

## VOORWOORD BIJ DE ZESDE DRUK

De titel Tekst & Commentaar Mededingingswet dekt al sinds de vorige druk de lading van deze uitgave niet echt meer. In feite gaat het om commentaar bij de Mededingingswet, de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, de Wet Markt & Overheid en teksten van andere wet- en regelgeving die in de mededingingsrechtelijke praktijk van belang zijn. Eén van de functies van deze uitgave is immers het commentaar op de kern van het Nederlandse mededingingsrecht te combineren met de publicatie van alle wet- en regelgeving die voor toepassing van de mededingingsregels relevant zijn. Zo is het relevante geheel voor gebruikers steeds gemakkelijk toegankelijk, zowel elektronisch als in boekvorm.

Zoals bekend, wordt de online uitgave in beginsel ieder half jaar geactualiseerd. De nieuwe papieren drukken verschijnen met langere tussenpozen. Zij bieden de gelegenheid de commentaren wezenlijker te herzien en bij te werken. Deze zesde druk verschijnt ruwweg twee jaar na het verschijnen van de vorige (vijfde) druk. De ontwikkelingen over de tussenliggende twee jaar overziend, constateert de redactie dat die verschijningsfrequentie voor de papieren versie passend is. Ook als de wet- en regelgeving over de tussenliggende periode niet wezenlijk verandert, gebeurt er genoeg op het gebied van de praktijk van de mededingingsautoriteiten en in de rechtspraak van de Nederlandse en EU rechters. Over de afgelopen periode werd de ACM praktijk zoals die vorm heeft gekregen op basis van de Werkwijze digitaal onderzoek bijvoorbeeld getoetst in enkele kort geding vonnissen. Ook ontluikt eindelijk de Markt & Overheid praktijk, zowel op basis van besluiten van de ACM als op basis van uitspraken van met name de rechtbanken.

De vijfde druk bleek de laatste druk die Jolling de Pree als redacteur mede verzorgde. Jolling heeft 4 drukken als redacteur begeleid en is daarmee voor deze uitgave recordhouder. Wij danken hem van harte voor zijn consistente inspanningen over een periode van meer dan 10 jaar. Na het vertrek van Jolling is het redactieteam versterkt door de toetreding van redacteur Monique van Oers.

Wij bedanken op deze plek ook graag de auteurs die voor deze uitgave bereid zijn geweest artikelen van commentaar te voorzien, te weten: W.B. van Bockel, J. Bootsma, P.B. Gaasbeek, O.J.D.M.L. Jansen, E.G.A. Lamboo, S.B. Noë, C.E. Schillemans, P.J. Slot en Y.R.Ch. de Vries. Het commentaar is aangepast aan wijzigingen in de opgenomen regelingen en belangrijke ontwikkelingen in de jurisprudentie, waarbij is uitgegaan van de stand van zaken per 1 oktober 2018.

Hoewel aan deze uitgave grote zorg is besteed, kunnen bij het gebruik daarvan mogelijk fouten en/of tekortkomingen aan het licht komen. Redactie en uitgever stellen het zeer op prijs indien de gebruiker hen van gebleken onnauwkeurigheden op de

hoogte brengt. Ook overigens houden zij zich aanbevolen voor suggesties die de bruikbaarheid van deze uitgave kunnen verhogen.

U kunt schrijven naar de uitgever, Postbus 23, 7400 GA Deventer, of mailen naar [TekstCommentaar@wolterskluwer.com](mailto:TekstCommentaar@wolterskluwer.com). Voor het laatste nieuws over Tekst & Commentaar kunt u [@TekstCommentaar](https://twitter.com/TekstCommentaar) volgen op Twitter.

Amsterdam, januari 2019

*Rein Wesseling & Monique van Oers*

# Mededingingswet

**Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging, Stb. 1997, 242, zoals laatstelijk gewijzigd op 23 december 2015, Stb. 2016, 22 (i.w.tr. 01-07-2016)**

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is ter vervanging van de Wet economische mededinging nieuwe regels vast te stellen omtrent mededingingsafspraken en economische machtsposities, alsmede om regels te stellen omtrent toezicht op concentraties van ondernemingen, en daarbij zoveel mogelijk aan te sluiten bij de regels betreffende de mededinging krachtens het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap;

Zo is het, dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

## [Inleidende opmerkingen]

**1. Doel van de Mededingingswet.** De in 1998 ingevoerde Mededingingswet (hierna Mw) verving de Wet Economische Mededinging, die tot dat moment van toepassing was. Het doel van de invoering van de Mw was de intensivering van het mededingingsbeleid. Door het toetsen van concentraties en het opsporen van zowel kartels als misbruiken van economische machtsposities kan de marktwerking worden bevorderd. Ook de wens toezicht te houden op en het reguleren van bepaalde sectoren kan als doel voor de invoering van de Mw worden beschouwd. Daarnaast is er specifieke wetgeving voor de telecom-, de energie-, de financiële en de zorgsector.

**2. De Autoriteit Consument en Markt.** De handhaving van de Mw is vanaf 1 april 2013 toebedeeld aan de Autoriteit Consument en Markt (hierna ACM). Voor deze datum was de handhaving toebedeeld aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit. ACM is een samenvoeging van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA). ACM is een zelfstandig bestuursorgaan. De Minister van Economische Zaken is verantwoordelijk voor het mededingingsbeleid in het algemeen en heeft de bevoegdheid om algemene aanwijzingen te geven. Volgens art. 3 Instellingswet ACM bestaat ACM uit drie leden, onder wie de voorzitter (zie verder het commentaar op hoofdstuk 2, art. 2 en 3).

**3. Verhouding Europees en Nederlands recht bij Mededingingsbepalingen.**  
**a. Uitgangspunt.** Het regime van de Mw sluit nauw aan bij de mededingingsregels van

de Europese Unie. De bepalingen in de wet zijn georiënteerd op art. 101, 102 en 106 VWEU en op Verordening (EG) 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van art. 81 en 82 EG-Verdrag (*PbEG* 2003, L 1/1, opgenomen in het onderdeel Bijlagen) (art. 1, aant. 13) en de EG-concentratieverordening (Verordening (EG) 139/2004) betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PbEU* 2004, L 24/1, opgenomen in het onderdeel Bijlagen) (art. 1, aant. 12). Daarnaast zijn de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van het HvJ EU en het Gerecht bepalend voor de toepassing van de Mw. Uitgangspunt is dat de Mw niet strenger en niet soepeler is dan de EU-mededingingsregels (MvT, p. 10). Deze nauwe aansluiting van de Mw bij het EU-mededingingsrecht en het systeem van Verordening (EG) 1/2003, leiden ertoe dat binnen de Nederlandse rechtsorde het onderscheid tussen het toepassingsbereik van het Nederlandse en het EU-kartelrecht vrijwel is weggefallen. Dit onderscheid, dat verder wordt besproken onder d, is alleen nog van belang voor de hierna aan te geven gevallen. Hierbij valt met name te wijzen op art. 7 lid 2 Mw, zie verder art. 7, aant. 3. Omgekeerd mag op grond van art. 3 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 de toepassing van art. 6 Mw niet leiden tot afwijkingen van art. 101 VWEU. Art. 3 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 staat op zich wel strengere Nederlandse regels voor misbruik van machtsposities toe, maar hier staat het eerder genoemde uitgangspunt van de Mw een dergelijke afwijking in de weg.

**b. Gezamenlijke toepassing.** In Nederland zijn niet alleen de regels van de Mw van toepassing, maar ook het EU-kartelrecht wegens de rechtstreekse werking ervan. Het gaat hier om de mededingingsartikelen van het VWEU en de verschillende verordeningen ter uitvoering van deze verdragsartikelen. Zo verplicht art. 3 Verordening (EG) 1/2003 zowel ACM als de rechter wanneer zij art. 6 en 24 Mw toepassen ook art. 101 en 102 VWEU toe te passen, indien de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed. In Nederland worden art. 101 en 102 VWEU automatisch meegenomen omdat de inhoud ervan gelijk is aan respectievelijk art. 6 en 24 Mw. Hetzelfde geldt voor art. 106 lid 2 VWEU en art. 11 en 25 Mw, zij het dat de toepassing van art. 25 Mw procedureel verschilt van art. 106 lid 2 VWEU (zie verder art. 25, aant. 3). Door deze gelijkschakeling hoeven ACM, de rechter en arbiters het begrip ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten alleen toe te passen voor die gevallen waar er inhoudelijke verschillen tussen het nationale en het Europese mededingingsrecht zijn.

**c. Verschillen Nederlands-Europees recht.** Wat betreft het formele mededingingsrecht geldt dat er geen sprake is van een directe parallelle met het Europese recht, zoals dat wel het geval is voor het materiële mededingingsrecht (Besluit ACM 25 april 2003, § 130 (*Onderhandse aanbesteding door de gemeente Scheemda*, zaaknr. 3055)). Zo kent art. 4, lid 1, Mw de Minister van Economische Zaken de bevoegdheid toe om de ACM op te dragen een rapportage uit te brengen inzake de effecten voor de mededinging van voorgenomen of geldende regelgeving of van een voorgenomen of geldend besluit. Op grond van artikel 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen kan de Minister beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door de ACM. Dergelijke beleidsregels kunnen betrekking hebben op de wijze waarop de ACM andere dan economische belangen in zijn afweging moet betrekken bij de toepassing van art. 6, derde lid. In 2016 heeft de Minister beleidsregels gegeven inzake de toepassing door de ACM van art. 6, derde lid, Mw bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid (*Stcrt.* 52945). Een verschil op het terrein van het materiële mededingingsrecht is dat er op grond van het in 2011 gewijzigde art. 7 lid 2 Mw een vrijstelling geldt voor horizontale overeenkomsten met een marktaandeel van minder dan 10%, zie verder art. 7, aant. 3. Voorts gelden voor Nederland aparte groepsvrijstel-

lingen (zie verder art. 15, aant. 2). **d. Toepassing EU-recht in de Nederlandse rechtsorde. De beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten/merkbare beperking.** De toepassing van het begrip beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten is nog wel nodig om het toepassingsbereik van het EU-mededingingsrecht vast te stellen. Voor de beantwoording van de vraag of de handel tussen de lidstaten merkbaar is beïnvloed, moet rekening worden gehouden met alle relevante elementen van het concrete geval. De Europese Commissie heeft een mededeling gepubliceerd (Mededeling 2014/C291/01 betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 101, lid 1, VWEU). Volgens de Commissie is er geen sprake van een merkbare beperking indien het marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet hoger is dan 10% voor horizontale overeenkomsten en 15% voor verticale overeenkomsten. Eerder had de Commissie al richtsnoeren gepubliceerd betreffende het begrip beïnvloeding van de handel in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C101/07). Volgens punt 53 van de richtsnoeren betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel '[i]n het geval van overeenkomsten die naar hun aard de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, [...] vaak [mag] worden aangenomen dat dergelijke effecten merkbaar zijn wanneer het marktaandeel van de partijen de [...] 5%-drempel overschrijdt' (HvJ EU 11 juli 2013, C-439/11 P, r.o. 95-96 (Ziegler)). Dit laatste standpunt is in tegenspraak met het gestelde in de Mededeling van 2014. De rechten en plichten van de ACM, bij de toepassing van het EU mededingingsrecht zijn in art. 11, 12, 13 en 29 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 vastgelegd. Voor de rechter geldt dit voor de verplichtingen op grond van art. 15 en 16 Verordening (EG) 1/2003. De toepassing van art. 3 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 door ACM en de rechter vereist strikt genomen de toepassing van het begrip 'beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten' maar kan achterwege blijven omdat de inhoudelijke normen van art. 6 Mw en art. 101 VWEU alsmede van art. 24 Mw en art. 102 VWEU gelijk zijn. Art. 5 Verordening (EG) 1/2003 regelt de bevoegdheid van de ACM voor de toepassing van het EU mededingingsrecht. Art. 6 Verordening (EG) 1/2003 regelt de bevoegdheid van de Nederlandse rechter c.q. arbiter. Begint de Europese Commissie een procedure, dan verliest op grond van art. 11 lid 6 Verordening (EG) 1/2003 de ACM (anders dan de nationale rechters) de bevoegdheid om art. 101 en 102 VWEU toe te passen. De Europese Commissie is alleen bevoegd indien de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed.

**4. Verhouding Europees en Nederlands recht bij concentraties.** Inzake concentratiecontrole worden bevoegdheidsconflicten uitgesloten door het principe dat elke concentratie slechts op één niveau wordt getoetst; een concentratie met EU-dimensie wordt door de Europese Commissie getoetst en een concentratie zonder EU-dimensie kan onder de nationale controle vallen. Bevoegdheidsconflicten worden vermeden doordat de bevoegdheden door een duidelijk (kwantitatief) criterium van elkaar worden afgebakend. Wetsconflicten worden uitgesloten doordat hetzelfde criterium bepaalt welk recht van toepassing is. De toetsing van concentraties met een EU-dimensie behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie. De exclusieve bevoegdheid van de Commissie ten aanzien van concentraties met EU-dimensie staat in art. 21 lid 3 EG-concentratieverordening. Concentraties die de drempels voor de EU-dimensie niet overschrijden worden door de ACM aan de hand van de Mw getoetst. Er is echter in de EG-concentratieverordening (art. 4 lid 4 en art. 9 EG-concentratieverordening) voorzien in de mogelijkheid om een concentratie door te kunnen verwijzen naar de nationale mededingingsautoriteit. Ook is het op grond van art. 22 EG-concentratieverordening

mogelijk dat de mededingingsautoriteit een zaak doorverwijst naar de Commissie (zie verder de Inleidende opmerkingen bij hoofdstuk 5, aant. 3). Ook de Mw hanteert een drempel, die de betrokken ondernemingen moeten overschrijden alvorens zij meldingsplichtig zijn (art. 29 Mw).

**5. Verbodsstelsel.** De Mw is gebaseerd op een verbodsstelsel. Bij een verbodsstelsel zijn kartels en andere concurrentiebeperkingen in beginsel verboden. Wordt vastgesteld dat een bepaalde gedraging onder de verbodsnorm valt, dan werkt het verbod *ex tunc*, met ingang van het moment waarop de gedraging aan de omschrijving voldeed. Onder de voorganger van de Mw, de Wet economische mededinging, gold een misbruiksstelsel. Een misbruiksstelsel richt zich tot het misbruik maken van concurrentiebeperkende gedragingen. Kenmerkend voor een misbruiksstelsel is dat eerst moet worden vastgesteld dat een gedraging als misbruik is te beschouwen en dat dan rechtsgevolgen intreden.

**6. Handhaving van de Mw.** De ACM is belast met de handhaving van de Mw. Dit is geregeld in hoofdstuk 6-9. De ACM is, op grond van hoofdstuk 10, ook belast met de toepassing van de EU-mededingingsregels binnen de Nederlandse rechtsorde. Overtredingen van de verboden van de Mw kunnen voorts bij de burgerlijke rechter en in arbitrale procedures worden aangevochten. Zulke overtredingen kunnen een onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW opleveren, indien voldaan is aan de vereisten van schuld en causaal verband, inclusief het relativiteitsbeginsel. Het relativiteitsbeginsel lijkt vooral van belang bij overtreding van het verbod van art. 34 of art. 41 lid 1 Mw. De gelaedeerde kan stopzetting, ongedaanmaking en schadevergoeding eisen, zie verder art. 6 Mw, aant. 10. Benadeelde afnemers kunnen ook schadevergoeding vorderen van leveranciers die weliswaar niet aan het kartel hebben deelgenomen maar daar wel van geprofiteerd hebben. Het zogenaamde 'paraplu-effect'. Wel moet vaststaan dat het kartel een dergelijke politiek mogelijk maakte en de betrokken leveranciers daarvan op de hoogte waren (HvJ EU 5 juni 2015, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, *Kone e.a.*). Voorts kan een beroep worden gedaan op de nietigheid van overeenkomsten of besluiten van ondernemersverenigingen krachtens art. 6 lid 1 Mw. Daarbij vormt het feit dat eisende partij zelf partij bij de litigieuze overeenkomst was geen belemmering voor het slagen van de actie (HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jur.* 2001, I-6297 (*Courage*)). Het gemeenschapsrecht belet de nationale rechter echter niet om tot het oordeel te komen dat er sprake is van ongerechtvaardigde verrijking. De rechter kan een partij ten aanzien waarvan is vastgesteld dat zij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging, het recht onzeggens schadevergoeding te vorderen overeenkomstig het beginsel dat een justitiabele niet mag profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen. In dit verband kan de rechter de economische en de juridische context waarin de contractpartijen zich bevinden alsmede de respectievelijke onderhandelingspositie en het respectieve gedrag van beide contractpartijen in aanmerking nemen. Op grond van het uitgangspunt van de Mw is aan te nemen dat deze beginselen ook toepassing dienen te vinden in procedures op grond van de Mw. Het beroep op nietigheid van de overeenkomst leidt op grond van art. 3:41 BW niet zonder meer tot nietigheid van de hele overeenkomst. Voor het EU-recht geldt dat de rechtsgeldigheid van een overeenkomst waarvan clausules in strijd zijn met art. 101 lid 1 moet worden beoordeeld overeenkomstig het nationale recht (HvJ EG 14 december 1983, 319/82, *Jur.* 1983, 4173 (*Société de ventes de ciment*)). Zie verder art. 6, aant. 9. In procedures onder art. 6 lid 1 Mw, zijn rechters en arbiters

bevoegd en gehouden tevens te bezien of de litigieuze overeenkomst op grond van art. 6 lid 3 Mw uitgezonderd kan worden van het in art. 6 lid 1 Mw bedoelde verbod. Zie verder art. 6, aant. 10 en 11.

**7. Indeling Mededingingswet.** De Mededingingswet heeft vijf soorten gedragingen tot onderwerp. De eerste soort heeft betrekking op mededingingsafspraken die de mededinging in Nederland kunnen verhinderen, beperken of vervalsen. De tweede soort gedragingen heeft betrekking op misbruik van economische machtsposities op de Nederlandse markt. Voor deze eerste twee soorten gedragingen geldt een verbodsstelsel met uitzonderingen. De derde soort heeft betrekking op concentraties. Voor deze groep, geldt een systeem van preventief concentratietoezicht. Ten vierde gelden voor ondernemingen, waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend of die belast zijn met diensten van algemeen economisch belang, regels voor de financiële transparantie. Ten slotte bevat de Mededingingswet gedragsregels die betrekking hebben op economische activiteiten van overheden en overheidsbedrijven. De eerste twee hoofdstukken bevatten respectievelijk de begripsbepalingen (hoofdstuk 1) en de bepalingen betreffende de uitvoeringsinstantie, de Autoriteit Consument en Markt (hoofdstuk 2). In hoofdstuk 3 vindt men het verbod op mededingingsafspraken met de wettelijke uitzondering (art. 6 lid 3), de mogelijkheid van uitzondering in verband met het vervullen van een bijzondere taak (art. 11) en vrijstellingen (art. 12 e.v.). Hoofdstuk 4 bevat het verbod van misbruik van economische machtsposities en de uitzondering daarop. Hoofdstuk 4A bevat de regels voor financiële transparantie binnen openbare bedrijven en bedrijven waaraan een bijzonder of exclusief recht is verleend. Hoofdstuk 4B geeft regels voor overheden en overheidsbedrijven. Hoofdstuk 5 geeft regels voor concentraties. De overige hoofdstukken betreffen bevoegdheid tot doorzoeken in het kader van toezicht (hoofdstuk 6), overtredingen van het verbod van mededingingsafspraken en misbruik van machtspositie (hoofdstuk 7), overtredingen van de financiële transparantie en concentratietoezicht (hoofdstuk 8), de decentrale toepassing van de EU-mededingingsregels (hoofdstuk 10), rechtsbescherming (hoofdstuk 12), wijzigingen in andere wetten (hoofdstuk 13), overgangsbepalingen (hoofdstuk 14) en slotbepalingen (hoofdstuk 15).

**8. Interpretatie van begrippen van de Mededingingswet.** Omdat de wet georiënteerd is op art. 101, 102 en 106 VWEU, dienen de erin gebruikte begrippen ook in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie (hierna: HvJ) en het Gerecht te worden geïnterpreteerd. Hiervoor is een nauwkeurige bestudering van de jurisprudentie en de beschikingspraktijk van de Europese Commissie noodzakelijk. Als de rechter of de ACM op grond van art. 3 lid 1 Verordening (EG) 1/2003 ook het Europese mededingingsrecht toepast, kan op basis van art. 15 respectievelijk art. 11 Verordening (EG) 1/2003 het oordeel van de Commissie worden ingewonnen. Aangenomen kan worden dat een vergelijkbare mogelijkheid bestaat voor arbiters. De nationale rechter kan met betrekking tot de toepassing en interpretatie van de Europese mededingingsregels ook prejudiciële vragen stellen aan het HvJ. Arbiters kunnen geen prejudiciële vragen stellen aan het HvJ (zie HvJ EG 23 maart 1982, *Jur.* 1982, 1095 (*Nordsee*)). Wel kan de nationale rechter die zijn exequatur aan de arbitrale uitspraak moet geven, prejudiciële vragen stellen (zie HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3055 (*Eco Swiss China Time/Benetton*)). Nationale mededingingsautoriteiten kunnen, indien zij geen onafhankelijk rechtsprekende functie vervullen, geen prejudiciële vragen stellen (C-53/03, *Jur.* 2004, p.

I-4609 (*Syfait*)). Verder doet zich de vraag voor of de nationale rechter ook uitleg van de bepalingen van de Mw aan het Hof van Justitie kan vragen. Het hof heeft zich bevoegd verklaard het Unierecht uit te leggen wanneer dit niet rechtstreeks voor de oplossing van het geding van toepassing is, doch de nationale wetgever bij de omzetting van de bepalingen van een richtlijn besloten heeft, zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als de situaties die onder de richtlijn vallen (HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, *Jur.* 1997, I-4161 (*Leur-Bloem*)). Het hof heeft ook een vraag van een Oostenrijkse rechter, waarin een interpretatie van art. 82 EG-Verdrag wordt gevraagd maar waar duidelijk werd gesteld dat deze interpretatie nodig was om een nationale bepaling die gelijk is aan art. 82 EG-Verdrag te kunnen uitleggen, ontvankelijk verklaard (HvJ EG 26 november 1998, C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Oscar Bronner*)).

**9. Toepassingsbereik van de Mededingingswet.** De wet is van toepassing op alle sectoren van de Nederlandse economie. De wet is bovendien van toepassing op alle gedragingen die plaatsvinden op Nederlands grondgebied alsmede in de territoriale zee, de exclusieve economische zone en aan boord van in Nederland geregistreerde schepen en vliegtuigen. Voorts is in navolging van HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89, 104, 114, 116, 117 en 125-127/85, *Jur.* 1988, p. 5193 (*Houtslip I*), de wet eveneens van toepassing indien aan een afspraak of een misbruik in Nederland uitvoering wordt gegeven ook al is de afspraak of het misbruik gemaakt buiten het Nederlandse grondgebied, de territoriale zee, de exclusieve economische zone of aan boord van niet in Nederland geregistreerde schepen en vliegtuigen of door buiten Nederland gevestigde ondernemingen. Zo is door de ACM geconcludeerd dat Duitse en Deense producentenorganisaties (naast de Nederlandse) van Noordzeegarnalen art. 6 Mw hebben overtreden (Besluit ACM 14 januari 2003 (*Garnalen*, zaaknr. 2269)) (zie ook Rb. Rotterdam 19 juli 2006, *LJN AY4888*). De bevoegdheid van de ACM gaat echter niet zover dat zij gedragingen en afspraken mag beoordelen waarvan het effect niet doorwerkt op het Nederlandse grondgebied en de gebieden die onder het toepassingsbereik van de Mw vallen (Besluit ACM 4 mei 2000 (*Hoogovens Staal B.V./Ruhrkohle Handel Inter GmbH*, zaaknr. 426)).

**10. Openbare orde en ambtshalve toepassing.** Is het mededingingsrecht van openbare orde en moet het daarom ambtshalve worden toegepast? In het Europese recht is art. 101 VWEU van openbare orde verklaard (HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3055 (*Eco Swiss China Time/Benetton*)); HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, r.o. 49 (*T-Mobile*)). Dit leidt er volgens het HvJ evenwel niet toe dat de nationale rechter in alle gevallen gehouden is het mededingingsrecht ambtshalve toe te passen. Het HvJ heeft bepaald dat in het geval de nationale rechter ambtshalve een dwingende nationale rechtsregel dient toe te passen, dit ook geldt voor dwingende gemeenschapsregels zoals het mededingingsrecht. Deze verplichting tot ambtshalve toepassing geldt echter niet indien de rechter hierdoor zijn lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich op andere feiten en omstandigheden te baseren. In dit laatste geval wordt het nationaal procesrecht gerespecteerd (HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705 (*Van Schijndel*)). In het arrest-*Eco Swiss* heeft het HvJ hierop een uitzondering gegeven. Rechters moeten art. 101 VWEU toepassen als zij beslissen over de geldigheid van een arbitraal vonnis; zij kunnen dan prejudiciële vragen aan het HvJ stellen (HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-03055 (*Eco Swiss China Time vs Benetton*)). Voor een goed begrip dient te worden opgemerkt dat een en ander ook geldt



voor de toepassing van art. 102 en 106 VWEU. Voor het Nederlandse mededingingsrecht is aan te nemen dat de rechter dit moet toepassen op de wijze als bedoeld in art. 25 Rv. (A-G Keus in zijn conclusie bij HR 3 december 2004, NJ 2005/118, *(Spaanse Anjers)*). De HR liet zich in dit arrest niet over deze vraag uit.) Dat wil zeggen de rechter moet zo nodig ambtshalve aanvullen met de beperking van het verbod op het aanvullen van feitelijke gronden alsmede de regel dat de rechter de door partijen bepaalde omvang van de rechtsstrijd moet respecteren. Zie tevens art. 6, aant. 9.

**11. Het begrip ‘markt’ is van essentieel belang voor de toepassing van de Mededingingswet.** Voor de toepassing van de belangrijkste bepalingen van de wet is een omschrijving van de relevante markt nodig. Dit geldt in het bijzonder voor het verbod van art. 24 Mw met betrekking tot misbruik van machtspositie (zie verder art. 24, aant. 5). Het bepalen van de relevante markt is eveneens noodzakelijk bij de toepassing van het toezicht op concentraties (zie verder art. 37, aant. 3). Voor de toepassing van het kartelverbod van art. 6 is het bepalen van de relevante markt nodig om het mededingingsbeperkend effect van de overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen te kunnen vaststellen (zie art. 6, aant. 4). Een omschrijving van de relevante markt is ook nodig om op grond van art. 6 lid 3 onder de wettelijke uitzondering te kunnen vallen. Volgens onderdeel b van dit artikel dient de betreffende overeenkomst de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid te geven de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten uit te schakelen, dit impliceert het bepalen van de relevante markt. Ten slotte is het bepalen van de relevante markt nodig bij de toepassing van verschillende groepsvrijstellingen. Zo beperkt art. 3 lid 1 en 2 Verordening (EU) 316/2014, *PbEU* 2014, L 93 (opgenomen in het onderdeel Bijlagen), de mogelijkheid voor toepassing van de desbetreffende groepsvrijstelling tot marktaandeelen van 20 respectievelijk 30%. De Europese Commissie heeft in haar Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*PbEG* 1997, C 372/03, opgenomen in het onderdeel Bijlagen) nuttige aanwijzingen gegeven voor de bepaling van de relevante markt. Deze mededeling is ook voor de toepassingspraktijk onder de Mededingingswet van belang. De ACM heeft aangegeven dat het feit dat de markt in concentratieprocedures op een bepaalde manier is afgebakend, niet betekent dat automatisch van dezelfde marktafbakening wordt uitgegaan in andere soorten procedures op grond van art. 6 lid 1 of art. 24 Mw. Er is geen reden voor de toepassing van het kartelverbod een andere afbakening van de relevante geografische markt te volgen dan die welke is gevolgd voor het concentratietoezicht (HR 18 december 2009, *LJN* BJ9439 (*Prisma*)). Voordat de vraag of al dan niet sprake is van handelen in strijd met het (Europese) mededingingsrecht kan worden beantwoord, dient zoals hiervoor reeds is overwogen dus allereerst te worden vastgesteld wat de relevante productmarkt is. De stellingen van partijen in een mededingingsrechtelijk geding staan op dit punt veelal lijnrecht tegenover elkaar. Bij gebrek aan relevante informatie over de feiten op dit punt kan hierover niet worden beslist en dient in een bodemprocedure nader te worden uitgezocht en vastgesteld (Rb. Gelderland 31 maart 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:3080*, r.o. 5.20). Appellanten hebben gefaald in het onderbouwen van hun stelling dat de relevante productmarkt beperkt is (Hof Den Haag 2 augustus 2016, *ECLI:NL:GHDHA:2016:2312* (*VOF/Soltens*)). Blijkens HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, kan een besluit van een ondernemersvereniging niet alleen op de markt waarop de leden actief zijn de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen in de zin van art. 101 lid

1 VWEU, maar ook op een andere markt waarop deze vereniging zelf een economische activiteit uitoefent (r.o. 44-45). Hetzelfde dient te gelden voor de toepassing van art. 6 Mw (HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:149, r.o. 4.3 (*Nederlandse Vereniging van Makelaars in Onroerende Goederen*)).

**12. Rechtskarakter van bekendmakingen van de Europese Commissie.** Anders dan bindende besluiten, verordeningen en beschikkingen, hebben bekendmakingen van de Europese Commissie geen binding erga omnes. Zulke bekendmakingen binden noch het Hof van Justitie of het Gerecht noch derden. De Commissie zelf is wel gebonden aan deze beleidsregels en kan er alleen gemotiveerd van afwijken (HvJ EG 24 maart 1993, C-313/90, *Jur.* 1993, p. I-1125 (*CIRFS*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, r.o. 67(*Schindler Holding*)). Bekendmakingen van de Commissie creëren voor marktdeelnemers gerechtvaardigde verwachtingen (HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205-208/02 P en C-213/02 P, *Jur.* 2005, p. I-5425 (*Dansk Rörindustri e.a./Commissie*)). De bekendmakingen van de Commissie werken niet automatisch door in het Nederlandse mededingingsrecht. Gezien echter de nauwe aansluiting van het nationale mededingingsrecht bij de Europese mededingingsregels, zijn de bekendmakingen van de Commissie wel van belang voor het nationale mededingingsrecht. De ACM heeft een aantal richtsnoeren uitgegeven die het beleid van de Commissie, met enige aanpassingen, voor de Nederlandse situatie volgen. De richtsnoeren zijn opgesteld op grond van art. 4:81 lid 1 Awb. De richtsnoeren worden door de ACM toegepast als beleidsregels in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb. ACM is gebonden aan deze beleidsregels. De bekendmakingen van de Commissie alsmede de richtsnoeren van ACM zijn als bijlagen in deze uitgave opgenomen.

## HOOFDSTUK 1

### Begripsbepalingen

#### Artikel 1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. Onze Minister: Onze Minister van Economische Zaken;
- b. *Autoriteit Consument en Markt*: de Autoriteit Consument en Markt, genoemd in artikel 2, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt;
- c. (vervallen;)
- d. Verdrag: het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;
- e. overeenkomst: een overeenkomst in de zin van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag;
- f. onderneming: een onderneming in de zin van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag;
- g. ondernemersvereniging: een ondernemersvereniging in de zin van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag;
- h. onderling afgestemde feitelijke gedragingen: onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag;
- i. economische machtspositie: positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen;
- j. (vervallen;)
- k. verordening 1/2003: verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEG* 2003, L 1);
- l. verordening 139/2004: verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van de Europese Unie van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PbEG* L 24);
- m. mededingingsverordening: verordening genoemd in de onderdelen k en l;
- n. consumentenorganisaties: stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die krachtens hun statuten tot taak hebben het behartigen van de collectieve belangen van consumenten.

[25-06-2014, Stb. 247, i.w.tr. 01-08-2014/kamerstukken 33622]

#### [Algemene opmerkingen]

**1. Onze Minister: Onze Minister van Economische Zaken.** Anders dan bij de Wet economische mededinging, waar de handhaving was opgedragen aan de Minister van Economische Zaken en de Minister 'die het mede aangaat' (art. 19 WEM; zie de korte samenvatting van de WEM bij Mededingingswet, Inleidende opmerkingen bij hoofdstuk 14, aant. 2), is in de Mededingingswet de Minister van Economische Zaken de verantwoordelijke bewindspersoon (art. 1 onderdeel a Mw). Dit geldt voor het mededingingsbeleid in het algemeen. Met de omvorming van ACM tot zelfstandig bestuursorgaan geldt dat de minister niet langer verantwoordelijk is voor beslissingen in individuele zaken.

**2. De Autoriteit Consument en Markt, genoemd in art. 2 lid 1 Instellingswet.** Handhaving en uitvoering van de Mededingingswet vinden op afstand van het politieke beleid plaats door de Autoriteit Consument en Markt (ACM), die de status van een zelfstandig bestuursorgaan heeft (zie Mededingingswet, Inleidende opmerkingen, aant. 2), en de op grond van art. 12a van de instellingswet door deze aangewezen ambtenaren van ACM. Zie onder meer hoofdstuk 2, art. 6 Mw. ACM staat onder leiding van een bestuur, aan wie de meeste administratiefrechtelijke bevoegdheden op grond van de wet en de instellingswet zijn toebedeeld.

**3. Verdrag: het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.** Aangenomen moet worden dat wordt bedoeld op – steeds – de laatste versie van het Verdrag die op enig moment voor Nederland in werking is getreden, thans het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) in werking getreden na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Met de inwerkingtreding van dit verdrag heeft een nieuwe nummering plaatsgevonden van de verdragsartikelen. Art. 101 VWEU was voorheen art. 81 EG en daarvoor art. 85 EEG, art. 102 VWEU was voorheen art. 82 EG en daarvoor art. 86 EEG en art. 106 VWEU was voorheen art. 86 EG en daarvoor art. 90 EEG.

**4. Overeenkomst: een overeenkomst in de zin van art. 101 lid 1 van het verdrag.**

**a. Algemeen.** Het begrip overeenkomst is een breed begrip. Van een overeenkomst in de zin van art. 101 lid 1 VWEU is sprake wanneer tussen verschillende ondernemingen direct of via een derde consensus bestaat om hun concurrentiegedrag onderling af te stemmen (MvT, p. 11) of zich van een bepaald gedrag te onthouden. Hieraan doet niet af dat één van de betrokken partijen toestemt onder druk of in strijd met zijn eigen commerciële belangen (Besluit ACM 29 augustus 2002 (*klager/AUV en Aesculaap*, zaaknr. 2422); bevestigd in CBB 3 juli 2008, *LJN* BD6635). Voor het bestaan van een overeenkomst gelden geen vormvereisten. Zo kan een mondelinge afspraak die niet schriftelijk is bevestigd en gebaseerd is op wederzijds vertrouwen een overeenkomst zijn. Het bestaan van een overeenkomst kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend blijken uit het gedrag van de partijen. Het begrip 'overeenkomst' omvat in elk geval juridisch bindende overeenkomsten naar burgerlijk recht. Zo zijn afspraken die bedoeld zijn om bij herhaling te worden gebruikt, juridisch bindende overeenkomsten (bijv. leveringsvoorwaarden: Besluit ACM 16 december 1998 (*Van Ditmar Boekenimport*, zaaknr. 450); Besluit ACM 16 december 1998 (*Nilsson & Lamm BV*, zaaknr. 227), en standaardovereenkomsten: Besluit ACM 8 september 1998 (*Erasmus Muziekproducties*, zaaknr. 155)). Om een overeenkomst aan te nemen hoeft echter geen sprake te zijn van juridische binding of de mogelijkheid afspraken rechtens af te dwingen. Ondanks het ontbreken van een sanctiemechanisme kan er sprake zijn van een overeenkomst (Besluit ACM 21 april 2004 (*Fietsfabrikanten*, zaaknr. 1615)). Zelfs een conceptovereenkomst valt binnen het toepassingsbereik van de Mw, omdat het een concept is voor een juridisch bindende overeenkomst (Besluit ACM 25 juli 2003 (*Penta Projectontwikkeling BV*), zaaknr. 3089). De benaming die aan de overeenkomst wordt gegeven, is niet relevant voor de beoordeling van de inhoud ervan (Besluit ACM 18 december 2003 (*Heijmans en Solétanche Bachy*), zaaknr. 2906).

**b. Verschil eenzijdige handeling – overeenkomst.** Ook op het eerste gezicht zuiver eenzijdige handelingen van een onderneming kunnen beschouwd worden als overeenkomsten wanneer zij vallen binnen de sfeer van de contractuele betrekkingen die de onderneming onderhoudt, bijvoorbeeld in het kader van een selectief distributienetwerk