

Jaaroverzicht mededingingsrecht 1 oktober 2017- 1 oktober 2018

Cees Dekker

4 oktober 2018

Het jaar in cijfers (oktober 2017 – oktober 2018)

| Concentratietoezicht | | | | | |
|---|-----------|-----------|-----------|-----------|--------------------|
| | 2013-2014 | 2014-2015 | 2015-2016 | 2016-2017 | 2017-2018 |
| Verkort besluit | 47 | 74 | 90 | 82 | 89 |
| Ontheffingen art. 40 | | | 4 | 0 | 3 (-1 ingetrokken) |
| Goedkeuring 1 ^e fase (uitgebreid) | 12 | 3 | 2 | 18 | 8 |
| Met voorwaarden | 0 | 0 | 1 | 0 | 1 |
| Vergunning vereist | | | 3 | 1 | 2 |
| Goedkeuring 2 ^e fase | 1 | 3 | 1 | 3 | 0 |
| Waarvan met voorwaarden | 1 | 1 | 0 | 1 | 0 |
| Verbod | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 |
| Totaal | 60 | 81 | 100 | 104 | 100 |

Het jaar in cijfers (oktober 2017 – oktober 2018)

Kartelboetes, misbruik machtspositie, niet melden concentratie (op basis van aantal zaken)

| | 2013-2014 | 2014-2015 | 2015-2016 | 2016-2017 | 2017-2018 |
|---|-----------|-----------|---------------|----------------------------|--|
| Kartels (ook waarin geen boete is opgelegd) | 1 | 2 | 2 (5) | 4 | 0 |
| Overtredingen ivm toezicht/onderzoek | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Niet melden concentratie | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Misbruik machtspositie | 0 | 0 | 1 (afwijzing) | 1(+2)(+1 afwijzing klacht) | 2 afwijzingen wegens gebrek aan prioriteit (+2 b.o.b.) |
| Wijziging boete | 0 | 0 | 2 | 0 | 0 |
| Toezeggingsbesluit (+ intrekking) | 0 | 0 | 1(1) | 0 | 1 |

CONCENTRATIE TOEZICHT

BESTUURSRECHTELIJKE HANDHAVING

CIVIELRECHTELIJKE HANDHAVING

Concentratietoezicht: CZE/St. Anna

- Meeste concurrentiedruk op CZE: MMC, op afstand St. Anna.
 - ACM: Op een na belangrijkste concurrent (St. Anna) valt weg. De facto blijft één concurrent (MMC) over.
- Twee alternatieven voor St. Anna: MMC en Elkerliek.
 - ACM: Het is echter de vraag of de concurrentiedruk die van het MMC en het Elkerliek (en eventueel andere ziekenhuizen) uitgaat voldoende is om partijen na de fusie te disciplineren.
- ACM:
 - fusie leidt tot verslechtering onderhandelingspositie voor zorgverzekeraars
 - St. Anna speelt niet alleen in de onderhandelingen tussen verzekeraars en CZE een rol maar ook in die met MMC.

- Niet gecoördineerde effecten
- Nieuwe theory of harm in zorg?

Concentratietoezicht: Dossche Mills/ Meneba

- Beide actief op gebied van malen van tarwe en verkoop van meel
- productmarkt voor de levering van meel niet nader te onderscheiden naar soorten meel en naar type afnemer
- Mogelijk verschillende markten voor de levering van meel in bulk en levering van meel in zakgoed (kan in het midden blijven)
- Markt minimaal nationaal
- Marktaandeel Dossche Mills/Meneba 40-50%, volgende 6 spelers 5-10%, overige < 5%
- aannemelijk dat er na de concentratie voldoende concurrenten zijn, inclusief buitenlandse maalderijen (groei leveringen vanuit Duitsland verwacht)

Concentratietoezicht: ZorgSaam/Warmande

- Overname Warmande door ZorgSaam (intra- en extramurale ouderenzorg)
- Geografische markt: gemeente Sluis
- Marktaandeel na fusie: verpleeghuiszorg 100%
- Reddingsfusieverweer:
 - ACM concludeert dat Warmande zonder de concentratie op korte termijn van de markt zal verdwijnen.
 - Zou leiden tot dezelfde concurrentiële verhoudingen op de relevante markten waar de ACM mogelijke mededingingsproblemen ziet, als voorzien als gevolg van de voorgenomen concentratie.

Concentratietoezicht: Jumbo/EMTÉ

- Overname 79 EMTÉ supermarkten door Jumbo
- Geen problemen op markt voor inkoop van dagelijkse consumptiegoederen voor afzet via de detailhandel en het aanbieden van franchisediensten op het gebied van supermarkten
- Meer dan 50% marktaandeel zonder relativerende omstandigheden op 3 lokale markten (gebied dat binnen 10 minuten autoreistijd is te bereiken vanaf elk van de winkels van partijen, welk gebied vervolgens is ingeperkt tot de betreffende woonplaats, tenzij er overtuigende argumenten zijn om ook supermarkten in (nabijgelegen) andere woonplaatsen mee te nemen)
- Wijziging melding: verkoop 3 supermarkten
 - geen mededingingsprobleem

Concentratietoezicht: NPM/Malenstein

- Oprichting GO tbv activiteiten Bergman Clinics en Healthcare Clinics (ZBC)
- Ziekenhuizen en ZBC's op zelfde productmarkten actief, maar sprake van een heterogene markt: vanuit perspectief patiënten aanbod van ziekenhuizen en ZBC's niet 1 op 1 uitwisselbaar, (ziekenhuizen een minder direct alternatief voor ZBC's dan ZBC's ten opzichte van elkaar)
- Aannemelijk dat op de relevante zorgverleningsmarkt voor oogheelkunde in de regio Amersfoort mededinging door de concentratie significant kan worden beperkt
- Onderhandelingspositie van zorgverzekeraars verslechtert door de concentratie, met name doordat een voor zorgverzekeraars belangrijke groep verzekerden het van belang acht dat in het polisaanbod de keuze om naar een ZBC te kunnen gaan opgenomen is.

Concentratietoezicht: NPM/Malenstein (II)

- Partijen zijn voor een aantal belangrijke specialismen zoals oogheelkunde en orthopedie de twee grootste spelers met het grootste aantal locaties, die ongeveer de helft van het totale landelijke ZBC aanbod voor hun rekening nemen.
- Door de concentratie lopen de zorgverzekeraars daarom het risico om meer verzekerden te verliezen als partijen een alles of niets strategie tijdens de onderhandelingen inzetten.
- Vergunningsfase: nader onderzoek in hoeverre partijen meest nabije alternatieven zijn voor verzekerden op de polismarkt en hoe aannemelijk het is dat patiënten zullen overstappen van zorgverzekeraar indien één van de bij de concentratie betrokken partijen niet opgenomen is in hun polis. Daarnaast: voldoende concurrentiedruk op partijen in de regio Amersfoort?

Concentratietoezicht: hoger beroep Vodafone/ACM (KPN/Reggeborgh)

- Vodafone blijft belanghebbende na verkoop retailactiviteiten aan T-Mobile
- aan de omvang van verwachte prijsstijgingen na een concentratie kan niet op zichzelf, los van de specifieke (economische) feiten en omstandigheden, conclusie worden verbonden dat deze prijsstijgingen de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zullen belemmeren
- ACM mocht er vanuit gaan dat door de maximumtarieven het mededingingsprobleem van buitensporig hoge prijzen wordt geredieerd

Concentratietoezicht: opheffing vergunningvoorschrift Zeeuwse kranten

- 2000: voorschrift bij overname VNU Dagbladen door Wegener Arcade ➤ verplichting om de onderlinge onafhankelijkheid van de dagbladen PZC en BN/De Stem in Zeeuws-Vlaanderen te waarborgen en te bewerkstelligen dat beide titels in Zeeuws-Vlaanderen verspreid zouden blijven worden
- combinatie van een sterk dalende oplage als gevolg van opzegging van abonnementen en concurrentiedruk vanuit online alternatieven heeft tot gevolg dat DPG geen mogelijkheden heeft om de kwaliteit van de dagbladen te verminderen of de prijzen hiervan te verhogen indien het voorschrift zou worden opgeheven
 - opheffing voorschrift

CONCENTRATIE TOEZICHT

BESTUURSRECHTELIJKE HANDHAVING

CIVIELRECHTELIJKE HANDHAVING

Beslissingen op bezwaar

- NS/misbruik emp bij Limburgse aanbesteding
 - ACM nuanceert kwalificatie *ex ante* zaak: het feit dat het roofgedrag in de onderhavige zaak is gebaseerd op prognoses (opgesteld door NS) onderscheidt onderhavige zaak niet wezenlijk van andere roofprijzaken (*ex post*).

Toezeggingsbesluit KLM-Schiphol

- Overleg Schiphol en KLM over
 - voorzieningen van andere luchtvaartmaatschappijen
 - Positie KLM bij investeringen, luchthaventarieven en marketingbeleid
- Doel: behoud verdeling KLM (+ partners) 70%, overige maatschappijen 30%.
- Mededingingsrisico
- Toezeggingen:
 - geen contact over de beperking van groeimogelijkheden andere luchtvaartmaatschappijen.
 - Schiphol bepaalt zelfstandig investeringen, luchthaventarieven en marketingbeleid. KLM en Schiphol zijn open over eventuele onderlinge contacten en leggen deze vast.
 - geen contact over aanvragen voor bases, lounges of andere specifieke voorzieningen van andere luchtvaartmaatschappijen (tenzij toestemming andere luchtvaartmaatschappij. Schiphol beoordeelt aanvragen van luchtvaartmaatschappijen onafhankelijk.

Vervaltermijn opleggen boete

Rb Rotterdam 12-04-2018

- Stuiting verjaring door handeling van ACM ter verrichting van een onderzoek of procedure met betrekking tot de overtreding (64, lid 2, Mw)
- Overtreding: opslag van vis in vrieshuizen tot 4 juni 2009
- Bedrijfsbezoek 30 oktober 2012: mogelijke overtredingen door ondernemingen die actief zijn op het gebied van de exploitatie van koel- en vrieshuizen en/of de productie en opslag vruchtensappen en aanverwante producten,

Rb:

- In de onderliggende stukken valt geen handeling ter verrichting van het onderzoek of de procedure, aan te wijzen, specifiek gericht op de overtreding op het gebied van de opslag van vis in vrieshuizen

Koelhuizen

Marktafbakening - één enkele voortdurende inbreuk

Rb Rotterdam 12-04-2018

- ACM kon niet zonder nader onderzoek, bijvoorbeeld bij buitenlandse klanten van A of bij in Duitsland of België gevestigde aanbieders, concluderen dat sprake is van een nationale markt. Het besluit is op dit punt in strijd met de artikelen 3:2 en 7:12, lid 1, Awb.
- De bewezen gedragingen kunnen ook hebben plaatsgevonden met het oog op de beoogde samenwerking en/of overname. Gelet hierop, en gelet op het beperkte aantal gedragingen waarvoor ACM bewijs heeft aangedragen, is de rechtbank van oordeel dat hiermee niet is aangetoond dat de handelingen wegens hun gemeenschappelijk doel deel uitmaken van een “totaalplan”.
 - een enkele voortdurende overtreding onvoldoende gemotiveerd
 - Geen bestuurlijke lus

Cover pricing – relevante markt

CBb 12 oktober 2017 (sloopwerken)

- relevante markt voor de beoordeling van *cover-pricing* wordt gevormd door de individuele aanbestedingen,
- mate van gedetailleerdheid van de voor de marktafbakening benodigde marktanalyse afhankelijk van hetgeen wordt vereist voor de beoordeling van de gedragingen die het voorwerp van onderzoek vormen.
- Hoewel prijslenen de mededinging naar zijn aard verstoort, moet er wat de ernst van de overtreding betreft een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen prijslenen en andere, verdergaande vormen van “bid rigging”.
 - Minder ernstig

Coverpricing boetehoogte

CBb 08-05-2018

- Boete opgelegd van € 3 mio (“in verband met het gewicht van de overtreder”)
- Rb heeft verlaagd naar € 2,5 mio
- CBb:
 - niet overtuigend gemotiveerd waarom de omstandigheid dat appellanten eerder zijn beboet voor overtredingen van art. 6 ertoe dwingt dat de boete, gelet op het gewicht van appellanten en de beoogde preventieve werking, in ieder geval hoger dient te zijn dan € 1,5 mio
 - onvoldoende in aanmerking genomen dat de overtredingen die de aanleiding vormen voor de boete, een ander karakter hebben en van een mindere ernst zijn dan de eerder door ACM in het kader van het onderzoek naar de bouwfraude beboete overtredingen
 - Maar wel recidive: basisboete verdubbeld
 - Boete € 463.000,-

Onderzoek inzage gegevens telefoons

Vzr Rb Den Haag 12-11-2017 (bestanden mobiele telefoons)

- Inzien en kopiëren van gegevens op mobiele telefoons
- Geen rechterlijke machtiging nodig
- Digitale Werkwijze bevat voldoende waarborgen
- Wel: claim ter zake niet-zakelijke gegevens wordt beoordeeld door de onderzoeksleider. Kan tot gevolg hebben dat onderzoeksleider kennis neemt van stukken waarvan achteraf komt vast te staan dat hiervoor geen grondslag aanwezig was. Het valt echter op voorhand niet in te schatten in hoeverre dit probleem zich daadwerkelijk voor zal doen. De enkele mogelijkheid dat dit het geval zal zijn is onvoldoende om tot toewijzing van het gevorderde over te gaan, temeer daar in voorkomend geval op dat moment een beroep op de (voorzieningen)rechter kan worden gedaan.

CONCENTRATIE TOEZICHT

BESTUURSRECHTELIJKE HANDHAVING

CIVIELRECHTELIJKE HANDHAVING

Machtspositie – geen misbruik

Rb Amsterdam 21-03-2018 (VBO v. Funda)

- Deskundigenbericht: Funda emp op markt voor huizensites
 - Individuele verkoopmakelaars kunnen niet om funda.nl heen
- Rb tav misbruik
 - nadeel ‘bij de mededinging’, mag niet worden verward met het gewone ‘nadeel’ dat uit de discriminatie zelf voortvloeit voor de ongelijk behandelde handelspartners
 - discriminerende gedragingen ten aanzien van handelspartners vormen niet intrinsiek een concurrentienadeel. Uit de aard van die gedragingen volgt niet automatisch dat een mededingingsverstoring effect kan worden vermoed
 - Slechtere concurrentiepositie VBO door hogere kosten voor funda.nl niet aangetoond. Effectenanalyse levert geen eenduidige aanwijzingen op dat achtergestelde plaatsing op funda.nl effect heeft gehad op concurrentiepositie van NVM-makelaars ten opzichte van niet-NVM makelaars.

Machtspositie

Geen *essential facility*

Rb Noord-Holland 13-06-2018 (Vatfree v. Schiphol)

- Betoog dat Schiphol emp heeft op de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven voor het verlenen van luchthaven-specifieke diensten en de hiervan afgeleide markt voor de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers. Toegang tot de luchthaven is voor de activiteiten van Vatfree een “essential facility”.
- Rb:
 - De emp van Schiphol betreft alleen luchtvaartactiviteiten (opstijgen, landen en parkeren van luchtvaartuigen, de afhandeling en beveiliging van passagiers en hun bagage) en activiteiten die daarmee nauw verbonden zijn zoals de grondafhandeling van vluchten, niet de werkzaamheden van Vatfree die een gemakdienst voor reizigers betreffen.
 - Geen essential facility; aanwezigheid op Schiphol niet noodzakelijk.

Franchise – vpb, nietigheid

Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2018
(franchiseovereenkomsten)

- Verticale prijsbinding
- Beroep op art. 7, lid 2, Mw gaat niet op (verticale overeenkomst)
- Onvoldoende gesteld en bewezen mbt relevante markt zodat marktaandeel niet kan worden bepaald
- Geen nietigheid gehele franchiseovereenkomst

Schadeclaim - schadestaatprocedure

Hof Arnhem-Leeuwarden 29 mei 2018, (ABB v. TenneT)

- Richtlijn bestrijkt temporeel niet het onderhavige geval
- De vaststelling van de schade geschiedt in deze zaak bij gebreke van een Unierechtelijke regeling naar Nederlands recht, met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel
- Doorberekeningsverweer
 - Vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden,
 - Beoordelen welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend

Schadeclaim Rechtsmacht

Rb. Oost-Brabant 29 november 2017 (beeldbuizenkartel)

- Schadevergoedingsactie door Braziliaanse afnemer van Philips en andere leveranciers van CDT's en CPT's.
- Incident: 2 buiten EU gevestigde leveranciers vorderen dat rechtbank zich onbevoegd verklaart, vanwege ontbreken vereiste samenhang tussen de vorderingen die tegen hen en Philips zijn ingesteld.
- LGE Brasil niet in besluit Cie, wel in schikking met CADE. Daarin erkend dat LGE Brasil en Philips hebben meegedaan in wereldwijd kartel.
- Technicolor USA niet in besluit en CADE-schikking. Moeder wel, terwijl Technicolor USA actief was op Braziliaanse markt
- Op grond van het Braziliaanse recht iedere karteldeelneemer civielrechtelijk hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die het kartel heeft toegebracht aan elk van de afnemers
- Vorderingen gegrond op eenzelfde situatie rechtens

Rb. Oost-Brabant 29 november 2017 (beeldbuizenkartel)

- ‘Preliminair verweer’ dat onvoldoende gesteld wordt
- Vordering gebaseerd op Besluit Cie, onderzoeken CADE, schikkingen CADE en Technical Notes CADE (waaruit blijkt dat wereldwijd kartel effecten in Brazilië heeft gehad)
- Vraag of het Besluit van EC dwingend bewijs oplevert van een inbreuk op het Braziliaans mededingingsrecht en/of een onrechtmatige daad naar Braziliaans recht niet relevant.
- Vraag naar de bewijskracht van schikkingen die aantal gedaagden heeft getroffen met CADE niet relevant.
 - Voldoende gesteld

Schadeclaim: verjaring/invloed GWW-kartel op schade

Rb Rotterdam 26-09-2018 (Van Gelder v Shell/Kuwait)

- Van Gelder nam asfalt af van ACR en ACN. ACR en ACN namen bitumen af van Kuwait.
- Shell heeft betrokkenheid erkent in 2004, maar was niet de leverancier van ACR en ACN
- Pas bekendheid met betrokkenheid van Kuwait doet verjaringstermijn ingaan, ook tav andere karteldeelnemers
- Shell hoofdelijk aansprakelijk

- Van Gelder beboet voor deelname GWW-kartel. Van Gelder moet onderbouwen dat GWW-kartel geen invloed heeft gehad op schade
- Ook indirecte schade (mislukte opdrachten)

Schadeclaim

Bevoegdheid Nederlandse rechter

Rb. Amsterdam 09-05-2018 MTB v. Heineken en AB

- MTB daagt Heineken en Heineken dochter AB in Nederland, vanwege misbruik mp door AB in Griekenland
- Aandeelhouderschap (98%), concerndoelstellingen en consolidatie onvoldoende om betrokkenheid van Heineken bij de mededingingsrechtelijke inbreuk van AB aan te nemen
- moedervennootschap op grond van het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip civielrechtelijk niet verplicht tot betaling van schadevergoeding zonder dat haar daadwerkelijke betrokkenheid bij een mededingingsrechtelijke inbreuk is vastgesteld
- Vorderingen niet samenhangend, geen zelfde situatie feitelijk en rechtens
- Nederlandse rechter onbevoegd voor vordering tegen AB



