrent haar deelname aan het veilingkartel in bezwaar geen stand zou houden.⁸⁷ Haar betwisting dat zij actief heeft deelgenomen aan het systeem dat ACM in het boetebesluit heeft beschreven, is door de voorzieningenrechter aanvaard. De verzoeken van de andere vijf handelaren zijn gedeeltelijk toegewezen dan wel integraal afgewezen.⁸⁸

74. Besluit op bezwaar ACM 28 juni 2012, zaak 6109 (Caraat).

75. CBb 13 mei 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT6110 (*Vereniging Veronica, Kink FM Beheer B.V. en Veronica Radio B.V./Minister van Economische zaken*).

76. Rb. Rotterdam 14 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4169 (*Carinova en Carint/ACM*).

77. CBb 16 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0270 (*A/ACM*).

78. CBb 20 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ1420 (*A e.a./ACM*). Deze uitspraak dateert weliswaar uit december 2012, maar werd pas gepubliceerd op 20 februari 2013 en wordt om die reden in deze kroniek meegenomen.

79. Prioritering van handhavingsverzoeken door de Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Stcrt.* 2012, 2151.

80. Rb. Rotterdam 5 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9461 (*Stichting Platform Makers/ACM*).

81. Besluit ACM 10 januari 2013, zaak 7377 (*Enka Reizen*).

82. Besluit ACM 13 juni 2013, zaak 7475 (*Stichting Landelijk Protocol Eerstehulpverlening*).

83. CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7026 (*A/ACM*).

84. Besluit op bezwaar ACM 28 maart 2013, zaak 6678 (*X*).

85. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

86. Rb. Rotterdam 1 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5927 (*X/ACM*).

87. Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9861 (*X/ACM*).

88. Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9857 (*X/ACM*), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9858 (*X/ACM*), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9860 (*X/ACM*), Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9862 (*X/ACM*) en Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9863 (*X/ACM*).

In de zaak *Leesmappen*⁸⁹ heeft ACM het concept van functioneel ouderschap, zoals dat door de Hoge Raad is ontwikkeld,⁹⁰ toegepast bij haar vaststelling dat een bepaalde onderneming aan de inbreukmakende gedragingen in die zaak had deelgenomen. In reactie op het rapport was aangevoerd dat de bewijselementen voor de deelname van de onderneming zagen op gedragingen van een persoon die nooit in dienst was geweest van de onderneming. Voor ACM volstond echter dat er aanwijzingen bestonden dat de persoon in kwestie namens de onderneming had gecorrespondeerd en dat uit verklaringen bleek dat de onderneming de deelname had aanvaard.

De bewijslat lag te hoog voor ACM in de zaak *Carinova en Carint*.⁹¹ Centraal in die zaak stond een niet-concurrentiebeding dat Carinova en Carint waren aangegaan in het kader van een samenwerkingsverband in de thuiszorg (opererend onder de naam Plectrum). Het beding strekte ertoe dat Carinova en Carint en andere leden van Plectrum gehouden waren niet toe te treden tot elkaars werkgebied. De Rechtbank Rotterdam beoordeelde de diverse door ACM aangevoerde bewijzen voor het bestaan van de gestelde inbreuk en stelde vast dat de samenwerking binnen Plectrum, in het kader waarvan het niet-concurrentiebeding was overeengekomen, op de toekomst was gebaseerd en de tussen partijen besproken visie niet noodzakelijkerwijze impliceerde dat Plectrum-leden reeds op dat moment al waren gebonden aan non-concurrentieafspraken. Bovendien hadden, aldus de rechtbank, Carinova en Carint afwijkende standpunten ten aanzien van het non-concurrentiebeding en kon er derhalve geen sprake zijn van wilsovereenstemming. Ten slotte was de gedragscode waarin het non-concurrentiebeding was opgenomen, niet ondertekend en daarmee niet daadwerkelijk vastgesteld. Dit bracht de rechtbank tot het oordeel dat niet voldoende is komen vast te staan dat Carinova en Carint een non-concurrentiebeding zijn overeengekomen dat daadwerkelijk gegolden heeft. De alternatieve verklaring van partijen dat de in het kader van Plectrum gemaakte afspraken slechts op de toekomst zagen, achtte de rechtbank in ieder geval ten aanzien van een van de betrokken partijen niet zodanig onaannemelijk dat deze alternatieve verklaring terzijde zou moeten worden geschoven. De tamelijk sterke aanwijzingen dat de andere partij zich al wel gebonden achtte aan een non-concurrentiebeding kan, aldus de rechtbank, niet tot het oordeel leiden dat er sprake was van wilsovereenstemming dan wel zodanige afstemming tussen Carint en Carinova dat sprake zou kunnen zijn van een inbreuk op artikel 6 lid 1 Mw.

In twee kort na elkaar gewezen uitspraken vernietigde de Rechtbank Rotterdam de sanctiebesluiten in de *Lim-*

*burge bouwzaken*⁹² en in de zaak *Zeescheepsafval*.⁹³ In beide zaken steunde ACM volledig of nagenoeg volledig op tapgegevens die zij had ontvangen van het Openbaar Ministerie (OM). De discussie spitste zich toe op de vraag of deze tapgegevens door het OM rechtmatig waren overgedragen aan ACM en of ACM van deze gegevens gebruik had mogen maken in het kader van haar onderzoek. De rechtbank beantwoordde deze vraag in beide zaken ontkennend. De door het OM overgedragen tapgegevens kwalificeerden volgens de rechtbank als strafvorderlijke gegevens als bedoeld in de Wet justitiële strafvorderlijke gegevens (Wjsg) die de wettelijke grondslag vormde voor de verstrekking door het OM. Op grond van deze bepaling kan het verstrekken van strafvorderlijke gegevens worden gerechtvaardigd, zo overwoog de rechtbank, indien dit noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang. Uit de wetsgeschiedenis, waarin voor de uitleg van het begrip zwaarwegend algemeen belang aansluiting wordt gezocht bij artikel 8 EVRM, volgt dat de officier van justitie bij uitstek geschikt is om te beoordelen of een zwaarwegend belang aan de orde is dat het verstrekken van gegevens aan een derde rechtvaardigt. Naar het oordeel van de rechtbank kan verstrekking van strafvorderlijke gegevens alleen aan de orde zijn wanneer sprake is van een kenbare en voor de rechter toetsbare afweging van de officier van justitie. Daarvan is in het onderhavige geval niet gebleken. De officier heeft nagelaten te motiveren welk zwaarwegend belang werd gediend met de verstrekking en waarom deze noodzakelijk was. De rechtbank volgde het oordeel van de voorzieningenrechter Den Haag in een eerder in deze zaak gevoerd kort geding⁹⁴ dat een inbreuk op de Mw een belang zou kunnen zijn dat wordt gedekt door Wjsg en verstrekking van gegevens aan ACM noodzakelijk is, maar daaraan doet niet af dat in het onderhavige geval van een kenbare voor de rechter toetsbare afweging van de officier van justitie geen sprake was. ACM mocht de telefoontaps daarom niet gebruiken als bewijs aangezien anders geen recht zou worden gedaan aan het bepaalde in artikel 8 EVRM, waarvan de Wjsg juist naleving beoogt te waarborgen. De rechtbank overwoog dat ACM zich ervan had moeten vergewissen dat en waarom de officier van justitie van oordeel was dat sprake was van een zwaarwegend maatschappelijk belang en waarom de verstrekking met het oog daarop noodzakelijk was. De rechtbank betrok daarbij dat ACM zelf niet de bevoegdheid heeft om telefoons af te tappen. In de zaak *Zeescheepsafval* oordeelde de rechtbank aanvullend dat uit een voorgedrukt 'voor akkoord' door de officier van justitie getekende stuk niet blijkt welk zwaarwegend belang wordt gediend en evenmin waarom verstrekking van gegevens noodzakelijk was. De poging van ACM om achteraf van de officier van justitie een kenbare toetsbare afweging te verkrijgen, strandde. De afweging dient, aldus de recht-

89. Besluit ACM 7 november 2013, zaak 7244 (*Leesmappen*).

90. HR 21 oktober 2003, NJ 2006/328.

91. Rb. Rotterdam 14 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4169 (*Carinova en Carint/ACM*).

92. Rb. Rotterdam 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079 (*Jansen de Jong en A en B/ACM*).

93. Rb. Rotterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5042 (*Odijel e.a./ACM*).

94. Rb. 's-Gravenhage 26 juni 2009, ECLI:NL:RBGR:2009:BJ0047 (*Jansen de Jong en A en B/ACM*).

bank, vooraf en niet achteraf te worden gemaakt om te voorkomen dat ACM ten onrechte kennis zou nemen van onrechtmatig verstrekte gegevens. De rechtbank vernietigde beide sanctiebesluiten, aangezien de bewijsvoering geheel geënt was op de onrechtmatig verkregen tapgegevens. Deze voor de praktijk belangrijke zaken krijgen een vervolg. ACM heeft hoger beroep aangetekend bij het CBb.

Samenwerking mededingingsautoriteiten

In de zaak *Meel*⁹⁵ had ACM aan de Duitse onderneming Grain Millers in de bezwaarfase een boete van circa 2,8 miljoen euro opgelegd, en aan haar dochteronderneming Ranks een boete van circa 3,9 miljoen euro. Terwijl de beroepen bij de Rechtbank Rotterdam aanhangig waren, heeft het Duitse Bundeskartellamt ACM geïnformeerd dat zij voornemens was om Grain Millers te beboeten voor haar deelname aan een kartel in Duitsland. De Franse Autorité de la Concurrence legde op 13 maart 2012 aan Grain Millers een boete op voor een overtreding in Frankrijk van circa 7,3 miljoen euro. Omdat het totaal aan boetes het bedrag zou overstijgen dat de onderneming kon dragen zonder dreigend faillissement, hebben de drie nationale autoriteiten overleg gevoerd om tot een definitieve boetevaststelling in de verschillende jurisdicties te komen en om discussie te vermijden ten aanzien van welke betalingsverplichting een *inability to pay*-beroep zou moeten worden gehonoreerd. Uiteindelijk hebben enkel de Duitse en de Nederlandse autoriteiten een boeteverlaging afgesproken, en heeft de Franse autoriteit haar spreekwoordelijke snor gedrukt. Grain Millers en Ranks hebben hun beroepen bij de rechtbank ingetrokken, nu deze in de eerste plaats ontleend waren aan de initiële weigering van ACM om hun *inability to pay*-argument niet te honoreren. De boeteverlaging in Nederland heeft haar beslag gekregen in de vorm van een wijzigingsbesluit.

Sancties

Toerekening

ACM heeft in de zaak *Leesmappen*⁹⁶ niet de principiële stelling aanvaard dat de zogenoemde Akzo-presumptie, het weerlegbare vermoeden dat een moederonderneming daadwerkelijk beslissende invloed op het marktgedrag van een volle dochteronderneming heeft uitgeoefend, niet van toepassing kan zijn bij toepassing van het Nederlandse kartelverbod. Het begrip onderneming, zo overwoog ACM, dient ingevolge artikel 1f Mw overeenkomstig artikel 101 lid 1 VWEU te worden uitgelegd en het weerlegbare vermoeden vloeit rechtstreeks voort uit het (Europese) ondernemingsbegrip. Bovendien zou de toepasselijkheid van de presumptie eerder zijn bevestigd in de nationale rechtspraak. Het verbaast niet dat de moederonderneming in kwestie er vervolgens niet in is geslaagd om het vermoeden van daadwerkelijke invloed

op haar dochteronderneming te weerleggen. Interessant in die context is dat het beroep op de statuten van de Nederlandse dochteronderneming, die volgens de moederonderneming weinig invloed toelieten, als een boemerang terugkwam. ACM heeft er fijntjes op gewezen dat uit de rechtspraak van het Gerecht⁹⁷ volgt dat de verplichtingen die het Nederlandse vennootschapsrecht aan de moederonderneming in relatie tot de dochteronderneming oplegt, waaronder de benoeming van bestuursleden, het vermoeden van de uitoefening van invloed juist versterken. Die observatie vanuit Luxemburg zal ACM in de toekomst vaker gaan inroepen, zo luidt onze voorspelling.

Betrokken omzet en boetegrondslag

In *Executieveilingen*⁹⁸ heeft ACM een bijzondere methodiek gehanteerd om de boetegrondslag te bepalen. Het eerste deel van de boetegrondslag is bepaald door de boetegrondslag per besmette woning te vermenigvuldigen met het aantal woningen bij de veiling waarvan de handelaar betrokken is geweest. De boetegrondslag per besmette woning is bepaald door de mediaan te bepalen van de inkooprijzen van de woningen waarbij het verband van handelaren betrokken is geweest. Het ging om 125.000 euro. Om tot een waarde van een besmette woning te komen, en de besmetting daarvan in de prijs te laten reflecteren, is een forfaitaire opslag van 10 procent gehanteerd. Dit resulteerde in een bedrag van 137.500 euro. De boetegrondslag per besmette woning is vervolgens op 1 promille van dat bedrag bepaald, en afgerond naar 137 euro. Het tweede deel van de boetegrondslag is bepaald door de boetegrondslag per nageveilde woning te vermenigvuldigen met het aantal naveilingen waarbij de handelaar betrokken is geweest. De boetegrondslag per woning is vastgesteld op 1.375 euro. De achterliggende gedachte achter deze systematiek was dat iedere handelaar aldus beboet zou worden voor iedere woning waarbij hij, in welke vorm dan ook, betrokken is geweest en door middel van zijn gedragingen heeft bijgedragen aan werking van de afspraak. Vermeldenswaard is de omstandigheid dat de voorzieningenrechter in deze zaak het argument heeft verworpen dat bij de bepaling van de boetegrondslag in aanmerking zou moeten worden genomen in welke regio de handelaar actief was. De betreffende handelaar had betoogd dat in Zuid-Limburg de gemiddelde woningprijs circa 30 procent lager ligt dan het landelijk gemiddelde. Nu hij daar met name actief was, had dat door ACM in aanmerking moeten zijn genomen.

In de zaken *Kanaalweg*,⁹⁹ *Geuneburg*¹⁰⁰ en *Bergambacht & Dilettant*¹⁰¹ heeft ACM de boetegrondslagen berekend op de wijze die gebruikelijk is voor wat betreft het manipuleren van aanbestedingen. Per project is bepaald

95. Wijzigingsbesluit ACM 12 februari 2013, zaak 6306 (*Meel*).

96. Besluit ACM 7 november 2013, zaak 7244 (*Leesmappen*).

97. GvEA 27 september 2012, zaak T-361/06, *Ballast Nedam/Commissie*, n.n.g.

98. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

99. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7401 (*Kanaalweg*).

100. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7400 (*Geuneburg*).

101. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7403 (*Bergambacht & Dilettant*).

welke omzet daarmee gemoeid is geweest. Dat was, voor wat betreft de uitvoerende karteldeelnemer, de betrokken omzet. Voor de deelnemers die het project niet hebben uitgevoerd, gold als betrokken omzet het bedrag van de uitvoerder nadat het door het aantal deelnemers is gedeeld.

Ernst

In de zaak *Executieveilingen*¹⁰² was de ernstfactor in de besluiten in primo uit de *eerste tranche* bepaald op 2,5 aangezien het ging om een zeer zware inbreuk. Dat percentage is in bezwaar gehandhaafd. In de besluiten in primo in de *tweede* en *derde tranche* is dezelfde ernstfactor gehanteerd.

In de zaken *Kanaalweg*,¹⁰³ *Geuneburg*¹⁰⁴ en *Bergambacht & Dilettant*¹⁰⁵ heeft ACM ten aanzien van de ernst overwogen dat de *cover pricing* waaraan de partijen zich in die zaken schuldig hebben gemaakt, minder ernstig is dan *bid rigging*. ACM heeft in deze zaken, net zoals zij dat deed in *Rotterdamse Slopersbedrijven*,¹⁰⁶ een ernstfactor van 1,75 gehanteerd.

In *Leesmappen*¹⁰⁷ is bij de berekening van boetes een ernstfactor 2 gehanteerd. Dat de toestand in de betrokken sector al jaren desastreus is, mocht niet tot een verlaging van de ernstfactor leiden.

Bijzondere omstandigheden – boeteverlagende/ –verhogende omstandigheden – matiging boete

ACM heeft in de zaak *Leesmappen*¹⁰⁸ de onderneming Leesland en haar vertegenwoordiger als *ringleader* aangemerkt en daarvoor een boeteverhoging van 10 procent aan ieder van hen uitgedeeld. Geen enkele partij heeft met succes een boeteverlagende omstandigheid ingeroepen. In veel gevallen is wel een boeteverlaging doorgevoerd omdat het wettelijke boeteplafond werd geraakt.

In de zaken *Kanaalweg*,¹⁰⁹ *Geuneburg*¹¹⁰ en *Bergambacht & Dilettant*¹¹¹ heeft ACM geen boeteverhogende of boeteverlagende factoren bij de berekening van de boetes betrokken.

Hetzelfde geldt voor *Executieveilingen*.¹¹² Belangrijk is wel om op te merken dat, hoewel alle bezwaren tegen de besluiten in primo in de *eerste tranche* ongegrond zijn verklaard, ACM toch een aantal boetes heeft verlaagd. In alle gevallen hing dat samen met een beroep op *inability to pay*. In dezelfde zaak heeft de voorzieningenrechter op 12 december 2013 geoordeeld dat de gevorderde

leeftijd van een handelaar, en het feit dat hij niet meer op de markt actief was, geen reden was om een symbolische boete op te leggen.¹¹³

Verjaring

In *Executieveilingen*¹¹⁴ heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam in de uitspraak van 1 augustus 2013 meegenomen dat de eerste stuitingshandeling in de eerste helft van 2009 had plaatsgevonden.¹¹⁵ De omzet over de eerste helft van 2004 was daarom verjaard en zal, zo overwoog de rechter, in het besluit op bezwaar tot een boeteverlaging moeten leiden. De voorzieningenrechter heeft expliciet aangehaakt bij de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak *Boomkwekerijen*.¹¹⁶ Opmerkelijk is dat handelaren uit de *eerste tranche* een beroep op die uitspraak hadden gedaan. ACM heeft dat beroep verworpen met de vaststelling dat de stuiting in de eerste helft van 2009 heeft betekend dat zij handelaren kon beboeten, tenzij deze hun betrokkenheid vóór 2004 hadden gestaakt. De notie van gedeeltelijke verjaring is daarmee door ACM naar de prullenbak verwezen.

Wettelijk boetemaximum

In de zaak *Leesmappen*¹¹⁷ heeft een onderneming zich op het standpunt gesteld dat strikte toepassing van de Boetebeleidsregels door ACM door het hanteren van een boeteplafond van 450.000 euro voor ondernemingen met minder dan 4,5 miljoen euro omzet tot onevenredig hoge boetes leidt in vergelijking met ondernemingen die een hogere omzet hebben behaald. In dit verband is een beroep gedaan op het feit dat het mededingingsrecht van de Europese Unie een dergelijk plafond niet kent. ACM heeft het argument verworpen. Het boeteplafond volgt uit artikel 57 lid 1 Mw. De Nederlandse wetgever heeft een keuze gemaakt om voor kleinere ondernemingen een ander boeteplafond toe te passen.

Boetes natuurlijke personen

In de zaken *Kanaalweg*,¹¹⁸ *Geuneburg*¹¹⁹ en *Bergambacht & Dilettant*¹²⁰ zijn geen boetes aan natuurlijke personen opgelegd die als feitelijk leidinggevend konden worden aangemerkt.

In de zaak *Executieveilingen*¹²¹ is dat evenmin gebeurd. In *Leesmappen*¹²² heeft ACM ervoor gekozen om aan dertien feitelijk leidinggevend geen persoonlijke boete op te leggen, maar hen wel hoofdelijk aansprakelijk te

102. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

103. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7401 (*Kanaalweg*).

104. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7400 (*Geuneburg*).

105. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7403 (*Bergambacht & Dilettant*).

106. Besluit ACM 10 december 2012, zaak 7249 (*Slopersbedrijven Rotterdam*).

107. Besluit ACM 7 november 2013, zaak 7244 (*Leesmappen*).

108. Besluit ACM 7 november 2013, zaak 7244 (*Leesmappen*).

109. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7401 (*Kanaalweg*).

110. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7400 (*Geuneburg*).

111. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7403 (*Bergambacht & Dilettant*).

112. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

113. Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9860 (X/ACM).

114. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

115. Rb. Rotterdam 1 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5927 (X/ACM).

116. Rb. Rotterdam 1 juli 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM9911 (*Boomkwekerijen/ACM*).

117. Besluit ACM 7 november 2013, zaak 7244 (*Leesmappen*).

118. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7401 (*Kanaalweg*).

119. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7400 (*Geuneburg*).

120. Besluit ACM 24 mei 2013, zaak 7403 (*Bergambacht & Dilettant*).

121. Besluiten op bezwaar ACM 7 januari 2013, zaak 6538 (*Executieveilingen*) en besluiten ACM 7 januari 2013, zaken 7237 en 7268 (*Executieveilingen (tweede en derde tranche)*).

122. Besluit ACM 7 november 2013, zaak 7244 (*Leesmappen*).

stellen voor een deel van de aan hun ondernemingen opgelegde boetes. Het ging om bedragen variërend van 10.000 tot 137.000 euro. De reden voor deze aanpak was dat er, gezien de aard van veel betrokken ondernemingen (het ging veelal om familieondernemingen) door de betaling van de boetes een kapitaaluitstroom zou plaatsvinden die de feitelijk leidinggevendenden op significante wijze zou raken. De natuurlijke personen in kwestie hadden naar uit onderzoek was gebleken geen andere inkomstenbronnen dan die uit de distributie van leesmappen.

Wob-verzoeken

ACM heeft in de verslagperiode zes besluiten genomen in reactie op Wob verzoeken, waarvan twee in bezwaar. De interessantste overwegingen zijn te vinden in het besluit op bezwaar van 15 juli 2013.¹²³ Daarin zijn ongegrond verklaard de bezwaren tegen de afwijzing van het verzoek om verstrekking van stukken die zich in het dossier van de zaak *Wasserijen* bevonden.

123. Besluit op bezwaar ACM 15 juli 2013, zaak 6855 (bezwaar Wob *Wasserijen*).