

# Kroniek mededingingsrecht

Rein Wesseling & Simone Evans<sup>1</sup>

Wat de gevolgen van de coronacrisis zullen zijn voor de samenleving, de economie en – laat staan – het mededingingsbeleid laat zich op het moment van de totstandkoming van deze kroniek niet voorspellen. Wel stond al vast dat het mededingingsrecht zal worden herijkt op basis van de fundamentele uitdagingen die voortvloeien uit zich ontwikkelende ideeën over het belang van industriepolitiek, klimaatverandering en de positie van tech-ondernemingen en de platforms die zij exploiteren. Het gaat te ver te stellen dat het mededingingsrecht vernietigd moet worden om de mededingingsrechtelijke doelstellingen en uitgangspunten te redden. Maar mededingingsautoriteiten die halsstarrig vasthouden aan in de afgelopen 10-20 jaar ontwikkelde dogma's lopen het gevaar irrelevant en ineffectief te worden. De trend waarin mededingingsautoriteiten water in de mededingingsrechtelijke wijn doen en meer ruimte zoeken voor interventie om consumenten-belangen en andere belangen (klimaat en mogelijk zelfs Europese geo-economische) rechtstreeks te beschermen was in de kroniekperiode al zichtbaar.

In een tijd waarin de mededingingsautoriteiten over elkaar heen buitelen om tijdelijke vrijstellingen op het kartelverbod af te kondigen zodat ondernemingen gezamenlijk kunnen bijdragen aan het beperken van de gevolgen van de coronacrisis, biedt deze kroniek een overzicht van de reguliere ontwikkelingen in het mededingingsrecht. Interessant genoeg duiden die reguliere en meer structurele ontwikkelingen óók op een relativering van het belang van een puur op efficiëntie en consumentenwelvaart gericht mededingingsrecht. Ten eerste is er een luide roep om meer ruimte voor Europese industriepolitiek. Zoals in de vorige kroniek besproken, zwol die roep aan nadat de Europese Commissie op mededingingsrechtelijke gronden de vorming van enkele voorgenomen Europese kampioenen verbood (zoals Siemens/Alstom op het gebied van de productie van treinen). Ten tweede leiden ontwikkelingen in digitale economie tot twijfel over de effectiviteit van de mededingingsregels. De breed gedragen perceptie is dat (voornamelijk Amerikaanse) 'digitale reuzen' hun digitale platforms exploiteren op een manier die schadelijk is voor concurrenten, aanbieders op die platforms en, met name, consumenten. Vrijwel alle mededingingsautoriteiten hebben studies laten verrichten naar de vraag of het mededingingsrecht instrumenten biedt om niet alleen praktijken tegen te gaan die de mededinging aantoonbaar beperken maar om ook bescherming te bieden tegen gedrag en voorwaarden die de belangen van consumenten, bijvoorbeeld privacy-belangen, *rechtstreeks* schaden. Ten derde wordt in toemende mate de vraag gesteld of de mededingingsregels niet onnodig in de weg staan aan initiatieven van het

bedrijfsleven maatregelen te nemen om klimaatverandering tegen te gaan. Tot voor kort leek dit deel van het mededingingsrechtelijke debat een exclusief Nederlandse aangelegenheid te zijn maar het lijkt er nu op dat de vragen die in Nederland al uitvoerig zijn besproken nu op Europees niveau aan de orde worden gesteld. Los van de coronarelativering van het belang van 'tekstboek'-toepassing van de mededingingsregels wordt de vraag of de huidige Europese mededingingsrechtelijke leer, praktisch en procedures '*fit for purpose*' zijn dus geregeld gesteld. Zij die deze vraag al ontkennend hebben beantwoord, vragen om nieuwe – nationale of Europese – regelgeving die in ieder geval het gedrag van de genoemde platformbedrijven aan banden legt.

## Digitale economie

De online wereld en de digitale economie zijn niet opgedeeld in regionale of nationale blokken maar opereren mondiaal. Zoals de toegevoegde waarde van de door Google, Facebook en Apple aangeboden diensten zich niet beperkt tot één of enkele jurisdicties, zo doen de negatie-

### Auteurs

1. Prof. mr. R. Wesseling is advocaat en mr. S.J.H. Evans is senior professional support lawyer in de praktijkgroep mededinging en regulering van Stibbe. Wesseling is daarnaast hoogleraar mededinging en regulering aan de rechtenfaculteit van de Universiteit van Amsterdam. Deze kroniek

behandelt de ontwikkelingen in het mededingingsrecht in Nederland en de Europese Unie (EU) in de periode tussen 1 maart 2019 en 1 maart 2020. Deze kroniek bespreekt alleen de meest relevante ontwikkelingen en is een selectie. Enkele ontwikkelingen die in maart 2020 plaatsvonden, zijn nog meegenomen in deze kroniek.

ve effecten zich ook overal in min of meer dezelfde mate voor. Er zijn wel uitzonderingen, zo is Amazon pas sinds dit jaar volledig actief in Nederland en verschilt de marktpositie van platforms zoals Alibaba vooralsnog sterk per regio, maar het type problemen dat geassocieerd wordt met het opereren van platforms en meer algemeen 'tech-ondernemingen' is over de gehele wereld min of meer gelijk.

Toezichthouders en regelgevende instanties zijn natuurlijk wél langs nationale en regionale (de EU) lijnen georganiseerd. Ieder van die instellingen wordt geconfronteerd met vragen over de wenselijkheid en toelaatbaarheid van het gedrag van de gigantische ondernemingen die Google, Facebook, Amazon en Apple zijn geworden. De logische roep in iedere jurisdictie om onderzoek naar de positie van tech-ondernemingen en dominante platforms en het effect daarvan op de samenleving leidt daarom tot een vrijwel eindeloze hoeveelheid van vergelijkbare, parallelle onderzoeken. In de kroniekperiode kwamen rapporten uit op verzoek van de EU Commissie, in de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk, Australië en in nog vele andere landen en jurisdicties.<sup>2</sup> Deze studies staan dan nog los van de activiteiten van internationale organisaties, zoals de OESO, die ook analyses maken en beleidsrapporten opstellen, vaak op basis van – ook hier – parallelle nationale rapportages.<sup>3</sup>

### De onderzoeksdichtheid op het gebied van de digitale economie is stevig. De overlap in analyses en voorgestelde reacties en maatregelen is groot

De onderzoeksdichtheid op het gebied van de digitale economie is dus stevig. De overlap in analyses en voorgestelde reacties en maatregelen is groot. Enkele instellingen, waaronder gelukkig ook de ACM, houden hier rekening mee. Zij verrichten geen algemene studies naar al vaak onderzochte fenomenen maar zij richten zich op deelonderwerpen of uiten duidelijke voorkeuren voor beleidsmatige oplossingen en acties. Zo kozen de drie nationale mededingingsautoriteiten uit de Benelux ervoor in een gezamenlijk rapport aan te dringen op het ontwerpen van een instrument dat mededingingsautoriteiten in staat stelt op te treden voordat ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht mededingingsbeperkend gedrag ontwikkelen.<sup>4</sup>

Een voorvraag die in vrijwel alle studies aan de orde is, is of de te onderzoeken aspecten van het marktgedrag van tech-ondernemingen primair vragen van marktordening oproepen en in essentie dus mededingingsrechtelijke onderwerpen zijn. De toegang die Facebook vraagt tot gegevens van gebruikers leidt tot zorgen over privacy van de gebruikers. Zijn dat zorgen die een mededingingsrechtelijke

oplossing verdienen of zijn dat zorgen die zich eigenlijk het beste laten adresseren door privacy-regelgeving en toezicht? En moeten consumenten die door sites kunstmatig het gevoel van schaarste wordt opgedrongen door berichten over de hoeveelheid mensen die tegelijkertijd ook aan het kijken zijn naar het gezochte product (een kledingstuk) of dienst (een hotelkamer), niet in de eerste plaats door het consumentenrecht beschermd worden?

Dit zijn valide vragen. Het mededingingsrecht is zich in de afgelopen decennia vrijwel exclusief gaan richten op gedrag dat tot aantoonbare beperking van de consumentenwelfare leidt. Interventie is doorgaans beperkt tot die gevallen waarin een beperking van het (kwantitatieve) 'consumentensurplus' als gevolg van het gedrag of als gevolg van de voorgenomen fusie kan worden aangenomen of aangetoond. In die benadering is bij de toepassing van de mededingingsregels traditioneel weinig ruimte voor het beschermen van andere consumentenbelangen, zoals privacy of bescherming tegen agressieve verkoopacties. De positie van bijna onvermijdelijke tech-ondernemingen (zoals Google en Facebook) en de dienstverlening door platforms (zoals Booking.com en Amazon) leidt dus onvermijdelijk tot de vraag of de bestaande mededingingsrechtelijke praktijk en doctrine aangepast moeten worden.<sup>5</sup> In de meeste rapporten wordt geconcludeerd dat een fundamentele herbezinning op het analytisch raamwerk niet nodig is maar dat de mogelijkheden die het bestaande raamwerk biedt wel effectiever ten volle benut kunnen en moeten worden. Zoals hieronder wordt besproken, wordt daar vaak de conclusie of aanbeveling aan verbonden de bewijsdrempels bij de toepassing van de mededingingsregels niet onnodig hoog te maken en aanvullende regels te introduceren waaraan exploitanten van voor consumenten quasi-onvermijdelijke platforms (zoals Google en Facebook) zich moeten gaan houden.

Wat is er zo bijzonder aan de markten waarop tech-ondernemingen en platforms opereren? Daar valt veel over te zeggen en dat doen de talloze studies dan ook. Heel kort samengevat, is de conclusie in vrijwel alle rapporten dat het gaat om een combinatie van de volgende factoren. In de eerste plaats worden de markten gekenmerkt door (extreme) netwerkeffecten. Netwerkeffecten bestaan eruit dat geleverde diensten beter geleverd kunnen worden en voor gebruikers meer waard worden naarmate er meer aanbieders en gebruikers zijn. Als alle hotels hun kamers op Booking.com zouden aanbieden dan is dat voor gebruikers ideaal. Als alle mensen Facebook gebruiken, is de aan Facebook toegekende waarde groter dan als een gebruiker slechts een beperkt deel van zijn of haar mogelijke doelgroep bereikt. Doordat ook de waarde van veel van de op platforms geleverde aanverwante diensten – zoals reclame – toeneemt naarmate de gegevens ('data') over gebruikers adequater en uitgebreider zijn, spelen die gegevens een bijzondere rol in de netwerkeffecten. Zie daar de spanning tussen privacybelangen en optimale, geïndividualiseerde dienstverlening door platformondernemingen. Ten tweede bestaan op de (online) tech-markten aanzienlijke schaalvoordelen. De kosten voor het aanbieden van extra 'eenheden' van het product of de dienst zijn uiterst beperkt. En voor de grote tech-platforms zijn de kosten voor het ontwikkelen en aanbieden van nieuwe,

aanpalende diensten doorgaans ook beperkt, in ieder geval ten opzichte van de voordelen die uit die extra diensten, extra gebruikers en dus extra gegevens te behalen zijn. Die extra diensten en het resulterende totaalpakket aan diensten zijn cruciaal in de strijd tussen de tech-ondernemingen om voor consumenten het centrale toegangskanaal (of 'ecosysteem') te worden. Ten slotte zijn ook de kosten voor het bedienen van extra klanten vaak verwaarloosbaar.

Voor een aantal platformen en 'ecosystemen' geldt daarnaast dat de gebruikers tot op zekere hoogte opgesloten zitten ('locked-in') in de dienstverlening van de desbetreffende aanbieder. Gebruikers kunnen wel wisselen van aanbieder of platform maar de kosten en het praktische gedoe dat daarmee samengaat, zijn zo aanzienlijk dat het aantrekkelijker is onwelkom gedrag van de aanbieder voor lief te nemen en dat het gemakkelijker is (alle) aanvullende diensten van de gecontracteerde aanbieder af te nemen in plaats van van een concurrent. Dit geldt dus ook als die concurrent op het gebied van de desbetreffende dienst eigenlijk een aantrekkelijker aanbod heeft. Daar komt nog bij dat de exploitanten van de platforms en de ecosystemen op basis van de door hen verzamelde gegevens zoveel weten van de voorkeuren van klanten dat ruimte ontstaat voor geïndividualiseerde benadering van klanten. Dat is economisch gezien in theorie goed maar dat rationele uitgangspunt verliest aan overtuigingskracht naar mate gebruikers, bijvoorbeeld op basis van geïndividualiseerde prijzen, het gevoel krijgen dat zij niet eerlijk of gelijk behandeld worden.

Het geheel aan economische kenmerken van de tech-sector leidt ertoe dat min of meer automatisch quasi-monopolieposities ontstaan. Google is op het gebied van internet-zoekdiensten een voor de hand liggend voorbeeld; de optimale zoekresultaten trekken gebruikers aan en het enorme aantal gebruikers verbetert de zoekresultaten. De centrale rol aan het beginpunt van de zoektocht

## Het geheel aan economische kenmerken van de tech-sector leidt ertoe dat min of meer automatisch quasi-monopolieposities ontstaan

### Noten

2. J. Crémer, Y.-A. de Montjoye & H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, Brussel: European Commission 2019; J. Furman et al., *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel: An independent report on the state of competition in digital markets, with proposals to boost competition and innovation for the benefit of consumers and businesses*, 2019; Stigler Center, *Digital Platforms, Mar-*

*kets and Democracy: A Path Forward*, Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State at the University of Chicago Booth School of Business 2019; Lear, *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*, document prepared for the Competition and Markets Authority, 2019. Zie ook 'Common Understanding of G7 Competition Authorities on "Competition and the Digital Economy"', [www.autoritedelaconurrence.fr/doc/g7\\_](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/g7_)

stelt Google in staat gebruikers te gidsen. Omgekeerd, is het evident dat Google hierdoor in staat is adverteerders een interessant en vaak superieur aanbod te doen. Dit voorbeeld illustreert waarom een succesvolle onderneming op tech- en platform-markten geregeld de gehele markt of een groot deel ervan veroverd. In de eerdergenoemde studies krijgt dit *winner takes all* (of *winner takes most*)-principe veel aandacht. In toenemende mate is interesse ontstaan in het omslagpunt naar een quasi-monopolie in deze marktdynamiek; het *tipping point*. Vanaf dit *tipping point* zijn concurrentie en toetreding tot de markt door alternatieve aanbieders vaak niet meer goed mogelijk.

Deze constatering leidt tot de vraag of er een manier is om ervoor te zorgen dat de voordelen van grote platforms behouden blijven, zonder dat er één allesoverheersende en onvermijdelijke aanbieder ontstaat? Het antwoord op die vraag is nog niet gevonden. In de tussentijd is het een gegeven dat ten minste een aantal van de tech-giganten fungeert als 'poortwachter' tot de digitale economie, zoals het in de Initiatiefnota van het Tweede Kamerlid Verhoeven wordt genoemd.<sup>6</sup> Onderzoek van de Duitse mededingingsautoriteit impliceerde dat Facebook een dergelijke rol kan vervullen nu een zeer groot deel van de gebruikers van sociale media via Facebook toegang krijgt tot internetdiensten. Verhoeven pleit voor aanpassing van de Europese en Nederlandse mededingingsregels zodat mededingingsautoriteiten gemakkelijker de maatregelen kunnen nemen die nodig zijn om misbruik van de poortwachtersfunctie tegen te gaan. De Duitse mededingingsautoriteit constateerde dat Facebook alleen gebruikt kan worden op basis van het ter beschikking stellen van extreem veel persoonlijke gegevens. Daarnaast doet Verhoeven specifieke voorstellen met betrekking tot de eigendom, het beheer van en de toegang tot door internet- en technologiebedrijven verzamelde gegevens. Data moeten volgens hem worden aangemerkt als 'essentiële faciliteit', een mededingingsrechtelijk begrip op basis waarvan toegangsverplichtingen kunnen worden opgelegd. Op die basis zouden ondernemingen bijvoorbeeld toegang tot de door Facebook verzamelde gegevens krijgen. Veel van de voorstellen van Verhoeven waren al onderdeel van het beoogde beleid van de Nederlandse regering – bijvoorbeeld op het gebied van spelregels voor platforms – en zij passen in de benadering die de ACM voorstaat – bijvoorbeeld op het gebied van de wenselijkheid van de hiervoor genoemde 'ex ante' instrumenten. Net als veel van de op verzoek van mededingingsautoriteiten verrichte studies merkt Verhoeven op dat de rol die

[common\\_understanding.pdf](#); Australian Competition & Consumer Commission, *Final Report Digital Platforms Inquiry*, 2019, *Contribution of the Autorité de la concurrence to the debate on competition policy and digital challenges*, 2020; Bundeskartellamt, *Consumer rights and comparison websites: Need for action*, 2019; M. Schallbruch, H. Schweitzer & A. Wambach, *A new competition framework for the digital economy*, 2019.

3. Zie bijv. OECD, *Implications of E-commerce for Competition Policy*, 2018.

4. *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world*, 10 oktober 2019.

5. *Crémer Report EU Commissie*, hoofdstuk 3.

6. Initiatiefnota van het Kamerlid Verhoeven over mededinging in de digitale economie, *Kamerstukken* 35134.

het afbakenen van 'de relevante markt' doorgaans in mededingingsprocedures speelt, in de onderzoeken naar gedragingen van tech-ondernemingen niet behulpzaam is. Zoals hiervoor besproken, vloeit het uit de werking van tech- en online-markten voort dat een centrale positie op de ene 'relevante markt' gemakkelijk kan worden ingezet op een andere markt. Het is daardoor goed denkbaar dat een onderneming die nog vrijwel geen marktaandeel heeft verworven op die andere markt in korte tijd kan komen tot het 'tipping point' en zo die 'markt' kan monopoliseren, zonder ooit voldaan te hebben aan de in de rechtspraak ontwikkelde voorwaarden voor het hebben van een economische machtspositie op een relevante markt.

Al met al lijken de regelgevers en mededingingsautoriteiten zich met voorrang te willen gaan richten op de hiernavolgende aspecten van het gedrag van tech- en platform-ondernemingen. De autoriteiten zullen met meer aandacht kijken naar de rol van gegevens (data) in voorgenomen fusies en overnames. De trend is al zichtbaar dat mededingingsautoriteiten, ook als platform-ondernemingen (nog) niet een centrale of onvermijdelijke positie innemen, toch als voorwaarde voor goedkeuring van voorgenomen fusies de eis stellen dat de gefuseerde entiteit (concurrerende) dienstverleners op redelijke voorwaarden toegang zal bieden tot het platform en dat op redelijke en werkbare voorwaarden toegang zal worden gegeven tot verzamelde gegevens.<sup>7</sup> Ook willen mededingingsautoriteiten verscherpt kunnen kijken naar mogelijke 'killer acquisitions'. Dat zijn overnames van kleine ondernemingen met grote potentie (denk aan 'start ups') die grote ondernemingen doen, in de tech-sector maar bijvoorbeeld ook in de farmaceutische sector, waarmee te verwachten concurrentie van die ondernemingen in de kiem wordt gesmoord. Soms leidt een dergelijke transactie ertoe dat de diensten of producten van de overnameprooi de markt nooit bereiken. Soms leidt die ertoe dat de succesvolle nieuwe dienst of het innovatieve product wordt toegevoegd aan het al vrijwel onvermijdelijke superieure aanbod van de onderneming met een centrale positie. Beide scenario's zijn vaak niet bevorderend voor de mededinging maar het gaat uiteraard te ver hiervoor al te algemene regels op te stellen. Het kan voor consumenten en andere gebruikers van platforms immers juist grote toegevoegde waarde hebben als diensten gezamenlijk kunnen worden geleverd en afgenomen. Ook kan het voor het succes van 'start ups' cruciaal zijn te kunnen profiteren van de financiële, technische of commerciële slagkracht van een grote, gevestigde investeerder.

Het ligt ook in de rede dat regels zullen worden opgesteld voor het gedrag van platformondernemingen, met name wat betreft beheer en toegang tot door de

platformexploitant verzamelde gegevens (zie hiervoor) en de verhouding tussen de diensten en producten die platformondernemingen op het eigen platform aanbieden en de diensten die op dat platform worden aangeboden door concurrerende dienstverleners. De situaties waarin platformondernemingen voorrang lijken te geven aan het aanbieden van de eigen diensten boven die van – soms superieure – diensten van concurrerende aanbieders zijn nu al te talrijk om erop te kunnen vertrouwen dat handhaving van de mededingingsregels 'achteraf' op basis van de reguliere mededingingsregels voldoende zal zijn om structureel negatieve effecten op de mededinging (als gevolg van de genoemde omslagpunten) te voorkomen.<sup>8</sup> De Europese Commissie zet in op de introductie van een dergelijk 'ex ante' handhavingsinstrument als onderdeel van een veel bredere Europese digitale agenda.<sup>9</sup>

In de tussentijd zoeken mededingingsautoriteiten naar procedurele middelen binnen het bestaande handhavingsinstrumentarium om effectief en snel te kunnen reageren op gedragingen en ontwikkelingen in de digitale economie. De Europese Commissie heeft in de kroniekperiode voor het eerst in bijna twintig jaar voorlopige maatregelen opgelegd. De Commissie verplichtte Broadcom, een fabrikant van onder meer chips in modems en televisieontvangsttoestellen, een einde te maken aan ogenschijnlijke klassieke exclusiviteitsafspraken.<sup>10</sup> Ondernemingen met een economische machtspositie mogen dergelijke afspraken niet maken en de Europese Commissie vermoedt dat Broadcom op de desbetreffende markten een machtspositie heeft. In plaats van te wachten op afronding van een volledig onderzoek, dat jaren kan duren, greep de Commissie daarom in. De traditionele benadering met een uitpuddend onderzoek en na afloop een boete en het gebod de overtreding te staken, voorkomt immers niet dat het mededingingsprobleem zich in de tussentijd permanent op de markt heeft gevestigd; de 'operatie geslaagd, patiënt overleden'-uitkomst.

### Fusiecontrole

Zoals gezien, kan in fusiecontroleprocedures spanning ontstaan tussen de bescherming van het concurrentieproces en andere beleidsdoelen, waaronder industriepolitiek. Net als bij het verbieden van de fusie tussen Siemens/Alstom<sup>11</sup> bleef de Europese Commissie bij het onderzoek naar de voorgenomen joint venture tussen Tatasteel en ThyssenKrupp onbewogen onder de luide kreten om Europese kampioenen. Zij verbood de joint venture omdat partijen er niet in slaagden remedies aan te bieden die de verwachte staalprijsstijgingen effectief zouden kunnen bezweren.<sup>12</sup> De beweerde concurrentiedruk door staalimport vanuit Azië overtuigde de Commissie niet vanwege de lange leveringstijden, lagere kwaliteit en onduidelijke leveringszekerheid.<sup>13</sup> Dat wil niet zeggen dat de Commissie geen oog heeft voor wereldwijde handelsstromen maar alleen dat voor het bestaan daarvan en de effecten op het concurrentieproces in Europa overtuigend bewijs moet worden aangeleverd tijdens het meldingsproces.<sup>14</sup>

De roep om bescherming tegen 'buitenlandse dreigingen' lijkt overigens niet geheel aan dovemansoren gericht. Zo is de Commissie van plan de EU Verordening over screening van buitenlandse investeringen verder aan

**De autoriteiten zullen met meer aandacht kijken naar de rol van gegevens (data) in voorgenomen fusies en overnames**

## Het zou mooi zijn als de expliciete en duidelijke scheiding tussen de weging van mededingingsrechtelijke belangen door de ACM en andere belangen door ‘de politiek’ als voorbeeld gaat gelden bij toekomstige vergelijkbare afwegingen tussen het belang bij effectieve mededinging en andere (publieke) belangen

te scherpen<sup>15</sup> en werkt zij aan een *White Paper* om de mogelijke marktverstorende effecten van derdelandse subsidies in toom te kunnen houden.<sup>16</sup> Iets waarvoor het Nederlandse kabinet zich ook hard maakt.<sup>17</sup> Het liefst met behulp van de toevoeging van een nieuwe tak aan het EU mededingingsrecht zodat handhavingsmaatregelen kunnen worden getroffen zodra een onderneming de markt verstoort door overheidssteun of overwinsten vanuit een ongereguleerde machtspositie in het derde land. Daarnaast is er in Nederland een wetsvoorstel aanhangig dat een investeringstoets voor overnames in de telecomsector introduceert ter bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde.<sup>18</sup>

Naast deze mogelijke beschermingsconstructies tegen ‘gevaaren van buitenaf’ gebruikte de Staatssecretaris van Economische Zaken in deze kroniekperiode voor het eerst de sinds 1998 bestaande mogelijkheid een algemeen (binnenlands) belang te beschermen. De ACM had eerder besloten geen vergunning te verlenen voor de overname van Sandd door PostNL vanwege de negatieve gevolgen voor de mededinging, waaronder een mogelijke prijsverhoging van 30-40% voor zakelijke post. De staatssecretaris stond de overname vervolgens wel toe om redenen van algemeen belang. Volgens de staatssecretaris leidde het samengaan van de twee postbedrijven onder meer tot een goede postdienstverlening en betere bescherming van werknemers.<sup>19</sup> Het zou mooi zijn als de expliciete en duidelijke scheiding tussen de weging van mededingingsrechtelijke belangen door de ACM en andere belangen door ‘de politiek’ als voorbeeld gaat gelden bij toekomstige vergelijkbare afwegingen tussen het belang bij effectieve mededinging en andere (publieke) belangen. Het is in dit verband interessant dat de ACM heeft aangekondigd de

effecten van fusies en overnames op de arbeidsmarkten (voor werknemers en zzp'ers) in fusiecontroleprocedures te gaan beoordelen.<sup>20</sup>

### *Gun jumping*

Het verbod op ‘gun jumping’ bleef ook in deze kroniekperiode de gemoederen bezighouden. Volgens de Europese fusiecontroleregels moet een concentratie die aan de meldingsdrempels voldoet: (i) bij de Commissie worden aangemeld vóór de totstandbrenging ervan (de ‘meldingsplicht’) en (ii) niet tot stand worden gebracht totdat de Commissie goedkeuring heeft verleend (de ‘standstill-verplichting’).<sup>21</sup> Canon kreeg een boete van € 28 miljoen opgelegd wegens overtreding van deze verplichtingen (‘gun jumping’).<sup>22</sup> Canon nam Toshiba Medical Systems Corporation (TMSC) over via een tweestaps ‘warehousing’-constructie. In de eerste stap kocht een ‘special purpose vehicle’<sup>23</sup> 95% van de aandelen in TMSC voor het luttele bedrag van € 800; terwijl Canon € 5,28 miljard, de volle aankoopprijs voor TMSC, betaalde voor de resterende 5% van de aandelen en een voorwaardelijke aandelenoptie op de overige 95%. In de tweede stap verwierf Canon deze resterende aandelen met het uitoefenen van de aandelenoptie. Deze tweede stap werd pas uitgevoerd nadat de Commissie haar fiat aan de overname gaf. Toch oordeelde de Commissie dat er bij de eerste stap al sprake was geweest van *gun jumping*. Zij verwees daarbij naar de Geconsolideerde Mededeling Bevoegdheidskwesties waarin het (tijdelijk) ‘parkeren’ van een onderneming bij een tussentijdse koper, op basis van een overeenkomst over de toekomstige verkoop van het bedrijf aan een uiteindelijke koper, beschouwd wordt als de eerste stap van één enkele concentratie die de verkrijging van zeggenschap door de

7. Zie bijv. ACM besluit 19/035555, *Sanoma/Iddink* en zaak M.8744 – *Daimler/BMW/Car sharing JV*.

8. AT.40462 (*Amazon Marketplace*) (lopend); 27 juni 2017, AT.39740 (*Google Shopping*).

9. Zie *Shaping Europe's digital future*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Brussel, 19 februari 2020 (COM (2020) 67).

10. 16 oktober 2019, AT.40608 – (*Broadcom*).

11. 6 februari 2019, M.8677 (*Siemens/*

*Alstom*); zie onze eerdere kroniek.

12. 11 juni 2019, M.8713 (*Tata Steel/ThyssenKrupp*).

13. Statement by Commissioner Vestager on the proposed joint venture by Tata Steel and ThyssenKrupp van 11 juni 2019.

14. Speech Vestager, *Defining markets in a new age*, 9 december 2019.

15. Verordening (EU) 2019/452 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie, *PbEU* 2019, L79 I/1. Zie ook *A New Industrial Strategy for Europe*, COM(2020) 102 final van 10 maart 2020.

16. White Paper on an Instrument on

Foreign Subsidies.

17. Kamerbrief over Kabinetsinzet voor het realiseren van een gelijk speelveld op de Europese interne markt voor alle ondernemingen (*level playing field instrument*), 4 december 2019.

18. Wijziging van de Telecommunicatiewet met betrekking tot ongewenste zeggenschap in telecommunicatiepartijen (Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie), *Kamerstukken II* 2018/19, 35153.

19. Kamerbrief, artikel 47-besluit inzake de concentratie van PostNL en Sandd van 27 september 2019.

20. ACM Agenda 2020-2021.

21. Daarnaast kan het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie tijdens het transactieproces ook onder de term ‘gun jumping’ worden gevat. Zie voor meer: S. de Jong, ‘De retoriek van gun-jumping’, *Markt & Mededinging* 2018, nr. 2.

22. 27 juni 2019, M.8179 (*Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*).

23. De aandeelhouders van de *special purpose vehicle* waren drie natuurlijke personen met elk een deelneming van 33,3%. De drie aandeelhouders waren gekozen door Canon, Toshiba en een Japans advocatenkantoor dat optrad als de externe adviseur van de *special purpose vehicle*.

uiteindelijke koper omvat.<sup>24</sup> Volgens de Commissie gold deze redenering ook voor de Canon/TMSC-transactie. De eerste stap in de transactie was van direct functioneel belang voor de totstandbrenging van de verkrijging van zeggenschap door Canon over TMSC en leidde dan ook tot een (gedeeltelijke) implementatie van de concentratie. Daarbij achtte de Commissie onder meer van belang dat Canon het economische risico van de gehele transactie droeg en als enige de identiteit van TMSC's uiteindelijke koper kon bepalen. De Commissie legde Canon daarom twee boetes van in totaal € 28 miljoen op: een boete van € 14 miljoen voor overtreding van de meldingsplicht en een boete van € 14 miljoen voor overtreding van de *standstill*-verplichting.<sup>25</sup>

De vraag of dat zomaar kan, twee afzonderlijke boetes opleggen voor (vrijwel) hetzelfde *gun jumping* gedrag, kwam aan de orde in het hoger beroep van Marine Harvest (tegenwoordig Mowi) bij het EU Hof van Justitie.<sup>26</sup> Het Hof was het met het Gerecht eens dat het beginsel 'ne bis in idem' niet van toepassing was op dubbele *gun jumping* beboeting. Dit beginsel beschermt een onderneming tegen opnieuw veroordeeld of vervolgd worden voor gedrag waarvoor zij al bij een eerdere beslissing is bestraft of niet-aansprakelijk is verklaard. Nu beide boetes in dezelfde beschikking door dezelfde autoriteit waren opgelegd, ging dit beginsel volgens het Hof niet op. Daarnaast leverde de dubbele beboeting ook geen schending van het beginsel inzake de samenloop van inbreuken op. Volgens dit beginsel sluit, ingeval een handeling onder meerdere wettelijke bepalingen lijkt te vallen, de primair toepasselijke bepaling alle andere bepalingen uit. Het Hof van Justitie oordeelde dat de EU-Concentratieverordening geen 'primair toepasselijke bepaling' bevat die de toepassing van andere bepalingen van deze verordening uitsluit. Zo bestaat weliswaar een verband tussen de twee *gun jumping*-bepalingen in die zin dat een schending van de meldingsplicht automatisch een schending van de *standstill*-verplichting met zich meebrengt maar is het omgekeerde niet waar: de *standstill*-verplichting kan ook separaat worden geschonden. Daarnaast omvat de meldingsplicht een verplichting tot actief handelen en is de *standstill*-verplichting juist een verplichting om iets niet te doen. Ook is een inbreuk op de meldingsplicht een eenmalige inbreuk, terwijl een inbreuk op de *standstill*-verplichting een continue inbreuk is. De dubbele boete was dus geen *bis in idem*, oordeelde het Hof.

### Andere procedurele fusiecontroleregels

De overige procedurele fusiecontroleregels waren in deze kroniekperiode eveneens een punt van aandacht. Zo werd General Electric (GE) beboet wegens het aanleveren van onjuiste informatie tijdens het meldingsproces.<sup>27</sup> Een derde partij wees de Commissie er gedurende het onderzoek naar de voorgenomen overname van LM Wind op dat GE, anders dan was vermeld in het meldingsformulier, niet alleen een 6 megawatt turbine maar ook een 12 megawatt offshore windturbine aan potentiële klanten aanbood. Een nalatigheid die GE € 52 miljoen kostte. Dit is pas de tweede keer sinds 2004 dat de Commissie een boete uitdeelde voor het verstrekken van onjuiste informatie.<sup>28</sup> Een derde boete laat misschien niet lang op zich wachten. De Commissie doet momenteel onderzoek naar onjuiste

informatieverstrekking tijdens het onderzoek naar de overname van Sigma-Aldrich door Merck. Via (wederom) een derde partij kreeg de Commissie hoogte van een innovatieproject dat, had zij er eerder van geweten, onderdeel zou zijn geweest van het afstotingspakket vereist voor goedkeuring van de overname. Het controleren van de volledigheid en juistheid van de aan de Commissie verstrekte informatie gedurende het gehele fusiecontroleproces lijkt dan ook geen overbodige luxe. Een noodzaak die soms zelfs nog doorwerkt nadat de begeerde goedkeuring is ontvangen. Zo onderzoekt de Commissie op dit moment of Telefónica Deutschland een van de verbintenissen, toegezegd in het kader van de E-Plus overname, afdoende nakwam.<sup>29</sup>

## De 'offline'-toepassing van het mededingingsrecht

### Kartelverbod

Ondanks de luide roep voor digitale hervormingen verslapte de Commissie's aandacht voor het 'offline'-mededingingsrecht niet. Er was een stijging in de door de Commissie opgelegde kartelboetes te bemerken: van iets meer dan € 800 miljoen boete in 2018 naar bijna € 1,5 miljard boete in 2019. Het aantal door de Commissie beboete kartels steeg daarbij eveneens: van vier kartelzaken in 2018 naar vijf kartelzaken in 2019.

Ook bij de ACM steeg het aantal opgelegde mededingingsrechtelijke boetes fors: van € 0 in 2018 naar € 1,84 miljoen in 2019. Dit was geen kartelboete maar een boete wegens belemmering van een ACM-onderzoek. Daarnaast oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) dat de ACM drie executiehandelaren € 120.000 aan immateriële schadevergoeding moet betalen. Het herroepen van de primaire boetebesluiten tegen de executiehandelaren vormde volgens het CBb onvoldoende compensatie voor de aantasting in hun eer en goede naam als gevolg van de totale duur van de procedure die tot herroeping leidde alsook de media-aandacht die er – mede door toedoen van de ACM – voor hun zaak was geweest. Hoewel de ACM wel vaker schadevergoeding dient te betalen – met als record een bedrag van € 4,5 miljoen aan beschuitmerk Bolletje wegens het onterecht verbieden van een concentratie<sup>30</sup> – is de toekenning van immateriële schadevergoeding uitzonderlijk.

### Manoeuvrerruimte

In deze kroniekperiode oordeelde het Hof van Justitie voor het eerst over een *pay for delay*-overeenkomst, dat wil zeggen een overeenkomst tot schikking van een octrooigeschil, waarbij de producent van een generiek geneesmiddel afziet van toetreding tot de markt in ruil voor een financiële vergoeding door de houder van het desbetreffende farmaceutisch octrooi. Zulke overeenkomsten kunnen een gerechtvaardigde manier zijn om octrooigeschillen op te lossen, al kunnen zij tegelijkertijd markttoetreding vertragen; met hogere medicijnprijzen tot gevolg. Het Hof vindt – in navolging van eerdere arresten van het Gerecht<sup>31</sup> – dat dergelijke overeenkomsten mogelijk de strekking hebben de mededinging te beperken. Om te bepalen of er inderdaad sprake is van een strekkingsbeperking dient met name rekening te worden gehouden met (i) de omvang

## Ook de ACM wenste in deze kroniekperiode grotere manoeuvreerruimte te creëren maar dan voor zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers)

van de financiële vergoeding en (ii) de eventuele mededingingsbevorderende gevolgen van de betrokken schikkings-overeenkomst. Het Hof haast zich vervolgens om te zeggen dat deze weging van mededingingsbevorderende gevolgen bij de vaststelling van een strekkingsbeding niet betekent dat op deze basis de omvang van de negatieve effecten moet worden afgezet tegen de omvang van de positieve gevolgen (de zogenaamde *rule of reason*, zoals die in de Verenigde Staten wél maar in Europa niet wordt toegepast). Bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een strekkingsbeperking gaat het er volgens het Hof slechts om de schadelijkheid van de overeenkomst vast te stellen. Het onderscheid met een *rule of reason*-benadering wordt zo wel erg subtiel maar de door het Hof voorgestane uitleg biedt een welkome mogelijkheid de gehele context van een handeling te overzien en in de weging daarvan bij de beantwoording van de vraag of de handeling de strekking heeft de mededinging te beperken, acht te slaan op mogelijke positieve aspecten aan het gedrag.

Ook de ACM wenste in deze kroniekperiode grotere manoeuvreerruimte te creëren maar dan voor zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers). Het aantal zzp'ers is in de loop der jaren enorm gestegen, met name door het groeiend aantal 'platformwerkers'. Zzp'ers zijn geliefd onder opdrachtgevers vanwege hun flexibiliteit en het gebrek aan 'arbeidsrechtelijke verplichtingen'; al leidt deze geliefdheid ook vaak tot lagere uurtarieven ten koste van het bestaansminimum van de zzp'er en tot schijnzelfstandigheid. De ACM publiceerde daarom een leidraad tariefafspraken voor zzp'ers waarin zij de situaties beschrijft waarin zzp'ers tariefafspraken mogen maken zonder mededingingsrechtelijk in de knel te komen. De Commis-

sie doet daar binnenkort wellicht een schepje bovenop: dit jaar wordt een consultatie gestart over de samenwerkingsmogelijkheden voor platformwerkers binnen de mededingingsregels.<sup>32</sup> Daarnaast beloofde de ACM niet op te treden tegen tariefafspraken tussen zzp'ers die hen, vooruitlopend op de door het kabinet aangekondigde regels, op het bestaansminimum brengen.<sup>33</sup>

### De strijd tegen territoriale beperkingen

De strijd tegen territoriale beperkingen woedt ondertussen onverminderd voort. Zo werd een 'klassiek' marktverdelingskartel aangepakt – groenteconservenfabrikanten Coroos en Goupe CECAB kregen een boete van € 31,6 miljoen voor het onderling opdelen van markten en het afspreken van prijzen binnen de EU<sup>34</sup> – maar er werd ook stevig opgetreden tegen beperkingen van parallelhandel in verticale relaties. Ook buiten het toepassingsgebied van de Geoblocking Verordening<sup>35</sup> blijkt daar genoeg te handhaven. Sanrio, eigenaar van onder meer *Hello Kitty*, werd beboet met € 6,2 miljoen voor het beperken van de actieve en passieve (online en offline) grensoverschrijdende verkoop van gelicentieerde merchandise door niet-exclusieve licentienemers.<sup>36</sup> Eenzelfde lot trof NBCUniversal, dat voor het beperken van de grensoverschrijdende verkoop van gelicentieerde merchandise van bijvoorbeeld de *Minions* en *Jurassic World*, een boete van € 14,3 miljoen kreeg.<sup>37</sup> Het beperken van de actieve en passieve verkoop van hotelboekingen, waarbij *tour operators* alleen aan consumenten in specifieke EU-landen hotelaccommodatie mochten aanbieden, leverde hotelketen Meliá een boete van € 6,7 miljoen op.<sup>38</sup> Het einde van deze strijd lijkt nog niet in zicht. Zo lopen de onderzoeken naar de *geo-blocking* praktijken met betrekking tot videogames nog<sup>39</sup> en startte de Commissie onlangs een onderzoek naar mogelijke territoriale verkoopbeperkingen door snackproducent Mondelez.<sup>40</sup>

Naast de genoemde horizontale en verticale varianten pakte de Commissie ook unilateraal opgelegde territoriale beperkingen hard aan. Bierbrouwer AB InBev kreeg een boete van € 200 miljoen wegens het beperken van de parallelhandel in bier. Volgens de Commissie maakte AB InBev misbruik van zijn machtspositie op de Belgische biermarkt door o.a. verpakkingen en etiketteringen zo aan te passen dat het voor supermarkten en groothandelaren

24. Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2008, C 95/1, para.35.

25. Canon heeft beroep ingesteld tegen de Commissie beschikking op 9 september 2019; T-609/19.

26. HvJ EU 4 maart 2020, C-10/18 P (*Mowi*).

27. 8 april 2019, M.8436 (*GE/LM Wind Power*).

28. In 2004 trad Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de 'EU-con-

centratieverordening') in werking.

29. M.9003 (*Telefónica Deutschland/E-Plus*).

30. Persbericht 'Uitspraak CbB in de zaak A.A. ter Beek Continental Bakeries', 26 april 2016.

31. Zie bijv. 12 december 2018, T-691/14 (*Servier*).

32. Timeline for Mergers and Antitrust policy reviews 2019-2022.

33. Persbericht 'ACM: zzp'ers kunnen afspraken maken over minimuminkomen', 23 juli 2019.

34. Persbericht 'Commissie beboet Coroos en Groupe CECAB met € 31,6 miljoen voor deelneming aan kartel inzake groentecon-

serven' van 27 september 2019. Bonduelle ontving boete-immuniteit voor het onthullen van het kartel aan de Commissie. Het onderzoek tegen een vierde bedrijf, Conserve Italia, loopt nog omdat deze er voor koos de standaardprocedure voor kartels te doorlopen in plaats van te schikken.

35. Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2018 inzake de aanpak van onge-rechtvaardigde geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op grond van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt, en tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 2006/2004 en (EU) 2017/2394 en Richtlijn

2009/22/EG.

36. 9 juli 2019, AT.40432 (*Character merchandise*).

37. 30 januari 2020, AT.40433 (*Film merchandise*).

38. 21 februari 2020, AT.40528 (*Meliá*).

39. Persbericht van de Europese Commissie, 'Commissie begint onderzoek naar drie mogelijke gevallen van concurrentieverstorende praktijken in e-commerce', 2 februari 2017.

40. Zie het door Mondelez bij de U.S. Securities and Exchange Commission ingediende form 10-k.

moeilijker werd goedkoper Jupiler in Nederland in te kopen om in te voeren in België.<sup>41</sup> Met dit op een schikking tussen de Commissie en AB InBev gebaseerde besluit gaat voor menig multinationale retailer een wereld van mogelijkheden open voor parallelhandel binnen de EU.

### **Boetekorting in niet-kartel zaken**

De Commissie kende boetekortingen van 15% tot 50% toe in de bovenstaande boetebeschikkingen voor verticale en unilaterale territoriale beperkingen. Om daarvoor in aanmerking te komen zullen bedrijven een formeel aanbod tot medewerking moeten doen waarbij zij de overtreding erkennen en verdergaande medewerking verlenen door bijvoorbeeld het verstrekken van aanvullend bewijsmateriaal, het geven van (extra) toelichting op bewijsmateriaal of door mee te werken bij het vormgeven en het implementeren van remedies.<sup>42</sup> Het openstellen van het clementiebeleid voor verticale beperkingen zou een logische volgende stap kunnen zijn. Zo zijn de toegekende boetekortingen (in sommige gevallen) van vergelijkbare hoogtes. Bovendien heeft de Commissie de mogelijkheid om ook afnemers in dergelijke verticale zaken te beboeten; al heeft zij daar in deze zaken vanaf gezien.

### **Inkoopkartels, inkoopallianties en boeteberekening**

Mededingingsautoriteiten ontwikkelden in deze kroniekperiode een voorliefde voor het bewaken van de (vaak dunne) grens tussen inkoopkartels en inkoopallianties. Binnen een inkoopkartel worden illegale afspraken gemaakt over de te hanteren inkoopprijs, terwijl inkoopallianties met name bedoeld zijn tegenwicht te bieden aan handelspartners om zo lagere prijzen of betere kwaliteit voor producten of diensten te kunnen bedingen ten voordele van de consument.

De ACM is momenteel druk met het onderzoek naar twee mogelijke inkoopkartels. Zo onderzoekt zij of handelaren in de agrarische sector geen onderlinge afspraken hebben gemaakt over de inkooprijzen die zij aan boeren betalen<sup>43</sup> en loopt er een onderzoek naar een potentieel inkoopkartel voor bepaalde herbruikbare afvalstoffen.<sup>44</sup> De Commissie heeft, op haar beurt, nog steeds de inkoop van grondstoffen in de chemische sector onder de loep.<sup>45</sup> Daarnaast is zij een onderzoek gestart naar de inkoopalliantie tussen Casino en Intermarché, waarbij de vraag speelt of de twee supermarktketens het doel van hun inkoopalliantie voorbij zijn geschoten door ook hun prijsbeleid en de uitrol van hun winkelnetwerken op elkaar af te stemmen.<sup>46</sup> Een vraag die voor meer supermarktallianties binnen de EU lijkt te spelen. De Belgische mededingingsautoriteit bekijkt momenteel de collectieve inkoopregeling tussen Carrefour en Provera,<sup>47</sup> terwijl de Franse mededingingsautoriteit nieuwe inkoopallianties in de supermarktbranche nader onderzoekt.<sup>48</sup>

Het berekenen van de boete voor inkoopkartels vergt overigens enige creativiteit van de mededingingsautoriteiten. Bij een 'klassieke' kartelvariant wordt de boeteberekening gebaseerd op de waarde van de verkochte producten die met de inbreuk verband houden. Hoe succesvoller de prijsafspraken, hoe hoger de verkoopwaarde en hoe effectiever het afschrikwekkende effect van de boete. Bij een inkoopkartel gaat deze redenering niet op, aangezien het daar nu juist draait om het verlagen van de inkoop-

prijs. Hoe succesvoller het inkoopkartel, hoe lager de waarde van de inkopen en dus ook hoe lager de boete en het bijbehorende afschrikkende effect. In dergelijke gevallen mag de Commissie volgens de EU-rechters best afwijken van haar eigen Boeterichtsnoeren.<sup>49</sup> Zo oordeelde het Gerecht dat de Commissie bij een inkoopkartel voor afgedankte autoaccu's het boetebedrag – dat gebaseerd was op de waarde van de inkopen – met 10% mocht verhogen voor een afdoende afschrikkend effect.<sup>50</sup> De Commissie dient afwijkingen van de Boeterichtsnoeren echter gedegen te motiveren; iets dat blijkbaar niet altijd even goed gaat. Zo oordeelde het Hof van Justitie dat de Commissie niet had voldaan aan haar motiveringsplicht bij het berekenen van de boete voor Icap.<sup>51</sup> Icap werd verdacht van een faciliterende rol in een rentederivatenvkartel. Een 'kartelfacilitator' genereert vaak geen omzet op de relevante productmarkt waardoor de Commissie zich ook hier op een alternatieve boeteberekeningsmethode moet verlaten. Zij had in dit geval echter nagelaten deze boetemethodologie duidelijk kenbaar te maken zodat het voor Icap niet duidelijk was op welke gegevens de Commissie de boete had gebaseerd.

### **Misbruik van machtspositie**

De ACM ondervond ook deze kroniekperiode dat rechters hoge eisen stellen aan het bewijs op basis waarvan een economische machtspositie wordt vastgesteld. De Rechtbank Rotterdam was niet overtuigd van het bestaan van een economische machtspositie van NS op de markt op het Hoofdrailnet (HRN). NS is tot 1 januari 2025 concessiehouder op het HRN. De vraag of NS zich op deze markt onafhankelijk van haar afnemer (de Staat) of eindgebruikers (consumenten) kan gedragen, had de ACM volgens de rechtbank echter niet zorgvuldig beantwoord. De ACM had onder meer nagelaten te onderzoeken of en, zo ja, hoe de inhoud van de concessievoorwaarden van invloed waren op de mogelijkheid van NS zelfstandig haar marktgedrag te bepalen.<sup>52</sup>

Eenzelfde bewijsprobleem had de ACM bij het vaststellen van gezamenlijke aanmerkelijke marktmacht (AMM) door KPN en VodafoneZiggo in het marktanalysebesluit Wholesale Fixed Access; de toegang voor aanbieders van diensten tot de netwerken van KPN en VodafoneZiggo.<sup>53</sup> Bij gezamenlijke AMM vloeit de marktmacht voort uit stilzwijgende – dus niet expliciete – coördinatie van het marktgedrag tussen aanbieders. Of de uitzonderlijke marktomstandigheden waaronder aanbieders zonder overleg hun individuele marktgedrag toch stilzwijgend

**De ACM ondervond ook deze kroniekperiode dat rechters hoge eisen stellen aan het bewijs op basis waarvan een economische machtspositie wordt vastgesteld**

kunnen coördineren wordt beoordeeld aan de hand van de in Europese rechtspraak ontwikkelde criteria; de zogenaamde Airtours-criteria (naar het arrest van het Hof van Justitie over collectieve dominantie).<sup>54</sup> Dat bleek in dit geval weer een hele toer temeer omdat de door de ACM te onderzoeken prikkels voor het gedrag van KPN en VodafoneZiggo in een situatie zonder respectievelijk met gereuleerde toegang tot de netwerken moeilijk te bepalen zijn maar volgens het CBb wel moeten worden meegewogen bij het beantwoorden van de vraag of de Airtours-criteria zijn vervuld. Daarnaast overtuigde de door de ACM gebruikte speltheorie het CBb er niet van dat de noodzakelijke prikkel bestond tussen KPN en VodafoneZiggo om tot een verstandhouding te komen over toegangsweigeren. Het CBb vernietigde het ACM besluit, waardoor KPN en VodafoneZiggo niet langer verplicht zijn hun netwerk open te stellen aan andere aanbieders.

Beide uitspraken onderstrepen de hoge eisen die worden gesteld aan de zorgvuldigheid, consistentie en logica in de ACM-besluitvorming, binnen maar ook buiten de (punitieve) sanctieprocedures. Iets dat de mededingingsautoriteiten goed in hun oren zouden moeten knopen; ook bij de uitwerking en latere toepassing van de eerder besproken voorgenomen ex ante regulering in de tech-sector.

## Procedureel

De ACM liet deze kroniekperiode meer dan alleen haar tanden zien tijdens een inval: zij beet stevig door met een boete van € 1,84 miljoen voor een onderneming wegens overtreding van de medewerkingsplicht. Een aantal werknemers van de onderneming had, voordat ze hun mobiele telefoons overhandigden, WhatsApp chats gewist. De ACM nam deze vernietiging van mogelijk bewijs hoog op maar verleende desondanks een boetekorting van 20% voor 'verregaande' medewerking. Zo verstrekke de onderneming aanvullende (zelf-incriminerende) bewijsmiddelen en accepteerde zij een vereenvoudigd procesverloop.<sup>55</sup>

Mededingingsautoriteiten mogen de reikwijdte van een inspectiebesluit niet ruimer formuleren dan de aanwijzingen van een vermeende inbreuk waarop zij zich op dat moment kunnen baseren. Dit betekent echter niet, aldus het CBb, dat de ACM haar onderzoeksdoel haarscherp moet opschrijven.<sup>56</sup> De ACM had in een zaak over een vermeend koel- en vrieshuizenkartel het volgende onderzoeksdoel geformuleerd: 'onderzoek naar

*overtreding(en) van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet en/of artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie in de periode vanaf in ieder geval 2004 door (a) ondernemingen die actief zijn op het gebied van de exploitatie van koel- en vrieshuizen en/of de productie en opslag van vruchtensappen en aanverwante producten, en (b) natuurlijke personen die als opdrachtgever dan wel feitelijk leidinggevende betrokken zijn geweest bij deze overtredingen, bestaande uit het verdelen van klanten en afstemmen van offertes en tarieven.*' De Rechtbank Rotterdam vernietigde eerder een aantal boetes wegens verjaring omdat de ACM op basis van dit onderzoeksdoel de vervaltermijn voor het opleggen van een boete met betrekking tot de opslag van vis niet tijdig had gestuit.<sup>57</sup> Het CBb oordeelde echter dat het beschreven onderzoeksdoel ook de opslag van vis in vrieshuizen kon omvatten nu het onderzoeksdoel onder (a) geen beperking in producten bevatte. Deze uitspraak onderstreept weer eens het belang om een afgegeven inspectiebesluit nauwkeurig te bestuderen op niet alleen expliciete maar ook impliciete aanwijzingen. Al zal dat bij een ACM-inval meer giswerk dan maatwerk zijn, nu de ACM de omschrijving van het doel en voorwerp van haar onderzoek redelijk ruim lijkt te mogen formuleren.

## Conclusie

Wat de gevolgen van de coronacrisis zullen zijn voor de samenleving, de economie en – laat staan – het mededingingsbeleid laat zich op het moment van de totstandkoming van deze kroniek niet voorspellen. Wel stond al vast dat het mededingingsrecht zal worden herijkt op basis van de fundamentele uitdagingen die voortvloeien uit zich ontwikkelende ideeën over het belang van industriepolitiek, klimaatverandering en de positie van tech-ondernemingen en de platforms die zij exploiteren. Het gaat te ver te stellen dat het mededingingsrecht vernietigd moet worden om de mededingingsrechtelijke doelstellingen en uitgangspunten te redden. Maar mededingingsautoriteiten die halsstarrig vasthouden aan in de afgelopen 10-20 jaar ontwikkelde dogma's lopen het gevaar irrelevant en ineffectief te worden. De trend waarin mededingingsautoriteiten water in de mededingingsrechtelijke wijn doen en meer ruimte zoeken voor interventie om consumentenbelangen en andere belangen (klimaat en mogelijk zelfs Europese geo-economische) rechtstreeks te beschermen was in de kroniekperiode al zichtbaar. •

41. Persbericht 'Commissie legt AB InBev boete van € 200 miljoen op voor beperken grensoverschrijdende verkoop van bier', 13 mei 2019.

42. European Commission Fact Sheet, Cooperation – FAQ bij 17 december 2018, AT.40428, (Guess).

43. Persbericht 'ACM onderzoekt inkoopkartel in de agrarische sector', 18 november 2019.

44. Persbericht 'ACM onderzoekt inkoopkartel herbruikbare afvalstoffen', 20 februari 2020.

45. Persbericht 'Commission confirms un-

nounced inspections in the styrene monomer purchasing sector', 8 juni 2018 en persbericht 'Commission confirms unannounced inspections in the ethylene purchasing sector', 26 juli 2017.

46. AT.40466 (Alliance Casino & Intermarché).

47. Persbericht 'Het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit bevestigt de huiszoekingen in de sector van de grootdistributie', 20 mei 2019.

48. Persbericht 'L'Autorité de la concurrence renforce ses investigations et ouvre des enquêtes concernant des rapprochements à

l'achat dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire', 16 juli 2018.

49. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, PbEU 2006, C 210/2.

50. 23 mei 2019, T-222/17 (Recylex SA e.a.).

51. 19 juli 2019, C-39/18 P (NEX International Limited e.a.).

52. Rb. Rotterdam 27 juni 2019,

ECLI:NL:RBROT:2019:5089 (NS/ACM).

53. CBb 17 maart 2020,

ECLI:NL:CBb:2020:177 (VodafoneZiggo e.a./ACM).

54. 6 juni 2002, T-342/99 (Airtours).

55. Besluit van 10 december 2019, ACM/19/035612.

56. CBb 14 januari 2020, ECLI:NL:CBb:2020:33 (ACM/(naam)) en CBb 14 januari 2020, ECLI:NL:CBb:2020:34 ((naam)/ACM).

57. Rb. Rotterdam 12 april 2018,

ECLI:NL:RBROT:2018:2777 ((X)/ACM) en

Rb. Rotterdam 12 april 2018,

ECLI:NL:RBROT:2018:2781 ((naam)/ACM).