

Voorwoord

Het mededingingsrecht is een *evergreen* in het Europese recht. Al vanaf het eerste begin van het Europese integratieproces tot op de dag van vandaag wordt er een actief mededingingsbeleid gevoerd. Dit wil echter niet zeggen dat er geen ruimte bestaat voor nationale ontwikkelingen. De regelgeving en rechtspraak van de laatste 20 jaar laten juist het tegendeel zien. Op nationaal niveau is het mededingingsrecht tot volle wasdom gekomen. Zowel op Europees als op nationaal niveau geldt een complex geheel aan mededingingsregels. Dit heeft ervoor gezorgd dat de Europese bestuurslaag nauw verweven is geraakt met de nationale bestuurslaag van de lidstaten. In het licht hiervan mag verwacht worden dat het voornemen van het Verenigd Koninkrijk om de EU te verlaten het nationale mededingingsrecht in dat land onder druk zal zetten. De Brexit zal daarom ook vanuit mededingingsrechtelijk perspectief tot grote uitdagingen leiden. In dit boek wordt niet ingegaan op deze problematiek, maar staat de wisselwerking tussen het Europese en Nederlandse mededingingsrecht centraal.

Voor de beoefenaar van het mededingingsrecht in de Hollandse polder is het van essentieel belang om zowel kennis te hebben van het Europese als het Nederlandse recht. Dit boek voorziet hierin. Hoewel alle relevante basisbeginselen en concepten worden uitgelegd, wordt de doelgroep gevormd door de lezers die al over enige kennis van het mededingingsrecht beschikken. Het boek kan gebruikt worden voor een cursus mededingingsrecht in de master en ook in de bachelor, voor zover voortgebouwd wordt op reeds eerder opgedane kennis. Daarnaast kan het boek dienst doen in een postmaster-cursus.

Veel publicaties die over het mededingingsrecht gaan, zijn geschreven in het Engels, hetgeen niet verwonderlijk is gezien de internationale dimensie van dit rechtsgebied. Ik heb er desalniettemin bewust voor gekozen dit boek in het Nederlands te schrijven.

De reden hiervoor is dat op deze wijze de impact van het Europese mededingingsrecht op de Nederlandse Mededingingswet op adequate en op sommige plekken zelfs gedetailleerde wijze kan worden geanalyseerd. Voor de lezers die eerder in aanraking komen met de Autoriteit Consument & Markt dan met de Commissie, wordt dan duidelijk hoe de mededingingsregels hun uitwerking hebben in de Nederlandse rechtspraak.

Van Kamiel Mortelmans, bij wie ik gepromoveerd ben en met wie ik veel heb samengewerkt, heb ik geleerd oog te hebben voor de doorwerking van het Europese recht naar de nationale rechtsorde. Van hem heb ik het juridische metier geleerd en de voorliefde voor het Europese en nationale economische recht overgenomen. Om deze reden draag ik dit boek aan Kamiel Mortelmans op.

Nijmegen, april 2017,
Johan van de Gronden

Hoofdstuk 1

Inleiding

1 Context

De verdragsbepalingen voor de mededinging zijn een zeer belangrijk onderdeel van het *acquis communautaire*. Vanaf het begin van het Europese samenwerkingsproces spelen deze bepalingen een prominente rol. Op het recht van de lidstaten hebben zij een belangrijke invloed gehad, hetgeen er uiteindelijk in geresulteerd heeft dat veel nationale wetgevers in Europa mededingingsregels die op EU-leest geschoeid zijn, hebben aangenomen. Nederland (dat lang bekend stond als kartelparadijs) heeft uiteindelijk de Mededingingswet in 1998 aangenomen. Het EU-mededingingsrecht is een zeer belangrijke inspiratiebron geweest voor deze wet, en is dat nog steeds.

De toepassing en handhaving van het EU-mededingingsrecht is een bevoegdheid die de Commissie deelt met de nationale kartelautoriteiten en de nationale rechters. De laatste 20 jaar is duidelijk geworden dat het succes van dit rechtsgebied niet alleen van het optreden van de Commissie afhangt, maar ook van het handelen van de nationale autoriteiten van de lidstaten. De decentralisatie is een belangrijke tendens in het mededingingsrecht. Deze tendens is goed zichtbaar geworden sinds de totstandkoming van Verordening 1/2003.¹ Deze verordening, die op 1 mei 2004 in werking trad, maakte een einde aan het zogenoemde ontheffingsmonopolie (of machtigingssysteem) van de Commissie op grond van artikel 101 lid 3 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Niet de Commissie bepaalt meer als enige of de met artikel 101 lid 1 VWEU strijdige afspraken tussen ondernemingen onder de uitzondering van het derde lid van deze verdragsbepaling vallen; ook de nationale autoriteiten (kartelautoriteiten en rechters) gaan na of voldaan is aan de criteria van artikel 101 lid

¹ Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (thans artikel 101 en 102), *Pb.* 2003, L 1/1.

3 VWEU en beoordelen of een bepaald kartel economische voordelen heeft. Het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU had al rechtstreekse werking en kon derhalve reeds decentraal worden toegepast door de nationale overheidsinstanties in de lidstaten. Hetzelfde geldt sinds 1 mei 2004 ook voor artikel 101 lid 3 VWEU.

Decentralisatietendens in het EU-recht

De decentralisatie van de ontheffingscriteria staat niet op zichzelf. In het Europees economisch recht is een algehele tendens tot decentralisatie waar te nemen, die zich verder heeft voortgezet na het van kracht worden van Verordening 1/2003. Het Hof van Justitie heeft een aantal arresten gewezen die als gevolg hebben dat nationale autoriteiten moeten nagaan of bepaalde beperkende maatregelen desalniettemin gezien hun voordelen geoorloofd moeten worden geacht.

Zo voerde het Hof in de zaak *Wouters*² een op het algemeen belang geënte toets uit aan het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU: deontologische afspraken tussen advocaten worden, ondanks hun effecten op de concurrentie, geacht niet in strijd te zijn met het verbod uit deze verdragsbepaling, voor zover ze niet verdergaan dan noodzakelijk. Op grond van deze jurisprudentie konden nationale (rechterlijke) autoriteiten al beslissen of dergelijke afspraken, ondanks hun beperkende effecten, toch toegestaan dienden te worden met het oog op de voordelen die met deze afspraken gepaard gingen. Voorts is het arrest *CIF*³ van belang, waarin het Hof besliste dat nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid hebben om vast te stellen dat een nationale wettelijke regeling in strijd is met artikel 4 lid 3 EU juncto artikel 101 VWEU. Deze Europese norm verbiedt lidstaten het nuttig effect aan het Europese kartelverbod te ontnemen door bijvoorbeeld een mededingingsbeperkende afspraak te begunstigen of te bekrachtigen. Het arrest *CIF* betekent in de Nederlandse context dat de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) privaatspublieke arrangementen in strijd met het EU-recht mag oordelen. Van belang is voorts de zaak *Milk Marque*,⁴ waarin het Hof stelde dat nationale kartelautoriteiten nationaal mededingingsrecht mogen toepassen om zo bij te dragen aan het goede functioneren van een Gemeenschappelijke landbouwordering. Ook op het terrein van staatssteun is een tendens van decentralisatie, zo blijkt uit het arrest *Altmark*.⁵ In dit arrest is

2 Zaak C-309/99 (*Wouters*), *Jur.* 2002, p. I-1577.

3 Zaak C-198/01 (*CIF*), *Jur.* 2003, p. I-8055.

4 Zaak C-137/00 (*Milk Marque*), *Jur.* 2003, p. I-7975.

5 Zaak C-280/00 (*Altmark*), *Jur.* 2003, p. I-7747.

bepaald dat financiële compensatie voor de uitvoering van een openbare dienstverplichting onder bepaalde omstandigheden niet als steun in de zin van artikel 107 VWEU wordt aangemerkt en derhalve geoorloofd is. Nationale autoriteiten die het voornemen hebben deze compensatie toe te kennen, dienen dus na te gaan of er daadwerkelijk sprake is van compensatie voor de uitvoering van een openbare dienstverplichting. De beoordeling van financiële voordelen, die in beginsel een bevoegdheid van de Commissie is in het staatssteunregime, vindt door de 'Altmark-doctrine' (mede) op nationaal niveau plaats.

Van groot belang in dit verband zijn de ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden in het EU-staatssteunrecht. In 2014 heeft de Commissie de zogenoemde Groepsvrijstellingsverordening vastgesteld.⁶ Op grond hiervan zijn bepaalde steunmaatregelen van de lidstaten vrijgesteld van het verbod van artikel 107 lid 1 VWEU om concurrentievervalsende staatssteun te verlenen. De lidstaten dienen zelf te beoordelen of de steun die zij willen verlenen, voldoet aan de voorwaarden van deze groepsvrijstelling. De consequentie hiervan is dat nationale rechterlijke autoriteiten in geschillen omtrent staatssteun dienen na te gaan of deze beoordeling juist was. Hierdoor heeft de decentrale toepassing van de Verdragsbepalingen voor staatssteun een grote impuls gekregen.

Doelstelling van het gedecentraliseerde EU-mededingingsrecht

In deze decentralisatieontwikkelingen neemt Verordening 1/2003 een belangrijke plaats in. Het startschot voor deze verordening werd gegeven in 1999 door de Commissie met de publicatie van het Witboek over de modernisering van het mededingingsrecht.⁷ Als belangrijke doelstelling werd genoemd dat de gedecentraliseerde toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU de Commissie zou ontlasten, waardoor zij meer capaciteit kreeg voor de handhaving van het EU-mededingingsrecht. Het is de bedoeling om '...de strijd aan te binden tegen kartels, meer in het bijzonder op sterk geconcentreerde markten en markten waar liberalisering aan de gang

6 Verordening 651/2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, *Pb* 2014, L 187/1.

7 Witboek van de Commissie betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (thans artikel 101 en 102 VWEU), *Pb* 1999, C 132/1.

is.⁸ Juist met het oog op de toetreding van de nieuwe lidstaten tot de Europese Unie in 2004 was de Commissie bang dat het in stand houden van het ontheffingsmonopolie ertoe zou leiden dat haar ambtelijke diensten overbelast zouden raken, hetgeen haar zou afhouden van haar handhavingstaken. Tegen deze achtergrond van het voornemen om de handhaving te intensiveren, wekt het geen verwondering dat Verordening 1/2003 aan de Commissie vergaande bevoegdheden op het terrein van de handhaving toekent.

Handhaving van het mededingingsrecht is een aangelegenheid die hoog op de agenda van de Commissie blijft staan. Begin 2017 heeft zij een conceptrichtlijn met het oog op de harmonisatie van de handhavingsbevoegdheden van de nationale mededingingsautoriteiten gepubliceerd.⁹ Voorgesteld wordt om in deze richtlijn regels op te nemen voor onder meer de inspectiebevoegdheden van de nationale mededingingsautoriteiten, het nemen van voorlopige maatregelen door hen, de sancties die deze autoriteiten kunnen opleggen en hun clementiebeleid. Indien dit voorstel wordt aangenomen door de Raad en het Parlement, zal het nationaal mededingingsrecht gedeeltelijk voorwerp zijn van harmonisatie. Ten tijde van het schrijven van het onderhavige boek was echter niet duidelijk wat de uitkomsten van de onderhandelingen ter zake zouden zijn. Het was derhalve onzeker in hoeverre hetgeen de Commissie heeft voorgesteld, overgenomen zou worden door de Europese wetgever. In dit boek zal daarom het Richtlijnvoorstel tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffende handhaving slechts kort worden aangestipt.

Coherente en eenvormige toepassing van de mededingingsregels

De omvorming van artikel 101 lid 3 VWEU tot een *exception légale* heeft als groot risico dat de uniforme tenuitvoerlegging van het EU-mededingingsrecht in gevaar komt. De criteria van deze verdragsbepaling aan de hand waarvan beoordeeld moet worden of bepaalde mededingingsbeperkende afspraken ook economische voordelen hebben, impliceren enige beleidsvrijheid. Een kartelau-

8 Zie randnummer 45 van het Witboek van de Commissie over de modernisering van het mededingingsrecht.

9 Zie het Voorstel van de Commissie van 22 maart 2017 voor een Richtlijn tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffende handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt, COM(2017)142 final.

toriteit in Italië kan andere gedachten hebben over een voordeel van een mededingingsbeperkende afspraak dan bijvoorbeeld de nationale mededingingsautoriteit van Nederland. Een rechter in Noord-Europa kan een andere houding aannemen tegenover een kartel dan zijn collega in Zuid-Europa. Verordening 1/2003 voorziet daarom in mechanismen die de coherente en eenvormige gelding van het EU-mededingingsrecht beogen te waarborgen. Deze mechanismen zijn erin gelegen om de samenwerking tussen de nationale kartelautoriteiten en de Commissie alsmede de samenwerking tussen de rechter en de Commissie/nationale kartelautoriteit te stimuleren.

2 Uitgangspunten van dit boek

In dit boek staat het Europees en Nederlands mededingingsrecht centraal. De analyse van deze twee rechtsgebieden wordt uitgevoerd in het licht van de hierboven genoemde ontwikkelingen: de decentralisatietendens in het mededingingsrecht.

In dit boek wordt ruim aandacht besteed aan Verordening 1/2003 vanwege de impuls die deze verordening aan de decentralisatie van het Europees mededingingsrecht heeft gegeven. Daarnaast komt aan de orde het zogenoemde ‘Modernisation Package’, dat bestaat uit mededelingen en een verordening van de Commissie die bedoeld zijn de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 te faciliteren.¹⁰ Het Europese mededingingsrecht heeft grote ontwikkelingen doorgemaakt. Een praktisch aandachtspunt in dit verband is dat het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG) later de naam Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG) heeft gekregen en weer later omgedoopt werd tot het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Deze wijzigingen zijn gepaard gegaan met vernummering van de relevante mededingingsbepalingen. In dit boek wordt uitgegaan van de nieuwste nummering van het VWEU, tenzij anders vermeld wordt.

Juist omdat de decentralisatietendens een belangrijke plaats inneemt in dit boek, wordt veel aandacht besteed aan het Neder-

10 Deze mededelingen zijn gepubliceerd in *Pb.* 2004, C 101. De verordening van de Commissie – Verordening 773/2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (thans artikel 101 en 102 VWEU) – in *Pb.* 2004, L 123/18.

landse mededingingsrecht. De bepalingen van de Mededingingswet en de rol van de ACM worden besproken. Zo wordt duidelijk welke benaderingen over zijn genomen van het EU-mededingingsrecht en welk autonoom beleid is ontwikkeld. In dit verband moet erop gewezen worden dat volgens de wetgever een groot aantal bepalingen van de Mededingingswet georiënteerd is op het Europese mededingingsrecht,¹¹ maar dat geen sprake is van een nationale kopie van een Europees origineel.¹² Bewust is gestreefd naar een combinatie van Europeanisering van het mededingingsrecht met autonoom nationaal beleid. Wel is het uitgangspunt dat de Mededingingswet niet strenger en niet soepeler is dan de Europese mededingingsregels.¹³

Het is overigens van belang om het begrip decentralisatie te omschrijven. In dit boek wordt met dit begrip niet verwezen naar decentrale overheden als provincies en gemeenten. Het gaat hier om een gedecentraliseerd niveau ten opzichte van dat van de Europese Unie. Onder decentralisatie wordt in dit boek verstaan het overhevelen van bevoegdheden (op het terrein van het mededingingsrecht) van Europees niveau naar het nationale niveau van de lidstaten.

In Nederland is de ACM bevoegd om artikel 101 en artikel 102 VWEU toe te passen en te handhaven. Tot 1 april 2013 was (de raad van) de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) de instantie die verantwoordelijk was voor de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht. Toen echter per deze datum de Instellingswet ACM in werking trad, is deze instantie opgegaan samen met de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit in de ACM. De ACM heeft derhalve bevoegdheden niet alleen op het terrein van het mededingingsrecht, maar ook met betrekking tot sectorspecifiek toezicht. De ACM is een zelfstandig bestuursorgaan en opereert daarmee onafhankelijk van de Minister van Economische Zaken, die geen instructies op het niveau van een individuele zaak mag geven.¹⁴ Wel kan deze bewindspersoon beleidsregels ten aanzien van de taakuitoefening van de ACM vaststellen.¹⁵

11 Zie voor een uitgebreide beschouwing over de afstemming tussen de Nederlandse en Europese regels voor mededinging: Mok 2004, p. 69-72.

12 *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.*

13 Zie vorige noot.

14 Zie artikel 9 Instellingswet ACM.

15 Zie artikel 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

In het hierboven aangehaalde voorstel voor de Richtlijn tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffende handhaving zijn bepalingen opgenomen over de onafhankelijkheid van een nationale mededingingsautoriteit. Zo mogen het personeel en de leden van een dergelijke autoriteit bij de toepassing van de Europese mededingingsregels geen instructies van overheidsinstanties of andere publieke of private entiteiten vragen of aanvaarden.¹⁶ In Nederland zijn thans zaak-specifieke instructies al niet toegestaan. Op het eerste gezicht lijkt de bevoegdheid voor een bewindspersoon om beleidsregels vast te stellen niet in strijd te zijn met het Richtlijnvoorstel. Dergelijke beleidsregels hebben immers niet direct betrekking op een specifieke zaak. In de considerans van het Richtlijnvoorstel wordt verder uitdrukkelijk opgemerkt dat een nationale overheid algemene beleidslijnen of prioritairere richtsnoeren voor zijn nationale mededingingsautoriteiten mag uitvaardigen.¹⁷

Het rechterlijk toezicht in Nederland is in handen van de Rechtbank Rotterdam in eerste aanleg en van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in hoger beroep. De civiele rechter kan daarnaast aan het Europese kartelrecht toetsen in de aan hem voorgelegde geschillen. Zowel wanneer de ACM de Europese mededingingsregels hanteert als wanneer de rechter dat doet, is er sprake van gedecentraliseerde toepassing van deze regels in Nederland.

3 Opzet van het boek

Hieronder wordt allereerst ingegaan op de verhouding tussen het Europese en nationale mededingingsrecht (hoofdstuk 2). Het kartelverbod komt aan de orde in hoofdstuk 3: hierin wordt niet alleen ingegaan op artikel 101 VWEU, maar ook op artikel 6 en volgende Mededingingswet (hierna: Mw). In hoofdstuk 4 wordt aandacht besteed aan het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie, zoals vastgelegd in artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw. In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op het concentratietoezicht, zoals dat vormgegeven is in het Europese en Neder-

16 Zie artikel 2 sub b van het voorstel voor de Richtlijn tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffende handhaving.

17 Zie considerans 17 van het voorstel voor de Richtlijn tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffende handhaving.

landse mededingingsrecht. In hoofdstuk 6 wordt nagegaan welke bevoegdheden de Commissie en de ACM hebben om toepassing te geven aan het mededingingsrecht. Ook wordt hier aandacht besteed aan de rol van de nationale rechter. In hoofdstuk 7 staat de handhaving van het mededingingsrecht door de Commissie en de ACM centraal. Hoofdstuk 8 heeft de problematiek van overheid en mededinging als onderwerp. Onder andere wordt aandacht besteed aan de Verdragsbepalingen inzake staatssteun en de bepalingen uit de Mededingingswet over markt en overheid. In hoofdstuk 9 wordt afgesloten met enkele slotbeschouwingen.