

156. Misbruik machtspositie en de prioriteiten van ACM: van kartel- naar monopolieparadijs?

MR. D.W.L.A. SCHRIJVERSHOF

ACM heeft bij haar taakuitoefening prioriteiten te stellen, omdat haar middelen en capaciteit beperkt zijn. In haar tweejarige bestaan wist ACM een aantal kartelzaken met boetes af te ronden en in de bres te springen voor de consument. Tegelijk heeft ACM nog geen sancties opgelegd in het kader van misbruik van een economische machtspositie. Niet dat ACM die mogelijkheid niet had, maar omdat zij zaken over misbruik machtspositie 'wegprioriteerde'. Op dit punt vaart ACM geen nieuwe koers want die volgde de NMa ook jarenlang. Wel rijst de vraag welk effect deze koers heeft en risico's dit met zich brengt: voor ondernemingen en consumenten, maar ook voor het toezicht van ACM in (on)gereguleerde sectoren. Kortom, stelt ACM wel de juiste prioriteiten?

ACM twee jaar aan zet

De tweede verjaardag van ACM ging niet onopgemerkt voorbij. Er was geen lofzang. Integendeel er was vanuit binnen- en buitenland kritiek. In binnenland werden vanuit de advocatuur kritische noten gekraakt.¹ ACM zou wel kartelboetes opleggen, maar in gevallen als het leesmappenkartel die tot de 'oude economie' behoren. ACM zou oog voor maatschappelijke ontwikkelingen missen en lastige dossiers uit de weg gaan of daarbij verkeerd oordelen, zoals het verbieden van het plan voor de 'Kip van Morgen'.² Bepaald geen malse kritiek. Tegelijk kreeg ACM vanuit de zorgsector vanuit verschillende richtingen de wind van voren. ACM zou fusies van zorgaanbieders onjuist beoordelen.³ ACM zou 'gewoon' de wet moeten toepassen en bij twijfel dergelijke fusies moeten verbieden.⁴ De NZa deed daarbij ook nog een duit in het zakje. Dit door publiekelijk te stellen dat acht van de dertien ziekenhuisfusies die ACM de afgelopen jaren goedgekeurde, als het aan de NZa lag, verboden hadden moeten worden.⁵ ACM haastte

zich de kritiek op haar toezicht in de zorg te weerspreken.⁶ Niet alleen vanuit het binnenland was er kritiek. Zo gaf de Europese Commissie op 30 april 2015 ACM een tik op de vingers over haar 'marktanalyse ontbundelde toegang' in de telecomsector.⁷ De Commissie uitte grote twijfels over de wijze waarop ACM daarin de markt heeft afgebakend en de wijze waarop zij de machtspositie van KPN daarbij heeft vastgesteld. ACM reageerde bij monde van Henk Don gelijk dezelfde dag: "Wij zijn zeer verrast. We hebben de Commissie het afgelopen jaar steeds intensief op de hoogte gehouden en niet eerder signalen gekregen dat zij zulke problemen zagen."⁸

Focus op horizontale kartels en consumenten(welvaart)

Men zou zowaar de indruk krijgen dat ACM niets goed kan doen. Maar Nederland is toch niet langer een kartelparadijs?⁹ Of toch wel? Chris Fontein pareerde de recente kritiek op het optreden van ACM met de boodschap dat er grote kartelzaken in de pijplijn zitten.¹⁰ Zijn boodschap luidt dat ACM zich vooral richt op horizontale kartels, omdat die leiden tot directe schade

1 NRC 11 april 2015, 'Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek'.

2 Ibid. en ACM, 'Afspraken Kip van Morgen beperken concurrentie', 26 januari 2015.

3 FD 20 april 2015, 'Fusiegolf ziekenhuizen moet tot bezorgdheid leiden en NRC 29 april 2015, 'Toezichthouder ACM zou de wet eens moeten volgen'.

4 Ibid. Over de vraag of deze stelling houdt snijdt, zie D.W.L.A. Schrijvershof, 'ACM: van beschuit tot zorg, (hoe te) meten met twee maten bij fusies met hoge marktaandeelen?', *MP* 2014/86, p. 20-26.

5 NZa, 'Toets bij zorgspecifieke fusietoets op betaalbaarheid en toegankelijkheid', 17 april 2015 en NZa, 'Werking van het zorgstelsel' april 2015, www.nza.nl.

6 Skipr 22 april 2015, 'ACM oneens met kritiek NPCF op fusies'.

7 Europese Commissie, 'European Commission questions Dutch regulator's analysis of the wholesale market for local access to telecom networks', 30 april 2015.

8 ACM, 'ACM bekijkt reactie van Europese Commissie over marktanalyse ontbundelde toegang', 1 mei 2015.

9 NRC 23 januari 2004, 'Nederland was tien jaar geleden nog kartelparadijs'.

10 Juncto, noot 1.

voor de consument.¹¹ Of en in welke mate ACM bij deze zaken succesvol is, zal de toekomst moeten uitwijzen. Wat kunnen wij dan nu wel vaststellen over het optreden van ACM? Als gevolg van het samengaan van de NMa, de OPTA en de Consumentenautoriteit is er bij ACM veel aandacht voor consumenten(welvaart). Zo zijn er vijf trends te ontwaren.

Ten eerste geldt dat ACM geregeld laat zien ‘malafide’ websites aan te pakken. Zo legde ACM een boete van

ACM heeft ook de afgelopen jaren geen boete opgelegd voor misbruik machtspositie.

€ 300.000 op aan World Ticket Center voor onjuiste vermelding van prijzen van tickets en reizen op haar website.¹² Eerder werd Ryanair voor vergelijkbare gedragingen door ACM beboet.¹³

Ten tweede geldt dat ACM geen gelegenheid onbenut laat haar zegeningen te tellen. Een voorbeeld is hoe ACM in februari 2015 haar actie tegen een sportschool wereldkundig maakte: “*Fit for Free past onsportieve voorwaarden aan.*”¹⁴ Een ander voorbeeld is: “*ACM stelt vast dat de bedrijven die de toezichthouder eerder dit jaar heeft gewaarschuwd nu de regels voor het verlengen en opzeggen van abonnementen naleven.*” Dit is het resultaat van de ‘waarschuwingsdag abonnementen’ die ACM in juli 2014 organiseerde.¹⁵ Overigens betreft dit niet steeds originele acties van ACM. Diverse acties werden eerder al in het buitenland verricht. Zo richtte de mededingingsautoriteit in het Verenigd Koninkrijk in 2013 haar pijlen op abonnementsvoorwaarden van sportscholen.¹⁶

Ten derde zoekt ACM de interactie met de consument. Niet alleen bij het bepalen van haar agenda,¹⁷ maar ook door expliciet te melden dat zij vervolg geeft aan klachten van consumenten. Een voorbeeld is: “*ACM waarschuwt voor webwinkel Combiwebshop.*” In dit bericht meldt ACM in vervolg op tientallen meldingen bij ConsuWijzer en eigen onderzoek een redelijk vermoeden te hebben dat Combiwebshop bestelde producten niet levert en daarmee regels van het consumentenrecht overtreedt.¹⁸ ACM zet zich met deze aanpak nadrukkelijk op de kaart bij de consument.

De focus op de consument stopt hier niet. Sterker nog de

consument lijkt zelf ook onderwerp te zijn van het toezicht van ACM. Zo wil ACM door middel van ‘consumerempowerment’ markten in beweging krijgen.¹⁹ Zo wil ACM, ten vierde, echte en denkbeeldige overstapdrempels voor de consument wegnemen, om de consument vervolgens te stimuleren op zoek te gaan naar het beste aanbod.²⁰ ACM doet dit met name op markten waar volgens ACM de concurrentie wel een zetje kan gebruiken, zoals bij energie en zorgverzekeringen.²¹ In dit kader lanceerde ACM voor de energiesector,²² financiële producten²³ en zorgverzekeringen²⁴ speciale websites of zelfs een overstapcoach. ACM faciliteert niet alleen de mogelijkheden om over te stappen, ACM rekent ook voor wat het de consument kan besparen.²⁵

Of deze acties en campagnes ook succesvol zijn, is niet steeds duidelijk. Er waren in 2014 en 2015 in ieder geval niet significant meer overstappers tussen concurrerende verzekeraars dan in voorgaande jaren.²⁶ Niettemin geldt, ten vijfde, dat ACM jaarlijks voorrekenen wat ACM de belastingbetaler oplevert. In 2014 levert ACM de consumenten een bedrag op van in totaal € 1,2 miljard.²⁷ Dankzij ACM hebben consumenten in 2013 in totaal € 1,85 miljard bespaard. Per huishouden komt dat neer op een besparing van € 300.²⁸ Wat ook zij van deze berekeningen, de vraag is of dit nu het volledige plaatje geeft van twee jaar optreden door ACM? Is er niet ook een andere kant van het verhaal? Wat doet ACM met zaken waarbij het effect van het handelen van een mededingingsautoriteit voor de consumenten(welvaart) minder direct zichtbaar is, zoals bij verticale overeenkomsten en misbruik van een economische machtspositie?

Verticale overeenkomsten in een online wereld

Terwijl toezichthouders in andere lidstaten over dit onderwerp studies lieten verrichten en position papers produceerden, zoals in het Verenigd Koninkrijk (2012),²⁹ Duitsland (2013)³⁰ en Oostenrijk (2014),³¹ heerste over dit onderwerp bij ACM radiostilte. Ondertussen volgde er in het buitenland ook diverse onderzoeken ten aanzien van

11 ACM, Speech Chris Fonteijn, ‘Ontwikkelingen mededingingsrecht 2013’, 9 oktober 2013, www.acm.nl.

12 Besluit ACM, 11 december 2014, zaak 14.0949.32, World Ticket Center.

13 Besluit ACM, 20 maart 2013, zaak 878, Ryanair.

14 ACM, ‘Fit for Free past onsportieve voorwaarden aan’, 9 februari 2015.

15 ACM, ‘Gewaarschuwde bedrijven houden zich nu aan regels abonnementen’, 15 december 2014.

16 *The Guardian*, 12 januari 2013, ‘OFT to act on unfair gym membership contracts’.

17 www.acm.nl/nl/organisatie/missie-visie-strategie/acm-agenda-2014-2015/acm-agenda-2014-15/ en <https://denkmeem.nl/uitkomsten/>: “Hieronder vindt u de resultaten van de discussies die wij met u hebben gevoerd over de thema’s op onze Agenda 2014-2015.”

18 ACM, ‘ACM waarschuwt voor webwinkel Combiwebshop’, 3 maart 2015, www.acm.nl.

19 ACM Conference: ‘Mission & Strategy’, 20 juni 2014, zie www.acm.nl/en/about-acm/mission-vision-strategy/2014-acm-conference/.

20 ACM, ‘Overstapdrempels in zorg en energie’, www.denkmeem.acm.nl.

21 Ibid.

22 www.consuwijzer.nl/thema/overstapcoach-energie.

23 www.consuwijzer.nl/nieuws/bespaar-veel-geld-door-te-shoppen-voor-financiele-producten.

24 www.consuwijzer.nl/zorg/zorgverzekeraars/zorgverzekering-kiezen.

25 AD 22 november 2013, ‘ACM: Wissel van energiebedrijf of zorgverzekeraar’.

26 Vektis 18 februari 2015, ‘Ruim 1,1 miljoen verzekerden wisselden per 1 januari 2015 van zorgverzekeraar’. Het percentage ‘overstappers’ ligt nauwelijks hoger dan in 2014.

27 Jaarverslag ACM 2014 en ACM 12 maart 2015, ‘ACM: Het resultaat telt’.

28 Jaarverslag ACM 2013, p. 76.

29 OFT, ‘Can fair prices be unfair? A review of price relationship agreements’, september 2012.

30 Bka, ‘Vertical Restraints in the Internet Economy’, 10 oktober 2013.

31 BWB, ‘Standpunkt zu Vertikalen Preisbindungen’, juli 2014.

dit onderwerp. In september 2014 meldde ACM, mede in het kader van de toenemende belangstelling in Europa, aanleiding te zien haar standpunt over distributieovereenkomsten in de digitale wereld te verduidelijken. ACM kondigde aan voor het einde van het jaar ook met een paper over dit onderwerp te komen.³² Het paper bleef in 2014 uit. Wel lichtte ACM, bij monde van Chris Fonteijn, in december 2014 toe waarom ACM de afgelopen jaren geen aandacht schonk aan verticale overeenkomsten.³³ Tegelijk gaf hij aan dit door de opkomst van internet zou kunnen gaan veranderen en kondigde opnieuw de komst van een paper aan. Ondertussen meldde de Europese Commissie op 25 maart 2015 een sectoronderzoek naar E-commerce te willen starten en op 6 mei 2015 voegde zij de daad bij het woord.³⁴ Op 20 april 2015 publiceerde ACM haar lang verwachte paper 'Het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten'.³⁵ ACM zet daarin uiteen hoe zij, in een wereld die in toenemende mate 'online' is, haar prioriteiten stelt bij haar toezicht op verticale overeenkomsten. Ook daarbij stelt ACM nadrukkelijk de consumenten(welvaart) centraal.³⁶ Het is nog te vroeg om te oordelen welke gevolgen ACM's paper in de praktijk zal hebben. Wel is al duidelijk dat ook zonder ACM's paper zowel ACM als ondernemingen die actief zijn in Nederland te maken kunnen krijgen met de gevolgen van het feit dat elders in Europa onderzoeken worden gestart. Dat volgt bijvoorbeeld uit de gang van zaken ten aanzien van Booking.com. ACM meldde over de onderzoeken naar Booking.com: "ACM was actief betrokken bij het zoeken naar een goede oplossing in de zaken in Frankrijk, Italië en Zweden en de gecoördineerde Europese aanpak. ACM heeft afgezien van een eigen onderzoek in de verwachting dat deze Europese aanpak zou leiden tot het wegnemen van eventuele risico's op de Nederlandse markt."³⁷

Misbruik machtspositie

Misbruik van een machtspositie is, het hanteren van excessieve consumentenprijzen³⁸ of koppelverkoop daargelaten, doorgaans niet direct te koppelen aan de consumenten(welvaart). In 2011 kwam uit een onderzoek naar voren dat Nederland in de Europese Unie al jaren behoort tot de landen met het laagste aantal onderzoeken en sancties op het gebied van misbruik van machtspositie.³⁹

32 Speech Chris Fonteijn bij congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2014, 2 oktober 2014, www.acm.nl.

33 ACM, Speech Chris Fonteijn bij VvM over verticale overeenkomsten, 1 december 2014, www.acm.nl.

34 IP/15/4653, 25 maart 2015 en IP/15/4921, 6 mei 2015.

35 ACM, 'Toezicht ACM op verticale overeenkomsten', 20 april 2015.

36 Ibid.

37 ACM, 'ACM positief over Europese oplossing hotelboekingsite Booking.com', 21 april 2015.

38 Zie bijvoorbeeld Besluit Bundeskartellamt, 4 juni 2012, B 8 – 40/10, Berliner Wasserbetriebe.

39 R. van der Noll e.a., 'An international comparison of the abuse-of dominance Provision. Comparing the number of cases in the Netherlands with ten other jurisdictions', *SEO Economic Research*, Report 2011-63. R. van der Noll & B. Baarsma, 'Is misbruik machtspositie een blinde vlek in het

De jaren die volgden, hebben dat beeld niet veranderd. In 2012 zijn drie klachten van ondernemingen 'weggeprioriteerd'.⁴⁰ Dit was niet anders in 2013. Ook in dat jaar besloot de NMa klachten op grond van misbruik van een economische machtspositie niet in behandeling te nemen vanwege gebrek aan prioriteit.⁴¹ Ook 2014 heeft daarin geen wezenlijke verandering gebracht. Zo heeft ACM in 2014 in geen enkele zaak vastgesteld dat een onderneming misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie. Wel is ACM naar aanleiding van een klacht gekomen tot een toezeggingsbesluit ten aanzien van Buma/Stemra.⁴² Verder heeft ACM onder verwijzing naar haar prioriteringsbeleid enkele klachten afgewezen wegens gebrek aan prioriteit (Filmclub Naaldwijk,⁴³ SBOH⁴⁴ en UPS-systemen),⁴⁵ Kortom, ACM heeft ook de afgelopen jaren geen boete opgelegd voor misbruik machtspositie.⁴⁶

Eenzame positie ACM

Met haar verwaarloosbaar *track-record* op het gebied van misbruik machtspositie neemt ACM in Europees verband al geruime tijd een bijzondere positie in. Zoals hierna wordt toegelicht leggen toezichthouders elders in Europa, in toenemende mate, een andere aanpak dan ACM aan de dag. Daarmee lijkt het verschil tussen Nederland en andere lidstaten op het gebied van handhaving van het verbod op misbruik machtspositie eerder toe- dan af te nemen.

Frankrijk

De afgelopen jaren werd door de Franse mededingingsautoriteit een aanzienlijk groter aantal zaken op het gebied van misbruik machtspositie onderzocht.⁴⁷ Die aanpak werd in 2014 voortgezet. Weliswaar wees de Franse mededingingsautoriteit in 2014 een klacht tegen Vente-privee.com af, maar een onderzoek naar misbruik machtspositie door de Franse spoorwegen SNCF en door Nespresso mondde

Nederlandse mededingingstoezicht?', *MP* 2013, nr. 3, p. 121-124.

40 Besluit NMa, 30 augustus 2012, zaak 7464/ 8, Van der Zwan, besluit NMa, 27 april 2012, zaak 7213/27, Platform Makers vs NPO e.a., besluit NMa, 2 maart 2012, zaak 7341/6, TranspaRAbility vs Lloyd's Register Nederland.

41 Besluit NMa, 3 juni 2013, zaak 7512/37, Brink's Nederland B.V./Geldservice Nederland B.V., besluit NMa, 10 januari 2013, zaak 7377/26, Enka Reizen c.s./SGR c.s.

42 Besluit ACM, 6 juni 2014, zaak 13.1395.53, Buma/Stemra.

43 Besluit ACM, 19 maart 2014, zaak 13.0349.53, Filmclub Naaldwijk.

44 Besluit ACM, 8 mei 2014, zaak 14.0432.29, SBOH.

45 Besluit ACM, 5 november 2014, zaak 14.0487.53, UPS-systemen.

46 Op 28 augustus 2014 is door ACM een onderzoek gestart bij ECT. Het ziet op het inplannen en afhandelen van binnenvaartschepen bij de ECT deepsea terminals op de Maasvlakte gedurende een bepaalde afgebakende periode. ACM onderzoekt of ECT hierbij op een oneigenlijke manier onderscheid heeft gemaakt tussen barge operators, waardoor bepaalde operators voordelen hebben gehad boven anderen, zie *Financieele Dagblad* 5 februari 2015, 'ACM onderzoekt marktmanipulatie door containerverwerker ECT'.

47 R. van der Noll e.a., 'An international comparison of the abuse-of dominance Provision. Comparing the number of cases in the Netherlands with ten other jurisdictions', *SEO Economic Research*, Report 2011-63, p. 6 en p. 10.

uit in twee toezeggingsbesluiten.⁴⁸ Ook het onderzoek naar online marktdominantie van PMU, een online wedkantoor voor paardenraces, werd in 2014 afgerond met toezeggingen door PMU.⁴⁹ Toezeggingen werden door de Franse mededingingsautoriteit ook afgedwongen bij Booking.com (die werden onlangs geaccepteerd).⁵⁰ Interim maatregelen werden opgelegd aan een gasleverancier waaronder het doorspelen van informatie aan haar concurrenten⁵¹ en aan een televisieomroepende lopende het onderzoek.⁵² Daarenboven legde de Franse mededingingsautoriteit een boete van € 1,6 miljoen wegens misbruik van machtspositie op aan zuivelbedrijf SNYL vanwege het maken van denigrerende opmerkingen over de producten van een concurrent.⁵³ Ook werd een boete van € 2 miljoen opgelegd aan een mobiele operator voor het opleggen van discriminatoire prijzen voor telefoongesprekken met concurrerende netwerken.⁵⁴ Mediabedrijf Groupe Amaury kreeg een boete opgelegd van € 3,5 miljoen voor het hanteren van een strategie die tot doel had een nieuwkomer van de markt uit te sluiten.⁵⁵ Tot slot ontving Cedegim een boete wegens het misbruiken van haar machtspositie op de markt van databases voor medische informatie.⁵⁶ Kortom, in 2014 onderzocht de Franse mededingingsautoriteit meerdere zaken in verschillende sectoren. Daarbij werden diverse toezeggingen verkregen en boetes opgelegd, waaronder in een zaak (denigrerende opmerkingen over de producten van een concurrent) die niet als schoolvoorbeeld van misbruik machtspositie te boek staat.⁵⁷ Nu is Frankrijk een groot land met een grotere economie dan Nederland. Het zou niet zuiver zijn Nederland daar één op één mee te vergelijken. België dan?

België

Maurits Dolmans merkte in 2014 op dat bij de Belgische mededingingsautoriteit over de afgelopen jaren een stijging plaats had in de behandeling van misbruik van machtspositie zaken.⁵⁸ Over de periode van 2008 tot en met 2013 werd

maar liefst een derde van de besluiten van de Belgische mededingingsautoriteit genomen op grond van artikel IV.2 Wetboek van Economisch Recht en, of artikel 102 VWEU. Dit aandeel ligt zelfs hoger indien voorlopige maatregelen worden meegerekend. Dolmans concludeert dat dit aandeel aanzienlijk is vergeleken met buurlanden. Ook in 2014 was de Belgische mededingingsautoriteit actief op het gebied van handhaving van het verbod op misbruik van machtspositie. Weliswaar resulteerden drie klachten met betrekking tot misbruik van machtspositie in negatieve besluiten,⁵⁹ twee andere klachten troffen doel. Zo besliste de Belgische mededingingsautoriteit op 18 juli 2014 dat Electrabel misbruik had gemaakt van zijn machtspositie op de markt voor productie en (groot)handel in elektriciteit.⁶⁰ Electrabel kreeg daarvoor een boete van € 2 miljoen. Electrabel hield een deel van haar productie achter om deze opgebouwde reserve(s) in een later stadium op dezelfde markt te brengen tegen een aanzienlijk hogere prijs. Een week eerder legde de Belgische mededingingsautoriteit voorlopige maatregelen op aan BMW Belux in het kader van een lopend onderzoek naar mogelijke inbreuken op de mededingingsregels.⁶¹ De Belgische mededingingsautoriteit wil zo de marktpositie van voormalige BMW en MINI-concessiehouder, de Ets. Claude Feltz nv, als een onafhankelijke hersteller en door de verzekeringsmaatschappijen erkende carrossier veilig stellen. De maatregelen zien onder andere op het verkrijgen van toegang tot technische informatie en reserveonderdelen.

Ook in ander lidstaten, zoals Duitsland, Denemarken en Polen werd de afgelopen jaren geregeld met succes door de mededingingsautoriteiten opgetreden tegen misbruik machtspositie.⁶²

Lastig leerstuk

Niettemin moet gezegd worden dat het notoir lastig kan zijn voor een mededingingsautoriteit om misbruik van machtspositie-zaken 'rond' te krijgen. Dikwijls vergen zaken zoals het hanteren van roofoffertes een uitgebreid onderzoek. Ook is geregeld een juridisch-economische discussie mogelijk over elke noodzakelijke stap in zo een onderzoek: is de markt juist afgebakend? Kan de betreffende onderneming zich daadwerkelijk onafhankelijk gedragen? Leidt het gedrag tot potentiële uitsluitingseffec-

48 Besluit Autorité de la concurrence, 28 november 2014, zaak 14-D-18, Vente-Privée.com, besluit Autorité de la concurrence 2 oktober 2014, zaak 14-D-11, SNCF, besluit Autorité de la concurrence, 14 september 2014, zaak 14-D-09, Nespresso.

49 Besluit Autorité de la concurrence, 25 februari 2014, zaak 14-D-04, PMU.

50 Autorité de la concurrence, 'Online hotel booking sector', 15 december 2014, www.autoritedelaconcurrence.fr.

51 Besluit Autorité de la concurrence, 9 september 2014, zaak 14-MC-02, GDF Suez/Direct Energie.

52 Besluit Autorité de la concurrence, 30 juli 2014, zaak 14-MC-01, Canal Plus/belN Sports.

53 Besluit Autorité de la concurrence, 24 juli 2014, zaak 14-D-08, Société Nouvelle des Yaourts de Littée.

54 Besluit Autorité de la concurrence, 13 juni 2014, zaak 14-D-05, SFR en SRR.

55 Besluit Autorité de la concurrence, 20 februari 2014, zaak 14-D-02, Le 10Sport.com / Les Éditions Philippe Amaury.

56 Besluit Autorité de la concurrence, 8 juli 2014, zaak 14-D-06, Cedegim.

57 Overigens legde de Autorité de la concurrence al eerder een boete op voor misbruik machtspositie als gevolg van het in een kwaad daglicht stellen van producten van een concurrent, zie besluit Autorité de la concurrence, 18 december 2013, zaak 13-D-21, Arrow.

58 M. Dolmans, 'The Dominance and Monopolies Review', London 2014: *Law Business Research*, p. 19.

59 Besluit Auditoraat van de Raad voor de Mededinging, 2 december 2014, zaak BMA-2014-P/K-23-AUD, besluit Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit, 15 oktober 2014, zaak BMA-2014-P/K-22-AUD, De Beers, besluit Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit, 31 maart 2014, zaken ABC-2014-P//K-05, CONC-P/K-08/0005 en CONC-P/K-08/0012, ClearChannel Belgium S.A., 2. Belgian Posters S.A./1. la S.A. JC Dexaux Street Furniture Belgium, 2. la Region de Bruxelles-Capitale, 3. la ville de Bruxelles.

60 Besluit Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit, 18 juli 2014, zaak ABC-2014-I/O-15, Electrabel.

61 Belgische Mededingingsautoriteit, 'Beslissing van het Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit over voorlopige maatregelen in een zaak betreffende de distributie, de herstelling en het onderhoud van BMW en MINI personenwagens', 15 juli 2014.

62 Juncto, noot 47.

ten? Dit volgt ook uit het verloop van ACM's onderzoek naar AstraZeneca. Dat onderzoek startte ACM in 2011. Onderwerp van ACM's onderzoek waren de prijzen die AstraZeneca in rekening bracht voor de maagzuurremmer Nexium aan enerzijds apotheken in ziekenhuizen of in zorginstellingen (intramuraal) en anderzijds apotheken buiten het ziekenhuis (extramuraal). Uit ACM's onderzoek kwam naar voren dat de prijs voor Nexium in het extramurale segment 66 tot 91 keer hoger was dan in het intramurale segment. ACM maakte eind december 2014 bekend, na bijna vier jaar, haar onderzoek naar mogelijk misbruik van machtspositie door AstraZeneca te hebben gesloten.⁶³ In haar uitvoerig gemotiveerde (98 pagina's) besluit neemt ACM het standpunt in dat AstraZeneca niet beschikte over een machtspositie en er zodoende ook geen sprake was van overtreding van het verbod op misbruik machtspositie.⁶⁴

Prioriteiten stellen

Nederland stond ten tijde van de inwerkingtreding van de Mededingingswet in 1998 te boek als 'kartelparadijs'.⁶⁵ Het optreden van de NMa in de daarop volgende jaren heeft genoegzaam duidelijk gemaakt dat kartels ontoelaatbaar zijn. Ook werd het arsenaal aan bevoegdheden van de toezichthouder om op te treden tegen kartels door de jaren heen steeds verder uitgebreid én benut. ACM deinst er niet voor terug bij overtreding van het kartelverbod ook persoonlijke boetes aan individuen op te leggen. Tegelijk tracht ACM ook de drempels om clementie in kartelzaken te vragen verder te verlagen. In dat kader besloot ACM om haar clementiebeleid te verruimen. Clementie bij kartels is onder voorwaarden ook te verkrijgen in gevallen waarbij ACM zelf al een onderzoek is gestart.⁶⁶ Tegelijk verkent ACM als het gaat om de handhaving van het kartelverbod de grenzen. Een voorbeeld daarvan is het onderzoek naar overtreding van het kartelverbod door 'signalling' door mobiele operators.⁶⁷ In dat geval wist ACM toezeggingen van de operators te verkrijgen. Dat betrof bepaald geen standaard zaak en het is de vraag of die zaak voor de rechter stand zou hebben gehouden.

Net als de NMa legt ACM naar eigen zeggen veel aandacht aan de dag voor horizontale kartels.⁶⁸ Daarnaast kent ACM, als gevolg van de samensmelting van de NMa, OPTA en Consumentenautoriteit, nu een sterke focus op de bescherming van de consument. Gelet op de complicaties bij onderzoeken naar misbruik van machtspositie valt er begrip voor op te brengen dat ACM geen prioriteit maakt van de handhaving van het verbod op misbruik van machtspositie. Toch rijst de vraag of ACM hierin niet te veel is doorgeschooten. Haar *track-record* over de afgelopen jaren is dermate dun dat (vermeend) dominante

ondernemingen zich immuun kunnen wanen voor ingrijpen door ACM. Dat kan negatieve consequenties hebben voor toetreders, het concurrentieproces en innovatie. Dat leidt (op termijn) weer tot schade voor de consument.⁶⁹

Als het onderzoek naar misbruik van een machtspositie in grensoverschrijdende zaken betreft, zoals Google, is de Europese Commissie uiteraard beter geëquipeerd dan ACM.⁷⁰ Voor niet grensoverschrijdende zaken geldt een ander kader. Voor ondernemingen die uitsluitend of vooral in Nederland te maken hebben met misbruik van een economische machtspositie is klagen bij een autoriteit in een andere lidstaat geen optie. De route die ACM volgde bij Booking.com zal in dit soort gevallen ook geen soelaas kunnen bieden.⁷¹ Tegelijkertijd zal ook de Commissie niet (snel)ingrijpen, omdat er in deze gevallen veelal onvoldoende sprake is van een communautair belang.⁷² Kortom, in deze gevallen moet de klager wel aankloppen bij ACM. ACM wijst er in die gevallen geregeld op dat voor klagers ook de mogelijkheid bestaat de route naar de civiele rechter te bewandelen.⁷³ Dat klopt, maar die route is niet vergelijkbaar met de route die ACM kan bieden. Een civiele procedure is kostbaar, omdat de klager het hele bewijs zelf op een presenteerbladje aan de rechter moet aanbieden. Dat terwijl het bewijsmateriaal doorgaans niet in zijn bezit is. Bovendien moet de klager het, veelal alleen, opnemen tegen een onderneming die doorgaans 'diepere zakken' en een 'langere adem' heeft. Het vooruitzicht van een snelle succesvolle civiele procedure als alternatief voor een traject bij ACM is dan ook zelden aan de orde. Tegelijkertijd geldt dat ACM beschikt over wettelijke bevoegdheden om gegevens op te vragen en mensen te horen. Kortom, allerhande

Chris Fonteijn bij VvM, 25 november 2014: "I believe that consumer empowerment could be an additional instrument to address these kind of "perceived" problems related to vertical restraints."

bevoegdheden om aan bewijs te geraken die doorgaans voor de klager(s) niet beschikbaar zijn. Bovendien kan ACM dwangsommen en hoge boetes opleggen.

Juridisch kader verandert

Tot op heden heeft zowel de Rechtbank Rotterdam als het CBB ACM een ruime beleidsvrijheid gegund bij het bepalen welke zaken zij wel en niet in behandeling neemt.⁷⁴ Gehele

63 Besluit ACM, 24 september 2014, zaak 7069, AstraZeneca.

64 Ibid.

65 Juncto, noot 9.

66 Artikel 4 lid 2 sub a van de Beleidsregel clementie.

67 Besluit ACM, 7 januari 2014, zaak 13.0612.53, Mobiele operators.

68 Juncto, noot 11.

69 Richtsnoeren Handhavingsprioriteiten 2009/C 45/02.

70 IP/15/4780, 15 april 2015.

71 ACM, 'ACM positief over Europese oplossing hotelboekingsite Booking.com', 21 april 2015, www.acm.nl.

72 Mededeling 2004/C 101/05, punt 45.

73 Besluit NMa, 21 mei 2012, zaak 6207/233, Sandd/PostNL, besluit ACM 26 maart 2013, zaak 7213, SPM, besluit ACM, 27 juni 2013, zaak 7475, Stichting LPEV, besluit ACM, 8 mei 2014, zaak 14.0342.29, Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer.

74 Rb. Rotterdam 3 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2367, CBB 20 augustus

vrijheid heeft ACM overigens niet. Zo is uit een uitspraak van het CBB af te leiden dat indien het algemeen belang is gediend bij handhaving ACM in beginsel ook gebruik moet maken van haar handhavingsbevoegdheden (uitzonderingsgevallen daargelaten).⁷⁵ Dat geldt uiteraard ook bij misbruik van een economische machtspositie.

Eerder is geopperd dat het verschil in de mate van handhaving van het verbod op misbruik machtspositie (mede) is te verklaren door de keuze van de autoriteit voor de *effects-based* benadering.⁷⁶ Anders dan toezichthouders in lidstaten als Duitsland en Denemarken die meer een *form-based* benadering bij de handhaving van het verbod op misbruik zouden volgen, zou ACM inzetten op een *effects-based* benadering. Dit zou maken dat ACM misbruik van een machtspositie minder snel zou vaststellen. Wat hier ook van zij, de juridische noodzaak om (ook) een *effects-based* benadering aan de dag te leggen lijkt op zijn minst genomen af te nemen. Zo bevestigde het Gerecht op 12 juni 2014 in het *Intel*-arrest de beschikking waarmee de Europese Commissie oordeelde dat Intel misbruik van haar machtspositie had gemaakt.⁷⁷ Tot zover niets verrassend: in de praktijk wordt het overgrote deel van de beroepen tegen misbruik van machtspositie zaken verworpen. Nieuw was met name dat het Gerecht het belang van een *effects-based* benadering afwees. Het Gerecht overwoog in zijn arrest dat Intels gedrag naar haar aard de mededinging beperkt. Om die reden was de Commissie, anders dan Intel betoogde, niet verplicht de concrete gevolgen van de zaak te onderzoeken om te bewijzen dat de kortingen daadwerkelijk tot het verdringen van de concurrentie leidden. Het Gerecht oordeelde dat voor het vaststellen van misbruik voldoende is dat de kortingsregeling naar zijn aard geschikt is de concurrentie te beperken. Het Gerecht stelde vervolgens vast dat hier ook daadwerkelijk sprake van was. Het arrest van het Gerecht is met name van belang, omdat zij haaks staat op het beleid dat in 2009 door de Commissie in haar Richtsnoeren handhavingsprioriteiten is uitgewerkt. Dat beleid is erop gericht uitsluitend zaken op grond van misbruik van machtspositie te onderzoeken indien het misbruik leidt tot aantasting van de werkelijke concurrentie. Zo beoogt de Commissie om wel de concurrentie op de interne markt, maar niet individuele concurrenten te beschermen. Volgens het Gerecht is het door de Europese Commissie in haar beschikkingen gehanteerde tweesporenbeleid (waarbij steeds ook de effecten worden aangetoond) derhalve niet noodzakelijk om een inbreuk op het verbod op misbruik van een machtspositie vast te stellen.

Intel stelde tegen het arrest van het Gerecht hoger beroep in. Hierbij stelt Intel zich onder meer op het standpunt dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat misbruik van machtspositie kan worden vastgesteld zonder onderzoek

naar de waarschijnlijke of daadwerkelijke gevolgen (de *effects-based* benadering). Het arrest van het Hof van Justitie in de hoger beroepsprocedure, dat niet vóór het einde van 2015 wordt verwacht, zal hierover waarschijnlijk meer duidelijkheid verschaffen. Als het Hof het arrest van het Gerecht bevestigt, dan is niet uit te sluiten dat dit het einde betekent van de Richtsnoeren handhavingsprioriteiten en bijbehorende *effects-based* benadering.

Chilling effect & nudging

Wat het *Intel*-arrest van het Hof ook zal brengen, ondertussen bestaat in Nederland het risico op een ‘chilling effect’. Van de huidige aanpak van ACM inzake misbruik machtspositie, die nu al jaren wordt gevolgd, kan namelijk een zeker ontmoedigend effect uitgaan. Barbara Baarsma verwoordde het onlangs als volgt: “Nu bestaat de indruk dat de route via artikel 24 van de Mededingingswet een langdurige en voor de klager nutteloze route is, omdat er toch geen sanctiebesluit komt. Daarmee dreigt het misbruikverbod een dode letter te worden.”⁷⁸

Zou ACM willen afrekenen met dit beeld, dan is het uiteraard onverstandig om zaken op te pakken waarmee de grenzen van het verbod op handhaving misbruik machtspositie worden opgezocht. Het risico van het creëren van vals positieve zaken dient te allen tijde te worden vermeden. Wel zou ACM de schoolvoorbeelden van misbruik machtspositie niet langer ‘weg moeten prioriteren’. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om klachten over bedrijven die een monopolie hebben op de levering van reserveonderdelen voor hun eigen producten. Onafhankelijke partijen zijn voor het uitvoeren van onderhoud of reparaties aan dat product – de *aftermarket* – afhankelijk van de tijdige levering van die onderdelen.⁷⁹ Ook komt het voor dat de toegang tot deze markt wordt belemmerd door het gebruik van afschermdende software. Het gaat daarbij om relatief eenvoudige vormen van misbruik, waarvoor geen jarenlang onderzoek nodig is. Dergelijke zaken weten de autoriteiten in andere lidstaten, zoals België,⁸⁰ Duitsland,⁸¹ Denemarken⁸² en Polen⁸³ effectief op te pakken.

ACM zet in op probleemoplossend toezicht en bedient zich daarbij van ‘nudging’: het geven van een (beleidsmatig) duwtje in de goede richting.⁸⁴ Chris Fonteijn merkt in 2014

2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700.

75 CBB 20 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700, r.o. 7.2.1.

76 R. van der Noll & B. Baarsma, ‘Is misbruik machtspositie een blinde vlek in het Nederlandse mededingingstoezicht?’, *MP* 2013, nr. 3, p. 121-124.

77 Gerecht 12 juni 2014, ECLI:EU:T:2014:547, Intel/Commissie.

78 SC 21 april 2015, ‘Gebrekkige handhaving maakt van misbruikverbod ‘dode letter’.

79 Voor een toelichting de beoordeling van aftermarkets, zie D.W.L.A. Schrijvershof, ‘Zaak T-427/08, het CEAHR-arrest: hard(er) en fast(er) rules voor klagers bij schending van het mededingingsrecht en de beoordeling van “systeemmarkten”’, *AM* 2011, nr. 3, p. 69-76.

80 Juncto, noot 61.

81 Besluit Bundeskartellamt, 22 januari 2015, zaak B 3 – 164/14, SodaStream.

82 KFST, ‘The German engine manufacturer Deutz AG infringe antitrust regulation in Denmark’, 12 juni 2013.

83 UOKiK, ‘Poland’s Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK) has found that three enterprises operating in the energy, municipal waste and helicopter maintenance markets abused their dominant position’, 20 maart 2015.

84 Juncto, noot 1.

daarover op: “Op zelfinzicht kun je als toezichthouder proberen te sturen of ‘nudgen’ in goed Nederlands. Gedragsbeïnvloeding dus.”⁸⁵ In dat kader doet ACM geregeld een oproep aan consumenten of ondernemingen om te komen tot een gedragsverandering.⁸⁶ ACM meent die benadering ook te kunnen toepassen bij misbruik machtspositie. Zo deed ACM in 2014 in de zaak UPS-systemen een oproep aan de betrokken dominante ondernemingen om te komen tot een gelijk speelveld.⁸⁷ Het is, mede gezien ACM’s dunne *track record* bij misbruik machtspositie, maar zeer de vraag of dat nu een juiste aanpak is. Want als er geen of onvoldoende gehoor wordt gegeven aan ACM’s oproep staat niet alleen de klager er alsnog alleen voor. Er kan tegelijk een ander negatief effect van uitgaan. De betrokken dominante onderneming(en) kunnen zich gesterkt zien in hun gedachte dat zij onder aan de streep in Nederland boven de Mededingingswet staan. Het staat ze vrij in dit ‘monopolieparadijs’ hun gedrag voort te zetten. Nederland kan zodoende veranderen in een dominantie-paradijs: een omgeving waarin dominante ondernemingen onbegrensd de concurrentievoorwaarden kunnen dicteren, al dan niet ten koste van hun concurrenten, hun afnemers en – uiteindelijk – de consumenten.

Pas de wettelijke mogelijkheden toe

Het risico op het eerder genoemde ontmoedigende effect speelt niet in die sectoren waar adequaat sectorspecifiek toezicht aanwezig is, zoals de telecommunicatiesector. In de zorgsector daarentegen ontbreekt dergelijk toezicht en daar neemt het risico op een ontmoedigend effect met de dag toe. Zo concludeerde het ministerie van VWS in april 2015: “Tot nu toe is door de NZa weinig gebruik gemaakt van het instrument aanmerkelijke marktmacht. Het uitvoeren van de vereiste analyses is technisch en juridisch een complexe aangelegenheid en vraagt veel capaciteit van de uitvoering.”⁸⁸ Wat ook van deze conclusie zij, feit is dat de conclusie geen aanmoediging aan de NZa is om direct verder te investeren in de inzet van het AMM-instrument. Het ministerie van VWS komt dan ook met een andere aanpak: het AMM-instrument van de NZa dient te worden overgeheveld naar ACM.⁸⁹ Een van de overwegingen van het ministerie van VWS hierbij is dat het AMM-instrument qua inzet, doelen en benodigde kennis in het verlengde ligt van het verbod op misbruik machtspositie, waarop ACM al toeziet.⁹⁰ Hierdoor kan eenvoudiger en effectiever worden opgetreden in situaties waarin sprake is van problematische machtsposities op de verschillende zorgmarkten (zorgverlening, zorginkoop, zorgverzekering).⁹¹ Om dit te

bewerkstelligen wordt de beschikbare capaciteit bij ACM uitgebreid met circa 20 fte.⁹²

Wordt dit voorstel aangenomen dan heeft dat twee gevolgen. Ten eerste kan ACM zaken over (dreigend) misbruik machtspositie in de zorg direct zelf oppakken. Nu verwijst ACM daarvoor, op grond van artikel 18 lid 3 Wmg, naar de NZa. Ten tweede kan ACM in de zorgsector laagdrempelig optreden, omdat zij misbruik niet eerst hoeft vast te hoeven stellen.⁹³ Zo lijkt de beoogde overheveling met capaciteitsuitbreiding een fraai staaltje *nudging* van het ministerie van VWS. Wat niet uit het oog mag worden verloren, is de keerzijde van deze ingrijpende ontwikkeling. Zolang het voorstel nog geen wet is, wordt het eerder genoemde ontmoedigende effect om naar de NZa te stappen in het geval van (dreigend) misbruik machtspositie in de zorg op geen enkele wijze geadresseerd. Wel wordt het door voorstel juist fors versterkt. Dit terwijl, als bijvoorbeeld wordt gekeken naar de zorginkoop door dominante zorgverzekeraars, er grote behoefte bestaat aan adequaat markttoezicht in de zorg.⁹⁴ Wie doet er nu nog een beroep op het AMM-instrument van de NZa nu dat volgens het ministerie van VWS een ‘dode letter’ is. Hoe bereid is de NZa nu nog om haar AMM-instrument in te zetten, nu zij weet dat dit instrument waarschijnlijk op termijn verliest? Of zouden deze vragen niet aan de orde moeten zijn? Er bestaat namelijk een mogelijkheid om direct te verzekeren dat er in de zorg sprake is van adequaat markttoezicht. Daarvoor is geen overheveling of wetswijziging nodig. Weliswaar geldt volgens artikel 18 lid 3 Wmg dat in geval van samenloop van bevoegdheden van ACM en de NZa, de NZa voorrang heeft. Artikel 18 lid 5 Wmg bepaalt dat hiervan kan worden afgeweken indien de NZa en ACM in gezamenlijk overleg tot het oordeel komen dat een aangelegenheid op basis van effectiviteit van het wettelijke instrumentarium of uit efficiëntie of andere overwegingen beter door ACM of ACM en NZa gezamenlijk kan worden behandeld. Kortom, niets staat het gezamenlijke persbericht: ‘ACM en de NZa verzekeren door samenwerking adequaat markttoezicht in de zorg’ in de weg. Hopelijk zien ACM en NZa snel in dat er in de zorg naast consumerempowerment,⁹⁵ ook ingezet kan worden op ‘authority empowerment’.

Over de auteur

Diederik Schrijvershof is advocaat bij Maverick Advocaten N.V en vaste medewerker van MP.

85 Juncto, noot 32.

86 Juncto, noten 20 t/m 24.

87 ACM, ‘ACM roept op tot gelijk speelveld voor dienstverlening aan UPS-systemen’, 28 november 2014.

88 Kamerstukken II 2013/14, 33980, 3, p. 19-20.

89 Kamerbrief Ministerie van VWS, kenmerk 723296-133115-Z, 6 februari 2015.

90 Juncto noot 88.

91 Juncto noot 88.

92 Juncto noot 88.

93 CBb 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731.

94 D.W.L.A. Schrijvershof, ‘Schaf de zorgspecifieke fusietoets af, focus het toezicht op de zorginkoop’, *Tijdschrift Zorg & Recht in Praktijk*, 2014, nr. 6, p. 22-27.

95 ACM, ‘Toezichthouders roepen consumenten op hun zorgverzekering onder de loep te nemen’, 18 november 2014.