



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Mededingingsrecht Markt en overheid

Kluwer – 21 mei 2015

Martijn van de Hel



Agenda

1. Inleiding
2. Overheid & mededingingsrecht
 - Kartelverbod en misbruik van machtspositie
 - Toepasselijkheid/uitzonderingen overheden
 - Praktijkvoorbeelden
3. Wet Markt & Overheid
 - Wettelijke eisen + uitzonderingen
 - Recente voorbeelden / ervaringen

Inleiding

Wat is mededingingsrecht?

- Mededinging is concurrentie
 - Verhoging levensstandaard
 - Verhoging concurrentievermogen NL/EU
 - Innovatie / lagere prijzen / R&D
- Doel mededingingsrecht is het bereiken van effectieve concurrentie
- Ondernemingen moeten hun eigen marktgedrag bepalen / overheden mogen concurrentie niet verstoren
- Toezichthouders: ACM (voorheen NMa) / Europese Commissie en (civiele) rechter



Inleiding

Pijlers mededingingsrecht?

- Kartelverbod
- Misbruik economische machtspositie
- Wet Markt & Overheid
- (Concentratietoezicht)
- (Staatssteun)
- (Aanbestedingsrecht)

Inleiding

Welke wetgeving?

- NL wetgeving (effect binnen NL):
 - Instellingswet (instelling ACM) / AWB (algemene bevoegdheden/procedures ACM)
 - Mededingingswet (materiële mededingingsregels)
 - Secundaire wetgeving: bekendmakingen, beleidsregels en richtsnoeren
 - Stroomlijningswet per 01-8-14 (stroomlijning bevoegdheden/procedures ACM)
- EU wetgeving (effect binnen EU):
 - Verdrag betreffende Werking Europese Unie (VWEU of Werkingsverdrag)
 - Secundaire wetgeving: verordeningen, richtlijnen, bekendmakingen en richtsnoeren



Inleiding

Welke risico's?

- Boetes
 - Maximaal 10% van de totale (concern)jaaronzet, hierbij wordt rekening gehouden met de duur en ernst van de overtreding
 - Persoonlijke boete voor opdrachtgevers / feitelijk leidinggevenden is maximaal €450.000, basis inkomen en vermogen (in NL)
 - **NB: geldt alleen voor kartelverbod en misbruik machtspositie (niet voor WM&O)**
- Schadeclaims (civiele acties)
- Nietigheid contracten
- Publicitaire schade



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Overheid en mededingingsrecht



Kartelverbod

- Artikel 6 Mededingingswet en 101 VWEU (“kartelverbod”)
- Reikwijdte (lid 1):
 - Overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen (o.a.f.g.) ondernemingen
 - Ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt vervalst
- Sanctie (lid 2): rechtswege nietig
- Boete/last onder dwangsom
- Onrechtmatige daad
- Uitzonderling (lid 3): pro-competitieve effecten wegen op tegen concurrentiebeperkende effecten



Kartelverbod

Onderneming

- Onderneming = verrichten economische activiteit
 - Aanbieden van product of dienst op een markt (in concurrentie)
 - Ongeacht rechts- of financieringsvorm (of winstoogmerk)
- Typische overheidstaken (uitoefening openbaar gezag) geen economische activiteit, zoals:
 - Rechtspraak
 - Politie, leger en brandweer
 - Onderwijs (deels)
- Overheid kan zowel overheidstaak als economische taak vervullen

Zie lijst met voorbeelden economische activiteiten overheden!



Kartelverbod

Overeenkomst

Overeenkomst

- Wilsovereenkomst / op elkaar gerichte binding
- (Schijnbaar) eenzijdige handelingen (verticale relatie)

O.a.f.g.

- Vorm van coördinatie zonder instemming/overeenstemming
- Vereist enige vorm van reciprociteit, maar lat ligt laagt

Besluit ondernemersvereniging

- Ook niet-bindende beslissingen (zoals adviezen)
- Zolang zij de getrouwe weergave zijn van de wil van de vereniging gedrag leden te coördineren



Kartelverbod

Mogelijk verboden afspraken

- Hardcore concurrentiebeperkende afspraken
 - Prijsafspraken concurrenten: inclusief prijselementen (kortingen, indexen)
 - Marktverdeling concurrenten: geografisch, klanten
 - Uitwisseling concurrentiegevoelige informatie tussen concurrenten
 - Beïnvloeding/sturing (weder)verkoopprijs, klanten of werkgebied

- In beginsel legitieme samenwerking die toch tot beperking van de concurrentie kan leiden, zoals bij:
 - Exclusiviteit / uitsluiting derden
 - Afspraken over non-concurrentie(bedingen)

- Deelname of faciliteren overheid overtreding eveneens verboden (mogelijk onrechtmatige (overheids)daad)



Kartelverbod

Vrijstelling

- Een overeenkomst is vrijgesteld indien de economische en maatschappelijke voordelen opwegen tegen de nadelige effecten
 - Moet leiden tot een verbetering van productie of technische of economische vooruitgang
 - Billijk deel van voordelen moeten ten goede komen aan de consument
 - Beperking moet onmisbaar zijn voor de doelstelling
 - Geen uitschakeling van de mededinging

(Art. 6 lid 3 Mw / 101 lid 3 VWEU)

Uitgewerkt in diverse Europese groepsvrijstellingen, richtsnoeren en besluiten



Economische machtspositie

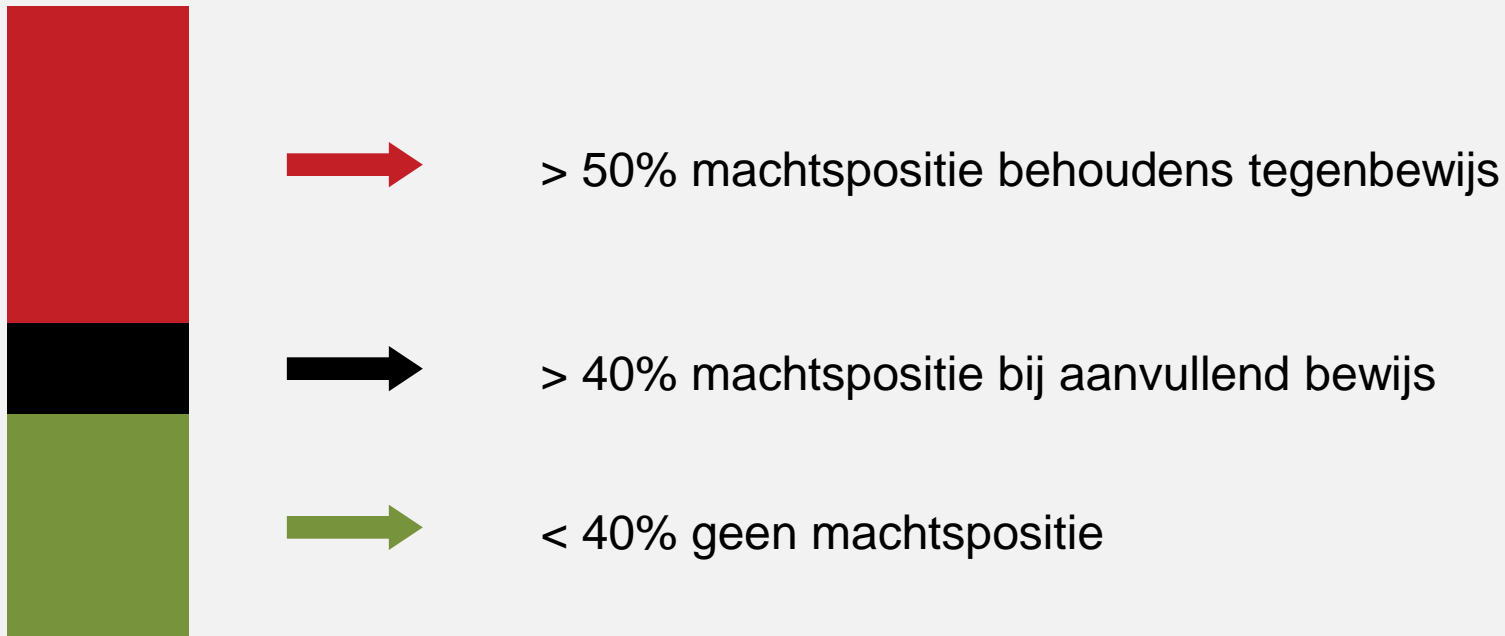
“Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie” (art. 24 Mw / 101 VWEU)

- Kernelementen
 - Machtspositie
 - Onderneming
 - Misbruik

Economische machtspositie

Wanneer sprake van machtspositie?

Machtspositie = onafhankelijk marktgedrag





Economische machtspositie

Wanneer sprake van misbruik?

- Hebben dominante positie niet verboden, misbruik wel, bijv.:
 - Hoge prijzen
 - Lage prijzen
 - Leveringsweigering
 - Loyaliteitskortingen
 - Koppelverkoop
 - Discriminatie



Uitzondering kartelverbod/machtspositie

Vervulling bijzondere taak

- Kartelverbod van toepassing op onderneming die dienst algemeen economisch belang verricht, mits verbod taak niet verhindert (artikel 11 Mw)
- Verbod misbruik machtspositie kan buiten toepassing worden verklaard voor onderneming die bijzondere (bij wet of door bestuursorgaan) opgedragen taak verricht (artikel 25 Mw)
- Geen precedents (wel geprobeerd, maar afgewezen)



Bijzondere verplichtingen machtspositie

Financiële transparantie

- Ondernemingen belast met bijzonder/uitsluitend recht of dienst van algemeen economisch belang verplicht gescheiden boekhouding te voeren (artikel 25b Mw)
 - Gescheiden registratie lasten/baten verschillende activiteiten
 - Lasten/baten correct toegerekend
 - Beginselen kostenadministratie moeten duidelijk zijn vastgelegd
- Doel hiervan is voorkomen dat deze ondernemingen concurrentie voorsprong hebben als gevolg van band met overheid

Praktijkvoorbeelden (i)

Gronduitgifte – Boontje / NMa

- Klacht Boontje (eigenaar tennispark) bij NMa tegen goedkope verhuur/erfpacht door gemeente Castricum aan ander tennispark
- Klacht afgewezen omdat gemeente niet handelt als onderneming / geen economische activiteit - wel sprake mogelijke staatssteun (2004)
- Rb. Rotterdam acht standpunt NMa onjuist dat sprake is van overheidsprerogatief onvoldoende gemotiveerd (2005)
- Ook CBb acht onvoldoende onderzocht of sprake is van economische activiteit (2008) echter,
 - onvoldoende bewijs voor overtreding kartelverbod / misbruik machtspositie



Praktijkvoorbeelden (ii)

Verhuur steiger - EVT/Staat

- Langlopend geschil tussen EVT en Staat over concessieverlening veerdienst, o.a. over opzeggen gebruik aanlegsteiger
- Staat had overeenkomst opgezegd vanwege publiek belang (betrouwbare dienstregeling)
- Waarschuwing ACM voor mogelijk misbruik machtspositie – verhuur steiger = economische activiteit (2013)
- Vزر. Rechter Den Haag wijst vordering nakoming contract toe (2013)
- Hof Den Haag stelt EVT echter in gelijk. Alternatieven onvoldoende onderzocht door Staat / mogelijk inderdaad misbruik machtspositie



Praktijkvoorbeelden (iii)

Weren tender / gronduitgifte – ECT/HbR

- Conflict ECT en Havenbedrijf Rotterdam over het weren van ECT bij tender exploitatie containerterminals 2^e Maasvlakte
- ECT verwijt Havenbedrijf o.a. concurrenten te bevoordelen en misbruik van machtspositie te maken
- Rb Rotterdam wijst vordering af bij gebrek aan bewijs machtspositie
 - O.a. verwijzing naar (sterke) positie ECT en verloop onderhandelingen ECT/HbR (2014)

(Kartel)schadeclaims

De basis

- Schending mededingingsrecht leidt tot schade afnemers en/of leveranciers
 - Bijvoorbeeld afspraken bij aanbestedingen (*bid rigging* of *cover pricing*)
- (Europees) recht op schadevergoeding voor overtreding
 - Arrest Courage Crehan (HvJEG september 2001)
 - Arrest Manfredi (HvJEG juli 2006)
- Stimulering Europese Commissie schadeclaims
 - Nieuwe Richtlijn (2014)
 - Oproep tot schadeclaims in persberichten bij kartelboetes



(Kartel)schadeclaims

De basis

- Overtreding staat vast met besluit Europese Commissie
 - Civiele rechter mag geen beslissing in strijd met besluit EC nemen (art. 16 Vo 1/2003 / arrest Masterfoods)
- Grondslag schadevergoeding in Nederland
 - Art. 6:162 BW, art. 6:212 BW of art. 6:203 BW (evt. 6:166 BW)
- Bij (NL) schadeclaim Nederlands procesrecht van toepassing
 - Verjaring / bewijslast / toelating bewijsmateriaal / schadeberekening etc.
- Wel / niet doorgifte van schade aan eigen afnemers (*passing-on defence*)

(Kartel)schadeclaims overheden

Praktijkvoorbeelden

- Tennet tegen (gasgeïsoleerd) schakelmateriaal producenten (lopend)
- Stichting Glazen Lift (woningcorporaties) tegen liftenkartel (lopend)
- Europese Commissie en Belgische overheid tegen liftenkartel (afgewezen)
- Rb. Midden-Nederland 13 maart 2013 Gemeente Raalte + VvE's / Otis (afgewezen)



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Wet markt & overheid





Wet markt & overheid

Voorgeschiedenis en doel

- Overheden verrichten steeds meer economische activiteiten in concurrentie private bedrijven (1900 deelnemingen/circa 25 miljard)
- Jarenlang klachten (en procedures) bedrijfsleven over oneerlijke concurrentie overheid (concurrentievoordelen / lagere prijzen)
- Concurrentievervalsing overheid = onrechtmatig (Hof Amsterdam '99)
- Doel WM&O = voorkomen van concurrentievervalsing door overheid (bijklussende overheid)
 - Direct of indirect: door overheden zelf of door overheidsbedrijven
 - Creëren *level playing field* voor bedrijfsleven



Wet markt & overheid

Toepasselijkheid

- WM&O geldt voor overheden en overheidsbedrijven:
 - Overheid = o.a. Rijk, Provincies, gemeenten, waterschappen en ZBO's
 - Overheidsbedrijf = onderneming waar overheid betrokkenheid bij heeft
 - Meerderheid aandelen / bestuur (direct of indirect)
- WM&O verbiedt:
 1. Overheden om zelf concurrentie te vervalsen én
 2. Overheden om overheidsbedrijven te bevoordelen



Wet markt & overheid

Uitgangspunten

- Overheid moet integrale kosten in rekening brengen als zij de markt op gaat
- Geen gegevens gebruiken die door publieke taak zijn verkregen, tenzij gegevens aan derden beschikbaar worden gesteld
- Verboden overheidsorganisaties boven private ondernemingen te bevoordelen
- Geen betrokkenheid bij zowel commerciële activiteiten als daaraan gerelateerde bestuurstaken

Wet Markt & Overheid

Uitzonderingen

- WM&O niet van toepassing op (art. 25h Mw):
 - Aantal sectoren (onderwijs-, onderzoek-, en omroepinstellingen + sociale werkplaatsen)
 - Diensten algemeen (economisch) belang (marktfalen)
 - Ruime discretionaire bevoegdheid overheden
 - “In house”-activiteiten / aanbod binnen eigen organisatie
 - Staatssteun
 - Is sprake van steun? (107, lid 1 VWEU) = WM&O n.v.t.
 - Bij de-minimissteun binnen 3 jaar < 200.000 = WM&O v.t.p.



Wet Markt & Overheid

Wetsartikelen

- Art. 25 i t/m 25 l Mw
 - Kostendoorberekening 25 i Mw
 - Integrale kostendoorberekening
 - Bevoordelingsverbod 25 j Mw
 - Geen kruissubsidiëring, geen gebruik beeldmerken
 - Gegevensgebruik 25 k Mw
 - Voorbeeld GBA data voor commerciële mailing
 - Functiescheiding 25 l Mw
 - Bestuurlijke rol en private activiteit scheiden: (kapvergunning)

Nader uitgewerkt in Besluit markt en overheid



Wet Markt & Overheid

Risico's

- Klacht bij ACM
 - ACM kan bij beschikking verklaren dat sprake is van overtreding WM&O
 - ACM kan een last onder dwangsom opleggen t.b.v. beëindigen overtreding
 - Aan LOD kan verplichting tot verstrekking van gegevens aan ACM worden verbonden
 - **N.B. ACM kan geen boetes opleggen**
- Daarnaast kunnen ondernemingen:
 - Gebruik maken van inspraakmogelijkheid t.a.v. DA(E)B
 - Civiele procedure starten (onrechtmatige daad / schadevergoeding)



Wet Markt & Overheid

Praktijk ACM

- WM&O per 1 juli 2012 in werking getreden
- Overgangsrecht: sinds 1 juli 2014 voorbij

- Voorlichtingsbijeenkomsten (2012-2014)
- Nulmeting bekendheid WM&O (2013)
- Steekproef sportaccommodaties (2014)
- Boekje 'als ambtenaren ondernemers worden' (2014)
- Lancering M&O-test (2014)

- Handhavingsregime ACM: 10 Fte aangesteld voor WM&O



Praktijkvoorbeelden (i)

Besluit ACM Filmclub Naaldwijk

- Aanvraag Filmclub Naaldwijk toepassing Mw jegens Bibliotheek Westland / Gemeente Westland
 - Klacht over verhuur dvd's en blue-ray discs als gevolg bevoordeling/subsidie (schending art. 24 en 25 Mw)
- Klacht door ACM afgewezen (2014)
 - Bibliotheek geen bestuursorgaan (gemeente niet betrokken bij uitlenen of vaststellen tarieven)
 - Bibliotheek geen overheidsbedrijf (geen bepaling beleid gemeente)
 - Bibliotheek geen machtspositie (ruimte markt)



Praktijkvoorbeeld (ii)

Analyse ACM activiteiten RDW

- Vragen A2SP over toepassing WM&O op activiteiten RDW
 - Ophalen/raadplegen voertuiggegevens in concurrentie A2SP
- ACM tot conclusie dat WM&O niet van toepassing is (2014):
 - Geen economische activiteit (zaak Compass-Datenbanken)
 - Kentekenregister = uitoefening openbaar gezag
 - Toegankelijk maken onderdeel wettelijke taak
 - Eenvoudige verstrekking
 - Geen bewerking of verrijking gegevens
 - Tarief voor verstrekking niet relevant

Praktijkvoorbeeld (iii)

Nationaal wegenbestand – Andes/Staat

- Geschil Andes en Staat over toegang nationaal wegenbestand voor (lagere) overheden/wegbeheerders (hergebruik)
- Verwijt onrechtmatige exploitatie NWB vanwege niet-marktconforme voorwaarden
 - Strijd Besluit marktactiviteiten Rijkswaterstaat / aanwijzingen marktactiviteiten Rijksdienst / strijd Mw (kartelverbod, misbruik machtspositie en WM&O) / staatssteun / aanbestedingsrecht
- Hof Den Haag bekrachtigt vonnis Rb. Den Haag (2014)
 - Geen strijd beleidsregels overheid
 - Geen schending Mw of staatssteun / geen economische activiteit (onderdeel overheidstaak)



Recente ervaringen

Sectorstudie ACM

- Studie ACM (2015) naar gevolgen WM&O voor exploitatie sportaccommodaties, parkeergarages en inzameling bedrijfsafval
 - Gesprekken marktpartijen/gemeenten, onderzoek signalen
- Conclusies ACM
 - Veel gedragingen vallen buiten bereik WM&O
 - Aanbesteding/inbesteding of fiscale regelgeving
 - Voor sportaccommodaties en parkeergarages veelal algemeen belang besluit genomen

Vragen?

Email: martijn.vandehel@maverick-law.com

Tel: 06 21 21 08 53



www.maverick-law.com

Volg ons op  @MaverickLawyers