

Artikel

De renaissance van de voorlopige maatregelen in het mededingingsrecht

Marieke Bredenoord-Spoek en Stijn de Jong*

Mededingingsautoriteiten zijn op zoek naar instrumenten om snel in te grijpen bij ontluikende mededingingsproblemen op de techmarkten. De indruk is dat de 'gewone' boetebeschikkingen door de jarenlange onderzoeken vaak te laat komen om het gewenste effect te sorteren. De aandacht richt zich daardoor op het instrument van de voorlopige maatregel. Dat blijkt ook wel uit de voorlopige maatregel die de Europese Commissie op 16 oktober 2019 oplegde aan Broadcom ter herstel van een vermoedelijke mededingingsinbreuk op de markt voor televisies en modem chipsets.¹ Hiermee maakte de Commissie voor het eerst sinds de *IMS Health*-zaak in 2001 en de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1/2003² gebruik van haar bevoegdheid een voorlopige maatregel op te leggen. Dit was groot nieuws, niet alleen in de mededingingsrechtelijke hoek, maar ook in de reguliere media.³ Eurocommissaris Margrethe Vestager voorspelde dat deze stap 'a sign of things to come' was en ze verwachtte niet dat het weer achttien jaar zou duren voordat de Commissie opnieuw naar dit middel zou grijpen.⁴ De actualiteit van dit onderwerp wordt verder benadrukt door de vaststelling van de nieuwe

Richtlijn (EU) 2019/1, waarin de bevoegdheden voor nationale autoriteiten om voorlopige maatregelen op te leggen vergaand worden geharmoniseerd.⁵ Voldoende reden voor een overzichtsartikel waarin de belangrijkste kenmerken van dit handavingsinstrument worden genoemd, zowel op Europeesrechtelijk als op nationaal niveau. Wij sluiten af met enkele opmerkingen over de nieuwe Richtlijn (EU) 2019/1.

De bevoegdheden van de Europese Commissie

Voorlopige maatregelen zijn bedoeld om onherstelbare schade aan de concurrentie te voorkomen. Hierbij moet een evenwicht gevonden worden tussen enerzijds de bescherming van de rechten van verdediging, en anderzijds de snelheid en effectiviteit bij de handhaving van de mededingingsregels. Door de inzet van een voorlopige maatregel kan de Commissie gedragingen van een bedrijf snel beëindigen die op het eerste gezicht mededingingsbeperkend lijken. Zou de Commissie in een dergelijk geval wachten totdat de gehele procedure is doorlopen die voorafgaat aan een reguliere boetebeschikking, dan bestaat de kans dat de concurrentieomstandigheden op de desbetreffende markt onomkeerbaar zijn verslechterd. De voorlopige maatregel lijkt vanuit handavingsperspectief dan ook een ideaal instrument. Tegelijkertijd hebben de betrokken bedrijven natuurlijk wel het recht om te worden gehoord voordat de maatre-

* Mr. M.G. Bredenoord-Spoek is werkzaam als advocaat bij Stibbe. Mr. S. de Jong is werkzaam als advocaat bij Stibbe.

1. Persbericht Europese Commissie, 'Antitrust: Commission imposes interim measures on Broadcom in TV and modem chipset markets', 16 oktober 2019 (IP/19/6109).
 2. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, L 1/1.
 3. 'Vestager grijpt naar uniek instrument in mededingingszaak tegen Broadcom', *Het Financieele Dagblad* 16 oktober 2019; 'Europese Commissie pakt chipmaker aan', *De Telegraaf* 16 oktober 2019.
 4. Speech van Commissaris Margrethe Vestager op de Conference on Competition and Digitisation, 'Digital power at the service of humanity', Kopenhagen, 29 november 2019.

5. Richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt, *PbEU* 2019, L 11/3.

gelen worden genomen en kunnen ze bij de Europese of nationale rechtbanken in beroep gaan.

Anders dan men zou vermoeden, gelet op het magere aantal precedentes, bestaat de mogelijkheid van een voorlopige maatregel al heel lang. Al in 1980, in de *Camera Care*-zaak,⁶ bepaalde het Hof van Justitie dat de Commissie de bevoegdheid heeft een voorlopige maatregel op te leggen ter beëindiging van mededingingsrechtelijke inbreuken:

‘De bevoegdheden die de Commissie aan artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17 ontleent, omvatten dus ook de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te nemen die onontbeerlijk zijn om een doeltreffende taakvervulling mogelijk te maken en met name om te garanderen dat de eventuele beschikkingen die beogen de ondernemingen te dwingen een einde te maken aan de vastgestelde inbreuken, nuttig effect hebben.’⁷

Uit de uitspraken van het Hof van Justitie in *Camera Care* en de acht opvolgende zaken,⁸ kan een tweevoudige test worden afgeleid waaraan de Commissie moet voldoen wil zij een voorlopige maatregel kunnen opleggen:

1. het gedrag van de onderneming moet een *prima facie* inbreuk op EU-mededingingsregels zijn; en
2. er is sprake van aangetoonde urgentie en de maatregel is noodzakelijk om ernstige en onherstelbare schade te voorkomen aan een betrokkene, of om onduidelijke schade aan het algemeen belang te voorkomen.⁹

Verordening (EG) nr. 1/2003 codificeert deze bevoegdheid van de Commissie. Artikel 8 bepaalt dat ‘[i]n dringende gevallen, wanneer de mededinging op ernstige en onherstelbare wijze dreigt te worden geschaad, kan de Commissie, na een onderzoek dat op een vermoedelijke inbreuk wijst, ambtshalve bij beschikking voorlopige maatregelen treffen.’¹⁰ De criteria van artikel 8 zijn bijna identiek aan de criteria van de *Camera Care*-zaak. Op twee punten wijkt artikel 8 licht af. Dit betreft allereerst een inhoudelijke afwijking: artikel 8 vereist dreiging van ‘ernstige en onherstelbare [schade] aan de mededinging’. Alleen schade aan individuele ondernemingen is dus niet genoeg. Hiermee wordt het toepassingsbereik van de voorlopige maatregel enigszins

bepakt.¹¹ Ten tweede is sprake van een procedurele afwijking: artikel 8 bepaalt dat de Commissie alleen ambtshalve (*ex officio*), dus op eigen initiatief, een voorlopige maatregel kan gelasten. De bepaling lijkt geen mogelijkheid open te laten voor het indienen van een formeel verzoek door een belanghebbende.¹² Dit impliceert dat geen beroep openstaat tegen de afwijzing van een verzoek van een marktpartij tot het nemen van een voorlopige maatregel. Artikel 8 lid 2 van de verordening specificiert daarbij dat een voorlopige maatregel gedurende een bepaalde periode van kracht is en kan worden verlengd in zoverre dit nodig en dienstig is. Indien de Commissie besluit dat een voorlopige maatregel noodzakelijk is, kan de betrokken onderneming tegen die beschikking in beroep gaan bij het Gerecht van de Europese Unie en in hoger beroep bij het Hof van Justitie. In afwachting van de hogere voorziening moet de onderneming de voorlopige maatregel naleven. Dit is alleen anders als de president van het Gerecht de tenuitvoerlegging van de maatregel op verzoek opschort.¹³

Dat laatste gebeurde in de *IMS Health*-zaak, wat tot procedureel interessante ontwikkelingen leidde. In de *IMS Health*-zaak legde de Commissie op 3 juli 2001 bij beschikking een voorlopige maatregel op aan IMS.¹⁴ IMS vorderde nietigverklaring van die beschikking bij het Gerecht, maar verzocht ook de tenuitvoerlegging van de beschikking onmiddellijk te schorsen totdat het Gerecht uitspraak had gedaan op het beroep in de hoofdzaak. De president van het Gerecht deed dat laatste al enkele dagen later, bij voorlopige beschikking, en wel zonder de Commissie (of de klager, die zich inmiddels gemeld had), te horen.¹⁵ In de daaropvolgende ‘echte’ behandeling van het verzoek om opschorting overwoog de president van het Gerecht het volgende ten aanzien van de ‘ernstige twijfel’-maatstaf die voor een schorsingsverzoek geldt:

‘[Dat] moet worden onderzocht of verzoekster heeft kunnen aantonen dat er ernstige twijfel bestaat aan de juistheid van de juridische analyse die ten grondslag ligt aan de in de bestreden beschikking getrokken aanvankelijke conclusie dat [sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht], en dat daarom voorlopige

6. HvJ EG 17 januari 1980, zaak 792/79 R, ECLI:EU:C:1980:18 (*Camera Care*).

7. *Camera Care*, r.o. 18.

8. Beschikking Commissie 16 november 1983, zaak IV/30.696 (*Ford Werke AG*); Beschikking Commissie 29 juli 1983, zaak IV/30.698 (*ECS/AKZO*); Beschikking Commissie 29 juli 1987, zaak IV/32.279 (*BBI/Boosey & Hawkes*); Beschikking Commissie 4 december 1991, zaak IV/33.157 (*Ecosysteem/Peugeot*); Beschikking Commissie 23 december 1992, zaak IV/34.072 (*Mars/Langnese-Iglo en Schoeller Lebensmitte*); Beschikking Commissie 11 juni 1992, zaak IV/34.174 (*Sealink/B&I*); Beschikking Commissie 16 mei 1995, zaak IV/35.388 (*Irish Continental Group/CCI Morlaix*) en Beschikking Commissie 3 juli 2001, zaak COMP D3/38.044 (*NDC Health/IMS Health*).

9. M.G. Wezenbeek-Geuke, ‘IMS Health; misbruik van machtspositie en intellectuele-eigendomsrechten’, *NtEr* 2001/12, p. 337.

10. Preambule 11 en art. 8 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003.

11. A.J. Burnside en A. Kidane, ‘Interim Measures: An overview of EU and national case law’, *Concurrences* 7 juni 2018, nr. 86718, p. 3.

12. Dat laat onverlet dat een klager de Europese Commissie informeel kan verzoeken een voorlopige maatregel te overwegen. Zie ook vraag 6 van Formulier C (als bijlage bij Verordening (EG) nr. 773/2004): ‘Gelieve uiteen te zetten welke vaststelling of maatregel u als resultaat van het door de Commissie gegeven gevolg voor ogen staat.’

13. Art. 160 e.v. Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie.

14. Beschikking Commissie 3 juli 2001, zaak COMP D3/38.044 (*NDC Health/IMS Health*).

15. Kortom, een voorlopige schorsing van een voorlopige maatregel; Wezenbeek-Geuke 2001, p. 338. De president van het Gerecht overwoog dat ‘gelet op de mogelijkerwijs zeer ernstige economische consequenties (...) een voorlopige opschorting van de uitvoering van de bestreden beschikking in dit stadium door de vereisten van een goede rechtsbedeling gerechtvaardigd [is]’. Beschikking president Gerecht 10 augustus 2001, zaak T-184/01, ECLI:EU:T:2001:200 (*IMS Health Inc./Commissie van de Europese Gemeenschappen*), r.o. 27.

maatregelen moeten worden genomen om de mededinging op die markt te herstellen.¹⁶

De president van het Gerecht nam vervolgens de definitieve beschikking dat de voorlopige maatregel van de Commissie inderdaad moest worden opgeschort hangende het beroep. De president van het Hof van Justitie wees het hoger beroep van de klager tegen deze beschikking af op 11 april 2002.¹⁷ Uiteindelijk heeft de Commissie het besluit waarin zij de voorlopige maatregel gelastte, zelf ingetrokken.¹⁸

In de literatuur is wel gesuggereerd dat dit debacle (mede) heeft geleid tot terughoudendheid bij de Commissie ten aanzien van het opleggen van voorlopige voorzieningen in andere zaken.¹⁹ Of dit nu medeoorzaak is of niet, feit is dat het vervolgens ruim achttien jaar duurde voordat de Commissie het weer aandurfde het instrument van de voorlopige maatregel af te stoffen.

Voordat we dit recente voorbeeld bespreken een korte opmerking over de mogelijke civielrechtelijke consequenties van een beschikking van de Commissie waarin voorlopige maatregelen worden opgelegd. Gegeven de opmars van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is het wachten op de eerste actie waarbij een marktpartij schadevergoeding vordert met in de hand een beschikking houdende voorlopige maatregelen. De aangezochte nationale civiele rechter zal, evenals bij 'reguliere' beschikkingen, geen 'beslissingen [kunnen] nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking'.²⁰ Ons is geen precedent bekend van een dergelijke *follow-on* actie na een voorlopige maatregel. Dat zal samenhangen met het magere aantal precedents, en ook met het feit dat deze precedents allemaal relatief oud zijn. Het is de vraag of – indien de Commissie daadwerkelijk conform het voornemen van Eurocommissaris Vestager de voorlopige voorziening in ere herstelt – we dit soort *follow-on* acties ook gaan zien. Evidente moeilijkheid daarbij is natuurlijk dat de Commissie in de beschikking waarin de voorlopige maatregel wordt opgelegd slechts bepaalt dat op het eerste gezicht sprake is van een inbreuk. Die beschikking zal als zodanig geen bindende grondslag voor toekenning van schadevergoeding opleveren omdat er geen inbreuk wordt vastgesteld. In een civielrechtelijke procedure zal de bewijsrechtelijke waarde van een voorlopige maatregel vooral afhangen van de formule-

ring en motivering. De civiele rechter kan volgens ons na een eigen afweging dan ook tot een andersluidend oordeel komen, namelijk dat er onvoldoende gesteld is om een inbreuk op het mededingingsrecht vast te stellen. Dit heeft enige parallellen met de vraag naar de gebondenheid van de nationale civiele rechter aan een toezeggingsbesluit op grond van artikel 9 Verordening (EG) nr. 1/2003.²¹

In juni 2019 kondigde de Commissie aan een onderzoek te starten naar Broadcom. Tegelijkertijd bracht zij Punten van Bezwaar uit waarin zij aankondigde voorlopige maatregelen te willen treffen. Dat laatste deed de Commissie op 16 oktober 2019. Broadcom is de wereldmarktleider op het gebied van systems-on-a-chip voor televisies, modems en routers. De Commissie constateert dat Broadcom over een machtspositie lijkt te beschikken op drie verschillende markten voor systems-on-a-chip van (1) tv set-topboxen, (2) fibre modems en (3) xDSL modems. Op deze markten maakt Broadcom volgens de Commissie op het eerste gezicht inbreuk op het verbod van misbruik van een economische machtspositie door exclusiviteitsverplichtingen op te leggen aan klanten. Broadcom moet het gebruik van deze clausules binnen dertig dagen na de datum van het besluit staken en haar klanten daarover informeren. Deze voorlopige maatregel is ten hoogste drie jaar van kracht of, als dat eerder is, tot het eind van het onderzoek van de Commissie.²² De Commissie stelt in haar persbericht dat de voorlopige maatregel noodzakelijk is omdat aanbestedingen worden georganiseerd die betrekking hebben op de Wifi 6-standaard voor modems en TV set-top boxes. Kennelijk is de angst van de Commissie dat concurrenten van Broadcom door de exclusiviteitsclausules niet kunnen meedingen, wat zou kunnen leiden tot 'serious and irreparable harm to competition in the form of exit or marginalisation of Broadcom's competitors'.²³ Broadcom heeft beroep ingesteld tegen de voorlopige maatregel.²⁴ Ondertussen overweegt de Europese Com-

16. Beschikking president Gerecht 26 oktober 2001, zaak T-184/01, ECLI:EU:T:2001:259 (*IMS Health Inc./Commissie van de Europese Gemeenschappen*), r.o. 75.

17. Beschikking president HvJ EG 11 april 2002, zaak C-481/01, ECLI:EU:C:2002:223 (*NDC Health GmbH & Co. KG en NDC Health Corporation/Commissie van de Europese Gemeenschappen en IMS Health Inc.*), r.o. 92.

18. Dit was kennelijk ingegeven door ontwikkelingen in de parallelle Duitse procedure; Beschikking Commissie 13 augustus 2003, zaak COMP D3/38.044 (*NDC Health/IMS Health*), randnr. 10.

19. T. Raats, 'Tweede kans voor voorlopige maatregelen in het mededingingsrecht?', *JUTD* 2020/1, p. 2.

20. Vgl. art. 16 Verordening (EG) nr. 1/2003, dat niet beperkt lijkt tot een boetebeschikking, maar in tegendeel ook van toepassing lijkt te zijn op zogenoemde art. 8-beschikkingen (oftewel een beschikking houdende een voorlopige maatregel).

21. In een toezeggingsbesluit kan de Commissie zich beperken tot een voorlopige beoordeling zonder een inbreuk vast te stellen. De nationale rechter mag weliswaar niet ingaan tegen die beschikking als zodanig, maar dit laat onverlet dat hij kan concluderen dat sprake is van een inbreuk, waar de Commissie dat nu juist in het midden liet in het toezeggingsbesluit. Dit gebeurde in de Gasorba-zaak waar het Hof van Justitie bevestigde dat een toezeggingsbesluit van de Commissie niet in de weg staat aan een nieuwe mededingingsrechtelijke toetsing van dezelfde gedragingen door nationale rechters of mededingingsautoriteiten. De toevoeging van het Hof van Justitie dat 'nationale rechterlijke instanties rekening dienen te houden met de voorlopige beoordeling van de Commissie en die te beschouwen als een aanwijzing, of zelfs als het begin van bewijs, van de mededingingsverstoringe aard van de betrokken overeenkomst, getoetst aan artikel 101, lid 1, VWEU' maakt een oordeel dat er geen inbreuk is best een uitdaging. HvJ EU 23 november 2017, zaak C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891 (*Gasorba/Repsol*), r.o. 30. Zie ook: B. Nijhof, 'Gasorba: "stating the obvious" over parallelle handhaving', *NTEr* 2018/1-2, p. 9.

22. Europese Commissie, 'Antitrust: Commission imposes interim measures on Broadcom in TV and modem chipset markets', 16 oktober 2019, p. 2.

23. Europese Commissie, 'Antitrust: Commission imposes interim measures on Broadcom in TV and modem chipset markets', 16 oktober 2019, p. 2.

24. Gerecht, zaak T-876/19 (*Broadcom*).

missie of zij vrijwillige toezeggingen van Broadcom zal accepteren.²⁵

De bevoegdheden van de ACM

De Autoriteit Consument & Markt (ACM) heeft meer bevoegdheden dan het opleggen van een boete. Haar instrumentarium is echter door de jaren heen gewijzigd. Voor het gemak gaan wij hieronder uit van drie ‘fases’: (1) de voorlopige last onder dwangsom uit artikel 83 (oud) Mededingingswet (Mw); (2) daarna, het huidige instrumentarium van de ACM waaronder de bestuursrechtelijke last onder dwangsom; en (3) het nieuwe artikel 58b Mw ter omzetting van Richtlijn (EU) 2019/1. Tot slot bespreken wij de tot dusver onopgehelderde vraag of de ACM rechtstreeks op grond van Verordening (EG) nr. 1/2003 een voorlopige maatregel kan opleggen.

De voorlopige last onder dwangsom uit artikel 83 (oud) Mw

De ACM had vroeger de bevoegdheid een ‘voorlopige last onder dwangsom’ op te leggen indien het

‘naar zijn voorlopig oordeel aannemelijk is dat artikel 6, eerste lid, of artikel 24, eerste lid, is overtreden, en onverwijlde spoed, gelet op de belangen van de door de overtreding getroffen ondernemingen of het belang van instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, dat vereist’.²⁶

De ACM heeft in haar NMa-verleden inderdaad gebruikgemaakt van deze bevoegdheid.²⁷ Zij heeft echter ook verzoeken afgewezen omdat klagers niet *prima facie* aannemelijk maakten dat sprake was van een inbreuk.²⁸ Daarnaast heeft de NMa ook verzoeken afgewezen omdat geen sprake was van onverwijlde spoed.²⁹ De bevoegdheid tot het opleggen van een voorlopige last is echter per 1 augustus 2014 vervallen. De reden daarvoor is dat bij (dezelfde) wetswijziging van de Mw de

verplichting tot het opstellen van een rapport voorafgaand aan het opleggen van een gewone last onder dwangsom verviel. De verwachting van de wetgever was dat er daardoor minder behoefte zou bestaan aan de figuur van de voorlopige last onder dwangsom naast de gewone last onder dwangsom.³⁰ Dat is op zich wel begrijpelijk, zij het dat de toepassingsvoorwaarden voor het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom verschillen van een gewone last onder dwangsom. Voordat de ACM een gewone last onder dwangsom kan opleggen is namelijk vereist dat zij een overtreding heeft vastgesteld of dat een overtreding klaarblijkelijk dreigt. Voor de voorlopige last onder dwangsom was de bewijsstandaard lager: de overtreding hoefde slechts ‘naar het voorlopig oordeel van de ACM aannemelijk te zijn’.

Het huidige instrumentarium van de ACM

De ACM kan thans bij de handhaving van de mededingingsregels uit een breed scala aan instrumenten kiezen, zoals het opleggen van een boete, een last onder dwangsom of een bindende aanwijzing.³¹ Grof gezegd dient daarbinnen een tweedeling te worden gemaakt tussen instrumenten die *preventief* kunnen worden aangewend (bijvoorbeeld bij een dreigende inbreuk) en instrumenten die pas kunnen worden ingezet als een inbreuk reeds is aangevangen.

- *Preventieve handhaving bij een dreigende mededingingsinbreuk*

Een boete is een bestraffende sanctie die pas mag worden opgelegd als een overtreding heeft plaatsgevonden. Een preventieve boete is dus niet mogelijk. Voor het preventief opleggen van een bindende aanwijzing bestaat ook geen wettelijke grondslag.³² Een last onder dwangsom kan wél preventief worden opgelegd, namelijk zodra het gevaar voor een overtreding klaarblijkelijk dreigt.³³ De toets van ‘klaarblijkelijke dreiging’ wordt in de rechtspraak zo uitgelegd dat er een gevaar moet zijn van een overtreding die met een zekerheid

25. Zie de door Broadcom voorgestelde toezeggingen in de zaak AT.40608, *Broadcom*, die op 27 april 2020 zijn bekendgemaakt.

26. Art. 83 Mw (oud).

27. Besluit NMa 22 januari 1998, zaak 1 (*Telegraaf/NOS e.a.*); Besluit NMa 11 augustus 1998, zaak 803, (*Edipress/Audax*); Besluit NMa 11 augustus 2003, zaak 3125-125 (*NHA/Waldeck*). Zie nader P.J.M. Koning, ‘Voorlopige last onder dwangsom: nieuw bestuurlijk snelrecht?’, *M&M* 2000/3, p. 118-119 en M.J.J.M. Essers, ‘De voorlopige maatregel van artikel 83 Mw: Voorkomen is beter dan genezen’, *M&M* 1998/4, p. 129-133.

28. Besluit NMa 12 oktober 1998, zaak 490 (*Bookbridge/PTT Post*); Besluit NMa 7 augustus 1998, zaak 758 (*Chilly/G-Star*). Zie ook Rb. Rotterdam 26 november 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AR2137.

29. Bij onverwijlde spoed gaat het volgens de NMa om ‘dermate ingrijpende onomkeerbare gevolgen voor de onderneming(en) jegens wie de (gestelde) overtreding wordt begaan, dat een onderzoek als bedoeld in artikel 59 Mededingingswet niet kan worden afgewacht. Dit doet zich met name voor wanneer de existentie van de klagende onderneming in het geding is’. (Besluit NMa 27 februari 1998, zaak 89 (*NWI /PCM en de Telegraaf*), par. 3.2.). Zie ook Besluit NMa 16 januari 1998, zaak 1 (*Holdingsmaatschappij de Telegraaf/de NOS en HMG*); Besluit NMa 8 april 1998, zaak 134 (*Polectro Plaza B.V./Bang & Olufsen*).

30. *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, nr. 3, p. 60.

31. Een last onder bestuursdwang wegens een (dreigende) inbreuk op de mededingingsregels is niet mogelijk.

32. Omdat een zelfstandige last geen bestuurlijke sanctie is (zie art. 5:2 Awb), biedt art. 5:7 Awb geen grondslag voor het preventief opleggen van een bindende aanwijzing. Wij wijzen verder op het onderscheid tussen een ‘bindende aanwijzing’ en een ‘bindende gedragslijn’. De ACM kan in het kader van het toezicht op de mededingingsregels enkel een bindende aanwijzing opleggen, dat wil zeggen een zelfstandige last die wegens een overtreding wordt opgelegd (art. 12j Instellingswet ACM). In het kader van haar consumentenbeschermingstaak kan de ACM ook een bindende gedragslijn opleggen, dat wil zeggen een zelfstandige last die niet wegens een overtreding wordt opgelegd (art. 2.8. Wet handhaving consumentenbescherming (Whc)).

33. Art. 5:7 Awb.

grenzende waarschijnlijkheid zal plaatsvinden.³⁴ De last zal de te nemen herstelmaatregelen moeten omschrijven, de begunstigingstermijn en de (maximale) dwangsom.³⁵ Daarnaast mag de last niet verder gaan dan noodzakelijk is en geldt deze voor maximaal twee jaren.³⁶ Aan een last onder dwangsom kunnen ook voorschriften worden verbonden inzake het verstrekken van gegevens aan de ACM.³⁷ Zo kan de ACM controleren of aan de last wordt voldaan. Is een last onder dwangsom daadwerkelijk sneller dan andere instrumenten? Op het eerste gezicht lijkt dat wel zo, aangezien de ACM geen boeterapport hoeft op te stellen voordat zij een last oplegt. De last onder dwangsom zou in de Nederlandse rechtsorde dus in beginsel dezelfde rol kunnen vervullen als de ‘voorlopige maatregel’ die de Europese Commissie kan opleggen.³⁸ Omdat de ACM een last wel zorgvuldig moet voorbereiden, laat zij het definitieve besluit in de regel echter voorafgaan door een conceptbesluit.³⁹ Tegen een conceptbesluit staat geen bezwaar en beroep open, maar de geadresseerde heeft wel het recht zijn zienswijze naar voren te brengen.⁴⁰ Dat kost tijd. Overigens kan de ACM ook tijd ‘winnen’ met een goed gemotiveerd conceptbesluit. Als het voor de onderneming namelijk al duidelijk was dat een last onder dwangsom zou volgen – bijvoorbeeld op grond van een waarschuwing of het conceptbesluit – dan kan de begunstigingstermijn in het definitieve besluit worden verkort.⁴¹

• *Handhaving bij een bestaande inbreuk*

Vaak zal de ACM niet preventief willen ingrijpen maar juist tegen een bestaande (voortdurende) inbreuk willen optreden. In dat geval kan zij kiezen tussen het opleggen

van een boete, een last onder dwangsom of een bindende aanwijzing.⁴² Bij een boete moet de ACM voorafgaand aan het boetebesluit een rapport of proces-verbaal opstellen.⁴³ Voor snel ingrijpen kan het opleggen van een last onder dwangsom (zie hiervoor) of een bindende aanwijzing daarom een beter alternatief zijn.⁴⁴

Bij het opleggen van een last onder dwangsom bij een voortdurende overtreding geldt logischerwijs de eis van een ‘klaarblijvende dreiging’ niet: de ACM zal de overtreding moeten vaststellen en bewijzen. Qua procedure is er geen verschil met de hierboven beschreven preventieve last. Wel merken wij op dat de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom – net als bij een bestuurlijke boete – vervalt vijf jaar nadat de mededingingsovertreding heeft plaatsgevonden.⁴⁵ Opvallend is dat er op dit moment geen mogelijkheid is voor de ACM om deze vervaltermijn te stuiten.⁴⁶ Het Nederlandse wetsvoorstel ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1 herstelt dit en zorgt ervoor dat het stuitingsregime voor een last onder dwangsom wordt gelijkgetrokken met het stuitingsregime voor bestuurlijke boetes.⁴⁷ Naast een last onder dwangsom kan de ACM ook een bindende aanwijzing opleggen. Een bindende aanwijzing is een zelfstandige last waarmee de onderneming wordt aangewezen tot het verrichten van bepaalde handelingen, zoals het aanpassen van een overeenkomst of het staken van concurrentieverstorend marktgedrag.⁴⁸ In andere domeinen dan het mededingingsrecht maakt de ACM regelmatig gebruik van dit handhavingsinstrument.⁴⁹ Hoewel een bindende aanwijzing zelf géén bestuurlijke sanctie is, kan de ACM

34. Als een last strekt ter voorkoming van een herhaling van een eerdere overtreding, geldt de eis van ‘klaarblijkelijke dreiging’ overigens niet. Zie over het verschil tussen beide vormen van preventieve handhaving: A.P. Altena, ‘Preventieve handhaving: de preventieve herstelsanctie en de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling’, *Gst.* 2018/121. Bij een last die strekt tot voorkoming van een herhaling, is vereist dat de omstandigheden ten tijde van het opleggen van de last op één lijn kunnen worden gesteld met de omstandigheden ten tijde van de eerdere overtreding (CBB 10 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:662, r.o. 5.2).
35. Art. 5:24 e.v. Awb. De omschrijving van de te nemen maatregelen moet zo nauwkeurig zijn dat de onderneming niet in het duister behoeft te tasten over wat zij moet doen om de overtreding te beëindigen (ABRvS 20 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1316, r.o. 4.1).
36. Art. 12r lid 2 Instellingswet ACM.
37. Art. 12r lid 1 Instellingswet ACM.
38. Het Unierechtelijke vereiste voor voorlopige maatregelen van ‘ernstige en onherstelbare schade aan de mededinging’ wordt in de Awb overigens niet gesteld.
39. De *verplichting* om de dwangsombeschikking ter inzage te leggen is echter verdwenen (art. 65 Mw (oud)). Als de ACM nalaat een conceptbesluit te sturen, zal dat hoorgebrek in de bezwaar- of beroepsprocedure niet zelden met toepassing van art. 6:22 Awb gepasseerd worden als de betrokkene op een later moment voldoende in de gelegenheid is gesteld zijn standpunten naar voren te brengen. Tegen het definitieve besluit staat uiteraard wel bezwaar en beroep open. Ook kan de geadresseerde de voorzieningenrechter verzoeken een voorlopige voorziening te treffen, bijvoorbeeld om de last te schorsen of de begunstigingstermijn te verlengen. Derden-belanghebbenden, zoals klagers, kunnen ook een voorlopige voorziening vragen, bijvoorbeeld om de begunstigingstermijn juist te verkorten.
40. Art. 4:8 Awb.
41. ABRvS 9 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7166, r.o. 2.5.2.

42. Zie art. 56 Mw en art. 12j Instellingswet ACM.
43. Art. 5:53 Awb.
44. Zie uitgebreid O.J.D.M.L. Jansen, ‘De zelfstandige last en de bindende aanwijzing’, in: D.R. Doorenbos e.a. (red.), *Onderneming en sanctierecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 173-189. De moeilijke vraag of cumulatie van een boete en (de inning van) een last onder dwangsom altijd mogelijk is, bespreken wij in dit artikel niet. Zie B. van der Vorm, ‘Mistvattingen over de last onder dwangsom’, *TSO* 2019/1, p. 14-25.
45. Art. 12r lid 3 Instellingswet ACM.
46. Dat de algemene bestuursrechtelijke regeling van stuiting van de verjaring in art. 4:15 Awb e.v. zou gelden, zoals sommige auteurs veronderstellen, is onjuist. Dat artikel ziet op de stuiting van de beslistermijn van een beschikking, niet op de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie. Zie anders T.R. Heidema, *Tekst & Commentaar Mededingingswet*, commentaar op art. 56 Mw, 11 onder k: ‘(...) In art. 12r lid 3 Instellingswet ACM is bepaald dat deze vervaltermijn vijf jaar is, en daarbij is de stuitingsregeling bezwaar en beroep van art. 5:45 lid 3 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard. Ook geldt de algemene bestuursrechtelijke regeling van stuiting van de verjaring in de art. 4:15 Awb e.v.’
47. Zie conceptwetsvoorstel implementatie Richtlijn (EU) 2019/1, voorgesteld art. 64 lid 6: ‘Het eerste tot en met vierde lid zijn van overeenkomstige toepassing op de vervaltermijn, bedoeld in artikel 12r, derde lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt.’
48. Art. 1 Instellingswet ACM in samenhang gezien met art. 5:2 lid 2 Awb. De bindende aanwijzing kan de geadresseerde ook verplichten de ACM te informeren over de wijze waarop is voldaan aan de bindende aanwijzing (Besluit ACM 9 januari 2015, zaak 13.0843.40 (*Stadsbank van Lening van de Gemeente Amsterdam*), punt 57).
49. Zie bijvoorbeeld Besluit ACM 9 januari 2015, zaak 13.0843.40 (*Stadsbank van Lening van de Gemeente Amsterdam*); ACM, ‘Uitspraak CBB over bindende aanwijzing Liander inzake veiligheid’, 21 november 2014; ACM, ‘Uitspraak CBB over opgelegde bindende aanwijzing inzake de enkelvoudige storingsreserve TenneT’, 20 maart 2014.

bij een overtreding van een zelfstandige last wél een boete of een last onder dwangsom opleggen.⁵⁰ Een opzettelijke overtreding van een bindende aanwijzing is ook een strafrechtelijk vergrijp.⁵¹ Bij het opstellen van een bindende aanwijzing zullen als uitgangspunt dezelfde stappen genomen worden als bij een last onder dwangsom (dus inclusief het vooraf sturen van een conceptbesluit).⁵² Hoewel er geen wettelijke vervaltermijn is voor het opleggen van een bindende aanwijzing, kunnen wij ons voorstellen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, de ACM kunnen beperken in het opleggen van een bindende aanwijzing voor een overtreding die ver in het verleden heeft plaatsgevonden.

De ‘gewone’ last onder dwangsom en de bindende aanwijzing zijn in mededingingszaken niet populair gebleken. De ACM heeft, voor zover bij ons bekend, nog nooit een bindende aanwijzing opgelegd wegens een mededingingsinbreuk. Hoewel enkele ‘gewone’ lasten onder dwangsom zijn opgelegd, dateren de twee meest recent gepubliceerde primaire besluiten van 14 juli 2010 (*Wegener*) en 24 augustus 2011 (*Vestigingsadviezen LHV*).^{53,54} In *Wegener* stelde de ACM zich op het standpunt dat *Wegener* een voorschrift in een concentratiebesluit had overtreden. De last was erop gericht deze overtreding ongedaan te maken. Uit de uitspraak in de beroepsprocedure is op te maken dat de ACM bereid was de last vrijwillig op te schorten totdat de rechtbank uitspraak deed in de beroepsprocedure.⁵⁵ In *Vestigingsadviezen LHV* legde de ACM een last onder dwangsom op aan de Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV). Deze last had de strekking dat LHV aanbevelingen over het vestigingsbeleid van huisartsen binnen zes weken van haar website moest verwijderen.⁵⁶ Aan die last werd tijdig voldaan. Waarom de ACM nadien geen lasten onder dwangsom meer heeft opgelegd in mededingingszaken (behalve in Wmo-zaken), is ons niet duidelijk.

De nieuwe bevoegdheden van de ACM als gevolg van Richtlijn (EU) 2019/1

Wellicht zal de ACM eerder geneigd zijn een voorlopige last op te leggen nu op 11 december 2018 Richtlijn (EU) 2019/1 (hierna: ‘de Richtlijn’) is vastgesteld. De

Richtlijn harmoniseert enkele minimumbevoegdheden van nationale mededingingsautoriteiten, waaronder op het gebied van voorlopige maatregelen. Zo moeten nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid krijgen

‘op eigen initiatief bij besluit de oplegging van voorlopige maatregelen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen te gelasten, ten minste in dringende gevallen waarin, volgens een eerste onderzoek dat op een inbreuk op artikel 101 of artikel 102 VWEU wijst, de mededinging op ernstige en onherstelbare wijze dreigt te worden geschaad.’

Deze voorlopige maatregelen moeten evenredig en tijdelijk zijn en in een ‘versnelde beroepsprocedure’ getoetst kunnen worden.⁵⁷ Nationale mededingingsautoriteiten moeten het European Competition Network bovendien informeren als zij een voorlopige maatregel opleggen.⁵⁸ In een zogenoemde ‘verklaring’ bij de Richtlijn zegt de Commissie toe dat zij binnen twee jaar na de datum van de omzetting van de Richtlijn ‘zal analyseren of het treffen van voorlopige maatregelen binnen het European Competition Network kan worden vereenvoudigd’. De Richtlijn moet uiterlijk 4 februari 2021 omgezet zijn in nationaal recht. In het Nederlandse wetsvoorstel dat ter internetconsultatie is gelegd wordt het relevante artikel uit de Richtlijn dat ziet op ‘voorlopige maatregelen’ vrijwel letterlijk geïmplementeerd in een nieuw artikel 58b Mw.⁵⁹ De ACM zal daarmee de mogelijkheid krijgen ‘een zelfstandige last in de vorm van een voorlopige maatregel als bedoeld in artikel 11, eerste lid, van richtlijn (EU) 2019/1’ op te leggen. Deze zelfstandige last is van toepassing: ‘a. gedurende een bepaalde tijdspanne die kan worden verlengd voor zover dat noodzakelijk en passend is; of b. tot het moment dat bij besluit is vastgesteld of er een overtreding is van artikel 6, eerste lid of 24, eerste lid [Mw]’. Waarom niet gekozen is voor de herintroductie van de in 2014 uit de Mw geschrapte ‘voorlopige last onder dwangsom’, maakt de conceptmemorie van toelichting bij het wetsvoorstel niet duidelijk. Het wetsvoorstel schrijft dat een ‘versnelde beroepsprocedure’ reeds bestaat in het Nederlands bestuursprocesrecht, waarbij ook wordt gewezen op de mogelijkheid een voorlopige voorziening te verzoeken. Dat lijkt ons juist.⁶⁰

50. Art. 12m lid 1 onder b Instellingswet ACM. Zie voor last onder dwangsom: Besluit ACM 15 maart 2019, zaak ACM/18/034520 (*André De Moor Holding B.V.*).

51. Art. 184 Wetboek van Strafrecht (Sr).

52. De ACM kan geen zelfstandige last opleggen zonder dat sprake is van een overtreding. Deze bevoegdheid, die ook wel het opleggen van een ‘bindende gedragslijn’ wordt genoemd, heeft de ACM wel op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming.

53. Rb. Rotterdam 22 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX8425; Rb. 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA9164. Soms heeft de ACM wel overwogen een last op te leggen, maar heeft zij daarvan afgezien. Zie Besluit NMa 26 augustus 1999, zaak 650 (*Hydro Energy B.V./Sep*), randnr. 139 e.v.

54. Rb. Rotterdam 27 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8528; Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352.

55. Rb. Rotterdam 27 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8528, r.o. 21.

56. Besluit ACM 3 februari 2014, 6888_1/510 (*Vestigingsadviezen LHV*), randnr. 323.

57. Art. 11 lid 2 Richtlijn (EU) 2019/1.

58. Art. 88gg lid 2 Richtlijn (EU) 2019/1.

59. Art. 58b lid 1 Mw (voorstel): ‘In dringende gevallen waarin volgens een eerste onderzoek dat op een overtreding van artikel 6, eerste lid of 24, eerste lid wijst, de mededinging op ernstige en onherstelbare wijze dreigt te worden geschaad, kan de Autoriteit Consument en Markt aan een onderneming of ondernemersvereniging een zelfstandige last in de vorm van een voorlopige maatregel als bedoeld in artikel 11, eerste lid, van richtlijn (EU) 2019/1, opleggen. 2. De zelfstandige last is evenredig en van toepassing: a. gedurende een bepaalde tijdspanne die kan worden verlengd voor zover dat noodzakelijk en passend is; of b. tot het moment dat bij besluit is vastgesteld of er een overtreding is van artikel 6, eerste lid of 24, eerste lid.’

60. Art. 8:52 Awb.

Een onopgehelderde vraag: is de ACM op grond van artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 bevoegd een ‘voorlopige maatregel’ op te leggen?

Uit het voorgaande blijkt dat de ACM vergaande bevoegdheden heeft en krijgt op grond van de Instellingswet ACM, de Mededingingswet en de Algemene wet bestuursrecht. Artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 bepaalt echter dat de mededingingsautoriteiten van lidstaten bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht ‘voorlopige maatregelen’ kunnen opleggen.⁶¹ Mogen we op grond van deze bepaling aannemen dat de ACM – net zoals de Europese Commissie – een aanvullend (Europees) handhavingsinstrument heeft waarmee zij een voorlopige maatregel kan opleggen? Dit is een vraag die in de rechtspraak nog niet is beantwoord. Op grond van het Nederlandse recht bestaat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie slechts voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend.⁶² De vraag is of artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 voldoende wettelijke grondslag biedt om een voorlopige maatregel op te leggen of dat het noodzakelijk is dat deze (institutionele) bevoegdheid uiteindelijk te herleiden is tot een nationale wet in formele zin. Aan vergelijkbare problematiek is in de niet-mededingingsrechtelijke literatuur en rechtspraak aandacht besteed.⁶³ Uit de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) kan volgens Van den Brink en Den Ouden worden afgeleid dat het niet noodzakelijk is dat de bevoegdheid uit de Europese verordening in nationale regelgeving verder is uitgewerkt; voldoende is dat duidelijk is *mie* de bevoegde autoriteit is.⁶⁴ In geval van artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 bestaat geen onduidelijkheid over het Nederlandse bestuursorgaan dat is aangewezen als de

mededingingsautoriteit. Dat is de ACM.⁶⁵ De vraag is dan wat de voorwaarden zijn waaronder de ACM een ‘voorlopige maatregel’ kan opleggen. Volgens ons zijn er vier manieren om de bevoegdheid van de ACM op grond van artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 te duiden. De eerste is dat de ACM – naar analogie met de bevoegdheid van de Europese Commissie op grond van artikel 8 van Verordening (EG) nr. 1/2003 – de Unierechtelijke bevoegdheid heeft op basis van *prima facie* bewijs een voorlopige maatregel te treffen. Dat standpunt lijkt ons niet goed verdedigbaar, onder meer omdat artikel 5, in tegenstelling tot artikel 8, deze lagere bewijsstandaard niet expliciteert. De tweede opvatting is dat de term ‘voorlopige maatregel’ uit artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 in het Nederlands recht is uitgewerkt in de bevoegdheid voor de ACM een last onder dwangsom op te leggen. Met deze uitleg strookt dat een last onder dwangsom naar Nederlands recht inderdaad ‘voorlopig’ is; er geldt immers een maximumtermijn van twee jaar (art. 12r lid 2 Instellingswet ACM). Tegen deze opvatting pleit dat artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 juist onderscheid maakt tussen enerzijds de bevoegdheid van een nationale Mededingingsautoriteit om een ‘voorlopige maatregel’ op te leggen en anderzijds de bevoegdheid een ‘last onder dwangsom’ op te leggen. Een voorlopige maatregel is volgens Verordening (EG) nr. 1/2003 dus niet hetzelfde als een last onder dwangsom. Een derde opvatting is dat een ‘voorlopige maatregel’ in de zin van artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 een autonoom Unierechtelijk begrip is dat op het grondgebied van de Unie een uniforme uitlegging moet krijgen.⁶⁶ De ACM zou dan bevoegd zijn een dergelijke maatregel op te leggen, maar de toepassingsvoorwaarden daarvan zouden uitgewerkt moeten worden in de Unierechtspraak. Mogelijk raakt het Hof van Justitie daarbij geïnspireerd door de minimumeisen die in de nieuwe Richtlijn (EU) 2019/1 worden gesteld aan de bevoegdheden van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten tot het opleggen van een voorlopige maatregel. Een vierde opvatting is dat het legaliteitsbeginsel eist dat op te leggen administratieve maatregelen – zoals een voorlopige maatregel – onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk zijn, zodat zij zich lenen voor rechtstreekse toepassing door het nationaal uitvoeringsorgaan. Betoogd kan worden dat artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 niet voldoende duidelijk maakt wat wordt bedoeld met de term ‘voorlopige maatregel’, zodat de desbetreffende bepaling zich niet leent voor rechtstreekse toepassing door de ACM (dan wel dat de uitoefening van deze bevoegdheid in strijd is met het legaliteitsbeginsel). Wij

61. Art. 5 Verordening (EG) nr. 1/2003: ‘De mededingingsautoriteiten van de lidstaten zijn in individuele gevallen bevoegd tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Zij kunnen te dien einde, ambtshalve of naar aanleiding van een klacht, de volgende besluiten nemen: (...) voorlopige maatregelen opleggen; (...)’. [cursivering toegevoegd].

62. Zie art. 5:4 lid 1 Awb.

63. Van den Brink noemt het geval waarin een Europese verordening een materiële bevoegdheidsgrondslag bevat, maar niet is geregeld welk specifiek Nederlands bestuursorgaan bevoegd is (bijvoorbeeld omdat in de verordening enkel wordt verwezen naar ‘de bevoegde autoriteiten’ of ‘de beheersautoriteit’) (zie ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2275, AB 2006/296, m.nt. Jacobs en Den Ouden). Volgens het Cbb kunnen Nederlandse bestuursorganen aan dergelijke Europese bepalingen geen bevoegdheid ontlenuen: Cbb (vzr.) 28 augustus 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF0847, AB 2008/344, m.nt. R. Ortlep; Cbb 7 januari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP0967, AB 2011/244, m.nt. R. Ortlep; Cbb 22 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP9337. Zie ook Cbb 20 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:439, AB 2017/186, m.nt. J.E. van den Brink. Vereist is dat in nationaal recht wordt geregeld welk Nederlands bestuursorgaan bevoegd is de in de Europese verordening neergelegde bevoegdheden uit te voeren.

64. HvJ EU 18 december 2014, zaak C-599/13, ECLI:EU:C:2014:2462, AB 2015/225, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden (*Somvao*). Zie overigens ook HvJ EU 3 mei 2011, zaak C-375/09, ECLI:EU:C:2011:270 (*Tele2 Polska*), r.o. 34: ‘*In casu is artikel 5 van de verordening volgens artikel 288 VWEU rechtstreeks toepasselijk in alle lidstaten, zodat het zich verzet tegen de toepassing van een regel van nationaal recht die voorschrijft dat een procedure betreffende de toepassing van artikel 102 VWEU dient te worden beëindigd met een besluit waarbij wordt vastgesteld dat dit artikel niet is geschonden.*’ [cursivering auteurs].

65. Op grond van art. 88 Mw is de ACM aangewezen als de nationale mededingingsautoriteit van Nederland in de zin van art. 35 Verordening (EG) nr. 1/2003.

66. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel eisen dat een bepaling van Unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, autonoom en uniform wordt uitgelegd. Vgl. HvJ EU 12 september 2019, zaak C-688/17, ECLI:EU:C:2019:722 (*Bayer Pharma AG*), r.o. 40 e.v.

menen dat deze laatste opvatting het meest overtuigend is. Kanttekening is wel dat de Italiaanse Mededingingsautoriteit in het verleden artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 rechtstreeks heeft toegepast en bij beschikking voorlopige maatregelen heeft opgelegd, hetgeen op dat moment krachtens Italiaans recht nog niet mogelijk was.⁶⁷ De ACM zou dat standpunt ook kunnen innemen. Het is dus, alles beziend, enigszins onduidelijk of de ACM op grond van artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 de bevoegdheid heeft een ‘voorlopige maatregel’ op te leggen.

Conclusie

Alles moet sneller en effectiever, zo ook het mededingingsrecht. De ACM krijgt er door de implementatie van de Richtlijn een extra instrument bij om snel en daadkrachtig op te treden. Los daarvan heeft de ACM het kabinet om de bevoegdheid verzocht *ex-antemaatregelen* op te leggen, zodat zij preventief kan ingrijpen bij online platforms zonder vaststelling van een overtreding.⁶⁸ De Commissie is ook daarin geïnteresseerd.⁶⁹ Bij ons blijft echter de vraag bestaan of al deze nieuwe bevoegdheden wel echt noodzakelijk zijn. Is het niet logischer meer gebruik te maken van het bestaande instrumentarium en te zorgen voor snellere doorlooptijden van reguliere zaken? Zou een bindende aanwijzing bijvoorbeeld geen effectief middel kunnen zijn om mededingingsverstoring gedrag van een onderneming te stoppen? De door autoriteiten gevoelde noodzaak snel in te grijpen is weliswaar begrijpelijk maar mag geen afbreuk doen aan de mogelijkheid voor een onderzochte onderneming om haar verdediging te voeren en daar voldoende tijd voor te krijgen. Daar hoort wat ons betreft ook bij dat een autoriteit sneller dan nu het geval is zijn kaarten op tafel legt en vertelt wat het vermoedelijke mededingingsprobleem is en zich niet tot laat in het onderzoek blijft bedienen van een zeer breed geformuleerde onderzoekschrijving. Dat geeft een onderneming ook beter de mogelijkheid vroeg in het proces feitelijke onduidelijkheden op te helderen en eventueel een voorstel te doen het mededingingsprobleem vrijwillig te verhelpen.

67. Conclusie A-G Mazák 7 december 2010, ECLI:EU:C:2010:743 voor HvJ EU 3 mei 2011, zaak C-375/09, ECLI:EU:C:2011:270 (*Tele2 Polska*), punt 58 met verwijzing naar de beschikking van de Autorità Garante Provvedimento nr. 14 078 (*Merck*) van 23 februari 2005. De A-G wijst er ook op dat de Belgische Raad voor de Mededinging in het verleden de bevoegdheid om toezeggingen te aanvaarden heeft afgeleid uit de rechtstreekse werking van art. 5 Verordening (EG) nr. 1/2003, hoewel daarin krachtens Belgisch recht niet was voorzien (met verwijzing naar C. Cook, ‘Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9’, *World Competition* 2006, nr. 2, voetnoot 14).

68. ACM, ‘Benelux memorandum over toezicht mededinging in digitale economie’, 10 oktober 2019.

69. Europese Commissie, Shaping Europe’s digital future, COM(2020) 67 final, 17 oktober 2020, p. 10: ‘The Commission will further explore, in the context of the Digital Services Act package, ex ante rules to ensure that markets characterised by large platforms with significant network effects acting as gate-keepers, remain fair and contestable for innovators, businesses, and new market entrants. (Q4 2020).’