

Mededingingswet

TEKST & COMMENTAAR

**De tekst van de Mededingingswet en de Instellingswet Autoriteit
Consument en Markt voorzien van commentaar**

Onder redactie van:

M.T.P.J. van Oers

directeur Juridische Zaken ACM

R. Wesseling

advocaat bij Stibbe te Amsterdam en hoogleraar economisch ordenings-
recht Universiteit Amsterdam

Achtste druk

 Wolters Kluwer

Deventer 2022

VOORWOORD BIJ DE ACHTSTE DRUK

De titel Tekst & Commentaar Mededingingswet dekt al sinds enkele drukken 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.

Deze achtste druk verschijnt ruwweg twee jaar na het verschijnen van de vorige (zevende) druk. Het mededingingsrecht is in de tussentijd in beweging geweest, met name op het gebied van de ontwikkeling van jurisprudentie over de toepassing van de EU mededingingsregels (bijvoorbeeld *UK Generics* op het gebied van artikel 101 VWEU, *Intel* op het gebied van artikel 102 VWEU en *CK Telecoms* op het gebied van fusiecontrole) en de EU Commissie richtsnoeren en groepsvrijstellingverordeningen (met name die op het gebied van verticale overeenkomsten). Nieuwe regels en richtsnoeren op het gebied van horizontale overeenkomsten zullen nog volgen. Ook op nationaal niveau stonden ontwikkelingen niet stil. Op het gebied van concentratiecontrole was er een eerste uitspraak in hoogste instantie over een artikel 47-besluit (*PostNL/Sandd*) en nam de ACM sanctiebesluiten met betrekking tot verticale praktijken (*Samsung*) en misbruik van een economische machtspositie (*Leadiant, Apple*). Deze zaken zullen de komende tijd ongetwijfeld nog tot interessante rechtspraak leiden. De intentie is aan al deze ontwikkelingen aandacht te blijven besteden in de online publicatie die logischerwijs met kortere tussenpozen wordt bijgewerkt dan de papieren publicatie.

Wij bedanken op deze plek 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, T.R. Heideman, E.G.A. Lamboo, S.B. Noë, A.A.J. Pliego Selie, H.B.M. Römken, C.E. Schillemans en Y. de Vries.

Deze editie gaat wat betreft wetgeving, rechtspraak en vakliteratuur uit van de stand van zaken per 1 augustus 2022. Daarnaast is de publicatie online beschikbaar. Deze wordt tussentijds geactualiseerd.

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 gebruikers hen van gebleken onnauwkeurigheden op de hoogte brengen. 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.

Amsterdam, augustus 2022
Rein Wesseling & Monique van Oers

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

(* met commentaar)

	Mededingingswet*	1
	Instellingswet Autoriteit Consument en Markt*	271
	BIJLAGEN	359
	Antitrust	361
I	ALGEMEEN	363
IA	<i>Materieel</i>	363
	<u>EU</u>	363
	Bekendmaking 97/C 372/03 inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht	363
	Mededeling betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimisededeling) (2014/C2 91/01)	381
	Guidance on restrictions of competition 'by object' for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, 25 juni 2014	387
	Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C 101/07)	401
	Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag (2004/C 101/08)	427
	Richtsnoeren 2009/C 45/02 betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie	463
	<u>Nederland</u>	489
	Mededeling richtsnoeren toepassing artikel 6, lid 3, Mededingingswet	489
	Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016	491
	Beleidsregel prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt	493

<i>I.B</i>	<i>Procedureel</i>	497
	<u>EU</u>	497
	Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag	497
	Verordening (EG) Nr. 773/2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag	527
	Mededeling 2011/C 308/06 inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU	543
	Mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (2004/C 101/03)	579
	Mededeling betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C 101/04)	595
	Mededeling over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven) (2004/C 101/06)	611
	Mededeling 2005/C 325/07 betreffende de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, de artikelen 53, 54 en 57 van de EER-Overeenkomst en Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad	617
	Mededeling betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C 101/05)	635
	Mededeling 2008/C 167/01 betreffende schikkingsprocedures met het oog op de vaststelling van beschikkingen op grond van de artikelen 7 en 23 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad in kartelzaken	655
	Besluit 2011/695/EU betreffende de functie en het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures	665
	Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten (06/C210/02)	681
	Mededeling 2006/C 298/11 betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken	687
	<u>Nederland</u>	697
	Besluit doorberekening kosten ACM	697
	Regeling doorberekening kosten ACM	705
	Relatiestatuuat ACM en ministers 2015	713
	Regeling gegevensverstrekking ACM 2019	725
	Regeling gegevensuitwisseling ACM en ministers	729
	Boetebeleidsregel ACM 2014	737
	Richtsnoeren vereenvoudigde afdoening van boetezaken ACM	767
	Besluit clementie	773
	Werkwijze informanten ACM 2017	783
	ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014	785
	ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014	789
	ACM Werkwijze informele zienswijzen	793
	Werkwijze Openbaarmaking ACM	795

II	ALGEMENE GROEPSVRIJSTELLINGEN EN RICHTSNOEREN	799
II.A	<i>Horizontale overeenkomsten</i>	799
	<u>EU</u>	799
	Verordening (EU) Nr. 1217/2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten	799
	Verordening (EU) Nr. 1218/2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten	813
	Richtsnoeren 2011/C 11/01 inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten	821
	<u>Nederland</u>	943
	Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel	943
	Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2013	947
II.B	<i>Verticale overeenkomsten</i>	961
	<u>EU</u>	961
	Verordening (EU) 2022/720 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen	961
	Richtsnoeren 2022/C 248/01 inzake verticale beperkingen	975
	Bekendmaking beoordeling toeleveringsovereenkomsten ex artikel 85 Verdrag oprichting EEG	1127
	<u>Nederland</u>	1131
	Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten	1131
II.C	<i>Technologieoverdracht</i>	1133
	Verordening (EU) nr. 316/2014 toepassing artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht	1133
	Richtsnoeren toepassing artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op overeenkomsten inzake technologieoverdracht (2014/C 89/03)	1145
III	SECTORSPECIFIEKE WET- EN REGELGEVING	1227
III.A	<i>Landbouw</i>	1227
	Verordening (EU) Nr. 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten	1227

	Verordening (EU) Nr. 1379/2013 houdende een gemeenschappelijke marktordening voor visserijproducten en aquacultuurproducten	1461
	Verordening (EG) nr. 1184/2006 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in bepaalde landbouwproducten	1493
<i>III.B</i>	Motorvoertuigen	1497
	Verordening (EU) Nr. 461/2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector	1497
	Aanvullende richtsnoeren 2010/C 138/05 betreffende verticale beperkingen in overeenkomsten voor de verkoop en herstelling van motorvoertuigen en voor de distributie van reserveonderdelen voor motorvoertuigen	1507
<i>III.C</i>	Vervoer	1533
	<u>Zeevervoer</u>	1533
	Verordening (EG) Nr. 906/2009 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia)	1533
	<u>Vervoer per spoor, over de weg en binnenwateren</u>	1541
	Verordening (EG) nr. 169/2009 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren	1541
<i>III.D</i>	Zorg	1547
	Richtsnoeren zorggroepen	1547
	Richtsnoeren voor de zorgsector	1579
	Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders en zorgverzekeraars	1699
	Besluit tijdelijke verruiming toepassingsbereik concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen	1703
	Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in de eerste lijn	1705
	Concentratiecontrole	1709
<i>I</i>	Materieel	1711
	<u>EU</u>	1711
	Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (EG-concentratieverordening)	1711
	Geconsolideerde mededeling 2008/C 95/01 over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen	1747

	Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen	1827
	Richtsnoeren 2008/C 265/07 voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen	1853
	Mededeling 2008/C 267/01 betreffende op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen	1881
	Mededeling 2005/C 56/03 betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties	1933
	<u>Nederland</u>	1945
	Beleidsregel ACM beoordeling horizontale concentraties	1945
	Uitvoeringsregel ACM pensioenfondsen	1947
	Richtsnoeren Remedies 2007	1949
<i>II</i>	<i>Procedureel</i>	1971
	<u>EU</u>	1971
	Verordening (EG) nr. 802/2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen	1971
	Mededeling 2013/C 366/04 betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties krachtens Verordening (EG) nr. 139/2004	1987
	Mededeling 2005/C56/02 betreffende de verwijzing van concentratiezaken	1997
	<u>Nederland</u>	2025
	Besluit vaststelling formulieren Mededingingswet 2007	2025
	ACM Uitvoeringsregel verkorte afdoening	2035
	Werkwijze bij concentratiezaken	2037
	Trefwoordenregister	2071

Mededingingswet

Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging, Stb. 1997, 242, zoals laatstelijk gewijzigd op 23 februari 2022, Stb. 2022, 116 (i.w.tr. 01-08-2022)

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 misbruik van economische machtsposities worden de ongewenste economische effecten van concurrentiebeperkingen tegengegaan (MvT, p. 9). Het mededingingsbeleid gaat ervan uit dat concurrentie de groei van de economie kan bevorderen en daardoor kan bijdragen aan welvaart. Beperkingen van de concurrentie worden daarom afgewezen, behalve voor zover zij positieve gevolgen voor de welvaart van de samenleving hebben (MvT, p. 21). Sinds 1 juli 2012 is de Mw uitgebreid met regels die concurrentievervalsing vanwege overheden tegengaan, de Wet Markt en Overheid. Naast de generiek van toepassing zijnde regels in de Mw bestaat specifieke mededingingswetgeving voor de telecom-, de energie-, de vervoers-, de zorg- en de financiële sector.

2. 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 misbruikstelsel is dat eerst moet worden vastgesteld dat een gedraging als misbruik is te beschouwen en dat dan rechtsgevolgen intreden.

3. 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 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 onderzoeken 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).

4. De Autoriteit Consument en Markt. De Autoriteit Consument en Markt (hierna ACM) is sinds 1 april 2013 belast met het toezicht op de naleving van de Mw (zie art. 2 Mw). 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. Volgens art. 3 Instellingswet ACM bestaat ACM uit drie leden, onder wie de voorzitter. De Minister van Economische Zaken is verantwoordelijk voor het mededingingsbeleid in het algemeen en heeft de bevoegdheid om algemene aanwijzingen te geven (zie verder het commentaar op hoofdstuk 2, art. 2 en 3). Art. 4, lid 1 kent 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.

5. Handhaving van de Mw. De bestuursrechtelijke handhaving van de Mw door ACM is geregeld in hoofdstuk 6-9. ACM is, op grond van hoofdstuk 10, ook belast met de handhaving 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, aant. 9). Voorts kan een beroep worden gedaan op de nietigheid van overeenkomsten of besluiten van ondernemersverenigingen krachtens art. 6 lid 1 (zie verder art. 6, aant. 10). In procedures onder art. 6 lid 1 zijn rechters en arbiters bevoegd en gehouden tevens te bezien of de litigieuze overeenkomst op grond van art. 6 lid 3 uitgezonderd kan worden van het in art. 6 lid 1 bedoelde verbod, indien daarop door een partij beroep op wordt gedaan. Zie verder art. 6, aant. 2 en 11.

6. Verhouding tussen Europees en Nederlands mededingingsrecht. a. Uitgangspunt. Het regime van de Mw sluit nauw aan bij de mededingingsregels van de Europese Unie. Kerndefinities en -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. 9) 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. 10). Uitgangspunt is dat de Mw niet strenger en niet soepeler is dan de EU-mededingingsregels. De beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van het HvJ EU en het Gerecht zijn bepalend voor de toepassing van de Mw (MvT, p. 10). Bij de uitleg van art. 6 Mw dient zoveel mogelijk aansluiting te worden gezocht bij de uitleg van (thans) art. 101 VWEU in de rechtspraak van het HvJ EU (HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354 (*Geborgde dierenarts*)). De nauwe aansluiting van de Mw bij het EU-mededingingsrecht en het systeem van Verordening (EG) 1/2003 leidt ertoe dat binnen de Nederlandse rechtsorde het onderscheid tussen het toepassingsbereik van het Nederlandse en het EU-kartelrecht beperkt is. Dit onderscheid, dat verder wordt besproken onder d, is alleen nog van belang voor de hierna, in onderdeel d, aan te geven gevallen. **b. Toepassing art. 101 en 102 VWEU in de Nederlandse rechtsorde. De beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten.** De mededingingsartikelen van het VWEU en de verschillende verordeningen ter uitvoering van deze verdragsartikelen zijn rechtstreeks van toepassing naast de regels van de Mw. Het begrip 'beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten' is bepalend voor het toepassingsbereik van het EU-mededingingsrecht. De Europese Commissie heeft in 2004 richtsnoeren gepubliceerd over de uitleg van het criterium (*PbEU* 2004, C 101 van 27 april 2004, p. 81, zie het onderdeel Bijlagen in deze uitgave). Niet is vereist dat interstatelijke handel daadwerkelijk wordt beperkt. Het is voldoende dat het mogelijk is, op basis van een geheel van juridische en feitelijke elementen, met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te voorzien dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen lidstaten kan beïnvloeden. Daarnaast dient de (mogelijke) beïnvloeding 'merkbaar' te zijn. Dit criterium introduceert een kwantitatief bevoegdheidselement: gedragingen vallen buiten art. 101 en 102 VWEU als de betrokken ondernemingen op de relevante markt een zwakke positie hebben. Ten aanzien van afspraken tussen partijen die een gezamenlijk marktaandeel hebben van maximaal 5% en een gezamenlijke omzet van € 40 miljoen of minder wordt door de Commissie vermoed dat deze buiten art. 101 VWEU te vallen, zelfs indien deze ertoe strekken de mededinging

te beperken. **c. Gezamenlijke toepassing.** De Europese Commissie is alleen bevoegd indien de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed. Art. 3, lid 1, Verordening (EG) 1/2003 verplicht zowel ACM als de rechter wanneer zij art. 6 en 24 Mw toepassen ook art. 101 en 102 VWEU toe te passen, indien door ter beoordeling voorliggende gedragingen de handel tussen de lidstaten kan worden beïnvloed (zie verder art. 88, aant. 1 en 2). Op grond van art. 3 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 mag de toepassing van het kartelverbod in 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 ten aanzien van eenzijdige gedragingen van ondernemingen toe, zoals misbruik van economische machtsposities, maar hier staat het eerdergenoemde uitgangspunt van de Mw een dergelijke afwijking in de weg. 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 gelijkshakeling dienen ACM, de rechter en arbiters het begrip ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten steeds toe te passen, maar beïnvloedt dit alleen de uitkomst van de beoordeling in die beperkte gevallen waar er verschillen tussen het nationale en het Europese mededingingsrecht zijn (zie hieronder, onderdeel d). Art. 5 Verordening (EG) 1/2003 regelt de bevoegdheid van de ACM voor de toepassing van het EU-mededingingsrecht. Zie verder Hoofdstuk 10, Inleidende opmerkingen. 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 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. **d. Beperkte verschillen in toepassing.** Gelet op de inhoudelijke aansluiting van de Mw bij de Unierechtelijke mededingingsregels zijn verschillen in materiële toepassing van het kartelverbod, het verbod van misbruik van een economische machtspositie en concentratiecontrole, zeer beperkt. Een verschil ten aanzien van het kartelverbod is dat sinds 2011 op grond van 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 enkele aparte groepsvrijstellingen (zie verder art. 15, aant. 2). Op grond van art. 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen kan de Minister beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door de ACM. Op grond van art. 5 Mw kan de Minister verder beleidsregels vaststellen met betrekking tot de wijze waarop ACM bij toepassing van art. 6 lid 3 Mw andere belangen dan economische belangen in zijn afweging moet betrekken. In 2016 heeft de Minister beleidsregels gegeven inzake de toepassing door de ACM van art. 6 lid 3 Mw bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid (*Strct.* 52945). Wat betreft het formele mededingingsrecht geldt dat er geen sprake is van een directe parallelie met het Europese recht (Besluit ACM 25 april 2003, § 130 (*Onderhandse aanbesteding gemeente Scheemda*, zaaknr. 3055)). De bestuursrechtelijke handhaving is geregeld in de Instellingswet ACM en de Algemene wet bestuursrecht.

7. Verhouding Europees en Nederlands recht bij concentraties. Inzake concentratiecontrole worden overlappende bevoegdheden 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 omzetrempels voor de EU-dimensie niet overschrijden worden door ACM aan de hand van de Mw getoetst, indien de Nederlandse omzetrempels wel worden overschreden (art. 29 Mw). Er is echter in de EG-concentratieverordening (art. 4 lid 4 en art. 9 EG-concentratieverordening) voorzien in de mogelijkheid 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).

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 beschikkingspraktijk van de Europese Commissie noodzakelijk. Als de rechter of 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 HvJ EU 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 HvJ EU 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. 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 (HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a.*)). 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. ACM heeft een aantal 'richtsnoeren' uitgegeven dat het beleid van de Commissie, met enige aanpassingen voor de Nederlandse situatie volgt. 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.

10. Het begrip 'relevante markt' is van essentieel belang voor de toepassing van de Mededingingswet. Voor de toepassing van de belangrijkste bepalingen van de wet is afbakening dan wel omschrijving van de relevante markt nodig. Het belangrijkste doel van de marktafbakening is het op systematische wijze onderkennen van de concurrentiedwang waarmee de betrokken ondernemingen worden geconfronteerd. De mate van gedetailleerdheid is daarbij afhankelijk van hetgeen wordt vereist voor de beoordeling van de gedragingen die het voorwerp van onderzoek vormen. De afbakening van de relevante markt is geen doel op zich, maar een instrument voor de analyse die is vereist voor de toepassing van de mededingingsregels (Cbb 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 (*Taxivervoer regio Rotterdam*)). Dit geldt in het bijzonder voor het verbod van art. 24 met betrekking tot misbruik van machtspositie, aangezien in dat verband het vaststellen van marktmacht bepalend is (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 lid 1 Mw is het bepalen van de relevante markt nodig om het mededingingsbeperkend effect van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen te kunnen vaststellen (zie art. 6, aant. 5 en 6). Een omschrijving van de relevante markt is ook nodig bij een beoordeling op grond van art. 6 lid 3. 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 aanduiding van de relevante markt. Voor de beantwoording van de vraag of een mededingingsbeperkende overeenkomst een vrijgestelde bagatel vormt op grond van art. 7 lid 2 Mw is afbakening van de relevante markt onontbeerlijk (Cbb 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 (*Taxivervoer regio Rotterdam*)). 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) aanwijzingen gegeven voor de bepaling van de relevante markt. Deze mededeling is ook voor de

toepassingspraktijk onder de Mededingingswet van belang. In civielrechtelijke procedures dient de partij die een mededingingsrechtelijke inbreukvordering instelt voldoende inzicht te geven in de voor de beoordeling essentiële feiten en omstandigheden, zoals een zorgvuldige marktafbakening, de relevante marktstructuur en marktkenmerken, alsmede het daadwerkelijke functioneren van de relevante markt(en) en van het effect daarop van de gestelde inbreuken (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (*IATA*)). 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). In een mededingingsprocedure kunnen verschillende relevante markten relevant zijn. Blijkens HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12 (*Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*) 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*)). Wanneer er nauwe banden bestaan tussen een gedomineerde en een niet-gedomineerde markt, kan een onderneming als gevolg hiervan misbruik van haar machtspositie maken op een van deze markten of beide markten gezamenlijk (Gerecht 6 oktober 1994, T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246 (*Tetra Pak*)).

11. 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 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 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/Ruhrkohle Handel Inter*, zaaknr. 426)). De boetebevoegdheid van ACM op grond van art. 56, lid 1, Mw, alsmede op grond van art. 88 en 89 Mw in samenhang met art. 5 Verordening (EG) 1/2003, bevat voor wat betreft de bij de boeteoplegging in aanmerking te nemen omstandigheden geen territoriale inperking, althans niet binnen de grenzen van de interne markt. Als een overtreding (mede) betrekking heeft op verkopen aan buitenlandse afnemers binnen de EU mag ACM ook de met die activiteiten gegeneerde opbrengst meenemen bij het vaststellen van de boetegrondslag (CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruien*)).

12. Openbare orde en ambtshalve toepassing. Is het mededingingsrecht van openbare orde en moet het daarom ambtshalve worden toegepast? In 2009 oordeelde de Hoge Raad dat art. 6 Mw geen recht van openbare orde bevat dat de rechter ambtshalve moet toepassen (HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582 (*Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*)). Aangenomen dient te worden dat hetzelfde geldt voor art. 24 Mw. In het Europese recht zijn art. 101 en 102 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, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile Netherlands*); HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:46 (*Manfredi*)). 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/Benetton*)). Zie tevens art. 6, aant. 10 en art. 24, aant. 8.

HOOFDSTUK 1

Begripsbepalingen

Artikel 1

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

- a. Onze Minister: Onze Minister van Economische Zaken en Klimaat;
- 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;
- o. *richtlijn (EU) 2019/1*: richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt (*PbEU* 2019, L 11).

[11-11-2020, Stb. 9, i.w.tr. 18-02-2021/kamerstukken 35467]

[Algemene opmerkingen]

1. Onze Minister: Onze Minister van Economische Zaken en Klimaat. Anders dan bij de Wet economische mededinging, waarin 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 en Klimaat 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. 4), 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 mededingingsrechtelijke begrip overeenkomst is breed en komt niet noodzakelijkerwijs overeen met de civielrechtelijke definitie. 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. Het wezenlijke element van het begrip overeenkomst is het bestaan van een wilsovereenstemming tussen ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is (HvJ EG 26 oktober 2000, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242 (*Bayer*) en Gerecht 19 mei 2010, T-18/05, ECLI:EU:T:2010:202 (*IMI e.a.*)). Het volstaat dat de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen (Gerecht 20 april 1999, T-305/94 e.a. (*Limburgse Vinyl Maatschappij*)).

b. Geen vormvereisten/objectieve maatstaf. 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. Hetzelfde geldt voor een 'gentleman's agreement' (HvJ EG 15 juli 1970, 41/69, ECLI:EU:C:1970:71 (*ACF Chemiefarma*)). 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*, zaaknr. 227), en standaardovereenkomsten: Besluit