

# JURISPRUDENTIEOVERZICHT OKTOBER 2019 – SEPTEMBER 2020

MEDEDINGINGSCONGRES 2020

1.10.2020



Stek



stek

# PROGRAMMA

1. JAAR IN CIJFERS
2. ACM-PRAKTIJK
3. TOETSING BESLUITEN ACM
4. CIVIELRECHTELIJKE HANDHAVING

stek

# JAAR IN CIJFERS (I)

## Concentratietoezicht

	2017-2018	2018-2019	2019-2020
Verkort besluit	89	90	91
Ontheffingen art. 40	3 (-1 ingetrokken)	1	2
Goedkeuring 1 <sup>e</sup> fase (uitgebreid)	8	4	8
Met voorwaarden	1	1	3
Vergunning vereist	2	5	3
Goedkeuring 2 <sup>e</sup> fase	0	3	4
Waarvan met voorwaarden	0	1	1
Verbod	0	1	0
<b>TOTAAL</b>	<b>100</b>	<b>106</b>	<b>111</b>

stek

# JAAR IN CIJFERS (II)

Handhaving			
	2017-2018	2018-2019	2019-2020
Kartels (ook waarin geen boete is opgelegd)	0	0	2
Overtredingen ivm toezicht/onderzoek	0	0	1
Niet melden concentratie	0	0	0
Afwijzing handhavingsverzoeken 6/24	2 afwijzingen wegens gebrek aan prioriteit (+2 b.o.b.)	4 (+1 b.o.b.)	4
Hoofdstuk 4b (M&O)	5	5	2
Toezeggingsbesluit (+ intrekking)	1	1(ECT)	2
<b>TOTAAL</b>			

stek

# DECENNIUM IN CIJFERS: VERTICALE ZAKEN

FIGURE 9 : BREAKDOWN OF CASES IN THE AREA OF VERTICAL RESTRICTIONS BY NCA

Member State	NCA/court(s)	Number of cases (of which they led to a decision)
AT	Federal Competition Authority	52 (52)
BE	Belgian Competition Authority	4 (3)
BG	Bulgarian Commission on Protection of Competition	24 (16)
CY	Cyprus Commission for the Protection of Competition	3 (3)
CZ	The Office for the Protection of Competition	7 (6)
DE	Bundeskartellamt	31 (19)
DK	Danish Competition and Consumer Authority (DCCA)/ State Prosecutor for Serious Economic and International Crime (SPSEI)/ City Courts and High Court	21 (20)
EE	Estonian Competition Authority	6 (3)
EL	Hellenic Competition Commission	9 (9)
ES	Spanish National Authority for Markets and Competition	18 (6)
FI	Finnish Consumer and Competition Authority	3 (0)
FR	Autorité de la concurrence	32 (14)
HR	Croatian Competition Agency	15 (5)
HU	Hungarian Competition Authority (GVH)	9 (8)
IE	Competition and Consumer Protection Commission	2 (2)
IT	Italian Competition Authority	7 (7)
LT	Lithuanian Competition Council	9 (7)
LU	Conseil de la concurrence	3 (0)
LV	Latvia Competition Council	6 (1)
MT	Malta Competition and Consumer Affairs Authority	3 (3)
NL	Authority for Consumers and Markets	1 (0)
PL	Polish Competition Authority (UOKiK)	10 (10)
PT	Portuguese Competition Authority	14 (9)
RO	Romanian Competition Council	17 (17)
SE	Swedish Competition Authority	10 (3)
SI	Slovenian Competition Protection Agency	5 (4)
SK	Antimonopoly Office of the Slovak Republic	41 (10)
UK	Competition and Markets Authority (CMA)/ Competition Appeal Tribunal (CAT) and High Court	30 (20)
<b>Total</b>		<b>392 (257)</b>

stek

# JAAR IN CIJFERS (III)

## Uitspraken Rb Rotterdam en CBb

	2017-2018	2018-2019	2019-2020
<b>Kartelverbod</b>	<b>4(2)</b>	<b>1(10)</b>	<b>9</b>
Waarvan Rb Rotterdam			1
Waarvan CBb			8
<b>Misbruik van economische machtspositie</b>	<b>0</b>	<b>1</b>	<b>0</b>
Waarvan Rb Rotterdam			0
Waarvan CBb			0
<b>Concentratiecontrole</b>	<b>1(1)</b>	<b>0</b>	<b>3</b>
Waarvan Rb Rotterdam			2
Waarvan CBb			1
<b>Hoofdstuk 4b (M&amp;O)</b>	<b>3</b>	<b>1(2)</b>	<b>2</b>
Waarvan Rb Rotterdam			2
Waarvan CBb			0

# JAAR IN CIJFERS (IV)

## Civielrechtelijke handhaving\*

	2019-2020
<b>Follow on</b>	<b>8</b>
Waarvan Rechtbanken	3
Waarvan Gerechtshoven	5
<b>Kartelverbod</b>	<b>14</b>
Waarvan Rechtbanken	8
Waarvan Gerechtshoven	6
<b>Misbruik van economische machtspositie</b>	<b>5</b>
Waarvan Rechtbanken	2
Waarvan Gerechtshoven	2
Waarvan Hoge raad (excl. conclusies)	1

\* Gezocht op mededingingsrecht en Mededingingswet

stek

# CONCENTRATIECONTROLE - BESLUITEN ACM

## 2019-2020 INTERESSANT FUSIECONTROLE JAAR

- Diverse interessante besluiten, bijvoorbeeld: PON/NS, MaaS platform OV bedrijven, DPG/Sanoma, Sunweb/Corendon

## TRENDS FUSIECONTROLE IN DE AFGELOPEN 2 JAAR

- Toenemende aandacht voor interne documentatie
- Meer zaken worden doorverwezen naar de vergunningsfase
- Gedragsremedies lijken populair
- Kritische toets van joint ventures
- Vraag: impact Hutchison arrest op de praktijk van de ACM?

stek



# HANDHAVING - BESLUITEN ACM

## BOETE VERWIJDEREN BEWIJSMATERIAAL BIJ INVAL

- Verlaten en verwijderen van WhatsApp (groeps)gesprekken: niet-meewerken
- Boete van €1,84 mln (20% korting voor medewerking sanctiebesluit)
- Duidelijke les: bedrijven (en ACM) moeten direct heldere instructies geven bij binnenkomst over de omvang van de medewerkingsplicht in relatie tot smartphones

## BOETE VOOR DAKDEKKERS

- Boetes van 18k en 6k aan twee dakdekkers voor prijslenen bij 1 aanbesteding
- Magere vangst na stevige landelijke communicatie in 2018: prioritering?

stek

# HANDHAVING - BESLUITEN ACM

## MYSTERIE 80 MILJOEN ONTHULD - BOETE VOOR SIGARETTENFABRIKANTEN ROEPT DIVERSE VRAGEN OP:

- Uitwisseling van prijsinformatie via groothandels: waarom geen boete groothandels?
- Wat is de aard van de uitgewisselde informatie? Wat was de reden voor het doorsturen?
- Is hier sprake van een enkele inbreuk?
- Waarom geen effect-analyse?
- Onderzoek lang stil gelegen: hoe is de prioritering hier verlopen?
- Opvallend: lage ernstfactor en 50% reductie wegens omstandigheden

## VOORLOPIGE VOORZIENING

- Afgewezen: geen onmiskenbaar procedureel gebrek
- Maar: wel erkenning van recht op inzage in de onderzoeksdatasets van derden

stek

# HANDHAVING - TOEZEGGINGSBESLUITEN ACM

## TOEZEGGINGSBESLUIT OMS VOOR RADIOADVERTENTIES

- Schadetheorie: Bestedingsaandeelekortingen van OMS hebben aanzuigende werking op bestedingen van mediabureaus en adverteerders ten nadele van kleinere aanbieders
- OMS zegt toe om per 1.1.2020 te stoppen met bieden van deze kortingen
- Schadetheorie niet onderbouwd met analyse van de effecten en AEC-test

## TOEZEGGINGSBESLUIT JV PTA WORDT ONTBONDEN

- Schadetheorie: ACM zag gebrek aan operationele zelfstandigheid van PTA
- Wettelijk kader zorgt volgens ACM voor prikkel om grens te zoeken bij vorming volwaardige JV
- Toezegging: Iskes verkoopt 50% van haar aandelen aan Svitzer
- Opvallend is dat ACM erkent dat met deze toezegging niks verandert aan de concurrentie op de markt

stek

# OVERIGE RELEVANTE PUBLICATIES ACM

## ACM SLUIT ONDERZOEK NAAR GENEESMIDDELENFABRIKANT ABBVIE

- Geen toezeggingsbesluit, wel 3 specifieke toezeggingen

## TEN MINSTE DRIE ONDERZOEKEN IN DE PIJPLIJN

- 18 november 2019: invallen i.v.m. inkoopkartel in de agrarische sector
- 20 februari 2020: invallen i.v.m. inkoopkartel herbruikbare afvalstoffen
- 18 september 2020: invallen i.v.m. hybride kartel in woninginrichtingssector

## COVID19

- Samenwerken mag in uitzonderlijke omstandigheden
- Uitnodiging om met ACM te praten
- ACM zoekt naar balans en treedt niet op als balans gevonden is
- 12 juni 2020: ACM hervat bedrijfsbezoeken, verhoren en hoorzittingen
- En nu...?

stek

# OVERIGE RELEVANTE PUBLICATIES ACM

## CONCEPT LEIDRAAD DUURZAAMHEIDSAFSPRAKEN

- Doel: bieden van meer ruimte voor samenwerking op duurzaamheidsvlak
- Beschrijving van 3 mogelijkheden waarbij het verbod niet geldt voor duurzaamheidsafspraken
- Bijzondere status voor milieuschadeafspraken vs. andere duurzaamheidsafspraken: meewegen voordelen buiten de kring van gebruikers
- Beperkte noodzaak voor kwantificering van positieve effecten als:
  - Marktaandeel < 30%
  - Prima facie evidente voordelen die opwegen tegen nadelen
- Toezicht: overleg met de ACM wordt aangemoedigd en geen boetes worden opgelegd voor bona fide volgers van de leidraad
- Mlex: voorstel van de ACM zorgt voor verdeeldheid binnen de EU

stek

# TOETSING RECHTBANK ROTTERDAM – CAPITA SELECTA

## POSTNL SANDD - DE BESLUITEN

- ACM geeft geen vergunning aan PostNL
  - Prijzen voor zakelijke post en consumentenpost zullen stijgen
  - Overname niet noodzakelijk om UPD in stand te houden
  - Effecten mogelijk breder dan op postmarkt
- Staatssecretaris Keijzer geeft toestemming op de voet van artikel 47 Mededingingswet
  - Binnen 3 weken vergunning verstrekt
  - ACM verzocht om advies over het effect van mogelijk positief besluit
  - Vier gewichtige redenen van algemeen belang centraal

## RECHTBANK ROTTERDAM

- Procedure: geen vooringenomenheid, maar wel te weinig tijd (5 dagen) gegeven aan belanghebbenden voor reactie op PostNL toegangs aanbod
- Toetsingskader art. 47 Mw: aanzienlijke beoordelingsruimte vs hoge eisen aan voorbereiding en motivering
- Rechtbank verwacht een onderbouwing van 'daadwerkelijke bijdrage'

stek

# TOETSING RECHTBANK ROTTERDAM

- Bommetjes in ACM besluit met overwegingen risico's op aanpalende markten
- Rechtbank eist navraag bij ACM en is kritisch over termijn voor toepassing art. 47 Mw.
- Toetsing gewichtige redenen van algemeen belang
  - Continuïteit landelijke postdienstverlening
    - Verweerder mag niet zonder meer voorbij gaan ACMs oordeel inzake artikel 41, derde lid, Mw
    - Motivering ontbreekt waarom EZK PostNL informatie volgt en het standpunt van ACM niet
    - Rechtbank dwingt EZK om ACM besluit af te vallen
  - Belang van bescherming van afnemers
    - Risico van aanzienlijke stijging tarieven wordt niet geredimeerd met maximumrendement van 9% op gehele dienstverlening
    - Counterfactual van *failing firm* Sandd niet aannemelijk
  - Werkgelegenheid
    - Inconsistentie in besluit: kostenbesparing vs. bescherming arbeidsplekken lastig uit te leggen
- Vernietiging is enige optie volgens rechtbank
- Hoger beroep + nieuw besluit, inclusief nieuwe consultatie bij ACM

stek

# TOETSING CBB – CAPITA SELECTA

## KOEL- EN VRIESHUIZENSECTOR I: OPSLAG VAN VIS

- Hamvraag: heeft ACM vervaltermijn tijdig gestuit?
- In het aanvankelijke vermoeden moet het vermoeden van een overtreding op het gebied van opslag van vis besloten liggen + dit moet duidelijk zijn voor onderneming
- Onderzoeksdoel: *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*
- ACM komt goed weg: CBb oordeelt dat de formulering mede omvat de opslag van vis

stek



# TOETSING CBB – CAPITA SELECTA

## KOEL- EN VRIESHUIZENSECTOR II: VRUCHTENSAPPEN

- Hamvraag: heeft de ACM voldoende (markt)onderzoek gedaan naar omvang van de markt en bestaan van een afspraak tussen ondernemingen?
- Bepaling relevante markt is een instrument en geen doel op zich
- ACM heeft voldoende marktonderzoek gedaan om te kunnen beoordelen als sprake is van strekkingsbeperking
- Vervolg: beoordeling bij CBb van strekking en andere beroepsgronden

## NB: OPVALLEND VEEL VERNIETIGDE UITSPRAKEN VAN RB ROTTERDAM

- Uitspraak 18.2.2020: over procesbelang – hoger beroep kennelijk gegrond
- Uitspraak 18.2.2020: over publicatiebesluit – artikel 12v Instellingswet geldt ook voor openbaarmaking van besluiten waarin wordt afgezien van boeteoplegging
- Uitspraak 18.8.2020: boetematiging wegens Covid19 effecten

stek

# CIVIELE ZAKEN – CAPITA SELECTA

## VATFREE/SCHIPHOL (HOF AMSTERDAM)

- Weigering van Vatfree door Schiphol van toegang tot infrastructuur op luchthaven
- Hof stelt hoge eisen marktafbakening - SNIPP test noodzakelijk

## VBO/FUNDA (HOF AMSTERDAM)

- Zaak sneuvelt op stelplicht
- Gebruik van MEO-arrest als kader, maar is dat wel juist?
- *Self preferencing* op Funda is van andere orde dan andere online shops

## ACTION SPORT/NIKE (HOF AMSTERDAM)

- SDS van Nike blijft overeind
- Bevestiging van Coty arrest ook geldt voor producten zonder luxe-karakter

## CAMBUUR EN DE GRAAFSCHAP/KNVB (RB MIDDEN-NEDERLAND)

- Geen ruimte in KG voor mededingingsrechtelijke discussie over besluit KNVB

stek