

Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2020

118

A. Outhuijse*

I. Inleiding

Het jaar 2020 zullen velen van ons niet snel vergeten. Net als in het gewone leven, is in de kroniek dit jaar ook alles net wat anders. Zo waren er slechts weinig uitspraken over kartelboetes. Van de bevoegde rechters heeft enkel het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) inhoudelijk geoordeeld over kartelboetes. Dit was in twee zaken: de *Koel- en vrieshuizen*-zaak en een zaak die (nog) anoniem is. Kwantiteit zegt echter niet alles. Deze zaken bieden nog voldoende stof voor dit onderdeel van de kroniek. Centrale thema's zijn de afbakening van de relevante markt, de één enkele voortdurende inbreuk, stuiting van de verjaringstermijn, procesbelang en de publicatieplicht. Naast de kartelboetes is er ook noemenswaardige rechtspraak op het gebied van de Wet Markt en Overheid en het concentratietoezicht. Zo heeft de rechtbank Rotterdam een oordeel gegeven over de door de minister verleende vergunning voor de PostNL/Sandd-fusie, hetgeen leidde tot een vernietiging van de vergunning. Dit betekent echter nog niet het einde voor de fusie. Ook bij de civiele rechtspraak zijn er zaken die anders zijn ten opzichte van vorige jaren. Zo is er – bij mijn weten – geen voortgang in de TenneT-zaken, waardoor dit onderwerp voor het eerst in vijf jaar geen onderdeel uitmaakt van de kroniek.¹ Gelukkig zijn er voldoende andere follow-on- en stand-alone-zaken om over te rapporteren. Terugkerende onderwerpen hier, net als in andere jaren, zijn de verjaringstermijnen, de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en de stelplicht en bewijslast (waar partijen het lastig vinden om aan te voldoen).²

Noemenswaardig ten opzichte van het laatste aspect is dat het gerechtshof Amsterdam een verzwaarde motiveringsplicht oplegde aan Buma/Stemra om bepaalde informatie over te leggen aan Associated Business Music Distributors (ABMD), zodat ABMD in de gelegenheid wordt gesteld te onderbouwen dat Buma/Stemra misbruik maakt van haar machtspositie. Hoewel dit niet zo ver gaat als de omkering van de bewijslast, is het wel een belangrijke uitzondering op de hoofdregel 'wie stelt, moet bewijzen'. Bij mijn weten is dit ook nog niet eerder toegepast in de mededingingsrechtelijke jurisprudentie. De genoemde wijzigingen zijn veelal niet veroorzaakt door het COVID-19-virus. Het COVID-19-virus komt wel meerdere malen terug als onderwerp in de mededingingsrechtelijke rechtspraak van 2020. Zo matigde het CBB een boete van € 1 miljoen naar € 10 000 omdat de onderneming als gevolg van onder meer de COVID-19-pandemie slechts beperkte financiële draagkracht had en door de boete het faillissement van de onderneming dreigde.³ Een ander voorbeeld is dat de rechtbank Midden-Nederland moest beoordelen of het tegenhouden van de promotie van Cambuur en De Graafschap door de KNVB vanwege het stoppen van de competitie door het COVID-19-virus in strijd met het kartelverbod was.⁴ Dit was niet het geval, aldus de voorzieningenrechter. Los van de rechtspraak had het virus invloed op de mededingingsrechtelijke praktijk. Dit was zichtbaar op het gebied van de staatssteunregels, maar ook op het gebied van samenwerkingen.⁵ Er werden samenwerkingen toegestaan die normaliter onder het kartelverbod vallen. Supermarkten mochten elkaar informeren over voorraden, zorgverzekeraars mochten afspraken maken over financiële steun voor zorgaanbieders en ziekenhuizen, en ziekenhuisapothekers en farmaceutische groothandels mochten elkaar

* Annalies Outhuijse is advocaat bij Stibbe binnen de praktijkgroep bestuursrecht. Eerder heeft zij een proefschrift geschreven op het gebied van het mededingingstoezicht bij de Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage is afgerond op 31 maart 2021 en heeft voor de beschrijving van de zaken enige overlap met de kronieken uit eerdere jaren: A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2019', *SEW* 2020, afl. 5, p. 221-232; A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2018', *SEW* 2019, afl. 4, p. 168-180; A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2017', *SEW* 2018, afl. 4, p. 149-157; A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2016', *SEW* 2017, afl. 5, p. 199-210; A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2015', *SEW* 2016, afl. 6, p. 262-271 en een viertal annotaties: CBB 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:306, AB 2020/334, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn; CBB 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:307, AB 2020/335, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn; CBB 18 februari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:91, AB 2020/152, m.nt. J.J.A. Waverijn en A. Outhuijse; CBB 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923, AB 2021/153, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn.

1 Zie hierover bijvoorbeeld de kroniek over 2019. De procedure tussen TenneT en Alstom bevindt zich momenteel nog bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Zoals beschreven in de kroniek van vorig jaar: het gerechtshof moet het aspect van de schade nog beoordelen. De zaak was daarvoor verwezen naar de rol van 15 december 2020.

2 Zie hierover bijvoorbeeld de kroniek over 2018.

3 CBB 18 augustus 2020, ECLI:NL:CBB:2020:559.

4 Rb. Midden-Nederland 14 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1851.

5 Zie: www.acm.nl/nl/publicaties/toezicht-acm-tijdens-coronacrisis; www.acm.nl/nl/publicaties/europese-mededingingsautoriteiten-en-toezicht-tijdens-corona-crisis.

informereren over de voorraden van geneesmiddelen en samenwerken op dit gebied om tekorten te voorkomen.⁶ Dit is echter geen onderdeel van deze kroniek die zich beperkt tot de mededingingsrechtelijke rechtspraak. Net als de andere jaren, zullen enkel de meest spraakmakende uitspraken en ontwikkelingen worden besproken.

2. Overzicht bestuursrechtelijke rechtspraak

2.1. Kartelboetes

Ten opzichte van eerdere jaren is het aantal uitspraken over kartelboetes dit jaar maar beperkt.⁷ Ik kan slechts over twee kartelzaken rapporteren. De eerste zaak zijn de uitspraken van het Cbb inzake de kartelboetes opgelegd voor de overtredingen in de koel- en vrieshuizensector.⁸ Vier bedrijven uit deze sector zijn beboet voor drie verschillende kartelovertradingen met boetes variërend van € 450 000 tot € 9,6 miljoen. Naast de ondernemingen zijn tevens vijf leidinggevendenden beboet. De Autoriteit Consument en Markt (de ACM) heeft voor de verschillende overtredingen aparte rapporten en boetebesluiten opgesteld. Tegen twee van de overtredingen is beroep ingesteld, namelijk voor de overtreding van het kartelverbod bij de opslag van vis in vrieshuizen en bij de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten in koel- en/of vrieshuizen. Daarnaast is beroep ingesteld door een leidinggevende die ten aanzien van deze overtredingen twee boetes heeft ontvangen, beide ter hoogte van € 50 000. In beide zaken – de visopslag en de opslag en verwerking van vruchtensappen – heeft het Cbb dit jaar een uitspraak gedaan.⁹

De overtredingen van het kartelverbod bij de productie en opslag van vruchtensappen en -concentraten betrof de uitwisseling van informatie over prijzen en capaciteit in de periode van 31 juli 2006 tot en met 16 november 2009. De ACM heeft hiervoor boetes opgelegd aan één onderneming en één leidinggevende. De centrale thema's in deze uitspraak zijn het marktonderzoek van de ACM en het gebruik van het concept van de één enkele voortdurende inbreuk.

De overtreding is gekwalificeerd als een enkele voortdurende inbreuk. Dit betekent dat volgens de ACM voldaan is aan de vereisten dat de reeks van individuele gedragingen wegens hun gemeenschappelijk doel deel uitmaken van een totaalplan om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen of uit te schakelen. Zoals beschreven in de kroniek uit 2018 was de rechtbank Rotterdam kritisch

over de ACM-boetebesluiten op twee punten: (1) de vaststelling van de geografische markt en (2) onvoldoende bewijs om één enkele voortdurende inbreuk vast te stellen.¹⁰ Het besluit gericht aan de feitelijk leidinggevende werd door de rechtbank op grond van het eerste punt vernietigd omdat de rechtbank van oordeel was dat de ACM niet zonder nader onderzoek kon concluderen dat er sprake was van een nationale markt. Het besluit gericht aan de onderneming werd door de rechtbank op grond van het tweede punt vernietigd. Beide oordelen van de rechtbank worden niet gedeeld door het Cbb zoals hierna verder wordt toegelicht.

Wat betreft de geografische markt stelden eisers in het beroep in eerste aanleg dat de ACM onterecht de Nederlandse markt als relevante geografische markt had vastgesteld en van een ruimere markt voor opslag en verwerking van vruchtensappen had moeten uitgaan. De rechtbank concludeerde in 2018 dat hoewel er aanwijzingen zijn voor het standpunt van de ACM dat Nederland de relevante markt vormde, er ook aanwijzingen in het dossier waren die erop wezen dat sprake was van een ruimere geografische markt die ook Duitsland en België omvatte. De rechtbank stelde dat de twijfel over de geografische markt werd versterkt door het expertrapport van de beboete onderneming. Volgens de rechtbank had de ACM, vanwege de twijfel over de juistheid van de geografische afbakening van de markt, niet zonder nader onderzoek van een nationale markt mogen uitgaan. Anders dan de rechtbank, is het Cbb op grond van hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd van oordeel dat de ACM voldoende marktonderzoek heeft verricht om te kunnen bepalen of de verweten gedragingen ertoe strekten de mededinging te beperken. Het Cbb benadrukt hierbij, met verwijzing naar eerdere rechtspraak, dat de marktafbakening geen doel op zich is maar een instrument is voor de toepassing van de mededingingsregels.¹¹ Het Cbb wijst er expliciet op dat de vernietiging van de rechtbankuitspraak niet betekent dat de ACM op basis van dit onderzoek terecht heeft geconcludeerd dat de gedragingen ertoe strekten de mededinging te beperken, nu de rechtbank daarover geen oordeel heeft gegeven en in hoger beroep deze kwestie (nog) niet aan de orde was.

Ten aanzien van de enkele voortdurende inbreuk was de rechtbank Rotterdam niet overtuigd dat de bewijsmiddelen duidelijk aantoonde dat er een afspraak bestond tussen beide ondernemingen met als gemeenschappelijk doel om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen. De rechtbank stelde dat het dossier ook aanknopingspunten bevatte voor alternatieve verklaringen voor de gedragingen. De gedragingen zouden tot op zekere hoogte ook

6 Zie bijvoorbeeld: www.acm.nl/nl/publicaties/acm-ruimte-voor-samenwerking-bij-verdelen-essentiele-geneesmiddelen-voor-coronapatiënten; www.acm.nl/nl/publicaties/zorgverzekeraars-mogen-extra-kosten-corona-aanpak-onderling-verdelen.

7 Zie bijvoorbeeld de kroniek over 2019.

8 Zie over het kartel ook de kroniek over 2018. De beschrijving van de zaak heeft overlap met de beschrijving uit die kroniek en ook de beschrijving van de zaak in deze annotaties: Cbb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:306, AB 2020/334, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn; Cbb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:307, AB 2020/335, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn.

9 Cbb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:306, AB 2020/334, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn; Cbb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:307, AB 2020/335, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn en Cbb 14 januari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:33 en ECLI:NL:CBB:2020:34.

10 Zie kroniek 2018.

11 Zie Cbb 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 en ECLI:NL:CBB:2019:151 (*Taxi*).

kunnen hebben plaatsgevonden vanwege een beoogde samenwerking en/of overname, aldus de rechtbank. Gelet hierop, en gelet op het beperkte aantal gedragingen waarvoor de ACM bewijs had aangedragen, was de rechtbank van oordeel dat de ACM niet had aangetoond dat de handelingen wegens hun gemeenschappelijk doel deel uitmaakten van een ‘totaalplan’. Omdat de ACM stelde dat de gedragingen een enkele voortdurende inbreuk vormden, achtte de rechtbank het besluit van de ACM onvoldoende gemotiveerd.

Ook hier ging het CbB niet in mee. De alternatieve uitleg van bepaalde gedragingen staat volgens het CbB niet in de weg aan de vaststelling van de ACM dat het een één enkele voortdurende overtreding betreft. Daarnaast wijst het CbB erop dat mededingingsbeperkende gedragingen naar hun aard ‘clandestien’ worden verricht, waardoor het voor de ACM niet altijd mogelijk is om direct bewijs te leveren van de gedragingen. Details moeten door de ACM vaak gereconstrueerd worden via deductie uit fragmentarisch en schaars bewijs. Dit en het beperkt aantal aangehaalde gedragingen maakt volgens het CbB niet dat de ACM niet heeft kunnen stellen dat er sprake was van een totaalplan met als doel de mededinging te beperken. Het CbB vernietigt de uitspraak van de rechtbank op dit punt, maar stelt daarbij ook dat het CbB hiermee niet stelt dat de ACM terecht heeft geconcludeerd dat het een één enkele voortdurende overtreding betrof. Ook dit moet nog worden onderzocht. Op verzoek van de partijen zal het CbB niet de zaak terugverwijzen naar de rechtbank, maar deze zelf afdoen en heropenen. De uitkomst in deze procedure staat kortom nog niet vast en wordt vervolgd. In deze zaak zitten het CbB en de rechtbank niet op één lijn ten aanzien van de strijd met het motiveringsbeginsel, maar het is nog niet duidelijk of het CbB overtuigd is dat het in deze zaak één enkele voortdurende inbreuk betreft. Ditzelfde geldt voor het punt of de gedragingen ertoe strekken de mededinging te beperken.

Eerder in 2020 oordeelde het CbB reeds over de boetes inzake de visopslag.¹² In deze uitspraak was het CbB het ook niet eens met de rechtbank Rotterdam. Het CbB oordeelde dat de ACM de vervaltermijn tijdig had gestuit op grond van artikel 64 Mededingingswet en aan haar daardoor de bevoegdheid toekwam om een boete op te leggen. Anders dan de rechtbank Rotterdam, vond het

CbB dat de brede reikwijdte van het aanvankelijke onderzoek van de ACM voldoende was om de verjaringstermijn voor de specifieke overtredingen op te schorten. De reikwijdte van het initiële onderzoek van de ACM sloot geen producten uit, en dus ook de gekoelde opslag van vis niet. Verder heeft de ACM tijdens de verjaringstermijn met de onderzochte ondernemingen gesproken over de koelopslag van vis, zowel persoonlijk als per e-mail. Het CbB achtte het daarom aannemelijk dat de boetes voor het koel bewaren van vis voortvloeiden uit de reikwijdte van het eerste onderzoek van de ACM en niet het gevolg waren van een ‘fishing expedition’. Voor een inhoudelijk oordeel wordt deze zaak teruggedragen van het CbB naar de rechtbank. Deze zaak wordt kortom ook nog vervolgd. Zoals eerder beschreven, kenmerken de koel- en vrieshuizenzaken een typische mededingingsrechtelijke procedure.¹³ De ACM legt een hoge boete op, hiertegen wordt geprocedeerd bij de rechtbank en het CbB en de uitkomst voor partijen is onzeker.¹⁴ Kenners van het mededingingsrecht kijken niet raar op van vernietigingen van kartelboetes. Ook discussie tussen de rechterlijke instanties verbaast kenners niet.¹⁵ Dit is niet typisch Nederlands, ook in andere landen en op Europees niveau komt dit in het mededingingsrecht voor.¹⁶ Nieuw in de ACM-praktijk is dat de ACM naar buiten draagt welke procedures nog lopen tegen haar besluiten, welke uitkomsten deze procedures hebben en de ACM deze zelfs door externe deskundigen laat analyseren.¹⁷ Dit zijn zeker positieve ontwikkelingen. Verder is nog interessant om te benoemen dat er ook meer Europese aandacht is voor dit onderwerp. Er wordt een groot Europees onderzoek opgezet waarbij de rechterlijke beoordeling van de besluiten van alle nationale mededingingsautoriteiten empirisch wordt bestudeerd met één rapporteur per lidstaat.¹⁸ Dit in lijn met vragen die eerder voor Nederland zijn beantwoord: hoeveel wordt er geprocedeerd, wat zijn de uitkomsten van de rechterlijke procedures en hoe zijn de verhoudingen van de uitspraken van de verschillende nationale rechterlijke colleges binnen één lidstaat?¹⁹

De tweede kartelzaak waarover gerapporteerd kan worden binnen het kroniekjaar betreft boetes opgelegd door de ACM in 2017 aan drie ondernemingen vanwege het maken van prijsafspraken. Het is nog niet bekend welk kartel dit betreft. De besluiten zijn nog niet gepubliceerd

12 CbB 14 januari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:33 en ECLI:NL:CBB:2020:34. Zie over het kartel ook de kroniek over 2018.

13 Zie hierover: CbB 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:306, AB 2020/334, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn; CbB 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:307, AB 2020/335, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn.

14 Zie over de vernietigingspercentages en alle relevante factoren: A. Outhuijse, *Effective public enforcement of cartels* (diss. Groningen), 2019, beschikbaar via: <https://research.rug.nl/nl/publications/effective-public-enforcement-of-cartels-explaining-the-high-perce> (hierna: dissertatie Outhuijse 2019).

15 Het is niet de eerste uitspraak waarbij de rechtbank de boetes vernietigt en het CbB dit teruggedraait (zie bijvoorbeeld CbB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526, AB 2019/7, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn; CbB 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 en ECLI:NL:CBB:2019:151 (*Taxi*)).

16 Zie A. Outhuijse, ‘Effective Public Enforcement of Cartels: Rates of Challenged and Annulled Cartel Fines in Ten European Member States’, *World Competition* 2019, afl. 2, p. 1-34.

17 Zie www.acm.nl/nl/publicaties/gerechtelijke-uitspraken; www.acm.nl/nl/publicaties/reactie-op-externe-evaluatie-van-de-acm; www.acm.nl/nl/publicaties/analyse-uitspraken-bestuursrechter-van-acm-besluiten-op-grond-van-de-mededingingswet.

18 Onder leiding van Barry Rodger, Or Brook, Francisco Marcos, Miguel Ferro, Annalies Outhuijse, Maciej Bernatt en Csogor Nagy doen rapporteurs uit 28 landen op kwantitatieve en kwalitatieve wijze onderzoek naar de nationale rechterlijke toetsing van het mededingingsrecht. Dit project is het eerste project dat alle nationale rechterlijke beslissingen van artikel 101 en 102 VWEU en de nationale equivalenten van mei 2004 tot mei 2021 empirisch zal bestuderen. Naast de landrapportages zal het project een *open access*-databank van alle zaken opleveren. Binnenkort wordt een informatiepagina over dit project gelanceerd.

19 Zie dissertatie Outhuijse 2019.

vanwege de verschillende juridische procedures die nog lopen. In deze zaak zijn al twee uitspraken gepubliceerd die relevant zijn voor het bredere publiek. Bekend is dat een van de karteldeelneemers een dochtermaatschappij is aan wie een boete is opgelegd van € 2 798 000 waarvoor de moedermaatschappij in eerste instantie hoofdelijk aansprakelijk was gesteld voor € 2 060 000 en de dochtermaatschappij voor het gehele bedrag. Bij besluit op bezwaar heeft de ACM de boete verlaagd en afgezien van het opleggen van een boete aan de moedermaatschappij wegens het ontbreken van financiële draagkracht. Volgens de website van de ACM heeft de rechtbank Rotterdam dit besluit in 2018 bevestigd, maar deze uitspraak is nog niet gepubliceerd.²⁰

De centrale vraag in een van de twee procedures bij het CBB was of de moedermaatschappij procesbelang heeft bij het aanvechten van dit besluit.²¹ De rechtbankuitspraak is niet gepubliceerd, maar uit de CBB-uitspraak volgt dat de rechtbank Rotterdam heeft overwogen dat appellante geen procesbelang heeft, omdat het bestreden besluit voor appellante geen negatieve rechtsgevolgen zou hebben. In hoger beroep bij het CBB heeft appellante – blijkens deze uitspraak – een drietal argumenten aangevoerd op basis waarvan het bestreden besluit wel negatieve gevolgen voor appellante heeft. Het eerste argument betreft recidive. De ACM verdubbelt de boete op basis van haar beleidsregels bij recidive, behalve als dit gezien de omstandigheden van het concrete geval onredelijk zou zijn. Daarnaast bracht appellante aan dat een besluit met formele rechtskracht wegens overtreding van het kartelverbod (i) uitsluiting van toekomstige aanbestedingen mogelijk maakt en (ii) appellante kwetsbaar maakt voor civielrechtelijke claims van partijen die stellen schade te hebben geleden als gevolg van het kartel waaraan blijkens de bestreden uitspraak deelgenomen is.

Met verwijzing naar zijn uitspraak van 30 juli 2019 overweegt het CBB dat de wetgever heeft onderkend dat ondernemingen belang (kunnen) hebben om in beroep te gaan tegen een besluit dat deze onderneming als overtreder aanmerkt, voor zover het de vaststelling van de overtreding betreft en de vaststelling dat de onderneming overtreder is. Het CBB volgt het betoog van appellante dat dit belang om in beroep te gaan tegen een besluit dat appellante als overtreder aanmerkt in deze zaak bestaat, en volgt tevens de redenen waarom dit belang bestaat zoals aangevoerd door appellante.²² Het CBB heeft de zaak terugverwezen naar de rechtbank. In een parallelle zaak diende het CBB te oordelen over het publicatiebesluit ten aanzien van de moedermaatschappij

(ECLI:NL:CBB:2020:92). Deze uitspraak bespreek ik separaat in de volgende paragraaf.

Later in het jaar diende het CBB een oordeel te geven over de boete aan de dochtermaatschappij. Deze boete was reeds in bezwaar en beroep gematigd.²³ De oorspronkelijke boete was € 2 798 000 en is verlaagd in bezwaar naar € 1 935 000 en in beroep nog verder verlaagd door de rechtbank Rotterdam tot € 1 000 000 vanwege strijd met het evenredigheidsbeginsel. Vanwege bijzondere omstandigheden verzocht de ACM aan het CBB in hoger beroep om de boete op € 10 000 vast te stellen. De reden hiervoor was dat de financiële draagkracht van appellante op dat moment zo beperkt was – onder meer door de COVID-19-crisis – dat faillissement acuut dreigde en dit mede werd veroorzaakt door de boete. Appellante heeft verklaard dit boetebedrag niet te betwisten en af te zien van verdere beroepsgronden om tot een spoedige uitspraak te kunnen komen. Het CBB ging mee in het verzoek en matigde de boete zoals gevraagd naar € 10 000. Dit is een bijzondere procedure met een bijzondere uitkomst, hetgeen past binnen het coronajaar.

2.2. Openbaarmaking besluiten

In een parallelle procedure in de anonieme zaak is besloten over het publicatiebesluit.²⁴ De achtergrond van deze zaak is de regeling uit de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet) voor het publiceren van ACM-besluiten. Artikel 12v Instellingswet bepaalt dat de ACM *verplicht* is tot publiceren van het besluit indien de genomen beschikking het opleggen van een bestuurlijke sanctie of een bindende aanwijzing betreft voor een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd van ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de overtreding van het kartelverbod. In andere gevallen *kan* de ACM het besluit openbaar maken (zie artikel 12w Instellingswet). De vraag bij het CBB in het kroniekjaar was of de verplichting uit artikel 12v Instellingswet van toepassing is als de ACM heeft afgezien van het opleggen van een boete – hetgeen het geval was voor de moedermaatschappij. Het bedrijf droeg aan dat artikel 12v Instellingswet niet van toepassing was, maar artikel 12w Instellingswet op basis waarvan de ACM een belangenafweging maakt tussen openbaarheid en de belangen van het betreffende bedrijf. Het CBB ging niet mee in deze conclusie. Het CBB oordeelde dat de ACM verplicht is tot publicatie over te gaan op grond van artikel 12v Instellingswet indien de ACM een overtreding vaststelt en in principe een boete kan

20 Zie: www.acm.nl/nl/publicaties/uitspraak-cbb-over-matiging-kartelboete. Zie ook de uitspraak van het CBB: CBB 18 augustus 2020, ECLI:NL:CBB:2020:559.

21 CBB 18 februari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:91, AB 2020/152, m.nt. J.J.A. Waverijn en A. Outhuijse. Zie over procesbelang ook de kroniek over 2019.

22 Zoals beschreven in AB 2020/152, m.nt. J.J.A. Waverijn en A. Outhuijse, is het de vraag of de rechter in de toekomst nog een stap verder zou moeten gaan. In dit geval is de moedermaatschappij aangemerkt als overtreder en heeft zij een duidelijk belang bij het ter discussie stellen van het boetebesluit. De vraag is hoe dit zit indien enkel de dochtermaatschappij is aangemerkt als overtreder. In de annotatie betogen wij dat ook dan de moedermaatschappij nog procesbelang kan hebben gelet op mogelijke follow-on-schadeclaims op basis van de recente civielrechtelijke jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:204 en Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1060.

23 CBB 18 augustus 2020, ECLI:NL:CBB:2020:559.

24 CBB 18 februari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:92. Zie hier ook over: www.stibbe.com/en/news/2020/august/acm-is-verplicht-om-het-besluit-waar-in-zij-afziet-tot-oplegging-van-een-boete-te-publiceren.

opleggen, maar dit niet doet vanwege een onderliggend clementieverzoek of ontbrekende financiële draagkracht. Het CBB grijpt voor dit oordeel terug op de wetsgeschiedenis. Volgens het CBB heeft de wetgever bij de vormgeving van het openbaarmakingsstelsel de aard en de ernst van de overtreding als uitgangspunt genomen en niet de (eventueel) daaropvolgende sanctie. Dit in tegenstelling tot de rechtbank die oordeelde dat artikel 12v Instellingswet niet van toepassing is op deze situatie en de ACM enkel nog gebruik kon maken van artikel 12w Instellingswet. Het CBB schorste de publicatie tot zes weken nadat de rechtbank opnieuw op het beroep heeft beslist. Dit is een belangrijke uitspraak. De publicatie van boetebesluiten is voor de betrokken ondernemingen in praktijk minstens zo belangrijk als het moeten betalen van de boete en in sommige gevallen zelfs belangrijker. Bij de boete van € 82 miljoen aan de sigarettenfabrikanten werd tevens geprocedeerd over de publicatiebesluiten.²⁵ Dit kartel betrof indirecte uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen door de vier grootste marktspelers: British American Tobacco, JT International, Philip Morris en Imperial Tobacco. De sigarettenfabrikanten hebben geprobeerd via een verzoek om een voorlopige voorziening de publicatie van het boetebesluit te voorkomen. Als grondslag aan het verzoek stelden de kartel deelnemers dat hun fundamentele rechten waren geschonden omdat de ACM door toepassing van een dataroomprocedure hen de toegang tot de volledige onderzoeksdataset had onthouden. Op basis van deze procedure was de volledige dataset alleen toegankelijk voor gemachtigden van de overtreders op het kantoor van de ACM. Vanwege dit procedurele gebrek kon het besluit in bezwaar geen stand houden, aldus de appellanten. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam ging niet mee in deze stelling en wees het verzoek af. De voorzieningenrechter concludeerde dat ‘indien sprake is van een verplichting tot openbaarmaking van een sanctiebesluit – zoals hier het geval is – die verplichting slechts zal komen te vervallen indien het sanctiebesluit – in essentie – onrechtmatig wordt bevonden’. Op basis van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden oordeelde de rechtbank Rotterdam tevens dat de rechten van verdediging niet inhouden dat er onvoorwaardelijk toegang moet worden gegeven tot het gebruikte bewijs. Een beperkte toegang was in dit geval gerechtvaardigd gelet op de concurrentieverhouding tot andere fabrikanten en afnemers. Er was geen sprake van een onmiskenbaar procedureel gebrek, waardoor het besluit niet mocht worden gepubliceerd. De ACM plaatste in het kroniekjaar na deze uitspraak dan ook een persbericht op basis van haar ver-

plichting van artikel 12v Instellingswet.²⁶ Naar verwachting zullen er meer uitspraken over dit kartel volgen.

2.3. Concentraties

Een aantal fusiezaken die in 2020 door de rechter werden beoordeeld zijn noemenswaardig. Allereerst betreft dit de overname van Sandd door PostNL. Zoals vorig jaar beschreven in de kroniek, heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken na een verbod van de ACM alsnog een vergunning verleend voor de overname op grond van het publieke belang.²⁷ De minister kan deze vergunning verlenen op basis van artikel 47 Mededingingswet indien gewichtige redenen van algemeen belang zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging. Het was de eerste en enige keer dat deze bevoegdheid werd ingezet. De rechtbank Rotterdam ging echter niet akkoord met deze belangenafweging.²⁸ Volgens de rechtbank is bij de vergunningverlening onvoldoende ingegaan op de risico's voor de mededinging waarvoor de ACM eerder al had gewaarschuwd. Dit maakt de belangenafweging gebrekkig. Het besluit werd vernietigd wegens onzorgvuldige voorbereiding, gebrekkige motivering en strijd met de procedurele bepaling van artikel 4:8 Algemene wet bestuursrecht (inhoudende dat belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld om een zienswijze in te dienen indien de belanghebbende naar verwachting bedenkingen heeft tegen de te geven beschikking). Er is hoger beroep ingesteld door de staat, waardoor de uiteindelijke uitkomst nog dient te worden afgewacht.²⁹

Een fusie die wel werd bevestigd door het CBB was de fusie tussen de Staatsloterij en de Lotto die de ACM reeds in 2015 goedkeurde.³⁰ Het CBB verwerpt hiermee het hoger beroep ingesteld door Stichting Speel Verantwoord. Volgens deze stichting zou het samengaan van de twee partijen leiden tot een te machtige aanbieder op de toekomstige markt voor onlinekansspelen. De ACM had geen bezwaar tegen de concentratie omdat de kansspelen die beide partijen aanboden niet of slechts in geringe mate met elkaar concurreerden. Zowel de rechtbank Rotterdam als het CBB was het met de ACM eens.³¹ Deze fusie leidt niet tot een significante beperking van de mededinging, hetgeen geldt voor zowel de markt voor loterijen als de (toekomstige) markt voor onlinekansspelen. In de komende jaren kunnen we enige interessante ontwikkelingen verwachten op het gebied van het concentratietoezicht. In dit jaar was reeds zichtbaar dat diverse fu-

25 Rb. Rotterdam 21 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8452. Zie voor meer achtergrondinformatie over het kartel: www.acm.nl/nl/publicaties/82-miljoen-euro-boete-voor-vier-sigarettenfabrikanten-die-concurrentie-vervalsten.

26 Zie: www.acm.nl/nl/publicaties/82-miljoen-euro-boete-voor-vier-sigarettenfabrikanten-die-concurrentie-vervalsten.

27 Zie hierover ook de kroniek over 2019.

28 Rb. Rotterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122.

29 Het CBB heeft inmiddels uitspraak gedaan over de belanghebbendheid van een van de partijen die beroep had ingesteld tegen de verleende vergunning. Het CBB oordeelde dat Kiesjefolders als afnemer van Sandd geen belanghebbende is bij het besluit waarbij een vergunning is verleend voor de concentratie tussen PostNL en Sandd. Kiesjefolders heeft geen actueel en voldoende zeker belang. De rechtbank heeft Kiesjefolders ten onrechte aangemerkt als belanghebbende. Zie CBB 30 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:349.

30 CBB 10 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:799.

31 Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5738; CBB 10 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:799.

sies snel doorgingen naar de tweede fase.³² Verder is zichtbaar dat in 2020 diverse malen gedragsremedies zijn verbonden aan concentraties, onder meer na inbreng van derden.³³ Daarnaast kunnen op dit gebied nog de Europese bekendmaking voor de bepaling van de relevante markt³⁴ en de ontwikkelingen op het gebied van meldingsdrempels worden benoemd.³⁵ Tot slot hebben er recent fusies plaatsgevonden die wellicht in de komende jaren nog tot interessante uitspraken zullen leiden, zoals de fusie tussen Corendon en Sunweb.³⁶

2.4. Wet Markt en Overheid

Op grond van de Wet Markt en Overheid dient de overheid zich aan vier gedragsregels te houden indien zij concurreert met particuliere aanbieders: (1) de overheid moet alle kosten doorberekenen die zij maakt voor het leveren van een dienst of product, (2) overheidsbedrijven mogen niet worden bevoordeeld ten opzichte van de concurrentie, (3) er zijn beperkingen aan het hergebruik van gegevens waarover de overheid beschikt en (4) er geldt een functiescheiding tussen bestuurlijke en uitvoeringswerkzaamheden bij de levering van het product of de dienst. Dit staat in hoofdstuk 4b Mededingingswet. Deze regels zijn enkel van toepassing als de activiteit die de overheid verricht een economische activiteit is: het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Bovendien kunnen overheidsorganen een algemeenbelangbesluit in de zin van artikel 25h lid 5 Mededingingswet nemen waardoor deze gedragsregels niet gelden voor de economische activiteiten die worden verricht in het algemeen belang. Dit laatste wordt in de praktijk veelvuldig gedaan.³⁷ De handhaving van de gedragsregels ligt bij de ACM die op basis van artikel 70c Mededingingswet een last onder dwangsom kan opleggen. In de afgelopen jaren hebben diverse particuliere concurrenten de ACM verzocht om handhaving van een publiekrechtelijke rechtspersoon wegens schending van de gedragsregels. De meeste zaken in praktijk gaan over de eerste gedragsregel: de integrale doorberekening van de kosten ex artikel 25j Mededingingswet.

In dit kroniekjaar werden alle ACM-besluiten bevestigd. Dit betrof zowel de afwijzing van een handhavingsverzoek als de vaststelling van overtreding van een van de gedragsregels. De afwijzing van een handhavingsverzoek is vaak

gelegen in het feit dat er een algemeenbelangbesluit is genomen, waardoor de gedragsregels niet langer van toepassing zijn, of dat de aangeboden dienst of het aangeboden product geen economische activiteit betreft.³⁸ Zo bevestigde de rechtbank Rotterdam in het kroniekjaar het oordeel van de ACM dat de gedragsregels niet van toepassing zijn nu de gemeente Groningen het beschermingsbewind bij de Gemeentelijke Kredietbank als activiteit in het algemeen belang heeft aangewezen.³⁹ Het landelijk overleg van bewindvoerders, curatoren en mentoren had de ACM gevraagd op te treden tegen de gemeente Groningen, omdat de gemeente Groningen had bepaald dat mensen die onder een beschermingsbewind stonden bij particuliere bewindvoerders geen vergoeding meer kregen uit de bijzondere bijstand terwijl de gemeente gratis bewindvoering aanbood aan klanten van de Gemeentelijke Kredietbank.

De ACM heeft ook in diverse zaken geconcludeerd dat de gedragsregels wel van toepassing waren en waren overtreden. Zo stelde de ACM vast dat de gemeente Heumen artikel 25j lid 1 Mededingingswet had overtreden door niet de integrale kosten door te berekenen bij de bruikleen en de verhuur van sportcomplexen.⁴⁰ Ditzelfde werd geconstateerd voor de gemeente Stadskanaal en de gemeente Vijfheerenlanden, maar dan bij de exploitatie van camperplaatsen.⁴¹ Dit is ook herhaaldelijk geconstateerd bij het aanbieden van parkeerdiensten door diverse gemeenten. Zo constateerde de ACM begin 2021 dat de gemeente Hilversum oneerlijk concurreerde door te lage tarieven te rekenen voor parkeergarages.⁴² De gemeente compenseerde het verlies voor deze parkeergarages met belastinggeld. Dat is niet toegestaan en leidt tot een schending van de gedragsregel om kosten integraal door te rekenen. Het CBB mocht in 2020 een oordeel geven in een vergelijkbare zaak in de gemeente Veenendaal. De ACM had besloten om handhavend op te treden tegen het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Veenendaal (hierna: de gemeente), omdat de gemeente de kosten voor eigen parkeergarages en parkeerterreinen niet doorberekende in de parkeertarieven en geen algemeenbelangbesluit had genomen. Volgens de gemeente ten onrechte, omdat er geen onderscheid moet worden gemaakt tussen parkeren op straat (straat-parkeren) en parkeren in parkeergarages en op parkeerterreinen (slagboomparkeren). Slagboomparkeren valt

32 Zie bijvoorbeeld: www.acm.nl/nl/publicaties/ncoi-mag-loi-nog-niet-overnemen-eindmededeling; www.acm.nl/nl/publicaties/meer-onderzoek-nodig-naar-overname-primagaz-door-benegas.

33 Zie bijvoorbeeld: www.acm.nl/nl/publicaties/openbaarvervoersbedrijven-mogen-onder-strikte-voorwaarden-vervoerplatform-oprichten. Zie hierover ook de recente uitspraak van de rechtbank Rotterdam inzake Sanoma/Iddink: Rb. Rotterdam 4 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:766.

34 Zie hierover: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1187.

35 Een van de ontwikkelingen is of bij concentratiecontrole ook moet worden gekeken naar de transactiewaarde. Zie hierover: www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2019/05/18/kabinet-pas-mededingingsbeleid-en-fusiedrempels-aan-voor-betere-digitale-economie. Als gevolg hiervan kan het opkopen van kleinere maar aankomende concurrenten door grotere bedrijven (bijvoorbeeld door een Google of Facebook) toch aan de toetsing van de mededingingsautoriteit worden onderworpen.

36 Rb. Amsterdam 7 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6051.

37 Zie ook CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, AB 2019/194, m.nt. A. Outhuijse.

38 Zie de kroniek over 2018 voor voorbeelden van de laatste categorie.

39 Rb. Rotterdam 16 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:291.

40 De beroepen van onder meer de gemeente Heumen tegen dit besluit zijn niet-ontvankelijk verklaard. Zie Rb. Rotterdam 5 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:68.

41 Zie: www.acm.nl/nl/publicaties/acm-wijst-bezwaar-over-camperplaatsen-van-de-gemeente-stadskanaal-af; www.acm.nl/nl/publicaties/besluit-overtreding-wet-markt-en-overheid-camperplaatsen-gemeente-vijfheerenlanden.

42 Zie: www.acm.nl/nl/publicaties/gemeente-hilversum-concurreerde-oneerlijk-door-te-lage-tarieven-parkeergarages.

net als straatparkeren onder de uitoefening van openbaar gezag en moet daarom niet als economische activiteit worden beschouwd, aldus de gemeente Veenendaal. De activiteiten zijn zodanig met elkaar verbonden dat de gemeente de kosten en baten van vergunningparkeren en parkeren op straat mee mag nemen bij de kostendoorberekening in haar parkeertarieven voor slagboomparkeren. Volgens de gemeente was er namelijk sprake van één dienst: het aanbieden van parkeerplaatsen in de gemeente.

Zowel de rechtbank Rotterdam als het CBB gingen niet mee in deze argumentatie.⁴³ In het kort: anders dan het bij wege van overheidsprerogatief reguleren van parkeren op straat, is het parkeren op gemeentelijke parkeerterreinen en in gemeentelijke parkeergarages die zijn afgesloten met een slagboom een economische activiteit. Deze activiteiten kunnen en worden immers ook verricht door private partijen. Er is ook geen onlosmakelijke samenhang tussen de regulering van parkeren op straat en het exploiteren van een parkeergarage en parkeerterrein. Om die reden moet de gemeente de kosten en baten voor parkeren op straat buiten beschouwing laten bij de berekening van de tarieven voor parkeren in de parkeergarages en op parkeerterreinen. Anders zou zij haar economische activiteiten financieren met publieke middelen en daarmee het gelijke speelveld met het bedrijfsleven verstoren.

3. Overzicht civielrechtelijke jurisprudentie

Bij de civielrechtelijke jurisprudentie dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de zogenoemde follow-on- en stand-alone-zaken. Bij follow-on-zaken vordert de eiser schadevergoeding van de overtreder bij de civiele rechter volgend op een boetebesluit van een mededingingsautoriteit. De eiser hoeft, in tegenstelling tot in stand-alone-zaken, de inbreuk op het mededingingsrecht niet aan te tonen omdat dit reeds uit het boetebesluit volgt. Bij de stand-alone-zaken ontbreekt een dergelijk boetebesluit en dient de eiser de overtreding nog wel aan te tonen. Bij de stand-alone-zaken kan het een beroep op schadevergoeding betreffen. Maar het overgrote deel van de zaken betreft bedrijven die een vermeende overtreding van de Mededingingswet willen stoppen of onder een eigen afspraak proberen uit te komen met een beroep op de Mededingingswet.

3.1. Follow-on-zaken

In eerdere kronieken werd reeds de populariteit van de Nederlandse jurisdictie in geval van schadeclaimvorderingen besproken.⁴⁴ Een van de genoemde redenen was dat de Nederlandse rechter zichzelf snel bevoegd acht. Hier zijn echter ook beperkingen aan. Een uitspraak uit het kroniekjaar illustreert dit.⁴⁵ De procedure is gestart door vier nutsbedrijven uit de Golfstaten tegen zowel Nederlandse als buitenlandse gedaagden. De rechtbank Amsterdam verklaarde zich onbevoegd ten aanzien van de niet-Nederlandse gedaagden. De rechtbank verwierp het argument van de eisers dat de bevoegdheid over de buitenlandse verdachten gebaseerd zou kunnen worden op artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I.⁴⁶ Op basis van dit artikel bestaat er een bevoegdheid indien tussen de vorderingen tegen de verschillende gedaagden een zo nauwe band bestaat, dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting zodat wordt vermeden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven. Volgens de rechtbank bestond er geen voldoende nauw verband tussen de vorderingen tegen de Nederlandse verdachten en de buitenlandse verdachten. Verder oordeelde de rechtbank na een beroep van eisers op het arrest *Skanska* dat dit arrest zich beperkt tot het concept van economische continuïteit.⁴⁷ De rechtbank Amsterdam maakt duidelijk dat het enkele feit dat de Nederlandse ‘ankergedaagden’ dochtermaatschappijen of groepsmaatschappijen zijn van buitenlandse gedaagden, die schuldig zijn bevonden aan een kartelinbreuk, niet volstaat om jurisdictie aan te nemen over die buitenlandse verdachten. De rechtbank sluit met deze uitspraak aan bij haar eerdere jurisprudentie, zoals de uitspraak van 9 mei 2018 (over Heineken en de Griekse dochtermaatschappij Athenian Brewery).⁴⁸ Ook in die zaak verklaarde de rechtbank zichzelf onbevoegd ten aanzien van de buitenlandse onderneming en stelde de rechtbank dat aan de vereisten van artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I niet was voldaan. Het feit dat Heineken de moedermaatschappij was van de buitenlandse gedaagde was niet voldoende om jurisdictie aan te nemen voor Athenian Brewery. In de laatste zaak werd begin 2021 echter anders beslist.⁴⁹ Op 16 februari 2021 vernietigde het gerechtshof Amsterdam het vonnis van de rechtbank en achtte het gerechtshof de rechtbank ook bevoegd voor de vorderingen tegen Athenian Brewery. Er is volgens het gerechtshof voldoende samenhang, omdat Heinekens aansprakelijkheid afhangt van de aansprakelijkheid van Athenian Brewery. De zaak is terugverwezen naar de rechtbank voor inhoudelijke behandeling. Deze recente uitspraak bevestigt het

43 Cbb 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923, AB 2021/153, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn. De beschrijving van de zaak heeft overlap met de beschrijving van de zaak in de genoemde annotatie.

44 Zie bijvoorbeeld de kroniek over 2018.

45 Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5882.

46 HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:204.

47 Zie anders: Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10165. Zie ook de kroniek over 2019.

48 Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3203.

49 Zie hierover: www.stibbe.com/en/news/2021/march/amsterdam-court-of-appeal-accepts-jurisdiction-in-competition-law-damages-case-concerning-greek-bee.

algemene beeld dat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter snel wordt aangenomen.

Een terugkerend thema in de follow-on-zaken is het thema verjaring. In twee zaken kwamen de gerechtshoven tot de conclusie dat de vordering niet verjaard was. Dit in tegenstelling tot het eerdere oordeel van de rechtbank. Zo oordeelde het gerechtshof 's-Hertogenbosch in het spanstaalkartel dat de vorderingen naar Duits recht niet verjaard waren.⁵⁰ De basis hiervoor was gelegen in de opschorting van de toepasselijke verjaringstermijnen op grond van artikel 33 lid 5 van de Duitse Mededingingswet (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)) voor de duur van het onderzoek van de Europese Commissie. Aansluitend bij Duitse jurisprudentie uit 2018 oordeelt het gerechtshof dat dit artikel met terugwerkende kracht kan worden toegepast op schadeclaims met betrekking tot voor juli 2005 (datum inwerkingtreding artikel 33 lid 5 GWB) geleden schade.⁵¹ De procedure wordt vervolgd met een inhoudelijke beoordeling van de vorderingen. De andere zaak waarin verjaring een relevant thema was, is de zaak van het natriumchloraatkartel.⁵² Het gerechtshof Amsterdam is het niet eens met de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 10 mei 2017 ten aanzien van de wettelijke verjaringstermijnen en is van mening dat de vorderingen van Cartel Damages Claims (CDC) niet verjaard zijn onder de Spaanse, Finse en Zweedse wetgeving. De zaak wordt terugverwezen naar de rechtbank, die de vorderingen van eiser CDC op de merites zal beoordelen. Om tot dit oordeel te komen leunt het gerechtshof in zijn uitspraak op het Europese *Cogeco*-arrest van 28 maart 2019⁵³ en de gevolgen van het Europese doeltreffendheidsbeginsel.⁵⁴ De Finse en Zweedse verjaringstermijn zijn strijdig met het doeltreffendheidsbeginsel en worden buiten toepassing verklaard. Ook heeft het Europese beginsel consequenties voor de interpretatie van de Spaanse termijn, waardoor de Spaanse termijn pas is gaan lopen nadat de Europese rechter over het boetebesluit van de Europese Commissie heeft geoordeeld. In een kritische reflectie op de uitspraak is reeds de vraag gesteld of deze uitspraak niet een te vergaande toepassing is van het doeltreffendheidsbeginsel en in lijn is met buitenlandse uitspraken.⁵⁵

De uitspraken van het gerechtshof Amsterdam van 10 maart 2020 zien op een heel ander thema, namelijk op de vraag naar de verdeling van bewijslast ten aanzien van de geldigheid van de cessie (de overdracht van de schuldvordering) bij claim vehicles⁵⁶ en de vraag hoeveel

informatie en welke documentatie moet worden verstrekt.⁵⁷ Dit was in het kader van het luchtvrachtkartel in het geschil tussen Stichting Cartel Compensation (SCC (de claim vehicle)) en de luchtvaartmaatschappijen. Volgens het gerechtshof rust de stelplicht en bewijslast dat de luchtvaartmaatschappijen de cessie jegens zich moeten laten werken op SCC. SCC heeft aan haar stelplicht voldaan omdat de akte aan de luchtvaartmaatschappijen is meegegeed en een uittreksel van de akte en titel aan hen is overgelegd (artikel 3:94 lid 4 Burgerlijk Wetboek (BW)). Het is vervolgens aan de luchtvaartmaatschappijen om in hun verweer te beargumenteren dat en waarom de geldigheid van de cessie op redelijke gronden moet worden betwijfeld, aldus het gerechtshof Amsterdam. Ter onderbouwing van bedoelde twijfel is het enkele feit dat zij niet beschikken over alle informatie aan de hand waarvan de geldigheid van de overdracht kan worden vastgesteld onvoldoende. Het gerechtshof verwierpt de gronden van de luchtvaartmaatschappijen, inhoudende dat het fiduciaverbod niet van toepassing is, aan het bepaalbaarheidsvereiste is voldaan en dat de opdrachten naar Nederlands recht onverenigbaar zijn met de openbare orde of goede zeden. Dit is overeenkomstig eerdere uitspraken van de rechtbank.⁵⁸

Tot slot wijs ik graag op een andersoortige zaak. In het kroniekjaar heeft een curator succesvol de bestuurders van een failliete onderneming aansprakelijk gesteld.⁵⁹ Aanleiding hiervoor was een opgelegde kartelboete van enkele miljoenen aan de onderneming door de Europese Commissie. De curator baseerde zijn vordering op de artikelen 2:9 en 6:162 BW met als grondslag een persoonlijk ernstig verwijt bij het maken van kartelafspraken en jarenlange overtreding van het kartelverbod. De rechtbank Noord-Nederland wees de vordering op basis van de onrechtmatige daad af wegens het ontbreken van voldoende causaal verband. De vordering op basis van interne aansprakelijkheid (artikel 2:9 BW) werd echter toegewezen, zij het slechts gedeeltelijk omdat onvoldoende is komen vast te staan dat de volledige schade aan de bestuurder kan worden toegerekend. Het oordeel is echter niet mals. De bestuurder wordt veroordeeld tot het betalen van meer dan € 13 miljoen aan de curator. Hoewel kartels veelal niet bewust worden aangegaan door bestuurders, is deze vorm van mogelijke aansprakelijkheidstelling een extra risico dat in ogenschouw moet worden genomen door bestuurders. Ongetwijfeld zal deze uitspraak voortaan in de compliancetrainingen aan de orde komen.

50 Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:293.

51 BGH 12 juni 2018 - KZR 56/16, ECLI:DE:BGH:2018:120618UKZR56.16.0 (*Grauzementkartel II*).

52 Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194.

53 HvJ EU 28 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:263.

54 Ingevolge het doeltreffendheidsbeginsel mag het nationale procesrecht de uitoefening van aan het Europees recht ontleende rechten niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

55 Zie hierover de Stibbe-blog van Marieke Bredenoord-Spoek en Jeroen Kortmann: www.stibbe.com/en/news/2020/february/limitation-periods-ready-while-you-await.

56 Een claim vehicle is een rechtspersoon die de vorderingen van afnemers van het kartel heeft overgenomen.

57 Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:713 en ECLI:NL:GHAMS:2020:714.

58 In 2017 heeft de rechtbank Amsterdam de uitspraken gewezen waarbij de luchtvaartmaatschappijen de rechtmatigheid van het gebruikte cessiemodel ter discussie stelden. In die zaken werd de rechtsgeldigheid van de cessie betwist door de kartel deelnemer, maar kwam de rechtbank tot de conclusie dat schadevergoedingsvorderingen rechtmatig waren gecedeerd en er geen strijd was met het bepaalbaarheidsvereiste, de openbare orde, de goede zeden of het fiduciaverbod (artikel 3:84 lid 3 BW). Zie hierover de kroniek over 2017.

59 Rb. Noord-Nederland 23 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3292.

3.2. Stand-alone-zaken

Onder de stand-alone-zaken waren er een aantal succesvolle zaken dit jaar. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Overijssel begin 2020 dat een non-concurrentiebeding in een maatschapscontract verderging dan noodzakelijk was en in strijd was met het kartelverbod.⁶⁰ Op basis van dit beding was het de tandartsen uit de maatschap niet toegestaan om binnen tien jaar na vertrek uit de maatschap binnen een straal van vijftien kilometer concurrerende werkzaamheden te verrichten op straffe van een boete van € 2000 per dag.⁶¹ Een ander voorbeeld is de uitspraak van de voorzieningenrechter in een geschil tussen Dromenjager en International Bon Ton Toys (IBTT) over een licentieovereenkomst die het IBTT verbood Woezel & Pip-producten van Dromenjager aan bepaalde retailers zoals Kruidvat te verkopen.⁶² Ook mocht IBTT geen kortingen geven zonder toestemming van Dromenjager en waren kortingen door Dromenjager gemaximeerd. Op verzoek van IBTT oordeelt de voorzieningenrechter dat deze bepalingen strijdig zijn met het kartelverbod en daarom nietig zijn. Deze bepalingen vormen een hardcorebeperking waardoor de Groepsvrijstelling niet van toepassing is.⁶³ De rest van de overeenkomst bleef in stand.

Het overgrote deel van de zaken was echter niet succesvol. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland dat het besluit van de KNVB om het betaald voetbal stop te zetten en geen promotie (van Cambuur en De Graafschap) of degradatie plaats te laten vinden niet in strijd was met het kartelverbod.⁶⁴ Het eenmalig niet kunnen promoveren van Cambuur en De Graafschap leidde niet tot de uitschakeling van de concurrentie. Gelukkig voor Cambuur en alle supporters lukte het de club in 2021 alsnog om te promoveren. Een ander voorbeeld is dat de rechtbank Oost-Brabant oordeelde dat een huisartsengroep niet in strijd handelde met het kartelverbod toen zij een huisarts wegens disfunctioneren toegang tot deze groep weigerden.⁶⁵ Ook bevestigde het gerechtshof Den Haag dat een verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds voor zzp'ers opgelegd door de Nederlandse staat niet strijdig is met het mededingingsrecht.⁶⁶ Dit in lijn met de eerdere uitspraak van de rechtbank Den Haag.⁶⁷

Bij de onsuccesvolle vorderingen is nog steeds de terugkerende lijn dat partijen de vorderingen onvoldoende

stellen en onderbouwen.⁶⁸ De uitspraak van het gerechtshof Amsterdam in het geschil tussen VBO en Funda is hier een goede illustratie van.⁶⁹ Zoals eerder gesteld in een kroniek beschuldigt VBO Funda van het misbruiken van haar economische machtspositie door discriminerende contractvoorwaarden toe te passen op haar onlinehuizenplatform.⁷⁰ Het gerechtshof wijst de vordering van VBO af omdat VBO onvoldoende bewijs heeft overlegd van de negatieve effecten op de concurrentie. Het discriminerende gedrag van Funda levert alleen misbruik op als het een concurrentienadeel voor VBO oplevert of kan veroorzaken ten opzichte van andere handelspartners die actief zijn op dezelfde downstreammarkt, aldus het gerechtshof. Om te bepalen of dit het geval is, had VBO het gerechtshof een beter inzicht moeten verschaffen in de relevante concurrentieparameters, zoals een beschrijving van de betrokken downstreammarkten, de structuur van vraag en aanbod, het bestaan van toetredingsdrempels en andere relevante factoren. Ook de vordering van VBO dat Funda de VBO-makelaars toegang dient te geven tot haar database werd door het gerechtshof afgewezen. Het staat ook een onderneming met een machtspositie in beginsel vrij zelf te bepalen met wie en onder welke voorwaarden zij contracteert. Het betreft bovendien geen *essential facility*, aldus het gerechtshof. Deze uitspraak is in lijn met de uitspraak van de rechtbank Amsterdam uit 2018.⁷¹ Op basis van expertadviezen oordeelde de rechtbank Amsterdam toen dat Funda een machtspositie heeft, maar dat VBO moest aantonen dat 'de discriminerende voorwaarden de neiging hebben gehad de concurrentieverhouding scheef te trekken'. Daartoe was het noodzakelijk de feitelijke of potentiële gevolgen van de gedraging te onderzoeken. Discriminatie alleen is onvoldoende om misbruik vast te stellen. De rechtbank concludeerde dat VBO niet geslaagd was in het aantonen dat de discriminatie met betrekking tot de kosten of de toegang tot de functies van de site de neiging had haar concurrentiepositie te verstoren. De zaak volgt de meer algemene trend waarbij civiele partijen moeite hebben om, na de vaststelling van een machtspositie, aan te tonen dat sprake is van misbruik van deze machtspositie.⁷²

Interessant in dat licht is dat het gerechtshof Amsterdam in de zaak *Buma/Stemra* een verzwaarde motiveringsplicht aannam voor Buma/Stemra.⁷³ Volgens het gerechtshof is er sprake van een geval waarin feitelijke gegevens die aanknopingspunten kunnen bieden voor eventuele bewijslevering door ABMD, wel beschikbaar zijn, of ge-

60 Rb. Overijssel 20 maart 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1242.

61 Het is de vraag of deze uitkomst juist is. Zo verwijst de voorzieningenrechter naar de mededeling van de Europese Commissie over nevenrestricties waarin een non-concurrentiebeding van maximaal drie jaar gerechtvaardigd wordt geacht, maar deze ziet niet op deze situatie.

62 Rb. Amsterdam 8 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4908.

63 In deze zaak stelde het gerechtshof Amsterdam dat een marktplaatsverbod geen hardcorebeperking betreft en dus is toegestaan.

64 Rb. Midden-Nederland 14 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1851.

65 Rb. Oost-Brabant 31 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:619; Rb. Midden-Nederland 14 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1851.

66 Hof Den Haag 22 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2384.

67 Rb. Den Haag 30 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:702.

68 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 26 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1604; Rb. Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:2685.

69 Hof Amsterdam 26 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1337.

70 Zie hierover de kroniek over 2018.

71 Rb. Amsterdam 21 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1654.

72 Zie hierover de kroniek over 2018 en 2019.

73 Hof Amsterdam 15 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2583.

acht kunnen worden beschikbaar te zijn, voor Buma/Stemra maar niet voor ABMD. Dit betreft onder meer gegevens omtrent de precieze rol, bevoegdheden en beleidsregels van Buma en Stemra en de feitelijke uitoefening c.q. uitvoering daarvan ten aanzien van de licentiëring en de handhaving op de markt(en) waarop de ABMD-leden en de streamingdiensten actief zijn, een en ander in relatie tot enig(e) aan hen toekomend(e) wettelijk(e) monopolie- of feitelijke machtspositie en de wijze waarop Buma en Stemra daarbij samenwerken. Het gerechtshof is van oordeel dat van Buma/Stemra in het kader van de gehoudenheid tot onderbouwing van haar verweer kan worden verwacht dat zij deze feitelijke gegevens aan ABMD verstrekt om ABMD aanknopingspunten te bieden voor hun eventuele bewijslevering. Het toepassen van de verzwaarde motiveringsplicht is een uitzondering op de hoofdregel van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat wie stelt ook moet bewijzen. In de rechtspraak wordt dit in bijzondere omstandigheden toegepast. Vaak betreft het aansprakelijkstelling van artsen, banken, wegbeheerders en notarissen waarbij de aangesprokene de informatie heeft waar eiser niet aan kan komen, maar wel nodig heeft ter onderbouwing van de vordering. Het is de vraag of de constructie van de verzwaarde motiveringsplicht bedoeld is voor mededingingsrechtelijke gevallen. Het is in ieder geval een uniek arrest in de mededingingsrechtelijke praktijk.

4. Conclusies en afsluitende opmerkingen

De uitspraken uit het kroniekjaar illustreren dat het mededingingsrecht een rechtsgebied is dat continu in beweging is. De redenen hiervoor zijn natuurlijk veelzijdig, maar één daarvan is dat de gebruikte concepten interpretabel zijn en men van mening kan verschillen over hoe die concepten moeten worden toegepast in een concreet geval.⁷⁴ Het feit dat veel discussie en verschil van inzicht en toepassing mogelijk is, wordt goed geïllustreerd door

de uitspraken uit het kroniekjaar. Herhaaldelijk vernietigden het CBB in geval van publiekrechtelijke uitspraken en de gerechtshoven in het geval van privaatrechtelijke uitspraken de uitspraken van de rechtbanken. Het feit dat de concepten bediscussieerbaar zijn, is gedeeltelijk ook de reden dat het rechtsgebied zo aantrekkelijk is voor academici en praktijkjuristen. Keerzijde daarvan is echter dat dit tot onzekerheid leidt voor procespartijen en bedrijven in het algemeen.

Ook het beleid van de ACM en de Europese Commissie leiden ertoe dat het mededingingsrecht in beweging is. Een voorbeeld daarvan uit het kroniekjaar is de Leidraad duurzaamheidsafspraken van de ACM.⁷⁵ Zoals vorig jaar werd voorspeld in de kroniek, wordt de relatie tussen het mededingingsrecht en duurzaamheid steeds belangrijker. De ACM erkent dit en heeft daarom de Leidraad duurzaamheidsafspraken opgesteld.⁷⁶ Op basis hiervan zal meer samenwerking worden toegestaan indien die samenwerking ziet op verduurzaming. De Leidraad past binnen de algemene trend van de ACM om te bezien waar meer ruimte kan worden gegeven. Een ander voorbeeld zijn de tariefafspraken voor zpp'ers.⁷⁷ Deze voorbeelden geven een boost aan de ontwikkelingen binnen het mededingingsrecht. In de toekomstige kronieken zal hier zonder twijfel over worden gerapporteerd.

Verder is de verwachting dat we in de komende jaren weer meer uitspraken over kartelboetes zullen zien. Zoals benoemd, in 2020 is een boete van € 82 miljoen opgelegd aan vier sigarettenfabrikanten. Daarnaast zijn er boetes opgelegd aan dakbedekkers en bouwbedrijven en heeft de ACM andere onderzoeken aangekondigd zoals een onderzoek naar een mogelijk kartel van leveranciers in de woninginrichtingsector.⁷⁸ Het is dus wachten op nieuwe beroepen en nieuwe uitspraken. Ook op het gebied van de civiele rechtspraak zijn de nodige ontwikkelingen te verwachten, zoals de ontwikkelingen in het spanstaalkartel en het natriumchloraatkartel. Waarschijnlijk zijn de TenneT-zaken dan ook weer terug van weggevoerd. We wachten het af. Tot in 2022, hopelijk zonder corona-omstandigheden.

⁷⁴ Zie hierover ook dissertatie Outhuijse 2019.

⁷⁵ Zie: www.acm.nl/nl/publicaties/vuistregels-duurzaamheidsclaims-definitief-basis-voor-handhaving. Zie hierover ook J. Blockx, 'Duurzaamheidsafspraken en mededinging: stand van zaken aan de hand van de Concept Leidraad van de ACM', *SEW* 2021, afl. 2, p. 49-56.

⁷⁶ Zie www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-duurzaamheidsafspraken-gereed-voor-verdere-europese-afstemming www.acm.nl/nl/publicaties/notitie-resultaten-consultatie-leidraad-duurzaamheidsafspraken.

⁷⁷ www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/zzpers/zzpers-mogen-in-sommige-gevallen-wel-tariefafspraken-maken. Zie voor nog een ander voorbeeld: www.acm.nl/nl/publicaties/meer-notarissen-mogen-erfpachtakten-amsterdam-afsluiten?utm_source=nieuwsbrief&utm_medium=email.

⁷⁸ Zie: www.acm.nl/nl/publicaties/acm-onderzoekt-inkoopkartel-herbruikbare-afvalstoffen; www.acm.nl/nl/publicaties/dakbedekkers-beoet-voor-concurrentievervalsing-bij-aanbesteding; www.acm.nl/nl/publicaties/boetes-voor-dakbedekkers-voor-concurrentievervalsing-bij-aanbesteding-blijven-stand; www.acm.nl/nl/publicaties/acm-beoet-vier-bouwbedrijven-voor-verboden-afspraken-rond-aanbestedingen-gemeente-amsterdam; www.acm.nl/nl/publicaties/acm-mag-boetebesluit-publiceren; www.acm.nl/nl/publicaties/acm-onderzoekt-mogelijk-kartel-woninginrichting-sector.