

Mededingingsrecht

inclusief Instellingswet ACM en regelgeving investeringsstoetsing

TEKST & COMMENTAAR

De tekst van de Mededingingswet, Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en regelgeving investeringsstoetsing, voorzien van commentaar

Onder redactie van:

D.P. Kuipers

advocaat bij Bird & Bird (Netherlands) LLP te Den Haag

R. Wesseling

advocaat bij Stibbe N.V. te Amsterdam

hoogleraar economisch orderingsrecht Universiteit Amsterdam

Negende druk

 Wolters Kluwer

Deventer 2024

VOORWOORD BIJ DE NEGENDE DRUK

De serie Tekst & Commentaar verschijnt in een iets groter formaat dan voorheen, waardoor de boeken minder lijvig worden. Van de gelegenheid heeft de uitgever gebruik gemaakt om een nieuw, eigentijds omslag te laten ontwerpen. Voor de formules van Tekst & Commentaar hebben deze wijzigingen geen gevolgen.

In het Voorwoord bij de vorige druk merkten wij al op dat de titel Tekst & Commentaar Mededingingswet de lading van deze uitgave niet meer precies dekte. Ook de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt werd immers van commentaar voorzien en de uitgave bevatte bovendien andere wet- en regelgeving die in de mededingingsrechtelijke praktijk van belang zijn.

Met deze uitgave zetten we onder de titel Tekst & Commentaar Mededingingsrecht een volgende stap. Naast de traditionele mededingingsrechtelijke wetten bevat deze nieuwe uitgave de tekst van en commentaar op de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames (beter bekend als de “Wet Vifo”), de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie (Hoofdstuk 14a van de Telecommunicatiewet) en de artikelen 86f Elektriciteitswet en 66e Gaswet. Met deze uitbreiding beogen wij recht te doen aan het gegeven dat, zowel internationaal als in Nederland, veel mededingingsrechtjuristen over de afgelopen periode actief zijn geworden op het gebied van investeringstoetsing. Hoewel de praktijk rond investeringstoetsing in Nederland jong is, menen wij de in dat verband relevante wetgeving van commentaar te moeten voorzien. In deze uitgave is een deel van dat commentaar gebaseerd op de parlementaire geschiedenis van de relevante bepalingen. Tegelijkertijd bieden de auteurs daar waar mogelijk ook al inzicht in de praktijk van het Bureau Toetsing Investeringen en de (nog zeer beperkte) relevante rechtspraak. Wij zien uit naar de gestage uitbouw van het commentaar op wet- en regelgeving op het gebied van investeringstoetsingen.

Wij bedanken Monique van Oers voor haar rol als redacteur van eerdere uitgaven in deze reeks. Na het terugtreden van Monique is Pauline Kuipers toegetreten als redacteur.

Met de uitbreiding van de rechtsgebieden die deze uitgave beslaat is het aantal auteurs ook toegenomen. Wij verwelkomen de nieuwe auteurs en bedanken op deze plek graag alle auteurs die voor deze uitgave (opnieuw) bereid zijn geweest artikelen van commentaar te voorzien, te weten W.B. van Bockel, V.E.J. Dijkstra, R.M. Elemans, P.B. Gaasbeek, T.R. Heideman, J.I. Kohlen, J. de Kok, J. Mulder, S.B. Noë, A.A.J. Pliego Selie, H.B.M. Römkens, C.E. Schillemans, S.J. The, Y. de Vries en B.E.M. Wolffers. Tevens willen we J. Bootsma en E.G.A. Lambou bedanken voor hun jarenlange inzet als auteur. De bijdragen van de auteurs zijn geschreven op persoonlijke titel. De inhoud ervan kan op geen enkele wijze worden toegeschreven aan de organisaties waartoe zij behoren.

Tenslotte merken wij op dat wij het aantal niet-becommentarieerde bijlagen in deze bundel hebben beperkt tot de regelgeving die relevant is voor de dagelijkse praktijk van mededingingsjuristen.

Deze editie gaat wat betreft wetgeving, rechtspraak en vakliteratuur uit van de stand van zaken per 1 juni 2024. Een enkele ontwikkeling van daarna kon nog worden verwerkt. Tekst & Commentaar Mededingingsrecht is ook online beschikbaar via InView (voorheen: Navigator). Het commentaar wordt online elk half jaar geactualiseerd en de wetgeving wordt dagelijks bijgewerkt.

Vragen en opmerkingen over deze uitgave kunt u richten aan:
TekstCommentaar@wolterskluwer.com.

Den Haag/Amsterdam, oktober 2024
Pauline Kuipers & Rein Wesseling

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

(* met commentaar)

Mededingingswet*	1
Instellingswet Autoriteit Consument en Markt*	223
Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames*	293
Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie (Hoofdstuk 14a Telecommunicatiewet)*	393
Elektriciteitswet 1998 (art. 86f)*	439
Gaswet (art. 66e)*	445
Besluit ongewenste zeggenschap telecommunicatie*	451
Besluit toepassingsbereik sensitieve technologie*	455
Besluit veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames*	465
BIJLAGEN	477
Antitrust	479
<i>Algemeen</i>	481
Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag	481
Verordening (EG) Nr. 773/2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag	505
<i>Horizontale overeenkomsten</i>	517
Verordening (EU) 2023/1067 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten	517
Verordening (EU) 2023/1066 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeken- en ontwikkelingsovereenkomsten	525
Richtsnoeren 2023/C 259/01 inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten	537
<i>Verticale overeenkomsten</i>	687
Verordening (EU) 2022/720 van 10 mei 2022 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen	687
Richtsnoeren 2022/C 248/01 inzake verticale beperkingen	699

Technologieoverdracht	815
Verordening (EU) nr. 316/2014 van 21 maart 2014 inzake de toepassing artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht	815
Richtsnoeren 2014/C 89/03 voor de toepassing artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op overeenkomsten inzake technologieoverdracht	825
Concentratiecontrole	889
Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (EG-concentratieverordening)	891
Geconsolideerde mededeling 2008/C 95/01 over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen	919
Toetsing & screening investeringen	981
Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen	983
Verordening (EU) 2019/452 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie	987
Beleidsregel beheerder bedrijfscampus in de zin van de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames	1003
Trefwoordenregister	1007

Mededingingswet

Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging, Stb. 1997, 242, zoals laatstelijk gewijzigd op 6 april 2022, Stb. 2022, 159 (i.w.tr. 01-01-2023)

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz. Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

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

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

[Inleidende opmerkingen]

1. Doel van de Mededingingswet. De in 1998 ingevoerde Mededingingswet (hierna Mw) verving de Wet economische mededinging, die tot dat moment van toepassing was. Het doel van de invoering van de Mw was de intensivering van het mededingingsbeleid. Door het toetsen van concentraties en het opsporen van zowel kartels als misbruik van economische machtsposities worden de ongewenste economische effecten van concurrentiebeperkingen tegengegaan (MvT, p. 9). Het mededingingsbeleid gaat ervan uit dat concurrentie de groei van de economie kan bevorderen en daardoor kan bijdragen aan welvaart. Beperkingen van de concurrentie worden daarom afgewezen, behalve voor zover zij positieve gevolgen voor de welvaart van de samenleving hebben (MvT, p. 21). Sinds 1 juli 2012 is de Mw uitgebreid met regels die concurrentievervalsing vanwege overheden tegengaan, de Wet Markt en Overheid. Naast de generiek van toepassing zijnde regels in de Mw bestaat specifieke mededingingswetgeving voor de telecom-, de energie-, de vervoers-, de zorg- en de financiële sector.

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

3. Indeling Mededingingswet. De Mededingingswet heeft vijf soorten gedragingen tot onderwerp. De eerste soort heeft betrekking op mededingingsafspraken die de mededinging in Nederland kunnen verhinderen, beperken of vervalsen. De tweede soort gedragingen heeft betrekking op misbruik van economische machtsposities op de Nederlandse markt. Voor deze eerste twee soorten gedragingen geldt een verbodsstelsel met uitzonderingen. De derde soort heeft betrekking op concentraties. Voor deze groep geldt een systeem van preventief concentratietoezicht. Ten vierde gelden voor ondernemingen, waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend of die belast zijn met diensten van algemeen economisch belang, regels inzake financiële transparantie. Ten slotte bevat de Mededingingswet gedragsregels die betrekking hebben op economische activiteiten van overheden en overheidsbedrijven. De eerste twee hoofdstukken bevatten respectievelijk de begripsbepalingen (hoofdstuk 1) en de bepalingen betreffende de uitvoeringsinstantie, de Autoriteit Consument en Markt (hoofdstuk 2). In hoofdstuk 3 vindt men het verbod op mededingingsafspraken met de wet-

telijke uitzondering (art. 6 lid 3), de mogelijkheid van uitzondering in verband met het vervullen van een bijzondere taak (art. 11) en vrijstellingen (art. 12 e.v.). Hoofdstuk 4 bevat het verbod van misbruik van economische machtsposities en de uitzondering daarop. Hoofdstuk 4A bevat regels voor financiële transparantie binnen openbare bedrijven en bedrijven waaraan een bijzonder of exclusief recht is verleend. Hoofdstuk 4B geeft regels voor overheden en overheidsbedrijven. Hoofdstuk 5 geeft regels voor concentraties. De overige hoofdstukken betreffen bevoegdheid tot doorzoeken in het kader van toezicht (hoofdstuk 6), overtredingen van het verbod van mededingingsafspraken en misbruik van machtspositie (hoofdstuk 7), overtredingen van de financiële transparantie en concentratietoezicht (hoofdstuk 8), de decentrale toepassing van de EU-mededingingsregels (hoofdstuk 10), rechtsbescherming (hoofdstuk 12), wijzigingen in andere wetten (hoofdstuk 13), overgangsbepalingen (hoofdstuk 14) en slotbepalingen (hoofdstuk 15).

4. De Autoriteit Consument en Markt. De Autoriteit Consument en Markt (hierna ACM) is sinds 1 april 2013 belast met het toezicht op de naleving van de Mw (zie art. 2 Mw). Voor deze datum was de handhaving toebedeeld aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit. De ACM is een samenvoeging van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA). De ACM is een zelfstandig bestuursorgaan. Volgens art. 3 Instellingswet ACM bestaat de ACM uit drie leden, onder wie de voorzitter. De Minister van Economische Zaken en Klimaat is verantwoordelijk voor het mededingingsbeleid in het algemeen en heeft de bevoegdheid om algemene aanwijzingen te geven (zie verder het commentaar op hoofdstuk 2, art. 2 en 3). Art. 4, lid 1 kent de Minister van Economische Zaken en Klimaat de bevoegdheid toe om de ACM op te dragen een rapportage uit te brengen inzake de effecten voor de mededinging van voorgenomen of geldende regelgeving of van een voorgenomen of geldend besluit.

5. Handhaving van de Mw. De bestuursrechtelijke handhaving van de Mw door de ACM is geregeld in hoofdstuk 6-9. De ACM is, op grond van hoofdstuk 10, ook belast met de handhaving van de EU-mededingingsregels binnen de Nederlandse rechtsorde. Overtredingen van de verboden van de Mw kunnen voorts bij de burgerlijke rechter en in arbitrale procedures worden aangevochten. Zulke overtredingen kunnen een onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW opleveren, indien voldaan is aan de vereisten van schuld en causaal verband, inclusief het relativiteitsbeginsel. Het relativiteitsbeginsel lijkt vooral van belang bij overtreding van het verbod van art. 34 of art. 41 lid 1 Mw. De gelaedeerde kan stopzetting, ongedaanmaking en schadevergoeding eisen (zie verder art. 6, aant. 9). Voorts kan een beroep worden gedaan op de nietigheid van overeenkomsten of besluiten van ondernemersverenigingen krachtens art. 6 lid 1 (zie verder art. 6, aant. 10). In procedures onder art. 6 lid 1 zijn rechters en arbiters bevoegd en gehouden tevens te bezien of de litigieuze overeenkomst op grond van art. 6 lid 3 uitgezonderd kan worden van het in art. 6 lid 1 bedoelde verbod, indien daarop door een partij beroep op wordt gedaan. Zie verder art. 6, aant. 2 en 11.

6. Verhouding tussen Europees en Nederlands mededingingsrecht. a. Uitgangspunt. Het regime van de Mw sluit nauw aan bij de mededingingsregels van de Europese Unie. Kerndefinities en -bepalingen in de wet zijn georiënteerd op art. 101, 102 en 106 VWEU en op Verordening (EG) 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van art. 81 en 82 EG-Verdrag (*PbEG* 2003, L 1/1) (art. 1, aant. 9) en de EG-concentratieverordening (Verordening (EG) 139/2004) betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PbEU* 2004, L 24/1) (art. 1, aant. 10). Uitgangspunt is dat de Mw niet strenger en niet soepeler is dan de EU-mededingingsregels. De beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van het HvJ EU en het Gerecht zijn bepalend voor de toepassing van de Mw (MvT, p. 10). Bij de uitleg van art. 6 Mw dient zoveel mogelijk aansluiting te worden gezocht bij de uitleg van art. 101 VWEU in de rechtspraak van het HvJ EU (HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354 (*Geborgde dierenarts*)). De nauwe aansluiting van de Mw bij het EU-mededingingsrecht en het systeem van Verordening (EG) 1/2003 leidt ertoe dat binnen de Nederlandse rechtsorde het onderscheid tussen het toepassingsbereik van het Nederlandse en het EU-kartelrecht beperkt is. Dit onderscheid, dat verder wordt besproken onder d, is alleen nog van belang voor de hierna, in onderdeel d, aan te geven gevallen. **b. Toepassing art. 101 en 102 VWEU in de Nederlandse rechtsorde. De beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten.** De mededingingsartikelen van het VWEU en de verschillende verordeningen ter uitvoering van deze verdragsartikelen zijn rechtstreeks

van toepassing naast de regels van de Mw. Het begrip 'beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten' is bepalend voor het toepassingsbereik van het EU-mededingingsrecht. De Europese Commissie heeft in 2004 een mededeling gepubliceerd over de uitleg van het criterium (*PbEU* 2004, C 101 van 27 april 2004, p. 81). Niet is vereist dat interstatelijke handel daadwerkelijk wordt beperkt. Het is voldoende dat het mogelijk is, op basis van een geheel van juridische en feitelijke elementen, met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te voorzien dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen lidstaten kan beïnvloeden. Daarnaast dient de (mogelijke) beïnvloeding 'merkbaar' te zijn. Dit criterium introduceert een kwantitatief bevoegdheidselement: gedragingen vallen buiten art. 101 en 102 VWEU als de betrokken ondernemingen op de relevante markt een zwakke positie hebben. Ten aanzien van afspraken tussen partijen die een gezamenlijk marktaandeel hebben van maximaal 5% en een gezamenlijke omzet van € 40 miljoen of minder wordt door de Commissie vermoed dat deze buiten art. 101 VWEU vallen, zelfs indien deze ertoe strekken de mededinging te beperken. **c. Gezamenlijke toepassing.** De Europese Commissie is alleen bevoegd indien de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed. Art. 3, lid 1, Verordening (EG) 1/2003 verplicht zowel de ACM als de rechter wanneer zij art. 6 en 24 Mw toepassen ook art. 101 en 102 VWEU toe te passen, indien door ter beoordeling voorliggende gedragingen de handel tussen de lidstaten kan worden beïnvloed (zie verder art. 88, aant. 1 en 2). Op grond van art. 3 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 mag de toepassing van het kartelverbod in art. 6 Mw niet leiden tot afwijkingen van art. 101 VWEU. Art. 3 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 staat op zich wel strengere Nederlandse regels ten aanzien van eenzijdige gedragingen van ondernemingen toe, zoals misbruik van economische machtsposities, maar hier staat het eerdergenoemde uitgangspunt van de Mw een dergelijke afwijking in de weg. Hetzelfde geldt voor art. 106 lid 2 VWEU en art. 11 en 25 Mw, zij het dat de toepassing van art. 25 Mw procedureel verschilt van art. 106 lid 2 VWEU (zie verder art. 25, aant. 3). Door deze gelijkstelling dienen de ACM, de rechter en arbiters het begrip ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten steeds toe te passen, maar beïnvloedt dit alleen de uitkomst van de beoordeling in die beperkte gevallen waar er verschillen tussen het nationale en het Europese mededingingsrecht zijn (zie hieronder, onderdeel d). Art. 5 Verordening (EG) 1/2003 regelt de bevoegdheid van de ACM voor de toepassing van het EU-mededingingsrecht. Zie verder Hoofdstuk 10, Inleidende opmerkingen. Art. 6 Verordening (EG) 1/2003 regelt de bevoegdheid van de Nederlandse rechter c.q. arbiter. Begint de Europese Commissie een procedure, dan verliest op grond van art. 11 lid 6 Verordening (EG) 1/2003 de ACM (anders dan de nationale rechters) de bevoegdheid om art. 101 en 102 VWEU toe te passen. De rechten en plichten van de ACM, bij de toepassing van het EU-mededingingsrecht zijn in art. 11, 12, 13 en 29 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 vastgelegd. Voor de rechter geldt dit voor de verplichtingen op grond van art. 15 en 16 Verordening (EG) 1/2003. **d. Beperkte verschillen in toepassing.** Gelet op de inhoudelijke aansluiting van de Mw bij de Unierechtelijke mededingingsregels zijn verschillen in materiële toepassing van het kartelverbod, het verbod van misbruik van een economische machtspositie en concentratiecontrole, zeer beperkt. Een verschil ten aanzien van het kartelverbod is dat sinds 2011 op grond van art. 7 lid 2 Mw een vrijstelling geldt voor horizontale overeenkomsten met een marktaandeel van minder dan 10%, zie verder art. 7, aant. 3. Voorts gelden voor Nederland enkele aparte groepsvrijstellingen (zie verder art. 15, aant. 2). Op grond van art. 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen kan de Minister beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door de ACM. Op grond van art. 5 Mw kan de Minister verder beleidsregels vaststellen met betrekking tot de wijze waarop ACM bij toepassing van art. 6 lid 3 Mw andere belangen dan economische belangen in zijn afweging moet betrekken. In 2016 heeft de Minister beleidsregels gegeven inzake de toepassing door de ACM van art. 6 lid 3 Mw bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid (*Strct.* 52945). Wat betreft het formele mededingingsrecht geldt dat er geen sprake is van een directe parallelle met het Unierecht (Besluit ACM 25 april 2003, § 130 (*Onderhandse aanbesteding gemeente Scheemda*, zaaknr. 3055)). De bestuursrechtelijke handhaving is geregeld in de Instellingswet ACM en de Algemene wet bestuursrecht.

7. Verhouding Europees en Nederlands recht bij concentraties. Inzake concentratiecontrole worden overlappende bevoegdheden uitgesloten door het principe dat elke concentratie slechts op één niveau wordt getoetst: een concentratie met EU-dimensie wordt door de Europese Commissie getoetst en een concentratie zonder EU-dimensie kan onder de nationale controle vallen. Bevoegd-

heidsconflicten worden vermeden doordat de bevoegdheden door een duidelijk (kwantitatief) criterium van elkaar worden afgebakend. Wetsconflicten worden uitgesloten doordat hetzelfde criterium bepaalt welk recht van toepassing is. De toetsing van concentraties met een EU-dimensie behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie. De exclusieve bevoegdheid van de Commissie ten aanzien van concentraties met EU-dimensie staat in art. 21 lid 3 EG-concentratieverordening. Concentraties die de omzetzempels voor de EU-dimensie niet overschrijden worden door ACM aan de hand van de Mw getoetst, indien de Nederlandse omzetzempels wel worden overschreden (art. 29 Mw). Er is echter in de EG-concentratieverordening (art. 4 lid 4 en art. 9 EG-concentratieverordening) voorzien in de mogelijkheid een concentratie door te kunnen verwijzen naar de nationale mededingingsautoriteit. Ook is het op grond van art. 22 EG-concentratieverordening mogelijk dat de mededingingsautoriteit een zaak doorverwijst naar de Commissie (zie verder de Inleidende opmerkingen bij hoofdstuk 5, aant. 3).

8. Interpretatie van begrippen van de Mededingingswet. Omdat de wet georiënteerd is op art. 101, 102 en 106 VWEU, dienen de erin gebruikte begrippen ook in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie (hierna: HvJ) en het Gerecht te worden geïnterpreteerd. Hiervoor is een nauwkeurige bestudering van de jurisprudentie en de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie noodzakelijk. Als de rechter of ACM op grond van art. 3 lid 1 Verordening (EG) 1/2003 ook het Europese mededingingsrecht toepast, kan op basis van art. 15 respectievelijk art. 11 Verordening (EG) 1/2003 het oordeel van de Commissie worden ingewonnen. Aangenomen kan worden dat een vergelijkbare mogelijkheid bestaat voor arbiters. De nationale rechter kan met betrekking tot de toepassing en interpretatie van de Europese mededingingsregels ook prejudiciële vragen stellen aan het HvJ. Arbiters kunnen geen prejudiciële vragen stellen aan het HvJ (zie HvJ EG 23 maart 1982, *Jur.* 1982, 1095 (*Nordsee*)). Wel kan de nationale rechter die zijn exequatur aan de arbitrale uitspraak moet geven, prejudiciële vragen stellen (zie HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3055 (*Eco Swiss China Time/Benetton*)). Nationale mededingingsautoriteiten kunnen, indien zij geen onafhankelijk rechtsprekende functie vervullen, geen prejudiciële vragen stellen (C-53/03, *Jur.* 2004, p. I-4609 (*Syfait*)). Verder doet zich de vraag voor of de nationale rechter ook uitleg van de bepalingen van de Mw aan het Hof van Justitie kan vragen. Het HvJ EU heeft zich bevoegd verklaard het Unierecht uit te leggen wanneer dit niet rechtstreeks voor de oplossing van het geding van toepassing is, doch de nationale wetgever bij de omzetting van de bepalingen van een richtlijn besloten heeft, zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als de situaties die onder de richtlijn vallen (HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, *Jur.* 1997, I-4161 (*Leur-Bloem*)). Het HvJ EU heeft ook een vraag van een Oostenrijkse rechter, waarin een interpretatie van art. 82 EG-Verdrag wordt gevraagd maar waar duidelijk werd gesteld dat deze interpretatie nodig was om een nationale bepaling die gelijk is aan art. 82 EG-Verdrag te kunnen uitleggen, ontvankelijk verklaard (HvJ EG 26 november 1998, C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Oscar Bronner*)).

9. Rechtskarakter van bekendmakingen van de Europese Commissie. Anders dan bindende besluiten, verordeningen en beschikkingen, hebben bekendmakingen van de Europese Commissie geen binding erga omnes. Zulke bekendmakingen binden noch het Hof van Justitie of het Gerecht noch derden. De Commissie zelf is wel gebonden aan deze beleidsregels en kan er alleen gemotiveerd van afwijken (HvJ EG 24 maart 1993, C-313/90, *Jur.* 1993, p. I-1125 (*CIRFS*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, r.o. 67 (*Schindler Holding*)). Bekendmakingen van de Commissie creëren voor marktdeelnemers gerechtvaardigde verwachtingen (HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205-208/02 P en C-213/02 P, *Jur.* 2005, p. I-5425 (*Dansk Rörindustri e.a./Commissie*)). De bekendmakingen van de Commissie werken niet automatisch door in het Nederlandse mededingingsrecht (HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a.*)). Gezien echter de nauwe aansluiting van het nationale mededingingsrecht bij de Europese mededingingsregels, zijn de bekendmakingen van de Commissie wel van belang voor het nationale mededingingsrecht. De ACM heeft een aantal 'richtsnoeren' uitgegeven dat het beleid van de Commissie, met enige aanpassingen voor de Nederlandse situatie volgt. De richtsnoeren zijn opgesteld op grond van art. 4:81 lid 1 Awb. De richtsnoeren worden door de ACM toegepast als beleidsregels in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb. De ACM is gebonden aan deze beleidsregels.

10. Het begrip 'relevante markt' is van essentieel belang voor de toepassing van de Mededingingswet. Voor de toepassing van de belangrijkste bepalingen van de wet is afbakening dan wel omschrijving van de relevante markt nodig. Het belangrijkste doel van de marktafbakening is het op systematische wijze onderkennen van de concurrentiedwang waarmee de betrokken ondernemingen worden geconfronteerd. De mate van gedetailleerdheid is daarbij afhankelijk van hetgeen wordt vereist voor de beoordeling van de gedragingen die het voorwerp van onderzoek vormen. De afbakening van de relevante markt is geen doel op zich, maar een instrument voor de analyse die is vereist voor de toepassing van de mededingingsregels (CBB 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 (*Taxivervoer regio Rotterdam*)). Dit geldt in het bijzonder voor het verbod van art. 24 met betrekking tot misbruik van machtspositie, aangezien in dat verband het vaststellen van marktmacht bepalend is (zie verder art. 24, aant. 5). Het bepalen van de relevante markt is eveneens noodzakelijk bij de toepassing van het toezicht op concentraties (zie verder art. 37, aant. 3). Voor de toepassing van het kartelverbod van art. 6 lid 1 Mw is het bepalen van de relevante markt nodig om het mededingingsbeperkend effect van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen te kunnen vaststellen (zie art. 6, aant. 5 en 6). Een omschrijving van de relevante markt is ook nodig bij een beoordeling op grond van art. 6 lid 3. Volgens onderdeel b van dit artikel dient de betreffende overeenkomst de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid te geven de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten uit te schakelen. Dit impliceert aanduiding van de relevante markt. Voor de beantwoording van de vraag of een mededingingsbeperkende overeenkomst een vrijgestelde bagatel vormt op grond van art. 7 lid 2 Mw is afbakening van de relevante markt onontbeerlijk (CBB 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 (*Taxivervoer regio Rotterdam*)). Ten slotte is het bepalen van de relevante markt nodig bij de toepassing van verschillende groepsvrijstellingen. Zo beperkt art. 3 lid 1 en 2 Verordening (EU) 316/2014 (*PbEU* 2014, L 93), de mogelijkheid voor toepassing van de desbetreffende groepsvrijstelling tot marktaandeelen van 20 respectievelijk 30%. De Europese Commissie heeft in haar Bekendmaking van de Commissie betreffende de afbakening van de relevante markt ten behoeve van het mededingingsrecht van de Unie (*PbEU* 2024, C 2024/1645) aanwijzingen gegeven voor de bepaling van de relevante markt. Deze mededeling is ook voor de toepassingspraktijk onder de Mededingingswet van belang. In civielrechtelijke procedures dient de partij die een mededingingsrechtelijke inbreukvordering instelt voldoende inzicht te geven in de voor de beoordeling essentiële feiten en omstandigheden, zoals een zorgvuldige marktafbakening, de relevante marktstructuur en marktkenmerken, alsmede het daadwerkelijke functioneren van de relevante markt(en) en van het effect daarop van de gestelde inbreuken (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (*JATA*)). De stellingen van partijen in een mededingingsrechtelijk geding staan op dit punt veelal lijnrecht tegenover elkaar. Bij gebrek aan relevante informatie over de feiten op dit punt kan hierover niet worden beslist en dient in een bodemprocedure nader te worden uitgezocht en vastgesteld (Rb. Gelderland 31 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3080, r.o. 5.20). In een mededingingsprocedure kunnen verschillende relevante markten relevant zijn. Blijkens HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12 (*Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*) kan een besluit van een ondernemersvereniging niet alleen op de markt waarop de leden actief zijn de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen in de zin van art. 101 lid 1 VWEU, maar ook op een andere markt waarop deze vereniging zelf een economische activiteit uitoefent (r.o. 44-45). Hetzelfde dient te gelden voor de toepassing van art. 6 Mw (HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:149, r.o. 4.3 (*Nederlandse Vereniging van Makelaars in Onroerende Goederen*)). Wanneer er nauwe banden bestaan tussen een gedomineerde en een niet-gedomineerde markt, kan een onderneming als gevolg hiervan misbruik van haar machtspositie maken op een van deze markten of beide markten gezamenlijk (Gerecht 6 oktober 1994, T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246 (*Tetra Pak*)).

11. Toepassingsbereik van de Mededingingswet. De wet is van toepassing op alle sectoren van de Nederlandse economie. De wet is bovendien van toepassing op alle gedragingen die plaatsvinden op Nederlands grondgebied alsmede in de territoriale zee, de exclusieve economische zone en aan boord van in Nederland geregistreerde schepen en vliegtuigen. Voorts is in navolging van HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89, 104, 114, 116, 117 en 125-127/85, *Jur.* 1988, p. 5193 (*Houtslip J*), de wet eveneens van toepassing indien aan een afspraak of een misbruik in Nederland uitvoering wordt gegeven ook al is de afspraak of het misbruik gemaakt buiten het Nederlandse grondgebied, de territoriale zee, de exclusieve economische zone of aan boord van niet in Nederland geregis-

treerde schepen en vliegtuigen of door buiten Nederland gevestigde ondernemingen. Zo is door ACM geconcludeerd dat Duitse en Deense producentenorganisaties (naast de Nederlandse) van Noordzeegarnalen art. 6 Mw hebben overtreden (Besluit ACM 14 januari 2003 (*Garnalen*, zaaknr. 2269)) (zie ook Rb. Rotterdam 19 juli 2006, *LJN AY4888*). De bevoegdheid van ACM gaat echter niet zover dat zij gedragingen en afspraken mag beoordelen waarvan het effect niet doorwerkt op het Nederlandse grondgebied en de gebieden die onder het toepassingsbereik van de Mw vallen (Besluit ACM 4 mei 2000 (*Hoogovens Staal/Ruhrkohle Handel Inter*, zaaknr. 426)). De boetebevoegdheid van ACM op grond van art. 56, lid 1, Mw, alsmede op grond van art. 88 en 89 Mw in samenhang met art. 5 Verordening (EG) 1/2003, bevat voor wat betreft de bij de boeteoplegging in aanmerking te nemen omstandigheden geen territoriale inperking, althans niet binnen de grenzen van de interne markt. Als een overtreding (mede) betrekking heeft op verkopen aan buitenlandse afnemers binnen de EU mag ACM ook de met die activiteiten gegenereerde opbrengst meenemen bij het vaststellen van de boetegrondslag (CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruijen*)).

12. Openbare orde en ambtshalve toepassing. Is het mededingingsrecht van openbare orde en moet het daarom ambtshalve worden toegepast? In 2009 oordeelde de Hoge Raad dat art. 6 Mw geen recht van openbare orde bevat dat de rechter ambtshalve moet toepassen (HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582 (*Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*)). Aangenomen dient te worden dat hetzelfde geldt voor art. 24 Mw. In het Europese recht zijn art. 101 en 102 VWEU van openbare orde verklaard (HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3055 (*Eco Swiss China Time/Benetton*); HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile Netherlands*); HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:46 (*Manfredi*)). Dit leidt er volgens het HvJ evenwel niet toe dat de nationale rechter in alle gevallen gehouden is het mededingingsrecht ambtshalve toe te passen. Het HvJ heeft bepaald dat in het geval de nationale rechter ambtshalve een dwingende nationale rechtsregel dient toe te passen, dit ook geldt voor dwingende gemeenschapsregels zoals het mededingingsrecht. Deze verplichting tot ambtshalve toepassing geldt echter niet indien de rechter hierdoor zijn lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich op andere feiten en omstandigheden te baseren. In dit laatste geval wordt het nationaal procesrecht gerespecteerd (HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705 (*Van Schijndel*)). In het arrest *Eco Swiss* heeft het HvJ hierop een uitzondering gegeven. Rechters moeten art. 101 VWEU toepassen als zij beslissen over de geldigheid van een arbitraal vonnis; zij kunnen dan prejudiciële vragen aan het HvJ stellen (HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-03055 (*Eco Swiss China Time/Benetton*)). Zie tevens art. 6, aant. 10 en art. 24, aant. 8.

HOOFDSTUK 1

Begripsbepalingen

Artikel 1

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

- a. **Onze Minister:** Onze Minister van Economische Zaken en Klimaat;
- b. **Autoriteit Consument en Markt:** de Autoriteit Consument en Markt, genoemd in artikel 2, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt;
- c. (vervallen;)
- d. **Verdrag:** het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;
- e. **overeenkomst:** een overeenkomst in de zin van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag;
- f. **onderneming:** een onderneming in de zin van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag;
- g. **ondernemersvereniging:** een ondernemersvereniging in de zin van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag;
- h. **onderling afgestemde feitelijke gedragingen:** onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag;
- i. **economische machtspositie:** positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen;
- j. (vervallen;)
- k. **verordening 1/2003:** verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEG* 2003, L 1);
- l. **verordening 139/2004:** verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van de Europese Unie van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PbEG* L 24);
- m. **mededingingsverordening:** verordening genoemd in de onderdelen k en l;
- n. **consumentenorganisaties:** stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die krachtens hun statuten tot taak hebben het behartigen van de collectieve belangen van consumenten;
- o. **richtlijn (EU) 2019/1:** richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt (*PbEU* 2019, L 11).

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

[Begripsbepalingen]

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

2. De Autoriteit Consument en Markt, genoemd in art. 2 lid 1 Instellingswet. Handhaving en uitvoering van de Mededingingswet vinden op afstand van het politieke beleid plaats door de ACM, die de status van een zelfstandig bestuursorgaan heeft (zie Mededingingswet, Inleidende opmerkingen, aant. 4), en de op grond van art. 12a van de Instellingswet ACM door deze aangewezen ambtenaren van de ACM. Zie onder meer hoofdstuk 2, art. 6 Mw. De ACM staat onder leiding van een bestuur, aan wie de meeste administratiefrechtelijke bevoegdheden op grond van de wet en de Instellingswet ACM zijn toebedeeld.

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

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

Het mededingingsrechtelijke begrip overeenkomst is breed en komt niet noodzakelijkerwijs overeen met de civielrechtelijke definitie. Van een overeenkomst in de zin van art. 101 lid 1 VWEU is sprake wanneer tussen verschillende ondernemingen direct of via een derde consensus bestaat om hun concurrentiegedrag onderling af te stemmen (MvT, p. 11) of zich van een bepaald gedrag te onthouden. Het wezenlijke element van het begrip overeenkomst is het bestaan van een wilsovereenstemming tussen ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is (HvJ EG 26 oktober 2000, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242 (*Bayer*) en Gerecht 19 mei 2010, T-18/05, ECLI:EU:T:2010:202 (*IMI e.a.*)). Het volstaat dat de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen (Gerecht 20 april 1999, T-305/94 e.a. (*Limburgse Vinyl Maatschappij*)). De wilsovereenstemming kan zowel voortvloeien uit de bedingen van de overeenkomst, als uit het gedrag van partijen (HvJ EU 29 juni 2023, C-211/22 (*Super Bock*)).

b. Geen vormvereisten/objectieve maatstaf. Voor het bestaan van een overeenkomst gelden geen vormvereisten. Zo kan een mondelinge afspraak die niet schriftelijk is bevestigd en gebaseerd is op wederzijds vertrouwen een overeenkomst zijn. Hetzelfde geldt voor een 'gentleman's agreement' (HvJ EG 15 juli 1970, 41/69, ECLI:EU:C:1970:71 (*ACF Chemiefarma*)). Het bestaan van een overeenkomst kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend blijken uit het gedrag van de partijen. Het begrip 'overeenkomst' omvat in elk geval juridisch bindende overeenkomsten naar burgerlijk recht. Zo zijn afspraken die bedoeld zijn om bij herhaling te worden gebruikt, juridisch bindende overeenkomsten (bijv. leveringsvoorwaarden: Besluit ACM 16 december 1998 (*Van Dittmar Boekenimport*, zaaknr. 450); Besluit ACM 16 december 1998 (*Nilsson & Lamm*, zaaknr. 227), en standaardovereenkomsten: Besluit ACM 8 september 1998 (*Erasmus Muziekproducties*, zaaknr. 155)). Om een overeenkomst aan te nemen hoeft echter geen sprake te zijn van juridische binding of de mogelijkheid afspraken rechtens af te dwingen. Ondanks het ontbreken van een sanctiemechanisme kan er sprake zijn van een overeenkomst (Besluit ACM 21 april 2004 (*Fietsfabrikanten*, zaaknr. 1615)). Zelfs een concept-overeenkomst valt binnen het toepassingsbereik van de Mw, omdat het een concept is voor een juridisch bindende overeenkomst (Besluit ACM 25 juli 2003 (*Penta Projectontwikkeling*), zaaknr. 3089). Aan het bestaan van de overeenkomst doet niet af dat één van de betrokken partijen toestemt onder druk of in strijd met zijn eigen commerciële belangen (Besluit ACM 29 augustus 2002 (*klager/AUV en Aesculaap*, zaaknr. 2422); bevestigd in CbB 3 juli 2008, *LJN* BD6635). De benaming die aan de overeenkomst wordt gegeven, is niet relevant voor de beoordeling van de inhoud ervan (Besluit ACM 18 december 2003 (*Heijmans en Solétanche Bachy*), zaaknr. 2906). **c. Verschil eenzijdige handeling – overeenkomst.** Zuiver eenzijdige handelingen van een onderneming vallen buiten art. 6 en art. 101 VWEU, maar kunnen wel onder art. 24 en art. 102 VWEU worden beoordeeld, op voorwaarde dat de onderneming een economische machtspositie inneemt. Op het eerste gezicht zuiver eenzijdige handelingen van een onderneming kunnen beschouwd worden als overeenkomsten wanneer zij vallen binnen de sfeer van de contractuele betrekkingen die de onderneming onderhoudt, bijvoorbeeld in het kader van een selectief distributienetwerk met haar erkende wederverkopers (HvJ EG 17 september 1985, 25/84 en 26/84, *Jur.* 1985, p. 2725 (*Ford*)) en waarmee deze wederverkopers althans stilzwijgend hebben ingestemd. Alleen in het geval er geen uitdrukkelijke of stilzwijgende medewerking is van een andere onderneming, is er sprake van een zuiver eenzijdige handeling en dus niet van een overeenkomst. Zuiver eenzijdige handelingen en overeenkomsten tussen een onderneming en de overheid (als overheid), bijvoorbeeld een concessie-overeenkomst vallen niet onder het begrip overeenkomst (HvJ EG 4 mei 1988, 30/87, *Jur.* 1988, p. 2479 (*Bodson*)). In geval van eenzijdige handelingen kan er wilsovereenstemming aanwezig zijn als: – er impliciet instemming is met een eenzijdig opgelegd verbod; – er een systeem van controles a-posteriori of sancties aanwezig

is; – de instemming kan worden afgeleid uit feitelijke gedragingen (HvJ EG 6 januari 2004, C-2/01 P en C-3/01 P, *Jur.* 2004, p. I-23 (*Bayer*)).

5. Onderneming: een onderneming in de zin van art. 101 lid 1 VWEU. a. **Uitgangspunt.** Het aangrijpingspunt voor de toepasselijkheid van het mededingingsrecht vormt het begrip 'onderneming' in art. 101 lid 1 VWEU. Hoewel art. 1 onderdeel e zulks niet vermeldt, geldt dit ook voor de toepassing van art. 102 VWEU. In het EU-mededingingsrecht moet onder het begrip onderneming een economische eenheid worden verstaan, welke vanuit juridisch oogpunt gevormd kan worden door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21 (*General Química e.a.*)). Een onderneming is elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd en ongeacht of er sprake is van winstoogmerk (HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, *Jur.* 1998, p. I-3851 (*Commissie/Italiaanse Republiek*) en HvJ EG 23 april 1991, 41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979 (*Höfner*)). Ondernemingen kunnen natuurlijke personen of rechtspersonen zijn, private bedrijven of overheidsbedrijven, producenten, distributeurs, dienstverleners en vrijeberoepsbeoefenaren (MvT, p. 10). Een werknemer voert zijn taken uit voor en onder het gezag van de onderneming waarvoor hij werkt en wordt bijgevolg geacht deel uit te maken van de door die onderneming gevormde economische eenheid. Voor de vaststelling van inbreuken op het mededingingsrecht van de Unie kunnen de eventuele mededingingsversturende handelingen van een werknemer derhalve worden toegerekend aan de onderneming waarvan hij deel uitmaakt, die in beginsel daarvoor aansprakelijk wordt gehouden (HvJ EU 21 juli 2016, C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578 (*VM Remonts*)). b. **Economische activiteit.** Onder economische activiteit wordt iedere activiteit verstaan die bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt (HvJ EG 12 september 2000, ECLI:EU:C:2000:428, C-180/98-C-184/98 (*Pavlov*)). Het belangrijkste criterium is of de desbetreffende activiteit, die bestaat uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt, in concurrentie met andere ondernemingen kan worden uitgeoefend. Prestaties die gewoonlijk tegen vergoeding worden verricht, vormen diensten die als 'economische activiteiten' kunnen worden aangemerkt. Het wezenlijke kenmerk van de vergoeding bestaat hierin dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken prestatie vormt. De openbare of particuliere aard van de entiteit die de betrokken activiteit uitoefent kan geen invloed hebben op het antwoord op de vraag of deze entiteit al dan niet de hoedanigheid van 'onderneming' heeft (HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16, r.o. 41-43 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*)). De omstandigheid dat de goederen en diensten zonder winstoogmerk worden aangeboden, belet niet dat de entiteit die deze op de markt aanbiedt, als een onderneming moet worden beschouwd wanneer dit aanbod concurreert met dat van andere marktdeelnemers, die wel winst nastreven (HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*)). Voor de vaststelling of ondernemingen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn, is het niet steeds noodzakelijk de relevante markt af te bakenen. Voldoende is dat vastgesteld kan worden dat de ondernemingen in staat zijn dezelfde activiteiten te verrichten in hetzelfde geografische gebied (Besluit ACM 18 december 2003 (*Heijmans en Solétanche Bachy*), zaaknr. 2906). c. **Activiteiten zonder economisch karakter.** Activiteiten die behoren tot overheidsprerogatieven of van zuiver sociale aard zijn, worden niet aangemerkt als economische activiteiten. Activiteiten in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag hebben geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het VWEU rechtvaardigt (HvJ EU 12 juli 2012, C-138/11, r.o. 35-36 (*Compass-Datenbank*)); Besluit ACM 21 januari 1999 (*Loke e.a./CBR*), zaaknr. 119). Voor zover een economische activiteit niet van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden gescheiden, hangen alle door die instantie verrichte activiteiten samen met de uitoefening van deze bevoegdheden en handelt die overheidsinstantie in zoverre niet als onderneming. Bij die beoordeling dient te worden gelet op de aard en het doel van de activiteiten en de regels waaraan zij zijn onderworpen (Cbb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204 (*Klic-viewer Kadaster*)). Onderwijsactiviteiten in Nederland die voornamelijk vanuit de overheid worden gefinancierd zijn geen economische activiteiten (Cbb X/ACM, ECLI:NL:CBB:2023:68). Het handelen van de politie is door de ACM terecht als niet-ondernemingshandelen aangemerkt (Rb. Rotterdam 12 januari 2009, *LJN* BG9880 (*Alarm Centrale Nederland*)). Bij de verdeling van (schaarse) publieke rechten, waaronder vergunningen en subsidies is sprake van uitoefening van overheidsprerogatieven (Besluit ACM 27 maart 2019 (*Stichting Platform Tegenwind N33*)). Entiteiten die een taak van zuiver sociale aard

uitvoeren, die berust op het beginsel van solidariteit en ieder winsttoegmerk mist, zijn geen ondernemingen (HvJ EG 16 maart 2004, C-264/01 e.a., *Jur.* 2004, p. I-2493 (AOK)). Het is mogelijk dat private ondernemingen overheidstaken uitvoeren, dergelijke activiteiten vallen niet onder het mededingingsrecht (HvJ EG 18 maart 1997, C-343/95 (*Diego Cali/Servizio Ecologici Porto di Genova*)). Anderzijds kunnen activiteiten van de overheid aangemerkt worden als ondernemingsactiviteiten. De ACM stelde vast dat de verhuur van een steiger door Rijkswaterstaat een economische activiteit vormt (Advies ACM 13 november 2013). De dienst beschermingsbewind voor mensen die hun eigen financiële verantwoordelijkheid niet aankunnen, is een economische activiteit (Besluit ACM 31 oktober 2017, 17/12021). In een zaak betreffende gronduitgifte door de gemeente Castricum had ACM nagelaten te onderzoeken of de activiteiten binnen de sfeer van het economisch verkeer vallen of neerkomen op de uitoefening van overheidsprerogatieven (CBB 15 januari 2008, *LJN* BC1932). Ook activiteiten van een beroepsorganisatie kunnen worden aangemerkt als economische activiteiten wanneer zij optreedt als het regulerend orgaan van een beroep waarvan de uitoefening overigens een economische activiteit is (HvJ EU 18 juli 2013, C-136/12 (*Consiglio nazionale dei geologi*)).

d. Functioneel begrip. Het begrip onderneming is functioneel van aard. De kwalificatie als activiteit die tot de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag behoort of als economische activiteit moet voor elke door een bepaalde entiteit uitgeoefende activiteit afzonderlijk gebeuren (HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07, *ECLI:EU:C:2008:376 (MOTOE)*). Een entiteit kan derhalve zowel economische als niet-economische activiteiten verrichten en handelt in dat geval alleen als onderneming bij de uitoefening van haar economische activiteiten.

e. Vrije beroepen. In het geval van vrije beroepsbeoefenaren geldt dat zij worden aangemerkt als onderneming wanneer zij hun beroep als zelfstandige uitoefenen en hun diensten op duurzame wijze en tegen vergoeding leveren en de hiermee verband houdende financiële risico's dragen. Het gegeven dat een gereguleerd beroep betreft en de diensten een intellectueel, technisch of specialistisch karakter hebben en worden verricht op persoonlijke en directe grondslag verandert niets aan de aard van de economische activiteit (GvEA EG 30 maart 2000, T-513/93, *Jur.* 2000, p. II-1807 (*CNSD/Commissie*)). Advocaten, en andere vrije beroepsbeoefenaren, worden als ze hun beroep als zelfstandige vrijeberoepsbeoefenaren beoefenen aangemerkt als onderneming, omdat zij aan het economische verkeer deelnemen door het aanbieden van juridische diensten tegen beloning (Besluit ACM 21 februari 2002 (*Engelgeer/Nederlandse Orde van Advocaten*, zaaknr. 560), ACM-richtsnoeren voor de zorgsector § 3.1). Als zij in een maatschap winst en verlies delen is de maatschap aan te merken als onderneming. Als zij in een maatschap alleen de kosten delen is de individuele advocaat c.q. vrije beroepsbeoefenaar aan te merken als onderneming. Ook notarissen (Rb. Rotterdam 18 juni 2003, *LJN* AH9702 (*Bredase notarissen*)) en zelfstandige tandtechnici zijn door ACM aangemerkt als onderneming (Besluit ACM 26 april 2004 (*Nederlands Tandtechnisch Genootschap*, zaaknr. 3310)), net als psychotherapeuten en psychologen (Besluit ACM 26 april 2004 (*NIP, LVE, NVP en NVVP*, zaaknr. 3309)).

f. Zelfstandigen zonder personeel. Zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) kunnen worden aangemerkt als 'onderneming' voor zover zij economische activiteiten verrichten. Bij de beoordeling of zelfstandige remplaçanten als echte 'ondernemingen' in de zin van het recht van de Unie kunnen worden aangemerkt, dient de nationale rechter na te gaan of die remplaçanten zich, ook al zijn zij werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht, niet in een ondergeschiktheidsrelatie met het betrokken orkest bevinden tijdens de duur van de contractuele verhouding en dus, vergeleken met werknemers die hetzelfde werk verrichten, over meer zelfstandigheid en flexibiliteit beschikken voor wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken (HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, r.o. 37 (*FNV Kunsten*)). De verwijzende rechter oordeelde vervolgens dat remplaçanten dienen te worden aangemerkt als 'schijnzelfstandigen' aangezien hun positie niet verschilt van die van gewone werknemers (Hof Den Haag 1 september 2015, *ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (FNV Kunsten)*). De ACM hanteert naar aanleiding van het *FNV Kunsten*-arrest als beleid dat zij een activiteit van een zzp'er niet kwalificeert als ondernemingsactiviteit als de zzp'er zich in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met die van een werknemer. In dat geval merkt de ACM de zelfstandigheid van de zzp'er aan als fictief ('schijnzelfstandige'). De ACM heeft een Leidraad Tariefafspraken zzp'ers opgesteld betreffende in hoeverre zzp'ers binnen de mededingingsregels collectief afspraken kunnen maken over bijvoorbeeld tarieven en andere (arbeids)voorwaarden. De ACM geeft aan dat de leidraad met name is bedoeld voor zzp'ers die een relatief laag inkomen, een onzekere bestaans- en inkomenspositie en een zwakke onder-