



BESLUIT OPENBAAR

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar gericht tegen het besluit van 5 november 2014 met kenmerk ACM/DM/2014/206276.

Zaaknummer: 15.0072.53.1.01/2015202367

Datum:

1. Verloop van de procedure

- Op 11 april 2014 heeft Dynamic No-Break B.V. (hierna: Dynamic No-Break) een aanvraag om handhavend op te treden (hierna: Handhavingsverzoek, danwel Klacht) ingediend bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) in verband met een (mogelijke) overtreding van artikel 24 Mededingingswet (hierna: Mw) en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Het Handhavingsverzoek ziet met name op gedragingen van een viertal Nederlandse ondernemingen.¹ Dynamic No-Break heeft het Handhavingsverzoek op verschillende momenten aangevuld.²
- Na een vooronderzoek naar de Klacht, heeft ACM op 5 november 2014 een besluit genomen waarin ACM op grond van haar prioriteringsbeleid het Handhavingsverzoek heeft afgewezen. Dit vooronderzoek bestond uit deskresearch, zes informatieverzoeken en zes gesprekken. Dynamic No-Break heeft op 15 december 2014 pro forma bezwaar ingediend.³ ACM heeft daaropvolgend Dynamic No-Break in de gelegenheid gesteld gronden van bezwaar aan te vullen. Dynamic No-Break heeft op 2 maart 2015 de gronden aangevuld.⁴
- ACM heeft Dynamic No-Break en twee van de uitgenodigde fabrikanten van UPS-systemen (hierna: fabrikanten) gehoord op 30 maart 2015.⁵ Van deze hoorzitting is verslag opgemaakt,⁶ dat op 22 en 24 april 2015 aan partijen is verzonden.⁷

¹ Handhavingsverzoek, dossierstuk 2014101276.

² Aanvulling van 4 juli 2014 inzake handelswijze C, dossierstuk 2014309628; aanvulling van 13 augustus 2014 inzake een LinkedIn discussie inzake C, dossierstuk 2014305400; aanvulling van 9 september 2014 inzake nadere toelichting belang Dynamic No-Break bij handhaving, dossierstuk 22-2014306114; aanvulling van 15 oktober 2014 inzake nadere toelichting belang Dynamic No-Break bij handhaving, dossierstuk 2014307166; aanvulling van 27 oktober 2014 inzake handelswijze D, dossierstuk 2014309648; aanvulling van 28 oktober 2014 inzake handelswijze D, dossierstuk 2014309650.

³ Handhavingsverzoek, dossierstuk 2014309176.

⁴ Bezwaargronden, dossierstuk 2015100755.

⁵ ACM heeft alle vier mogelijke overtreders de mogelijkheid geboden gehoord te worden.

⁶ Hoorzittingsverslagen, dossierstukken 2015202245, 2015202246 en 2015202296.

⁷ Toezending hoorzittingsverslag, dossierstukken 2015202032, 2015202030, 2015202031 en 2015202291.



BESLUIT OPENBAAR

2. Betrokken partijen

4. Dynamic No-Break is gevestigd te Nijeveen⁸ en is een onafhankelijke serviceverlener voor onderbrekingsvrije stroomvoorzieningen (Uninterrupted Power Supply, hierna: UPS danwel UPS-systemen) boven 10 kilovoltampère⁹ in Nederland. Met behulp van een dergelijk systeem kan een gebruiker ook bij stroomuitval haar dienstverlening voortzetten.
5. Dynamic No-Break stelt de grootste problemen te ondervinden van A (statutair: "A"), gevestigd te [vertrouwelijk]¹⁰; B. (hierna: B), gevestigd te [vertrouwelijk]¹¹; C (hierna: C), gevestigd te [vertrouwelijk]¹²; D. (hierna: D), gevestigd te [vertrouwelijk]¹³; alsmede de direct dan wel indirect aan deze ondernemingen gelieerde rechtspersonen. Deze ondernemingen zijn alle fabrikant van UPS-systemen en verlenen alle service aan de door hen verkochte UPS-systemen.
6. Naast bovengenoemde fabrikanten en Dynamic No-Break zijn nog andere serviceverleners, (andere fabrikanten, aan fabrikant gelieerde spelers en onafhankelijke spelers), actief op het gebied van serviceverlening aan UPS-systemen boven 10 kVA.

2/17

3. Inhoud van het Handhavingsverzoek

7. Dynamic No-Break levert service aan UPS-systemen die bestaat uit preventief en correctief onderhoud. Correctief onderhoud betreft reparatie bij een defect aan een systeem, preventief onderhoud betreft het normale ingeplande onderhoud dat in nieuwe systemen wordt aangekondigd door een voorgeprogrammeerd alarm. Het correctieve onderhoud is daarbij tijdkritisch, aangezien het risico bestaat dat bij een stroomuitval de werkzaamheden bij de gebruiker van het UPS-systeem niet voortgezet kunnen worden. Bij dit onderhoud wordt gebruik gemaakt van merkspecifieke en niet-merkspecifieke producten.¹⁴ Voor de levering van merkspecifieke producten, onderdelen en software, stelt Dynamic No-Break altijd afhankelijk te zijn van de fabrikant van het desbetreffende UPS-systeem. Daarnaast is Dynamic No-Break wegens tijdsdruk ook afhankelijk van fabrikanten voor de levering van niet merkspecifieke onderdelen in het geval van correctief onderhoud. Fabrikanten weten op dat moment welke onderdelen geschikt zijn voor hun UPS-systeem. Dit kost volgens Dynamic No-Break in deze gevallen teveel tijd om zelf uit zoeken.

⁸ KvK: 04069125.

⁹ Hierna: kVA.

¹⁰ KvK: [vertrouwelijk].

¹¹ KvK.: [vertrouwelijk].

¹² KvK: [vertrouwelijk].

¹³ KvK: [vertrouwelijk].

¹⁴ Het betreft zowel onderdelen als software.



BESLUIT OPENBAAR

8. Dynamic No-Break geeft aan dat zij door fabrikanten belemmerd wordt in haar dienstverlening. Ten eerste geeft Dynamic No-Break aan dat fabrikanten weigeren reserve-onderdelen te leveren, althans weigeren binnen een redelijke termijn en tegen redelijke voorwaarden reserve-onderdelen leveren.¹⁵ Ten tweede geeft Dynamic No-Break aan afhankelijk te zijn van (software van) fabrikanten om een voorgeprogrammeerd alarm te resetten op het moment dat alarmen van UPS-systemen af gaan.¹⁶ Deze software wordt, aldus Dynamic No-Break eveneens niet door fabrikanten aan Dynamic No-Break geleverd.¹⁷ Daarbij dwingt een aantal fabrikanten in deze twee situaties Dynamic No-Break onderhoudscontracten af te sluiten.¹⁸ Dynamic No-Break kwalificeert dit als een vorm van koppelverkoop.¹⁹ Bovendien gebruiken fabrikanten volgens Dynamic No-Break informatie over bepaalde UPS-systemen (serienummers en naam klant) die zij van Dynamic No-Break ontvangen om deze klanten voor zichzelf te winnen. De handelwijze van fabrikanten leidt er volgens Dynamic No-Break toe dat de markt voor onderhoudsdiensten van UPS-systemen met een vermogen van meer dan 10 KVA in elk geval voor een aanzienlijk deel wordt afgeschermd voor Dynamic No-Break en levert volgens Dynamic No-Break misbruik van hun economische machtspositie op.²⁰
9. Dynamic No-Break vraagt ACM een onderzoek te starten en handhavend op te treden tegen fabrikanten in verband met een (mogelijke) overtreding van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU.

4. Het bestreden besluit

10. In het bestreden besluit is overwogen dat bij ACM meer signalen en klachten over gedragingen van ondernemingen binnenkomen dan zij aan onderzoek kan onderwerpen gezien de haar beschikbare tijd en middelen. ACM is daarom genoodzaakt om bij de behandeling van klachten een prioriteringsbeleid te hanteren.

¹⁵ Bezwaargronden, dossierstuk 2015100755, randnummer 15.

¹⁶ Daarmee geeft het UPS-systeem een standaard onderhoudsmoment aan. Het betreft een soort eierwekkers die daadwerkelijk een storend geluid afgeven. Zie bezwaargronden, dossierstuk 2015100755, randnummer 14.

¹⁷ Bezwaargronden, dossierstuk 2015100755, randnummer 14.

¹⁸ Op het moment dat Dynamic No-Break bijvoorbeeld onderdelen bestelt bij D wil D deze alleen leveren indien Dynamic No-Break een onderhoudscontract bij D afsluit en D dus een monteur kan langs sturen die deze onderdelen in het betreffende UPS-systeem kan inbouwen.

¹⁹ C levert alleen onderdelen indien een onderhoudscontract wordt afgesloten, dossierstuk 2014305293 en dossierstuk 2014309628. D levert alleen onderdelen en zet het voorgeprogrammeerde alarm alleen uit indien een onderhoudscontract wordt afgesloten, dossierstukken 2014309648 en 2014309650.

²⁰ Dynamic No-Break bakent deze markt op deze wijze af. ACM is in haar prioriteringsbesluit uitgegaan van deze markt, omdat na het vooronderzoek nog geen aanwijzingen naar voren zijn gekomen die tot een andere afbakening zouden moeten leiden. Wel geeft Dynamic No-Break aan dat de machtspositie van fabrikanten zou bestaan op de after-market voor reserve-onderdelen en technische informatie ten behoeve van UPS-systemen met een vermogen van meer dan 10 kVA.



BESLUIT OPENBAAR

11. Dit houdt in dat ACM na een vooronderzoek aan de hand van de weging van het algemeen belang, het individuele belang van de aanvrager en eventueel betrokken maatschappelijke belangen bepaalt of zij naar aanleiding van een Handhavingsverzoek nader onderzoek verricht. Het aldus bepaalde belang van nader onderzoek wordt daarbij integraal afgewogen tegen het belang van onderzoek in andere zaken.
12. Gelet op de opdracht die de wetgever aan ACM heeft gegeven, hecht ACM bij deze belangenafweging veel gewicht aan het algemeen belang. ACM bepaalt het algemeen belang dat betrokken is bij onderzoek van ACM aan de hand van een aantal prioriteringscriteria. Deze prioriteringscriteria zijn: het economisch belang, het consumentenbelang, de ernst van de vermoedelijke overtreding en de doeltreffendheid en de doelmatigheid van het onderzoek. Uit het vooronderzoek dat ACM heeft gedaan is gebleken dat een aanzienlijke inzet van mensen en middelen nodig zou zijn, aangezien het niet onaannemelijk is dat, naast het volledig in kaart brengen van de markt, een kostenonderzoek en een juridisch en economisch contextonderzoek nodig is om misbruik van een economische machtspositie vast te stellen. Gezien het geringe economische belang (door ACM geschat op maximaal EUR 10 miljoen), en het geringe consumentenbelang (er is sprake van een business-to-business markt), heeft ACM in het primaire besluit geconcludeerd dat de doelmatigheid van optreden in deze zaak gering is. Het belang van onderzoek in andere zaken prevaleert.

4/17

5. Bezwaargronden

Het niet (tijdig) leveren van onderdelen en software kwalificeert als misbruik van een economische machtspositie

13. Dynamic No-Break geeft aan dat fabrikanten onderdelen en software niet, dan wel te laat, leveren. Dynamic No-Break geeft aan dat aannemelijk is dat UPS-fabrikanten een machtspositie hebben en daarvan misbruik maken in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU. ACM zou dit met zoveel woorden erkennen in de oproep die ACM gestuurd heeft aan UPS-fabrikanten.²¹ Ook zou uit het Dossier naar voren komen dat fabrikanten op de after-market voor reserve-onderdelen en technische informatie ten behoeve van UPS-systemen met een vermogen van meer dan 10 kVA een machtspositie hebben en door middel van verschillende gedragingen hebben getracht (en nog steeds trachten) partijen als Dynamic No-Break uit te sluiten op het gebied van onderhoud en reparatie.²² ACM moet zich volgens Dynamic No-Break realiseren dat het gedrag van fabrikanten in het verleden al heeft geleid tot het verdwijnen van onafhankelijke leveranciers. Zo heeft [vertrouwelijk] in [vertrouwelijk]

²¹ Dossierstukken 2014206293, 2014206321, 2014405548, 2014206288, 2014206291, 2014206292 en 2014405550.

²² Volgens Dynamic No-Break is aannemelijk dat de relevante markt, waarop fabrikanten een economische machtspositie hebben, moet worden afgebakend als de after-market voor reserve-onderdelen en technische informatie ten behoeve van UPS-systemen met een vermogen van meer dan kVA. Dynamic No-Break zelf verleent alleen onderhoud en reparatie aan UPS-systemen boven 10 kVA.



BESLUIT OPENBAAR

[vertrouwelijk] overgenomen en later een deel van de boedel en contracten van de gefailleerde [vertrouwelijk] overgenomen.

Beginselplicht tot handhaving en algemene beginselen van behoorlijk bestuur`

Beginselplicht tot handhaving

14. Bestuursorganen als ACM zijn volgens Dynamic No-Break in beginsel gehouden handhavend op te treden indien zij geconfronteerd worden met een overtreding.²³ Daarbij mag ACM er volgens Dynamic No-Break bij de afweging van belangen niet voor kiezen af te zien van handhaving uitsluitend op grond van de geringe omvang van een overtreding.²⁴ Dynamic No-Break geeft aan dat in onderhavige situatie daarnaast geen sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan ACM mag weigeren te handhaven, althans dat ACM niet voldoende heeft gemotiveerd dat het afzien van handhaving of het doen van een gericht onderzoek gerechtvaardigd wordt.

Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur

15. Dynamic No-Break wijst op rechtspraak waaruit blijkt dat de ruimte een klacht af te wijzen wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁵ In dit specifieke geval heeft ACM volgens Dynamic No-Break in strijd met deze beginselen gehandeld. Daarbij geeft Dynamic No-Break specifiek aan dat ACM in strijd gehandeld zou hebben met het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het verbod op vooringenomenheid.

Zorgvuldigheid en motivering

16. ACM had volgens Dynamic No-Break een afweging moeten maken tussen de nadelige gevolgen voor Dynamic No-Break en de met het besluit te dienen doelen. Daarnaast zou een onderzoek door ACM doelmatig zijn, omdat het niet aannemelijk is dat het doen van gericht onderzoek onevenredig beslag zal leggen op de onderzoekscapaciteit van ACM en er een aanzienlijke kans bestaat dat het onderzoek tot de conclusie leidt dat één of meerdere UPS-fabrikanten in strijd heeft/hebben gehandeld met het verbod van misbruik van machtspositie.

²³ ECLI:NL:CBB:2010:BN4700, r.o. 7.2.1: ACM mag pas bij bijzondere omstandigheden afzien van handhaving.

²⁴ ECLI:NL:CBB:2011:BQ8708, r.o. 5.6.1, bevestigd door ABRvS: ECLI:NL:RVS2010:BN1943, r.o. 5.6.1: 'Gezien de uitleg die de Afdeling geeft aan de wettelijke bepalingen over toepassing van bestuursdwang en het opleggen van een last onder dwangsom, mag een bestuursorgaan er bij afweging van de belangen niet voor kiezen om af te zien van handhavend optreden uitsluitend omdat het een overtreding van geringe omvang betreft. Dit levert op zichzelf beschouwd geen bijzondere omstandigheid op. Wel is het mogelijk dat in een concrete situatie het belang bij handhaving van een overtreding van geringe omvang zodanig onevenredig is in verhouding tot de belangen die daartegen pleiten, dat van handhavend optreden moet worden afgezien. Dit zal moeten worden beoordeeld aan de hand van een afweging van alle in de concrete situatie spelende belangen.'

²⁵ ECLI:CBB:2010:BN4700, r.o. 7.2.5.1.



BESLUIT OPENBAAR

Vooringenomenheid

17. ACM zou volgens Dynamic No-Break in strijd met het verbod op vooringenomenheid gehandeld hebben, omdat één lid van het behandelteam halverwege het vooronderzoek van de zaak is gehaald en bovendien niet is vervangen. ACM zou daarmee de indruk hebben gewekt dat ACM niet voornemens was op het verzoek onderzoek te doen en handhavend op te treden in te gaan. Daarnaast zou vooringenomenheid blijken uit het feit dat ondanks duidelijke aanwijzingen voor het bestaan van een overtreding, ACM heeft besloten om het verzoek wegens gebrek aan prioriteit niet in behandeling te nemen.

Criteria prioriteringsbeleid niet of onjuist meegewogen

Ernst van de overtreding

18. Dynamic No-Break voert aan dat ACM in haar besluit niet is ingegaan op de ernst van de vermoedelijke overtreding. Als ACM dat wel gedaan had, dan was volgens Dynamic No-Break gebleken dat er sprake is van een (vermoedelijk) zeer ernstige overtreding die er rechtstreeks toe strekt een concurrent van de markt uit te sluiten.²⁶

Economisch belang

19. ACM zou volgens Dynamic No-Break daarnaast het economisch belang te beperkt hebben ingeschat. Het betreft een markt met een omvang van ruim EUR 30 miljoen per jaar. Niet alleen Dynamic No-Break schat de markt ruim in, maar ook andere spelers in de markt doen dat. Daarbij is ten onrechte het uitstralingseffect naar andere markten niet meegenomen. ACM heeft het feit dat er zich ook binnen andere after-markets eenzelfde problematiek afspeelt, terwijl ACM nog nooit een besluit heeft genomen omtrent after-markets, niet meegewogen. Zo zou hetzelfde probleem spelen bij verschillende medische instrumenten, melkmachines, meet- en regeltechnieken, motoren voor boten etc.. Hieraan is ACM zonder motivering voorbijgegaan.

Consumentenbelang

20. De constatering dat er sprake is van een business-to-business markt waarbij het consumentenbelang slechts indirect wordt geraakt en daardoor gering is, kan volgens Dynamic No-Break geen stand houden. Dit zou betekenen dat klachten ten aanzien van uitsluitingsmisbruiken zelden tot nooit in behandeling zouden worden genomen. Relevant daarbij is dat consumenten per dag meerdere keren gebruik maken van dienstverlening van bedrijven en instellingen voor wie UPS-systemen cruciaal zijn. De kosten voor de

²⁶ Dynamic No-Break wijst daarbij op de nadere toelichting van Dynamic No-Break van het belang bij een formeel onderzoek, dossierstuk 2014306114.



BESLUIT OPENBAAR

dienstverlening zouden doorberekend worden aan de consument, waardoor het consumentenbelang wel degelijk geraakt zou zijn.

Doelmatigheid

21. ACM heeft zich volgens Dynamic No-Break ten onrechte op het standpunt gesteld dat het in behandeling nemen van het verzoek niet doelmatig is en dat een onderzoek veel capaciteit zal vragen van ACM. ACM had het belang van Dynamic No-Break op grond van artikel 3:4 Awb daarbij moeten meewegen. Dynamic No-Break geeft aan dat ACM als complicerende factor aangeeft dat het moeilijk is om iets te bewijzen dat niet gebeurt, met andere woorden het niet of niet-tijdig leveren. Dynamic No-Break geeft aan dat ACM echter al een groot deel van de informatie heeft vergaard om een overtreding van artikel 24 Mw vast te kunnen stellen en de zaak relatief overzichtelijk is, waardoor een (vervolg)onderzoek naar alle waarschijnlijk niet een onevenredig beslag zou leggen op de onderzoekscapaciteit van ACM. Daarnaast is het voor ACM in tegenstelling tot voor Dynamic No-Break, gezien haar juridische mogelijkheden om informatie op te vragen bij UPS-fabrikanten, niet zozeer lastig om misbruik van een economische machtspositie in deze zaak te bewijzen.

Prioriteringscriteria in strijd met het Intel-arrest

22. Dynamic No-Break voert aan dat uit het Intel-arrest van het Gerecht²⁷ blijkt dat: 1. rechtstreeks consumentennadeel niet is vereist voor het vaststellen van misbruik van een economische machtspositie 2. het verbod zich tevens uitstrekt tot ingrijpen in de structuur van de markt 3. de omvang van de markt niet van belang is voor vaststelling van misbruik 4. de aanwezigheid van een onderneming met een machtspositie betekent dat iedere verdere aantasting van de mededingingsstructuur misbruik van machtspositie kan opleveren en 5. er geen merkbaarheidsvereiste bestaat.²⁸ Het is volgens Dynamic No-Break dan ook vreemd dat ACM het (geringe) consumentenbelang en economisch belang in haar prioriteringsbeleid gebruikt.²⁹

Handelen ACM in strijd met actieve opstelling die van ACM mag worden verwacht

23. Volgens Dynamic No-Break mag op grond van de jurisprudentie van ACM een actieve opstelling worden verwacht bij het onderzoeken van klachten.³⁰ Daarnaast heeft ACM niet voldoende kenbaar meegewogen dat Dynamic No-Break niet beschikt over een andere vorm van rechtsbescherming. Een civiele procedure is voor Dynamic No-Break onmogelijk wegens kosten. Daarnaast zijn civiele vorderingen gebaseerd op misbruik economische machtspositie bijna allemaal afgewezen door civiele rechters.³¹ Gezien het voorgaande en de relatief hoge

²⁷ Gerecht van 12 juni 2014, T-286/09 (*Intel*).

²⁸ Bijlage bij het hoorzittingsverslag, dossierstukken 2015202246 en 2015202291.

²⁹ Bijlage bij het hoorzittingsverslag, dossierstukken 2015202246 en 2015202291.

³⁰ ECLI:NL:CBB:2010:BN4700, r.o. 7.2.5.1.

³¹ Een typerende uitspraak is volgens Dynamic No-Break: ECLI:NL:RBROT:2014:8245.



BESLUIT OPENBAAR

kans van slagen van de vaststelling van de overtreding door ACM, had ACM het verzoek in behandeling moeten nemen.

Ten onrechte is ACM niet afgeweken van haar prioriteringsbeleid nu toepassing van dit beleid DNB onevenredig benadeelt.

24. Uit artikel 4:84 Awb vloeit volgens Dynamic No-Break voort dat ACM van haar prioriteringsbeleid kan afwijken als het volgen van dit beleid onevenredige gevolgen voor belanghebbende teweegbrengt in verhouding met de door het prioriteringsbeleid te dienen doelen. Dynamic No-Break is zich ervan bewust dat ACM het schriftelijk vastgestelde beleid heeft ingetrokken, maar geeft aan dat ACM het beleid nog steeds hanteert. Het doel van het ingetrokken beleid was het efficiënt inzetten van onderzoekscapaciteit en het in staat stellen van ACM om een keuze te maken over welke signalen en klachten zij zal onderzoeken. Dit is volgens Dynamic No-Break in dit geval geoorloofd en geboden. Eerder hebben partijen de markt moeten verlaten. Dynamic No-Break wordt echter geen rechtsbescherming geboden, terwijl het volgens Dynamic No-Break aannemelijk is dat er sprake is van een overtreding van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU.

Alsnog handhaven en vergoeding kosten

25. Dynamic No-Break vraagt het besluit te herroepen en alsnog op te treden tegen het veronderstelde misbruik door fabrikanten van machtspositie op de relevante markt.³² Tevens verzoekt zij om vergoeding van de kosten ex artikel 7:15 Awb.

6. Beoordeling ACM

Beknopt overzicht van activiteiten op het gebied van onderhoud en reparatie aan UPS-systemen boven 10 kVA

26. Alvorens tot beoordeling van de bezwaren van Dynamic No-Break over te gaan, zal ACM eerst een beeld geven van het gebied waarop Dynamic No-Break werkzaam is.
27. De totale waarde van activiteiten die plaatsvinden op het gebied van onderhoud en reparatie aan UPS-systemen boven 10 kVA in Nederland bedraagt naar schatting EUR 38 miljoen.³³ Dit

³² Bezwaargronden, dossierstuk 2015309176, randnummer 68: 1. UPS-fabrikanten verplichten om op objectieve, redelijke, transparante en niet-discriminatoire voorwaarden reserve-onderdelen te leveren aan Dynamic No-Break 2. UPS-fabrikanten verplichten om software, technische gegevens, dan wel alle andere benodigde gegevens te verstrekken, waarmee Dynamic No-Break de door UPS-fabrikanten geïnstalleerde interne alarmen kan resetten 3. Een boete op te leggen aan UPS-fabrikanten wegens misbruik maken van hun economische machtspositie zoals bedoeld in artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU. In de hoorzitting is aan de orde gekomen dat levering tegen redelijke voorwaarden binnen een redelijke termijn/een X aantal dagen zou moeten geschieden, dossierstuk 2015202246, p.17 en dossierstuk 2015202291 p. 15-16.

³³ Zie Besluit op Aanvraag, Dossierstuk 2014206277, randnummer 16.



BESLUIT OPENBAAR

wordt door geen van de betrokken partijen betwist.³⁴ Dynamic No-Break en fabrikanten zijn alle actief op dit gebied. Het is van belang vast te stellen dat er alleen in Nederland al ten minste acht fabrikanten zijn die actief zijn op dit gebied en dat er naast Dynamic No-Break nog ten minste zes andere (onafhankelijke) spelers op dit gebied opereren.³⁵

28. Dynamic No-Break kiest ervoor een onafhankelijke serviceverlener te zijn, dat wil zeggen dat zij zich niet bindt aan één bepaalde fabrikant. Deze bedrijfsvoering kan voordelen bieden ten aanzien van klanten die apparaten van verschillende fabrikanten in huis hebben.³⁶ Ook fabrikanten verlenen overigens service op elkaars systemen, daar ook de klanten van deze fabrikanten soms meerdere merken UPS-systemen in huis hebben.³⁷
29. Dynamic No-Break is voor een deel van haar dienstverlening op verschillende manieren afhankelijk van fabrikanten. Het betreft afhankelijkheid bij de levering van onderdelen en afhankelijkheid bij het afzetten van voorgeprogrammeerde alarmen.³⁸ Alleen fabrikanten beschikken over de merkspecifieke producten voor UPS-systemen van het betreffende merk en zij zijn de enige partij die deze producten kunnen leveren. Daarnaast zijn fabrikanten, in het geval van correctief onderhoud, degenen die weten welke onderdelen nodig zijn voor het plegen van dit correctieve onderhoud. Sommige fabrikanten geven daarbij aan geen onderdelen en/of software te leveren zonder dat Dynamic No-Break een onderhoudscontract met deze fabrikanten afsluit. Daarnaast verleent Dynamic No-Break diensten met behulp van vrij verkrijgbare producten.
30. Het hiervoor besproken beeld van activiteiten geeft ACM niet aanstonds aanleiding te veronderstellen dat er op dit gebied sprake kan zijn van een economische machtspositie in de zin van 24 Mw. ACM merkt hierbij op dat het feit dat Dynamic No-Break afhankelijk is van een

9/17

³⁴ De Europese Commissie heeft in COMP/M.5886 Emerson Electric / Chloride Group bepaald dat er een markt bestaat voor onderhoud en reparatie van UPS-systemen boven 10 kVA. Over een mogelijke verdere onderverdeling in markten per merk werd niets gezegd. Daarnaast werd in het midden gelaten of er sprake was van een nationale markt. ACM is voor de beoordeling van deze zaak uitgegaan van de waarde van activiteiten in Nederland. Partijen hebben ook dit niet betwist. Wel heeft Dynamic No-Break aangegeven dat zij voor elke fabrikant afzonderlijk een machtspositie op de after-market voor reserve-onderdelen en technische informatie ten behoeve van UPS-systemen met een vermogen van 10 kVA aannemelijk achten.

³⁵ Handhavingsverzoek, Dossierstuk 204202376, randnummer 33: Dynamic No-Break geeft aan dat ook fabrikanten E, F, G, H en nog een aantal overige fabrikanten service verlenen. Daarnaast bestaan er ten minste nog de serviceproviders Elinex, E-Tec, X-ICT, B&A Services, SIM Holland en E-Power.

³⁶ Hoorzittingsverslag, dossierstuk 2015202296, p. 12.

³⁷ A geeft aan wel aan cross-servicing te doen, maar alleen preventief, dossierstuk 2015200585; B geeft aan in beperkte mate zowel preventief als correctief aan cross-servicing te doen, dossierstuk 2014309612; C geeft aan zelden en via derden met kennis aan cross-servicing te doen, dossierstuk 2014309697; D geeft aan dat hij in de basis niet aan cross-servicing doet, maar dit wel voorkomt. In het geval er merkspecifieke kennis vereist is, schakelt D daarvoor derden in, dossierstuk 2015200586. Zie ook COMP/M.5886 Emerson Electric / Chloride Group randnummer 22, waarin de Europese Commissie heeft aangegeven dat cross-servicing voor komt.

³⁸ D bevestigt in de hoorzitting het bestaan van dit voorgeprogrammeerde alarm en het niet leveren van de benodigde software om dit alarm uit te zetten, dossierstuk 2015202296, p. 4. C geeft aan dat geen voorgeprogrammeerde alarmen bestaan waarvoor software nodig is voor het uitzetten daarvan, en dus afhankelijkheid van C bestaat, dossierstuk 2015302825. Dit duidt op een mindere mate van afhankelijkheid bij een speler als C ten opzichte van een speler als D. Het werkgebied waar Dynamic No-Break onafhankelijk kan opereren zou daarmee groter zijn dan Dynamic No-Break aangeeft. Vervolgonderzoek zou nodig zijn om de werkelijke afhankelijkheid in kaart te brengen.



BESLUIT OPENBAAR

fabrikant, nog niet betekent dat fabrikant zich onafhankelijk kan gedragen. Om vast te stellen dat een fabrikant over een machtspositie beschikt, moet komen vast te staan dat deze zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, haar leveranciers, haar afnemers of de eindgebruikers kan gedragen. ACM wil hierbij opmerken dat dit in de gegeven constellatie enkel het geval zou kunnen zijn indien sprake zou zijn van afzonderlijke merkspecifieke servicemarkten, zodanig dat afnemers bij de aankoop van UPS-systemen geen rekening houden met servicekosten en vervolgens als het ware *locked-in* zijn. In een fusiezaak waarin de Europese Commissie naast de markt voor UPS-systemen ook de markt voor after-sales services moest beoordelen, heeft de Commissie deze dienstenmarkt in zijn geheel gezien en geen nader onderscheid gemaakt. De Commissie liet ook in het midden of de geografische markt de EER omvatte dan wel nationaal van aard was. Voor de zeer enge afbakening van markten die Dynamic No-Break voorstaat, kan ACM derhalve geen steun vinden in de beschikkingenpraktijk van de Commissie.³⁹

10/17

Beginselplicht tot handhaving en Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur

Beginselplicht tot handhaving

31. De beginselplicht tot handhaving bestaat op het moment dat ACM een overtreding heeft geconstateerd.⁴⁰ ACM heeft het bestaan van misbruik van een economische machtspositie niet vastgesteld. Het door ACM uitgevoerde vooronderzoek was er niet op gericht een overtreding vast te stellen en heeft ook niet voldoende concrete aanwijzingen opgeleverd om te veronderstellen dat vaststelling van een overtreding met slechts geringe onderzoeksinspanning plaats zou kunnen vinden. Op grond van prioritering heeft ACM er daarom voor gekozen niet te starten met een nader onderzoek.
32. ACM heeft weliswaar in een brief aan verschillende fabrikanten aangegeven dat zij zorgen heeft over een *mogelijk* ongelijk speelveld op de markt voor onderhouds- en reparatiediensten aan UPS-systemen. Daarbij heeft ACM aangegeven dat zij deze markt scherp in de gaten zal blijven houden en een beroep doet op betreffende fabrikant om te zorgen voor een gelijk speelveld voor zover het door fabrikant geproduceerde UPS-systemen betreft. ACM heeft daarmee getoond oog te hebben voor het belang van onafhankelijke spelers op het gebied van after-sales services. ACM heeft daarmee echter niet vastgesteld dat er sprake is van misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU. Van een verplichting voor ACM om tot handhaving over te gaan, zoals Dynamic No-break aanvoert, is dan ook geen sprake.

³⁹ Beschikking van de Commissie van 24 augustus 2010, COMP/M.5886 Emerson Electric / Chloride Group.

⁴⁰ ECLI:NL:CBB:2010:BN4700, r.o. 7.2.1: 'Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving zal, in geval van geconstateerde overtreding van een of meer van deze regels, NMa ook gebruik moeten maken van zijn bevoegdheden in de Mw om deze regels te handhaven.'



BESLUIT OPENBAAR

Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur

Zorgvuldigheid en motivering

33. ACM heeft bij de besluitvorming het belang van Dynamic No-Break meegewogen, maar dit is niet in het genomen besluit weergegeven.⁴¹ Voor zover dit onvoldoende in het bestreden besluit tot uitdrukking is gebracht, stelt ACM vast dat de concurrentiepositie van Dynamic No-Break door het handelen van fabrikanten beïnvloed kan worden. De concurrentiepositie van Dynamic No-Break wordt echter niet op zodanige wijze beïnvloed dat ACM, gezien de andere meespelende belangen, dient te komen tot een ander besluit dan het besluit van 5 november 2014.⁴²
34. ACM heeft daarbij meegewogen dat het doen van verder gericht onderzoek, anders dan Dynamic No-Break stelt, onevenredig beslag zal leggen op de onderzoekscapaciteit van ACM. Het onderzoek zal zich immers moeten uitstrekken tot het afbakenen van markten en het vaststellen van de verbanden tussen verschillende (deel)markten, alsmede het vaststellen van de gevolgen die de gedragingen mogelijk hebben op het gebied van onderhoud en reparatie aan UPS-systemen boven 10 kVA in Nederland. Tevens is meegewogen dat ACM de kans gering acht dat de daadwerkelijke mededinging op het gebied van onderhoud en reparatie van UPS-systemen boven 10 kVA in Nederland wordt uitgeschakeld.⁴³

Vooringenomenheid

35. Het voeren van een prioriteringsbeleid impliceert dat serieuze verzoeken om handhaving kunnen worden afgewezen, maar dat betekent niet dat ACM vooringenomen zou handelen. ACM heeft het handavingsverzoek naar behoren in behandeling genomen. Het staat ACM vrij haar middelen en mensen op een zo efficiënt mogelijke manier te verdelen. Van belang is niet hoeveel of welke mensen er op enig moment aan de zaak werken, het gaat om de vraag of het resultaat van het vooronderzoek de genomen prioriteringsbeslissing kan dragen. Dynamic No-Break geeft aan dat ACM onvoldoende vooronderzoek zou hebben verricht, maar geeft anderzijds aan dat ACM met weinig vervolgonderzoek vast zou kunnen stellen dat er sprake is van een overtreding. Wat hiervan zij, gezien de deskresearch, de hoeveelheid informatieverzoeken en de gesprekken die hebben plaatsgevonden, heeft ACM voldoende informatie vergaard om tot een zorgvuldige beslissing op de aanvraag van Dynamic No-Break te kunnen komen. ACM heeft dan ook niet vooringenomen gehandeld.

⁴¹ ACM heeft tijdens het vooronderzoek het belang van Dynamic No-Break zeker voor ogen gehad. ACM heeft daarom grondig vooronderzoek gedaan om zo het algemene belang, het belang van Dynamic No-Break en andere mogelijk spelende maatschappelijke belangen tegen elkaar af te kunnen wegen.

⁴² Besluit op Aanvraag, dossierstuk 2014206277: zie randnummer 44 e.v. voor afweging meespelende belangen.

⁴³ Richtsnoeren handavingsprioriteiten artikel 82 EG-Verdrag, randnummer 5 en 85.



BESLUIT OPENBAAR

Prioriteringsbeleid

Ernst van de overtreding

36. ACM heeft de activiteiten op het gebied waarop Dynamic No-Break werkzaam is en de gedragingen van fabrikanten beschreven. Hieruit blijkt niet dat sprake is van een overtreding, laat staan van een zeer ernstige overtreding zoals Dynamic No-Break stelt. Het niet (tijdig) leveren van software en onderdelen levert problemen op in de huidige werkwijze van Dynamic No-Break, maar schakelt daarmee een daadwerkelijke mededinging op het gebied van onderhoud en reparatie aan UPS-systemen boven 10 kVA in Nederland niet uit. Het is niet vastgesteld dat Dynamic No-Break en andere bedrijven die enkel service verlenen hun werkzaamheden niet kunnen voortzetten. Er zijn meerdere serviceverleners die niet tevens fabrikant zijn actief op het gebied van onderhoud en reparatie aan UPS-systemen boven 10 kVA in Nederland.⁴⁴ Voor een groot deel van de werkzaamheden kan Dynamic No-Break onafhankelijk van fabrikanten opereren en het niet (tijdig) geleverd krijgen zou op te lossen zijn door het neerzetten van een tijdelijk systeem en/of het inschakelen van een bedrijf met kennis van het systeem waardoor wel geleverd wordt.⁴⁵ Daarnaast is van belang dat fabrikanten ook service verlenen aan andere systemen.⁴⁶ Dit betreft weliswaar voor het grootste gedeelte preventief onderhoud en soms worden derden ingeschakeld, maar hieruit blijkt dat er ook tussen de verschillende fabrikanten concurrentie plaatsvindt op de markt voor onderhoud en reparatie.

Economisch belang

37. ACM heeft in haar besluit alleen gekeken naar het economisch belang met betrekking tot het gedeelte van de markt gemoeid met correctief onderhoud met behulp van merkspecifieke onderdelen. Het economisch belang dat dit gedeelte van de markt vertegenwoordigt stelde ACM vast op EUR 8 miljoen, waardoor een ruimhartige benadering leidde tot de vaststelling van EUR 10 miljoen.
38. ACM onderkent dat deze benadering wellicht onvolledig is geweest, maar de heroverweging leidt niet tot een andere conclusie. Het economisch belang dat gemoeid is met de gedragingen die volgens Dynamic No-Break misbruik opleveren wordt vastgesteld aan de

⁴⁴ Handhavingsverzoek, dossierstuk 204202376: Bv. Elinex, E-Tec, X-ICT, B&A Services, SIM Holland, E-Power.

⁴⁵ Dossierstuk 2014309697: C geeft aan dat onderhouds- en reparatiewerkzaamheden voor 60% uit het vervangen van batterijen, welke niet merkspecifiek zijn, bestaat. Dit wordt bevestigd door Dynamic No-Break, waarbij wel in aanmerking moet worden genomen dat Dynamic No-Break afhankelijk is van fabrikanten voor het uitzetten van het voorgeprogrammeerde alarm. Hoorzittingsverslag, dossierstuk 2015202246, p. 9. Dossierstuk 2015200584: B&A (een onafhankelijke serviceprovider) geeft aan dat het mogelijk is een tijdelijk systeem neer te zetten.

⁴⁶ Zoals al in voetnoot 37 aan de orde is gekomen: A geeft aan wel aan cross-servicing te doen, maar alleen preventief, dossierstuk 2015200585; B geeft aan in beperkte mate zowel preventief als correctief aan cross-servicing te doen, dossierstuk 2014309612; C geeft aan zelden en via derden met kennis aan cross-servicing te doen, dossierstuk 2014309697; D geeft aan dat hij in de basis niet aan cross-servicing doet, maar dit wel voorkomt. In het geval er merkspecifieke kennis vereist is, schakelen D daarvoor derden in, dossierstuk 2015200586.



BESLUIT OPENBAAR

hand van de grootst mogelijk relevante markt. De totale servicemarkt heeft naar schatting van ACM een omvang van ca. EUR 38 miljoen. De economische belangen die mogelijk gemoeid met gedragingen van beklaagden en de invloed hiervan op de Nederlandse economie zijn evenwel beperkter. De gedragingen hebben immers geen invloed op de gehele omvang van de markt. Voor een groot gedeelte van de markt is Dynamic No-Break namelijk niet afhankelijk van fabrikanten. Bovendien is, naarmate de relevante markt ruimer wordt genomen, de aanwezigheid van een economische machtspositie in deze zaak onwaarschijnlijker.

39. ACM ziet niet in waarom zij, zoals Dynamic No-Break stelt, gezien een uitstralingseffect naar andere after-sales 'markten' deze zaak op zou moeten pakken. Van ACM kan niet worden verwacht dat zij, gezien haar capaciteit, andere genoemde markten bij het onderzoek betreft. ACM heeft vanuit andere gebieden geen signalen en/of klachten dan wel informatie via andere wegen ontvangen waaruit ACM zou moeten afleiden dat de door Dynamic No-Break aan de orde gestelde kwestie een wijd verbreid probleem zou zijn. ACM ziet dan ook geen aanleiding om op grond van een signaalfunctie in deze zaak normstellend op te treden.

Consumentenbelang

40. Dynamic No-Break heeft erop gewezen dat de constatering dat sprake is van een business-to-businessmarkt niet uitsluit dat het consumentenbelang geraakt wordt. Dat is op zichzelf juist, maar neemt niet weg dat ACM in het onderhavige geval een zeker gewicht mag toekennen aan het feit dat de consument indirect en hooguit in lichte mate geraakt wordt. Dat het gedrag waarvan Dynamic No-Break stelt hinder te ondervinden leidt tot een kostenstijging die de gebruikers van UPS-systemen aan de consument doorberekenen, staat allerm minst vast. Daarnaast voert Dynamic No-Break aan dat een ononderbroken stroomvoorziening voor de dienstverlening van de gebruikers van UPS-systemen aan hun klanten van groot belang is, maar gesteld noch gebleken is dat de gedragingen van fabrikanten waarop het Handhavingsverzoek ziet voor de continuïteit van de stroomvoorziening een bedreiging zouden vormen. Dat zou trouwens rechtstreeks tegen het eigen belang van de fabrikanten indruisen. ACM ziet derhalve geen aanleiding om in bezwaar af te wijken van het standpunt in het primaire besluit dat het consumentenbelang gering is.

Doelmatigheid

41. ACM acht het gezien de geschetste situatie niet doelmatig een vervolgonderzoek te starten. ACM heeft daarbij het belang van Dynamic No-Break wel degelijk meegewogen. ACM stelt zich op het standpunt dat niet vast staat dat het verdwijnen van andere onafhankelijke aanbieders van de markt zijn oorzaak vindt in de gedragingen van fabrikanten, en niet in andere mogelijke factoren zijn oorzaak vond.
42. Op grond van de door Dynamic No-Break verstrekte informatie en de door ACM verworven



BESLUIT OPENBAAR

informatie in haar vooronderzoek en in de bezwaarprocedure komt ACM tot de volgende afweging.

43. Allereerst is, gezien de informatie waarover ACM beschikt, een inbreuk in de vorm van de ('constructieve') leveringsweigering van onderdelen en software niet aannemelijk, nu niet aanstonds is gebleken dat de daadwerkelijke mededinging met betrekking tot serviceverlening door de fabrikanten van UPS-systemen wordt uitgeschakeld. Overigens ziet ACM ook geen aanleiding tot het doen van een afzonderlijk nader onderzoek naar de gestelde 'koppelverkoop'. Dit element van het Handhavingsverzoek ziet immers op de koppeling van levering van onderdelen en software aan een door de serviceverlener te sluiten onderhoudscontract. Daarmee gaat het in feite om niets anders dan de 'constructieve weigering' die ACM al in haar beoordeling betreft.
44. Voorts hebben fabrikanten hun beleid op het gebied van after-sales service toegelicht en argumenten naar voren gebracht die bij een nader onderzoek in de analyse betrokken zouden dienen te worden. C geeft bijvoorbeeld aan het niet verantwoord te vinden service anders dan het vervangen van batterijen door andere partijen te laten uitvoeren.⁴⁷ Ook A geeft aan dat voor correctief onderhoud specifieke kennis nodig zou zijn.⁴⁸ Daarnaast is tijdens de hoorzitting duidelijk geworden dat D genoeg mankracht heeft om de service aan zijn UPS-systemen te verlenen en dit dan ook graag zelf doet voor zover er specifieke kennis nodig is van de systemen.⁴⁹ Zo ziet D de markt verschuiven naar een situatie waarbij andere aspecten (waaronder onderhoud) al bij de aankoop van het UPS-systeem aan de orde komen.⁵⁰
45. Er lijkt dus een tendens op het gebied van UPS-systemen boven 10 kVA te ontstaan waarbij fabrikanten ook bij de aankoop van een UPS-systeem, onderhoud al ter sprake brengen. Dit heeft consequenties voor de marktafbakening en draagt ertoe bij dat de uitkomst van een nader onderzoek naar de relevante markt(en) niet op voorhand vaststaat. Hetzelfde geldt ten aanzien van een nader onderzoek naar het beweerde misbruik, zoals de schade voor de gebruikers. Het is op voorhand niet duidelijk dat de gedragingen waarover Dynamic No-Break klaagt niet objectief gerechtvaardigd zijn in verband met het bewaken van de kwaliteit van het systeem in kwestie en de reputatie van de fabrikant op het aspect van veiligheid en betrouwbaarheid.⁵¹

⁴⁷ Antwoorden op informatieverzoek C, dossierstuk 2014309609, vraag 9.

⁴⁸ Gespreksverslag A, dossierstuk 2015200585, p. 3.

⁴⁹ Antwoorden op vragen D, dossierstuk 2014309624, vraag 6: Voor cruciale onderdelen is het noodzakelijk om de juiste kennis hiervan te hebben op component niveau. Gespreksverslag D, dossierstuk 2015200586, p. 2: Voor specifieke zaken dienen merkfabrikanten zelf te worden ingeschakeld. Hoorzittingsverslag, dossierstuk 2015, randnummer.

⁵⁰ Gespreksverslag D, dossierstuk 2015200586, p. 2.

⁵¹ Antwoorden informatieverzoek C, dossierstuk 2014309697, vraag 14: 'Voor andere typen diensten is gedetailleerde kennis van de technologie van het relevante UPS-systeem vereist. In het licht van de betrokken veiligheidsrisico's, verstrekt C de vereiste software en reserveonderdelen slechts aan haar ASP, die de benodigde kennis en ervaring heeft om het optimale functioneren van C's UPS-systemen en de veiligheid van het systeem en de gebruikers te garanderen. Dit is zeer belangrijk vanwege de essentiële en kritische functie die UPS-systemen van C vervullen in de processen van de eindgebruikers (bijvoorbeeld ziekenhuizen, datacenters en fabrieken).' Antwoorden informatieverzoek H



BESLUIT OPENBAAR

46. Ten slotte zou, anders dan Dynamic No-Break veronderstelt, voor een dergelijk nader onderzoek een aanzienlijke inzet van middelen nodig zijn. Zoals eerder gesteld zou dit een kostenonderzoek en een juridisch en economisch contextonderzoek vergen. Reeds het afbakenen en in kaart brengen van de werking van de markt en aangrenzende markten legt een groot beslag op de aanwezige onderzoekscapaciteit. Daarbij zou onder andere duidelijk moeten worden wat de gevolgen van de gedragingen op lange termijn zijn op de daadwerkelijke mededinging op het gebied van onderhoud en reparatie van UPS-systemen boven 10 kVA in Nederland en of er mogelijk een rechtvaardiging bestaat voor het niet leveren van producten. Daarbij kunnen de verschillende fabrikanten niet over één kam geschoren worden, daar al gebleken is dat zij geen uniform beleid voeren. Ten aanzien van elk van hen zal voldoende bewijs moeten worden geleverd.

Prioriteringscriteria consumentenbelang en economisch belang in het licht van het Intel-arrest

47. Het is volgens Dynamic No-Break vreemd dat ACM, gezien de *Intel*-uitspraak, het (geringe) consumentenbelang en economisch belang in haar prioriteringsbeleid gebruikt. Dat het Gerecht heeft aangegeven dat rechtstreeks nadeel voor consumenten niet aangetoond hoeft te worden bij de vaststelling van misbruik van een economische machtspositie als aan de orde was in de *Intel*-zaak, wil echter niet zeggen dat het consumentennadeel geen prioriteringscriterium kan zijn waaraan ACM zou kunnen toetsen. Hetzelfde geldt voor de overige prioriteringscriteria. Deze criteria komen in een vroeg stadium van het onderzoek aan bod en vallen niet samen met de elementen die deel uitmaken van de bewijslast voor het vaststellen van een overtreding in een sanctiebesluit. Voor zover Dynamic No-Break beoogt te betogen dat het *Intel*-arrest het ACM eenvoudiger maakt om een overtreding van artikel 102 VWEU vast te stellen, wijst ACM op de intensieve toetsing door het Gerecht van de bewijsvoering van de Commissie in het arrest.⁵²

Actieve opstelling en afwijken van prioriteringsbeleid

48. Van ACM kan een actieve opstelling worden verwacht bij het onderzoeken van klachten.⁵³ ACM heeft zich naar aanleiding van het handhavingsverzoek niet op het standpunt gesteld dat Dynamic No-Break tekort is geschoten in het onderbouwen van haar Handhavingsverzoek. ACM heeft een vooronderzoek verricht. Met dit vooronderzoek heeft ACM aan deze actieve opstellingsverplichting voldaan. Het resultaat van dit vooronderzoek gaf onvoldoende aanleiding het onderzoek voort te zetten.

2014309679, vraag 12: 'Apparatuur is en blijft gevaarlijk omdat onjuiste handeling tot kortsluiting kan leiden en daarom moet er altijd een gekwalificeerd persoon bijkomen en omdat niet elk systeem van verschillende merken gelijk is is het lastig om zo maar te gaan sleutelen. Hoorzittingsverslag, dossierstuk 2015202296 p. 8 en dossierstuk 2015202246, p.10-11.

⁵² ACM merkt voorts op dat de zaak Intel een andere soort gedragingen en uitsluiting betreft, namelijk (exclusiviteits)kortingen.

⁵³ ECLI:NL:CBB:2010:BN4700, r.o. 7.5.1.



BESLUIT OPENBAAR

49. Naar het oordeel van ACM heeft Dynamic No-Break onvoldoende onderbouwd waarom haar individuele belang zo zwaar weegt dat van het normale afwegingskader moet worden afgeweken. ACM wijst er in dit verband op dat het haar taak is de concurrentie te beschermen met het oog op het belang gemoeid met de consumentenwelvaart, en niet de concurrentiepositie van individuele bedrijven. De positie die Dynamic No-Break en andere niet aan één fabrikant gebonden serviceverleners innemen op het gebied van onderhoud en reparatie aan UPS-systemen boven 10 kVA, is door ACM mede in de afweging betrokken. Bovendien is niet gebleken dat er voor deze spelers geen plaats meer is.

Conclusie

50. Gelet op het voorgaande komt ACM tot de conclusie dat zij op grond van de belangen afgewogen in het kader van prioritering, het verzoek om nader onderzoek te doen en handhavend op te treden op goede gronden kan afwijzen, zodat het bestreden besluit in stand dient te worden gelaten.

Alsnog handhaven en vergoeding kosten

51. ACM acht, gezien haar conclusie, geen termen aanwezig het verzoek tot vergoeding van kosten te honoreren.



**BESLUIT
OPENBAAR**

7. Besluit

Autoriteit Consument en Markt

- Verklaart de bezwaren van Dynamic No-Break tegen het besluit van 5 november 2014, onder aanvulling van motivering, ongegrond.

Den Haag, 30 april 2015

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Juridische Zaken

17/17

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA, 's-Gravenhage.