



**Universiteit Utrecht**

# **Mededingingsrechtelijk procedurerecht**

## **Collegedictaat UU/UvT**

**2015/2016**

**Prof. Mr. A. Gerbrandy (UU)**

**Prof. Mr. S.A.C.M. Lavrijssen (UvT)**

**met medewerking van Dr. Mr. Bas van Bockel, Julia Eijkens LLM, en Eva Lachnit LLM**

## Inhoudsopgave

Inleiding	3
1. Algemeen	4
1.1. Inleiding	4
1.2. Geëuropeaniseerd nationaal proces- en procedurerecht	4
1.3. Organisatie ACM	6
2. Visie op toezicht ACM	7
2.1. Inleiding	7
2.2. Theoretische grondslag	7
2.3. Probleemoplossend toezicht in de praktijk	8
2.4. Aandachtsvelden 2013-2015	9
3. Ambtshalve toezicht	10
3.1. Aan de start van een zaak	10
3.2. Terminologische opklaringen	10
4. De rol van klagers	12
4.1. Inleiding	12
4.2. Wie mag een klacht indienen?	12
4.3. De klacht is ingediend: het prioriteringsbeleid	14
5. Toezicht op naleving	15
6. De bevoegdheden van de ACM gedurende het toezicht	18
6.1. Een getrappt systeem van bevoegdheden	18
6.2. Waarborgen bij toezicht op naleving	19
6.3. Informatie-uitwisseling	21
7. Bevoegdheden bij vaststelling inbreuk	23
7.1. Inleiding	23
7.2. Handhavinginstrumenten	23
7.3. Waarborgen bij vaststelling van de inbreuk: rechten van verdediging	23
7.4. Openbaarmakingregime	24
8. Alternatieve handhaving door ACM	26
8.1. Inleiding	26
8.2. Clementieregeling	26
8.3. Toezeggingbesluit	27
8.4. Schikking/verklaring van geen bezwaar	28
9. Sancties	30
9.1. Inleiding	30
9.2. Boetes	30
9.3. De berekening van de hoogte van de boete	31
9.4. Clementie (opnieuw)	31
9.5. Boetes voor natuurlijke personen	32
9.6. Boetes voor overtreding van andere voorschriften	32
10. Rechtsbescherming	33
10.1. Inleiding	33
10.2. Belanghebbende en procesbelang	33
10.3. Besluit	33
10.4. Bezwaar en beroep	34
11. Samenwerking met de Europese Commissie	35
11.1 Inleiding	35
11.2. Nationale mededingingsautoriteiten	35
11.3. Nationale rechterlijke instanties	37
12. Civiele handhaving	39
12.1. Inleiding	39
12.2. Verweer bij vordering tot nakoming en vordering tot ontbinding	39
12.3. Vordering tot vergoeding van de schade	39
12.4 Bewijs en toetsing	
12.5. Harmonisatie civiele handhaving	40
12.6. Massaclaims	41

## Inleiding

In de voorliggende tekst wordt ingegaan op mededingingsrechtelijk procedurerecht. Het betreft vooral procedures op nationaal niveau: over procedures op Europees niveau, dus voor de Europese Commissie en het Hof van Justitie, bestaan al uitgebreide, goede en toegankelijke teksten. Dat is niet zo voor nationale mededingingsprocedures. De boeken die er zijn, zijn grotendeels verouderd. Voor onderwijsdoeleinden hebben wij het derhalve op ons genomen een nieuwe tekst te maken die voor studenten procedurele aspecten van het mededingingsrecht op nationaal niveau inzichtelijk maken. Deze tekst richt zich primair op studenten op bachelorniveau, maar kan eveneens gebruikt worden als basistekst voor verdere specialisatie op masterniveau. We veronderstellen enige basiskennis van het nationale bestuurs(proces)recht, vooral neergelegd in de Awb, en basiskennis van het Europese recht.

De tekst is opgebouwd als volgt. Na een algemeen deel (par. 1) volgen paragrafen over de volgende onderwerpen: de visie van toezichthouder ACM op toezicht (par. 2), ambtshalve toezicht (par. 3), de rol van klagers in het mededingingsrecht (par. 4), het toezicht op naleving (par. 5), de bevoegdheden van ACM gedurende het toezicht (par. 6), bevoegdheden bij het vaststellen van een inbreuk (par. 7), alternatieve handhaving (par. 8), sancties (par. 9), rechtsbescherming (par. 10), samenwerking met de Europese Commissie (par. 11), en civiele handhaving (par. 12).

Deze tekst wordt gebruikt als collegedictaat/reader-tekst in het onderwijs aan de Universiteit Utrecht en de Universiteit van Tilburg in het academisch jaar 2014/2015. We stellen op- en aanmerkingen van studenten en docenten zeer op prijs! Die kunnen worden gericht aan: [S.A.C.M.Lavrijssen@uvt.nl](mailto:S.A.C.M.Lavrijssen@uvt.nl) en/of [A.Gerbrandy@uu.nl](mailto:A.Gerbrandy@uu.nl).

Aan de totstandkoming hebben docenten/onderzoekers van de UvT en UU meegewerkt: Bas van Bockel, Julia Eijkens, Anna Gerbrandy, Eva Lachnit en Saskia Lavrijssen. Anna Gerbrandy en Saskia Lavrijssen zijn verantwoordelijk voor de eindredactie. De tekst is afgesloten in januari 2015.

Saskia Lavrijssen

Anna Gerbrandy

Tilburg en Utrecht, januari 2015

## 1. Algemeen

### 1.1. Inleiding

In 1998 kreeg Nederland een Mededingingswet die op Europese leest geschoeid was. Daarbij werd de Nederlandse Mededingingsautoriteit opgericht (de NMa), die later - samen met de telecomtoezichthouder OPTA en de Consumentenautoriteit - de Autoriteit Consument en Markt werd. Deze ACM is een *zelfstandig bestuursorgaan*. Dat betekent dat de ACM in de nationale bestuurlijk context op zekere afstand van de verantwoordelijke Minister (de Minister van Economie, Landbouw en Innovatie) staat. De Minister is weliswaar politiek verantwoordelijk maar kan slechts in algemene zin aanwijzingen geven aan de ACM, nooit in individuele gevallen. Waar tot 1998 met enig recht gesproken zou kunnen worden van Nederland als kartelparadijs omdat sprake was van een stelsel waarbij kartels waren toegestaan, tenzij zij in strijd zouden zijn met het algemeen belang (een 'nee, tenzij-stelsel'), is dat vanaf 1998 niet meer mogelijk. Vanaf dat moment geldt het verbodsstelsel, net als in het Europese mededingingsrecht.

De Mededingingswet bevat kort samengevat de volgende hoofdbepalingen van materieel recht:

- een verbod op mededingingsbeperkende afspraken (artikel 6 lid 1 Mw);
- een verbod op het maken van misbruik van machtspositie (artikel 24 Mw);
- een regime voor concentratietoezicht (artikelen 26 Mw en verder).

Voor het verbod op mededingingsbeperkende afspraken geldt een rechtstreeks werkende uitzondering (artikel 6 lid 3 Mw), de Europese groepsvrijstellingen (via artikel 12 en 13 Mw), eventuele specifieke nationale vrijstellingen (artikel 15 Mw) en een uitzondering voor ondernemingen belast met diensten van algemeen economisch belang (artikel 11 Mw). Voor het misbruikverbod geldt eveneens een uitzondering voor ondernemingen belast met diensten van algemeen economisch belang (artikel 25 Mw). De Mededingingswet bevat géén staatssteunbepalingen. Wel bevat het een hoofdstuk met bepalingen gericht op de overheid als marktdeelnemer. Al deze bepalingen zijn van toepassing op het Nederlandse territorium. Zij zijn - met uitzondering van de regels voor de overheid als marktdeelnemer (neergelegd in artikel 25g tot en met 25ma Mw) gebaseerd op min of meer gelijklopende Europese bepalingen en worden dan ook 'niet strenger en niet soepeler' uitgelegd dan hun Europese equivalenten. De verbinding met Europees recht is bovendien groot omdat nationale toezichthouders en rechters bij toepassing van het nationale mededingingsrecht tegelijkertijd het Europese mededingingsrecht (artikel 101 VWEU en artikel 102 VWEU) toepassen indien er een interstatelijke component aanwezig is.

### 1.2. Geëuropeaniseerd nationaal proces- en procedurerecht

Het voorgaande betekent dat de toezichthouder, de ACM, zowel toezichthouder is van nationaal mededingingsrecht als van Europees mededingingsrecht. Dat brengt soms lastige vraagstukken met zich mee, bijvoorbeeld over afstemming in het netwerk van Europese toezichthouders (meer daarover in par. 11). Het betekent ook dat nationale rechters, zowel de bestuursrechter als de civiele rechter, zowel het nationale als het Europese mededingingsrecht toepassen (meer daarover in par. 10). De materiële convergentie – dat de uitleg en toepassing van het nationale mededingingsrecht in

materiële zin heel erg lijkt of zelfs vrijwel geheel overeenkomt met de uitleg van het Europese mededingingsrecht – is dan ook groot.

Ook op procedureel terrein is de verwevenheid tussen het Europese niveau en het nationale niveau te zien. Toch is er daar in mindere mate sprake van een kopie dan in het materiële recht. Dat komt omdat de ACM, als toezichthouder van het *Europese* mededingingsrecht, opereert in een *nationale* procedurele context. Het nationale proces- en procedurerecht dat betrekking heeft op de uitoefening van die Europese rechten is (voor een groot deel) niet geharmoniseerd: nationaal procesrecht valt in de ruimte van procedurele autonomie.<sup>1</sup> Dat wil zeggen dat de lidstaten vrij zijn in het invullen van het procesrecht, mits zij voldoen aan de eisen van equivalentie en effectiviteit. Dat betekent dat het voor de rechthebbenden (ondernemingen, consumenten, belanghebbenden) niet te moeilijk mag worden gemaakt om het aan het Europese recht ontleende recht uit te oefenen (effectiviteit). De nationale bepaling die wordt gehanteerd ter effectuering van het Europese recht mag ook niet ongunstiger zijn dan de bepaling die van toepassing is op soortgelijke nationale bepalingen (equivalentie).

De ACM als *nationale* toezichthouder heeft, in theorie, wat procedures betreft al helemaal weinig met het Europese recht van doen. Hier gelden zelfs de eisen van equivalentie en effectiviteit niet. Maar goed, dat kan in theorie wel zo zijn, als in de praktijk het nationale en Europese materiële recht gelijktijdig worden toegepast is het moeilijk vol te houden dat de Europese beginselen op het 'nationale deeltje' van een procedure geen invloed zouden hebben. Bovendien kijkt de ACM naar de Europese Commissie als het gaat om het vormgeven van procedures. De Commissie heeft ruim 50 jaar ervaring als mededingingstoezichthouder en is bovendien de spin in het web van het European Competition Network. Dat levert spontane convergentie op: ook de procedures bij de ACM vormen zich, voor een deel, naar de procedures bij de Commissie. Datzelfde – spontane convergentie – is overigens te zien bij de rechterlijke toetsing van besluiten van de ACM door de nationale bestuursrechter (waarover later meer).

Het nationale mededingingsprocesrecht ontkomt dus niet aan invloeden uit het Europese mededingingsprocesrecht. Toch is het uitgangspunt voor de procedures bij de ACM en het procesrecht voor de nationale rechter het algemene nationale bestuursprocesrecht. Dat is vooral te vinden in de Algemene wet bestuursrecht. De voorschriften van de Awb zijn 'gewoon' van toepassing in het mededingingsrecht. Deze voorschriften worden aangevuld – en op sommige vlakken wordt ook afgeweken van de Awb – door de Mededingingswet zelf. Daarnaast zijn er enkele specifieke procesrechtelijke bepalingen in het Europese recht te vinden: dit is *geharmoniseerd* recht (dat in theorie alleen geldt voor de toepassing van Europees mededingingsrecht, maar in de praktijk ook wordt toegepast op procedures waarin slechts nationaal mededingingsrecht aan de orde is). De belangrijkste bepaling van geharmoniseerd recht is een bewijsbepaling (in verordening 1/2003). Meer recent is een belangrijke richtlijn aangenomen die zal leiden tot implementatie in nationale wetgeving en betrekking heeft op civiele handhaving van mededingingsrecht. Op die civiele procedures is verder 'gewoon' het burgerlijk procesrecht van toepassing. Ook zijn in het Europese

---

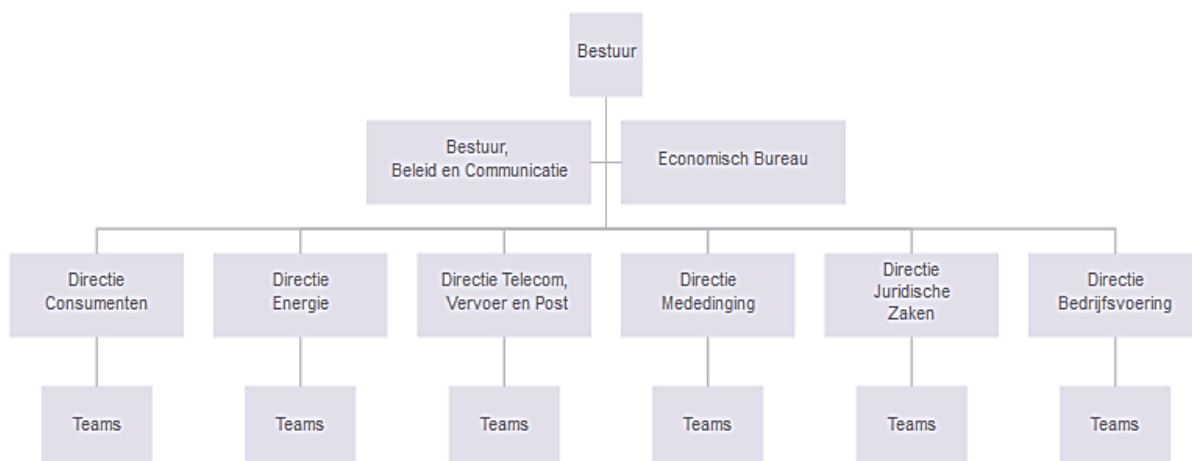
<sup>1</sup> HvJ EU 16 december 1976, C-33-76 (*Rewe*), ECLI:EU:C:1976:188. We veronderstellen, zoals in de inleiding aangegeven, basiskennis van het Europese recht. Daaronder valt bijvoorbeeld kennis van het leerstuk van procedurele autonomie. Een goede inleiding op dit leerstuk is ook te vinden in J.H. Jans, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2015 en in de boeken die in het bacheloronderwijs worden gebruikt voor de vakken Europees recht of European Law.

recht bepalingen (*hard law*) en bekendmakingen (*soft law*) te vinden die de relatie tussen de rechter en de toezichthouder (zowel de ACM als de Commissie) betreffen. De Commissie maakt sowieso veel gebruik van bekendmakingen en richtsnoeren, die vaak ook een procedurele component kennen. Deze richtsnoeren binden de Commissie, maar kunnen ook door de ACM als 'eigen' beleidsregels worden overgenomen. Tenslotte zijn er ook nog nationale beleidsregels, waarvan sommige afkomstig van de Ministerie van Economie, Landbouw en Innovatie, en sommige van de ACM zelf.

Zo heeft het nationale mededingingsbestuursprocesrecht verschillende bronnen, die alle relevant zijn.

### 1.3. Organisatie ACM

De ACM is een zelfstandig bestuursorgaan. Deze ACM zelf bestaat eigenlijk maar uit een driekoppig manschap: de voorzitter en twee medebestuurders. Zij nemen de toezichts- en handhavingbesluiten, de overige ambtenaren van de ACM worden 'geleend' van het Ministerie van Economische Zaken. In het dagelijks spraakgebruik - ook op de website van de ACM zelf - wordt het geheel eveneens aangeduid als ACM. Het organogram van de ACM ziet er als volgt uit:



Mededingingsrechtelijk relevant is natuurlijk vooral de Directie Mededinging, maar ook de Directie Juridische Zaken. Binnen ACM bestaan een scheiding tussen de teams die zich bezig houden met het toezicht en het team dat de uiteindelijke sanctie voorbereidt: tussen hen staan vanwege het voorkomen van vooringenomenheid zogenoemde *Chinese walls*, en het schrijlings plaatsnemen op deze Chinese muur levert het risico van vernietiging van de sanctie door de rechter op. De eerste teams bevinden zich (vooral) bij de directie mededinging, het tweede groepje is onderdeel van Juridische Zaken. Het besluit wordt uiteindelijk genomen door het Bestuur.

## 2. Visie op toezicht ACM

### 2.1. Inleiding

Een mededingingsautoriteit kan en moet meer dan alleen boetes uitdelen voor overtredingen.<sup>2</sup> ACM is verantwoordelijk voor het toezicht op het goed functioneren van de markt en heeft daarvoor meerdere handhavinginstrumenten tot haar beschikking.<sup>3</sup> Sommige instrumenten zijn 'lichter' van aard: zij zijn minder ingrijpend voor de betrokken ondernemingen. Andere instrumenten zijn zwaarder en kunnen door ondernemingen als sanctie worden ervaren. Boetes zijn natuurlijk ook bedoeld als sanctie. Echter, het is niet altijd duidelijk welke instrumenten voor welke situatie dienen te worden ingezet. Om die vraag beter te kunnen beantwoorden heeft een mededingingsautoriteit een toezichtvisie of strategie nodig. In deze paragraaf wordt de toezichtstrategie besproken die ten grondslag ligt aan het handhavingsbeleid van ACM. Er wordt kort ingegaan op de theoretische grondslag ervan, waarna een praktijkvoorbeeld de toepassing illustreert. Tot slot volgt een korte behandeling van de aandachtsgebieden waarbinnen we het toezicht van ACM de komende jaren kunnen verwachten.

### 2.2. Theoretische grondslag

De strategie van ACM is opgesteld ten tijde van de fusie tussen NMa, OPTA en de Consumentenautoriteit. Omdat dit drie verschillende toezichthouders waren, met elk een verschillende visie op toezicht, vond het bestuur het belangrijk dat de nieuwe strategie van ACM uniformereend was. Er moest dus dezelfde strategie gebruikt worden in het toezicht op gereguleerde markten (telecom, energie, vervoer, post), in het algemene mededingingsrecht en in het consumententoezicht. Uiteindelijk is er gekozen voor het *probleemoplossend toezicht* als uitgangspunt voor de strategie. Probleemoplossend toezicht is een toezichtstijl die het bekendst is geworden door het in 2000 verschenen boek *The Regulatory Craft* van Malcom Sparrow, en het uitgangspunt van deze strategie is verrassend simpel: *pick important problems and fix them*.<sup>4</sup> De toepassing hiervan in de praktijk is uiteraard minder simpel – hier komen we nog op terug.

Het werk van Sparrow kan geplaatst worden in een brede discussie over de beste manier van toezichthouden en handhaven. Deze discussie kenmerkt zich door een veelvoud aan ideeën voor effectieve instrumenten en creatieve interventies, wat tot de conclusie noopt dat handhavers al over veel inspiratiebronnen beschikken voordat Sparrow probleemoplossend toezicht voor het voetlicht bracht. Het doel van probleemoplossend toezicht is dan ook niet het toevoegen van de zoveelste handhavingmethode, maar het bieden van een raamwerk waarbinnen alle mogelijke interventies gestructureerd kunnen worden. Probleemoplossend toezicht gaat uit van de volle breedte van het instrumentarium, en biedt een stappenplan om deze op een effectieve manier te gebruiken. Hiertoe dient er eerst een potentieel probleem te worden aangemerkt en gedefinieerd en de impact van een mogelijke interventie worden geschat, waarna de oplossing voor het probleem kan worden ontwikkeld. Deze oplossing moet vervolgens worden geïmplementeerd, waarna het resultaat kan worden gemonitord. Kortom: *signaleren, analyseren, prioriteren, oplossen* en *effect evalueren*.

---

<sup>2</sup> Onderstaande tekst is deels ontleend aan het inleidende gedeelte van de bijdrage van de auteur aan het *liber amicorum* van Bart Hessel. Zie E.S. Lachnit, 'Probleemoplossend toezicht bezien vanuit de doelen van mededingingsrecht: een verkenning', te verschijnen in 2015.

<sup>3</sup> Zie ook verder het deel 'Alternatieve handhaving'.

<sup>4</sup> M.K. Sparrow, *The Regulatory Craft*, Brookings Institutions Press 2000.

### **2.3. Probleemoplossend toezicht in de praktijk**

Deze probleemoplossende stappen zijn natuurlijk theoretisch en moeten vertaald worden naar de praktijk. ACM heeft deze vertaalslag gemaakt door bij haar toezichtstijl het effect van het optreden centraal te stellen, en de instrumenten volgend te laten zijn.<sup>5</sup> Dit betekent concreet dat ACM zich voorneemt om beter naar het voorliggende probleem te kijken en dit goed te definiëren, met oog voor bredere context en marktstructuur. De instrumenten die ACM heeft – zowel formeel als informeel – worden breed ingezet om dit probleem op te lossen. Volgens het strategiedocument past een dergelijke aanpak goed bij ACM's missie: 'het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten', door een integrale benadering van marktproblemen met oog voor publieke belangen.

Dit klinkt nog steeds vrij theoretisch, maar een goed voorbeeld van wat probleemoplossend toezicht kan inhouden heeft zich in de praktijk reeds voorgedaan. In 2011 publiceerde ACM een rapport over prijsvergelijkers in de energiesector.<sup>6</sup> Aanleiding hiervoor was het beperkte aantal consumenten dat overstapte van energieleverancier, ondanks dat de markt in 2004 was geliberaliseerd. Het doel van het onderzoek was consumenten ertoe te bewegen een dergelijke overstap wel te laten maken, door de informatie over de energiemarkt inzichtelijk te maken en in kaart te brengen waar het in deze informatievoorziening nog aan schortte. ACM deed derhalve onderzoek naar de kwaliteit van prijsvergelijkers op de energiemarkt, hoewel er geen formele bevoegdheid was om in te grijpen als er lage kwaliteit werd geconstateerd. In plaats daarvan voerde ACM een vooronderzoek uit, waarna zij (niet-openbare) aanbevelingen deed aan de vergelijkingssites. In de tweede fase van het onderzoek werd bekeken of deze aanbevelingen met betrekking tot de informatiekwaliteit waren doorgevoerd bij de onderzochte bedrijven. Deze resultaten werden uiteindelijk gepubliceerd in een rapport waarin ACM concludeerde dat de informatievoorziening in de tweede fase van het onderzoek als 'voldoende tot goed' kon worden gekwalificeerd.<sup>7</sup> Hierdoor kregen consumenten de beschikking over betere informatie om te kunnen overstappen, wat tot meer beweging op de markt zou kunnen leiden.

Dit voorbeeld noopt tot een aantal observaties. Op de eerste plaats identificeerde de ACM hier een probleem ('informatievoorziening naar consumenten is niet goed'), waarbij zij de oplossing zocht buiten het traditionele instrumentarium. De gevonden oplossing was geen formele bevoegdheid en berustte in hoge mate op de medewerking van bedrijven. Het probleem is door de gekozen oplossing wel verholpen, maar het effect van de oplossing op het bredere probleem ('de energiemarkt is statisch') is nog niet bekend. Hierbij moet worden opgemerkt dat het gegeven voorbeeld een van de meer 'spectaculaire' casus is, omdat een onderliggend marktprobleem op een creatieve manier werd opgelost. Het is in andere gevallen echter evengoed mogelijk dat de definitie van het probleem heel klassiek is, of dat de oplossing juist wel in de toepassing van formele instrumenten gevonden moet worden.<sup>8</sup> Het voorbeeld illustreert echter wel de kern van het

<sup>5</sup> Strategienota Autoriteit Consument en Markt (2013).

<sup>6</sup> Nederlandse Mededingingsautoriteit, Energieprijsvergelijkers 2011: Onderzoek naar de kwaliteit van websites die tarieven en voorwaarden van energieleveranciers vergelijken, Den Haag, 4 juli 2011.

<sup>7</sup> Zie het bijbehorende persbericht op:

<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7133/Onderzoek-kwaliteit-van-prijsvergelijkers-voor-energie-2011/>.

<sup>8</sup> ACM benadrukt dit ook in haar publicaties en uitingen. Zie bijvoorbeeld: Strategienota Autoriteit Consument en Markt (2013), p. 9: 'Het opleggen van sancties is en blijft een belangrijk instrument dat ACM niet zal



probleemoplossend toezicht zoals dat geïnterpreteerd wordt door ACM: effect centraal en instrumenten volgend, met, waar mogelijk, oog voor consumenten en bredere publieke belangen.

De oplettende lezer heeft reeds opgemerkt dat het genoemde voorbeeld uit 2011 stamt, terwijl de ACM in die hoedanigheid pas in bedrijf is sinds april 2013. Is er met de nieuwe, probleemoplossende strategie dan wel echt iets veranderd? Het voorleggen van deze vraag aan medewerkers van ACM leidde tot een bevestigend antwoord. Echter, de mate waarin die verandering werd ervaren verschilde nogal. Over het algemeen werd er gesproken over bewustwording, zowel met betrekking tot het te benaderen probleem als met betrekking tot de instrumentkeuze. Elke afdeling wist wel voorbeelden van probleemoplossend toezicht aan te wijzen die voor de fusie hadden plaatsgevonden, waaronder ook het voorbeeld hierboven. Een opvatting die breed gedeeld werd is dat er sinds de fusie meer wordt stilgestaan bij de werkwijze en dat deze voor alle afdelingen is geüniformeerd. Er kan derhalve geconcludeerd worden dat de nieuwe toezichtstijl van ACM geen revolutie is, maar wel evolutie. Dit wordt onderschreven door ACM in verschillende publicaties en speeches, waarbij er aandacht wordt besteed aan de hernieuwde focus en de gebundelde kracht van de nieuwe toezichthouder. Gezien het relatief korte bestaan van ACM is het dus nog even wachten op de resultaten van de nieuwe toezichtstijl binnen het mededingingsrecht.

#### **2.4. Aandachtsvelden 2013-2015**

ACM heeft op basis van haar kennis van de markten, en met de strategie en missie in het achterhoofd ('het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten') een aantal speerpunten geformuleerd waar zij zich de komende jaren op zal concentreren.<sup>9</sup> Op deze gebieden kunnen we dus de meeste interventies van ACM verwachten. Het formuleren van speerpunten (of met andere woorden: het stellen van prioriteiten) is voor een toezichthouder met een breed takenpakket als ACM noodzakelijk. ACM kan nu eenmaal niet alle marktproblemen tegelijk aanpakken. Dit betekent niet dat ACM nooit buiten deze focusgebieden zal treden, maar het heeft wel tot gevolg dat ACM problemen in de genoemde markten met bijzondere aandacht zal bekijken. Op dit moment zijn de speerpunten van ACM: de woonketen, de markt voor geneesmiddelen en hulpmiddelen, duurzaamheid en mededinging, concurrentie door overheden, concurrentie in mobiele telecom, transparantie voor consumenten, bescherming tegen agressieve verkoop, veilig internet en een beter functioneren van de energiemarkt. Uiteraard stelt ACM bij de aanpak van deze speerpunten het effect van het optreden centraal, en streeft zij naar maatwerkoplossingen op basis van een gedegen probleemanalyse.

---

schromen in te zetten bij overtredingen.' Of: Speech Chris Fonteijn van 2 oktober, Congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2014 Amsterdam 'Boetes zijn nodig om schendingen van de mededinging te bestraffen maar ook om andere partijen af te schrikken om zelf een overtreding te begaan.'

<sup>9</sup> Speerpunten Autoriteit Consument en Markt (2013). De speerpunten (prioriteiten) van ACM zijn geformuleerd op basis van een aantal criteria: de schade die het probleem veroorzaakt voor de consument, het maatschappelijk belang dat in het geding is en of ACM in staat is effectief op te treden.

### 3. Ambtshalve toezicht

#### 3.1. Aan de start van een zaak

Op verschillende manieren kan een mededingingsrechtelijke zaak onder de aandacht komen van de ACM. Bijvoorbeeld doordat via de journalistiek, in kranten of anderszins, een kartel wordt ontmaskerd (zoals het geval van de bouwfraude). Of doordat de ACM wordt gevraagd, bijvoorbeeld door de Tweede Kamer, een rapportage te verrichten over een bepaalde markt, waardoor aanwijzingen van inbreuk van het mededingingsrecht naar voren komen. De ACM kan dan besluiten een onderzoek te starten. Ook uit de 'tip-lijn' kan informatie naar voren komen die de ACM noopt tot het doen van nader onderzoek. Als de ACM op basis van deze informatie vervolgens *zelf* besluit een onderzoek te beginnen dan spreken we van *ambtshalve* toezicht. Niet-ambtshalve toezicht is toezicht dat start doordat er een verzoek wordt ingediend om toepassing van het mededingingsrecht door een *klager*, die vraagt om handhaving ten opzichte van een ander (zie par. 4).

Ook kan een zaak starten doordat een bij een kartel betrokken deelnemer *zichzelf* meldt bij de ACM. Deze onderneming vraagt dan *clementie*: een verlaging van de mogelijkerwijs op te leggen boete doordat hij zichzelf, en daarmee zijn medekarteldeelnemers, aanbrengt bij de ACM (zie ook par. 8). Het onderzoek dat volgt op een clementieverzoek is eveneens een ambtshalve onderzoek. Soms wordt de ACM gevraagd om een *informeel oordeel*: dat is het geval wanneer ondernemingen willen samenwerken en niet zeker zijn van de grenzen van het mededingingsrecht. Dit is weer géén ambtshalve toepassing van het mededingingsrecht, want het is op verzoek van de partijen zelf. Maar tegelijkertijd is er geen klagende partij die een aanvraag om handhaving indient bij de ACM: net als bij een clementieverzoek gaat het om een oordeel over het eigen gedrag. Het verschil is natuurlijk dat een clementieverzoek wordt gedaan door een partij bij een bestaande afspraak, en een informeel oordeel wordt gevraagd ten aanzien van een geplande gedraging. Een dergelijk verzoek om een informeel oordeel kan leiden tot een vorm van *alternatieve afdoening* (en zal aldaar worden besproken).

#### 3.2. Terminologische opklaringen

Tot dusverre in deze tekst hebben we de verschillende begrippen die te maken hebben met de inzet van de bevoegdheden van de ACM niet nader gedefinieerd. Het is goed te bedenken dat aan sommige termen een specifieke juridische betekenis hangt, terwijl dat bij andere terminologie niet zo hoeft te zijn. Sommige termen zijn slechts bedoeld als categorieaanwijzing, handig in het spraakgebruik tussen mededingingsjuristen, maar zonder scherpe onderscheidingen. Het begrip 'ambtshalve toepassing' is hier een voorbeeld van, omdat dit het begin van een ACM-onderzoek onderscheidt van een onderzoek dat start naar aanleiding van een klacht. Maar de duiding is vaag, omdat de ACM verschillende instrumenten heeft die zij ambtshalve kan inzetten, en zij hoeven niet alle te leiden tot een besluit waarbij een sanctie voor overtreding van de mededingingswet wordt opgelegd. Dat kan wel de uitkomst zijn van een ambtshalve onderzoek, net zo goed als dat het een uitkomst kan zijn van een onderzoek dat begint met een klacht van een onderneming.

Er is bovendien nogal wat terminologische verwarring als het gaat om begrippen als *toezicht*, *onderzoek* en *handhaving*. In algemene zin verstaan wij hier onder *toezicht* (in het mededingingsrecht) alle activiteiten van de ACM die betrekking hebben op het mededingingsrecht.

Dat is dus zeer ruim! Toezichtsactiviteiten zijn er op gericht om de naleving van de mededingingsregels zo groot, of optimaal, mogelijk te doen zijn. Let er op dat 'zo groot mogelijk' en 'zo optimaal mogelijk' verschillende grootheden zijn, waarbij een zo groot mogelijke naleving niet perse de meest optimale hoeft te zijn, gezien de schaarse toezichtsmiddelen die de ACM ter beschikking staan. Het toezicht kan echter op veel verschillende manieren worden vormgegeven, zoals ook uit de toezichtsvisie van de ACM bleek (par. 2). Er kunnen verschillende *instrumenten* worden gebruikt. De instrumenten zijn de gereedschappen die in de gereedschapskist van ACM zitten.

*Handhaving* heeft dan betrekking op die instrumenten die gericht zijn op het afdwingen van naleving door specifieke, dus individuele, ondernemingen. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen 'klassieke' handhavingvormen, 'tussenvormen' en 'alternatieve' handhavingvormen.

De *klassieke vormen van handhaving* zijn vooral topdown en hebben de vorm van sancties (boetes en lasten onder dwangsom). Sancties zijn, naast afdwinging van naleving (door afschrikking) ook gericht op leedtoevoeging en/of het rechtdoen aan de rechtvaardigheidsgevoelens in de samenleving. Deze vorm van klassieke handhaving leidt tot een *besluit*. Daartegen staat beroep op de rechter open (zie par. 8). Bij een vermoeden van een overtreding van het mededingingsrecht zal een *onderzoek* naar de inbreuk volgen, met als uiteindelijke mogelijkheid het opleggen van een sanctie. Dat betekent dat verschillende fases van het onderzoek worden doorlopen: het opbouwen van een dossier (met gebruikmaking van bevoegdheden, zie hierna) en het opstellen van een rapport (waarin de belangrijkste bevindingen worden neergelegd). Uiteindelijk kan een dergelijk onderzoek leiden tot het opleggen van een boete of een last onder dwangsom, maar ook tot een andere vorm van afdoening. Maar het kan ook leiden tot een besluit in de 'tussencategorie'.

Deze *tussenvormen* hebben eveneens de vorm van een *besluit*, waartegen beroep openstaat op een rechter, maar zijn niet gericht op een sanctie. Een voorbeeld zijn toezeggingsbesluiten, en ook een bindende aanwijzing tot naleving.

Alternatieve handhavingvormen zijn instrumenten waar juist géén gebruik wordt gemaakt van een de besluitvorm: een deel van de alternatieve handhavingsinstrumenten, namelijk die tot specifieke ondernemingen zijn gericht, noemen we ook wel *informele afdoeningen* (of *informele oordelen*). Dat kan in de vorm van een brief zijn waarin de ACM neerlegt hoe zij vermoedt te zullen oordelen over een specifieke overeenkomst. Verwarrend kan zijn dat bij sommige vormen van wat wel alternatieve handhaving wordt genoemd eigenlijk geen sprake van 'handhaving' in de zin als hiervoor genoemd. Maar wel van toezicht! *Advocacy* bijvoorbeeld dat er ook op is gericht ondernemingen te bewegen zelf er voor te zorgen dat hun medewerkers op de hoogte zijn van de mededingingsrechtelijke grenzen via *compliance programma's*. Ook *marktscans* zijn er slechts indirect op gericht naleving af te dwingen: het doel hiervan is het in kaart brengen van een markt. Een voorbeeld van een marktscan is de scan van de hypotheekmarkt. Als uit de marktscan informatie naar voren komt waaruit inbreuk zou kunnen worden afgeleid kan alsnog een onderzoek worden gestart. Dergelijke onderzoeken kunnen ook op aanvraag, bijvoorbeeld uit 'de politiek' worden gestart. Kortom: deze categorieën zijn niet waterdicht gescheiden en de terminologie is een hulpmiddel bij het spreken over procedures.

Het begrip *onderzoek* kan ook nog eens twee betekenissen hebben. Een brede betekenis heeft betrekking op al het onderzoek dat de ACM doet ter onderbouwing van standpunten. Dat kan

betrekking hebben op het uitvoeren van economische analyses ten behoeve van een marktscan, het onderzoek dat ten grondslag ligt aan een informeel oordeel, of wat dan ook. De enge betekenis is juridisch wel belang, omdat daaraan bevoegdheden zijn verbonden. Aan de ACM komen specifieke *toezicht- en onderzoeksbevoegdheden* toe, die haar in staat stellen een eventueel vermoeden van overtreding al dan niet te bevestigen. Deze bevoegdheden - zoals onderzoek bij ondernemingen en woningen - kunnen niet zomaar worden ingezet (zie hierna, par. 5). Verwarrend kan zijn dat de inzet van deze specifieke onderzoeksbevoegdheden niet perse hoeft te leiden tot het opleggen van een sanctie. Immers, de ACM kan de zaak ook op een andere wijze afdoen. Daarbij zijn alle instrumenten ook ambtshalve in te zetten instrumenten, tenzij zij verbonden zijn met de specifieke afdoening van een klacht (zoals de afwijzing daarvan).

## 4. De rol van klagers

### 4.1 Inleiding

Door het indienen van een klacht kunnen ondernemingen een (vermeende) overtreding van het mededingingsrecht onder de aandacht van de ACM brengen. Niet alleen de klager zelf is daar mee geholpen, bijvoorbeeld als hij nadeel ondervindt van de mededingingsbeperkende gedraging, maar de ACM zelf ook. De klachten maken het voor de ACM beter mogelijk om het mededingingsrecht te handhaven.<sup>10</sup>

### 4.2 Wie mag een klacht indienen?

Een onderscheid kan worden gemaakt tussen tips of signalen aan de ene kant en klachten aan de andere kant.<sup>11</sup> Iedereen kan een tip indienen over het vermoeden dat de Mededingingswet wordt overtreden. Hiervoor bestaan geen vereisten. Echter, een klacht wordt als besluitaanvraag gezien in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb. Een besluitaanvraag is een verzoek tot het nemen van een besluit, bijvoorbeeld een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar een vermeende inbreuk van het mededingingsrecht (een handhavingsverzoek). Voor het doen van een besluitaanvraag, moet de klager als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb worden aangemerkt.<sup>12</sup>

#### **Welke marktpartijen worden als belanghebbende aangemerkt?**

*In de praktijk is het niet altijd duidelijk te zien of een partij als belanghebbende moet worden aangemerkt. Hoewel altijd gekeken moet worden naar de omstandigheden van het geval, voldoen **consumenten** vrijwel nooit aan de vereisten van artikel 1:2 Awb voor het indienen van een klacht. Dit komt doordat consumenten in de regel geen speciaal belang hebben dat zich onderscheidt van dat van anderen. Voor consumenten staat de mogelijkheid open om een tip te geven door een melding te doen bij ConsuWijzer, het consumentenloket van de ACM. De ACM kan aan de hand van die tip alsnog besluiten om op te treden. Ook niet alle ondernemingen kunnen als belanghebbende worden aangemerkt. Wel hebben **concurrenten** meestal de status van belanghebbende. Ook **consumentenorganisaties** worden volgens artikel 93, eerste lid Mw geacht belanghebbend te zijn bij besluiten die genomen zijn op grond van de Mw. Voorbeelden van representatieve organisaties die opkomen voor de belangen van consumenten zijn de Consumentenbond, Vereniging Eigen Huis, Woonbond, Stichting Goede Waar en Stichting Consument en Veiligheid. Het indienen van een klacht kan via de website van de ACM. Als een klager liever zijn identiteit geheim houdt, kan hij zijn klacht anoniem indienen.*

Zowel natuurlijke als rechtspersonen kunnen worden aangemerkt als belanghebbende. Uit artikel 1:2, eerste lid Awb volgt dat er sprake moet zijn een objectief bepaalbaar, actueel en persoonlijk belang dat rechtstreeks bij een besluit is betrokken.<sup>13</sup> Het mag dus niet gaan om puur emotionele, psychische of principiële belangen.<sup>14</sup> Daarnaast moet het gaan om een belang dat speciaal is en zich voldoende onderscheidt van het belang van willekeurige anderen. Bovendien moet het een eigen belang betreffen en niet dat van een ander. Dat het belang rechtstreeks dient te zijn betekent dat er een oorzakelijk verband aanwezig moet zijn tussen de gevolgen van het besluit en het geraakte

<sup>10</sup> P. Slot en Ch. R.A. Swaak, *Inleiding Mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 179

<sup>11</sup> *Brochure klachten, tips, signalen en besluitaanvragen*, Oktober 2009, te vinden op [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11550/Brochure-klachten-tips-signalen-en-besluitaanvragen](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11550/Brochure-klachten-tips-signalen-en-besluitaanvragen)

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende*, Deventer: Kluwer 2004, p. 55

<sup>13</sup> P.I.W.R. Maandag en J.J.M. Kranenburg, 'Belang of geen belang: een overzicht van belanghebbenden-jurisprudentie uit het energierecht', *NederlandsTijdschrift voor energierecht*, september/oktober 2008, nr. 4/5, p. 245.

<sup>14</sup> Schlössels 2004, p. 56.

belang. Ten slotte moet het belang actueel zijn. Dit wil zeggen dat het belang zich niet mag richten op eventuele toekomstige gebeurtenissen.

Rechtspersonen kunnen niet alleen belanghebbende zijn in de zin van artikel 1:2 Awb op basis van hun eigen belang, maar ook op basis van de algemene of collectieve belangen die zij behartigen. In dat geval zijn hun belangen de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen (artikel 1:2 lid 3 Awb). Dit laatste geldt ook voor representatieve organisaties, tenzij hun belanghebbendheid volgens de wet volgt uit het zijn van een representatieve organisatie op zich (zie kader). Om aangemerkt te worden als belanghebbende dient er sprake te zijn van een rechtspersoon die algemene of collectieve belangen behartigt op basis van specifieke doelstellingen en deze belangen moeten rechtstreeks worden geraakt.<sup>15</sup> Collectieve belangen zijn de gezamenlijke belangen van een bepaalde groep. Dit betekent bijvoorbeeld dat belangenorganisaties niet kunnen opkomen voor de concrete belangen van individuele leden, omdat in zo'n geval alleen het belang van bepaalde leden in het geding is en niet het belang van alle leden.<sup>16</sup>

#### **4.3 De klacht is ingediend: het prioriteringsbeleid**

Als een klacht met succes is ingediend, wil dit nog niet zeggen dat de klacht in behandeling wordt genomen. Dat kan ook niet, de ACM ontvangt heel veel klachten en de capaciteit van de ACM is immers eindig. Daarom heeft de ACM beleidsvrijheid om te bepalen of een handhavingsverzoek gehonoreerd moet worden.<sup>17</sup> Hiervoor hanteert de ACM een *prioriteringsbeleid*.<sup>18</sup> In dit beleid staat dat de ACM haar capaciteit verdeelt aan de hand van zogenaamde prioriteringscriteria. Deze criteria betreffen:

- (i) het economisch belang van de mogelijke overtreding;
- (ii) het consumentenbelang van de mogelijke overtreding;
- (iii) de ernst van de vermeende overtreding; en
- (iv) of de ACM efficiënt en effectief kan optreden tegen de mogelijke overtreding.

Ook vermeldt de ACM in het beleid rekening te houden met het individueel belang van de klager en eventuele maatschappelijke belangen. Het prioriteringsbeleid is nader aangescherpt naar aanleiding van de zaak *Vereniging Van Reizigers tegen KLM*.<sup>19</sup> De ACM kan van het prioriteringsbeleid afwijken wanneer dat nodig is. Bijvoorbeeld wanneer er sprake is van onvoorziene ontwikkelingen of als er snel gehandeld moet worden om te voorkomen dat bewijs verloren gaat.<sup>20</sup> Daarnaast blijkt in de

---

<sup>15</sup> Het CBB oordeelde bijvoorbeeld dat het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie als belanghebbende kan worden aangemerkt voor het indienen van een handhavingsverzoek, zie CBB 30 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:415, r.o. 3.4.

<sup>16</sup> Schlössels 2004, p. 113; zie ook ABRvS 9 mei 1986, AB1987, 332 (Algemene Belangenvereniging Bewoners Archipel).

<sup>17</sup> Slot en Swaak 2012, p. 180.

<sup>18</sup> Zie voor het gebruik van prioriteringsbeleid bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 5 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9461.

<sup>19</sup> De Vereniging ging in bezwaar tegen de afwijzing van een klacht betreffende een vermeende overtreding van artikel 24 Mw door KLM en SLM. De klacht was afgewezen door de ACM op basis van het prioriteitenbeleid. Het CBB oordeelde dat de ACM een klacht mag afwijzen door naar het prioriteitenbeleid te verwijzen, maar eiste dat de ACM aanvullende motivering verstrekt. CBB 20 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700. Zie ook Rechtbank Rotterdam, 5 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9461.

<sup>20</sup> Prioriteringsbeleid NMa, 14 februari 2012, *Stcrt.* 2012, 2151.

praktijk dat onder meer de werkdruk bij de ACM en de kosten en baten van een eventueel onderzoek in overweging worden genomen.<sup>21</sup> De ACM moet altijd een beschikking geven op een besluitaanvraag. Als deze beschikking een afwijzing inhoudt, moet de ACM ook een motivering geven. Tegen dit besluit kan de klager (die immers aanvrager is) in beroep.

---

<sup>21</sup> Bijvoorbeeld het besluit van de NMa nr. 3878, Waleweinsgaarde, 21 oktober 2004.

## 5. Toezicht op naleving

Om de effectieve mededinging te waarborgen, houdt de ACM *toezicht* op de markt op naleving van de Mededingingswet. Dit houdt in dat de ACM controleert of de mededingingswet door marktorganisaties wordt nageleefd.<sup>22</sup> Sinds de inwerkingtreding van de Stroomlijningswet (Sw) is het onderscheid tussen de toezichts- en onderzoeksprocedure uit de wet verdwenen.<sup>23</sup> Dit onderscheid was bepalend voor de vraag welke bevoegdheden de ACM mocht inzetten en welke waarborgen zij moest respecteren. In de toezichtprocedure golden minder ingrijpende bevoegdheden en dus ook minder vergaande waarborgen dan in de onderzoeksprocedure. Zo mocht pas in de onderzoeksprocedure gebruik gemaakt worden van de bevoegdheid om een woning binnen te treden zonder de toestemming van de bewoner. Met de inwerkingtreden van de Sw mag deze bevoegdheid de gehele toezichtfase toegepast worden. Wel geldt dat de inzet van deze bevoegdheid redelijkerwijs noodzakelijk dient te zijn voor de uitoefening van de in artikel 5:17 van de Awb bedoelde bevoegdheden (zie hierna). Daarnaast is de waarborg van de *cautie-plicht* niet langer verbonden aan het ingaan van de onderzoeksprocedure. Het zwijgrecht komt voort uit het *nemo tenetur* beginsel, dat inhoudt dat niemand verplicht is om mee te werken aan zijn eigen veroordeling. De ACM moet de ondervraagde op zijn zwijgrecht wijzen door middel van het geven van een cautie. De cautie-plicht (en dus het zwijgrecht) geldt vanaf het moment dat er sprake is van onderzoek dat gericht is op een sanctie-besluit. Ook het begrip ‘redelijk vermoeden’ van een inbreuk, dat signaal was voor het begin van de onderzoeksprocedure, is vervallen.<sup>24</sup>

Bij de uitvoering van toezicht op naleving van de Mededingingswet kan de ACM een *handhavingsonderzoek* starten. De ACM kan dit *ambtshalve* doen (bijvoorbeeld wanneer de ACM informatie heeft ontvangen van het OM of een clementieverzoek van een overtreder, zie par. 3) of naar aanleiding van een klacht (zie par. 4). Aan het einde van het onderzoek stelt de ACM vast of er sprake is een inbreuk. Als dat zo is, kan de ACM verschillende middelen kiezen om het recht te handhaven (zie par. 6).

Het traject dat leidt tot formele afdoening, met een handhavingsbesluit, ziet er globaal als volgt uit.



Het *rapport*, dat in bovenstaande weergave wordt genoemd bevat de voorlopige bevindingen van de ACM ten aanzien van de overtreding. Het is het document dat op basis van artikel 5:48 Awb wordt

<sup>22</sup> *Kamerstukken II* 2012–2013, 33 622, nr. 3 p. 5: “Toezicht is de controle op de naleving van de wet en de daarop gebaseerde Bepalingen”. Zie ook artikel 5:11 Awb: “Onder toezichthouder wordt verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift”.

<sup>23</sup> *Kamerstukken II*, 2012–2013, 33 622, nr. 3, p. 63: “Dat is gebeurd bij de Mededingingswet, waarbij het onderscheid tussen toezicht en onderzoek is komen te vervallen alsmede het gebruik van het begrip «redelijk vermoeden».”

<sup>24</sup> *Kamerstukken II*, 2012–2013, 33 622, nr. 3, p. 63.



opgemaakt en op grond waarvan de onderneming zijn *rechten van verdediging* kan uitoefenen (zie ook par. 7). De onderneming krijgt het rapport toegezonden en kan op grond daarvan verweer voeren in het kader van zijn recht om te worden gehoord. Met het rapport wordt het dossier binnen ACM overhandigd aan de juridisch dienst, die de sanctie-oplegging verder voorbereid (en de partijen hoort). Hierin komt het systeem van de *Chinese walls* tot uiting. Het is vervolgens het bestuur van ACM dat een eventuele sanctie daadwerkelijk oplegt in een boete-besluit.

## 6. De bevoegdheden van de ACM gedurende het toezicht

### 6.1. Een getrappt systeem van bevoegdheden

De bevoegdheden van de ACM staan niet allemaal in één wet. Omdat de ACM een bestuursorgaan is, geldt de *Awb*. In het bijzonder zijn de bevoegdheden van afdeling 5 *Awb* getiteld 'Handhaving', van belang voor de ACM. Daarnaast staan er aanvullende bepalingen in de *Instellingswet (Iw)* en in de *materiële wetten* waarvoor de ACM verantwoordelijk is. De Mededingingswet is een voorbeeld, maar ook de Telecommunicatiewet, de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de Spoorwegwet. De *Instellingswet* vestigt de ACM en kent de ACM bevoegdheden toe. De onderzoeks- en toezichtsbevoegdheden van de ACM die uit de *Awb* en de *Instellingswet* voortvloeien, maken geen onderscheid wat betreft het rechtsgebied waarin de ACM haar bevoegdheden toepast. De bevoegdheden toegekend in de bijzondere materiële wetten doen dat wel.

Dit systeem is anders dan voorheen. Lange tijd waren er de algemene bevoegdheden uit de *Awb* en de speciale bevoegdheden uit de materiële wetten. Met de inwerkingtreding van de *Stroomlijningswet (Sw)* zijn veel van de bevoegdheden van de ACM, zoals de naam van die wet al doet vermoeden, gestroomlijnd. Veel bevoegdheden die in de Mededingingswet stonden zijn met de inwerkingtreding van de *Stroomlijningswet* in de *Instellingswet* geplaatst. Hierdoor kan de ACM deze bevoegdheden uitoefenen bij de toepassing van alle wetten (de Mededingingswet en de sectorspecifieke wetten) die binnen het toezicht van de ACM vallen.<sup>25</sup>

Er is dus sprake van een *getrappt systeem*. Een goed voorbeeld is de bevoegdheid om een woning te betreden. De *Awb* voorziet wel in een bevoegdheid om elke plaats te betreden, maar zondert woningen uit zolang er geen toestemming is van de bewoner (artikel 5:15 *Awb*). De *Awb* geldt voor alle handhavende bestuursorganen, en dus niet alleen voor de ACM. Een stap verder stelt de *Instellingswet* dat de ACM een woning mag betreden, na machtiging door de rechter-commissaris, en zoekend mag rondkijken, zonder dat de bewoner daar toestemming voor heeft gegeven (artikel 12c *Iw*). De *Instellingswet* is van toepassing op de ACM, en in alle gebieden waar zij werkzaam is. Weer een stap verder kan gekeken worden in de wet waarop het toezicht specifiek betrekking heeft. Dit is de materiële wet. Bijvoorbeeld, als het gaat om een onderzoek naar misbruik van machtspositie (artikel 24 *Mw*), geldt de Mededingingswet. Op dit onderzoek zijn de (aanvullende) bevoegdheden van de Mededingingswet van toepassing. De Mededingingswet voorziet niet alleen in de mogelijkheid om een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner (na machtiging van de rechter-commissaris), en daar zoekend rond te kijken, maar ook om deze woning te doorzoeken (artikel 50 *Mw*).



<sup>25</sup> J. Kohlen en P. Kuipers, 'Stroomlijningswet – nieuwe bevoegdheden voor de reeds samengevoegde autoriteiten in ACM', *Markt en Mededinging*, oktober 2014, nr. 4, p. 130.

Titel 5.2 Awb, Hoofdstuk 3, paragraaf 1 lw en Hoofdstuk 6 Mw kennen de ACM bevoegdheden toe voor de uitoefening van toezicht op naleving van de Mededingingswet. De ACM mag bij de uitvoering van het toezicht op grond van de Mededingingswet de bevoegdheden uitoefenen zoals aangegeven in onderstaande tabel.

Artikel	Inhoud	Uitleg
<b>Vorderen van inlichtingen</b>		
5:16 Awb	Inlichtingen vorderen	
<b>Vorderen van inzage van identiteitsbewijs</b>		
5:16a Awb	Inzage identiteitsbewijs	
<b>Onderzoeken</b>		
5:18 Awb	Onderzoeken van zaken en het nemen van monsters	
5:19 Awb	Onderzoeken van vervoermiddelen	
<b>Inzien van zakelijke gegevens en bescheiden</b>		
5:17 Awb	Inzage van zakelijke gegevens of bescheiden en deze, al dan niet na medeneming, te kopiëren.	
12b lw	- Verzegeling van bedrijfsruimten en voorwerpen - Zo nodig met behulp van de sterke arm.	Vult artikel 5:17 Awb aan om te voorkomen dat zakelijke gegevens tijdens het onderzoek gewijzigd of vernietigd worden, als deze zakelijke gegevens of bescheiden niet meteen kunnen worden onderzocht, gekopieerd of meegenomen. <sup>26</sup> Bij het verbreken van een verzegeling kan een bestuurlijke boete worden opgelegd (artikel 12n lw). Ook dan kan de hulp van de sterke arm worden in te roepen bij de inzage van zakelijke gegevens en bescheiden.
<b>Betreden van plaatsen</b>		
5:15 Awb	Betreden van elke plaats, zo nodig met de hulp van de sterke arm, met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner.	
12c-12f lw	12c: Betreden van elke plaats, zo nodig met de hulp van de sterke arm, waaronder een woning zonder toestemming van de bewoner. Zoekend rondkijken toegestaan. 12d en e: machtiging RC 12f: verslag na binnentreden	Vult artikel 5:15 Awb aan om te voorkomen dat geen onderzoek kan worden gedaan naar de gedragingen van verdachte die relevante informatie in zijn woonhuis bewaart. Bij het betreden van een woonhuis mag zoekend rondgekeken worden (en dus niet doorzoekend, zoals het geval is bij het openen van kastjes. Afgesloten ruimten van de woning mogen wel geopend worden (zie artikel 9 Awbi). Bovendien verzekert dit wetsartikel dat digitale gegevens kunnen worden verkregen zonder eerst toestemming te vragen.
50-53 Mw	50: Betreden en doorzoeken van woning zonder toestemming van de bewoner, zo nodig met de hulp van de sterke arm. 51 en 52: machtiging RC 53 verslag na binnentreden	Vult artikelen 12c lw en 5:15 Awb aan.

## 6.2 Waarborgen bij toezicht op naleving

Er zijn echter ook begrenzingen aangebracht op de bevoegdheden die de ACM tot haar beschikking heeft voor de uitoefening van het toezicht en onderzoek op grond van de Mededingingswet. Ook hier voorziet de lw in aanvullingen op de Awb. In het algemeen vereist de Awb dat ambtenaren zich moeten *legitimeren* (artikel 5:12 Awb). Bovendien dient het *proportionaliteitsbeginsel* in acht gehouden te worden. De ACM mag slechts gebruik maken van zijn bevoegdheden voor zover dat

<sup>26</sup> Kamerstukken II, 2012–2013, 33 622, nr. 3, p. 48.

redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is (artikel 5:13 Awb). Zie hierover ook het hierna te bespreken verbod op *fishing expeditions*.

De lw geeft ook enkele waarborgen die tijdens het onderzoek van de ACM in acht moeten worden genomen. Om te beginnen dient de ACM het *legal privilege* te respecteren. Dit is een uitzondering op de bevoegdheden toegekend door artikel 5:17 Awb. Het *legal privilege* betekent dat de ambtenaren van de ACM zich geen toegang mogen verschaffen tot advocaat-cliënt correspondentie die ze misschien toevallig tijdens het onderzoek zijn tegengekomen (artikel 12g lw). Het gaat hier met name om gegevens die bij de marktorganisatie gevonden worden. Informatie die zich al bij de advocaat bevindt, mag niet ingezien worden op basis van het verschoningsrecht van 5:20 Awb. Dit geldt ook voor een advocaat die in loondienst werkzaam is bij de vermeende overtreder.<sup>27</sup>

Daarnaast rust de *cautie-plicht* op de ACM. In principe heeft een ieder een *medewerkingsplicht* ten aanzien van de door de ACM uitgevoerde bevoegdheden (art. 5:20 Awb en 6b lw). Als de medewerkingsplicht geschonden wordt, kan de ACM een boete opleggen (art. 12m lid 1 lw). De medewerkingsplicht kent wel grenzen. Het volgt uit het *nemo tenetur*-beginsel dat niemand gehouden is mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Een gevolg van het *nemo tenetur*-beginsel is dat de cautie gegeven dient te worden aan degene die wordt verdacht van de overtreding van het mededingingsrecht (artikel 5:10a Awb). Daarnaast volgt uit artikel 12i van de Stroomlijnswet dat alleen werknemers een beroep mogen doen op het *zwijgrecht*. Onder de noemer van werknemers moeten ook ZZP-ers en interim managers gerekend worden.<sup>28</sup> Het afgeleide zwijgrecht bestaat niet langer. Dit betekent zelfs dat, in tegenstelling tot eerdere uitspraken van het CBB, ex-werknemers geen zwijgrecht meer toekomt.<sup>29</sup>

Ook geldt het vereiste van *functiescheiding*. Uit art. 10:3 lid 4 Awb volgt dat een bestuursorgaan geen mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete mag verlenen aan degene die van de overtreding een rapport heeft opgemaakt. Art. 12q lw gaat een stap verder door niet alleen een scheiding aan te brengen tussen de personen die het rapport hebben opgemaakt en zij die het besluit nemen, maar verbiedt ook de ambtenaren die voorbereidende handelingen hebben verricht voor het rapport om het besluit te nemen. Daarom dient de ACM ervoor te zorgen dat er zogenaamde *Chinese Walls* aanwezig zijn in haar organisatie.

Ten slotte geldt dat de ACM duidelijk het *doel en reikwijdte* van het onderzoek moet formuleren. Tijdens het onderzoek moet de ACM zich op het geformuleerde doel richten en de door de ACM gebruikte informatie voor het onderzoek moet binnen deze reikwijdte vallen.<sup>30</sup> De verdachte

---

<sup>27</sup> In het *Akzo*-arrest heeft het Hof van Justitie van de EU geoordeeld dat een advocaat in dienstbetrekking niet verschoningsgerechtigd is. Echter, volgens de Hoge Raad geldt dit enkel bij toepassing van het EU-mededingingsrecht. Zie HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6101. De HR stelt in r.o. 5.5: “Gezien de Nederlandse praktijk en de waarborgen die aldus in Nederland omtrent de wijze van praktijkuitoefening van advocaten in dienstbetrekking bestaan, is geen grond om aan een advocaat het verschoningsrecht te ontzeggen op grond van het enkele feit dat hij in dienstbetrekking werkzaam is.” In lijn met deze laatste uitspraak heeft de ACM in de ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014 vermeld geen onderscheid te maken tussen advocaten die in loondienst zijn van cliënt en advocaten die dat niet zijn.

<sup>28</sup> *Kamerstukken II 2012/13*, 33 622, nr. 3, p. 10.

<sup>29</sup> Dit is expliciet gesteld in *Kamerstukken II 2012/13*, 33 622, nr. 3, p. 10. Zie voor de uitspraak van het CBB, CBB 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7026 en ECLI:NL:CBB:2012:BY7031.

<sup>30</sup> In haar uitspraak inzake *Deutsche Bahn* (GvEA6 september 2013, zaak T-289/11, T-290/11 en T-521/11 (*Deutsche Bahn*)), ging het Gerecht in op de bevoegdheid van de toezichthoudende autoriteit om

onderneming dient van het doel en de reikwijdte op de hoogte te worden gebracht.<sup>31</sup> Op deze manier wordt voorkomen dat de ACM een breed onderzoek begint, in de hoop nog iets anders bruikbaar tegen te komen dan dat waar het onderzoek zich eigenlijk op richt. Dit soort praktijken, waarbij zonder directe aanleiding gevist wordt naar belastende informatie, worden ook wel *fishing expeditions* genoemd. Dit is verboden. Daarom zijn aan de ACM beperkingen opgelegd (Artikelen 5:13 jo. 5:16 en 5:17 Awb en artikel 7 Iw). De ACM dient elke keer aan te geven “met welk doel en voor welke wettelijke taak zij in het betreffende geval bepaalde gegevens wil ontvangen”.<sup>32</sup> Toch is een tamelijk vage beschrijving van het doel in beginsel acceptabel.<sup>33</sup>

#### **Digitaal onderzoek door de ACM**

*Het is lastig voor de ACM om zeker te zijn dat zij alleen informatie binnen krijgt dat binnen de vooraf geformuleerde reikwijdte en doel past. Dit is in het bijzonder het geval bij het onderzoek naar digitale gegevens. De ACM mag een digitale kopie maken van een computer of andere gegevensdrager. Dit kan handig zijn als de ACM onderzoek wil doen naar het e-mailverkeer van een verdacht bedrijf. De ACM mag natuurlijk niet alles wat in de e-mail staat, gebruiken. De ACM maakt zoekslagen met behulp van zoektermen die binnen het doel en reikwijdte vallen. Het resultaat is een ‘binnen-de-reikwijdte data-set’. Er wordt bijvoorbeeld gezocht op ‘prijzafsprake’ of ‘ACM’. Echter, de ACM mag bij een onderzoek naar kartelvorming niet de zoekterm ‘concentratie’ gebruiken. Dit valt buiten het doel en reikwijdte. Toch kan ook het hanteren van de zoektermen binnen een bepaald doel en reikwijdte resulteren in ‘bijvangst’. Als deze bijvangst belastend is, kan de ACM een nieuw onderzoek starten. Zie verder over digitaal onderzoek door de ACM ‘Besluit ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014’, Stcrt. 2014, 3993, 6 februari 2014.*

### **6.3. Informatie-uitwisseling**

Met het oog op het bovenstaande is het opvallend dat artikel 7, eerste lid van de IW de ACM ruime mogelijkheden toekent om informatie uit te wisselen. Deze bevoegdheid van *informatie-uitwisseling* houdt in dat de informatie die in het kader van een bepaald doel vergaard is bij een onderneming door de ene afdeling van de ACM, later door deze of een andere afdeling van de ACM ook voor een ander doel gebruikt kan worden.<sup>34</sup> Bijvoorbeeld, wanneer bij een onderneming informatie is opgevraagd in het kader van toezicht op mededinging, kan deze informatie later ook gebruikt worden voor een onderzoek op grond van de Telecommunicatiewet. Vóór de inwerkingtreding van de Iw zou het in zo’n geval gaan om informatie-uitwisseling tussen verschillende toezichthouders (de NMa voor het mededingingstoezicht en de OPTA voor het telecommunicatietoezicht). Voorheen werd dit soort uitwisseling geregeld door middel van samenwerkingsprotocollen, die strenge vereisten stelden voor informatie-uitwisseling. Nu gebeurt de informatie-uitwisseling binnen de

---

onaangekondigd bedrijfsbezoeken uit te voeren. Volgens het Hof mag dit, zolang aan een aantal waarborgen voldaan is. Het inspectiebesluit moet naast het voorwerp en doel van het bezoek ook de vermoedens vermelden die zij hoopt te verifiëren door middel van het bedrijfsbezoek. Ook moet dit besluit de onderneming erop wijzen dat er een mogelijkheid is om beroep in te stellen tegen het besluit en wat de gevolgen zijn van het niet-meewerken aan het onderzoek van de toezichthouder. Zie hierover ook R. Wesseling en H. Bergsma, ‘Kroniek van het Mededingingsrecht’, *Nederlands Juristenblad*, 18 April 2013, afl. 15, p. 1045-1046.

<sup>31</sup> Zie bijvoorbeeld Artikel 2.1 ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014. De vraag is natuurlijk wanneer er sprake is van een Fishing Expedition. Zie bijvoorbeeld de *Difotrust*-zaak, Gerechtshof 's-Gravenhage 23 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041.

<sup>32</sup> *Kamerstukken I*, 2013–2014, 33 622, C, p. 8.

<sup>33</sup> Bijvoorbeeld “De betrokkenheid van onderneming A bij overtreding van artikel B van de Mw”, zie Slot en Swaak 2012, p. 178.

<sup>34</sup> *Kamerstukken I* 2012/13, 33 186, nr. F, p. 8; Zie ook commentaar in Kohlen en Kuipers 2014, p. 127.

ACM. De achterliggende gedachte van artikel 7 eerste lid lw is dat de ACM minder vaak informatie bij bedrijven hoeft op te vragen. Op deze manier worden de administratieve lasten van de ACM geminimaliseerd. Wel wordt de informatie-uitwisselingbevoegdheid beperkt door het noodzakelijkheidscriterium. Slechts in gevallen dat dit noodzakelijk is voor de uitvoering van haar wettelijke taak, mag de ACM informatie uitwisselen.<sup>35</sup> Ook zijn de mogelijkheden van informatie-uitwisseling met andere toezichthoudende instanties beperkt. De ACM mag de verkregen informatie niet voor een ander doel gebruiken dan waarvoor deze verstrekt is door de andere instantie.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Kohlen en Kuipers 2014, p. 127.

<sup>36</sup> Artikel 6b Stroomlijningswet jo. art. 7 lid 1 lw.

## 7. Bevoegdheden bij vaststelling inbreuk

### 7.1. Inleiding

Als de ACM vaststelt dat een onderneming een overtreding van het mededingingsrecht heeft begaan, kan de ACM hiervan een rapport opmaken (artikel 5:48 Awb). Dit rapport vermeldt de naam van de overtreder, welk voorschrift precies overtreden is en eventueel de plaats en tijdstip van de overtreding.

### 7.2. Handhavinginstrumenten

Nadat het rapport is opgemaakt, beslist de ACM over het opleggen van een *bestuurlijke boete*. Hiervoor geldt een termijn van dertien weken na dagtekening van het rapport (artikel 5:51 Awb). Het woordje *kan* in artikel 56 Mw, waarin de bevoegdheid tot oplegging van een boete is neergelegd, impliceert dat ACM bevoegd is om een bestuurlijke boete of last onder dwangsom op te leggen, maar hiertoe niet verplicht is.

De wettelijke handhavinginstrumenten die tot beschikking staan van de ACM zijn:

- bestuurlijke boete (art. 56 sub a en Titel 5.4 Awb);
- last onder dwangsom (art. 56 sub b en 58 Mw, afdeling 5.3.2 Awb);
- toezeggingsbeschikking (Artikel 12h Iw);<sup>37</sup>
- bindende aanwijzing (artikel 12j Iw); en
- structurele maatregel (artikel 58a lid 1 Mw).

Daarnaast kan de ACM een boete opleggen aan de feitelijk leidinggevende, in plaats van aan de onderneming.<sup>38</sup> Als de ACM besluit om geen sanctie op te leggen, staan er nog andere handhavingsmiddelen tot de beschikking. Voorbeelden daarvan zijn het geven van een waarschuwing, het naar voren brengen van een zienswijze, en het uitvoeren van een compliance-regeling.<sup>39</sup> De handhavinginstrumenten worden hierna meer uitgebreid besproken in paragraaf 8 (Alternatieve handhaving) en paragraaf 9 (Sancties).

### 7.3. Waarborgen bij vaststelling van de inbreuk: rechten van verdediging

Het opleggen van een sanctie mag niet plaats vinden zonder inachtneming van waarborgen ter bescherming van de onderneming die wordt verdacht van een overtreding. De overtreder heeft het recht van verdediging (artikel 48, tweede lid van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en artikel 6 lid 2 en 3 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM)). Dit recht houdt in dat er geen sanctie wegens het overtreden van de Mw mag worden opgelegd zonder dat de onderneming waartegen de vervolging zich richt, de mogelijkheden heeft gehad om zich te verdedigen. Daartoe dient de onderneming in staat te worden gesteld om alles aan

---

<sup>37</sup> Zie bijvoorbeeld Nieuwsbericht ACM, 'Toezeggingsbesluit mobiele operators', 9 januari 2014. Zie: [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12526/Toezeggingsbesluit-mobieleoperators](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12526/Toezeggingsbesluit-mobieleoperators). Zie ook par. 8.

<sup>38</sup> Zie bijvoorbeeld besluit van de ACM inzake *Greenchoice*, 104086/126. In het *Leesmappenkartel* zag de ACM hier van af, omdat de feitelijk leidinggevendenden een aanzienlijk aandeel hadden in de onderneming en daarom al voldoende geraakt werden door de boete opgelegd aan de onderneming (ACM Besluit van 7 november 2013 in zaak nr. 7244).

<sup>39</sup> Slot en Swaak 2012, p. 187.

te voeren wat noodzakelijk wordt geacht door de onderneming en daarom toegang tot stukken te hebben.<sup>40</sup> Bovendien geldt dat een zaak binnen redelijke termijn behandeld moet worden.<sup>41</sup>

De in de Awb en de Mw voorziene procedures moeten in lijn zijn met deze beginselen. Zo kan de overtreder verzoeken de gegevens waarop het opleggen van de bestuurlijke boete berust in te zien (artikel 5:49 Awb). Deze gegevens moeten in een voor de overtreder begrijpelijke taal worden verstrekt. Bovendien kan de overtreder in de gelegenheid worden gesteld om zienswijzen naar voren te brengen over het voornemen een bestuurlijke boete op te leggen (artikel 5:50 Awb). Veel van de hiervoor genoemde waarborgen bij uitoefening van bevoegdheden (zoals de *cautio*, het opmaken van het *rapport* en de *Chinese Walls*) zijn een weerslag van het algemene verdedigingsbeginsel.

#### **7.4. Openbaarmakingsregime**

Wanneer er een sanctie is opgelegd aan een onderneming, maakt de ACM dit besluit *openbaar*. Op deze manier worden ook consumenten op de hoogte gebracht van de boete die opgelegd is aan een bepaalde onderneming. Met de inwerkingtreding van de Sw zijn vergaande openbaarmakingsverplichtingen aan de ACM opgelegd. Artikelen 12v lw verplicht de ACM om alle besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties en bindende aanwijzingen waarvoor een boete van ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming kan worden opgelegd, openbaar te maken.<sup>42</sup> De ACM kan dus bij zware overtredingen niet langer zelf afwegen of openbaarmaking van een boetebesluit in een bepaald geval noodzakelijk is.<sup>43</sup> Voor alle andere (lichte) overtredingen stelt artikel 12u lw dat de ACM het besluit openbaar moet maken, maar hierbij wel een afweging volgens Artikel 10 Wob kan toepassen.

##### **Openbaarmaking van de bedrijfsnaam als dit de naam van een natuurlijk persoon betreft**

*Een volledige openbaarmaking houdt ook in dat de naam van de overtreder (de beboete onderneming) gepubliceerd zal worden. Dit is zelfs zo als de naam van de onderneming dezelfde is als de eigenaar van de onderneming (Artikel 12 lid 1 onderdeel c). De laatste jaren zijn er verschillende zaken geweest waarin de beboete onderneming de openbaarmaking van de bedrijfsnaam heeft aangevochten omdat de naam van de onderneming dezelfde is als die van de eigenaar (zie bijvoorbeeld de Executieveilingen-zaak, zoals ECLI:NL:RBROT:2013:5927). Het uitgangspunt is dat een boete aan een onderneming opgelegd wordt. Ondernemingen zijn immers onderwerp van het mededingingsrecht. Echter, wanneer Schildersbedrijf J.L. van Beek een boete heeft gekregen voor deelname aan kartelafspraken, blijft niet veel privacy over. De Raad van State spreekt in de consultatieprocedure van de Stroomlijningswet van 'Naming and shaming'. Dat de persoonsgegevens van de eigenaar van de beboete onderneming niet bekend worden gemaakt, maakt dan al niet meer uit (Artikel 12v lid 1 onderdeel b en c).*

Een uitzondering op het openbaarmakingregime wordt alleen gemaakt wanneer openbaarmaking naar het oordeel van de ACM strijdig zou zijn met het aan de autoriteit opgelegde doel (Artikel 12u

<sup>40</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 25 oktober 2011, zaak C-109/10P (*Solvay/Commissie*), n.n.g. en CBB 6 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK2641.

<sup>41</sup> Voorbeelden van zaken op EU niveau waar redelijke termijn aan de orde kwam zijn HvJ EU 23 november 2013, zaak C-50/12 P (*Kendrion*), ECLI:EU:C:2013:771; HvJ EU 26 november 2013, zaak C-58/12 P (*Groupe Gascogne*), ECLI:EU:C:2013:770 en zaak C-40/12 P (*GascogneSack Deutschland*), ECLI:EU:C:2013:768.

<sup>42</sup> De 'ten hoogste 10%-norm' wijst erop dat het moet gaan om een zware overtreding. Immers, voor zware overtredingen wordt een boete van ten hoogste 10% van de omzet gerekend. Voor lichte overtredingen is dit ten hoogste 1%. Bijvoorbeeld misbruik van machtspositie en overtreding van het kartelverbod zijn zware overtredingen. Zie *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33622, nr. 3, p. 57.

<sup>43</sup> Kohlen en Kuipers 2014, p. 130.



lid 4 lw). Daarnaast is er nog altijd een uitzondering voor vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens (Artikel 12v lid 1 onderdeel 1 lw jo. artikel 10 lid 1 onderdeel c Wob). Ten aanzien van de gegevens die onder artikel 10 Wob vallen, moet de ACM wel een belangenafweging maken. Voordat de ACM het besluit publiceert, met daarin eventueel informatie die nadelig is voor de overtreder, heeft de overtreder 10 werkdagen de tijd om tegen openbaarmaking van het besluit een kort geding aan te spannen (Artikel 12u lid 2 lw).

## 8. Alternatieve Handhaving door ACM

### 8.1. Inleiding

Krachtens de Mededingingswet heeft ACM de bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen indien zij een overtreding constateert. Deze bevoegdheid is uitgewerkt in de Boetebeleidsregels van ACM en zal later nog aan bod komen. Behalve het opleggen van boetes heeft ACM nog andere mogelijkheden om overtredingen te (laten) beëindigen en bepaalde zaken af te doen. Deze mogelijkheden laten worden *alternatieve handhavinginstrumenten* genoemd, en kunnen worden gebruikt in plaats van – en in sommige gevallen in combinatie met – een boete. In deze paragraaf zullen enkele van deze alternatieve handhavinginstrumenten worden besproken: de *clementieregeling*, het *toezeggingsbesluit* en de *transactie/schikking*.

### 8.2. Clementieregeling

De meeste bekende ‘alternatieve maatregel’ binnen het mededingingsrecht is toch wel de *clementieregeling*, hoewel deze – terminologisch gezien – niet eens een echt alternatief is voor een boeteprocedure. Een clementieregeling vormt echter een alternatief voor een zelfstandig opsporingsonderzoek, in de zin dat er kartelovertradingen aan het licht worden gebracht met medewerking van een onderneming. Gemodelleerd naar Amerikaans voorbeeld voerde de Europese Commissie in 1996 haar clementieregeling in. Omdat dit een groot succes bleek te zijn, volgden vele nationale autoriteiten dit voorbeeld. De ACM introduceerde haar eigen regeling in 2002, en de meest recente versie is de Beleidsregel Clementie uit 2014.<sup>44</sup>

Een clementieregeling is – oneerbiedig gesteld – een klikregeling, waarbij een (voormalig) karteldeelnemer de overtreding opbiecht bij de mededingingsautoriteit. In ruil daarvoor ontvangt de karteldeelnemer *boete-immuniteit*, dan wel een *boetekorting*. De gedachte achter deze regeling is tweezijdig. Aan de ene kant vergemakkelijkt een klikregeling het opsporingswerk van de mededingingsautoriteit, omdat betrokken ondernemingen – wellicht gemotiveerd door de mogelijkheid tot het verkrijgen van boete-immuniteit – het bewijs komen aanbieden. Gezien het geheime karakter van kartels is het verkrijgen van ‘inside information’ van grote waarde bij het vaststellen van de overtreding. Aan de andere kant heeft een clementieregeling een destabiliserend effect op bestaande kartels. Kartels zijn nu eenmaal gebaseerd op onderling vertrouwen en het bestaan van een clementieregeling brengt een extra element van wantrouwen met zich mee. Het blijft namelijk altijd de vraag of kartelgenoten zich aan de verboden afspraken zullen houden of zich naar de autoriteiten zullen snellen als het ze te heet onder de voeten wordt.

De Nederlandse clementieregeling kent drie categorieën, die worden verdeeld op basis van snelheid van melden en kwaliteit van informatie. De onderneming die zich als eerste meldt wanneer er nog geen onderzoek door de ACM is gestart, en voldoende nuttige informatie verschaft, krijgt de *A-status* toegewezen. Deze status garandeert boete-immuniteit, mits de betrokken onderneming voldoet aan de medewerkingsplicht. Wanneer er reeds een onderzoek gestart is kan er door de eerst-meldende onderneming een boetekorting van maximaal 50% worden verkregen. Ook hier gelden weer de voorwaarden van het verschaffen van voldoende nuttige informatie en

---

<sup>44</sup>Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112586, tot vermindering van geldboetes betreffende kartels (Beleidsregel clementie).

medewerkingsplicht. Voor later meldende ondernemingen (de tweede, of nog later) zijn er boetekortingen beschikbaar van respectievelijk 20-30% en maximaal 20%. De voorwaarde voor het leveren van nuttige informatie (dat wil zeggen: informatie met aanzienlijke additionele waarde) telt hier nog zwaarder.

De clementieregeling heeft er in het verleden voor gezorgd dat veel kartels – die onder ander omstandigheden geheim waren gebleven – aan het licht zijn gekomen. Overigens verdient het vermelding dat vroegere clementieregelingen hogere kortingspercentages aan tweede en latere melders toekenden. Desalniettemin blijft de regeling een onmisbaar instrument bij het opsporen van kartels en helpt het mededingingsautoriteiten om zaken sneller tot een goed einde te brengen.

### **8.3. Toezeggingsbesluit**

Een *toezeggingsbesluit* is een formeel besluit, waarin ACM te kennen geeft de toezeggingen van ondernemingen met betrekking tot bepaalde mededingingsbezwaren te accepteren. De toezeggingen – waarbij de betrokken ondernemingen zich inspannen om mededingingsbezwaren weg te nemen – komen dan in plaats van een bestuurlijke boete. De bevoegdheid tot het nemen van een toezeggingsbesluit is geïnspireerd op de gelijknamige bevoegdheid van de Europese Commissie (artikel 9 van Verordening 1/2003), en is in Nederland opgenomen in artikel 49a van de Mededingingswet. Een toezegging kan gedaan worden indien de mededingingsbeperkingen vrij makkelijk te identificeren zijn, de toezeggingen snel en makkelijk kunnen worden geïmplementeerd en indien er geen afbreuk wordt gedaan aan de generale preventieve werking van het mededingingsrecht. De officiële lijn is dat *hardcore* overtredingen ongeschikt zijn om gerepareerd te worden door middel van een toezeggingsbesluit. Slechts wanneer er twijfel is over de aard van een gedraging kan een toezeggingsbesluit kunnen overwogen.<sup>45</sup>

De procedure voor het nemen van een toezeggingsbesluit start in beginsel op *initiatief* van partijen, nadat een onderzoek is gestart, maar voordat het rapport is opgemaakt.<sup>46</sup> In een enkel geval is er overgegaan tot een toezeggingsbesluit na opmaking van een rapport, maar dan moet er sprake zijn van bijzondere omstandigheden. Hoewel het initiatief voor een aanvraag bij partijen ligt, kan ACM de partijen wel uitnodigen tot het doen van toezeggingen. Op een toezeggingsbesluit is de openbare uniforme voorbereidingsprocedure van toepassing (49b Mw). Dit heeft tot gevolg dat de procedure nog als zwaar ervaren kan worden, vanwege de transparantieplichtingen die erop van toepassing zijn.

Voor het nemen van een toezeggingsbesluit moet ACM ervan verzekerd zijn dat het handelen van partijen als gevolg van het besluit in overeenstemming is met de Mededingingswet, dat de partijen de toezeggingen nakomen en dat het nemen van een toezeggingsbesluit in dit geval doelmatiger was dan het nemen van een boetebesluit of een last onder dwangsom (49a lid 2 Mw). De eerste twee punten moeten voldoende aannemelijk worden gemaakt door de onderneming. Dat betekent dat er zowel sprake moet zijn van een zichtbaar, concreet en goed af te bakenen mededingingsprobleem, als van een duidelijke en concrete oplossing van dat probleem. De onderneming moet aangeven hoe de toezeggingen ten uitvoer zullen worden gebracht en hoeveel tijd dat gaat kosten. Het derde punt

---

<sup>45</sup> Handhaving door de NMa, Stcrt. 2009, 63.

<sup>46</sup> Het rapport is de basis voor de bestuurlijke boete. In het rapport worden de bevindingen van het onderzoek van de ACM kenbaar gemaakt, de mededingingsbezwaren geïdentificeerd en de overtreding gekwalificeerd.

(de vraag of een toezeggingsbesluit doelmatiger is dan een boetebesluit of een andere interventie) wordt door ACM overwogen.

Het belangrijkste gevolg van een toezeggingsbesluit, en daarmee ook het grootste voordeel voor de ondernemingen, is dat er met het nemen van een toezeggingsbesluit moet worden afgezien van de oplegging van een bestuurlijke boete (artikel 49a lid 3 Mw). Door het verbindend verklaren van een toezegging ontstaat boete-immuniteit – ook voor het verleden – voor het gedrag waarop de toezegging betrekking heeft. Daarnaast wordt er niet vastgesteld of de onderneming in kwestie de wet heeft overtreden. Een toezeggingsbesluit is daarmee een alternatief voor een bestuurlijke boete, en kan niet gelijktijdig worden opgelegd. Uiteraard is dit handhavinginstrument alleen als alternatief te gebruiken in de bovengenoemde omstandigheden.

#### **8.4. Schikking/Verklaring van geen bezwaar**

Bij de Europese Commissie en bij veel andere nationale mededingingsautoriteiten is het mogelijk om een *schikkingsregeling* te treffen. Hoewel de naam van het instrument anders doet vermoeden, betreft dit geen uitgebreide onderhandeling zoals in Amerikaanse politierseries. In plaats daarvan geeft een onderneming te kennen *geen bezwaar* te maken tegen de door de autoriteit vastgestelde feiten, en daartegen niet in beroep te gaan. Dit scheelt de mededingingsautoriteit (en de ondernemingen) een uitgebreide bezwaar- en beroepsfase, en in ruil daarvoor ontvangt de onderneming 10% korting op het boetebedrag. Uiteraard geeft de onderneming hiermee niet al haar rechten op; als er procedurele onregelmatigheden zijn voorgevallen of als de autoriteit bepaalde regels onjuist heeft toegepast, kan de onderneming nog steeds de gang naar de rechter maken. Wordt er door de onderneming toch beroep aangetekend tegen feiten of kwalificaties waartegen zij eerder aangaf geen bezwaar te hebben, loopt de onderneming het risico om de 10% korting voor de rechter te verliezen.

Onder het huidige regime heeft ACM geen expliciete bevoegdheid om een schikking aan te gaan met ondernemingen tijdens een onderzoek. Desalniettemin bestaat er bij ACM een praktijk van de *verklaring van geen bezwaar*, waarbij ondernemingen hun verdedigingsrechten opgeven in ruil voor een boetekorting.<sup>47</sup> De vrijheid om dit te doen ligt besloten in de discretionaire bevoegdheid die ACM heeft bij het opleggen van een boete. Zij mag namelijk, conform de boetebeleidsregels, boetekorting verlenen voor medewerking aan het onderzoek, en de lijst met redenen waarom er korting mag worden verleend is niet limitatief. Een schikking bij ACM is in die zin geen alternatief voor een boete, maar wel een alternatieve benadering van een boeteprocedure, waarbij er mogelijk efficiëntievoordelen te behalen zijn voor beide kanten.

De manier waarop er bij ACM geschikt wordt lijkt dus op de manier waarop er bij andere mededingingsautoriteiten (waaronder de Europese Commissie) geschikt wordt. ACM verleent een vast kortingspercentage (10%) voor het opgeven van bezwaar- en beroepsrechten, en verdedigingsrechten als het recht van inzage. Daarnaast kan de onderneming enigszins invloed uitoefenen op de manier waarop de overtreding in de eindbeslissing is geformuleerd en hoe erover wordt gecommuniceerd. Er is formeel gezien geen sprake van een echte onderhandeling tussen ACM en de onderneming. Dit wordt mede verhinderd door het feit dat de schikkingen uitgevoerd worden door de Directie Juridische Zaken (DJZ), dus pas nadat het dossier is overgedragen. De overtreding

---

<sup>47</sup>Zie bijvoorbeeld de Bouwzaken, waar ACM (toen NMa) op grote schaal een dergelijke regeling aanbood.

(of overtredingen) staan op dat moment al vast. Gezien de boetesystematiek en de Chinese Walls binnen de organisatie is het niet verwonderlijk dat DJZ zich juist bezighoudt met de schikking: deze afdeling legt tenslotte ook de boete op. Dit heeft praktisch echter tot gevolg dat er alleen geschikt kan worden in zaken die al 'rond' zijn. ACM zou meer kunnen onderhandelen wanneer er in de onderzoeksfase (dus bij de Directie Mededinging) schikkingsbesprekingen gevoerd kunnen worden, en dus ook over de boetehoogte. Deze werkwijze lijkt vooralsnog afgewezen te worden.

## 9. Sancties en andere formele afdoeningen

### 9.1. Inleiding

Als een onderneming de Mededingingswet overtreedt kan de ACM een sanctie opleggen. Een sanctie is een *handhavingsinstrument*. We onderscheiden sancties van andere vormen van handhaving, zoals informele afdoeningen.

Formele afdoeningen zijn:

- a) een boete; en/of
- b) een last onder dwangsom;
- c) een 'bindende aanwijzing tot naleving van de wet', op grond van art. 12j van de Instellingswet ACM.

Een *boete* is duidelijk een *sanctie*. Hoewel een *last onder dwangsom* ook wel gekwalificeerd wordt als niet-leedtoevoegend (immers, de bedoeling is dat er iets wordt hersteld en als dat wordt gedaan dan hoeft de dwangsom niet te worden betaald), en ook een *bindende aanwijzing* niet leedtoevoegend hoeft te zijn behandelen we ze hier samen. Een sanctie, een last onder dwangsom en een bindende aanwijzing worden opgelegd door het bestuur van ACM, in een formeel besluit (in de zin van de Awb), waartegen beroep open staat in twee instanties (zie par. 10). Een sanctie kan pas worden opgelegd nadat uit het onderzoek van de ACM is gebleken dat er sprake is van een overtreding. Dat kan een overtreding zijn van het kartelverbod of het misbruikverbod, maar ook een overtreding van andere voorschriften in de mededingingswet, zoals de plicht tot het aanmelden van een concentratie. De ACM kan géén sanctie opleggen aan de overheid die de regels over oneerlijke concurrentie door de overheid overtreedt.

### 9.2. Boetes voor overtreding van artikel 6 lid 1 of artikel 24

Voor overtreding van de materiële verboden van de Mededingingswet kunnen de hoogste mededingingsboetes worden opgelegd. Artikel 56 Mw bepaalt dat voor overtreding een boete of een last onder dwangsom kan worden opgelegd, en artikel 57 Mw bepaalt de hoogte van de boete. Die kan ten hoogste € 450 000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming dan wel, indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, van de gezamenlijke omzet van de ondernemingen die van de vereniging deel uitmaken bedragen.

Dat kan oplopen tot een forse boete. In de bouwfraude werd bijvoorbeeld 93,6 miljoen euro opgelegd voor de kartelvorming bij de grond-, weg- en waterbouw in 2005, in 2006 werd 70 miljoen euro voor de kartelvorming in de Burgerlijke & Utiliteitsbouw opgelegd en in 2010 81 miljoen euro voor het meelkartel. In 2013 kondigde de Minister van Economische Zaken (die over het boetebeleid gaat) aan dat de boetes in algemene zin niet hoog genoeg zijn om voldoende afschrikwekkend te zijn. Dat komt omdat - in algemene zin - de winst die uit het kartel wordt behaald groter is dan de hoogte van de boete.<sup>48</sup> Het *boetemaximum* moet daarom omhoog naar 900 000 euro (of 10% van de

---

<sup>48</sup> Onderzoeksrapport van SIRM, *Afschrikwekkende werking van boetes van de Autoriteit Consument en Markt*, 6 februari 2014, [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

omzet). De aangekondigde wetwijziging hoeft niet tot veel hogere boetes te leiden, omdat de 10% van de omzet niet wordt verhoogd. Maar bij de berekening van de boete worden allerlei factoren meegenomen en gewogen. Dat is neergelegd in *beleidsregels*, en de minister kondigde aan deze beleidsregels ook te wijzigen. Dat zal wel kunnen leiden tot hogere boetes.

### **9.3. De berekening van de hoogte van de boete**

Als een overtreding is vast te komen staan mag een boete worden opgelegd. Die wordt niet zomaar vastgesteld, maar volgens bepaalde beleidsregels.<sup>49</sup>

Dat gaat (in grote stappen) zo:

- Allereerst wordt de boetegrondslag vastgesteld: dat is 10% van de 'betrokken omzet'.
- De 'betrokken omzet' is de omzet die tijdens de loopduur van de inbreuk met de goederen (of diensten) waarop die overtreding betrokken was is behaald.
- De ernst van de overtreding geeft een vermenigvuldigingsfactor. Een zeer zware overtreding leidt ertoe dat de betrokken omzet maal vijf wordt genomen. Dit levert de basisboete op.
- Vervolgens worden boeteverhogende (bijvoorbeeld recidive) en boeteverlagende (bijvoorbeeld medewerking aan het onderzoek die verder gaat dan noodzakelijk) factoren in overweging genomen, wat ertoe leidt dat de basisboete wordt aangepast.

Een boeteverlagende omstandigheid is bijvoorbeeld de hiervoor genoemde verklaring van geen bezwaar (zie par. 8). Tegen het besluit waarbij een boete wordt opgelegd staat beroep (en hoger beroep) open. In deze rechterlijke procedures wordt de boete vaak naar beneden bijgesteld, hoewel in theorie de rechter ook een hogere boete kan opleggen (zie par. 10).

### **9.4. Clementie (opnieuw)**

De clementieregeling kwam hierboven al even aan de orde: het is een regeling op grond waarvan ondernemingen die hun eigen kartel aan de ACM bekendmaken ('melden') een korting op de boete kunnen krijgen. De korting kan ook 100% zijn: dan wordt geen boete opgelegd. Deze vorm van informatieverkrijging door de ACM is zeer nuttig, omdat de ACM om deze manier, van partijen zelf, informatie verkrijgt over geheime kartels. Zelf deze informatie vergaren via de onderzoeksbevoegdheden zou veel meer kosten. Toch worden ook wel kanttekeningen gesteld bij deze regeling: zij werkt, en daarbij komen inzichten uit de speltheorie goed van pas, maar het is ook een beetje onbevredigend dat ondernemingen die deel uit maken van een kartel, en daardoor kartelwinsten hebben gemaakt, door zichzelf aan te melden een sanctie kunnen ontlopen. Het zal duidelijk zijn dat deze clementieregels tot een ingewikkeld spel kan leiden. Zij spelen in op de instabiliteit van kartelafspraken en verhogen deze instabiliteit. Dat leidt tot betere opsporing van kartels.

De hoogte van de korting (op de boete) hangt van twee dingen af:

---

<sup>49</sup> Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 19 april 2013, nr. WJZ / 12366159, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving, waarvan de Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving (Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM), *Staatscourant* nr., 11214, 24 april 2013.

- hoe snel is de onderneming met de melding;
- hoe bruikbaar is de informatie en medewerking met het onderzoek.

De clementieregeling werkt vervolgens zo:

- alleen de eerste melder kan boete-immuniteit verkrijgen (dus geen boete opgelegd)
- bij de volgende melders hangt het af van de plaats in de rij en wordt een korting alleen verleend als er aanzienlijke ' additionele waarde' aan het bewijsmateriaal wordt toegekend:
- bij de eerstvolgende met aanzienlijke additionele waarde is een verlaging van 30 - 50% mogelijk;
- bij de tweede met aanzienlijke additionele waarde is een verlaging van 20 - 30% mogelijk;
- bij de derde met aanzienlijke additionele waarde is een verlaging van maximaal 20% mogelijk.

### **9.5. Boetes voor natuurlijk personen**

De ACM kan ook aan *natuurlijk personen* boetes opleggen. Dat doet zij op basis van artikel 56 Mw, samen met artikel 5:1, lid 3, Awb ('overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen') en artikel 51, lid 2, Sr, waaruit volgt dat boetes kunnen worden opgelegd aan hen 'die tot het feit opdracht hebben gegeven' of 'feitelijk leiding hebben gegeven'. Aan deze natuurlijk personen kan een boete van maximaal 450 000 euro worden opgelegd (ingevolge artikel 57 Mw).

De ACM maakt van deze bevoegdheid ook gebruik. Zo heeft ACM op 14 juli 2010 aan zowel Wegener zelf als vijf leidinggevendenden een boete opgelegd wegens het in strijd handelen met een aan de vergunning voor een concentratie verbonden voorschrift. In de zaak Taxivervoer/Rijnmond /IJsselsteden werd 'persoon A' beboet als leidinggevende van RMC in verband met twee door ACM vastgestelde marktverdelingsafspraken op het gebied van taxivervoer tussen enerzijds RMC en anderzijds IJsselsteden en de BIOS-groep.

### **9.6. Boetes voor overtreding van andere voorschriften**

In het mededingingsproces is een heel aantal procedurele voorschriften aan de orde waaraan ondernemingen zich moeten houden. Dat kan een voorschrift zijn dat een verzegeling van een bedrijfspand niet mag worden verbroken, tot het voorschrift dat aan een onderzoek moet worden meegewerkt. Hiervoor in paragraaf 5 kwamen deze bevoegdheden van de ACM, en de daarmee gepaard gaande verplichtingen van de ondernemingen, al aan de orde. Bij overtreding van deze voorschriften kan de onderneming eveneens een boete worden opgelegd. Ook de hoogte en berekening van deze boetes is neergelegd in de beleidsregels.

Zo wordt de boete berekend op basis van een boetegrondslag, die wordt gevormd door de totale jaaronzet (en dus niet de 'betrokken omzet', zoals hiervoor), en zijn er verschillendecategorieën van boetes, die elk een ander promillage van de jaaronzet als boetegrondslag kennen (van 0,25% tot 15% van de jaaronzet). Ook hier wordt een vermenigvuldigingsfactor op toegepast, al naar gelang de ernst van de overtreding. Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden worden meegenomen.



## **10. Rechtsbescherming**

### **10.1. Inleiding**

Onder rechtsbescherming verstaan we de mogelijkheden die belanghebbenden hebben om in rechte op te komen tegen besluiten van de ACM. Art. 1:3 lid 1 Awb bepaalt dat een besluit een schriftelijke beslissing is van een bestuursorgaan, "inhoudende een publiekrechtelijke handeling". In het voorgaande hebben we al gezien dat de ACM verschillende soorten besluiten kan nemen (zie para. 7.1-8.4) waartegen bezwaar en beroep kan worden ingesteld.

### **10.2. Belanghebbende en procesbelang**

Ingevolge art. 8:1 lid 1 jo. Art. 7:1 lid 1 Awb kan alleen een *belanghebbende* bezwaar en beroep instellen tegen besluiten van een bestuursorgaan, en wie belanghebbende is neergelegd in art. 1:2 Awb. Om belanghebbende te zijn moet er sprake zijn van een voldoende eigen, persoonlijk, objectief bepaalbaar en actueel en rechtstreeks belang bij het betreffende besluit. Dat zijn dezelfde eisen die worden gesteld aan een klager die een aanvraag om handhaving doet (par. 4). Hier gaat het om belanghebbenden bij een genomen besluit, dus om de bezwaar- en beroepsfase. In het verleden werd meermalen door de ACM in de bezwaarfase geoordeeld dat het belang van eiser zich onvoldoende onderscheidde van willekeurig ieder andere persoon, omdat meerdere personen door de gedraging werden geraakt. Uiteraard is de *geadresseerde* van een besluit van de ACM belanghebbende, en ook een directe *concurrent* is belanghebbende omdat deze in belangrijke mate afhankelijk is van de markt waar het besluit betrekking op heeft.

Een ander vereiste is dat de betreffende belanghebbende ook een *procesbelang* moet hebben om bezwaar en beroep in te mogen stellen tegen een besluit. Het begrip "procesbelang" moet goed onderscheiden worden van het hiervoor besproken begrip "belanghebbende", en dat kan verwarrend zijn. Een belanghebbende heeft geen *procesbelang* als hij of zij eerder juist in het gelijk werd gesteld, maar nu meer duidelijkheid wil krijgen op een principiële punt (bijvoorbeeld door beroep in te stellen). Er is echter wel sprake van procesbelang als indien er uitzicht is op een mogelijke toekomstige schadevergoedingsprocedure die samenhangt met het besluit van de ACM. In 2007 werd bij wet de zogenaamde "supercomplaint" ingevoerd in art. 93 Mw. Hoewel een gewone *consument* normaal gesproken geen belanghebbende is, bepaalt dit artikel dat een *consumentenorganisatie* wel wordt geacht belanghebbende te zijn bij besluiten van de ACM.

### **10.3. Besluit**

Een besluit moet zien op een *rechtsgevolg*. Dat is niet het geval als het een voorbereidende handeling betreft, zoals een onderzoeksrapport of een voorlopig oordeel van de ACM. Immers, het onderzoeksrapport bepaalt nog niet "definitief en onomkeerbaar" wat er in het besluit van de ACM zal staan wat op dat rapport is gebaseerd, omdat daarvoor eerst nog een beoordeling plaatsvindt. Enkele andere voorbeelden van handelingen van de ACM die geen "besluit" inhouden en dus niet vatbaar zijn voor bezwaar en beroep zijn de terinzagelegging van stukken en de beslissing om in dat verband bepaalde stukken niet als "vertrouwelijk" aan te merken.

#### **10.4. Bezwaar en beroep**

De bezwaarfase is geregeld in art. 7:1 e.v. Awb. Als een belanghebbende *bezwaar* maakt bij de ACM dan vindt een *volledige heroverweging* van het betreffende besluit plaats. Omdat de ACM deze heroverweging zelf maakt, is in het verleden overwogen dat het misschien beter zou zijn om de bezwaarfase voor het mededingingsrecht af te schaffen. Deze bezwaarfase kost immers geld en tijd, en sommige auteurs opperden dat een bestuursorgaan als de ACM wellicht toch niet altijd even kritisch naar haar eigen besluiten kijkt. De wetgever heeft er echter voor gekozen om de bezwaarfase te behouden, omdat de mogelijkheid van volledige heroverweging in de bezwaarfase toch te waardevol werd geacht.

Na het doorlopen van de bezwaarfase kan *beroep* tegen een besluit worden ingesteld. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in het arrest Menarini een aantal eisen geformuleerd waar de rechter aan moet voldoen bij het toetsen van een mededingingsrechtelijk besluit.<sup>50</sup> Een bestuursorgaan als de ACM combineert enkele functies die bijvoorbeeld in het strafrecht door verschillende instanties worden behandeld, we noemen dit het “alles-in-één-hand-stelsel”. Waarin het strafrecht de officier van justitie de vervolging instelt en de stafrechter vervolgens op die vervolging beslist, doet de ACM beide: het zowel het onderzoek uit en neemt het vervolgens ook zelf het daaropvolgende besluit. Het EHRM bepaalde (onder meer) om die reden dat de rechterlijke toetsing die daarop kan volgen moet plaatsvinden door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, en dat de rechter in beroep in staat moet zijn om het besluit op alle punten, zowel wettelijk als feitelijk, volledig te beoordelen.

De *Rechtbank Rotterdam* is aangewezen als gespecialiseerde instantie voor beroepen tegen besluiten van de ACM. De gewone competentieregels gelden dus niet. Dat is gedaan om specialisatie mogelijk te maken. Na beroep voor de *Rechtbank Rotterdam* staat er nog hoger beroep open bij het *College van Beroep voor het Bedrijfsleven*. Deze oordeelt in hoogste instantie, maar de toetsing is niet beperkt tot een juridische toets. Ook de feiten kunnen opnieuw aan de orde worden gesteld. Er staat geen cassatieberoep open tegen de uitspraak in hoger beroep.

---

<sup>50</sup> EHRM 27 september 2011, app. nr. 45309/08, Menarini Diagnostics.

## 11. Samenwerking met de Europese Commissie

### 11.1. Inleiding

Zoals reeds besproken wordt het Nederlandse mededingingsrecht en het toezicht daarop op verschillende manieren beïnvloed door het Europese Mededingingsrecht. Om te beginnen rust er een samenwerkingsplicht op de Commissie, de nationale rechter en nationale instanties die zich bezighouden met de handhaving van het mededingingsrecht (Artikel 4, derde lid VWEU). Met de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 is deze samenwerking geïnstitutionaliseerd. Daarnaast dienen zowel de nationale mededingingsautoriteiten (NMA's) als de nationale rechters het EU mededingingsrecht toe te passen indien een gedraging de handel tussen de Lidstaten kan beïnvloeden (artikel 3 Vo 1/2003).

### 11.2. Nationale mededingingsautoriteiten

Naast de Commissie spelen ook de nationale autoriteiten een belangrijke rol in de handhaving van het EU mededingingsrecht.<sup>51</sup> De NMA's zijn verplicht om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen als de vermeende gedraging de handel tussen de lidstaten beïnvloedt of kan beïnvloeden (artikel 3 lid 1 Vo 1/2003). Er is sprake van communautaire invloed indien de gedraging 'rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel' effect heeft op de handel tussen de EU-lidstaten.<sup>52</sup> Of de gedraging daadwerkelijk de interstatelijke handel beïnvloedt heeft, is dus niet vereist.<sup>53</sup>

Als er sprake is van beïnvloeding van de communautaire handel kunnen de nationale autoriteiten op grond van schending van zowel het nationale en EU mededingingsrecht optreden.<sup>54</sup> Echter, de toepassing van nationaal mededingingsrecht mag er niet toe leiden dat gedragingen verboden worden die eventueel de interstatelijke handel beïnvloeden, maar door artikel 101 VWEU toegestaan zijn. Een lidstaat mag wel strengere regels toepassen als de gedraging enkel invloed heeft op de nationale markt (artikel 3 lid 2 Verordening 1/2003). Op deze manier wordt een *uniforme toepassing* van het Europees mededingingsrecht gewaarborgd.

De samenwerking tussen de NMA's en de Commissie neemt verschillende gedaanten aan. Om te beginnen geldt er een algemene samenwerkingsplicht. Met het oog op uniforme toepassing van het EU mededingingsrecht vereist artikel 11, lid 1 van Verordening 1/2003 dat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten de communautaire mededingingsregels *in nauwe samenwerking* toepassen. Om uitvoering te geven aan deze samenwerkingsplicht heeft de Europese Commissie het *European Competition Network (ECN)* opgericht. Dit is het netwerk van mededingingsautoriteiten waarbinnen samenwerking gestimuleerd wordt.<sup>55</sup> ECN-leden zijn op de hoogte van elkaars

---

<sup>51</sup> Het volgt uit Artikel 88 Mw dat voor Nederland de ACM erkend is als bevoegde autoriteit in de zin van Verordening 1/2003 en daarom bevoegd is om artikelen 101, 102 en 104 VWEU toe te passen.

<sup>52</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit van de ACM in het Zilveruienkartel, Zaaknummer 6964\_1/230. De ACM verwijst hierbij naar HvJ EU 14 juli 1981, C-172/80 (*Züchner*), r.o. 18; HvJ EU 10 december 1985, gevoegde zaken 240/82 e.a., (*Stichting Sigarettenindustrie*), r.o. 48; en GvEA15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95 e.a. (*Cimenteries CBR e.a. t. Commissie (Cement)*), r.o. 3930.

<sup>53</sup> Zie ook ACM-besluit inzake Zilveruienkartel, zaaknummer 6964, waarin de ACM verwijst naar GvEA 7 oktober 1999, T-228/97, (*Irish Sugar*), r.o. 170.

<sup>54</sup> Zie bijvoorbeeld het ACM-besluit inzake het Boomkwekerijen-kartel, zaaknummer 5211.

<sup>55</sup> *PbEU* 2004, C 101/43-53.

beslissingen en streven ernaar samen een effectief systeem van toezicht op naleving van het mededingingsrecht te creëren.

De samenwerking tussen de Commissie en de nationale autoriteiten vereist adequate *uitwisseling van informatie* (artikel 12 Verordening 1/2003). Deze informatie mag als bewijsmiddel gebruikt worden voor de toepassing van artikelen 101 en 102 VWEU, mits dit past in het doel en reikwijdte waarvoor de informatie vergaard is (artikel 12 lid 2 Verordening 1/2003).

Ter uitvoering van Verordening 1/2003 voorzien ook nationale wetten kunnen in samenwerkingsmogelijkheden. Zo stelt de Mw dat de ACM en de Commissie fysiek kunnen samenwerken. Artikel 89b Mw belast de ACM met de taak om bijstand te verlenen bij een inspectie door de Commissie, zo nodig met behulp van de sterke arm. Ook kan de Commissie of de NMA van een andere lidstaat de ACM verzoeken om een inspectie te verrichten (Artikel 89g Mw). Wanneer een nationale mededingingsautoriteit een besluit neemt over een zaak waarover de Commissie ook geoordeeld heeft, moet de autoriteit de beschikking van de Commissie volgen (Artikel 16 lid 2 Verordening 1/2003).

De samenwerkingsplicht komt ook duidelijk naar voren in het verloop van de toezichtsprocedure. Om te beginnen, wanneer een NMA een procedure wil aanvangen op basis van het EU mededingingsrecht, is hij gehouden om de Commissie hierover in te lichten (Artikel 11 lid 3 Verordening 1/2003). De NMA dient ook andere NMA's op de hoogte te stellen van de procedure, zodat eventuele doorverwijzingen nog plaats kunnen vinden en procedures bij andere NMA's gestaakt kunnen worden als dat nodig is.<sup>56</sup>

Meestal is in ieder geval de NMA geschikt van het land waar de ondernemingen die verdacht worden van het schenden van mededingingsrecht zijn gevestigd en actief zijn. De Commissie is vooral geschikt indien het gaat om meerdere gedragingen waarvan het effect reikt tot meer dan drie landen en wanneer de uniforme toepassing van communautair recht vereist dat de Commissie de zaak op zich neemt.<sup>57</sup> Het kan voorkomen dat verschillende mededingingsautoriteiten, uit verschillende Lidstaten of de Europese Commissie, een procedure willen starten betreffende een bepaalde gedraging. Hier geldt een stelsel van parallelle bevoegdheden. Dit betekent dat een zaak behandeld kan worden door "(i) één enkele NMA, eventueel bijgestaan door NMA's van andere lidstaten; of (ii) verschillende NMA's die parallel optreden, of (iii) de Commissie".<sup>58</sup>

De mededeling van de Commissie inzake samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten legt uit welke autoriteiten bevoegd zijn om op te treden. Hieruit volgt dat in het algemeen geldt dat zowel de Commissie als nationale autoriteiten klachten kunnen afwijzen of een reeds begonnen procedure kunnen opschorten omdat de betreffende zaak al behandeld is door een andere autoriteit. Zij zijn hier echter niet toe verplicht.<sup>59</sup> Daarnaast stelt Artikel 11 lid 6 Vo 1/2003:

“Wanneer de Commissie een procedure begint die tot het geven van een beschikking op grond van hoofdstuk III moet leiden, ontnemt dit de mededingingsautoriteiten van de

<sup>56</sup> *PbEU* 2004, C 101/43-53, par. 16.

<sup>57</sup> *PbEU* 2004, C 101/43-53, par. 53.

<sup>58</sup> *PbEU* 2004, C 101/43-53.

<sup>59</sup> Artikel 13 Verordening 1/2003 en *PbEU* 2004, C 101/43-53, par. 20-22.

lidstaten hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag. Indien een mededingingsautoriteit van een lidstaat een zaak reeds in behandeling heeft genomen, begint de Commissie alleen een procedure na overleg met deze autoriteit.”

Er zijn dus twee mogelijkheden. Ten eerste kan het zo zijn dat de Commissie de eerste autoriteit is die zich over de zaak wil buigen. In dat geval mogen de NMA's de zaak niet meer mogen behandelen.<sup>60</sup> Ten tweede kan het zo zijn dat de Commissie een procedure wils starten in een zaak waarin een of meerdere NMA's al begonnen zijn en hierover de Raad ook al ingelicht hebben. In zo'n geval is de Commissie bevoegd is om de NMA('s) van de zaak halen. Tijdens de toewijzingsfase, de eerste twee maanden nadat het voornemen ontstaan is om een procedure te starten, kan de Commissie hiertoe besluiten na overleg met de NMA. Na de toewijzingsfase mag de Commissie enkel een NMA van de zaak halen als er sprake is van:<sup>61</sup>

- a) strijdige beslissingen van verschillende NMA's in dezelfde zaak;
- b) de NMA overweegt een beslissing die in strijd is met vaste jurisprudentie;
- c) de NMA laat de procedure onnodig aanslepen;
- d) dit is nodig om doeltreffende handhaving van het communautaire mededingingsrecht te verzekeren;
- e) de NMA('s) maakt/maken hier geen bezwaar tegen.

Als de zaak eenmaal in behandeling is genomen door de bevoegde autoriteit(en), kan er ook samenwerking plaats vinden. De NMA kan de Commissie raadplegen over toepassing van het mededingingsrecht (Artikel 11 lid 5 Verordening 1/2003).

Als de NMA eenmaal de procedure heeft afgerond en een besluit wil nemen waarin artikel 101 of 102 VWEU wordt toegepast, dient de NMA de Commissie van het voorgenomen besluit op de hoogte te stellen. De NMA zendt de Commissie uiterlijk 30 dagen voor het daadwerkelijk nemen van een besluit, een ontwerpbesluit (Artikel 11 lid 4 Vo 1/2003). De Commissie kan opmerkingen geven ten aanzien van het ontwerp-besluit.<sup>62</sup>

## **7.2. Nationale rechterlijke instanties**

Ook nationale rechters zijn bevoegd om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen. De artikelen 101 en 102 VWEU hebben directe werking. Dit betekent dat burgers en ondernemingen voor de nationale rechter een direct beroep kunnen doen op deze bepalingen.<sup>63</sup> Nationale rechters moeten zorgen dat het EU recht consistent wordt toegepast. Artikel 16 lid 1 van Verordening 1/2003 bepaalt dan ook, dat het communautaire mededingingsrecht uniform toegepast dient te worden. Dit betekent dat het nationale rechters niet is toegestaan om bij de beoordeling van een bepaalde zaak die al is beoordeeld door de Commissie, in strijd met de door de Commissie gegeven beschikking te

---

<sup>60</sup> *PbEU* 2004, C 101/43-53, par. 15.

<sup>61</sup> *PbEU* 2004, C 101/43-53, par. 54.

<sup>62</sup> *PbEU* 2004, C 101/43-53, par. 46.

<sup>63</sup> HvJ EU 28 februari 1991, zaak C-234/89 (*Delimitis*): “Articles 85(1) and 86 of the Treaty and the provisions of the exemption regulations produce direct effect in relations between individuals and create rights directly in respect of the individuals concerned which the national courts must safeguard.”

beslissen.<sup>64</sup> Het is ook mogelijk dat de nationale rechter eerder een uitspraak moet doen dan de Commissie. Wanneer de Commissie een procedure is gestart en de nationale rechter over deze zaak moet oordelen voordat de Commissie dat kan doen, moet de rechter er naar streven een beslissing te nemen die overeenkomt met de beslissing die de Commissie overweegt.<sup>65</sup> Hiertoe kan de rechter vragen stellen aan de Commissie of de procedure zelfs schorsen totdat de Commissie een besluit heeft genomen.

Verder dienen ook de nationale rechters met de Commissie samen te werken. Deze samenwerking kan verschillende vormen aannemen. Zo kan een nationale rechter de Commissie verzoeken om inlichtingen en adviezen te verstrekken (artikel 15 lid 1 Verordening 1/2003).<sup>66</sup> Dit verzoek kan bijvoorbeeld betrekking hebben op de uitleg of toepassing van het EU mededingingsrecht. Ook kunnen zowel de Commissie als NMA's uit eigen beweging schriftelijke of mondelinge opmerkingen maken (artikel 15 lid 3 Verordening 1/2003). Dit wordt de *Amicus Curiae* procedure genoemd. De – gevraagd dan wel ongevraagd - verkregen adviezen en inlichtingen zijn niet bindend voor de rechterlijke instantie.<sup>67</sup> Daarnaast moeten nationale rechterlijke instanties de Commissie een afschrift van hun rechterlijke uitspraak sturen als zij artikel 101 of 102 VWEU hebben toegepast (Artikel 15 lid 2 Verordening 1/2003).

---

<sup>64</sup> Zie bijvoorbeeld HvJEU 14 december 2000, C-344/98, (*Masterfoods/HB Ice Cream*). Het Hof oordeelde dat de rechter niet in strijd met de Commissiebeschikking mocht oordelen, ook al had een lagere rechter in de betreffende zaak al anders dan de Commissie geoordeeld.

<sup>65</sup> *PbEU*2004, C 101/56, punt. 12

<sup>66</sup> Hier wordt in de praktijk gebruik van gemaakt, zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 1 juli 2004, nr. 02/1136

<sup>67</sup> *PbEU*2004, C 101/56, punt. 19

## 12. Civiele handhaving

### 12.1. Inleiding

Zoals hiervoor is gebleken, vindt de toepassing van mededingingsrecht voornamelijk plaats voor de bestuursrechter. Immers, bij het aanvechten van besluiten van de ACM, is de bestuursrechter bevoegd. Maar ook voor de burgerlijke rechter kan een beroep worden gedaan op de artikelen 6 en 24 Mw en de artikelen 101 en 102 VWEU (zie voor de toepassing van Europees mededingingsrecht paragraaf 11).

### 12.2. Verweer bij vordering tot nakoming en vordering tot ontbinding

Om te beginnen kan de schending van het mededingingsrecht gebruikt worden als *verweer* tegen een *actie tot nakoming* van een overeenkomst.<sup>68</sup> Ook een *vordering tot (gedeeltelijke) ontbinding* van een overeenkomst kan zijn grondslag vinden in overtreding van het mededingingsrecht. In procedures tussen leveranciers en distributeurs wordt bijvoorbeeld regelmatig een beroep gedaan op het mededingingsrecht om non-concurrentiebedingen buiten toepassing te laten. Het is niet zeldzaam dat tussen leveranciers en franchisenemers wordt overeengekomen dat alleen van de betreffende leverancier afgenomen mag worden. Wanneer deze beperking geldt voor ten minste 80% van de totale aankopen, is er sprake van een concurrentieverbod. In principe is dit toegestaan volgens de Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten. Maar wanneer deze overeenkomst langer dan 5 jaar duurt, geldt deze vrijstelling niet en kan er sprake zijn van strijd met het kartelverbod. Een beroep op nietigheid wegens schending van artikel 6 Mw of 101 VWEU kan dan het non-concurrentie beding van tafel vegen. Bijvoorbeeld, in haar uitspraak van 25 oktober 2013 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een concurrentiebeding nietig verklaard kon worden door het hof wegens strijd met artikel 6 lid 1 Mw, omdat de overeenkomst strekte tot beperking van de mededinging.<sup>69</sup>

### 12.3. Vordering tot vergoeding van de schade veroorzaakt door de mededingingsinbreuk

Een andere toepassing van de civiele handhaving van het mededingingsrecht is de *vordering tot schadevergoeding*. Een concurrent of consument die schade heeft ondervonden door kartelafspraken of misbruik van machtspositie van de overtreder, krijgt zijn schade niet vergoed door de boete die door de ACM is opgelegd. Het is ook niet de taak van de ACM om te zorgen dat benadeelden gecompenseerd worden. Daarom kan de benadeelde de geleden schade verhalen bij de overtreder(s). Bijvoorbeeld, in geval van kartelafspraken is de kans groot dat de consument een tijd meer heeft betaald dan hij had gedaan wanneer het kartel er niet waren geweest. De prijzen worden kunstmatig hoog gehouden en de consument is daarvan de dupe. Hoewel het mogelijk is om een vordering in te stellen zonder mededingingsbesluit, vindt het vorderen van een schadevergoeding vaak plaats door middel van zogenaamde 'follow-on claims'.<sup>70</sup> Dit zijn

<sup>68</sup> Zie voor een geslaagd verweer tegen nakoming van de overeenkomst op grond van strijd met het kartelverbod bijvoorbeeld Voorzieningenrechter Rb. Almelo, 14 november 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY5484.

<sup>69</sup> Zie voor een geslaagd beroep op het kartelverbod in een non-concurrentiebeding zaak Hoge Raad, 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3745.

<sup>70</sup> Slot enSwaak2012, p. 210.

schadeclaims die volgen in reactie op de beschikking van de Commissie of de nationale mededingingsautoriteit.

Een vordering tot schadevergoeding kan heel wat opleveren. Artikel van Richtlijn 14/104/EU betreffende schadevergoedingsacties voor mededingingsinbreuken bepaalt namelijk dat lidstaten ervoor dienen te zorgen dat benadeelden de mogelijkheid hebben om de *volledige* schade vergoed te krijgen. Wel geldt dat er in ieder geval een causaal verband vereist is tussen de schade die vergoed wordt en de inbreuk. De te vergoeden schade kan ook gederfde winsten rente omvatten.<sup>71</sup>

#### **12.4. Bewijs en toetsing**

De nationale rechter dient de artikelen 101 en 102 VWEU ambtshalve toe te passen. In het arrest *T-Mobile* oordeelde het HvJEU dat deze bepalingen van openbare orde zijn.<sup>72</sup> Maar dit geldt niet voor de nationale bepalingen van mededingingsrecht.<sup>73</sup> Dit betekent dat wanneer partijen geen beroep hebben gedaan op mededingingsregels, de rechter slechts het mededingingsrecht moet toetsen wanneer hij kan vaststellen dat er sprake is van ongunstige beïnvloeding van handel tussen de lidstaten. Natuurlijk is het hiervoor wel noodzakelijk dat partijen voldoende feiten aandragen om de rechter een aanleiding te geven het EU mededingingsrecht te toetsen.<sup>74</sup> Overigens dient opgemerkt te worden dat ook bij de toepassing van Europees mededingingsrecht door de civiele rechter, het nationaal procesrecht geldt. Hierbij dient de rechter wel rekening te houden met het gelijkheidsbeginsel (vorderingen op basis van het EU-recht niet minder gunstig behandelen dan vorderingen op basis van nationaal recht) en het doeltreffendheidsbeginsel (niet onmogelijk maken om de door het EU-recht toegekende rechten uit te oefenen).

De toetsing door de civiele rechter verschilt op enkele punten van toetsing door de administratieve rechter. Zo gaat civiele rechter uit van zogenaamde partijwaarheid – de rechter beslist de zaak op grond van wat de partijen hebben aangevoerd (artikel 24 Rv) – terwijl de bestuursrechter zich richt op materiële waarheidsvinding (en daartoe ook over onderzoeksbevoegdheden beschikt).<sup>75</sup> De stelplicht en de bewijsvoering zijn daarom bij civiele handhaving van groot belang. Bij de toepassing van de mededingingsrechtelijke bepalingen rust de stelplicht en de bewijslast op de partij die de vordering instelt (artikel 2 Vo. 1/2003 en artikel 150 Rv). Bij een procedure voor de civiele rechter zal dit niet de toezichthouder zijn – die over brede kennis en ervaring hieromtrent beschikt – maar een marktpartij of gedupeerde consument. Deze eiser moet stellen (en bij betwisting bewijzen) dat aan de voorwaarden van artikel 6 of 24 Mw dan wel 101 of 102 VWEU is voldaan.<sup>76</sup> In de praktijk blijkt dit nogal eens lastig te zijn. Regelmatig worden vorderingen op basis van schending van het

---

<sup>71</sup> HvJ EU 20 september 2001, C-453/99 (*Courage en Crehan*) en HvJ EG 13 Juli 2006, zaken C-295/04-C-298/04, (*Manfredi*).

<sup>72</sup> HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-243/08 (*T-mobile*)

<sup>73</sup> HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (*Gemeente Heerlen/Whizz*)

<sup>74</sup> T.R. Ottervanger, 'Handhaving van het mededingingsrecht: een hete herfst?', *M&M* november 2009, P. 135

<sup>75</sup> A. Gerbrandy, 'Prospectieve analyse en het vaststellen van de materiële waarheid door de bestuursrechter in concentratiezaken', *SEW* september 2013, nr. 9, p. 343

<sup>76</sup> E.D. Glerum-van Aalst & S.R. Brand, 'Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: recente ontwikkelingen', *MvV* 2014, afl. 9, p. 227-239



mededingingsrecht afgewezen omdat eiser de vordering onvoldoende heeft bewezen of onderbouwd.<sup>77</sup>

In geval een *follow-on* claim is al vastgesteld dat de onderneming de overtreding heeft begaan. Dit hoeft de benadeelde ook niet meer aan te tonen. Een besluit van de Europese Commissie ter vaststelling van een inbreuk op artikel 101 of 102 TFEU levert namelijk dwingend bewijs voor het bestaan van de overtreding (artikel 16 Verordening 1/2003). Hetzelfde geldt voor besluiten van een NMA (zie de hierna te bespreken Richtlijn 14/104/EU). Dit uitgangspunt is in principe ook van toepassing wanneer een beroep tegen het besluit is ingesteld. Een uitzondering wordt alleen gemaakt indien in redelijkheid twijfel kan bestaan over de juistheid van de beschikking, en partijen hebben dit in de verzoekschriftprocedure gesteld.<sup>78</sup> In een *follow-on* procedure dient nog wel de geleden schade bewezen te worden. Hiervoor hebben partijen vaak toegang nodig tot bepaalde dossier stukken (zie hierover Richtlijn 2014/104/EU hierna).

### **12.5. Harmonisatie civiele handhaving**

Tot voor kort ontbrak enige EU-harmonisatie op het gebied van schadevergoedingen voor mededingingsinbreuken. Hierdoor bleek het in de praktijk sterk afhankelijk te zijn per lidstaat hoe gemakkelijk het was om daadwerkelijk schade vergoed te krijgen bij de civiele rechter. Daarom is in november 2014 de Richtlijn 2014/104/EU betreffende schadevorderingen wegens inbreuken op mededingingsrecht in werking getreden. Deze Richtlijn streeft ernaar om het vorderen van schade veroorzaakt door mededingingsinbreuken voor de inwoners van de EU te vergemakkelijken.<sup>79</sup> Met het oog daarop regelt de Richtlijn dat benadeelden betere toegang krijgen tot bewijs dat benodigd is om de geleden schade aan te tonen (artikel 5), ook als dit bewijs zich in het dossier van de procedure of een clementiedossier bevindt (artikel 6 en 7). Zo kan een rechter ondernemingen verzoeken om informatie vrij te geven voor het beoordelen van de geleden schade. Daarnaast voorziet de Richtlijn in een langere periode om een vordering in te stellen (artikel 10). Lidstaten moeten ervoor zorgen dat een benadeelde na het definitief worden van een besluit (dus wanneer er geen beroep meer tegen open staat) minstens een jaar de tijd heeft om een vordering in te stellen. Ook dient niet alleen een besluit van de Commissie (artikel 16 van Verordening 1/2003), maar ook een besluit van een nationale mededingingsautoriteit automatisch bewijs te zijn van een inbreuk op het mededingingsrecht voor de rechter van het land waar de inbreuk plaats heeft gevonden (artikel 9). Ten slotte moeten lidstaten waarborgen dat niet alleen direct benadeelden, maar ook consumenten die verderop in de distributieketen benadeeld zijn door de inbreuk, de kans hebben om schadevergoeding te vorderen. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat niet alleen de producent van bepaalde apparatuur, maar ook de koper van deze apparatuur of de koper van een product waarin de apparatuur verwerkt is, schade ondervindt van mededingingsbeperkend gedrag op het niveau van onderdeeljes die in de betreffende apparatuur gebruikt wordt. Meer in het algemeen hoopt de Europese Commissie met de Richtlijn een meer doeltreffende naleving van het EU-

---

<sup>77</sup> Zie bijvoorbeeld CbB, 13 december 2012, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU8184; CbB 6 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN9390; CbB 1 juni 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM6398; S. Tuinenga en J.S. Kortmann, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2012', *M&M* 2013/5, p. 53/54.

<sup>78</sup> M. Kuijper en S. Kennepohl, 'Nederlands mededingingsrecht, KwartaalSignaal 133', *Sociaal-economisch recht*, december 2014, p. 7650.

<sup>79</sup> Zie persbericht van de Europese Commissie, 'Antitrust: Commission welcomes Council adoption of Directive on antitrust damages actions', Brussel, 10 november 2014.

mededingingsrecht te bewerkstellingen door de wisselwerking tussen civiele en publieke handhaving te verfijnen. Tegelijkertijd mogen hiermee niet andere effectieve middelen – clementie-regelingen en schikkingsprogramma's – worden belemmerd. Omdat het gaat om een richtlijn, moeten de lidstaten de bepalingen uit de Richtlijn implementeren. Zij krijgen hier twee jaar de tijd voor.

### **12.6. *Massaclaims***

Het is bovendien mogelijk om schade te verhalen door het instellen van *een collectieve claim* (artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek). Dit gebeurt door middel van een representatieve belangenorganisatie die zich al bezig hield met het behartigen van de belangen van een bepaalde groep (bijvoorbeeld huishoudelijke gebruikers), of door een *ad-hoc* organisatie, een zogenaamd *claim-vehikel* dat speciaal is opgericht voor de schadeclaim in een bepaalde zaak.<sup>80</sup> De benadeelde individuen dragen hun vorderingen over naar de organisatie. Iedereen die schade heeft geleden kan zich aansluiten en zijn vorderingen overdragen. Vervolgens stelt de organisatie uit eigen naam een gebundelde vordering in.<sup>81</sup> Deze massa-claims passen goed bij de aard van mededingingsrechtelijke schadevergoedingen, omdat er vaak sprake is van een grote groep benadeelden. Hierbij is te denken aan consumenten die van een dienst of product gebruik maakten tegen een kunstmatig hoge prijs. Een goed voorbeeld is het Luchtvracht-kartel, waaraan ongeveer 20 luchtvaartmaatschappijen deelnamen. Deze maatschappijen rekenden in de periode van 2000-2007 te hoge toeslagen voor de luchtvracht die zij vervoerden. Daardoor hebben de bedrijven die hun producten verlaadden via luchtvracht al die jaren 10 tot 15 procent teveel betaald. Verschillende NMA's en de Commissie hebben de karteldeelnemers al meer dan 2 miljard euro aan boetes opgelegd. Nu proberen benadeelden, waaronder Deutsche Bahn, BMW en Bosch, door een miljoenenclaim de door hen geleden schade vergoed te krijgen. Het zal moeten blijken of de gevorderde vergoeding wordt toegekend.

---

<sup>80</sup> Bijvoorbeeld ConsumentenClaim in het beeldbuisenkartel en Claims Funding International, OmniBridgeway&Hausfeld LLP, CDC CartelDamage Claims en East-West Debt.

<sup>81</sup> I.N. Tzankova, M.J. Plomp en T. Raats, 'Handhaven en balanceren: een tussenstand van privaatrechtelijke handhaving in Europa', *Markt & Mededinging*, December 2013, nr. 6, p. 184