

Vergaderjaar 1995–1996

**24 707**

## Nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet)

**Nr. 3**

### MEMORIE VAN TOELICHTING

#### INHOUDSOPGAVE

	blz.		
<b>I. Algemeen</b>	<b>3</b>		
1. Inleiding	3	7.1 7.2	Verbod van misbruik van een economische machtspositie 24 Economische machtspositie 24 Misbruik 25
2. Motivering van het wetsvoorstel	3	8.	Vrijstelling in verband met de vervulling van taken van algemeen economisch belang 26
2.1 Overwegingen voor intensivering van het mededingingsbeleid	3	8.1	Inhoud en motivering van de vrijstelling 26
2.2 Intensivering van het mededingingsbeleid op de kortere termijn	6	8.2	Geen bevoegdheid tot algemeen-verbindendverklaring 28
2.3 Overwegingen voor de nieuwe mededingingswet	6	9.	Decentrale toepassing van de verbodsbepalingen van de EG-mededingingsregels 29
3. Adviezen van de Sociaal-Economische Raad en van de Commissie economische mededinging	8	10.	Concentratietoezicht 30
3.1 De adviesaanvraag	8	10.1	Inleiding 30
3.2 De adviezen	8	10.2	Redenen voor de invoering van concentratie-toezicht 31
4. Uitgangspunten van de mededingingswet	9	10.3	Hoofdpijnen van het systeem 32
5. Mededingingsafspraken	11	10.4	Concentraties 32
5.1 Het verbod van mededingingsafspraken	11	10.5	Werkingsfeer 34
5.1.1 Vormen van mededingingsafspraken	11	10.6	Melding van voorgenomen concentraties 37
5.1.2 Inhoud van de mededingingsbeperking	12	10.7	Beoordeling van concentraties door de Dienst voor de mededinging 37
5.1.3 Merkbaarheidsvereiste	14	10.7.1	Beoordeling van de gevolgen van de mededinging 37
5.2 Bagatelvoorziening	14	10.7.2	Taken van algemeen economisch belang 38
5.2.1 De bedoeling van de bagatelvoorziening	14	10.7.3	Procedure 38
5.2.2 Kwantitatieve bagatelcriteria	15	10.7.4	Eindbeslissing door de dienst 40
5.2.3 Kwalitatieve bagatelcriteria	17	10.8	Mogelijkheid van heroverweging door de minister 40
5.2.4 Verbodsbeschikkingen voor bagatelmededingingsafspraken	18		
6. Vrijstellingen en ontheffingen	19	11.	Handhaving 41
6.1 Vrijstellingen	19	11.1	Civielrechtelijke handhaving 41
6.1.1 Doorwerking EG-vrijstellingen	19	11.2	Bestuursrechtelijke handhaving 42
6.1.2 Doorwerking EG-vrijstellingen in «nationale» gevallen	19	12.	Geheimhouding en samenwerking 44
6.1.3 Doorwerking EG-ontheffingen	20	12.1	Geheimhouding 44
6.1.4 Vrijstelling bij algemene maatregel van bestuur	21	12.2	Samenwerking 45
6.1.5 Verhouding mededingingswet en andere wetgeving	21	13.	Uitvoering van de mededingingswet 46
6.2 Ontheffingen	23	13.1	Uitgangspunten 46
		13.2	Het karakter van de uitvoeringsbevoegdheden 47
		13.3	Ministeriële verantwoordelijkheid 48

13.4	Toedeling van de uitvoeringsbevoegdheden	49	Hoofdstuk 6.	Toezicht en onderzoek	80
13.5	Doorzichtigheid van de besluitvorming	51	§ 1.	Toezicht	80
13.6	Andere waarborgen van de belangen van derden	52	§ 2.	Onderzoek	83
14.	Bedrijfseffectentoets	52	Hoofdstuk 7.	Overtredingen verbod van mededingingsafspraken en verbod van misbruik van een economische machtspositie	86
14.1	Voor welke categorieën bedrijven heeft de mededingingswet effecten?	52	§ 1.	Bestuurlijke boete en last onder dwangsom	86
14.2	Effecten van de mededingingswet voor de betrokken ondernemingen	53	§ 2.	Procedure	90
14.3	Kosten en baten	54	§ 3.	Beschikkingen	92
14.4	Buitenlandtoets	55	§ 4.	Wijziging of intrekking van de last onder dwangsom	93
14.5	Gevolgen voor de marktwerking	56	§ 5.	Invordering van de boete	93
<b>II.</b>	<b>ARTIKELEN</b>	<b>57</b>	Hoofdstuk 8.	Overtredingen medewerkingsplicht en concentratietoezicht	94
Hoofdstuk 1.	Begripsbepalingen	57	§ 1.	Overtredingen medewerkingsplicht	94
Hoofdstuk 2.	De Dienst voor de mededinging	59	§ 2.	Overtredingen concentratietoezicht	95
			§ 3.	Procedure	96
Hoofdstuk 3.	Mededingingsafspraken	61	Hoofdstuk 9.	Voorlopige last onder dwangsom	97
§ 1.	Verbod van mededingingsafspraken	61	Hoofdstuk 10.	Decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels	98
§ 2.	Uitzondering in verband met het vervullen van bijzondere taken	63	Hoofdstuk 11.	Gebruik van gegevens	100
§ 3.	Vrijstellingen	64	Hoofdstuk 12.	Rechtsbescherming	100
§ 4.	Ontheffingen	67	Hoofdstuk 13.	Wijzigingen in andere wetten	101
Hoofdstuk 4.	Economische machtsposities	71	Hoofdstuk 14.	Overgangsbepalingen	101
§ 1.	Verbod van misbruik van economische machtsposities	71	<b>BIJLAGE</b>		
§ 2.	Uitzondering in verband met het vervullen van bijzondere taken	71	Lijst met aanduidingen en afkortingen		103
Hoofdstuk 5.	Concentraties	72			
§ 1.	Begripsbepalingen	72			
§ 2.	Toepassingsbereik concentratietoezicht	75			
§ 3.	Melding	76			
§ 4.	Vergunningen	78			

## **I. ALGEMEEN**

### **1. Inleiding**

Dit voorstel van wet strekt ertoe de Wet economische mededinging te vervangen door een mededingingswet, die zoveel mogelijk aansluit bij de mededingingsregels van de Europese Gemeenschap.

In een brief aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 6 mei 1991 (kamerstukken II 1990/91, 22 093, nr. 1) is de noodzaak van intensivering van het mededingingsbeleid toegelicht. Tevens is in die brief aangekondigd, dat die intensivering in eerste instantie gerealiseerd zou worden door de mogelijkheden van de Wet economische mededinging zoveel mogelijk te benutten. Op 25 november 1992 heeft de vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer er tijdens het mondelinge overleg over een «Europeser» Nederlands mededingingsbeleid mee ingestemd, dat de intensivering van het mededingingsbeleid in tweede instantie haar beslag zou krijgen door de totstandkoming van een nieuwe mededingingswet (kamerstukken II 1992/93, 22 093, nr. 7).

Bij brief van 16 februari 1994 is aan de Sociaal-Economische Raad en aan de Commissie economische mededinging advies gevraagd inzake een nieuwe mededingingswet. De Commissie economische mededinging heeft op 30 september 1994 advies uitgebracht en de Sociaal-Economische Raad op 21 oktober 1994.

### **2. Motivering van het wetsvoorstel**

#### *2.1 Overwegingen voor intensivering van het mededingingsbeleid*

De economische veranderingen die zich de laatste decennia hebben voorgedaan en de eisen die daaruit voortvloeien voor het economisch beleid, met name ook voor het concurrentiebeleid, zijn de aanleiding geweest om het Nederlandse mededingingsbeleid geheel te herzien. De globalisering van economische relaties, de snelle technologische ontwikkelingen en de voortgaande Europese en mondiale afbouw van nog resterende handelsbelemmeringen hebben tot gevolg dat de internationale concurrentie steeds dieper doordringt tot de nationale economie. De importconcurrentie neemt toe, ook in bedrijfstakken die zich tot voor kort beschermd konden weten tegen buitenlandse producten of diensten. De geografische mobiliteit van investeringen is voorts sterk toegenomen. Bedrijfsactiviteiten zijn daardoor steeds minder gebonden aan de historische vestigingsplaats. Voorheen op één plaats geconcentreerde activiteiten kunnen nu worden opgesplitst in geografisch gespreide deelactiviteiten. En voor zowel de toenemende importconcurrentie als de mobilisering van internationale vestigingen van deelactiviteiten geldt, dat het niet meer alleen of voornamelijk om laagproductieve en kennis-extensieve producten en activiteiten gaat, maar in toenemende mate ook om activiteiten met een hogere kennisintensiteit en toegevoegde waarde.

Tegen deze achtergrond van een veranderende en veeleisende externe omgeving zullen nationale ambities ten aanzien van welvaart, werkgelegenheid, duurzaamheid en welzijn moeten worden waargemaakt. Dit stelt nieuwe eisen aan overheid en bedrijfsleven. Eén van die eisen is het zorgdragen voor goed functionerende goederen- en dienstenmarkten. Dynamische en scherp reagerende markten zijn essentieel voor een internationaal vervlochten markteconomie als de Nederlandse. Sturing en zelfbescherming tegen concurrentie door kartels of door kartelmatig functionerende samenwerkingsverbanden zijn schadelijk voor het prestatievermogen van een land. Hetzelfde geldt voor concentraties van economische macht. In deze visie staat Nederland niet alleen; het belang van een goede marktwerking wordt tegenwoordig onderschreven door de meeste handelspartners in de OESO en de Europese Unie.

De laatste jaren is nationaal en internationaal de overtuiging gegroeid dat de werking van de goederen- en dienstenmarkten in Nederland te wensen over laat en dat de structurele problemen van Nederland op het gebied van werkgelegenheid en groei onder meer verband houden met een jarenlang te lankmoedig uitgevoerd mededingingsbeleid. De OESO heeft er de laatste jaren in het kader van haar «structural reform» programma herhaaldelijk op gewezen (zie onder meer *Assessing Structural Reform: Lessons for the Future*, 1994) dat de concurrentiedruk in de Nederlandse binnenlandse sectoren nog relatief zwak lijkt. Voorts stelde zij vast dat het wenselijk is om, in aansluiting op de generieke onverbindendverklaringen van verschillende typen mededingingsregelingen waarmee de eerste stappen naar een effectiever mededingingsbeleid werden gezet, het mededingingsbeleid en de handhaving daarvan verder te intensiveren. Dit wordt te meer wenselijk geacht, omdat als gevolg van de ook in Nederland doorgevoerde privatiserings- en dereguleringsprojecten er steeds meer sectoren en activiteiten van het algemene mededingingstoezicht afhankelijk zullen worden. Die deregulering en privatisering leveren immers alleen baten op als er scherpe bewaking van de mededinging plaatsvindt.

Ondernemerschap en marktwerking zijn belangrijk maar bieden niet altijd een oplossing voor alle maatschappelijke problemen van een moderne geïndustrialiseerde samenleving. Er zijn vele terreinen waar de overheid een regulerende, herverdelende of beschermende rol dient te vervullen. Enkele voorbeelden zijn het gebied van de sociale zekerheid, de openbare veiligheid, de inkomensherverdeling en de bescherming van het milieu. Op andere gebieden biedt de overheid zelf publieke goederen en diensten aan of maakt zij door middel van regelgeving marktwerking mogelijk die anderszins beperkt of bedreigd zou zijn. Te denken valt aan de nutssectoren. De economische ambities van ons land zullen voor een belangrijk deel echter gedragen moeten worden door de activiteiten en de vrije individuele beslissingen van ondernemers; ondernemers die gestuurd, beloond en geprikkeld worden door concurrentie op binnen- en buitenlandse markten. Belemmeringen van de mededinging werken in dit opzicht contra-productief.

Een bekend ongewenst effect van monopolistische en kartelmatige restricties op de vrije prijsvorming, de te produceren en af te zetten producten of de toetredingsvoorwaarden van een markt is dat daardoor een minder efficiënte verdeling van produktiemiddelen tot stand komt, zowel in statische als in dynamische zin. Dat betekent dat de prijzen en kosten van bestaande goederen en diensten ongunstig beïnvloed worden. Voorts leert de ervaring dat een ingreep in de marktverhoudingen en marktuitskomsten ook het marktmechanisme zelf niet ongemoeid laat. De primaire functie van het marktmechanisme in een markteconomie is dat het ondernemers, werknemers en consumenten niet alleen stuurt, maar ook stimuleert en disciplineert. Wanneer dat mechanisme, om welke reden dan ook, die functies niet goed meer kan uitvoeren, dan vermindert dat het kwaliteitsbewustzijn en de prikkel om te zoeken naar nieuwe en betere producten en diensten. Ook dat zijn in zekere zin kosten; nadelige effecten die op den duur zwaar kunnen gaan wegen in het internationale spel om de gunsten van de consument en de investeerder.

Het motief voor private regulering van het marktmechanisme is niet zelden de verwezenlijking van op zichzelf respectabele doeleinden.

Bijvoorbeeld om samenwerking op het gebied van onderzoek en ontwikkeling tot stand te brengen, om schaalvoordelen in de productie, distributie of inkoop te realiseren, om beunhazerij te bestrijden, om de uitwassen van ongebreidelde concurrentie tegen te gaan of om de goede naam van een sector te beschermen. Vastgesteld moet worden dat de prijs die voor deze vormen van economische en sociale zelfregulering betaald moet worden – in casu de minder goede allocatie van middelen en de verminderde concurrentie op de markten – zelden zal opwegen

tegen de baten. Voor kartels geldt bovendien nog dat degenen aan wie de baten van de samenwerking toevallen zelden dezelfde zijn als degenen die de kosten moeten dragen – veelal de minder goed georganiseerde consumenten –, zodat het zelfcorrigerend vermogen gering is. Hetzelfde geldt voor marktdominerende machtsconcentraties.

Een veel gehoorde opvatting is dat de Nederlandse economie zo open is dat de internationale concurrentie ondoelmatig producerende ondernemingen onmiddellijk zou afstraffen. Het is waar dat Nederland een zeer open economie heeft. Maar dat wil niet zeggen dat er daarom ook voldoende concurrentie in alle of alle belangrijke sectoren van de Nederlandse economie heerst. Niet alle goederen en diensten worden internationaal verhandeld. Veelal wordt als maatstaf voor de mate van openheid van onze economie het import- en/of exportaandeel in het bruto binnenlands produkt gehanteerd. Op basis van deze maatstaf zou de Nederlandse economie een openheid van tussen de 50% en 60% kennen. Voor productie- of inkomensdoeleinden is dat een goede maatstaf. Voor de invloed van import en export op onze marktverhoudingen is het echter beter om als maatstaf te nemen welk deel van alle op de Nederlandse markten afgezette goederen en diensten geïmporteerd wordt. Uit het Centraal Economische Plan 1995 blijkt dat circa 25% van alle in de Nederlandse marktsector afgezette goederen en diensten rechtstreeks uit het buitenland komt. Anders gezegd: voor zeker driekwart van de goederen- en dienstenafzet zijn de binnenlandse concurrentieverhoudingen bepalend voor de prijs/kwaliteitsverhouding!

Deze benadering geeft aan dat een flink deel van onze nationale markten nog relatief beschut is tegen directe importconcurrentie. Met de nadruk op de toevoegingen «nog» en «relatief». Op langere termijn mogen ondernemingen er niet van uitgaan dat hun markt afgeschermd zal blijven. De druk vanuit het buitenland wordt langzaam groter, zeker nu de globalisering van de internationale economie zo nadrukkelijk gestalte krijgt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de stijging van importconcurrentie over de afgelopen jaren. Maar ook de toenemende bereidheid van Nederlandse of in Nederland producerende ondernemers om hun (deel)activiteiten elders te vestigen draagt bij aan de druk vanuit het buitenland. Deze trends zijn onmiskenbaar. Zij beklemtonen het eerder geschetste beeld dat de internationale concurrentie scherper wordt en steeds dieper doordringt in de Nederlandse economie.

Dit alles neemt niet weg dat in die sectoren die nog niet of nauwelijks te maken hebben met import, inefficiënte productie soms gedurende langere tijd kan blijven bestaan. Dit is vooral het geval als de internationale handelsbarrières hoog zijn of wanneer het produkt zich niet leent voor handel en wanneer het ook niet indirect – als intermediair produkt of anderszins – met wèl internationaal verhandelde produkten of diensten samenhangt. Te denken valt aan onderdelen van de bouw, van de (voormalige) nutssectoren, van financiële dienstverlening (het betalingsverkeer), onderdelen van het personen- en beroepsgoederenvervoer, van de detailhandel en van de consumptieve dienstverlening, waaronder de vrije-beroepsgroepen. In deze relatief beschutte sectoren is de Nederlandse afnemer aangewezen op de Nederlandse producent en de doelmatigheid van de binnenlandse concurrentie. Nederland is geen groot land zodat in een belangrijk aantal sectoren slechts enkele ondernemingen voor die concurrentie moeten zorgen, dit ondanks het relatief grote aantal tot het midden- en kleinbedrijf behorende ondernemingen dat Nederland rijk is. Macro-economisch onderzoek naar de effecten van concurrentie of de afwezigheid daarvan op de nationale economie is niet eenvoudig. De beschikbare empirische aanwijzingen van macro-economische schade als gevolg van het jarenlang onderbelichte belang van een goede marktwerking in Nederland, wijzen in de richting van substantiële verliezen in termen van het scheppen van werkgelegenheid, economische groei en exportafzet.

Het economisch beeld van Nederland in het midden van de jaren negentig is dat van een economie waarin met name in de relatief beschutte sectoren nog te veel vertrouwd wordt op de gevestigde posities en waarin continuïteit, traditie en concurrentiebeperkende samenwerking nogal eens de voorrang krijgen boven individuele risico's, ondernemerschap en durf. Recent gezaghebbend economisch onderzoek van onder andere Porter geeft aan dat de sleutel voor internationaal succes met name ligt in een sterk concurrerende thuismarkt en dat de economische toekomst van Nederland de komende vijftientig jaar afhangt van het succes waarmee een cultuuromslag in die zin de komende jaren gemaakt kan worden (Nederland in Drievoud, Centraal Planbureau 1992). De eisen die de internationale concurrentie en de mondiale consument aan het einde van de twintigste eeuw stellen, vergen in toenemende mate een alertheid, flexibiliteit en vernieuwingsgezindheid die zich slecht verhoudt met de heersende cultuur van bescherming van posities op de nationale markt en inperking van het primaat van de markt ten gunste van gevestigde belangen.

Het nieuwe mededingingsbeleid zal een bijdrage kunnen en moeten leveren aan de vereiste cultuuromslag. Beperking van de concurrentie door mededingingsbeperkende afspraken of door misbruik van een economische machtspositie wordt afgewezen, zij het dat concurrentiebeperkingen bij nuttige vormen van samenwerking aanvaardbaar kunnen zijn. Tevens wordt toezicht op structurele ingrepen in de concurrentieverhoudingen door concentratievorming van ondernemingen, zoals fusies, overnames en de totstandbrenging van gemeenschappelijke ondernemingen, als een onmisbaar element van het mededingingsbeleid beschouwd.

## *2.2 Intensivering van het mededingingsbeleid op de kortere termijn*

Zoals in paragraaf 1 is aangegeven, zouden om met de intensivering van het mededingingsbeleid zo snel mogelijk resultaten te bereiken in eerste instantie de mogelijkheden van de Wet economische mededinging zoveel mogelijk worden benut. Dat heeft geresulteerd in de totstandkoming van drie generieke onverbindendverklaringen op basis van artikel 10 van de Wet economische mededinging van categorieën zware mededingingsregelingen. De eerste, het Besluit horizontale prijsbinding, is met ingang van 1 juli 1993 in werking getreden. De andere twee, het Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen en het Besluit marktverdelingsregelingen, zijn beide met ingang van 1 juni 1994 in werking getreden.

Bovendien zijn bij de Wet van 2 november 1994 tot wijziging van de Wet economische mededinging (vergroting van de effectiviteit) (Stb. 1994, 801) in die wet wijzigingen aangebracht, die wenselijk waren ten behoeve van een grotere effectiviteit van de wet en de daarop gebaseerde maatregelen. Het systeem van de Wet economische mededinging, met zowel de mogelijkheid in afzonderlijke gevallen op te treden tegen een mededingingsregeling en tegen misbruik van een economische machtspositie (misbruiktoezicht), als de mogelijkheid van algemeenverbindendverklaring van een mededingingsregeling, alsook de mogelijkheid van generieke onverbindendverklaring, is daarbij als zodanig ongewijzigd gebleven.

## *2.3 Overwegingen voor de nieuwe mededingingswet*

Met de vaststelling van de drie generieke onverbindendverklaringen en de wijziging van de Wet economische mededinging zijn belangrijke stappen gezet naar een geïntensiveerd mededingingsbeleid. Ik ben evenwel van mening dat een fundamentele herziening van de Nederlandse mededingingswetgeving daartoe noodzakelijk is.

In de eerste plaats moet voor mededingingsafspraken en voor misbruik van een economische machtspositie een verbodssysteem ingevoerd worden.

Zoals in paragraaf 2.1 is aangegeven, worden concurrentiebeperkingen door mededingingsafspraken en door misbruik van een economische machtspositie afgewezen. Concurrentiebeperkingen hebben immers in het algemeen concrete negatieve effecten, zoals verstarring van de aanbodstructuren, vermindering van de vernieuwingsprikkel, vermindering van de prikkel tot efficiënt produceren, een opwaartse druk op de prijzen en een negatief welvaartseffect. Bij een dergelijk uitgangspunt van het mededingingsbeleid past het misbruikssysteem van de Wet economische mededinging niet meer, ook al biedt dat tevens de mogelijkheid van generieke onverbindendverklaring.

Daarbij komt dat ook na de wijziging van de Wet economische mededinging ter vergroting van de effectiviteit aan de systematiek van die wet nadelen verbonden blijven, waardoor zij niet zal kunnen voldoen aan de nieuwe eisen die het geïntensiveerde mededingingsbeleid stelt. Zo is de doelmatigheid van de generieke onverbindendverklaring beperkt. Zij kan immers slechts betrekking hebben op een daarbij aangewezen type mededingingsregelingen, terwijl kartels vaak verschillende vormen van concurrentiebeperking inhouden. Het vaststellen van verschillende generieke onverbindendverklaringen voor verschillende typen mededingingsregelingen komt aan dat bezwaar tegemoet, maar kan tot afbakeningsproblemen leiden. De systematiek van generieke onverbindendverklaring, gecombineerd met een strafrechtelijk verbod van gedragingen waarmee hetzelfde wordt beoogd als met de onverbindend verklaarde mededingingsregelingen, is bovendien omslachtig en leidt tot een moeilijke bewijsvoering. Van het misbruiktoezicht is het nadeel dat het weinig doeltreffend is, omdat van geval tot geval moet worden opgetreden. Bovendien is het aan de Minister van Economische Zaken om aan te tonen waarom een mededingingsafpraak of de gedragingen van ondernemingen met een economische machtspositie in strijd zijn met het algemeen belang. Optreden tegen misbruik van een economische machtspositie is alleen mogelijk, zolang dat misbruik voortduurt. Dat brengt met zich mee dat, wanneer dat misbruik wordt beëindigd, voor de periode gedurende welke het zich heeft voorgedaan geen boete meer kan worden opgelegd. Van een dergelijk systeem gaat geen preventieve werking uit.

Ik acht het daarom noodzakelijk het systeem van de Wet economische mededinging te vervangen door een verbodssysteem. Het ligt in de rede dat zoveel mogelijk te laten aansluiten bij het verbodssysteem van de EG-mededingingsregels. In de EG-lid-staten is sprake van een spontane harmonisatie van de mededingingswetten met de EG-mededingingsregels en het zou niet in het belang van Nederland en het Nederlandse bedrijfsleven zijn voor een afwijkend verbodssysteem te kiezen. Voorts zijn de EG-mededingingsregels al rechtstreeks van toepassing op een belangrijk deel van het Nederlandse bedrijfsleven en ook voor het deel waarvoor dat niet het geval is, is het wenselijk dat daarvoor vergelijkbare mededingingsregels gelden. Bovendien is dat in overeenstemming met het zogenaamde subsidiariteitsbeginsel, op basis waarvan de Commissie zaken die onder de EG-mededingingsregels vallen, maar primair een nationaal karakter hebben, aan de nationale mededingingsautoriteiten overlaat.

In de tweede plaats acht ik het noodzakelijk een systeem van concentratietoezicht in te voeren. Zoals is aangegeven in paragraaf 2.1, is dat een onmisbaar element van het mededingingsbeleid. Naast mededingingsafspraken en misbruik van een economische machtspositie kunnen immers ook concentraties een bedreiging vormen voor de mededinging. Dat is het geval, als door fusies of overnames economische machtsposities ontstaan of worden versterkt. Tot nu toe is er in Nederland

geen wettelijke regeling met betrekking tot concentratietoezicht. Op het niveau van de Europese Gemeenschap en in het overgrote deel van de EG-lid-staten is inmiddels concentratietoezicht ingevoerd. De EG-concentratieregels zijn alleen van toepassing op zeer grote concentraties met een Europese dimensie. Met betrekking tot concentraties die niet die omvang of die dimensie hebben, zijn in beginsel de mededingingsautoriteiten van de EG-lid-staten zelf bevoegd tot optreden. Net zoals aansluiting van de Nederlandse mededingingsregels bij die van het EG-recht wenselijk is, heeft ook aansluiting van het Nederlandse systeem van concentratietoezicht bij dat van het EG-recht de voorkeur.

### **3. Adviezen van de Sociaal-Economische Raad en van de Commissie economische mededinging<sup>1</sup>**

#### *3.1 De adviesaanvraag*

In de adviesaanvraag aan de Sociaal-Economische Raad en aan de Commissie economische mededinging wordt voorgesteld dat de mededingingswet, naar analogie van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, een verbod zal inhouden van mededingingsafspraken en onderling afgestemde feitelijke gedragingen en van misbruik van een economische machtspositie. De EG-vrijstellingen zullen in beginsel worden overgenomen en tevens zal worden voorzien in vrijstellings- en ontheffingsmogelijkheden met criteria ontleend aan het EG-Verdrag alsook in een bagatelvoorziening. De mededingingswet zal, aldus de adviesaanvraag, voorlopig niet voorzien in enige vorm van concentratietoezicht. De aandacht zal gericht worden op een zo doelmatig mogelijke wettelijke regeling van het verbod van mededingingsafspraken en dat van misbruik van een economische machtspositie. De nieuwe mededingingswet zal bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Met de uitvoering en handhaving zal een bij wet aan te wijzen ambtelijke dienst worden belast, ondergeschikt aan de Minister van Economische Zaken.

#### *3.2 De adviezen*

Het advies van de Commissie economische mededinging

De Commissie economische mededinging stemt in met een mededingingswet, waarbij het misbruikstelsel van de Wet economische mededinging wordt vervangen door een op de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag georiënteerd verbodstelsel. Zij heeft een voorkeur voor een verbod van horizontale en verticale regelingen, evenwel zonder verplichte aanmelding van verticale regelingen en met een ruimhartig bagatelcriterium. De overgrote meerderheid van de commissie is voorstander van nationaal concentratietoezicht. Dat zou achterwege kunnen blijven, als in 1996 meer concentraties binnen de reikwijdte van de Europese concentratieverordening zouden komen te vallen. De commissie vraagt, gezien de keuze in de adviesaanvraag voor bestuursrechtelijke handhaving van de mededingingswet, bij de uitwerking daarvan nadrukkelijk aandacht voor regeling van de bevoegdheden en rechtswaarborgen. De commissie vindt dat de bevoegdheid tot het vaststellen van sanctiebeschikkingen moet worden toegekend aan een zelfstandig bestuursorgaan. De meerderheid van de commissie wil ook de overige uitvoeringsbevoegdheden aan dat zelfstandige bestuursorgaan opdragen, een minderheid aan een onder de Minister van Economische Zaken ressorterende ambtelijke dienst. De commissie ziet geen aanleiding in de mededingingswet voorzieningen te regelen voor de decentrale toepassing van de artikelen 85, eerste lid, en 86 van het EG-Verdrag. Evenmin acht zij het wenselijk te voorzien in de mogelijkheid tot algemeenverbindendverklaring van mededingingsafspraken. Zou daaraan toch behoefte

---

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij de afdeling  
Parlementaire Documentatie.



bestaan, dan zou die mogelijkheid in een bijzondere wet geregeld moeten worden, met medebetrokkenheid van de Minister van Economische Zaken.

#### Het advies van de Sociaal-Economische Raad

De Sociaal-Economische Raad stemt in met een verbodswet die zoveel mogelijk aansluit bij de EG-mededingingsregels. Een deel van de raad is voorstander van een verbod van zowel horizontale als verticale mededingingsafspraken, met doorwerking van de EG-vrijstellingen. Een ander deel echter wil alleen een verbod voor horizontale mededingingsafspraken en een misbruiktoezicht voor verticale mededingingsafspraken. Voorts meent de raad dat de bagatelvoorziening aanzienlijk verruimd dient te worden. De raad is voorstander van een, aan de Europees-rechtelijke jurisprudentie te ontleen, verbod van misbruik van een economische machtspositie. De raad vraagt aandacht voor de mogelijkheid van concurrentievervalsing door overheden. Hij is voorstander van een bijzondere ontheffingsmogelijkheid voor mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen die samenhangen met vervulling van taken ten dienste van algemeen belang, echter onder stringente voorwaarden en op EG-verdragsconforme wijze. De raad is geen voorstander van een mogelijkheid van algemeenverbindend-verklaring. Een eventuele mogelijkheid van algemeenverbindend-verklaring van convenanten, waarvoor op basis van de mededingingswet een ontheffing is verleend, dient in een bijzondere wet te worden geregeld. In de mededingingswet zouden de voorwaarden geregeld moeten worden voor decentrale toepassing van de artikelen 85, eerste lid, en 86 van het EG-Verdrag. Voor een keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving is een nadere afweging van voor- en nadelen nodig. Indien gekozen wordt voor bestuursrechtelijke handhaving, zouden de ontheffingsbevoegdheid en de onderzoeks- en opsporingsbevoegdheid opgedragen moeten worden aan een ambtelijke dienst. De bevoegdheid tot het vaststellen van sanctiebeschikkingen zou opgedragen moeten worden aan een zelfstandig bestuursorgaan, of aan een ambtelijke dienst maar met een omschrijving van de mogelijkheden van de Minister van Economische Zaken om aanwijzingen te geven en die aanwijzingen te publiceren. Een deel van de raad is voorstander van een doelmatig en snel werkend nationaal stelsel van toezicht op concentraties, een ander deel is tegen nationaal concentratietoezicht.

#### **4. Uitgangspunten van de mededingingswet**

Mede naar aanleiding van de instemmende adviezen van de Sociaal-Economische Raad en van de Commissie economische mededinging voorziet dit wetsvoorstel in een verbod in van mededingingsafspraken en van misbruik van een economisch machtspositie, alsmede in een vorm van concentratietoezicht. In hoeverre de adviezen zijn gevolgd zal bij de toelichting van de afzonderlijke aspecten van het voorstel van wet aan de orde komen. Bij de opstelling van het voorstel van wet heb ik de volgende uitgangspunten in acht genomen.

Het eerste uitgangspunt is dat concurrentie goed is, maar dat ook bepaalde vormen van samenwerking tussen ondernemingen tot maatschappelijke voordelen kunnen leiden. Wel moeten die ondernemingen aannemelijk maken dat die samenwerking dat soort voordelen met zich mee zal brengen. Ook moeten zij aannemelijk maken dat de aan die samenwerking verbonden concurrentiebeperving niet verder gaat dan noodzakelijk is om die voordelen te bewerkstelligen, en dat er voldoende concurrentie op de desbetreffende markt overblijft.

De mededingingswet zal gericht zijn op het tegengaan van de ongewenste economische effecten van concurrentiebepervingen. In het

voorstel van wet is het criterium voor het van toepassing zijn van de verbodsbepalingen dan ook niet de juridische vorm van de concurrentiebeperking, maar de inhoud daarvan.

De bepalingen inzake mededingingsafspraken en misbruik van een economische machtspositie in dit wetsvoorstel zijn georiënteerd op die uit het EG-Verdrag, maar zijn geen kopie daarvan. Niet alle bepalingen en criteria uit de EG-mededingingsregels zijn passend voor een nationale mededingingswet. Het gaat daarbij vooral om belangen die samenhangen met en criteria die zijn afgestemd op de verhoudingen op de Europese markt. Een voorbeeld is het element van de «beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten» uit de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, dat niet is overgenomen in het verbod van mededingingsafspraken in artikel 6 en het verbod van misbruik van een economische machtspositie in artikel 24 van het voorstel van wet. Een ander voorbeeld zijn de criteria uit de EG-Bagatelbekendmaking die niet zijn overgenomen in de bagatelvrijstelling in artikel 7. Uitgangspunt is wel, dat de mededingingswet niet strenger en niet soepeler zal zijn dan de EG-mededingingsregels. Met het zoveel mogelijk overnemen van de formulering van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag wordt beoogd, dat de toepassing van de mededingingswet in belangrijke mate wordt beïnvloed door de beschikkingenpraktijk van de Commissie en door de jurisprudentie van het Gerecht van eerste aanleg en van het Hof van Justitie van de EG. Ook het systeem van concentratietoezicht in het voorstel van wet sluit zoveel mogelijk aan bij dat van het EG-recht.

Het wetsvoorstel is van toepassing op ondernemingen, in de betekenis van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag. Onder dat begrip onderneming valt iedere entiteit die aan het economisch proces, gericht op het produceren of distribueren van goederen of het verlenen van diensten, deelneemt. Dat geldt ongeacht de rechtsvorm of de wijze van financiering van die entiteit en ongeacht of er sprake is van een winst oogmerk. Ondernemingen kunnen natuurlijke personen of rechtspersonen zijn, private bedrijven of overheidsbedrijven, producenten, distributeurs, dienstverleners en vrije-beroepsbeoefenaren. Het voorstel van wet is, evenals de EG-mededingingsregels en de Wet economische mededinging, op alle sectoren van toepassing. Wel wordt onderkend dat met name sectoren waarin ondernemingen zijn belast met taken van algemeen economisch belang, een bijzonder karakter hebben. Dat betekent echter niet dat die sectoren buiten de toepassing van het mededingingsbeleid blijven, maar wel dat daarvoor bijzondere mededingingspolitieke normen gelden.

Wat de territoriale werkingssfeer betreft is voor het van toepassing zijn van het verbod van mededingingsafspraken niet bepalend de plaats waar een mededingingsafpraak wordt gemaakt of waar de betrokken ondernemingen gevestigd zijn. De beslissende factor voor het van toepassing zijn van dat verbod is de plaats waar een mededingingsafpraak ten uitvoer wordt gelegd (vgl. arrest inzake Houtslijp, HvJEG, gevoegde zaken 89, 104, 114, 166, 117 en 125 tot en met 129/85, JUR. 1988, blz. 5242–5244). Voor het van toepassing zijn van het verbod van misbruik van een economische machtspositie is bepalend of er sprake is van misbruik van een machtspositie op de Nederlandse markt. De bepalingen inzake concentratietoezicht van het voorstel van wet zijn alleen van toepassing als ten gevolge van een voorgenomen concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of een bestaande economische machtspositie zal worden versterkt op de Nederlandse markt. Bij de handhaving van de mededingingswet zal de Nederlandse uitvoeringsinstantie haar bevoegdheden alleen kunnen uitoefenen binnen het Nederlandse grondgebied. Dat betekent dat zij de naleving van de mededingingswet door ondernemingen kan afdwingen als die in Nederland gevestigd zijn of in Nederland dochterondernemingen of nevenvestigingen hebben.

Het voorstel van wet stelt regels omtrent de economische mededinging. Onderwerpen van bijvoorbeeld ordelijk economisch verkeer, oneerlijke concurrentie enz. worden daarin niet geregeld, omdat dat de doelstelling van het voorstel van wet te buiten zou gaan.

Ten slotte is bij de opstelling van het wetsvoorstel gestreefd naar een evenwicht tussen een doelmatige handhaving van de mededingingswet en voldoende rechtswaarborgen.

## **5. Mededingingsafspraken**

### *5.1 Het verbod van mededingingsafspraken*

#### 5.1.1 Vormen van mededingingsafspraken

Bij de formulering van het verbod van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in artikel 6 van het voorstel van wet is zoveel mogelijk aangesloten bij artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag.

Het verbod van artikel 6 is van toepassing op verschillende vormen van mededingingsafspraken.

In de eerste plaats vallen onder het verbod overeenkomsten, in de zin van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag, tussen ondernemingen. Het gaat daarbij niet alleen om juridisch bindende overeenkomsten naar burgerlijk recht. Van een overeenkomst in de zin van het verbod is al sprake, als tussen ondernemingen consensus bestaat om hun concurrentiegedrag te regelen. Daartoe is voldoende dat ondernemingen de bedoeling hebben om rekening te houden met elkaars belangen en zich te onderwerpen aan economische, sociale of morele druk. Bovendien is van een overeenkomst in de zin van dat artikel ook sprake, als de betrokken ondernemingen consensus bereiken via een derde. Dat kan een gemeenschappelijke leverancier of licentiegever zijn, die het concurrentiegedrag van die ondernemingen bepaalt. Een vergelijkbare constructie is die, waarbij kartelleden ieder afzonderlijk met een gemeenschappelijk kartelbureau concurrentiebeperkende afspraken maken.

In de tweede plaats vallen onder het verbod besluiten van ondernemersverenigingen in de zin van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag. Onder ondernemersvereniging wordt iedere organisatie verstaan die een aantal ondernemingen verenigt. Zij hoeft niet de juridische vorm van een vereniging te hebben en hoeft zelfs geen rechtspersoonlijkheid te bezitten.

In de derde plaats vallen onder het verbod «onderling afgestemde feitelijke gedragingen» als bedoeld in artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG houdt dat begrip in een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking. Parallel gedrag mag op zichzelf niet met onderling afgestemd feitelijk gedrag worden gelijkgesteld, maar kan daar wel een aanwijzing voor zijn. Een eenzijdige «aanbeveling», bijvoorbeeld van een leverancier aan een afnemer betekent op zichzelf geen inbreuk op het verbod. Als die aanbeveling evenwel door de afnemer wordt opgevolgd en dit door de leverancier wordt gecontroleerd, is er sprake van verboden onderling afgestemd feitelijk gedrag. Ook aanbevelingen die zijn gebaseerd op een horizontale overeenkomst of op een besluit van een ondernemersvereniging kunnen onder het verbod vallen, als het opvolgen daarvan een concurrentiebeperkend effect heeft.

Volgens artikel 6 zijn overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen verboden, als zij ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Overeenkomsten en besluiten vallen onder dat verbod, als

duidelijk is dat zij die strekking hebben, ongeacht of zij ook dat gevolg hebben. Die strekking kan blijken uit de overeenkomst of het besluit zelf of uit de omstandigheden. Onderling afgestemd feitelijk gedrag valt naar zijn aard eerst onder het verbod, als er een begin van uitvoering heeft plaatsgevonden. Van een feitelijk mededingingsbeperkend gevolg hoeft daarvoor geen sprake te zijn.

#### 5.1.2 Inhoud van de mededingingsbeperking

Artikel 6 van het voorstel van wet is alleen van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij twee of meer ondernemingen zijn betrokken die ten opzichte van elkaar een mate van zelfstandigheid hebben, die hen in staat stelt hun marktgedrag onafhankelijk van elkaar te bepalen. Bij concernrelaties zal, al naar gelang de mate van zeggenschap van de moedermaatschappij over de dochtermaatschappij, van een dergelijke zelfstandigheid geen sprake zijn. Een afspraak tussen de staat en een onderneming valt niet onder het verbod, maar een afspraak tussen een overheidsbedrijf en een andere onderneming wel.

Artikel 6 is niet van toepassing op overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers respectievelijk werkgevers- en werknemersorganisaties voor zover het betreft lonen en andere arbeidsvoorwaarden in de zin van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst. Ook hier is aangesloten bij de EG. Dat overeenkomsten betreffende lonen en andere arbeidsvoorwaarden niet vallen onder artikel 85 van het EG-Verdrag staat niet expliciet in de tekst, maar is een uitgangspunt dat niet ter discussie staat, noch bij de Commissie noch bij de lid-staten. Ook de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG geeft geen aanleiding tot een andere opvatting.

In collectieve overeenkomsten kunnen ook afspraken worden vastgelegd die los staan van een regeling van de arbeidsvoorwaarden. Indien die afspraken moeten worden aangemerkt als een overeenkomst tussen de daarbij betrokken ondernemingen, die een verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging op een markt voor goederen of diensten inhoudt, zal het verbod van artikel 6 daarop wel van toepassing zijn.

Het verbod geldt niet alleen voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot de aanbodzijde, maar ook met betrekking tot de vraagzijde van de markt. Het verbod is ook bedoeld om vraagmacht tegen te gaan.

Mededingingsafspraken worden veelal gemaakt tussen ondernemingen die met elkaar in concurrentie staan, bijvoorbeeld tussen producenten, tussen groothandelaren of tussen detaillisten. Men spreekt dan van horizontale mededingingsafspraken. Ook is feitelijk sprake van een horizontale mededingingsafpraak, als ondernemingen die met elkaar in concurrentie staan, ieder afzonderlijk met een kartelbureau afspraken maken met als strekking of gevolg dat de onderlinge concurrentie wordt beperkt (pseudo-verticale kartels). Verticale mededingingsafspraken zijn afspraken tussen ondernemingen die niet met elkaar in concurrentie staan, bijvoorbeeld tussen een leverancier en een afnemer.

Het verbod van artikel 6 van het voorstel van wet is niet alleen van toepassing op horizontale, maar ook op verticale mededingingsafspraken. Dat komt overeen met de reikwijdte van het verbod van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag. Het is ook in overeenstemming met het advies van de meerderheid van de Sociaal-Economische Raad en met het advies van de Commissie economische mededinging. Naar aanleiding van de volgende overwegingen ben ik van mening dat ook verticale mededingingsafspraken onder het verbod van artikel 6 moeten vallen. In de eerste plaats hebben alle verticale mededingingsafspraken in zoverre een horizontaal effect, dat daardoor een onderneming in haar handelen wordt beperkt ten opzichte van andere ondernemingen die met haar in

concurrentie staan. Dat effect wordt versterkt wanneer, zoals bij verticale mededingingsafspraken meestal het geval is, bijvoorbeeld een leverancier met een groot aantal distributeurs dezelfde afspraken sluit (waaierconstructies). Tussen die distributeurs vindt dan een beperking van de concurrentie plaats. Verticale mededingingsafspraken vormen daarom vaak een alternatief voor horizontale mededingingsafspraken. Dergelijke netwerken van verticale mededingingsafspraken kunnen bovendien tot gevolg hebben, dat niet aangesloten distributeurs uitgesloten zijn van levering door de aangesloten leverancier en dat een niet aangesloten leverancier geen mogelijkheid heeft zijn goederen via de aangesloten distributeurs af te zetten. Een ander gevolg kan zijn dat distributeurs, doordat zij door leveranciers aan verkoopprijzen worden gebonden, hun omzet niet kunnen vergroten door hun verkoopprijzen te verlagen en ook geen kostenvoordelen kunnen doorgeven aan de consument. De bescherming die verticale mededingingsafspraken aan distributeurs bieden door bijvoorbeeld margegarantie, vermindert de stimulans tot doelmatigheid en leidt tot een opwaartse druk op het prijsniveau. Verticale mededingingsafspraken zijn vaak onderdeel van verticale samenwerkingsverbanden. In verband met het toenemen van het aantal van dat soort samenwerkingsverbanden is het van belang, dat zowel de concurrentie binnen die samenwerkingsverbanden (intra-brand-concurrentie) als tussen die samenwerkingsverbanden (inter-brand-concurrentie) zoveel mogelijk in stand blijft. Voor zover verticale mededingingsafspraken een flexibeler benadering behoeven, is dat te realiseren met een verbodstelsel met vrijstellings- en ontheffingsmogelijkheden. Een beperking van het verbod van mededingingsafspraken tot horizontale mededingingsafspraken met alleen de mogelijkheid van misbruiktoezicht voor verticale mededingingsafspraken, zoals een minderheid van de Sociaal-Economische Raad voorstelt, zou onvermijdelijk tot ingewikkelder regelgeving leiden. Het verbod zou immers wel moeten gelden voor verticale mededingingsafspraken die zijn gebaseerd op horizontale afspraken, bijvoorbeeld collectieve verticale prijsbinding, en voor pseudo-verticale kartels. Alleen de mogelijkheid van misbruiktoezicht, dat wil zeggen het tegen afzonderlijke afspraken optreden, zou bovendien juist bij verticale mededingingsafspraken ondoelmatig zijn, omdat die in zo groten getale voorkomen.

Voor de interpretatie van het verbod van artikel 6 van het voorstel van wet zullen de EG-bekendmakingen over het niet van toepassing zijn van het verbod van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag mede richtinggevend zijn. Die EG-bekendmakingen hebben betrekking op overeenkomsten tussen een principaal en een handelsagent (Bekendmaking van de Commissie van 24 december 1962 betreffende alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionaires (PBEG 1962, nr. 139, blz. 2921)) en op overeenkomsten betreffende samenwerking tussen ondernemingen (Bekendmaking van de Commissie van 29 juli 1968 inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende samenwerking tussen ondernemingen (PBEG 1968, C 75, gerectificeerd in PBEG 1968, C 84)).

Ook de Europeesrechtelijke beschikkingenpraktijk en jurisprudentie zullen mede richtinggevend zijn voor de reikwijdte van dat verbod. Zo heeft het Hof van Justitie van de EG, naar uit de huidige stand van de jurisprudentie blijkt, in een enkel geval een afspraak in verband met de bijzondere economische context van dat geval niet als een mededingingsbeperking in de zin van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag beschouwd (Remia, HvJEG, zaak 42/84, JUR. 1985, blz. 2566–2580; Gottrup-Klim, HvJEG arrest van 7 december 1994).

Ten slotte merk ik nog het volgende op over beperkingen van de prijsconcurrentie. Het verbod is niet alleen van toepassing op rechtens bindende prijsafspraken. Ook «aanbevolen prijzen» (adviesprijzen, richtprijzen) van een leverancier aan zijn afnemers kunnen onder het

verbod vallen, bijvoorbeeld als de naleving van de geadviseerde prijzen door de leverancier wordt gecontroleerd, of als de niet-naleving daarvan leidt tot bepaalde sancties. Alleen als de aanbevolen prijzen niet leiden tot onderling afgestemd feitelijk gedrag tussen de leverancier en zijn afnemers noch tussen die afnemers onderling, is er geen sprake van een inbreuk op het verbod. Zoals in paragraaf 5.1.1 is opgemerkt, kunnen ook aanbevelingen gebaseerd op een horizontale overeenkomst of op een besluit van een vereniging van ondernemingen, bijvoorbeeld met betrekking tot prijzen, onder het verbod vallen, als het opvolgen daarvan een concurrentiebeperkend effect heeft. Voorts vallen ook de zogenaamde «open-prijssystemen» onder het verbod. Het gaat daarbij om systemen waarbij de aangesloten ondernemingen hun eigen prijzen en voorwaarden vaststellen, maar verplicht zijn concrete informatie over prijzen, kortingen, prijswijzigingen en dergelijke aan elkaar mee te delen of aan een bureau te melden die die gegevens aan de aangesloten ondernemingen meedeelt. Dergelijke mededelingen hebben tot gevolg dat de betrokken ondernemingen zich minder geneigd voelen hun prijzen te wijzigen, omdat zij weten dat hun voornaamste concurrenten onmiddellijk daarvan op de hoogte worden gesteld en dus zullen kunnen reageren. Dergelijke systemen verlenen de prijzen een zekere onbeweeglijkheid in die zin dat, wanneer een prijswijziging optreedt, zij min of meer collectief is.

### 5.1.3 Merkbaarheidsvereiste

Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG is het verbod van artikel 85 van het EG-Verdrag alleen van toepassing, als een mededingingsafpraak de concurrentie «merkbaar» beperkt. Het begrip «merkbaar» is in de jurisprudentie van het Hof nader uitgewerkt.

De Commissie heeft ten behoeve van middelgrote en kleine ondernemingen in haar zogenaamde Bagatelbekendmaking (Bekendmaking van de Commissie van 3 september 1986 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap vallen (PbEG C 231/12) kwantitatieve grenzen aangegeven, waarbeneden zij in de regel niet tegen een kartel zal optreden. Bij de interpretatie van artikel 6 van het voorstel van wet dient de EG-Bagatelbekendmaking naar mijn mening buiten beschouwing te blijven. De Bagatelbekendmaking bevat slechts beleidsregels en noch de Europese noch de nationale rechter is daaraan gebonden. De daarin gebezigde criteria zijn bovendien afgestemd op de afbakening van de reikwijdte van de Europese mededingingsregels en zijn daarom niet passend voor een nationale mededingingswet.

Wel ligt het in de rede dat voor de interpretatie van het verbod van mededingingsafspraken in artikel 6 de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG met betrekking tot het «merkbaarheidsvereiste» mede richtinggevend is. Het Hof van Justitie van de EG, zo is uit zijn jurisprudentie af te leiden, beoordeelt de merkbaarheid in het licht van de economische en juridische context van de desbetreffende afspraak en zijn strekking en gevolg met inbegrip van de cumulatieve gevolgen van parallelle afspraken. Het Hof hanteert geen kwantitatieve criteria, maar betreft in zijn overwegingen of de desbetreffende afspraak een onbetekend effect op de markt heeft, in aanmerking genomen de zwakke positie van de betrokken ondernemingen op de markt voor het produkt of de dienst in kwestie.

## 5.2 Bagatelvoorziening

### 5.2.1 De bedoeling van de bagatelvoorziening

Bij de bagatelvoorziening van artikel 7 van het voorstel van wet gaat het

er om mededingingsafspraken vrij te stellen die vanuit een oogpunt van het Nederlandse mededingingsbeleid van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. Mijn overweging daarbij is dat ter bevordering van de doelmatigheid van de uitvoering van de mededingingswet, die uitvoering gericht moet zijn op zaken die uit een oogpunt van mededinging van ten minste enig belang zijn. Tevens ben ik van mening dat de bagatelvoorziening ertoe kan bijdragen de lasten voor kleinere ondernemingen zoveel mogelijk te beperken.

De bagatelvoorziening is niet, zoals de EG-Bagatelbekendmaking, een uitwerking van het merkbaarheidsvereiste en daarmee van de reikwijdte van het verbod van mededingingsafspraken. De bagatelvoorziening heeft betrekking op mededingingsafspraken die weliswaar onder het verbod vallen, maar die niettemin uit een oogpunt van mededinging van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. Het gaat bij de bagatelvoorziening bovendien niet om een bekendmaking van beleidsregels, zoals bij de EG-Bagatelbekendmaking, maar om een vrijstelling. Artikel 7, eerste lid, van het wetsvoorstel voorziet in een vrijstelling van mededingingsafspraken die liggen beneden bepaalde grenzen met betrekking tot het aantal en de gezamenlijke omzet van de bij een mededingingsafpraak betrokken ondernemingen. Daarnaast biedt artikel 7, tweede lid, de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur bepaalde categorieën mededingingsafspraken vrij te stellen, die vanuit een oogpunt van mededinging van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn.

Wat de verhouding van de bagatelvrijstelling tot de reikwijdte van het verbod van artikel 6 betreft, merk ik op dat dit twee verschillende zaken zijn. Zoals is aangegeven in paragraaf 5.1.3, ligt het in de rede dat verbod te interpreteren volgens de, aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG ontleende, criteria voor een «merkbare beperking van de mededinging». Dat zijn andere criteria dan de bagatelcriteria. Daarom valt niet uit te sluiten dat een afspraak, hoewel die boven de bagatelgrenzen ligt, volgens de criteria voor een «merkbare beperking van de mededinging» toch buiten de reikwijdte van dat verbod valt.

#### 5.2.2 Kwantitatieve bagatelcriteria

De vrijstelling van artikel 7, eerste lid, van het voorstel van wet heeft betrekking op mededingingsafspraken die uit een oogpunt van mededinging van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn vanwege de geringe marktmacht van de aangesloten ondernemingen. Dat is in de bagatelvrijstelling tot uitdrukking gebracht met kwantitatieve criteria.

In de adviesaanvraag is voorgesteld de bagatelcriteria uit de drie generieke onverbindendverklaringen, te weten het aantal en de gezamenlijke omzet van de bij een mededingingsafpraak betrokken ondernemingen, in de nieuwe mededingingswet over te nemen.

De Sociaal-Economische Raad vindt dat bij de bagatelvrijstelling ook het marktaandeel een rol moet spelen en dat het aantal aangesloten ondernemingen een te willekeurig criterium is. Het gezamenlijke omzet-criterium zou, vergeleken bij dat in de drie bedoelde maatregelen, verviervoudigd moeten worden om het in een redelijke verhouding tot het omzetcriterium van de EG-Bagatelbekendmaking te brengen. Als tegenwicht tegen die verruiming dient de mededingingswet te voorzien in de mogelijkheid op een vrijgestelde bagatel-mededingingsafpraak het verbod van mededingingsafspraken weer van toepassing te verklaren.

De Commissie economische mededinging gaat niet in op het type bagatelcriterium. Wel pleit ook zij ervoor de omzetgrenzen beter te laten aansluiten bij hetgeen in de Europese Gemeenschap gebruikelijk is. Zij is zich ervan bewust dat de omzetgrenzen van de EG mede gezien moeten worden in relatie tot de afbakening met nationaal beleid. Een ruime bagatelvrijstelling mag niet in de weg staan aan de mogelijkheid om op te treden tegen locale en regionale kartels.

Overeenkomstig de adviesaanvraag, maar in afwijking van de adviezen worden in artikel 7, eerste lid, van dit voorstel van wet dezelfde bagatelcriteria gehanteerd als in de drie generieke onverbindendverklaringen. Dat zijn het aantal en de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen. Dat type criteria blijkt in de praktijk te voldoen.

Wel geeft het marktaandeel als kwantitatief bagatelcriterium de betrouwbaarste aanwijzing in hoeverre een kartel in staat is de marktpositie van derde ondernemingen, afnemers, toeleveranciers en voorzieningsmogelijkheden te beïnvloeden. Het legt immers een rechtstreeks verband tussen een kartel en de markt die daardoor wordt beïnvloed. Uit bestuurlijk oogpunt heeft het marktaandeel als bagatelcriterium evenwel overwegend nadelen. Wat de relevante markt is, is alleen van geval tot geval te bepalen (naar produkt en plaats) en is niet in een algemeen toepasbare definitie te vatten. Het bepalen van het marktaandeel is zowel voor ondernemingen als voor de uitvoeringsinstantie niet eenvoudig. Het hanteren van het marktaandeelcriterium zou daarom leiden tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid en tot procedures over de vraag of de bagatelvrijstelling in een bepaald geval van toepassing is. Daardoor zou die vrijstelling niet beantwoorden aan het daarmee beoogde doel van een grotere doelmatigheid van de handhaving van de mededingingswet en een lastenvermindering voor met name kleinere ondernemingen. Ik acht het marktaandeel daarom als criterium in de rechtstreeks werkende bagatelvrijstelling niet geschikt.

Daarentegen zijn bij de criteria van het aantal en de gezamenlijke omzet van de aangesloten ondernemingen, de gegevens die nodig zijn om te bepalen of aan die criteria wordt voldaan bij de betrokken ondernemingen bekend en voor de uitvoeringsinstantie verifieerbaar. Door de gezamenlijke omzet als criterium te nemen wordt rekening gehouden met de positie van de betrokken ondernemingen op de desbetreffende markt als geheel, ongeacht of die ondernemingen van min of meer gelijke of van verschillende omvang zijn. Om met de verschillen in toegevoegde waarde tussen produktie en handel enerzijds en dienstverlening anderzijds rekening te houden wordt het gezamenlijke omzet-criterium gedifferentieerd. Zou evenwel slechts het gezamenlijke omzet-criterium gehanteerd worden, dan zou het met name op regionale en lokale markten kunnen voorkomen dat alle ondernemingen bij een bepaalde mededingingsafpraak zijn aangesloten, zonder dat hun gezamenlijke omzet boven de gestelde grens ligt. Om te voorkomen dat dat soort marktbeheersende mededingingsafspraken wordt vrijgesteld, is behalve de omzet ook het gezamenlijke aantal van de aangesloten ondernemingen aan een maximum gebonden.

Het aantal en de gezamenlijke omzet die in artikel 7, eerste lid, als bagatelcriteria vermeld zijn, zijn gelijk aan die in de drie generieke onverbindendverklaringen. Voor het in meer in verhouding brengen van die omzetgrens met de omzetgrens in de EG-Bagatelbekendmaking, zoals de Sociaal-Economische Raad en de Commissie economische mededinging adviseren, zie ik geen aanleiding. Zoals is uiteengezet in paragraaf 5.2.1, heeft de EG-Bagatelbekendmaking een andere functie dan de nationale bagatelvrijstelling. Daar komt bij dat in de EG-Bagatelbekendmaking de omzetgrens samenhangt met de marktaandeelgrens, terwijl in artikel 7, eerste lid, van het wetsvoorstel de omzetgrens wordt gecombineerd met het criterium van het gezamenlijk aantal aangesloten ondernemingen. Bij een hogere gezamenlijke omzet-grens zou vooral op regionale of lokale markten de kans groot zijn dat mededingingsafspraken van minder dan acht ondernemingen marktbeheersend zijn, maar niettemin beneden die hogere gezamenlijke omzet-grens vallen. Om dat te voorkomen is het noodzakelijk de gezamenlijke omzet-grens op een relatief laag niveau vast te stellen. Bovendien is de bagatelvrijstelling een «restvoorziening» naast alle andere vrijstellingen. Mocht in de toekomst blijken dat het gekozen niveau van de



bagatelcriteria niet meer passend is, dan kan dat ingevolge artikel 7, derde lid, bij algemene maatregel van bestuur worden gewijzigd.

Voorts merk ik op dat tussen de bagatelcriteria in artikel 7, eerste lid, en de criteria voor de werkingssfeer van het concentratietoezicht in artikel 29 van het voorstel van wet (zie paragraaf 10.5) geen relatie bestaat, omdat die criteria verschillende functies hebben. De bagatelcriteria zijn bedoeld als grens, waarvoor is gekozen op basis van de veronderstelling dat daarbeneden mededingingsafspraken uit een oogpunt van mededinging van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. De criteria voor de werkingssfeer van het concentratietoezicht geven de grens aan, waarboven onderzocht moet worden of er aanleiding is aan te nemen dat als gevolg van een concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt.

De berekening van de gezamenlijke omzet van de bij een mededingingsafpraak betrokken ondernemingen is geregeld in artikel 8 van het voorstel van wet. Ingevolge het eerste lid van dat artikel geschiedt die berekening op de voet van het bepaalde in artikel 377, zesde lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek voor de netto omzet.

Een gedetailleerde regeling van het begrip «betrokken ondernemingen» acht ik bij de bagatelvrijstelling niet nodig, omdat die voor kleinere ondernemingen is bedoeld. Ik geef er de voorkeur aan voor de invulling van het begrip «betrokken ondernemingen» aan te sluiten bij het in het bedrijfsleven bekende begrip «groep» als bedoeld in artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Daarom wordt in het tweede lid van artikel 8 bepaald dat, als een onderneming behoort tot een groep, voor de berekening van de omzet van die onderneming de omzetten van alle tot die groep behorende ondernemingen worden opgeteld. Voor de invloed die een mededingingsafpraak op een markt heeft, is immers niet alleen bepalend de omzet van de ondernemingen die partij zijn bij de desbetreffende overeenkomst of die gebonden zijn door het desbetreffende besluit of die betrokken zijn bij de desbetreffende onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Een dergelijke rechtstreeks bij een mededingingsafpraak betrokken onderneming kan weliswaar een geringe omzet hebben, maar de dochtermaatschappij zijn van een grote onderneming die haar bedrijfsbeleid bepaalt, of de moedermaatschappij zijn van een onderneming waarover zij zeggenschap heeft. Daarom wordt in dergelijke gevallen rekening gehouden met de omzet van de groep als geheel. Wel blijven ingevolge dat tweede artikellid voor de berekening van die omzet de transacties tussen de tot die groep behorende ondernemingen buiten beschouwing. Dat omzetcriterium is immers bedoeld als indicatie van de marktmacht van de groep ten opzichte van derde ondernemingen. Door de transacties tussen de tot de groep behorende ondernemingen buiten beschouwing te laten, beantwoordt dat criterium beter aan dat doel.

Op basis van het derde lid van artikel 8 blijven voor de berekening van de gezamenlijke omzet van een bij een mededingingsafpraak betrokken ondernemingen de transacties tussen die ondernemingen buiten beschouwing. Dat criterium is immers niet bedoeld als indicatie van de positie van die ondernemingen ten opzichte van elkaar, maar van hun gezamenlijke positie ten opzichte van derde ondernemingen.

In de praktijk komt dat erop neer dat, als een tot een groep behorende onderneming rechtstreeks is betrokken bij een mededingingsafpraak, de omzetten van alle tot die groep behorende ondernemingen bij elkaar opgeteld moeten worden, onder aftrek van de transacties tussen die ondernemingen. De aldus verkregen omzet moet weer worden opgeteld bij de omzetten van de andere bij die mededingingsafpraak betrokken ondernemingen, onder aftrek van de onderlinge transacties.

### 5.2.3 Kwalitatieve bagatelcriteria

Artikel 7, tweede lid, van het voorstel van wet heeft betrekking op

bepaalde categorieën mededingingsafspraken die vanuit een oogpunt van mededinging van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. Het gaat bij deze mededingingsafspraken dus niet primair om het geringe marktaandeel van de aangesloten ondernemingen, maar om het feit dat zij naar hun aard de mededinging slechts in geringe mate beperken. Met het oog op de doelmatigheid van de handhaving van de mededingingswet, acht ik het wenselijk dat ook die mededingingsafspraken kunnen worden vrijgesteld. Tevens is in die bepaling voorzien in de mogelijkheid de vrijstelling aan voorschriften en beperkingen, bijvoorbeeld een omzetgrens, te binden.

#### 5.2.4 Verbodsbeschikkingen voor bagatel-mededingingsafspraken

Artikel 9, eerste lid, van het voorstel van wet houdt de bevoegdheid in het verbod van artikel 6, eerste lid, alsnog van toepassing te verklaren op een mededingingsafpraak die onder de bagatelvrijstelling valt.

De Sociaal-Economische Raad is het ermee eens dat de mededingingswet in die bevoegdheid zal voorzien. Ook de Commissie economische mededinging wijst op het belang van die bevoegdheid.

Zoals uit paragraaf 5.2.2 valt af te leiden, geven de bagatelcriteria niet meer dan een aanwijzing van de marktmacht van de bij een mededingingsafpraak aangesloten ondernemingen. Het kan daarom voorkomen dat een afzonderlijke mededingingsafpraak, hoewel deze beneden de kwantitatieve bagatelgrenzen ligt, niet van duidelijk ondergeschikte betekenis blijkt te zijn. Het gaat dus om gevallen waarin de gekozen vrijstellingscriteria niet voldoende doeltreffend zijn gebleken. Ook een mededingingsafpraak van een type dat is vrijgesteld, omdat het naar zijn aard de mededinging in het algemeen slechts in geringe mate beperkt, kan toch blijken niet van duidelijk ondergeschikte betekenis te zijn. Zo valt niet uit te sluiten dat het aantal en de gezamenlijke omzet van de bij een mededingingsafpraak aangesloten ondernemingen beneden de bagatelgrenzen liggen, maar dat die ondernemingen tezamen een zodanig groot aandeel van de, locale of regionale, markt hebben dat zij die beheersen. Ook de ondernemingen die zijn aangesloten bij een mededingingsafpraak van een categorie die is vrijgesteld, kunnen gezamenlijk marktbeheersend zijn.

Ik heb overwogen om artikel 9, eerste lid, van het voorstel van wet zodanig te construeren dat een alsnog van toepassing verklaren van het verbod van artikel 6 vastgelegd zou moeten worden in algemene regels (algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling). Daarvan heb ik echter afgezien, omdat het in sterke mate van de concrete omstandigheden (zoals de aard van de mededingingsafpraak, de omvang van de betrokken ondernemingen en de kenmerken van de markt in kwestie) zal afhangen in hoeverre er aanleiding is van bedoelde bevoegdheid gebruik te maken. Een regeling die dergelijke uitzonderingsgevallen in algemene termen zou moeten beschrijven, zou al snel moeten volstaan met het als criterium stellen van bijvoorbeeld het gezamenlijke marktaandeel, het effect op de markt. In paragraaf 5.2.2 heb ik al aangegeven waarom het gezamenlijke marktaandeel geen geschikt criterium is om in een rechtstreeks werkende bepaling te worden gebruikt. Ook eventuele andere criteria zouden in te globale termen geformuleerd moeten worden dan dat zij zich lenen als criteria voor een rechtstreeks werkende bepaling. Nu die bevoegdheid bedoeld is om in zeer bijzondere omstandigheden te worden uitgeoefend, en daarvan naar ik verwacht niet vaak sprake zal zijn, twijfel ik bovendien aan de doelmatigheid van een algemene regeling op dit punt.

Het gaat om een ingrijpende bevoegdheid die verstrekende consequenties kan hebben voor de betrokken ondernemingen, die er immers in beginsel van uit zullen en mogen gaan dat de bagatelvrijstelling, als zij aan de desbetreffende criteria voldoen, zonder meer op hen van

toepassing is. Niettemin acht ik een dergelijke bevoegdheid nodig om ook in die gevallen waarin de bagatelvrijstelling van toepassing is maar toch sprake is van een mededingingsafpraak die een niet toelaatbare verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging oplevert, daartegen te kunnen optreden. De bevoegdheid wordt beperkt tot gevallen waarin zo'n mededingingsafpraak, «gezien de verhoudingen op de relevante markt in aanzienlijke mate afbreuk doet aan de mededinging». Bovendien treedt ingevolge artikel 9, vierde lid, een beschikking die op basis van die bevoegdheid is gegeven, niet eerder in werking dan zes weken na de datum van haar bekendmaking. Daarmee wordt aan de betrokken ondernemingen de mogelijkheid geboden hun afspraak of hun gedragingen aan te passen.

## **6. Vrijstellingen en ontheffingen**

### *6.1 Vrijstellingen*

#### 6.1.1 Doorwerking EG-vrijstellingen

Zoals is aangegeven in paragraaf 4, hanteer ik het uitgangspunt dat de nieuwe mededingingswet niet strenger en niet soepeler dient te zijn dan de EG-mededingingsregels. In verband daarmee zijn de EG-groepsvrijstellingen op basis van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag en andere vrijstellingen in de EG-verordeningen voor bepaalde sectoren in het voorstel van wet overgenomen. Dat is geschied door in artikel 12 te bepalen dat het verbod van artikel 6, eerste lid, niet geldt voor mededingingsafspraken waarvoor krachtens een verordening van de Raad van de Europese Unie of van de Commissie van de Europese Gemeenschappen artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag buiten toepassing is verklaard. Dat betekent zowel een vermindering van bestuurlijke lasten voor de overheid en van administratieve lasten voor het bedrijfsleven, alsook een optimale aansluiting bij het EG-mededingingsrecht en daarmee een grotere rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

#### 6.1.2 Doorwerking EG-vrijstellingen in «nationale» gevallen

De EG-vrijstellingen werken ingevolge artikel 13, eerste lid, van het voorstel van wet ook door voor mededingingsafspraken die niet binnen de reikwijdte van artikel 85 van het EG-Verdrag vallen, omdat zij de handel tussen EG-lid-staten niet beïnvloeden. Voorwaarde is dat die mededingingsafspraken, als zij wel binnen die reikwijdte zouden zijn gevallen, voldaan zouden hebben aan de voorwaarden van een EG-vrijstelling. Daarmee wordt bereikt dat mededingingsafspraken met en zonder interstatelijke werking gelijk worden behandeld.

In de adviesaanvraag is voorgesteld te voorzien in de mogelijkheid om bij de doorwerking van de EG-vrijstellingen aan mededingingsafspraken die niet onder artikel 85 van het EG-Verdrag vallen, strengere vrijstellingsvoorwaarden te stellen dan de EG-vrijstellingsverordeningen doen. Een dergelijke aanscherping zou evenwel naar mijn mening tot een ongelijke behandeling kunnen leiden van mededingingsafspraken, al naar gelang zij wel of niet tevens onder artikel 85 van het EG-Verdrag vallen. Daarom heb ik besloten niet te voorzien in een dergelijke bevoegdheid.

Artikel 13, tweede lid, houdt de bevoegdheid in om, als een mededingingsafpraak is vrijgesteld op basis van het eerste lid van dat artikel, daarop alsnog het verbod van artikel 6 van toepassing te verklaren. Deze bevoegdheid is in overeenstemming met de vergelijkbare bevoegdheid van de Commissie in de desbetreffende EG-vrijstellingen. De Commissie kan op een afzonderlijke mededingingsafpraak, die formeel onder een vrijstelling valt, maar desondanks gevolgen heeft die onver-

enigbaar zijn met de voorwaarden van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag, alsnog artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag van toepassing verklaren. In de desbetreffende EG-vrijstellingen zijn de omstandigheden waarin van een dergelijke onverenigbaarheid sprake kan zijn, nader uitgewerkt. Voorbeelden daarvan zijn het in een bepaald geval ontbreken van voldoende restconcurrentie, het misbruiken van de vrijgestelde mededingingsafspraken om de toetreding tot de markt te belemmeren, het ontbreken van wezenlijke voordelen voor de gebruikers. De in artikel 13, tweede lid, geregelde bevoegdheid draagt bij tot een gelijke behandeling van mededingingsafspraken met en zonder interstatelijke werking. Een op dat artikellid gebaseerde beschikking kan immers worden genomen als het soort omstandigheden zich voordoet waarin krachtens de desbetreffende EG-vrijstellingen aanleiding is voor de buitentoepassingverklaring daarvan.

Evenals bij de bevoegdheid het verbod van artikel 6 van het voorstel van wet alsnog van toepassing te verklaren op een afzonderlijke mededingingsafpraak die onder de bagatelvrijstelling valt (zie paragraaf 5.2.4), heb ik bij deze bevoegdheid overwogen of toepassing daarvan in algemene regels vastgelegd zou moeten worden. Ook bij deze bevoegdheid heb ik daarvan echter afgezien, omdat het in sterke mate van de concrete omstandigheden van het geval zal afhangen in hoeverre er aanleiding is van deze bevoegdheid gebruik te maken. Zoals blijkt uit de genoemde voorbeelden van omstandigheden waarin de Commissie van haar vergelijkbare bevoegdheid gebruik kan maken, zouden die omstandigheden in een regeling slechts in globale termen geformuleerd kunnen worden. Daardoor zou in belangrijke mate afbreuk worden gedaan aan de rechtszekerheid voor de betrokken ondernemingen. Ook deze bevoegdheid zal alleen in zeer bijzondere gevallen gebruikt worden, hetgeen naar verwachting niet vaak zal zijn. Een algemene regeling zou dan ook niet doelmatig zijn. Hoewel ook deze bevoegdheid ingrijpend is, acht ik haar toch nodig om op te treden in die gevallen waarin een afzonderlijke mededingingsafpraak formeel aan de criteria van een EG-vrijstelling voldoet maar niettemin een ontoelaatbare verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging oplevert. Ingevolge artikel 13, vijfde lid, van het voorstel van wet treedt een dergelijke beschikking niet eerder in werking dan zes weken na de datum van haar bekendmaking. In die periode hebben de betrokken ondernemingen de gelegenheid hun afspraak of hun gedrag aan te passen.

### 6.1.3 Doorwerking EG-ontheffingen

Ingevolge artikel 14 van het voorstel van wet werken ook EG-ontheffingen op basis van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag door in de nationale mededingingswet. Ik acht dat in overeenstemming met het uitgangspunt dat de mededingingswet niet strenger en niet soepeler dient te zijn dan de EG-mededingingsregels.

Behalve het verlenen van ontheffingen heeft de Commissie op basis van artikel 2 van Verordening (EEG) nr. 17/62 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 6 februari 1962 betreffende de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (Pb nr. 13 van 21 februari 1962, blz. 204/62) (verder: Verordening nr. 17) de bevoegdheid om op daartoe strekkende aanvraag een «negatieve verklaring» af te geven. Een dergelijke verklaring houdt in dat de Commissie vaststelt dat, op basis van de gegevens die haar bekend zijn, voor haar geen aanleiding bestaat tegen een overeenkomst, besluit of gedraging op te treden, omdat het verbod van artikel 85 van het EG-Verdrag niet van toepassing is. De Commissie komt dus niet toe aan toetsing aan de ontheffingscriteria van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag. De desbetreffende mededingingsafspraken zal dus nationaal getoetst moeten worden. Negatieve verklaringen werken daarom niet door in de nationale

mededingingswet, maar kunnen wel mede bepalend zijn voor de interpretatie van de reikwijdte van het verbod van artikel 6 van het voorstel van wet.

#### 6.1.4 Vrijstelling bij algemene maatregel van bestuur

Artikel 15 van het voorstel van wet voorziet tevens in de mogelijkheid categorieën van verboden overeenkomsten, besluiten en gedragingen bij algemene maatregel van bestuur vrij te stellen op voorwaarden ontleend aan artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag. Die voorwaarden zijn, dat de desbetreffende mededingingsafpraak moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. Tevens moet een billijk aandeel in de uit die verbetering voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komen, en mag de desbetreffende mededingingsafpraak aan de betrokken ondernemingen geen beperkingen opleggen die voor het bereiken van die doelstellingen niet onmisbaar zijn, en ook niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen. Deze voorwaarden bieden ruimte om rekening te houden met bepaalde specifieke maatschappelijke belangen die met samenwerking tussen ondernemingen kunnen worden gediend. Hieraan wordt in paragraaf 6.2 nader aandacht besteed.

Deze nationale vrijstellingsbevoegdheid zal betrekking kunnen hebben op mededingingsafspraken waarvoor geen EG-vrijstelling geldt. Aangezien echter het EG-mededingingsrecht voorrang heeft boven het nationale mededingingsrecht, zal een dergelijke nationale vrijstelling alleen effect kunnen hebben voor mededingingsafspraken die niet in strijd zijn met artikel 85 van het EG-Verdrag.

Ingevolge artikel 15, tweede lid, kan in een vrijstelling worden bepaald dat het verbod van artikel 6 bij beschikking alsnog van toepassing kan worden verklaard op een afzonderlijke mededingingsafpraak die onder de vrijstelling valt. De voorwaarden voor het nemen van die beschikking dienen in de desbetreffende vrijstelling te worden genoemd. Zoals uiteengezet is in paragraaf 6.1.2, kennen EG-vrijstellingen de mogelijkheid om het verbod van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag toch op een vrijgestelde mededingingsafpraak van toepassing te verklaren. Ook bij eventuele vrijstellingen op basis van artikel 15, eerste lid, acht ik een vergelijkbare bevoegdheid noodzakelijk, omdat zich omstandigheden kunnen voordoen, waarin een mededingingsafpraak is vrijgesteld maar toch gevolgen blijkt te hebben die onverenigbaar zijn met de voorwaarden voor het vaststellen van de vrijstelling zelf. Op basis van vergelijkbare overwegingen als bij de bevoegdheid van artikel 13, tweede lid, (zie paragraaf 6.1.2) acht ik het ook bij deze bevoegdheid niet wenselijk dat het alsnog van toepassing verklaren van artikel 6 in algemene regels zou moeten worden vastgelegd. Ingevolge artikel 15, vijfde lid, treedt een dergelijke beschikking niet eerder in werking dan zes weken na de datum van haar bekendmaking. In die periode hebben de betrokken ondernemingen de gelegenheid hun afspraak of hun gedrag aan te passen.

#### 6.1.5 Verhouding mededingingswet en andere wetgeving

Het mededingingsbeleid gaat ervan uit dat concurrentie de groei van de economie kan bevorderen en daardoor kan bijdragen tot welvaart. Beperkingen van de concurrentie worden daarom afgewezen, behalve voor zover zij positieve gevolgen voor de welvaart van de samenleving hebben. Dat uitgangspunt is naar mijn mening toepasbaar op alle sectoren. Het ligt daarom in de rede dat een mededingingswet die als doelstelling heeft het bevorderen van de concurrentie, op alle sectoren van toepassing is. Dat is thans reeds het geval voor de bestaande Wet economische mededinging. Ook de EG-mededingingsregels zijn op alle

sectoren van toepassing. Wel gelden er voor bepaalde sectoren speciale vrijstellingen en kent het EG-Verdrag voorts een vrijstelling voor ondernemingen, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Deze vrijstellingen worden in dit wetsvoorstel overgenomen (zie de artikelen 11, 12, 13, en 25).

Zoals hiervoor is vermeld, dient mededingingstoezicht in beginsel te geschieden op basis van de in de mededingingswet vervatte algemene regels. Bijzondere aandacht in dit verband verdienen overeenkomsten en besluiten in de zin van artikel 6 van dit wetsvoorstel. Deze overeenkomsten en besluiten zijn nietig, behoudens ontheffing. Vanuit andere beleidsdoelstellingen dan het mededingingsbeleid kan het totstandkomen van bepaalde overeenkomsten of besluiten die een beperking van de mededinging inhouden, evenwel gewenst zijn, of kan er aanleiding zijn voor een bepaalde vorm van toezicht daarop, zoals goedkeuring of de mogelijkheid tot onverbindendverklaren, verbieden of vernietigen. Ingeval in de toekomst wetgeving wordt overwogen die een dergelijke verplichting of een dergelijk formeel toezicht inhoudt, zal tevoren de afbakening met de mededingingswet onder ogen moeten worden gezien, ook wat de inhoudelijke en organisatorische aspecten van de uitvoeringsbevoegdheden betreft. Bovendien zullen die wetten niet in strijd mogen komen met het EG-recht. Afhankelijk van de weging van het belang van de desbetreffende beleidsdoelstellingen en van het mededingingsbelang zal dan een oplossing moeten worden gevonden. Hierbij dient de mededingingstoets zoveel mogelijk te worden gehandhaafd. Dat kan zijn in de vorm van het onverkort van toepassing doen zijn van de mededingingswet. Een andere mogelijkheid is het meewegen van het mededingingsaspect door de Minister van Economische Zaken in een toezichtinstrumentarium in de desbetreffende wet.

Bij de totstandkoming van bestaande wetten die voorzien in formeel toezicht op overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen als in artikel 6 van dit wetsvoorstel bedoeld, is doorgaans geen sprake geweest van een uitdrukkelijke afweging van de relatie van het desbetreffende instrument tot het mededingingsaspect. Naar mijn mening dient die afweging alsnog plaats te vinden en uiteindelijk te resulteren in een heldere afbakening. Zolang die afweging en afbakening niet hebben plaatsgevonden, kunnen raakvlakken of zelfs overlappings met andere wetgeving ontstaan. Voor zover sprake is van een bijzondere mededingingswet, wijkt de mededingingswet op grond van de regel dat de bijzondere wet boven de algemene wet gaat, daarvoor. Daarvan is echter alleen sprake bij de Wet vervoer over zee. Ook in andere wetten komt formeel toezicht op overeenkomsten en besluiten als in artikel 6 van dit wetsvoorstel voor. Het gaat hierbij vooral om goedkeuring, maar soms ook om de verplichting tot het tot stand brengen van een bepaalde overeenkomst of om beide. Zo moeten op basis van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten en de Ziekenfondswet zorgverzekeraars en zorgaanbieders overeenkomsten sluiten, de zogenaamde «uitkomsten van overleg». Die overeenkomsten behoeven vervolgens de goedkeuring van de Ziekenfondsraad. Een vergelijkbaar geval is de Wet tarieven gezondheidszorg, die verplicht tot het sluiten van tariefovereenkomsten, die vervolgens de goedkeuring nodig hebben van het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg. Een voorbeeld van verplichte goedkeuring is de goedkeuring door de Minister van Economische Zaken op basis van de Elektriciteitswet 1989 van het elektriciteitsplan en de poolingsregeling. Een voorbeeld van alleen de verplichting tot het totstandbrengen van een bepaalde overeenkomst zijn de artikelen 9 en 12, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1989. In de regel wordt in die andere wetten niet op de gevolgen voor de mededinging getoetst.

Het is niet uitgesloten dat de organen welke geregeld worden door genoemde wetten, moeten worden aangemerkt als onderneming in de zin

van dit voorstel van wet. In dat geval vloeit uit artikel 6, tweede lid, van dit wetsvoorstel voort dat dergelijke overeenkomsten en besluiten van rechtswege nietig zijn, tenzij daarvoor op grond van artikel 17 ontheffing wordt verleend. Zolang de hierboven genoemde afbakening tussen de mededingingswet en andere wetten niet heeft plaatsgevonden, zal er, voor zover noodzakelijk, een voorlopige voorziening moeten worden getroffen om collisie van bevoegdheden van verschillende bestuursorganen vanuit een verschillende invalshoek te voorkomen. Dit is niet in de laatste plaats van belang ten behoeve van de betrokken ondernemingen. Daartoe wordt in artikel 16 bepaald dat het verbod van mededingingsafspraken niet geldt voor mededingingsafspraken die ingevolge het bepaalde bij of krachtens een andere wet onderworpen zijn aan goedkeuring, door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden of op basis van een wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen. Ik wijs er met nadruk op dat die vrijstelling uitsluitend van toepassing is voor zover de verplichting tot goedkeuring, de mogelijkheid van optreden of de verplichting strekt tot het totstandbrengen van een overeenkomst of besluit. Als bijvoorbeeld een maximumtariefovereenkomst waarvoor goedkeuring nodig is van het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg, door dat orgaan wordt goedgekeurd, valt alleen die maximumtariefovereenkomst onder de vrijstelling. Voor collectieve overeenkomsten over het toepassen van een vast tarief, beneden of op dat maximumniveau, in individuele medewerkersovereenkomsten is die goedkeuring niet nodig. Die vrijstelling is dan ook niet van toepassing op dergelijke, al dan niet onderlinge, overeenkomsten van zorgverleners en zorgverzekeraars. Die overeenkomsten zijn op basis van dit voorstel van wet dus verboden. Artikel 16 van dit voorstel van wet zal vijf jaar na het in werking treden van de wet vervallen (artikel 101, tweede lid). In de tussentijd kan dan een wetsvoorstel dat een definitieve afbakening geeft, worden voorbereid.

Het bovenstaande laat onverlet dat andere wetten ook kunnen voorzien in andere dan de hierboven in deze paragraaf besproken vormen van toezicht, bijvoorbeeld het toezicht op de banken door De Nederlandse Bank en op verzekeraars door de Verzekeringkamer. In enkele andere sectoren die thans geliberaliseerd worden, is specifieke regelgeving in voorbereiding. Te denken valt aan telecommunicatie, media en openbaar vervoer. Die specifieke regelgeving die wordt gemotiveerd vanuit andere doelstellingen dan mededingingsbeleid, kan ook de concurrentieverhoudingen omvatten. Dit voorstel van wet doet daaraan toe noch af. Wel is het zaak de taken en bevoegdheden in die specifieke wetten zorgvuldig af te bakenen ten opzichte van de taken en bevoegdheden van de nieuwe mededingingswet.

## *6.2 Ontheffingen*

Artikel 17 van het voorstel van wet voorziet in de bevoegdheid op een daartoe strekkende aanvraag ontheffing te verlenen van het nationale kartelverbod voor een overeenkomst, een besluit of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, volgens criteria die zijn ontleend aan artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag. Dat zijn dus dezelfde criteria als die voor de vrijstellingsmogelijkheid van artikel 15 van het voorstel van wet.

In paragraaf 2.1 heb ik aangegeven dat mededingingsafspraken in beginsel worden afgewezen, maar ook dat er ruimte moet zijn voor concurrentiebepalingen die ondergeschikt zijn aan en onmisbaar zijn voor bepaalde nuttige vormen van samenwerking. Daarom voorziet het voorstel van wet, behalve in vrijstellingen en een vrijstellingsmogelijkheid, ook in de bevoegdheid tot het verlenen van een ontheffing. De ontheffingscriteria zijn ontleend aan artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag in verband met het uitgangspunt van een zo groot mogelijke aansluiting bij het EG-recht. Bij de toepassing van de bevoegdheid tot het

verlenen van een ontheffing zal daarom zoveel mogelijk de beschikkingenpraktijk van de Commissie gevolgd worden. Als de aanvraag betrekking heeft op een overeenkomst die onder artikel 85 van het EG-Verdrag valt en inwilliging van de aanvraag wordt overwogen, zal indien nodig eerst worden beslist, nadat met de Commissie overleg heeft plaatsgevonden. Voorkomen dient immers te worden, dat een met de EG-mededingingsregels strijdige beschikking wordt vastgesteld.

De Commissie kan bij de toepassing van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag rekening houden met andere uit maatschappelijk oogpunt bezien nuttige effecten. De beschikkingenpraktijk van de Commissie met betrekking tot het meewegen van dergelijke effecten is in ontwikkeling. Inmiddels is wel duidelijk dat de Commissie artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag slechts kan toepassen, als een mededingingsafspraken aan alle vier voorwaarden van dat verdragsartikel voldoet. Ik verwijs in dat verband naar het XXIIIe Verslag over het mededingingsbeleid 1993, onder 91, van de Commissie. Zoals in dat verslag is aangegeven, zijn de termen van dat verdragsartikel evenwel voldoende om ook de doelstellingen van andere beleidsterreinen te omvatten. In dat verslag wordt genoemd het bij de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag rekening houden met de eventuele weerslag ervan ten aanzien van het cultuurbeleid van de Gemeenschap (onder 175). Ook wordt in dat verslag het milieubeleid genoemd (onder 91). Voor het milieubeleid verwijs ik ook naar het XXIIe Verslag over het mededingingsbeleid 1992, onder 177 tot en met 186 (VOTOB) en naar de beschikkingenpraktijk van de Commissie (ACEC/Berliet, Pb. 1968 L 201/7; United Reprocessors Pb. 1975 L 51/7; KEWA, Pb. 1975 L 51/15; Carbon Gas Technology, Pb. 1983 L 376/17; BBC/NGK, Pb. 1988 L 301/68; Assurpol, Pb. 1992 L 37/16). Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG valt af te leiden dat wat die andere doelstellingen betreft ook kan worden gedacht aan sociale doelstellingen (Synthetische vezels, Pb. L 207/17; arrest Metro, HvJEG, zaak 26/76, JUR 1977, blz. 1875; arrest Remia, HvJEG, zaak 42/84, JUR 1985, blz. 2577). Ook bij de toepassing van artikel 17 van het voorstel van wet zullen met andere uit maatschappelijk oogpunt bezien nuttige effecten rekening worden gehouden, overeenkomstig de beschikkingenpraktijk van de Commissie. Dat geldt ook voor de toepassing van de vrijstellingsmogelijkheid van artikel 15 van het voorstel van wet (zie paragraaf 6.1.4). In gevallen waarin bij de toepassing van die artikelen factoren in de beschouwingen worden betrokken die nog niet in die beschikkingenpraktijk van de Commissie aan de orde zijn gekomen, zal zoveel mogelijk een met de bestaande beschikkingenpraktijk analoge lijn worden gevolgd. Indien nodig, zal ook overleg met de Commissie plaatsvinden.

## **7. Verbod van misbruik van een economische machtspositie**

### *7.1 Economische machtspositie*

In artikel 1, onderdeel i, van het voorstel van wet wordt een definitie gegeven van hetgeen in deze wet wordt verstaan onder «economische machtspositie». Die definitie is ontleend aan het United Brands-arrest (HvJEG, zaak 27/76, JUR 1978, blz. 207–315). In artikel 24 van het voorstel van wet wordt, analoog aan artikel 86 van het EG-Verdrag, misbruik van een economische machtspositie verboden.

In de adviesaanvraag is voorgesteld in de mededingingswet de definitie van economische machtspositie van artikel 24 van de Wet economische mededinging over te nemen. Bij nader inzien is, overeenkomstig het advies van de Sociaal-Economische Raad, de formulering van het verbod ontleend aan het United Brands-arrest, waarin het Hof van Justitie van de EG het begrip «economische machtspositie» nader heeft uitgewerkt. Niet alleen geeft die uitwerking meer duidelijkheid omtrent hetgeen onder een



economische machtspositie moet worden verstaan, maar ook is de rechtszekerheid ermee gediend als de formulering van het nationale verbod zoveel mogelijk aansluit bij het EG-mededingingsrecht.

Om te bepalen of sprake is van een economische machtspositie moet eerst de relevante markt worden afgebakend. Dat kan zowel zijn de markt aan de aanbodzijde als aan de vraagzijde. De relevante markt wordt zowel bepaald door de aard van de desbetreffende producten of diensten als door het gebied in geografische zin waarbinnen de betrokken onderneming moet concurreren en de objectieve mededingingsvoorwaarden voor alle ondernemingen gelijk zijn.

Vervolgens moet worden nagegaan of op de relevante markt sprake is van een economische machtspositie. Daarvoor is allereerst bepalend de marktstructuur. In dat verband is in de eerste plaats het marktaandeel van de onderneming van belang. Volgens het Hof van Justitie van de EG leveren zeer aanzienlijke marktaandelen, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie. Dat is het geval bij een marktaandeel van 50% of meer (arrest Akzo Chemie BV/Commissie EG, HvJEG, zaak C-62/86, JUR 1991, I-3359). Bij kleinere marktaandelen kan er weliswaar een sterke aanwijzing van een economische machtspositie zijn, maar moeten ook additionele factoren worden onderzocht. Dat zijn met name het marktaandeel van de onderneming in verhouding tot de marktaandelen van haar concurrenten, de mate waarin haar leveranciers en afnemers van haar afhankelijk zijn en de mate waarin zij haar prijzen en leveringsvoorwaarden zelf kan bepalen. Vervolgens is van belang de structuur van de onderneming zelf, waarbij het gaat om de mate waarin zij zelf een concurrentievoorsprong heeft door bijvoorbeeld technologische en financiële reserves, productiecapaciteit, toegang tot bepaalde voorzieningsbronnen en grondstoffen. Ten slotte is van belang het gedrag van de onderneming, in die zin dat bijvoorbeeld het toepassen van extreem hoge prijzen of vormen van verdringingsconcurrentie kunnen wijzen op een economische machtspositie.

Met de zinsnede «een of meer ondernemingen» in artikel 1, onderdeel i, van het voorstel van wet wordt aangegeven dat ook twee of meer ondernemingen te zamen een economische machtspositie kunnen innemen in de zin van die bepaling. Ook op misbruik van een dergelijke collectieve economische machtspositie is het verbod van artikel 24 van toepassing. Volgens de huidige stand van de Europeesrechtelijke jurisprudentie is van een collectieve economische machtspositie sprake, als twee of meer onafhankelijke economische eenheden op een specifieke markt door zodanige economische banden zijn verenigd, dat zij hierdoor hun optreden op de markt kunnen coördineren. Dit kan het geval zijn, als twee of meer onafhankelijke ondernemingen te zamen door middel van een overeenkomst of een licentie over een technologische voorsprong beschikken die het hun mogelijk maakt zich jegens hun concurrenten, hun afnemers en uiteindelijk de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen (Gerecht van eerste aanleg, zaken T-68/89, T-77/89 en T-78/89).

De economische machtspositie van vragers moet worden vastgesteld analoog aan de wijze waarop de economische machtspositie van aanbieders moet worden vastgesteld. Van een economische machtspositie aan de vraagzijde is sprake, als een afnemer zoveel economische macht heeft dat hij in staat is de mededinging op de relevante markt te beperken doordat hij zich in merkbare mate onafhankelijk kan gedragen van zijn concurrenten en leveranciers. Of een afnemer een economische machtspositie heeft, hangt in hoge mate af van de mate waarin de leveranciers in staat zijn van afnemer te veranderen.

## *7.2 Misbruik*

Bij het «misbruik» van een economische machtspositie kunnen

verschillende vormen worden onderscheiden. Een eerste vorm is die waarbij de economische machtspositie wordt uitgebuit om voordelen te behalen die in een situatie van voldoende concurrentie niet gerealiseerd hadden kunnen worden, bijvoorbeeld extreem hoge prijzen. Een tweede vorm is die waarbij een onderneming die een economische machtspositie heeft, haar eigen positie versterkt ten opzichte van haar concurrenten, bijvoorbeeld door toepassing van getrouwheidskortingen om bepaalde afnemers aan zich te binden waardoor die niet van andere leveranciers zullen afnemen, door leveringsweigering of door selectieve prijsontersbieding. Overigens is in de praktijk veelal sprake van een combinatie van deze vormen van misbruik. Zo kan koppelverkoop afnemers rechtstreeks benadelen, maar ook uitsluiting van concurrenten tot gevolg hebben.

Het in artikel 24 geregelde verbod is niet van toepassing als een onderneming die een economische machtspositie heeft, die positie versterkt door met een andere onderneming te fuseren of die over te nemen. Een dergelijke fusie of overname is een vorm van concentratie in de zin van de bepalingen inzake concentratietoezicht van dit wetsvoorstel. Valt een dergelijke concentratie boven de daartoe gestelde grenzen, dan zijn daarop uitsluitend de bepalingen met betrekking tot het concentratietoezicht van toepassing. Ligt een dergelijke concentratie beneden die grenzen, dan zijn die bepalingen daarop niet van toepassing. Die concentratie wordt dan uit een oogpunt van concentratietoezicht niet van belang geacht en behoeft ook niet te worden getoetst. Het zou niet juist zijn een dergelijke concentratie, als de onderneming die met andere onderneming fuseert of die andere onderneming overneemt een economische machtspositie heeft, wel aan te merken als misbruik van die positie. Het is daarom consistent daarop niet het verbod van artikel 24 van toepassing te laten zijn. In dat verband wordt opgemerkt dat krachtens de Europese concentratieverordening de daaraan voorafgaande uitvoeringsverordeningen buiten toepassing zijn gesteld wat de toepassing betreft van de artikelen 85 en 86 van het EG-verdrag op concentraties.

Voor het van toepassing zijn van het verbod van artikel 24 is niet vereist dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de economische machtspositie en het misbruik. Evenmin is vereist dat de economische machtspositie het middel is voor het misbruik. Ook gewone commerciële gedragingen, die ook bij ondernemingen zonder economische machtspositie voorkomen, kunnen strijd met dat verbod opleveren, als zij zich voordoen bij een onderneming met een economische machtspositie. Zo is prijsontersbieding een gewoon middel tot concurreren. Toegepast door een onderneming met een economische machtspositie kan zij evenwel een inbreuk op dat verbod opleveren, als het gevolg is dat de mededinging op de desbetreffende markt wordt beperkt of vervalst. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG is dat het geval, als die prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten liggen en de onderneming daarmee tracht een concurrent uit te schakelen ofwel als die prijzen beneden de gemiddelde totale kosten maar boven de gemiddelde variabele kosten liggen en zij zijn vastgesteld in verband met een plan dat ten doel heeft de concurrent uit te schakelen (Akzo Chemie BV/Commissie EG, HvJEG 3 juli 1991, zaak C-62/86, JUR 1991, I-3359). Bovendien kan het verbod ook van toepassing zijn, als de markt waarop een onderneming een economische machtspositie heeft, niet dezelfde is als die waarop het misbruik door die onderneming plaatsvindt.

## **8. Vrijstelling in verband met de vervulling van taken van algemeen economisch belang**

### *8.1 Inhoud en motivering van de vrijstelling*

Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedra-

gingen kunnen noodzakelijk zijn ten behoeve van maatschappelijke belangen van wijdere strekking dan de voordelen, bedoeld in de aan artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag ontleende vrijstellings- en ontheffingsvoorwaarden. Ook gedragingen van ondernemingen met een economische machtspositie kunnen dat soort belangen dienen. Dat kan het geval zijn, als de overheid niet kiest voor rechtstreekse bemoeienis met productie of dienstverlening, maar bepaalde taken met de vervulling waarvan een openbaar belang is gemoeid, aan ondernemingen toevertrouwt. Die ondernemingen hebben daardoor niet volledige commerciële vrijheid, maar moeten zich mede laten leiden door de aan hen op basis van een publiekrechtelijke regeling toevertrouwde taken, bijvoorbeeld nutsbedrijven, ondernemingen die in verband met een openbaar belang belast zijn met taken in de sfeer van openbaar vervoer of afvalverwijdering.

Ik acht het niet wenselijk om deze ondernemingen van de mededingingswet uit te zonderen, want het is van belang dat ook mededingingsbeperkingen ten behoeve van de vervulling van taken van openbaar belang niet verder gaan dan nodig is ter vervulling van de opgedragen taken. Bovendien kan de combinatie van bijzondere taken met commerciële activiteiten tot mededingingspolitieke problemen leiden. Daarom is het voorstel van wet wel van toepassing op dergelijke ondernemingen, maar is tevens de bijzondere rol van deze ondernemingen in aanmerking genomen, zoals die onder meer kan blijken uit de bestaande regelgeving. De vervulling van die bijzondere rol kan immers het maken van bepaalde mededingingsafspraken vergen waarvoor geen vrijstelling bestaat en die ook niet voldoen aan de ontheffingscriteria van artikel 17, of die noodzaken tot gedragingen die onder het verbod van misbruik van een economische machtspositie vallen.

In de adviesaanvraag was daarom voorgesteld in de wet te voorzien in een bijzondere ontheffingsmogelijkheid voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen en voor gedragingen van ondernemingen met een economische machtspositie. De ontheffingscriteria zouden moeten worden ontleend aan artikel 90, tweede lid, van het EG-Verdrag. Die criteria zijn, dat de overeenkomst of gedraging:

- moet samenhangen met de vervulling van taken die ten dienste staan van een algemeen economisch belang en die van overheidswege aan ondernemingen zijn toevertrouwd,
- noodzakelijk moet zijn voor de vervulling van die taken, en
- niet verder mag gaan dan daartoe vereist is.

Door de ontheffingscriteria te ontleen aan artikel 90, tweede lid, van het EG-Verdrag zou het mogelijk zijn om de bijzondere ontheffingsmogelijkheid toe te passen overeenkomstig EG-mededingingsrecht. In de adviesaanvraag werd gekozen voor de ontheffingsvariant, omdat de toetsing aan de criteria van noodzakelijkheid en proportionaliteit om een beleidsweging vragen, en in verband met de rechtszekerheid. De Sociaal-Economische Raad acht een dergelijke bijzondere ontheffingsmogelijkheid een wezenlijke aanvulling op de overige bepalingen van de nieuwe wet. Hij onderschrijft het voornemen om, analoog aan de criteria voor de toepassing van artikel 90, tweede lid, van het EG-Verdrag, slechts onder stringente voorwaarden en op verdragsconforme wijze afwijking van de reguliere mededingingsregels toe te staan.

Bij nader inzien heb ik evenwel gekozen voor de vrijstellingsvariant. Voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen is die geregeld in artikel 11 van het voorstel van wet en voor gedragingen van ondernemingen met een economische machtspositie in artikel 25. Artikel 90, tweede lid, van het EG-Verdrag zelf is een rechtstreeks werkende vrijstellingsbepaling. Zou in de nationale mededingingswet gekozen worden voor de ontheffingsvariant, dan zou de situatie kunnen ontstaan dat een mededingingsafpraak die aan de desbetreffende vrijstellingscriteria voldoet is vrijgesteld van het verbod

van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag, maar volgens de nationale mededingingswet een ontheffing behoeft. Dat zou niet alleen tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid aanleiding geven, maar ook lasten met zich meebrengen voor het bedrijfsleven en voor de met de uitvoering van de mededingingswet belaste instantie.

Overigens zullen mededingingsafspraken die een bepaald maatschappelijk doel dienen, zonder dat gesproken kan worden van vervulling van een taak van algemeen economisch belang, zoals bijvoorbeeld mededingingsafspraken die verband houden met erkenningsregelingen en milieuconvenanten, niet aan de vrijstellingsvoorwaarden voldoen.

### *8.2 Geen bevoegdheid tot algemeenverbindendverklaring*

Het voorstel van wet houdt niet de mogelijkheid in een mededingingsafpraak die onder de vrijstelling van artikel 11 valt, algemeen verbindend te verklaren.

In de adviesaanvraag wordt de vraag opgeworpen of de nieuwe mededingingswet in een dergelijke mogelijkheid zou moeten voorzien voor mededingingsafspraken, die vallen binnen de termen van de bijzondere ontheffingsmogelijkheid. Het gaat dus alleen om mededingingsafspraken die noodzakelijk zijn in verband met de uitoefening van taken van algemeen economisch belang.

De Sociaal-Economische Raad meent in zijn advies dat een dergelijke algemeenverbindendverklaring niet past in een mededingingsregime, gebaseerd op het EG-mededingingsrecht. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG, moet interventie in de economie plaatsvinden onder verantwoordelijkheid van de overheid en mag deze het totstandkomen van met artikel 85 van het EG-Verdrag strijdige afspraken niet opleggen of begunstigen dan wel de werking daarvan versterken. Voorts merkt de raad op dat van de bevoegdheid tot algemeenverbindendverklaring in de Wet economische mededinging slechts sporadisch gebruik is gemaakt. Algemeenverbindendverklaring van convenanten zou op basis van specifieke sectorwetgeving moeten gebeuren. Een dergelijk convenant zou eerst bij het Ministerie van Economische Zaken gemeld moeten worden ter toetsing aan de nationale en Europese mededingingswetgeving. Vervolgens zou de betrokken vakminister in overleg met het Ministerie van Economische Zaken voor algemeenverbindendverklaring zorg moeten dragen. Deze mag niet in strijd komen met het EG-Verdrag en met name niet met het daarin neergelegde regime betreffende de mededinging en het vrije verkeer van goederen.

Ook de Commissie economische mededinging meent in haar advies dat deze bevoegdheid niet past in de structuur van een verbodswet. In situaties, bijvoorbeeld bij het milieubeleid, waarin algemeenverbindendverklaring wel in de rede ligt, zou die in de desbetreffende wet moeten worden geregeld. In dat geval zou gebruik gemaakt kunnen worden van de uitzonderingen krachtens de artikelen 30 en 36 van het EG-Verdrag, die ruimer zijn dan die van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag.

Zoals in paragraaf 8.1 is aangegeven, is in afwijking van de adviesaanvraag niet gekozen voor een ontheffingsmogelijkheid met criteria als die van artikel 90, tweede lid, van het EG-Verdrag, maar voor een vrijstelling. De vraag van de wenselijkheid van de mogelijkheid van algemeenverbindendverklaring heeft daarmee betrekking op de mededingingsafspraken die onder die vrijstelling vallen. Ik acht het niet wenselijk in dit voorstel van wet in een dergelijke bevoegdheid te voorzien. Het voorstel van wet is gebaseerd op het verbodssysteem. Voor gevallen waarin concurrentiebeperkingen onmisbaar zijn voor het bereiken van bepaalde welvaartseffecten of voor de uitvoering van taken van algemeen economisch belang, bestaan vrijstellingen en de

mogelijkheid een ontheffing te verlenen. Het gaat daarbij echter om het bij wijze van uitzondering toestaan van concurrentiebeperkingen, terwijl algemeenverbindendverklaring alle desbetreffende ondernemingen aan een bepaalde concurrentiebeperking bindt. De algemeenverbindendverklaring is derhalve een ordeningsinstrument, dat niet in een verbodswet past. De doelstelling van het voorstel van wet is bovendien het beschermen van de concurrentie, terwijl algemeenverbindendverklaring primair zou geschieden uit overwegingen van ander beleid dan mededingingsbeleid. Het scheppen van de bevoegdheid tot algemeenverbindendverklaring in dit wetsvoorstel zou derhalve een uitbreiding van de mededingingspolitieke doelstelling daarvan met doelstellingen van ander beleid noodzakelijk maken, hetgeen niet wenselijk is. De algemeenverbindendverklaring als onderdeel van de nationale mededingingsregels zou ook een afwijking betekenen van het systeem van de EG-mededingingsregels, dat een dergelijke bevoegdheid niet kent. Wat het argument betreft dat algemeenverbindendverklaring niet in strijd met het EG-recht mag worden toegepast, merk ik op dat dat ook geldt, als een dergelijke maatregel wordt gebaseerd op een andere wet dan een mededingingswet. Overeenkomstig het advies van de Sociaal-Economische Raad geldt als uitgangspunt dat bij algemeenverbindendverklaring op basis van een andere wet de Minister van Economische Zaken medebetrokken is.

### **9. Decentrale toepassing van de verbodsbepalingen van de EG-mededingingsregels**

De artikelen 88 en 89 van het voorstel van wet bevatten bepalingen voor de toepassing door de Nederlandse uitvoeringsinstantie van de EG-mededingingsregels. Deze toepassing wordt wel aangeduid als decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels.

In de adviesaanvraag wordt de vraag gesteld of het wenselijk is in de mededingingswet te voorzien in de mogelijkheid tot decentrale toepassing.

De Sociaal-Economische Raad heeft er in zijn advies een voorkeur voor dat de mededingingswet in die mogelijkheid zal voorzien. De raad wijst er voorts op dat in verband met de noodzakelijke samenhang in het Europese mededingingsbeleid en een uiteenlopende (nationale) betrokkenheid bij de handhaving daarvan in de verschillende EG-lid-staten, op Europees niveau aandacht gewenst is voor een zo groot mogelijke uniformiteit bij de toenemende decentrale toepassing.

De Commissie economische mededinging is van mening dat het scheppen van die mogelijkheden weinig zinvol zou zijn, zolang de nationale mededingingsautoriteit iedere bevoegdheid mist om ontheffingen te verlenen ingevolge artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag.

Bij nader inzien ben ik van mening dat de decentrale toepassing in dit voorstel van wet geregeld moet worden. Ingevolge artikel 88 van het EG-Verdrag en de op basis van artikel 87 van het EG-Verdrag vastgestelde verordeningen zijn de autoriteiten van de EG-lid-staten daartoe in beginsel bevoegd. In de artikelen 88 en 89 van het EG-Verdrag is het overgangsregime geregeld. Totdat de Raad op grond van artikel 87 uitvoeringsverordeningen heeft vastgesteld zijn de lid-staten bevoegd artikel 85 (inclusief het derde lid) en artikel 86 van het EG-Verdrag toe te passen. Inmiddels heeft dit overgangsregime veel aan betekenis verloren. Alleen voor de wilde vaart in de maritieme sector en voor het eigenlijke vervoer van en naar derde landen in de luchtvaartsector heeft dit overgangsregime nog betekenis. De op artikel 87 EG-Verdrag steunende Verordening nr. 17 bepaalt in artikel 9, derde lid, dat zolang de Commissie geen formele procedure heeft geopend, de nationale mededingingsautoriteiten bevoegd blijven om artikel 85, eerste lid en artikel 86 van het EG-Verdrag toe te passen. Een dergelijke bevoegdheid is ook opgenomen in art. 15

van Vo. 1017/69 (inlandvervoer), artikel 14 van Vo. 4056/86 (lijnvaart-conferenties) en artikel 7 van Vo. 3957/87 (luchtvaart).

Hoewel het wetsvoorstel al voorziet in verbodsbepalingen als die van de EG-mededingingsregels, is het in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel in het voorstel de instrumenten te creëren om bedoelde bevoegdheid ook feitelijk uit te kunnen oefenen. De bedoeling van dat beginsel is dat de Commissie de behandeling van zaken die binnen de werkingssfeer van de EG-mededingingsregels vallen, maar primair een nationaal karakter hebben, overlaat aan de nationale mededingingsautoriteiten. De mogelijkheid van decentrale toepassing door de nationale mededingingsautoriteit kan de samenwerking met de Commissie bevorderen. Verschillende EG-lid-staten hebben een mededingingswet die decentrale toepassing van die artikelen mogelijk maakt. Uitgangspunt is echter wel toepassing van het nationale mededingingsrecht. Het is dan ook de bedoeling van deze bevoegdheid slechts gebruik te maken indien de Commissie hierom verzoekt.

In artikel 89 van het voorstel van wet worden de bevoegdheden ten behoeve van de decentrale toepassing geregeld. Zoals gezegd, wordt de bevoegdheid tot decentrale toepassing als zodanig in het EG-recht verleend. De mogelijkheden tot de feitelijke uitoefening daarvan moeten evenwel in de nationale wetgeving geregeld worden.

Beklemtoond wordt dat de mogelijkheid van decentrale toepassing geen alternatief is voor toepassing van de nationale mededingingsregels. De nationale mededingingsautoriteit beschikt bij decentrale toepassing immers niet over de bevoegdheid om op basis van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag een ontheffing te verlenen. Bovendien kan hij de EG-mededingingsregels niet toepassen in de gevallen waarin geen sprake is van een beïnvloeding van de handel tussen EG-lid-staten, omdat de EG-mededingingsregels dan niet van toepassing zijn. Voor het nationale mededingingsbeleid is het evenwel van belang dat ook in dat soort gevallen opgetreden kan worden.

## **10. Concentratietoezicht**

### *10.1 Inleiding*

In de adviesaanvraag wordt voorgesteld om voorlopig geen concentratioezicht in te voeren. Een meerderheid van de Commissie economische mededinging en een deel van de Sociaal-Economische Raad achten de invoering van concentratioezicht wel gewenst.

De Commissie economische mededinging wijst er op dat concentraties de concurrentie op een markt kunnen beperken en dezelfde nadelen kunnen hebben als kartels en misbruik van machtsposities. Ook het deel van de Sociaal-Economische Raad dat voorstander is van concentratioezicht wijst hierop, en acht het tegenstrijdig indien wel zou kunnen worden opgetreden tegen lossere vormen van samenwerking die de mededinging beperken, maar niet tegen de vorming van economische machtsposities door fusies en overnames. Voorts is dit deel van de raad van oordeel dat machtsposities op nationale en regionale markten nu en in de toekomst kunnen blijven voorkomen. Ook acht dit deel van de raad het onwenselijk dat concentratioezicht in Nederland ontbreekt maar in vrijwel alle EG-lid-staten wel bestaat. Ten slotte wijst dit deel van de raad op de mogelijkheid die de Commissie heeft om concentraties te verwijzen naar de nationale mededingingsautoriteiten. De Commissie kan van deze bevoegdheid slechts gebruik maken voorzover deze autoriteiten over instrumenten beschikken om concentraties te toetsen.

In overeenstemming met deze adviezen wordt nu voorgesteld om concentratioezicht in de Nederlandse mededingingswetgeving op te nemen.

## 10.2 Redenen voor de invoering van concentratietoezicht

Ondernemingsconcentraties zijn vormen van samengaan van ondernemingen die leiden tot duurzame veranderingen in de structuur van de betrokken ondernemingen. Hierin onderscheiden zij zich van samenwerkingsafspraken tussen zelfstandig blijvende ondernemingen. Laatstbedoelde afspraken vallen, indien ze gepaard gaan met het beperken van de mededinging, onder de bepalingen van dit wetsvoorstel die betrekking hebben op mededingingsafspraken. Een concentratie leidt tot een structurele verbinding tussen ondernemingen waardoor deze ten opzichte van elkaar geen zelfstandige marktpartijen meer zijn. De bepalingen inzake mededingingsafspraken zijn in beginsel op hun onderlinge betrekkingen niet van toepassing. Concentraties kunnen echter evenzeer als mededingingsafspraken nadelige gevolgen hebben voor de mededinging. Dit kan met name het geval zijn wanneer ondernemingen die een sterke positie op een markt innemen, deze positie door middel van een concentratie verder versterken. In dergelijke gevallen kunnen door concentraties machtsposities ontstaan of worden versterkt die de mededinging op een markt in vergaande mate uitschakelen. Concentratietoezicht vormt daarom een logisch onderdeel van een mededingingswet.

Binnen de Europese Gemeenschap vervult nationaal concentratietoezicht een complementaire rol ten opzichte van het communautaire concentratietoezicht, dat door de Commissie wordt uitgeoefend op basis van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEG 1990, L257) (hierna te noemen: «EG-concentratieverordening»). Deze verordening is pas van toepassing wanneer hoge omzeldrempels worden overschreden. Hierdoor blijft voor de meerderheid van de concentraties die binnen de Europese Unie voorkomen nationaal concentratietoezicht het relevante toetsingskader.

De vraag is nu of een middelgroot land dat onderdeel uitmaakt van de Europese Gemeenschap behoefte heeft aan nationale concentratieregels. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Ten eerste zijn, zoals in paragraaf 2.1 reeds is uiteengezet, in de economie nog vele sectoren aanwijsbaar, die niet of niet sterk aan internationale concurrentie blootstaan. Dit kan het gevolg zijn van uiteenlopende omstandigheden, zoals hoge transportkosten, fysieke belemmeringen, taal-, cultuur- of smaakverschillen en belemmeringen als gevolg van nationale regulering. Hier kunnen machtsconcentraties op nationale en regionale schaal ontstaan waardoor de ruimte voor concurrentie op die markten verdwijnt. Internationale concurrentiedruk vormt dan niet of in onvoldoende mate een corrigerende factor.

Voorts kan nationaal concentratietoezicht een functie vervullen bij grensoverschrijdende concentraties die de drempels van de EG-concentratieregels niet bereiken. Concentraties die de Nederlandse markt raken maar ook die van andere landen, worden bij een ontbreken van Nederlands concentratietoezicht uitsluitend op grond van het recht van die andere landen getoetst. De desbetreffende autoriteiten zullen daarbij primair rekening houden met de gevolgen van een concentratie voor de eigen markt. Het is daarom wenselijk dat Nederland ter bescherming van de mededingingsverhoudingen op de eigen markt over een toezichtregime beschikt dat ook geldt voor deze internationale concentraties. In dit verband moet worden opgemerkt dat alle EG-lidstaten behalve Denemarken, Luxemburg en Nederland thans over een nationaal systeem van concentratietoezicht beschikken. In landen waar concentratietoezicht bestaat wordt dit als een essentieel onderdeel van het mededingingsbeleid gezien.

Ook moet worden gewezen op het gevaar van uitwijkgedrag. Nu met dit wetsvoorstel een algemeen verbod voor mededingingsafspraken wordt ingevoerd neemt de kans toe dat concentraties als substituut daarvoor

gezien gaan worden. Door de invoering van concentratietoezicht kan dit worden voorkomen.

Een en ander overziend, en gelet op de adviezen van de Sociaal-Economische Raad en de Commissie economische mededinging, ben ik van mening dat het gewenst is om nationale regels voor toezicht op concentraties in te voeren.

### *10.3 Hoofdlijnen van het systeem*

Evenals bij de andere onderdelen van dit wetsvoorstel het geval is, is ook bij het concentratietoezicht aansluiting gezocht bij het EG-recht. Dit komt tot uitdrukking bij de keuze voor een preventief boven een repressief systeem, bij het gehanteerde begrippenkader en de materiële beoordelingsnorm en bij de keuze voor een beoordelingsprocedure in twee fasen.

In navolging van het EG-recht is gekozen voor een systeem van preventief concentratietoezicht. De kenmerken van zo'n systeem zijn een meldingsplicht en een toetsing vooraf, dus voordat een concentratie tot stand mag worden gebracht. Het voornaamste voordeel van zo'n systeem is de grotere rechtszekerheid ervan in vergelijking met een repressief systeem. Door de meldingsplicht wordt de overheid geïnformeerd over alle voorgenomen concentraties die binnen de werkingssfeer van de wet vallen. De op grond van een melding uitgevoerde toetsing leidt ertoe, dat ondernemingen vooraf zekerheid verkrijgen over de verenigbaarheid van een gemelde concentratie met de wet. Het alternatief, een repressief systeem, biedt deze zekerheid niet. Zo'n systeem is gebaseerd op toetsing achteraf, met daaraan verbonden de mogelijkheid om in te grijpen in reeds tot stand gebrachte concentraties.

Ook uit een oogpunt van beperking van de lasten voor het bedrijfsleven meen ik dat ingrijpen achteraf beter kan worden voorkomen, omdat het grote kosten met zich mee kan brengen. Hoewel een meldingsplicht ook zekere kosten met zich meebrengt, meen ik dat deze in verhouding tot de mogelijke kosten van ingrijpen achteraf laag zijn.

Na de aanmelding van een concentratie moeten de ondernemingen zo snel mogelijk uitsluitel krijgen over de uitkomst van de toetsing. Er is daarom voorzien in strikte proceduretermijnen. Ook in dit opzicht is een verschil aanwijsbaar met repressieve systemen, waar in de regel gedurende een langere periode nog ingrijpen mogelijk is.

Het is, vooral uit lastenoogpunt, niet wenselijk dat alle concentraties worden getoetst. Het moet gaan om gevallen die een aanzienlijk effect kunnen hebben op de mededingingsverhoudingen op de Nederlandse markt. Daarom is voorzien in substantiële omzetrempels, die in paragraaf 10.5 nader worden toegelicht. Concentraties die onder de drempels blijven vallen buiten de werkingssfeer van de wet.

Na de melding vindt een eerste onderzoek plaats naar de gevolgen van de concentratie voor de mededinging. Dit onderzoek duurt maximaal vier weken. Alleen indien er reden is om aan te nemen dat als gevolg van de concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, kan tot een tweede fase onderzoek worden besloten. Dit duurt maximaal dertien weken. In paragraaf 10.7 en in de artikelsgewijze toelichting wordt nader ingegaan op de te volgen procedures.

### *10.4 Concentraties*

Het concentratietoezicht heeft betrekking op fusies en op de verkrijging van zeggenschap in ondernemingen. Onder bepaalde voorwaarden kan de laatste categorie ook de totstandbrenging van gemeenschappelijke ondernemingen (joint ventures) omvatten. Bij de keuze en omschrijving van de gehanteerde begrippen is nauw aangesloten bij de EG-concentratieregels. In het voorstel van wet komen zij aan de orde in



artikel 27 sub a (fusies) en sub b (verkrijging van zeggenschap) en in artikel 27 sub c (joint ventures).

Van een fusie is sprake wanneer twee of meer onafhankelijke ondernemingen opgaan in een nieuwe onderneming. Het kan daarbij gaan om de situatie waarin een of meer ondernemingen juridisch ophouden te bestaan en nieuwe rechtspersonen worden opgericht, zoals bij een juridische fusie het geval kan zijn. Het is ook denkbaar dat de juridische entiteiten blijven bestaan, maar niettemin een nieuwe economische eenheid wordt gecreëerd waarin activiteiten van de bij de fusie betrokken ondernemingen worden ondergebracht. Ook dan is er sprake van een fusie.

Een concentratie vindt ook plaats wanneer een onderneming, dan wel een natuurlijke persoon of rechtspersoon die reeds zeggenschap heeft in een of meer ondernemingen, zeggenschap verwerft in een andere onderneming. De aanwezigheid van zeggenschap hangt vooral af van de eigendomsverhoudingen in de onderneming en van de mogelijkheid om, al dan niet in samenhang met de eigendom, stemrecht uit te oefenen. Daarnaast kunnen zich andere omstandigheden voordoen die bepalend zijn voor het al of niet bestaan van zeggenschap. Onder zeggenschap wordt ingevolge artikel 26 de mogelijkheid verstaan om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming. Of op een onderneming beslissende invloed kan worden uitgeoefend zodat van zeggenschap over die onderneming gesproken kan worden, hangt met name af van de vraag of belangrijke strategische beslissingen met betrekking tot die onderneming kunnen worden genomen. Dit zijn bijvoorbeeld de goedkeuring van een bedrijfsplan en van belangrijke investeringen, het vaststellen van de begroting en het benoemen en ontslaan van bestuurders.

Ingeval in een onderneming zeggenschap wordt uitgeoefend door meer dan één andere onderneming is sprake van een gemeenschappelijke onderneming, ook wel «joint venture» genoemd. In navolging van het EG-recht zal het tot stand brengen van gemeenschappelijke ondernemingen in bepaalde gevallen onder de concentratieregels van deze wet vallen. Daarvoor moet aan twee eisen worden voldaan. Ten eerste moet de gemeenschappelijke onderneming een zogenaamde structurele gemeenschappelijke onderneming zijn, dat wil zeggen een entiteit die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult. Het moet, met andere woorden, om een compleet bedrijf gaan. Een gemeenschappelijke onderneming die als functie heeft om uitsluitend de door de moederondernemingen geproduceerde goederen te verkopen voldoet bijvoorbeeld niet aan die eis, en dat zelfde geldt voor een onderneming die belast wordt met onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten of produktie ten behoeve van de moederondernemingen. Ten tweede mag de joint venture er niet toe leiden dat de moederondernemingen hun concurrentiegedrag coördineren. Is dat wel het geval dan spreekt men van een structurele coöperatieve joint venture. Of een gemeenschappelijke onderneming tot coördinatie tussen de moederondernemingen kan leiden hangt af van de aard van de activiteiten van deze ondernemingen. Wanneer de gemeenschappelijke onderneming op dezelfde of een verwante markt actief is als de moederondernemingen, is aannemelijk dat er coördinatie tussen de moederondernemingen zal ontstaan. Van een verwante markt kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer eenzelfde produkt geleverd wordt in in elkaars nabijheid gelegen geografische gebieden, of wanneer er sprake is van sterke overeenkomsten in de voortgebrachte produkten.

Alleen voor gemeenschappelijke ondernemingen die aan de beide genoemde vereisten voldoen, de zogenaamde structurele concentratieve joint ventures, vormen de concentratiebepalingen van dit wetsvoorstel het relevante beoordelingskader. Voor alle andere joint ventures gelden in beginsel de bepalingen betreffende mededingingsafspraken van dit

wetsvoorstel. Gelet echter op het feit dat ook voor structurele coöperatieve joint ventures geldt, dat zij aanzienlijke wijzigingen in de structuur van de aan de overeenkomst deelnemende ondernemingen tengevolge hebben, zal de Dienst voor de mededinging er, in navolging van de Commissie, naar streven om de beoordelingstermijn voor deze joint ventures gelijk te laten lopen aan de termijn, die geldt voor de beoordeling van concentraties. Dit betekent dat op de aanvraag om ontheffing voor dergelijke joint ventures in beginsel binnen vier maanden zal worden beslist en de dienst dus in beginsel geen gebruik zal maken van de mogelijkheid tot verlenging van deze termijn.

### *10.5 Werkingsfeer*

Het is van belang dat de uitvoeringslasten van concentratietoezicht voor zowel de overheid als het bedrijfsleven beperkt blijven. In verband daarmee is het ongewenst dat alle concentraties, ongeacht welk economisch belang ermee gemoeid is, aan de concentratieregels worden onderworpen. In elders voorkomende regimes komen dan ook altijd drempels voor het toepassingsbereik van de toezichtsregels op concentraties voor. Deze zijn geformuleerd in termen van balanstotaal, omzet, marktaandeel of combinaties daarvan. Een marktaandeelcriterium is bij een preventief systeem niet geschikt. Het zou tot gevolg kunnen hebben dat door een onjuiste calculatie van de relevante marktmelding ten onrechte achterwege wordt gelaten, hetgeen tot grote juridische complicaties kan leiden, omdat de rechtshandelingen die de concentratie tot stand brengen dan nietig zijn. Gezien de in de regel grote belangen die met concentraties in het geding zijn acht ik dat ongewenst. Een omzetcriterium is bij preventieve systemen het meest gebruikelijk en wordt ook in het EG-recht gehanteerd.

Voor de omzetrempels, zoals die zijn neergelegd in artikel 29 van het wetsvoorstel, wordt in de eerste plaats uitgegaan van de totale omzet van de bij een concentratie betrokken ondernemingen te zamen. Deze drempel is vastgesteld op 250 miljoen gulden, berekend over het kalenderjaar voorafgaand aan het jaar waarin de melding op grond van artikel 34 plaats zou moeten vinden. Naast de omzetrempel die betrekking heeft op de gezamenlijke omzet geldt een tweede omzetrempel die eveneens moet worden bereikt voordat de concentratieregels van toepassing zijn. Deze drempel houdt in dat ten minste twee van de bij een concentratie betrokken ondernemingen ieder ten minste 30 miljoen gulden omzet in Nederland moeten hebben behaald. Voor deze drempel is gekozen, opdat concentraties aan een beoordeling worden onderworpen die een wezenlijk effect kunnen hebben op de Nederlandse markt. Hiervoor is niet alleen de gezamenlijke omzet van belang maar ook de omzet van de bij een concentratie betrokken partijen afzonderlijk. Door de tweede drempel wordt voorkomen dat bijvoorbeeld een overname van een zeer klein bedrijf door een onderneming die zelf al een omzet heeft van meer dan 250 miljoen gulden, aangemeld en getoetst zou moeten worden. De eis dat het moet gaan om in Nederland gerealiseerde omzet houdt verband met het doel van het wetsvoorstel, het bewaken van de mededinging op de Nederlandse markt. Daarom zijn concentraties tussen een Nederlands en een buitenlands bedrijf dat in het geheel niet of in slechts geringe mate op de Nederlandse markt actief is, van minder belang. Het is niet gewenst dat dergelijke concentraties, die veelvuldig voorkomen, op grote schaal getoetst zouden moeten worden.

De wijze van berekening van de omzet is omschreven in artikel 30. In het tweede lid van dit artikel wordt het beginsel dat de omzet van alle betrokken ondernemingen dient te worden meeberekend, in zoverre gepreciseerd, dat van een onderneming die als vervreemder betrokken is bij een concentratie, slechts de omzet van het vervreemde deel meetelt. De reden hiervoor is dat de omzetrempel verband dient te houden met

het economisch belang van de door een concentratie verbonden ondernemingen nadat die concentratie is totstandgekomen.

De vaststelling van de hoogte van de omzeldrempels is in zekere mate arbitrair. Op kleinere produkt- of geografische markten kan ook met een relatief bescheiden omzet een hoog marktaandeel worden bereikt. Niet geheel kan worden uitgesloten dat op zo'n kleinere markt machtsposities kunnen ontstaan die ontsnappen aan de toepassing van het voorgestelde regime. Dit dient echter te worden afgewogen tegen de lasten die voor overheid en bedrijfsleven zouden voortvloeien uit een zeer groot aantal meldingen en toetsingsprocedures. Daarbij is de verwachting gewettigd dat naarmate de drempels op een lager niveau worden gesteld, ook steeds meer uit mededingingsoogpunt onbelangrijke gevallen moeten worden gemeld. Ik ben van mening dat met de voorgestelde drempels een goede middenweg wordt bewandeld. Uit onderzoek is gebleken dat als gevolg van deze drempels naar verwachting gemiddeld zo'n honderd concentraties per jaar gemeld zullen moeten worden. De praktijk in de eerste jaren zal moeten uitwijzen of de drempels adequaat zijn. Zonodig zal op grond van die ervaring een aanpassing moeten plaatsvinden. Artikel 29, tweede lid, biedt de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur de drempelbedragen te verhogen.

Voor het bank- en verzekeringswezen is in artikel 31 een afzonderlijke bepaling opgenomen omdat «omzet» voor de tot deze sectoren behorende ondernemingen niet geschikt is. Voor het bankwezen wordt daarom uitgegaan van de waarde van de activa, en voor verzekeringsbedrijven van de waarde van de geboekte premies. Deze benadering is analoog aan die van de EG-concentratieregels.

De bancaire en verzekeringssector zijn de enige sectoren ten aanzien waarvan een specifiek toezicht op concentraties wordt uitgeoefend. De Wet toezicht kredietwezen 1992 en de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 vormen daarvoor de basis. De wettelijke toezichtsnormen vormen de grondslag voor een beleid waarbij het voorkomen van machtsconcentraties op de desbetreffende markten een van de aandachtspunten vormt. Hierdoor kan een doublure ontstaan met het in dit wetsvoorstel opgenomen concentratietoezicht. Dit is ten dele ondervangen door de vrijstelling die in artikel 32 is opgenomen. Deze heeft betrekking op concentraties waarbij uitsluitend kredietinstellingen, financiële instellingen en verzekeringsondernemingen dan wel holdings van een of meer van deze ondernemingen betrokken zijn. Het toezicht krachtens genoemde wetten omvat naast de zojuist aangeduide concentraties ook concentraties waarbij naast krediet- of financiële instellingen of verzekeraars ook andere ondernemingen betrokken zijn. De vrijstellingsbepaling is niet op laatstgenoemde concentraties van toepassing. Genoemde wetten zijn immers primair gericht op het toezicht op financiële markten. Het is daarom wenselijk dat op concentraties die ook niet-financiële markten raken de concentratiebepalingen van dit wetsvoorstel van toepassing zijn. Het ligt, gegeven de bevoegdheidsverdeling die ten grondslag ligt aan de vrijstelling volgens artikel 32, voor de hand dat de dienst bij de beoordeling van zo'n concentratie vooral let op de gevolgen voor de mededinging op de niet-financiële markten. Door overleg tussen de dienst en de financiële toezichthouders zal kunnen worden voorkomen dat tegenstrijdige beslissingen worden genomen.

Met deze bepaling wordt, op overeenkomstige wijze als in artikel 16 van dit wetsvoorstel is geschied, de verhouding geregeld tussen het algemene mededingingsrecht en een ander wettelijk regime. Deze voorziening heeft een voorlopig karakter. In artikel 101, derde lid, is bepaald dat artikel 32 op een bij koninklijk besluit nader te bepalen tijdstip vervalt. Het uitgangspunt is om binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van hoofdstuk 5 van dit wetsvoorstel, mede op basis van de in die periode in de praktijk opgedane ervaring, nader onderzocht te hebben hoe de afbakening tussen het algemene concentratietoezicht en het specifieke toezicht op de

bancaire en verzekeringssector kan plaatsvinden zodanig dat een evenwichtig en transparant mededingingstoezicht op concentraties in het bank- en verzekeringswezen wordt gewaarborgd.

De werkingssfeer van de concentratieregels zal niet alleen aan de onderzijde worden begrensd door de hierboven behandelde omzetrempels, maar bovendien, aan de bovenzijde, als gevolg van het communautaire concentratietoezicht. Concentraties die vallen binnen de werkingssfeer van de EG-concentratieverordening zijn in beginsel onttrokken aan de toepassing van het nationale mededingingsrecht. Dit betreft concentraties die voldoen aan de volgende drie vereisten:

- a) de totale omzet van de bij een concentratie betrokken ondernemingen bedraagt meer dan vijf miljard ECU,
- b) de omzet behaald binnen de Europese Gemeenschap door ten minste twee der bij die concentratie betrokken ondernemingen moet voor elk dezer ondernemingen meer dan 250 miljoen ECU bedragen en
- c) de betrokken ondernemingen moeten niet meer dan twee derde van hun totale omzet binnen een en dezelfde lid-staat behalen.

Anderzijds is de Commissie niet bevoegd om uit eigen beweging de concentratieregels toe te passen op concentraties die niet aan de genoemde vereisten voldoen. Eventueel kan dit wel op verzoek van een lid-staat op welks grondgebied een concentratie tot een significante beperking van de mededinging leidt, en wel op grond van artikel 22, derde lid van de EG-concentratieverordening (de zogenaamde «Dutch clause»). Een en ander heeft tot gevolg dat communautaire en nationale concentratiebepalingen elkaar niet overlappen, maar aanvullen.

Voor concentraties die onder het bereik van de EG-concentratieregels vallen zal als algemene regel gelden dat zij geheel buiten de werkingssfeer van de nationale concentratiebepalingen blijven, dus met inbegrip van de meldingsplicht. Hiertoe is artikel 33 opgenomen. De enige uitzondering op die algemene regel kan zijn, dat de Commissie onder toepassing van artikel 9 van de EG-concentratieverordening een bij haar aangemelde concentratie ter behandeling naar de Nederlandse autoriteit verwijst. Artikel 33, tweede lid, geeft de mogelijkheid om onder die omstandigheid de nationale concentratiebepalingen toe te passen. Hoewel tot op heden de Commissie slechts bij hoge uitzondering gebruik heeft gemaakt van de verwijzingsmogelijkheid acht ik het wenselijk om de mogelijkheid tot verwijzing naar de Nederlandse autoriteit open te houden.

Ten slotte wil ik nog ingaan op de toepassing van het in dit wetsvoorstel voorgestelde algemene concentratietoezicht op concentraties in de dagbladsector. Bij het toezicht op persconcentraties rijst de vraag naar de verenigbaarheid daarvan met artikel 7, eerste lid, van de Grondwet. In het kader van een toenmalige discussie over een tot stand te brengen wettelijke persconcentratieregeling is in 1990 door een drietal deskundigen hierover advies uitgebracht (bijlage 2 bij het advies van de SER over de Persfusieregeling, nr. 91/07). Naar het oordeel van de deskundigen mag een regeling voor de controle van persconcentraties geen preventieve materiële toetsing bevatten, hetgeen erop neerkomt dat de toetsing op geen enkele wijze verband mag houden met een oordeel over de inhoud van publikaties. Een verbod van een concentratie op grond van een marktaandeelgrens achten zij aanvaardbaar. Andere toetsingscriteria wijzen de deskundigen af, aangezien volgens hen het gevaar groot is dat de toetsing op enigerlei wijze verband gaat houden met de inhoud van de betrokken publikaties.

Het algemene verbod in dit wetsvoorstel om een concentratie tot stand te brengen zonder dat deze is gemeld of een vergunning is verleend is op zichzelf niet in strijd met artikel 7, eerste lid, van de Grondwet. Dit artikel begrenst wel de toepassing van het toezicht in het concrete geval van een persconcentratie, in die zin dat een vergunning niet zal mogen worden geweigerd wegens de inhoud van de gedachten en gevoelens, die worden

geopenbaard door de persorganen, welke worden uitgegeven door de bij de concentratie betrokken ondernemingen. Op grond van artikel 41 van dit wetsvoorstel kan de directeur van de dienst een vergunning weigeren op grond van criteria die betrekking hebben op de vorming of versterking van een economische machtspositie. Het toetsingscriterium van de directeur is of door de concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt. Het eerste en belangrijkste aanknopingspunt voor een oordeel daarover is het marktaandeelcriterium. Wanneer in een bepaald geval het marktaandeel op zichzelf niet leidt tot het ontstaan of versterken van een machtspositie, kunnen andere economische criteria een rol spelen, zoals het relatieve marktaandeel of de mate waarin de onderneming bijvoorbeeld zelf de prijzen kan vaststellen. Naar mijn mening is bij de toepassing van dergelijke economische criteria geen sprake van een toetsing die de inhoud van perspublicaties raakt.

Indien de directeur een vergunning weigert, kan de Minister van Economische Zaken op grond van artikel 47 van dit wetsvoorstel alsnog beslissen de vergunning te verlenen. Zoals in paragraaf 10.8 van deze memorie van toelichting wordt uiteengezet, kunnen daarbij ook overwegingen van niet-economische aard een rol spelen. Het spreekt evenwel vanzelf dat, hoewel ook de toetsing door de Minister niet a priori behoeft te raken aan de inhoud van perspublicaties, hier waakzaamheid is geboden. Aan een beschikking van de minister zullen nimmer overwegingen met betrekking tot de inhoud van de persorganen ten grondslag kunnen liggen.

#### *10.6 Melding van voorgenomen concentraties*

Zoals in paragraaf 10.3 al is aangegeven, zal het verplicht zijn om concentraties vooraf te melden. Dit is bepaald in artikel 34. Dit artikel bepaalt voorts dat het verboden is om concentraties tot stand te brengen voordat vier weken na het tijdstip van melding van de voorgenomen concentratie zijn verstreken. Het is in de eerste plaats aan het betrokken bedrijfsleven te beoordelen wanneer het beste kan worden gemeld. Het spreekt echter vanzelf dat de melding pas kan plaatsvinden wanneer de partijen de bij die melding te verstrekken gegevens beschikbaar hebben. Het voornemen voor een concentratie zal dus in voldoende mate geconcretiseerd moeten zijn voordat een melding kan plaatsvinden.

#### *10.7 Beoordeling van concentraties door de Dienst voor de mededinging*

##### 10.7.1 Beoordeling van de gevolgen voor de mededinging

Zoals in paragraaf 13 van deze toelichting wordt uiteengezet, zal de uitvoering van de wet worden opgedragen aan een ambtelijke dienst die hiërarchisch ondergeschikt is aan de Minister van Economische Zaken. Binnen dit stramien zal ook het concentratietoezicht worden opgedragen aan de Dienst voor de mededinging («de dienst»). Deze zal aangemelde concentraties dienen te beoordelen op hun gevolgen voor de mededinging. Bij het concentratietoezicht gaat het om een beoordeling van de gevolgen van concentraties voor de marktstructuur. Meer in het bijzonder gaat het om de vraag of als gevolg van een concentratie een of meer ondernemingen een zodanige positie gaan innemen dat daardoor ernstig afbreuk dreigt te worden gedaan aan de mededinging op de desbetreffende markt. In dit wetsvoorstel wordt er van uitgegaan dat zo'n ernstige dreiging voor de mededinging ontstaat wanneer door een concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt, die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt op significante wijze wordt belemmerd. Dit heeft tot gevolg dat het beoordelingscriterium voor concentraties uitsluitend toepassing kan vinden in gevallen waarin een daadwerkelijke

mededinging op de Nederlandse markt kan worden verhinderd, hetzij doordat een bij een concentratie betrokken onderneming een machtspositie verwerft hetzij doordat een bestaande machtspositie verder wordt versterkt.

Met het criterium ontstaan of versterking van een economische machtspositie, die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt op significante wijze wordt belemmerd, wordt aangesloten bij het EG-recht en het recht van vele landen van de Europese Gemeenschap. Bij de vraag of door een concentratie een machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, gaat het om factoren als het marktaandeel van de bij een concentratie betrokken ondernemingen en dat van hun concurrenten, de mogelijkheden tot toetreding tot de markt in kwestie en de mate van afhankelijkheid van leveranciers en afnemers van de betrokken ondernemingen.

Het spreekt vanzelf dat de kans op het ontstaan of de versterking van een machtspositie het grootst is wanneer bij een concentratie ondernemingen zijn betrokken die op eenzelfde markt actief zijn. Door de concentratie worden dan immers de marktposities van die ondernemingen gebundeld. De uit een concentratie resulterende marktaandelen zijn, te zamen met andere omstandigheden zoals reeds genoemd in paragraaf 7.1, bepalend voor het antwoord op de vraag of door die concentratie een machtspositie ontstaat of wordt versterkt. Ook een concentratie van bedrijven in opeenvolgende produktiestadia kan soms leiden tot het ontstaan of de versterking van een machtspositie. Dit kan het geval zijn wanneer door de concentratie een daarbij betrokken onderneming zijn toegang tot voorzieningsbronnen of afzetkanalen aanzienlijk verbetert ten opzichte van zijn concurrenten. In het bijzonder wanneer de positie van die concurrenten ernstig wordt bemoeilijkt, of de toegankelijkheid van de markt wordt belemmerd, kan dat er op wijzen dat door de concentratie een machtspositie ontstaat of wordt versterkt. Wanneer een concentratie plaatsvindt tussen ondernemingen die niet op eenzelfde of aangrenzende markt actief zijn, is de kans dat een machtspositie ontstaat of wordt versterkt zeer gering.

#### 10.7.2 Taken van algemeen economisch belang

In paragraaf 8.1 van deze memorie is ingegaan op de vrijstelling in verband met de vervulling van taken van algemeen economisch belang die is neergelegd in de artikelen 11 en 25 van het wetsvoorstel. Een voorziening van overeenkomstige strekking is ook opgenomen in artikel 41, derde lid. Ingevolge deze bepaling kan genoemde factor meegewogen worden bij beslissingen over concentraties. Voor een toelichting op de materiële inhoud van deze bepaling en op de motieven die eraan ten grondslag liggen wordt verwezen naar paragraaf 8.1 van de memorie van toelichting. In afwijking van de in de artikelen 11 en 25 gekozen benadering is hier niet gekozen voor een vrijstelling maar voor een afzonderlijke weigeringsgrond. Hiermee wordt voorkomen dat het bedrijfsleven zelf moet beoordelen of een concentratie voldoet aan de desbetreffende criteria. Dat laatste zou onwenselijk zijn, omdat een verkeerde beoordeling grote juridische en financiële consequenties voor de betrokkenen zou kunnen hebben. Hierbij moet gedacht worden aan de mogelijkheid van civielrechtelijke nietigheid van overeenkomsten en aan de gevolgen die voortvloeien uit het ongedaan moeten maken van een concentratie. Om dergelijke situaties te voorkomen is gekozen voor een benadering, waarbij de procedure van melding en beoordeling moet worden doorlopen.

#### 10.7.3 Procedure

Het is gewenst dat het betrokken bedrijfsleven zo snel mogelijk

uitsluitse verkrijgt over de beoordeling van een gemelde concentratie. Om die reden is voorzien in een tweetrapsprocedure. De eerste onderzoeksfase, die voor alle aangemelde concentraties geldt, duurt maximaal vier weken. Binnen deze periode moet de directeur van de dienst krachtens het bepaalde in artikel 37 van het wetsvoorstel een beslissing nemen omtrent het wel of niet vergunningplichtig verklaren van de concentratie. Alleen voor concentraties die vergunningplichtig zijn verklaard geldt, dat zij pas tot stand gebracht mogen worden nadat de tweede fase procedure is doorlopen. De bevoegdheid tot het vergunningplichtig verklaren zal alleen bestaan ten aanzien van concentraties waaromtrent de directeur na een eerste onderzoek reden heeft om aan te nemen dat een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt op significante wijze wordt belemmerd. Naar mag worden aangenomen betreft dit een kleine minderheid van de aangemelde gevallen. Voor de overige gevallen eindigt de procedure dus maximaal vier weken na de aanmelding. Dit is ook het geval wanneer de directeur nalaat te voldoen aan het voorschrift dat binnen die periode een besluit moet worden genomen. In artikel 37 is bepaald dat dan voor de desbetreffende concentratie geen vergunning meer kan worden vereist.

Het criterium voor het vergunningplichtig verklaren van een concentratie hangt ten nauwste samen met het in artikel 41, tweede lid, neergelegde criterium op basis waarvan de vergunningsaanvraag wordt beoordeeld. De beslissingen die de directeur neemt ter afsluiting van de eerste onderzoeksfase moeten de voorwaarden scheppen voor een juiste en volledige toepassing van het vergunningscriterium. Dit gegeven bepaalt de beleidsruimte in de eerste fase.

Opgemerkt moet nog worden dat de mogelijkheid bestaat om gedurende de eerste onderzoeksfase wijzigingen in de aangemelde concentratie aan te brengen. Het zal dan nodig zijn om ook de melding te corrigeren of aan te vullen. Voorts is het mogelijk dat de betrokken ondernemingen reeds voorafgaand aan het moment van melding met de dienst van gedachten wisselen over een voorgenomen concentratie, en mede op grond daarvan beslissen of, en zo ja in welke vorm, een concentratie zal worden aangemeld. Beide mogelijkheden kunnen worden benut om, indien betrokkenen dit wensen, te voorkomen dat aan een vergunningprocedure wordt toegekomen. Het is van belang er op te wijzen dat een aangemelde concentratie ook voorgenomen transacties kan omvatten die slechts één van de bij de concentratie betrokken ondernemingen betreft. Zo zou een onderneming de overname van een andere onderneming onder gelijktijdige afstoting van een bestaand bedrijfsonderdeel kunnen melden. Ook is het mogelijk dat een wijziging van een contractuele relatie van een der betrokken ondernemingen met een derde onderneming onderdeel uitmaakt van de concentratie. Het spreekt vanzelf dat een beslissing om een concentratie al dan niet vergunningplichtig te verklaren mede deze elementen omvat. Wanneer de concentratie in een andere vorm tot stand komt dan is aangemeld, is niet voldaan aan de vereisten van artikel 34. Als gevolg daarvan is administratief optreden mogelijk en is ook de civielrechtelijke geldigheid van de concentratie geenszins verzekerd.

Van de verplichting tot inachtnaam van de wachtperiode kan op verzoek geheel of ten dele ontheffing worden verleend. Hiertoe is voor de eerste procedurefase in artikel 40 een voorziening getroffen en voor de tweede fase in artikel 46. Bij de toepassing van deze bepalingen zal de directeur een afweging moeten maken tussen de belangen van het betrokken bedrijfsleven om de concentratie in afwachting van een eindbeslissing tot stand te brengen, het op dat moment bestaande inzicht in de gevolgen van de concentratie voor de mededinging, en de mate van omkeerbaarheid van de concentratie.

De tweede procedurefase vangt aan met de ontvangst van een vergunningaanvraag. Het is niet noodzakelijk dat ondernemingen met het indienen van een aanvraag om een vergunning wachten totdat de directeur besloten heeft, dat de concentratie vergunningplichtig is. Om tijdverlies te voorkomen kunnen zij, als zij inschatten dat de kans dat de concentratie vergunningplichtig zal zijn groot is, die aanvraag eerder indienen, zelfs tegelijkertijd met de aanmelding van de concentratie.

Gedurende deze tweede fase blijft het verbod op de totstandbrenging van de concentratie van kracht. De tweede fase zal in de regel meer tijd in beslag nemen dan de eerste, en kan maximaal dertien weken duren. Evenals in de eerste fase geldt ook hier dat door het niet binnen de voorgeschreven periode afronden van de procedure, deze eindigt. In artikel 44, tweede lid, is bepaald dat het niet tijdig geven van een beschikking gelijkgesteld wordt met de verlening van een vergunning.

#### 10.7.4 Eindbeslissing door de dienst

Ten aanzien van concentraties die onderworpen zijn aan de vergunningplicht dient de directeur van de dienst te beslissen of een vergunning verleend kan worden. In artikel 41 is bepaald dat een vergunning wordt geweigerd indien als gevolg van de aangemelde concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt, die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt op significante wijze wordt belemmerd. Hiermee is een eenduidige wettelijke norm geformuleerd waaraan concentraties getoetst moeten worden. In paragraaf 10.7.1 zijn de overwegingen die aan deze keus ten grondslag liggen geschetst. Zoals al is opgemerkt zal naar verwachting een kleine minderheid van de aangemelde gevallen aan de vergunningprocedure worden onderworpen, maar deze zullen dan ook veelal niet zonder meer een vergunning kunnen verkrijgen. Dit wil echter allerminst zeggen dat in deze gevallen de procedure moet uitmonden in de weigering van een vergunning. Het zal er in deze fase met name om gaan te onderzoeken welke mogelijkheden er zijn om de mededingingsbezwaren weg te nemen en de concentratie, eventueel in gewijzigde vorm, toch doorgang te kunnen laten vinden. In verband hiermee is het van groot belang dat een vergunning krachtens artikel 41, vierde lid, onder beperkingen kan worden verleend en dat daaraan voorschriften kunnen worden verbonden.

#### *10.8 Mogelijkheid van heroverweging door de minister*

Ik ben van mening dat de beoordeling van de dienst niet in alle gevallen beslissend kan zijn voor het toelaten van een concentratie. Dit is een ingrijpende beslissing die voor de direct betrokkenen grote gevolgen kan hebben. Bovendien moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat concentraties die uit mededingingsoogpunt bezien niet toegelaten zouden kunnen worden, op grond van andere zwaarwegende maatschappelijke belangen niettemin aanvaardbaar kunnen zijn. Om deze redenen is, in artikel 47 van het wetsvoorstel, in een mogelijkheid voorzien om toestemming te verlenen voor een concentratie die door de dienst niet is toegelaten. Dit is een bevoegdheid die aan de Minister van Economische Zaken is toebedeeld, omdat het afwegen van het mededingingsbelang met andere, niet in de wet zelf gespecificeerde belangen noodzakelijkerwijs een politiek karakter heeft. Een zodanige beslissing kan door de minister pas worden genomen nadat de dienst heeft besloten om een concentratie niet toe te staan. Dit bevordert een transparante besluitvorming. De beslissing van de dienst, die uitsluitend op mededingingsoverwegingen kan zijn gebaseerd, is openbaar. In de hierop volgende procedure kan de minister een afweging maken tussen de nadelen van de concentratie voor de mededinging, zoals die door de dienst zijn vastge-



steld, en andere overwegingen. Pas indien de minister tot de conclusie komt dat er gewichtige redenen van algemeen belang in het geding zijn, die zwaarder wegen dan de belemmering van de mededinging, kan hij die toestemming geven.

In het wetvoorstel wordt het algemeen belang waarop de beslissing van de minister moet berusten, niet nader gespecificeerd. In de praktijk zal het kunnen gaan om uiteenlopende overwegingen van economische en niet-economische aard. Teneinde de verschillende beleidsaspecten die in een concreet geval aan de orde kunnen zijn, adequaat tot gelding te kunnen brengen, is in artikel 49, eerste lid, bepaald dat de minister zijn beslissing in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad neemt.

Omdat het wenselijk is dat niet alleen partijen, maar ook anderen kunnen weten op grond van welke overwegingen een concentratie wel of niet wordt toegelaten zullen zowel de beschikkingen van de directeur als die van de minister openbaar worden gemaakt.

## **11. Handhaving**

### *11.1 Civielrechtelijke handhaving*

De Sociaal-Economische Raad wijst er in zijn advies op dat de overstap op een verbodssysteem directe voordelen heeft voor de handhaving van de mededingingswet. Deze vloeien voort uit het feit dat overtreding van een verbod rechtsingangen bij de burgerlijke rechter schept. Via civielrechtelijke handhaving is vaak een veel snellere reactie mogelijk dan bij strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving. Ook kan daarmee de belasting van de strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving worden verminderd.

Ook de Commissie economische mededinging merkt in haar advies op, dat de civielrechtelijke handhaving in een verbodsstelsel een grotere rol speelt en door de nietigheidssanctie de mogelijkheid toelaat particuliere belangen te behartigen. Niettemin is het aan publiekrechtelijke organen om uit een oogpunt van algemeen belang de mededingingswet te handhaven.

Naar mijn mening onderstrepen de beide adviescolleges terecht de mogelijkheden van civielrechtelijke handhaving van dit voorstel van wet. Het wetsvoorstel gaat uit van een verbodssysteem. Als derden door overtreding van bepaalde voorschriften in hun belang worden getroffen, is de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen. Het ligt dan ook op hun weg in dergelijke gevallen actie te ondernemen en zij behoren dat niet aan de verantwoordelijkheid van de overheid over te laten. Doorgaans zullen de mogelijkheden tot civielrechtelijke handhaving ook een snellere oplossing bieden dan de publiekrechtelijke vormen van handhaving. Dat neemt natuurlijk niet weg dat, zoals in paragraaf 11.2 wordt uiteengezet, er aanleiding kan zijn publiekrechtelijke handhavinginstrumenten in te zetten. Bij de beslissing daaromtrent kan de mate waarin de belangen van derden worden getroffen, een rol spelen.

Overeenkomsten en besluiten die in strijd zijn met het verbod van mededingingsafspraken zijn nietig ingevolge artikel 6, eerste en tweede lid, van het voorstel van wet. Hetzelfde geldt voor concentraties die in strijd met de voorschriften in dit voorstel van wet omtrent de meldings- of vergunningsplicht tot stand zijn gekomen. Die nietigheid kan voor de burgerlijke rechter worden ingeroepen. Daarnaast is het mogelijk een actie uit onrechtmatige daad in te stellen. Een actie uit onrechtmatige daad kan ook worden ingesteld in geval van overtreding van het verbod van misbruik van een economische machtspositie. Bij zo'n actie uit onrechtmatige daad kan schadevergoeding worden geëist. Die schadevergoeding wordt doorgaans in de vorm van geld voldaan, maar ook andere vormen van schadevergoeding zijn mogelijk. Voorts kan in voorkomende

gevallen een op de toekomst gericht verbod worden gevraagd, bijvoorbeeld ingeval gevreesd wordt dat een verboden gedraging in de toekomst herhaald zal worden.

### 11.2 Bestuursrechtelijke handhaving

Naast de mogelijkheid tot civielrechtelijke handhaving voor de gevallen waarin de individuele belangen van justitiabelen in het geding zijn, vereist het algemeen belang de mogelijkheid van publiekrechtelijke handhaving. In de adviesaanvraag was voorgesteld de mededingingswet bestuursrechtelijk te handhaven, dat wil zeggen door een bestuursorgaan met behulp van bestuursrechtelijke sancties.

De Sociaal-Economische Raad onderkent de potentiële voordelen die in het algemeen aan bestuursrechtelijke handhaving zijn verbonden, zoals het verminderen van de lasten voor de strafrechtspraak, de directere betrokkenheid van het bestuur bij de handhaving, inschakeling van de deskundigheid en ervaring van gespecialiseerde bestuursorganen en het helpen voorkomen dat zwaardere middelen worden ingezet dan strikt nodig is. Toegespitst op de mededingingswet zijn die voordelen echter waarschijnlijk moeilijk te realiseren met voldoende rechtsbescherming voor ondernemingen. Voor een zorgvuldige besluitvorming is een nadere afweging van voor- en nadelen van de mogelijke handhavingssystemen nodig. De zware belasting van het strafrechtelijke apparaat kan ertoe leiden dat aan de sanctionering van overtredingen van de mededingingswet onvoldoende aandacht wordt gegeven. Als dat zou blijken het geval te zijn, zou dat een krachtig argument vormen voor invoering van bestuursrechtelijke handhaving.

De Commissie economische mededinging stelt vast dat gekozen wordt voor bestuursrechtelijke handhaving. Zij wijst er nadrukkelijk op dat bij de uitwerking daarvan aandacht zal moeten worden geschonken aan de regeling van de bevoegdheden tot handhaving en aan bepaalde zeer belangrijke juridische randvoorwaarden, die nu al in het strafrecht zijn geregeld, zoals de onschuldpresumptie, het legaliteitsbeginsel, rechtswaarborgen in de opsporingsfase en aansluiting wat het opleggen van boetes betreft bij hoofdstuk 5 «Handhaving» van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht.

In het voorstel van wet is, overeenkomstig het voorstel uit de adviesaanvraag, gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving van de mededingingswet. Die keuze is gebaseerd op de volgende overwegingen.

Uit de toelichting bij aanwijzing nr. 11 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Besluit van de Minister-President van 18 november 1992) blijkt dat een keuze voor strafrechtelijke handhaving in het algemeen slechts is te rechtvaardigen, als aannemelijk wordt gemaakt dat andere systemen van handhaving te kort schieten. In het onlangs vastgestelde kabinetsstandpunt over het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten «Handhaving door bestuurlijke boeten» (kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48) wordt gesteld dat de primaire verantwoordelijkheid voor de handhaving van beleidsinstrumentele wetgeving behoort te liggen bij het bestuursorgaan dat met de uitvoering van de desbetreffende wet is belast. In dit kabinetsstandpunt worden ook de toetsingscriteria besproken die de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (verder: Toetsingscommissie) heeft geformuleerd om te bepalen welke rechtsnormen voor bestuursrechtelijke handhaving in aanmerking komen. De door bestuurlijke boeten te handhaven normen in dit wetsvoorstel voldoen aan een aantal van deze criteria, zoals de geringe normatieve lading van de norm, het feit dat overtreding geen letsel aan personen of schade of goederen pleegt toe te brengen, en het niet nodig hebben van vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangbevoegdheden voor de handhaving van de norm. De in dit wetsvoorstel vervatte materiële verboden van de artikelen 6 en 24

voldoen evenwel niet aan het door de Toetsingscommissie aangegeven criterium dat een overtreding eenvoudig moet zijn vast te stellen en het mogelijk moet zijn op grond van die normen een vaste gedragslijn te ontwikkelen. Naar de mening van het kabinet kan het in uitzonderlijke gevallen desondanks toch aanvaardbaar zijn te kiezen voor handhaving door bestuurlijke boeten, onder meer wanneer er een gespecialiseerd opsporingsorgaan is, dat aan de handhaving adequaat gestalte kan geven. Zoals in de volgende paragraaf nader wordt uiteengezet, is het inderdaad de bedoeling een aparte dienst met de uitvoering van de mededingingswet te belasten. Toepassing van de materiële verboden van dit wetsvoorstel vergt doorgaans een bijzondere deskundigheid met betrekking tot de analyse van marktstructuren en van de gevolgen van concurrentiebeperkingen. Hierin kan naar mijn mening alleen op adequate wijze worden voorzien door de handhaving op te dragen aan een gespecialiseerd bestuursorgaan. Daarnaast is het zo dat de mededingingswetgeving een van de vele wetten zou zijn die het strafrechtelijk apparaat moet handhaven. In verband met capaciteitsproblemen enerzijds en anderzijds de ingewikkeldheid van mededingingszaken en de relatief geringe verontrusting die inbreuken op de mededingingswetgeving teweeg brengen, zal het Openbaar Ministerie mededingingszaken snel seponeren of via een schikking afdoen.

Ik acht het niet zinvol om naast bestuursrechtelijke handhaving het strafrecht achter de hand te houden, zoals in het door de Toetsingscommissie ontwikkelde model B het geval is. De aard van de overtreding brengt niet met zich mee dat er behoefte bestaat aan andere dan bestuursrechtelijke sancties, zoals gevangenisstraf. Bovendien kan bij bestuursrechtelijke handhaving sneller en eenvoudiger gereageerd worden op inbreuken op de wet.

Ten slotte pleit vóór bestuursrechtelijke handhaving ook, dat het met het onderzoek en sanctionering van overtredingen belaste orgaan contact moet kunnen onderhouden met de Commissie in verband met de nodige afstemming van beleid. De mogelijkheid van een goede afstemming met de Commissie is met name ook van groot belang in de gevallen van decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels. Een dergelijke afstemming is bij bestuursrechtelijke handhaving eenvoudiger te realiseren.

Aparte aandacht verdient nog het aspect van belasting van de rechterlijke macht in het gekozen handhavingssysteem. Tegen krachtens dit wetsvoorstel opgelegde sanctiebeschikkingen staat, na het doorlopen van een bezwaarschriftprocedure, beroep open bij de rechtbank en daarna hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (artikel 37 van de Wet op de Raad van State). Vooral bij hoge geldboeten zal de bezwaarschriftprocedure, anders dan doorgaans het geval is, lang niet altijd leiden tot het afzien van beroep op de rechter. Daarbij zal ook een rol spelen dat de rechter de boete niet kan verhogen, maar wel verlagen, en dus het risico dat betrokkene door de uitspraak in beroep er slechter afkomt, niet aanwezig is. In absolute aantallen zaken zal de belasting evenwel niet groot zijn. Zie over de uit dit wetsvoorstel voortvloeiende belasting verder de artikelsgewijze toelichting op artikel 92.

Bij de uitwerking van bepalingen rond de bestuurlijke boete in dit wetsvoorstel dient acht te worden geslagen op zowel artikel 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) als op artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Bij de uitwerking van haar voorstellen heeft de Toetsingscommissie uitdrukkelijk aandacht aan de vereisten van deze verdragen besteed. Algemene beschouwingen daaromtrent zijn vervat in paragraaf 7.3 van het rapport van de Toetsingscommissie. De commissie doet voorts een aantal concrete voorstellen over in acht te nemen waarborgen. Deze betreffen

onder meer het zwijgrecht en de cautie, de hoorplicht en de schorsende werking van bezwaar en beroep. Op al deze punten wordt bij de toelichting op de in hoofdstuk 7 en volgende vervatte bepalingen nader ingegaan. Op deze plaats dient nog apart aandacht te worden besteed aan artikel 14, vijfde lid, van het IVBPR. Dit artikel verplicht tot toetsing van een bestuurlijke boete in twee instanties. Zoals hiervoor is geschetst, kan in eerste instantie beroep ingesteld worden bij de rechtbank, en vervolgens een oordeel gevraagd worden van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State. Met andere woorden, aan het vereiste van artikel 14, vijfde lid, IVBPR wordt voldaan. Men zie ook de artikelsgewijze toelichting op hoofdstuk 12, Rechtsbescherming.

## **12. Geheimhouding en samenwerking**

### *12.1 Geheimhouding*

Bij de toepassing van de in dit wetsvoorstel vervatte voorschriften zal de Dienst voor de mededinging vaak informatie over ondernemingen bekend worden, die vertrouwelijke bedrijfsgegevens bevat, zoals financiële gegevens en gegevens over de toekomstige strategie, en fabricagegegevens. Deze gegevens kunnen door de onderneming zelf zijn verstrekt bijvoorbeeld ten behoeve van een aanvraag om een ontheffing van het kartelverbod of een melding van een concentratie, of kunnen door de dienst zijn verkregen bij een onderzoek naar een mogelijke overtreding. Bij de verschillende procedures in dit wetsvoorstel met betrekking tot de bekendmaking van een aanvraag om een ontheffing of een vergunning, of de bekendmaking van een sanctiebeschikking, is voorzien in geheimhouding van bedrijfs- en fabricagegegevens.

Een belangrijke waarborg voor een vertrouwelijke behandeling van gevoelige gegevens is voorts gelegen in de artikelen 125a, derde lid, van de Ambtenarenwet en artikel 2:5 van de Awb. Deze bepalingen bevatten voor onderscheidenlijk ambtenaren en anderen die bij de uitvoering van de taak van een bestuursorgaan zijn betrokken, zoals de Minister van Economische Zaken, een verplichting tot geheimhouding van deze gegevens. Dit geldt alleen niet indien een goede uitvoering van de desbetreffende taak mededeling noodzakelijk maakt. Zo kan het in verband met de uitvoering van dit voorstel van wet nodig zijn met de Commissie overleg te hebben en daarbij ook gegevens te verstrekken die bij de uitvoering zijn verkregen. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn bij twijfel of een voorgenomen maatregel op basis van de mededingingswet zich verdraagt met de EG-mededingingsregels. Overleg daarover met de Commissie kan die twijfel wegnemen. De noodzaak tot overleg met de Commissie geldt des te meer indien sprake is van decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels. Op die wijze voldoet Nederland ook aan zijn in artikel 5 van het EG-Verdrag neergelegde samenwerkingsverplichting tussen de EG-lid-staten en de Europese Gemeenschap voor een correcte toepassing van de Europeesrechtelijke bepalingen, in casu de mededingingsregels. Ten overvloede merk ik op dat de vraag in hoeverre de Commissie van dergelijke, door de Nederlandse mededingingsautoriteit verstrekte gegevens gebruik mag maken voor haar eigen beleid, een vraag is van Europees recht.

Een goede uitvoering van dit wetsvoorstel kan ook met zich meebrengen dat overleg plaatsvindt met andere dienstonderdelen van het ministerie van Economische Zaken en met andere departementen, omdat deze beschikken over bijzondere kennis van een bepaalde sector. Ook hier geldt dat daarbij aan dat dienstonderdeel of dat departement slechts die gegevens uit het dossier verstrekt mogen worden, die noodzakelijk zijn om een zinvol overleg te kunnen voeren. Verder moet de uiterste terughoudendheid worden betracht met het verstrekken van specifieke informatie over de betrokken ondernemingen. Hierdoor wordt zoveel

mogelijk voorkomen dat voor de toepassing van de mededingingswet verstrekte gegevens bekend worden bij ambtenaren die belast zijn met andere taken. Dat is ook van belang voor een goede uitvoering van dit wetsvoorstel. Voorkomen moet immers worden dat ondernemingen om die reden terughoudend worden met het verstrekken van gegevens aan de dienst. Om een en ander nog verder te onderstrepen is in artikel 90 bepaald dat bij de toepassing van de mededingingswet verkregen gegevens alleen voor dat doel mogen worden gebruikt. Hierop wordt in dit wetsvoorstel één uitzondering gemaakt, die hieronder nader wordt toegelicht.

### *12.2 Samenwerking*

In de voorgaande paragraaf is uiteengezet dat de geldende wettelijke bepalingen omtrent geheimhouding voldoende ruimte bieden voor overleg dat nodig is voor een goede uitvoering van de mededingingswet. In deze paragraaf wordt ingegaan op samenwerking met andere nationale mededingingsautoriteiten. Deze samenwerking wordt steeds belangrijker. Ik licht dit als volgt toe.

Geconstateerd kan worden dat er sprake is van toenemende internationalisering van de economie. Deze internationalisering van economische betrekkingen tussen ondernemingen heeft tot gevolg dat de contacten tussen ondernemingen frequenter en intensiever worden. Dat kan zijn in de vorm van concurrentie. Maar dat kan ook zijn door al dan niet concurrentie beperkende vormen van samenwerking tussen internationale partners. Hoe dan ook is het gevolg dat bevoegdheden van nationale mededingingsautoriteiten elkaar meer en meer raken. In dat kader kan het gewenst zijn dat de directeur van de dienst (of in uitzonderlijke gevallen de Minister van Economische Zaken) overleg voert met een buitenlandse instantie die is belast met de uitvoering van het nationale mededingingsbeleid aldaar. Men denke bij voorbeeld aan de gewenste afstemming van aan een vergunning voor een concentratie of een ontheffing van het kartelverbod te verbinden voorschriften. Voor dergelijk overleg is geen bijzondere bepaling nodig. Er is dan immers sprake van overleg ten behoeve van de goede uitoefening van de taak.

Daarnaast is het voor een land met een bescheiden economische schaal als Nederland, met zijn traditioneel sterk op de buitenlandse handel gerichte en van buitenlandse handel afhankelijke bedrijfsleven van eminent belang dat er door haar ondernemingen geconcurrereerd kan worden onder gelijke en eerlijke voorwaarden. Nederland is sinds jaar en dag een van de voortrekkers van de liberalisering van de internationale handel. Niet alleen uit internationaal verantwoordelijkheidsbesef, maar ook uit een welbegrepen besef van eigenbelang. Onvervalste internationale concurrentieverhoudingen zijn met name voor Nederlandse bedrijven, met hun relatief kleine nationale afzetmarkten, van levensbelang. De verwachte positieve effecten van liberalisering voor de welvaart en werkgelegenheid in Nederland zullen alleen dan gerealiseerd kunnen worden als de afgeschafte publieke handelsbelemmeringen niet teniet gedaan worden door private mededingingsbeperkende afspraken bij de handelspartners waardoor eenzelfde effect bereikt wordt (importkartels).

Om deze redenen acht ik het gewenst in het wetsvoorstel mogelijkheden te bieden voor een verdergaande vorm van samenwerking. Daarom is in artikel 91 bepaald dat de directeur van de dienst, indien hij vastgesteld heeft dat aan de in dat artikel onder a en b genoemde waarborgen met betrekking tot een vertrouwelijke behandeling van de gegevens is of kan worden voldaan, bevoegd is om gegevens of inlichtingen die hij heeft verkregen ten behoeve van de uitoefening van zijn taken, te verstrekken aan buitenlandse instellingen die belast zijn met de toepassing van de buitenlandse mededingingsregels. Hierbij moet

voldaan worden aan twee voorwaarden; de inlichtingen of gegevens moeten van belang geacht worden voor de buitenlandse instelling én de verstrekking ervan moet naar het oordeel van de directeur in het belang van de Nederlandse economie zijn. Beoogd wordt hiermee een bijdrage te leveren aan het beëindigen van zich in het buitenland en onder buitenlandse jurisdictie afspelende mededingingsbeperkingen, indien en voorzover daardoor de Nederlandse economie wordt geschaad. Een voorbeeld zou kunnen zijn een verboden Nederlands kartel met vertakkingen in een regio van één van onze buurlanden. Het ontbinden van het Nederlandse kartel hoeft nog niet te leiden tot het ontbinden van de overeenkomst in de buitenlandse regio. Die overeenkomst zou ondernemers of consumenten in de grensstreek evenwel kunnen benadelen. Ook zou gedurende een onderzoek kunnen blijken dat de onderzochte Nederlandse mededingingsinbreuk verbindingen heeft met soortgelijke inbreuken in andere landen. Indien het bedoelde gedrag zich in een van de lidstaten van de OECD afspeelt, dan kan op grond van de samenwerkingsrichtlijnen van de OECD de betreffende autoriteit op de hoogte worden gesteld en worden verzocht te zaak te onderzoeken. Ook kan het noodzakelijk of doelmatig zijn dat de betrokken mededingingsautoriteiten hun optreden op elkaar afstemmen. De OECD-richtlijnen doen hiertoe aanbevelingen. Deze hebben ondermeer betrekking op de verstrekking van informatie en inlichtingen die in het kader van de uitoefening van de eigen bevoegdheden zijn verkregen. Artikel 91 geeft de directeur van de dienst de bevoegdheid daartoe. Uitdrukkelijk zij hier gesteld dat het hier een bevoegdheid betreft, géén verplichting, zodat indien de verstrekking van de informatie de belangen van het Nederlandse bedrijfsleven onevenredig zou schaden, de directeur hiervan kan afzien.

Een logische vervolgstap in deze zou zijn de bevoegdheid om ook informatie en gegevens, verkregen uit eigen onderzoek, aan een buitenlandse instelling te verstrekken indien daarmee louter de directe mededingingspolitieke belangen van die instelling zijn gediend. Ik kan mij in principe een dergelijke bevoegdheid voorstellen, maar dan wel onder de strikte voorwaarde dat met de desbetreffende instellingen in het kader van een bilaterale, plurilaterale of multilaterale overeenkomst verdergaande afspraken zijn gemaakt, ondermeer rond de reciprociteit en de waarborging van nationale belangen. Ik realiseer me dat het voorgaande een hoge en in enkele opzichten hogere ambitie ten opzichte van internationale samenwerking impliceert dan op dit moment gebruikelijk is in de wetgeving van onze belangrijkste handelspartners en die van de Europese Gemeenschap. Ik ben echter van mening dat verdergaande internationale samenwerking van groot belang is voor de internationale economische gemeenschap, ook en in het bijzonder voor Nederland. Dat is dan ook de reden dat er in het huidige wetsvoorstel voor gekozen is om geen blokkeringsbepaling meer op te nemen, zoals in de Wet economische mededinging (artikel 39) nog wel het geval is.

### **13. Uitvoering van de mededingingswet**

#### *13.1 Uitgangspunten*

Bij mijn keuze voor de uitvoeringsstructuur van de mededingingswet heb ik de volgende uitgangspunten in acht genomen.

Andere dan mededingingspolitieke overwegingen mogen geen afbreuk doen aan het mededingingsbeleid. De mededingingspolitieke afweging staat voorop. Eerst als die gemaakt is, mogen andere overwegingen bij de oordeelsvorming betrokken worden, voor zover althans de mededingingswet en de EG-mededingingsregels die ruimte bieden.

Die besluitvorming op basis van de mededingingswet moet doorzichtig zijn. Controleerbaar moet zijn wat bij een bepaalde beslissing het

mededingingspolitieke oordeel is en in hoeverre andere dan mededingingspolitieke overwegingen mede een rol gespeeld hebben.

Om de doeltreffendheid en slagvaardigheid van het mededingingsbeleid te bevorderen moeten de verschillende uitvoeringstaken zoveel mogelijk «in één hand worden gehouden». De bestuursrechtelijke handhaving van de mededingingswet biedt daartoe de mogelijkheid. Wel moet in verband met die concentratie van bevoegdheden gezorgd worden voor voldoende rechtswaarborgen.

Beleid en uitvoering moeten zoveel mogelijk gescheiden worden. Het bepalen van de lijnen waarlangs het mededingingsbeleid gevoerd moet worden, is de taak van de Minister van Economische Zaken. De uitvoering van dat beleid moet in beginsel «op afstand» van de minister gebeuren.

### *13.2 Het karakter van de uitvoeringsbevoegdheden*

De uitvoeringsbevoegdheden zijn in hoofdlijnen de volgende.

Het houden van toezicht en het instellen van onderzoek kan geschieden naar aanleiding van een klacht wegens overtreding van een van de verbodsbepalingen. Het is evenwel mijn bedoeling dat er een actief handhavingsbeleid wordt gevoerd. Dat betekent dat de uitvoeringsinstantie (de Dienst voor de mededinging, zie hierover paragraaf 13.4) ook zelf systematisch, al naar gelang bijvoorbeeld de situatie in een bepaalde sector daartoe aanleiding geeft, initiatieven zal ontplooiën om eventuele overtredingen van de mededingingswet op het spoor te komen. De dienst zal daarbij ambtshalve van die bevoegdheden gebruikmaken. Hij zal er daarbij ook op toezien, dat de voorschriften die gelden voor een vrijstelling of die aan een ontheffing zijn verbonden, worden nageleefd. Als de voorschriften die voor een vrijstelling gelden niet in acht worden genomen, zal dat voor de dienst aanleiding kunnen zijn een sanctie op te leggen. Overtreding van de aan een ontheffing verbonden voorschriften kan leiden tot intrekking van de ontheffing. De dienst heeft bij de beslissing of hij een klacht in behandeling neemt en welke prioriteiten zij daarbij stelt, de nodige discretionaire ruimte. Dat is ook het geval bij de ambtshalve beslissing tot het wel of niet houden van toezicht en het instellen van een onderzoek.

Bij het vaststellen van een sanctiebeschikking heeft de dienst tot taak om aan de hand van de feiten vast te stellen of een verbodsbepaling is overtreden. Ik teken daarbij aan dat sommige normen in die verbodsbepalingen discretionaire ruimte geven. Te denken valt aan normen als «die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging ... wordt verhinderd, beperkt of vervalst», «misbruik van een economische machtspositie» enz. Dat geldt ook voor de interpretatie van veel normen in de vrijstellingsbepalingen die het voorstel van wet kent. Te denken valt aan de beoordeling of een bepaalde mededingingsafpraak of gedraging voldoet aan de criteria van de vrijstelling in verband met taken van algemeen economisch belang.

De ontheffingscriteria voor mededingingsafspraken houden in dat sprake moet zijn van verbetering van de produktie of distributie of de technische of economische vooruitgang. Tevens moeten die voordelen mede de gebruikers ten goede komen, mag de mededingingsbeperking niet verder gaan dan nodig is en moet er voldoende restconcurrentie overblijven. Dat betekent dat bij de toetsing aan die criteria niet alleen wordt beoordeeld wat de gevolgen voor de mededinging zijn, maar dat er een afweging plaatsvindt tussen mededingingsaspecten en doelmatigheidsaspecten. Ook bij het beslissen op ontheffingsaanvragen heeft de Dienst voor de mededinging dus discretionaire ruimte.

Bij het concentratietoezicht wordt wél alleen getoetst aan de gevolgen van een concentratie voor de mededinging, althans in eerste instantie. In bijzondere gevallen kan er evenwel aanleiding zijn te beslissen dat een uit een oogpunt van mededinging niet aanvaardbare concentratie, vanwege

zwaarder wegende maatschappelijke belangen toch toegestaan moet worden. Die beslissing heeft een sterk politiek-beleidsmatig karakter.

In het geval waarin de Commissie verzoekt om toepassing van artikel 85, eerste lid, of artikel 86 van het EG-Verdrag, zal in beginsel aan dat verzoek moeten worden voldaan. Dat kan gevolgen hebben voor de prioriteitenstelling van toezicht en onderzoek in andere gevallen. Voor het vaststellen van sanctiebeschikkingen in verband met de decentrale toepassing geldt hetzelfde als ik heb opgemerkt bij het vaststellen van sanctiebeschikkingen wegens overtreding van de mededingingswet.

Mijn conclusie is dat al deze uitvoeringsbevoegdheden, met uitzondering van de mededingingstoets van vergunningsaanvragen voor concentraties, in meer of mindere mate discretionaire ruimte bieden bij de uitoefening daarvan.

### *13.3 Ministeriële verantwoordelijkheid*

De commissie-Sint heeft in haar rapportage «Verantwoord verzelfstandigen» een aantal aandachtspunten opgesteld voor toekomstige verzelfstandigingen, in het bijzonder met betrekking tot de vraag van de ministeriële verantwoordelijkheid, de sturingsrelaties en de sturingsinstrumenten. De Ministers van Binnenlandse Zaken en van Financiën hebben die rapportage met brief van 26 januari 1995 aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal aangeboden (kamerstukken II 1994/95, 21 042, nr. 15). Zij onderschreven het uitgangspunt dat centrale overheidstaken tot het normale systeem van de volle ministeriële verantwoordelijkheid vallen, tenzij er bijzondere aanleiding is om tot een andere inrichting te komen. Aan de hand van die aandachtspunten heb ik nagegaan hoe de uitvoeringsinstantie van de mededingingswet het beste op afstand gezet kan worden.

De commissie-Sint wijst erop dat het zaak is terug te keren naar de kern waar het bij verzelfstandiging om gaat. Zij onderscheidt drie manieren om eenheden op afstand te zetten, te weten privatisering, externe verzelfstandiging en interne verzelfstandiging. Privatisering is in dit geval niet aan de orde. Bij externe verzelfstandiging heeft een minister ten opzichte van de uitvoeringsorganisatie, een zelfstandig bestuursorgaan, alleen algemene aanwijzingsbevoegdheden en kan hij niet sturen in afzonderlijke gevallen. Zijn politieke verantwoordelijkheid jegens het parlement wordt toegespitst op de aan hem bij wet toegekende algemene sturingsbevoegdheden. Als centraal criterium voor externe verzelfstandiging noemt de commissie de waarborging van belangen van derden ten opzichte van directe politieke bemoeienis. Uitgaande daarvan zou externe verzelfstandiging kunnen worden overwogen als de te verzelfstandigen taak zelf een waarborging van een onafhankelijk oordeel vereist, als maatschappelijke organisaties mede-verantwoordelijkheid moeten dragen of als de taak uitvoeringshandelingen inhoudt voor grote aantallen afzonderlijke gevallen volgens nauw omschreven wettelijke criteria.

In het geval van de mededingingswet is van wenselijkheid van mede-verantwoordelijkheid van maatschappelijke organisaties voor de uitvoering daarvan geen sprake. Zoals ik heb aangegeven, is immers uitgangspunt dat groepsbelangen geen afbreuk mogen doen aan het mededingingsbeleid. Gezien de discretionaire ruimte die de normen van de mededingingswet bieden, is bij de uitvoering van die wet evenmin sprake van routine-matige afhandeling van gevallen volgens nauw omschreven wettelijke criteria. Wat wel aanleiding tot externe verzelfstandiging van de uitvoering van de mededingingswet zou kunnen zijn, is het belang van een onafhankelijk oordeel.

Volgens het rapport van de commissie, is evenwel ook de politieke gevoeligheid van een bepaalde taak bepalend voor de keuze de uitvoering daarvan wel of niet extern te verzelfstandigen. Ik ben van mening dat of het nu gaat om de beslissing om een inbreukprocedure te beginnen of



een sanctie op te leggen of een ontheffing voor een mededingingsafpraak of een vergunning voor een concentratie te verlenen, er sprake kan zijn van politieke gevoelige beslissingen. Niet alleen zijn dat diep ingrijpende beslissingen, maar ook zijn het beslissingen waarbij grote belangen op het spel kunnen staan. Met wat wordt aangeduid als een beslissing in een afzonderlijk geval, kunnen immers de belangen van vele ondernemingen of van een gehele sector gemoeid zijn. In verband daarmee en vanwege de soms aanzienlijke mate van discretionaire ruimte bij het nemen van die beslissingen, zal het parlement de mogelijkheid willen hebben de Minister van Economische Zaken aan te spreken op zijn verantwoordelijkheid, ook waar het afzonderlijke gevallen betreft. Wat de decentrale toepassing van de artikelen 85, eerste lid, en 86 van het EG-Verdrag betreft, geldt bovendien dat de Commissie daar altijd de staat op zal aanspreken. In de praktijk in dit geval zal dus de minister worden aangesproken, ook al zou die taak aan een zelfstandige uitvoeringsinstantie zijn opgedragen.

Daar komt bij dat de uitvoeringsinstantie, zeker in de beginperiode, voor de zware opgaaf zal komen te staan de uitvoering van de geheel nieuwe mededingingswet gestalte te geven. De onzekerheden over de daarbij te verwachten problemen zullen de nodige aansturing van de uitvoeringsinstantie door de minister noodzakelijk maken, ook in afzonderlijke gevallen. In dat verband verwijs ik naar de notitie «Herstel van het primaat van de politiek bij de aansturing van zelfstandige bestuursorganen», die de Minister van Binnenlandse Zaken met brief van 3 mei 1995 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal heeft aangeboden (kamerstukken II 1994/95, 24 130, nr. 5). In die notitie wordt onder andere als risico voor externe verzelfstandiging genoemd dat de betrokken minister onvoldoende beïnvloedingsmechanismen heeft. Zou gekozen worden voor externe verzelfstandiging van de uitvoering van het voorstel van wet, dan zou de ook in afzonderlijke gevallen noodzakelijke mogelijkheid van aansturing niet gerealiseerd kunnen worden. Een grote dichtheid van interne richtlijnen zou in dat geval onvermijdelijk zijn.

Daarom ben ik van mening dat in ieder geval voor een beginperiode de ministeriële verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de mededingingswet ten volle in stand moet blijven. Ik denk daarbij aan een periode van vijf jaren. Zeker op dit moment moet niet gekozen worden voor het extern, maar voor het intern op afstand plaatsen van de uitvoeringsinstantie. Aan het eind van die periode zal zich waarschijnlijk een bestendige uitvoeringspraktijk van de nieuwe mededingingswet ontwikkeld hebben. Dat zal een goed moment zijn om de uitvoering te evalueren en te bezien of externe verzelfstandiging mogelijk en wenselijk is.

#### *13.4 Toedeling van de uitvoeringsbevoegdheden*

Nadat de keuze voor interne verzelfstandiging gemaakt is, komt de vraag aan de orde hoe de uitvoeringsbevoegdheden toebedeeld moeten worden. Ook komt de vraag aan de orde hoe gewaarborgd kan worden dat de dagelijkse gang van zaken bij die uitvoering zo ongestoord en onafhankelijk mogelijk verloopt.

In de eerste plaats betekent de ministeriële verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de mededingingswet niet dat de Minister van Economische Zaken voor ieder geval expliciet verantwoording zal hoeven af te leggen. Slechts bij uitzondering zal dat het geval zijn. Wel moet hij ook voor de in afzonderlijke gevallen te nemen beslissingen instructies kunnen geven, als hij dat vanuit zijn ministeriële verantwoordelijkheid noodzakelijk vindt. Als regel zal er evenwel voor hem geen aanleiding zijn zich feitelijk met de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden te bemoeien. Interne verzelfstandiging van die uitvoering biedt daarom voordelen.

Daarvoor is van belang dat de beschikkingsbevoegdheden in de

mededingingswet zelf aan die uitvoeringsinstantie worden toebedeeld. Ik kies dus voor attributie van die bevoegdheden aan een ambtenaar, de directeur van de Dienst voor de mededinging. Dat is in overeenstemming met de adviesaanvraag en met de opvatting van de meerderheid van de Sociaal-Economische Raad. De directeur is hiërarchisch ondergeschikt aan de Minister van Economische Zaken, die behalve algemene aanwijzingen ook instructies voor afzonderlijke gevallen kan geven. Deze constructie biedt zowel de mogelijkheid om de uitvoering als regel door de directeur te laten geschieden, alsook de mogelijkheid voor de minister instructies te geven als hij dat noodzakelijk acht.

Het is voor de positie van de dienst van groot belang, dat hij organisatorisch zelfstandig is en op fysieke afstand wordt geplaatst. De dienst zal over een zeer hoge mate van professionaliteit en kennis moeten beschikken, en justitiabelen het vertrouwen moeten bieden van een objectieve, doelmatige en procedureel correcte behandeling van zaken, waar voor hen vaak zulke grote belangen mee gemoeid zijn. Het is uitdrukkelijk mijn overtuiging dat het noodzakelijk is om een zeer hoogwaardige uitvoeringsinstantie in het leven te roepen. Een instantie die een reputatie en uitstraling van onberispelijkheid, betrouwbaarheid en onafhankelijkheid moet opbouwen. Ik denk daarbij aan de standaarden die in Nederland gebruikelijk zijn bij toezichthoudende instanties in de financiële sector respectievelijk de standaard van het Bundeskartellamt in Duitsland.

Daarbij is vooral van belang dat de dienst een bijzondere positie inneemt, omdat hij vergaande bevoegdheden uitoefent in alle sectoren van de economie, ook ten aanzien van al dan niet geprivatiseerde overheidsbedrijven. Met de beslissingen die de dienst neemt zijn grote belangen van ondernemingen gemoeid. Vanwege de dynamiek in de economie kan vroeg of laat iedere onderneming worden geconfronteerd met de bevoegdheden van de dienst. Het realiseren van de hoge ambities die in dit voorstel van wet met betrekking tot het vergroten van de mededinging in Nederland zijn verwoord, staat of valt met een excellente uitvoering door de dienst op korte en lange termijn.

Zowel de Sociaal-Economische Raad als de Commissie economische mededinging wijzen op het belang van scheiding van toezicht en onderzoek aan de ene kant en het opleggen van sancties aan de andere. Zoals in het kabinetsstandpunt over het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten «Handhaving door bestuurlijke boeten» (Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48) is aangegeven, moeten er voorzieningen worden getroffen om een zekere feitelijke distantie tussen beide activiteiten te bewerkstelligen. Een formele scheiding, waarbij die activiteiten bijvoorbeeld aan verschillende bestuursorganen worden opgedragen, is volgens het kabinetsstandpunt dus niet nodig. Ik acht een formele scheiding ook niet wenselijk, gelet op het in paragraaf 13.1 verwoorde uitgangspunt dat om de doeltreffendheid en slagvaardigheid van het mededingingsbeleid te bevorderen de verschillende uitvoeringstaken zoveel mogelijk in één hand moeten worden gehouden. Daarom wijst de directeur de ambtenaren aan die onder zijn verantwoordelijkheid toezicht uitoefenen en onderzoek verrichten en stelt de directeur ook de sanctiebeschikkingen vast.

Het kabinetsstandpunt gaat ervan uit dat de manier waarop aan de feitelijke scheiding tussen die bevoegdheden vorm wordt gegeven, per wettelijke regeling sterk kan verschillen. Ik acht het wenselijk om die feitelijke scheiding in het voorstel van wet zelf zeker te stellen. Daarom wordt in artikel 3, tweede lid, van het voorstel van wet bepaald dat werkzaamheden in verband met het oproepen van belanghebbenden om hun zienswijze naar voren te brengen, het ter inzage leggen van het rapport en andere op de zaak betrekking hebbende stukken, het organiseren van hoorzittingen en het opleggen van een boete of last worden

verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het onderzoek en het opstellen van het rapport van de overtreding.

Voorts is het de bedoeling dat die feitelijke scheiding ook tot uitdrukking komt in de organisatie van de dienst. Daarom zal binnen de dienst een afdeling worden belast met het uitoefenen van toezichthoudende bevoegdheden en onderzoeksbevoegdheden en het opstellen van rapporten van overtredingen. Het zal in de praktijk die afdeling zijn die naar aanleiding van een klacht of ambtshalve het initiatief neemt tot een inbreukprocedure wegens overtreding van een verbodsbepaling of het niet nakomen van een procedurele verplichting.

Ook zal die afdeling toezien op de naleving van de voorschriften en beperkingen die gelden voor een vrijstelling of die aan een ontheffing zijn verbonden en, als die voorschriften of beperkingen niet worden nageleefd, het initiatief nemen tot het opleggen van sancties c.q. het intrekken van de ontheffing. Als de directeur na afloop van het door die afdeling verrichte onderzoek van oordeel is dat er voldoende aanleiding is aan te nemen dat een overtreding is begaan en dat daarvoor een boete of dwangsom moet worden opgelegd, laat hij die afdeling een rapport opmaken. Daarmee zal in de desbetreffende zaak de rol van die afdeling zijn beëindigd. Een andere afdeling binnen de dienst zal worden belast met de werkzaamheden vanaf het oproepen van belanghebbenden tot en met het opstellen van de beschikking waarbij een boete of last wordt opgelegd. De directeur stelt die beschikking vast. Door aldus bij een inbreukprocedure twee verschillende afdelingen na elkaar in te schakelen wordt de objectiviteit van de besluitvorming bevorderd. Bovendien wordt die objectiviteit voor justitiabelen ook zichtbaar gemaakt doordat zij voor het opstellen van een rapport met andere ambtenaren te maken hebben dan daarna.

In overeenstemming met de terughoudendheid van de Minister van Economische Zaken met betrekking tot zijn bemoeienissen met de uitvoering van de mededingingswet, zijn andere ministers niet als medebetrokkene aangewezen. Wel ligt het in de rede dat, als beslissingen van de directeur een onderwerp betreffen waarmee een andere bewindspersoon vanuit diens beleid bemoeienis heeft, deze met de Minister van Economische Zaken in overleg treedt. Dat zal met name het geval kunnen zijn bij ontheffingsaanvragen voor mededingingsafspraken en bij vergunningsaanvragen voor concentraties. De zakelijke strekking van die aanvragen zal door de directeur gepubliceerd worden en de andere ministers zullen daarvan door de Minister van Economische Zaken op de hoogte worden gesteld. Op die manier kan een andere minister tijdig van zulke zaken kennisnemen.

### *13.5 Doorzichtigheid van de besluitvorming*

De doorzichtigheid van de besluitvorming op basis van de mededingingswet wordt in de eerste plaats gewaarborgd door de uitvoeringsbevoegdheden in de mededingingswet toe te kennen aan de directeur van de dienst. Daardoor stelt hij de beschikkingen in eigen naam vast. Een dergelijke constructie is vergelijkbaar met die waarvoor gekozen is bij de regeling van de positie van de belasting-inspecteur ten opzichte van de Minister van Financiën. De directeur van de dienst is daarmee een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Bezwaar en beroep zijn gericht op beschikkingen van de directeur en de directeur is de verwerende partij.

Bij het concentratietoezicht is de doorzichtigheid van de besluitvorming op een bijzondere manier geregeld. De directeur toetst louter welke gevolgen een concentratie voor de mededinging kan hebben. Wijst hij een vergunningsaanvraag af, dan is het aan de minister om te beoordelen of vanwege zwaarderwegende, gewichtige overwegingen van algemeen belang alsnog een vergunning verleend moet worden. De Minister van

Economische Zaken geeft zijn beschikking op de vergunningaanvraag in overeenstemming met het gevoelen van de Ministerraad.

Een andere waarborg is dat de minister ingevolge artikel 4 van het voorstel van wet zijn algemene aanwijzingen aan de directeur van de dienst vastlegt in beleidsregels. Dergelijke regels worden ingevolge het tweede lid van dat artikel gepubliceerd. Belanghebbenden kunnen zich in beginsel daarop beroepen.

Ook zal de directeur jaarlijks aan de minister verslag doen van zijn werkzaamheden en zal de minister dat verslag, vergezeld van zijn bevindingen, aan het parlement zenden. Dat verslag zal volledige informatie verschaffen en bijvoorbeeld ook aangeven in welke gevallen van behandeling van een zaak is afgezien en waarom. Bij de behandeling van dat verslag zal de ministeriële verantwoordelijkheid ten volle tot uitdrukking komen.

### *13.6 Andere waarborgen van de belangen van derden*

Behalve door de doorzichtigheid van de besluitvorming zullen de belangen van derden nog op de volgende manieren worden gewaarborgd.

In de eerste plaats is de directeur bij de uitoefening van zijn bevoegdheden gebonden aan de criteria van het voorstel van wet. Dat geldt ook voor de minister bij het geven van aanwijzingen aan de directeur. Daarbij moeten beiden in gevallen waarin tevens het EG-mededingingsrecht van toepassing is, ook blijven binnen de grenzen die het EG-mededingingsrecht stelt. Daarom biedt het voorstel van wet in het geval waarin de directeur een ontheffing voor een mededingingsafpraak weigert, de minister ook niet de bevoegdheid die ontheffing alsnog te verlenen. De ontheffingscriteria van het voorstel van wet zijn ontleend aan artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag en dat artikellid biedt niet de ruimte voor een toetsing aan gewichtige, zwaarwegende overwegingen van algemeen belang. Bij concentratietoezicht levert een eigen bevoegdheid voor de minister om vanwege dergelijke overwegingen een vergunning te verlenen geen strijdigheid op met het EG-recht. Concentraties kunnen immers alleen onder nationaal recht of onder EG-recht vallen.

Een volgende waarborg is dat op een aanvraag om op te treden wegens overtreding van de verbodsbepalingen of om een ontheffing of vergunning, in beginsel binnen een bepaalde termijn wordt beslist. Dat betekent dat de directeur van de dienst een dergelijke aanvraag, als die voldoende beargumenteerd is en aan de procedurele voorschriften voldaan is, niet zomaar naast zich zal neerleggen. Hij zal daar een beschikking op geven.

Uit die beschikking zal moeten blijken op basis van welke overwegingen de directeur tot zijn beslissing gekomen is. Daardoor kunnen derden beter beoordelen of zij een dergelijke beschikking willen aanvechten en welke argumenten zij daartoe het beste kunnen aanvoeren.

Als een derde van mening is dat zijn aanvraag ten onrechte niet in behandeling is genomen of ten onrechte is afgewezen, kan hij tegen een dergelijke beschikking een bezwaarschrift indienen. Wordt dat afgewezen, dan kan hij bij de administratieve rechter in beroep gaan. Mocht hij van mening zijn dat hij door de beschikking van de directeur benadeeld is, dan kan hij bij de burgerlijke rechter een eis tot schadevergoeding indienen.

## **14. Bedrijfseffectentoets**

### *14.1 Voor welke categorieën bedrijven heeft de mededingingswet effecten?*

Het voorstel van wet is van toepassing op ondernemingen in de zin van

de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag en geldt voor alle sectoren. Dit is toegelicht in de paragrafen 4 en 6.1.5 van het algemeen deel van de memorie van toelichting. Het voorstel van wet maakt wat de reikwijdte betreft geen onderscheid naar schaalgrootte van ondernemingen. Het is zowel van toepassing op grotere, veelal internationaal werkende ondernemingen als op kleinere ondernemingen die (nog) voornamelijk op de Nederlandse markt werkzaam zijn.

Wel bevat artikel 7, eerste lid, van het voorstel van wet, zoals in paragraaf 5.2 is toegelicht, een zogenoemde bagatelvrijstelling. Daardoor zullen de mededingingsafspraken van voornamelijk kleinere ondernemingen niet onder het verbod van mededingingsafspraken vallen.

Ook gelden sommige van de EG-vrijstellingen die ingevolge de artikelen 12 en 13 in het voorstel van wet doorwerken, voor bepaalde typen mededingingsafspraken in bepaalde sectoren, zoals autodealercontracten en bierleveringscontracten, of voor bepaalde sectoren zoals de landbouwsector, verschillende vervoerssectoren en de verzekeringssector (zie de paragrafen 6.1.1 en 6.1.2).

Bovendien geldt ingevolge de artikelen 11 en 25 van het voorstel van wet, het verbod van mededingingsafspraken en van misbruik van een economische machtspositie voor ondernemingen die van overheidswege zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, alleen voor zover dat de toepassing van de hun toevertrouwde taak niet verhindert (zie paragraaf 8.1).

Tenslotte worden ingevolge artikel 16 van het voorstel van wet mededingingsafspraken vrijgesteld, voor zover een andere wet voorziet in enige vorm van toezicht daarop. Die wetten hebben veelal betrekking op bepaalde sectoren. Die vrijstelling zal slechts voor vijf jaren gelden, binnen welke periode de werkingssfeer van die wetten ten opzichte van de mededingingswet zal worden afgebakend. Wat de nog tot stand te brengen andere wetten betreft, zal die afbakening bij de totstandkoming daarvan geschieden (zie paragraaf 6.1.5).

#### *14.2 Effecten van de mededingingswet voor de betrokken ondernemingen*

Ondernemingen die binnen de werkingssfeer van de mededingingswet vallen zullen, als geen van de vrijstellingen of uitzonderingen op hen van toepassing is, geen mededingingsafspraken mogen maken. Overigens gelden onder het bestaande regime van de Wet economische mededinging al verboden voor de meeste zware kartelvormen (collectieve verticale prijsbinding, individuele verticale prijsbinding voor bepaalde duurzame gebruiksgoederen, horizontale prijsbinding, marktverdelingsafspraken en aanbestedingsafspraken). Ook zal voor de ondernemingen die onder de nieuwe mededingingswet vallen, een verbod gelden van misbruik van een economische machtspositie. Bovendien zullen ondernemingen, onverminderd de geldende rechtswaarborgen, hun medewerking moeten verlenen aan de met toezicht en onderzoek belaste ambtenaren. Overtreding van de verbodsbepalingen kan bestraft worden met een bestuurlijke boete, terwijl tevens een last kan worden opgelegd om aan de overtreding een eind te maken. Naast deze bestuursrechtelijke gevolgen is er het civielrechtelijke gevolg dat een overeenkomst of besluit in strijd met het verbod van mededingingsafspraken van rechtswege nietig is. Tevens kunnen ondernemingen die in strijd handelen met het verbod van mededingingsafspraken of het verbod van misbruik van een economische machtspositie, geconfronteerd worden met eisen, bijvoorbeeld van concurrenten, leveranciers, afnemers of consumenten, tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.

De keerzijde is echter dat zowel ondernemingen als consumenten, als zij nadeel ondervinden van bepaalde concurrentiebeperkingen van (andere) ondernemingen, de mogelijkheid hebben bij de ambtelijke dienst een klacht in te dienen. Ook kunnen zij met een beroep op de verbodsbepa-

lingen van de nieuwe mededingingswet bij de burgerlijke rechter de geldigheid van een overeenkomst aanvechten of een eis indienen tot vergoeding van de als gevolg van een verboden concurrentiebeperking geleden schade.

Het staat ondernemingen vrij om mededingingsafspraken te maken voor zover daarop een vrijstelling van toepassing is. Ondernemingen kunnen een mededingingsafpraak waarop geen vrijstelling van toepassing is, alleen totstandbrengen, als zij daarvoor een ontheffing hebben gekregen.

Voor het totstandbrengen van een concentratie boven de in het voorstel van wet aangegeven grens is een melding vereist.

### *14.3 Kosten en baten*

Bij de voorbereiding van het voorstel van wet zijn de (in)directe kosten voor het betrokken bedrijfsleven zoveel mogelijk beperkt.

Allereerst worden kleinere ondernemingen zoveel mogelijk ontzien door de bagatelvrijstelling. Bij de keuze van het aantal en de gezamenlijke omzet van de bij een mededingingsafpraak betrokken ondernemingen als criteria voor de bagatelvrijstelling, is mede een overweging geweest dat dat ook voor kleinere ondernemingen duidelijke en eenvoudig te achterhalen gegevens zijn.

Ook het zoveel mogelijk laten aansluiten van het voorstel van wet bij de systematiek van de EG-mededingingsregels, is mede ingegeven door de overweging de lasten voor het bedrijfsleven te beperken. Een groot deel van het Nederlandse bedrijfsleven is vanwege de rechtstreekse werking van de EG-mededingingsregels al aan die systematiek gewend. Het zal zich daardoor gemakkelijk kunnen aanpassen aan de mededingingswet die diezelfde systematiek volgt. Belangrijk in dat verband is ook de doorwerking in het voorstel van wet van de EG-vrijstellingen en van de door de Commissie verleende ontheffingen.

Ter beperking van de administratieve lasten voor het bedrijfsleven zijn de bepalingen van het voorstel van wet inzake concentratietoezicht alleen van toepassing op concentraties die boven substantiële drempels liggen. Bovendien moet een voornemen tot het totstandbrengen van een concentratie eerst gemeld worden. Naar aanleiding van die melding vindt een eerste globale toets plaats, waarvoor slechts een beperkt aantal gegevens behoeft te worden verstrekt. In de meeste gevallen zal de conclusie zijn dat er geen aanleiding is te verwachten dat de concentratie zal leiden tot het ontstaan of versterken van een economische machtspositie. De concentratie mag dan tot stand gebracht worden. Slechts in een beperkt aantal gevallen zal een tweede toets moeten plaatsvinden.

De mogelijke (in)directe effecten voor het bedrijfsleven kunnen worden onderverdeeld in financiële effecten en nalevingseffecten. Met financiële effecten worden de financiële rechten of verplichtingen voor het bedrijfsleven jegens de overheid bedoeld. Met nalevingseffecten worden de kosten en baten bedoeld die zijn verbonden aan de naleving van de wet.

Tot de financiële effecten van het voorstel van wet kunnen behoren de boetes en dwangsommen die ondernemingen moeten betalen. Naar schatting zal ongeveer tien maal per jaar een boete worden opgelegd. Voor overtreding van het verbod van mededingingsafspraken en van misbruik van een economische machtspositie kan aan een onderneming een boete van ten hoogste f 1 miljoen of, indien dat meer is, 10% van de jaaromzet worden opgelegd. De boete voor een onderneming wegens het niet voldoen aan de verplichting tot het verlenen van medewerking aan ambtenaren, belast met toezicht op de naleving en onderzoek naar overtreding van de mededingingswet, kan ten hoogste f 10 000 bedragen. Tot de financiële effecten van het voorstel van wet behoren ook de kosten van de schadevergoeding, tot het betalen waarvan ondernemingen in een civiele procedure veroordeeld kunnen worden wegens overtreding van de

mededingingswet. Of en in welke mate ondernemingen met het betalen van boeten en schadevergoedingen te maken krijgen hebben zij in feite zelf in de hand.

Tot de nalevingseffecten behoren in de eerste plaats de administratieve lasten. Daarbij valt te denken aan de kosten verbonden aan het indienen van een klacht, van een ontheffingsaanvraag voor een mededingingsafspraken of van een vergunningsaanvraag voor een concentratie. Bij een klacht moet zo duidelijk mogelijk aangegeven worden waartegen zij is gericht en waarop zij is gebaseerd. Voor het overige is het indienen van een klacht vrij eenvoudig. Bij een ontheffingsaanvraag moeten gegevens verstrekt worden over de mededingingsafspraken waarvoor ontheffing gevraagd wordt, over de producten of diensten waarop die mededingingsafspraken betrekking heeft en over de betrokken ondernemingen, en moeten argumenten voor de ontheffing aangevoerd worden. Bij de aanvraag van een vergunning voor een concentratie gaat het met name om omzetgegevens, marktaandeelgegevens en gegevens over de betrokken ondernemingen. Het is aan de betrokken ondernemingen zelf om te bepalen of al dan niet gebruik wordt gemaakt van diensten van een advocaat. De praktijk bij de bestaande Wet economische mededinging leert dat klagers hun zaak meestal zelf aanhangig maken en dat ook de meeste aanvragers van een ontheffing geen advocaat inschakelen. Met vergunningaanvragen voor concentraties bestaat op basis van de Wet economische mededinging geen ervaring, omdat die wet niet in concentratietoezicht voorziet. Omdat op basis van het voorstel van wet alleen voor grotere, en daarmee ook ingewikkelder, concentraties een vergunning gevraagd zal behoeven te worden, zou daarbij behoefte kunnen bestaan aan een adviseur.

Van de financiële kosten van de nalevingseffecten is niet meer dan een globale indicatie te geven, omdat gegevens daarover niet voorhanden zijn. Daarbij komt dat de tarieven van advocaten sterk uiteenlopen. Gemiddeld bedraagt het uurtarief van advocaten zo'n f 400 a f 500. In de gevallen waarin een aanvraag om een ontheffing van een van de drie generieke onverbindendverklaringen is ingediend door tussenkomst van een advocaat, varieerden de advocatenkosten naar schatting van f10 000 tot 20 000, inclusief de kosten verbonden aan het indienen van een bezwaarschrift. De advocatenkosten verbonden aan de ondersteuning van een onderneming die wordt aangeklaagd wegens overtreding van de mededingingswet, kunnen meer bedragen. Wat concentraties betreft merk ik op dat de advocatenkosten in verband met de vergunningaanvraag slechts een beperkt deel vormen van de totale kosten die aan verschillende soorten adviseurs moeten worden betaald om de concentratie als zodanig tot stand te brengen.

Tot de baten kunnen worden gerekend de vergoeding die ondernemingen in een civiele procedure kunnen verkrijgen van de schade die zij hebben ondervonden ten gevolge van overtreding door andere ondernemingen van de mededingingswet.

#### *14.4 Buitenlandtoets*

Bij de adviesaanvraag zijn gevoegd een «Vergelijkend overzicht van de mededingingsregimes in Europa» en een «Schematisch overzicht van mededingingsregimes in Europa» (adviesaanvraag van 16 februari 1994 aan de Sociaal-Economische Raad en aan de Commissie economische mededinging, Bijlagen 1 en 2). Uit dat overzicht blijkt dat België, Ierland, Italië, Spanje, Griekenland, Portugal, Frankrijk en Zweden inmiddels mededingingswetten hebben die zoveel mogelijk het verbodssysteem van de EG-mededingingsregels volgen. Duitsland heeft een gecombineerd verbods- en misbruikstelsel. Denemarken en het Verenigd Koninkrijk zijn de enige EG-landen met een misbruikstelsel, maar in het Verenigd Koninkrijk bestaan plannen voor aanpassing van de mededingings-

wetgeving aan de EG-mededingingsregels. Met uitzondering van Denemarken en Luxemburg, kennen al deze landen enige vorm van concentratietoezicht.

Met dit voorstel van wet behoort Nederland tot de laatste landen die hun wetgeving aan de EG-mededingingsregels aanpassen. De conclusie is gerechtvaardigd dat het voorstel van wet de concurrentiekracht van het Nederlandse ten opzichte van het buitenlandse bedrijfsleven geenszins negatief zal beïnvloeden.

Het tegendeel is eerder te verwachten. Door de toenemende internationale verwevenheid van economische activiteiten speelt de concurrentie zich voor een belangrijk deel af op internationale markten (globalisering). Het is voor internationaal optredende ondernemingen van belang dat de concurrentievoorwaarden op die markten zo min mogelijk verschillen. Toepassing van een stringent mededingingsregime, vergelijkbaar met de mededingingsregimes in de meeste andere EG-landen, en een verhoogde concurrentie op de thuismarkt bereiden ondernemingen ook beter voor op de concurrentiesituatie op internationale markten. Deze omstandigheden zijn, zoals in paragraaf 2.1 is uiteengezet, dan ook belangrijke argumenten voor dit voorstel van wet.

#### *14.5 Gevolgen voor de marktwerking*

De structurele macro-economische baten van het voorstel van wet zullen in het algemeen zonder meer opwegen tegen de mogelijke daaraan verbonden kosten. De baten hangen samen met het gegeven dat een effectief mededingingsbeleid de optimale werking van de markt bevordert, en daarmee een positieve bijdrage levert aan economische groei, concurrentievermogen en werkgelegenheid. Een effectief mededingingsbeleid stimuleert de efficiënte toewijzing van middelen en bevordert onderzoek en ontwikkeling, innovatie en investeringen. Zij vormt een mechanisme dat middelen en mensen naar groeiende sectoren stuurt en afhoudt van sectoren met een minder veelbelovende toekomst. Dat het mededingingsbeleid een centrale rol speelt bij het herstel van duurzame economische groei en werkgelegenheid, wordt ook in het Witboek van de Europese Unie erkend (bron: Commissie van de Europese Gemeenschappen (1993). Groei, concurrentievermogen, werkgelegenheid. Brussel). Diverse onderzoeken van de laatste jaren bevestigen dat een effectief mededingingsbeleid positieve macro-economische effecten met zich brengt.

Ik verwijs onder andere naar de CPB-studie «Nederland in drievoud» (1992) en «Assessing Structural Reform: Lessons for the Future», OESO 1994. Ook in de landenrapporten van de OESO (1993) respectievelijk van de Commissie (1995) over Nederland wordt het economisch belang voor Nederland van een geïntensiveerd mededingingsbeleid beklemtoond.

Een nadere kwantificering van het belang van effectief mededingings-toezicht is vanuit methodologisch opzicht een lastige zaak. Het mededingingsbeleid richt zich immers op structurele ontwikkelingen in de economie, respectievelijk beoogt structurele concurrentiële onevenwichtigheden te reduceren.

De kwantitatieve resultaten van verbeterde marktwerking zijn het helderst in beeld gebracht op sectoraal niveau. Recent OESO-onderzoek voor de telecomsector geeft bijvoorbeeld aan dat tussen 1990 en 1994 het gemiddeld prijspeil van een aantal telecommunicatiediensten voor de zakelijke markt in landen met meer marktwerking is gedaald met 8,6%. In niet-geliberaliseerde landen daarentegen bedroeg die prijsdaling slechts 3,1%. Voor de consumentenmarkt waren de verschillen nog veel groter. In landen met meer marktwerking daalden de tarieven de afgelopen vier jaar met gemiddeld 3,3%. In monopolistische markten daarentegen was sprake van een tariefstijging van 8,7% (bron: OECD (1995) Communications outlook 1995, Parijs).



Echter ook met modelsimulaties zijn de effecten van verstoringen op de goederen- en dienstenmarkten in Nederland in beeld gebracht. In een recent macro-economisch onderzoek van de Nederlandse economie met behulp van het MEON-model komt naar voren dat het gebrek aan marktwerking in de periode 1984–1990 in macro-economische zin tot aanzienlijke kosten heeft geleid. De groeivoet van de productie zou een half procent per jaar hoger zijn geweest bij een betere marktwerking. De exportgroei zou per jaar 1% hoger zijn uitgekomen. Het onderzoek wijst eveneens uit dat gelijktijdige flexibilisering van goederen en dienstenmarkten en de arbeidsmarkt één procent extra economische groei en 50 000 banen per jaar kan opleveren.

## II. ARTIKELEN

### Hoofdstuk 1. Begripsbepalingen

#### *Artikel 1*

*Onderdeel e.* Zoals in paragraaf 5.1.1 van het algemeen deel van deze toelichting is opgemerkt wordt bij de formulering van het verbod van mededingingsafspraken in dit wetsvoorstel zoveel mogelijk aangesloten bij artikel 85 van het Verdrag. Derhalve is ook de uitleg van die bepaling bepalend voor de uitleg van de in dit wetsvoorstel opgenomen bepalingen. Daar waar het Europese mededingingsrecht een specifieke uitleg geeft aan de betekenis van bepaalde begrippen wordt voor de toepassing van deze wet onder die begrippen verstaan wat in het Europese mededingingsrecht daaronder wordt verstaan. Dit geldt bijvoorbeeld voor het begrip «overeenkomst», waarvan in onderdeel e van dit artikel de begripsbepaling is gegeven.

Krachtens artikel 213 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek wordt onder «overeenkomst» verstaan een meerzijdige rechtshandeling waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan. Essentieel is dat er een juridische binding teweeggebracht wordt; om die reden vallen rechtens niet bindende afspraken of gentlemen's agreements niet onder het begrip overeenkomst. Voor beantwoording van de vraag of van een overeenkomst in de zin van artikel 85 van het Verdrag sprake is, is de juridische vorm waarin afspraken zijn neergelegd niet bepalend; er is sprake van een overeenkomst indien consensus tussen partijen bestaat, in welke vorm dan ook, omtrent hun (toekomstig) marktgedrag. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en de Commissie hanteren dan ook een ruimer begrip overeenkomst dan krachtens het BW het geval is. Zo hoeft er geen sprake te zijn van een juridische binding of de mogelijkheid afspraken rechtens af te dwingen: ook een mondelinge afspraak die niet schriftelijk wordt bevestigd en gebaseerd is op wederzijds vertrouwen is een overeenkomst in de zin van artikel 85 (arrest inzake Tepea, HvJEG, zaak 28/77, JUR, 1978, blz. 141). Een op schrift gesteld maar niet ondertekend gentlemen's agreement is eveneens een overeenkomst in de zin van artikel 85, als partijen die afspraak in samenhang met een tussen hen bestaande «echte» overeenkomst ten uitvoer hebben gelegd (arrest inzake ACF Chemiefarma, HvJEG, zaak 41/69, JUR, 1970, blz. 66). Ook standaard voorwaarden behoren tot de overeenkomst voor zover zij daar effectief deel van uitmaken (beschikkingen van de Commissie van 30 juni 1970 inzake Kodak, PbEG L 147, en van 22 december 1976 inzake GERO-Fabriek, PbEG 1977, L 16). Eenzijdige maatregelen van een onderneming worden eveneens als een overeenkomst beschouwd, wanneer zij doel of gevolg zijn van een overeenkomst en uitdrukkelijk of stilzwijgend de goedkeuring van partijen wegdragen

(arresten inzake AEG, HvJEG, zaak 107/82, JUR. 1983, blz. 3151, inzake Hasselblad, HvJEG, zaak 86/82, JUR. 1984, blz. 883 en inzake Sandoz, HvJEG, zaak C-277/87, JUR. 1990, blz. I-45).

Door het ruimere overeenkomstbegrip is de scheidslijn tussen «overeenkomst» en «onderling afgestemd feitelijk gedrag» niet haarscherp te trekken. Ik zie dat niet als een bezwaar omdat het aangrijpingspunt van het verbod van mededingingsafspraken van artikel 6 de beperking van de mededinging is, en niet de vorm waarin deze is gegoten. Wel is het zo dat een overeenkomst op grond van artikel 6 reeds verboden zal zijn als zij een mededingingsbeperkende strekking heeft, terwijl voor een krachtens dat artikel verboden onderling afgestemd feitelijk gedrag een begin van een uitvoering moet hebben plaatsgevonden. Dit wil echter niet zeggen dat het mededingingsbeperkende gevolg ook moet zijn ingetreden.

*Onderdeel f.* Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is een onderneming iedere entiteit die, ongeacht rechtsvorm of wijze van financiering, een economische activiteit vervult (Arresten Mannesmann, HvJEG zaak 19/61, JUR 1962, blz. 709, Hydrotherm, HvJEG zaak 170/83, JUR 1984, blz. 2999, Höffner en Elser/Macrotron, HvJEG, zaak C-41-90, JUR 1991, blz. I-2010, en Poucet/Pistre, HvJEG, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, JUR 1993, blz. I-0637). De aanwezigheid van een winstoogmerk is niet noodzakelijk; ook non-profit organisaties kunnen, voor zover zij economische activiteiten uitoefenen, als een onderneming worden beschouwd in de zin van deze wet. Een bijzondere afbakeningsvraag doet zich voor in geval overheidsactiviteiten en ondernemingsactiviteiten elkaar raken. Dit is bijvoorbeeld het geval bij arbeidsbemiddeling. Het Hof van Justitie stelde in het bovengenoemde Höfner-arrest dat arbeidsbemiddeling een economische activiteit is. De omstandigheid dat de arbeidsbemiddeling gewoonlijk is toevertrouwd aan publiekrechtelijke organen doet niets af aan het economische karakter van deze activiteit. Bijgevolg is een publiekrechtelijk orgaan dat zich bezig houdt met arbeidsbemiddeling een onderneming in de zin van de communautaire mededingingsregels (r.o. 22). Van belang voor de vraag of er sprake is van een onderneming is dan vooral de mate waarin de activiteiten met een commerciële speelruimte kunnen worden uitgeoefend (arrest SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol, HvJEG, zaak C-364/92, JUR 1994, blz. I-55 en bovengenoemd arrest Poucet/Pistre).

*Onderdeel g.* Een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85 van het Verdrag is een organisatie die een aantal ondernemingen verenigt. De organisatie hoeft niet de juridische vorm van een vereniging te hebben, een stichting is bijvoorbeeld ook mogelijk. Zelfs is denkbaar dat een dergelijke organisatie in het geheel geen rechtspersoonlijkheid bezit.

*Onderdeel h.* Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen blijkt dat onder «onderling afgestemde feitelijke gedragingen» verstaan wordt: «een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking». Deze begrippen van coördinatie en samenwerking houden niet in dat er een werkelijk «plan» zou moeten zijn opgesteld. Zij moeten worden gezien in het licht van de in de EG-mededingingsregels besloten gedachte dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de ondernemer zijn beleid aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van zijn concurrenten aan mag passen, maar staat onverbiddelijk

in de weg aan enigerlei contact tussen zulke ondernemers strekkend hetzij tot beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent, hetzij tot mededeling aan zo'n concurrent van het (voorgenomen) marktgedrag. Een parallelle in de gedragingen mag, volgens het Hof, op zichzelf niet met een onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gelijkgesteld, maar kan toch een ernstige aanwijzing voor zodanig gedrag opleveren, wanneer zij leidt tot mededingingsvoorwaarden die, gelet op de aard van de produkten, op de grootte en het aantal van de ondernemingen en op de omvang van de markt, niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen (HvJEG 14 juli 1972, zaak 48-69, ICI t. Commissie, Jurispr. 1972, 619; HvJEG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114-73 Suiker Unie t. Commissie, Jurispr. 1975, 1663).

*Onderdeel i.* De omschrijving van het begrip «economische machtspositie» is ontleend aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Sinds het arrest in de zaak United Brands (HvJEG, zaak 27-76, JUR. 1978, blz. 207) heeft het Hof consequent deze definitie van het begrip economische machtspositie gehanteerd (zie bijvoorbeeld ook de arresten inzake Hoffmann-La Roche, HvJEG, zaak 85/76, JUR, 1979, blz. 520, inzake Michelin, HvJEG, zaak 322/81, JUR, 1983, blz. 3461, en, meer recent, inzake Hilti, HvJEG, zaak 30/89, JUR, 1991, blz. II-1439).

*Onderdelen j, k en l.* De in deze onderdelen omschreven begrippen houden verband met de bestuursrechtelijke handhaving van de in dit wetsvoorstel vervatte verboden. De omschrijving is ontleend aan de desbetreffende voorstellen van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (rapport «Handhaving door bestuurlijke boeten», kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48). Op het begrip «onderzoek» wordt nog nader ingegaan in de toelichting op hoofdstuk 6, § 2, Algemeen.

## **Hoofdstuk 2. De Dienst voor de mededinging**

### *Artikel 2*

Hiervoor werd reeds als uitgangspunt vermeld dat de uitvoering van de wet zal plaatsvinden op afstand van het beleid, doch onder behoud van de verantwoordelijkheid van de Minister van Economische Zaken terzake. Volgens het voorstel zal de uitvoering worden opgedragen aan een nieuw in te richten buitendienst van het ministerie van Economische Zaken, de Dienst voor de mededinging. De uitvoering wordt daardoor gescheiden van de beleidsbepaling op het gebied van de mededinging – met annex daaraan de regelgeving – die op het ministerie zelf zal blijven plaatsvinden. Als uitvloeisel van deze verdeling worden in de tekst van het voorstel de onderscheiden bevoegdheden tot het nemen van uitvoeringsbeschikkingen toegekend aan de directeur van de Dienst voor de mededinging.

Deze toedeling houdt niet in dat de directeur de bedoelde bevoegdheden volstrekt naar eigen inzicht kan hanteren. Als ambtenaar binnen het ressort van de Minister van Economische Zaken is hij gehouden zich naar diens instructies te gedragen, ook waar het de uitvoering van deze bevoegdheden betreft. De keerzijde hiervan is dat de minister ook de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de uitvoering draagt. Uitgangspunt is evenwel dat de dienst in de dagelijkse praktijk binnen dit kader met een grote mate van zelfstandigheid te werk zal gaan.

In het advies van de SER was de suggestie gedaan de mogelijkheid van de Minister om de directeur algemene en bijzondere aanwijzingen te

geven nader te omschrijven en deze aanwijzingen dan te doen publiceren. Een nadere omschrijving van de bevoegdheden van de minister, die vanwege zijn hiërarchische positie immers in beginsel betrekking hebben op alle bevoegdheden van de directeur, is evenwel niet zinvol. Wel is voorzien in een verplichting voor de minister zijn algemene instructies aan de directeur de vorm te geven van beleidsregels (artikel 4). Dit betekent dat deze instructies altijd worden bekendgemaakt. Hierdoor wordt de transparantie van de verhouding tussen de minister en de directeur bevorderd.

### *Artikel 3*

Binnen het gekozen systeem van administratieve handhaving dient de beslissing omtrent sanctionering zo objectief en onbevooroordeeld als mogelijk plaats te vinden. Daarom is zoals in paragraaf 13.4. van het algemeen deel van deze memorie is uiteengezet, het gewenst te voorkomen dat de werkzaamheden, die na het opstellen van het in artikel 59, eerste lid, of artikel 77, eerste lid, bedoelde rapport moeten worden verricht (met name het horen van belanghebbenden en het concipiëren van de beschikking) door dezelfde functionarissen worden verricht als die welke eerder feitelijk bij het onderzoek naar die overtreding waren betrokken. Een en ander laat uiteraard de formele bevoegdheden van de directeur om te beslissen dat al dan niet een rapport wordt opgemaakt of een sanctie wordt opgelegd, onverlet.

### *Artikel 4*

Een bestuursorgaan is te allen tijde bevoegd beleidsregels vast te stellen met betrekking tot zijn eigen of een onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende bestuursbevoegdheid. Deze thans ongeschreven regel zal worden gecodificeerd in artikel 4.4.1 van het voorstel voor een wet Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht, Kamerstukken I 1995/96, 23 700), verder te noemen: wetsvoorstel derde tranche Awb. Onder een beleidsregel moet worden verstaan een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet inhoudende een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij gebruik van een bestuursbevoegdheid (artikel 1:3 Awb, zoals gewijzigd in het wetsvoorstel derde tranche Awb). In de regel bestaat er geen verplichting voor een bestuursorgaan zijn beleid in beleidsregels vast te stellen. Zoals hiervoor is uiteengezet, wordt evenwel met het oog op een zo doorzichtig mogelijke verhouding tussen de minister en de directeur in dit artikel voorgeschreven dat de minister zijn algemene instructies altijd in de vorm van beleidsregels vaststelt. Ter invulling van artikel 3:42 van de Awb bepaalt het tweede lid dat de beleidsregels door plaatsing in de Staatscourant bekend worden gemaakt. Uit artikel 4.4.5 van het wetsvoorstel derde tranche Awb vloeit voort dat de directeur (behoudens de daarin genoemde uitzondering) overeenkomstig de beleidsregels dient te handelen. De keerzijde hiervan is dat ook belanghebbenden zich erop zullen kunnen beroepen.

### *Artikel 5*

De directeur van de dienst zal jaarlijks verslag uitbrengen aan de minister over de werkzaamheden in het afgelopen jaar. Bepaald is dat de minister dit verslag met zijn bevindingen daaromtrent ter kennis van de beide kamers der Staten-Generaal dient te brengen. Hiermee brengt de minister zijn politieke verantwoordelijkheid voor het functioneren van de dienst tot uiting. Tevens is aldus een grondslag aanwezig voor periodiek

overleg tussen de volksvertegenwoordiging en de regering over het mededingingsbeleid in het algemeen.

### **Hoofdstuk 3. Mededingingsafspraken**

#### *§ 1. Verbod van mededingingsafspraken*

##### *Artikel 6*

In paragraaf 4 van het algemeen deel van deze toelichting is reeds uiteengezet dat de EG-mededingingsregels het oriëntatiepunt zijn bij de formulering van dit wetsvoorstel.

Artikel 6 sluit dan ook zoveel mogelijk aan bij artikel 85, eerste lid, van het Verdrag. Het laatste deel van de desbetreffende verdragsbepaling, dat bestaat uit voorbeelden van overeenkomsten en gedragingen die in ieder geval onder het verbod van artikel 85, eerste lid vallen, is niet overgenomen omdat het niet zinvol is voorbeelden in de wettekst te noemen. Als voorbeelden van verboden overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn evenwel, naar analogie van artikel 85, eerste lid, van het Verdrag, te noemen:

- het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- en verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;
- het beperken of het controleren van de produktie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;
- het verdelen van markten of van voorzieningsbronnen;
- het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging;
- het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Het tweede lid van artikel 6 bepaalt dat krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten van rechtswege nietig zijn. Ook hierin is aangesloten bij artikel 85 van het Verdrag. Hoewel zonder een dergelijke expliciete nietigheids-bepaling de desbetreffende overeenkomsten, op grond van artikel 40 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek nietig zullen zijn, is ervoor gekozen om iedere mogelijkheid van verwarring te voorkomen door in het tweede lid de civielrechtelijke gevolgen expliciet te regelen. Een overeenkomst vormt vaak een samenstel van een groot aantal verbintenissen; het is aan de algemene bepaling van artikel 41 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek overgelaten in hoeverre een eventueel niet onder het verbod vallend deel van de overeenkomst in stand kan blijven.

Voor de gevolgen van het reeds aangaan van dergelijke overeenkomsten en het nemen van dergelijke besluiten in afwachting van het resultaat van een verzoek om ontheffing verwijs ik naar de toelichting op artikel 20.

##### *Artikel 7*

In aanvulling op de algemene toelichting op deze zogenoemde bagatelbepaling zoals hierboven opgenomen in paragraaf 5.2 merk ik nog het volgende op.

Het in het eerste lid gebruikte begrip «voorafgaande kalenderjaar» heeft betrekking op het kalenderjaar, voorafgaande aan de overeenkomst, het besluit of (het begin van) de gedraging.

Indien bij de toepassing van de nieuwe mededingingswet blijkt dat de in het eerste lid gekozen bagatelgrenzen niet voldoende leiden tot een vrijstelling van afspraken die van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn,

of dat juist flink aantal afspraken niet onder de werking van het verbod van artikel 6 vallen, die daar, gezien hun betekenis, wel onder zouden moeten vallen, kunnen krachtens het derde lid de in het eerste lid genoemde bagatelgrenzen worden gewijzigd. Ook kan op deze wijze rekening worden gehouden met de geldontwaarding.

In paragraaf 5.2.3 van het algemeen deel van deze toelichting is aangegeven waarom ook categoriën mededingingsafspraken die naar hun aard de mededinging slechts in geringe mate beperken moeten kunnen worden vrijgesteld van het verbod van artikel 6. Het tweede lid van artikel 7 voorziet daarin. De formulering van het tweede lid geeft aan dat inwerkingtreding van de wet niet afhangt van het tot stand gebracht zijn van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in het tweede lid (kwalitatieve bagatelgevallen). Ik heb op dit moment ook geen concrete voornemens om een dergelijke maatregel tot stand te brengen; wellicht zal dit wel het geval zijn nadat enige ervaring met aangevraagde ontheffingen is opgedaan.

Een algemene maatregel van bestuur krachtens het tweede lid kan voorschriften en beperkingen bevatten. Gedacht kan bij voorbeeld worden aan het voorschrift dat het gezamenlijke marktaandeel van de bij de afspraak betrokken ondernemingen een bepaald percentage niet te boven mag gaan.

#### *Artikel 8*

Het eerste lid verwijst voor de berekening van de omzet naar de daarop betrekking hebbende bepaling met betrekking tot de jaarrekening in het Burgerlijk Wetboek (titel 9 van boek 2). Dit is een eenduidig criterium dat door een groot deel van het Nederlandse bedrijfsleven reeds wordt toegepast. De terminologie «op de voet van» beoogt ervoor te zorgen dat ook ondernemingen die, als gevolg van hun rechtsvorm, niet behoeven te voldoen aan de in titel 9 bedoelde verplichtingen ten aanzien van de jaarrekening (bijvoorbeeld maatschappen, vennootschappen onder firma en ondernemingen die toebehoren aan natuurlijke personen) de hier voorgeschreven berekening van de omzet hanteren.

Ook met het hanteren van het begrip «groep» in het tweede lid wordt aangesloten bij bekende begrippen uit het ondernemingsrecht.

De omzet heeft betrekking op alle goederen die de betrokkenen produceren of leveren en alle diensten die zij verrichten, ongeacht of zij die omzet in of buiten Nederland realiseren.

#### *Artikel 9*

In het eerste lid van dit artikel wordt de mogelijkheid gecreëerd om te bepalen dat in een concreet geval de bagatelvrijstelling niet van toepassing is. In paragraaf 5.2.4 van het algemeen deel van deze toelichting is reeds uiteengezet waarom ik deze voorziening noodzakelijk acht en in welke gevallen van deze bevoegdheid mogelijk gebruik gemaakt zal worden.

Een beschikking als bedoeld in het eerste lid zal doorgaans niet op aanvraag genomen worden, in ieder geval niet op aanvraag van degene tot wie de beschikking zich zal richten. Deze is echter wel in de eerste plaats belanghebbende bij de beschikking. Theoretisch is denkbaar dat de beschikking wel op aanvraag wordt genomen, bijvoorbeeld in het geval van een klacht van een derde. In dat geval is de klager ook belanghebbende. Het tweede en derde lid van artikel 9 verzekert dat de belanghebbenden, wie dat in een concreet geval ook zullen zijn, op de hoogte gesteld worden van het voornemen een dergelijke beschikking te nemen, en dat zij gehoord worden.

Het vierde lid schrijft voor dat dergelijke beschikkingen niet eerder dan zes weken na hun bekendmaking in werking kunnen treden. Deze bepaling

is bedoeld om de desbetreffende ondernemingen de tijd te geven hun overeenkomsten aan te passen, of anderszins maatregelen te nemen, zodat zij kunnen voorkomen dat zij op enig moment het (dan immers voor hen geldende) verbod van artikel 6 overtreden, en derhalve blootgesteld worden aan sancties.

De termijn van inwerkingtreding van zes weken heeft geen gevolgen voor de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift; deze termijn (van eveneens zes weken) vangt aan op de dag na de bekendmaking van de beschikking. Het bezwaar, of een verzoek om ontheffing, heeft geen schorsende werking; wil men opschorting verkrijgen dan kan een verzoek om een voorlopige voorziening gedaan worden ingevolge artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht.

#### *Artikel 10*

In lijn met het EG-beleid terzake, wordt in artikel 10 bepaald dat overeenkomsten, besluiten en gedragingen die rechtstreeks verbonden zijn aan concentraties als bedoeld in artikel 27, en die noodzakelijk zijn om een dergelijke concentratie te verwezenlijken, de zogenoemde nevenrestricties, niet vallen onder het verbod van artikel 6. Dusdanige overeenkomsten, besluiten en gedragingen zullen te zamen met de concentratie zelf beoordeeld worden. Dat wil zeggen, door de Commissie, als de desbetreffende concentratie valt binnen de werkingsfeer van de EG-concentratieverordening, of onder het regime van hoofdstuk 5, als de desbetreffende concentratie valt binnen het toepassingsbereik van dat hoofdstuk. In het geval dat een concentratie onder de drempels voor toepassing van hoofdstuk 5 valt is dit wetsvoorstel in het geheel niet van toepassing op nevenrestricties bij een dergelijke concentratie.

Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van dergelijke nevenrestricties en voor de beoordeling van die nevenrestricties sluit ik aan bij de lijn die daarvoor door Commissie is aangegeven in de zogenoemde Mededeling van de Commissie van 14 augustus 1990 betreffende nevenrestricties bij concentraties (PbEG 1990, C 203). De belangrijkste vraag die daarbij beantwoord moet worden is of en in hoeverre restricties nodig zijn om de concentratie te verwezenlijken. De Commissie stelt dat aan deze voorwaarde is voldaan als, objectief gezien, «zonder deze restricties de concentratie niet tot stand zou kunnen komen of slechts tot stand zou komen op een minder hechte grondslag, tegen aanzienlijk hogere kosten, binnen een duidelijk langere termijn of met aanmerkelijk minder kans van slagen» (punt II,5 van de Mededeling). De restrictie mag niet verder gaan dan redelijkerwijs noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de concentratie. De ondernemingen moeten, aldus de Commissie, als er alternatieve mogelijkheden bestaan om het geoorloofde doel te bereiken, die methode kiezen die objectief gezien het minst mededingingsbeperkend is.

Voor de verdere invulling van de desbetreffende begrippen en een richtsnoer voor de inhoudelijke beoordeling van nevenrestricties verwijs ik naar de tekst van de voornoemde Mededeling.

## **§ 2. Uitzondering in verband met het vervullen van bijzondere taken**

#### *Artikel 11*

In het algemeen deel van deze toelichting is reeds uiteengezet waarom is gekozen voor de vrijstellingsvariant voor de uitzondering op het verbod op mededingingsafspraken en misbruik van economische machtsposities in verband met de vervulling van bijzondere taken. De bepaling sluit zoveel mogelijk aan bij de tekst van artikel 90, tweede lid, van het Verdrag. Evenals het geval is voor andere onderdelen van de wet zal ook deze

bepaling uitgelegd worden conform de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Gerecht van eerste aanleg en van het Hof van Justitie van de EG. Het gaat om ondernemingen, belast met een dienst van algemeen economisch belang. Hieronder kunnen niet alleen het verrichten van diensten maar alle economische activiteiten vallen. Het belast zijn zal in beginsel dienen te blijken uit een wettelijk voorschrift of uit een besluit van een bestuursorgaan. Niet helemaal uit te sluiten is dat in zeer bijzondere gevallen zo'n taak, hoewel niet expliciet en als zodanig bij (formeel) besluit opgedragen, ook afgeleid kan worden uit een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten. In zo'n geval zal van overheidswege die taak in de praktijk ook als zodanig zijn erkend.

Op één punt wijkt de constructie van de onderhavige bepaling iets af van artikel 90, tweede lid, van het Verdrag. Artikel 90, tweede lid, richt zich tot de ondernemingen, terwijl artikel 11 aanknoopt bij de op grond van artikel 6 verboden overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

### **§ 3. Vrijstellingen**

#### *Artikel 12*

Dit artikel regelt de doorwerking van EG-(groeps)vrijstellingen voor het verbod van mededingingsafspraken. Dit heeft, met uitzondering van de gevallen die krachtens artikel 2 van verordening (EEG) nr. 26/62 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 4 april 1962 betreffende toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de landbouw (PbEG 993) zijn vrijgesteld van artikel 85, eerste lid, alleen betekenis voor afspraken die onder artikel 85 van het Verdrag vallen. Artikel 85, derde lid, voorziet in de mogelijkheid om, naast individuele overeenkomsten, besluiten en gedragingen, ook groepen van overeenkomsten, besluiten en gedragingen vrij te stellen van het verbod van 85, eerste lid. Deze mogelijkheid heeft toepassing gevonden in Raads- en Commissieverordeningen. Deze verordeningen hebben als gevolg dat afspraken die onder die groepsvrijstelling vallen, niet meer bij de Commissie behoeven te worden aangemeld om een individuele ontheffing te krijgen; zij zijn -als zij al binnen de termen van het verbod van artikel 85, eerste lid, vallenkrachtens de groepsvrijstelling automatisch van het verbod van artikel 85, eerste lid, ontheven. Voorts biedt artikel 2 van Verordening nr. 26/62 de mogelijkheid van een vrijstelling van artikel 85, eerste lid, voor mededingingsbeperkingen in de agrarische sector. Deze vrijstelling is niet gebaseerd op artikel 85, derde lid, van het Verdrag, maar op de artikelen 42 en 43 betreffende de landbouw. Artikel 12 omvat ook deze vrijstelling.

In paragraaf 6.1.1 van het algemeen deel van deze toelichting is reeds aangegeven waarom het van belang is dat deze groepsgewijze vrijstellingen doorwerken voor het verbod van artikel 6.

De verwijzing naar de EG-regelgeving is een dynamische verwijzing, dat wil zeggen dat wijzigingen in de bestaande verordeningen, en nieuwe verordeningen, automatisch doorwerken in de wet.

#### *Artikel 13*

Het eerste lid van artikel 13 bevat een vrijstelling voor mededingingsafspraken die niet onder de werkingssfeer van het EG-Verdrag vallen, doch die, indien dat wel het geval zou zijn, zouden zijn vrijgesteld krachtens een verordening als bedoeld in artikel 12. Dergelijke mededingingsafspraken kunnen om twee redenen buiten de werkingssfeer van het Verdrag vallen: omdat zij de handel tussen de lid-staten niet ongunstig kunnen beïnvloeden of omdat zij geen effect hebben op de



mededinging binnen de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan. Zoals in paragraaf 6.1.2 van het algemeen deel van de toelichting reeds is uiteengezet zijn er geen redenen om voor dergelijke mededingingsafspraken van het EG-regime af te wijken.

In dit verband zij opgemerkt dat in een aantal van de in artikel 12 bedoelde verordeningen een aantal vrijstellingbepalingen voorkomt waarvan de reikwijdte niet zonder meer uit de tekst van de bepaling zelf kan worden afgeleid. Deze vrijstellingen gelden namelijk pas nadat de betrokken afspraken bij de Commissie zijn aangemeld en deze binnen een bepaalde termijn tegen die vrijstelling geen oppositie voert; de zogenoemde oppositieprocedure. In een dergelijke mogelijkheid voorziet dit wetsvoorstel niet, zodat langs de weg van een oppositieprocedure niet kan worden vastgesteld of afspraken als bedoeld in dit artikel van de vrijstelling zouden hebben geprofiteerd als zij onder artikel 85 van het Verdrag zouden zijn gevallen. In deze gevallen zal een ontheffing krachtens artikel 17 kunnen worden aangevraagd. Bij de beslissing op een dergelijke aanvraag zal rekening worden gehouden met het beleid dat de Commissie bij de toepassing van de verordeningen op dit punt voert. Ook hier geldt weer dat door de dynamische verwijzing, nieuwe verordeningen en wijzigingen in de bestaande verordeningen automatisch doorwerken.

Over het tweede lid merk ik het volgende op. Er is in de loop der jaren een aantal machtigingsverordeningen van de Raad van de Europese Gemeenschappen vastgesteld op basis waarvan de Commissie groepsvrijstellingen kan vaststellen. Dit betreft de volgende verordeningen: Verordening (EEG) nr. 19/65 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 2 maart 1965 betreffende toepassing van artikel 85, derde lid, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEG L 533), Verordening (EEG) nr. 2821/71 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 20 december 1971 betreffende toepassing van artikel 85, derde lid, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEG L 285), Verordening (EEG) nr. 3976/87 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 14 december 1987 betreffende de toepassing van artikel 85, derde lid, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector van het luchtvervoer (PbEG L 374), Verordening (EEG) 1534/91 van 31 mei 1991 betreffende de toepassing van artikel 85, derde lid, van het Verdrag op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector (PbEG L 143) en Verordening (EEG) nr. 479/92 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 februari 1992 betreffende de toepassing van artikel 85, derde lid, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia) (PbEG L 55). In die machtigingsverordeningen is steeds bepaald dat de Commissie bevoegd is de vrijstelling in individuele gevallen in te trekken als de desbetreffende overeenkomst of gedraging desondanks toch bepaalde gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met de voorwaarden van artikel 85, derde lid (artikel 7 van Verordening 19/65 (PbEG 1965, nr. 533), artikel 7, van Verordening 2821/71 (PbEG 1971, nr. L 285), artikel 7, tweede lid, van Verordening 3976/87 (PbEG 1987, nr. L 374), artikel 7 van Verordening 1534/91 (PbEG 1991, nr. L 143) en artikel 6, tweede lid, van Verordening 479/92 (PbEG 1992, nr. L 55)). In de meeste groepsvrijstellingen is deze bevoegdheid uitgewerkt aan de hand van criteria die toegesneden zijn op de materie van de desbetreffende verordening. In twee gevallen heeft de Commissie van deze bevoegdheid ook daadwerkelijk gebruik gemaakt (Beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 4 december 1991 inzake Eco system/Peugeot, PbEG 1992, L 66 en Beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 23 december 1992 inzake Langnese-Iglo GmbH, PbEG 1993, L 183).

Ik realiseer mij dat het in individuele gevallen opleggen van een verbod in het Nederlandse recht een verstrekkende bevoegdheid is. Zoals ik in paragraaf 6.1.2 van het algemeen deel van deze toelichting heb uiteengezet ben ik evenwel van mening dat deze bevoegdheid in het geval van de doorwerking van de EG-groepsvrijstellingen in «nationale» gevallen niet gemist kan worden. Zoals hierboven is beschreven heeft de Raad aan de Commissie in de desbetreffende verordeningen een intrekking-bevoegdheid gegeven, en de Commissie gebruikt deze bevoegdheid ook. Als in geval van doorwerking de directeur deze bevoegdheid niet zou hebben, kan dat tot niet aanvaardbare verschillen met het EG-regime leiden. Derhalve is in het tweede lid van dit artikel de bevoegdheid van de directeur opgenomen om overeenkomsten, besluiten en gedragingen die krachtens het eerste lid zijn vrijgesteld van het verbod van artikel 6 alsnog te verbieden. De gevallen waarin de directeur die bevoegdheid heeft zijn beperkt tot de gevallen waarin zich de omstandigheden voordoen waaronder in de desbetreffende verordeningen de Commissie de bevoegdheid heeft de vrijstelling buitentoepassing te verklaren. Hierbij is vooral van belang dat de diverse verordeningen aanwijzingen geven in welke omstandigheden «met name» (en dat verschilt dus per verordening) niet voldaan wordt aan de voorwaarden van artikel 85, derde lid. Voor de toelichting op het derde, vierde en vijfde lid verwijs ik naar de toelichting op de vergelijkbare bepalingen van artikel 9.

#### *Artikel 14*

Dit artikel houdt een vrijstelling in voor mededingingsafspraken waarvoor een door de Commissie op basis van artikel 85, derde lid, van het Verdrag verleende ontheffing geldt. Het betreft hier afspraken die niet alleen onder deze wet vallen maar ook onder artikel 85, eerste lid, van het Verdrag. Een ontheffing krachtens artikel 85, derde lid, wordt voor een bepaalde termijn gegeven en kan worden verlengd en worden ingetrokken (artikel 8 van Verordening no. 17). De vrijstelling geldt alleen voor afspraken waarvoor een ontheffing geldt; dat wil zeggen dat, als de geldigheidsduur daarvan verlopen is, of de beschikking wordt ingetrokken, de betrokken afspraak weer onder het verbod van artikel 6 komt te vallen.

#### *Artikel 15*

In artikel 15 is de mogelijkheid opgenomen om categorieën mededingingsafspraken vrij te stellen van het verbod van artikel 6 op voorwaarden, ontleend aan artikel 85, derde lid, van het Verdrag. Op dit moment heb ik geen concrete voornemens dergelijke maatregelen te treffen. Het is echter goed mogelijk dat, nadat ervaring is opgedaan met het behandelen van ontheffingsverzoeken, de behoefte aan een vrijstelling van bepaalde categorieën van mededingingsafspraken zal ontstaan. Zoals in paragraaf 6.1.4 van het algemeen deel van deze toelichting reeds is opgemerkt zal een dergelijke vrijstelling niet in strijd mogen komen met de voorwaarden van artikel 85 van het Verdrag. Het ligt daarom in de rede dat over concrete voornemens om dergelijke algemene maatregelen van bestuur tot stand te brengen te zijner tijd overleg gevoerd zal worden met de Commissie.

Ook in deze bepaling is de bevoegdheid voor de directeur opgenomen om in individuele gevallen alsnog het verbod van toepassing te verklaren; vergelijk hiervoor de desbetreffende bepalingen in artikel 13. Ook hier kan het voorkomen dat een vrijgestelde afspraak desondanks toch bepaalde gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met de aan de vrijstelling ten grondslag liggende voorwaarden. Indien de formulering van de vrijstelling daar de oorzaak van is, ligt het in de rede de desbetreffende algemene maatregel van bestuur te wijzigen. Het kan echter ook

voorkomen dat er zich bijkomende omstandigheden voordoen waaronder niet voldaan wordt aan de voorwaarden, genoemd in artikel 15. Die, noodzakelijkerwijs algemeen geformuleerde, omstandigheden als criteria voor vrijstelling in de algemene maatregel van bestuur opnemen zou grote onzekerheid voor het bedrijfsleven veroorzaken ten aanzien van de vraag of de vrijstelling op hen van toepassing is of niet. In die gevallen is het beter erin te voorzien dat, onder zo nauwkeurig mogelijk omschreven omstandigheden, de vrijstelling buiten toepassing kan worden verklaard. De omstandigheden waaronder dat het geval kan zijn, zullen per vrijstelling kunnen verschillen, al naar gelang de aard van de afspraken die worden vrijgesteld. In het algemeen kan echter gedacht worden aan omstandigheden zoals ook omschreven in de verschillende groeps-vrijstellingen van de Commissie.

Voor een toelichting op het derde, vierde en vijfde lid, verwijs ik naar de toelichting op de vergelijkbare bepalingen van artikel 9.

#### *Artikel 16*

In paragraaf 6.1.5 van het algemeen deel van deze toelichting is de reden voor dit artikel toegelicht. Het gaat in artikel 16, zoals blijkt uit de in paragraaf 6.1.5 gegeven voorbeelden, vooral om goedkeuring en om gevallen waarin de wet verplicht tot het sluiten van bepaalde overeenkomsten die een beperking van de mededinging inhouden. Het valt evenwel niet uit te sluiten dat dit wetsvoorstel kan interfereren met toezicht op dat soort overeenkomsten op basis van een andere wet in de vorm van onverbindendverklaren, verbieden of vernietigen. De formulering van de bepaling stemt overeen met die, welke is opgenomen in de in paragraaf 2.2 genoemde besluiten op basis van artikel 10 van de WEM.

### **4. Ontheffingen**

#### *Artikel 17*

Dit artikel voorziet in de mogelijkheid om, op aanvraag, voor een overeenkomst, een besluit of onderling afgestemde feitelijke gedraging een ontheffing te verlenen van het verbod van artikel 6. De criteria voor het verlenen van een dergelijke ontheffing zijn ontleend aan artikel 85, derde lid, van het Verdrag.

#### *Artikel 18*

In dit artikel wordt bepaald dat de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (verder te noemen: Awb) van toepassing is op de behandeling van de aanvraag om een ontheffing. De toepassing van deze openbare voorbereidingsprocedure kan gezien worden als een uitwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel; artikel 3:2 van de Awb vereist dat bij de voorbereiding van een besluit het bestuursorgaan de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Deze procedure is vooral bedoeld voor besluiten met een discretionaire bevoegdheid, waarbij belangen van derden betrokken kunnen zijn. De procedure waarbij beslist wordt op een aanvraag om een ontheffing van het kartelverbod vereist naar mijn mening een dergelijke uitgebreide en zorgvuldige voorbereiding. De procedure houdt met name in het publiceren van de zakelijke strekking van ontheffingsaanvragen en het in de gelegenheid stellen van belanghebbenden om hun zienswijze mondeling of schriftelijk kenbaar te maken. Ingevolge afdeling 3.6 van de Awb (bekendmaking en mededeling) treedt een besluit op een ontheffingsaanvraag niet in werking voordat het is bekendgemaakt. Dit geschiedt door uitreiking of toezending van de beschikking aan belanghebbenden, onder wie de aanvrager. Voorts wordt

in de Staatscourant meegedeeld dat een beschikking inzake een ontheffingsaanvraag is genomen en dat deze ter inzage ligt bij de dienst.

#### *Artikel 19*

Gelet op artikel 4:13 van de Awb wordt in dit artikel bepaald binnen welke termijn de beschikking op een ontheffingsaanvraag moet worden gegeven. Deze termijn is bepaald op vier maanden. De aanvrager van een ontheffing heeft er belang bij dat zo snel mogelijk wordt beslist op een ontheffingsaanvraag. Anderzijds vergt een beslissing op een dergelijke aanvraag een zorgvuldige afweging. Ik verwacht dat een beslissings-termijn van vier maanden recht doet aan beide aspecten, ook gezien het feit dat een verleende ontheffing terugwerkende kracht kan hebben tot het moment van de ontvangst van de aanvraag (zie hierna artikel 20). Ik ga er van uit dat een ontheffingsaanvraag binnen die termijn kan worden afgehandeld. Overigens wijs ik erop dat ingevolge artikel 4:15 van de Awb de beslistermijn wordt opgeschort als de aanvrager wordt verzocht om nadere informatie. Als de dienst verwacht dat de termijn van vier maanden niet kan worden gehaald, bijvoorbeeld in een uit bestuurlijk of juridisch oogpunt bezien ingewikkeld of omstreeden geval, kan de termijn eenmaal met vier maanden worden verlengd. Deze termijn zal in de regel voldoende zijn om in die gevallen te kunnen beslissen. De praktijk bij de toepassing van de Wet economische mededinging heeft geleerd dat, vooral wanneer er overleg met de Commissie nodig is en ook zij de beoordeling van de aanvraag lastig vindt, een besluit soms veel meer tijd kost. Het ligt evenwel niet voor de hand de verlengingstermijn op zulke bijzondere gevallen af te stemmen. In zo'n geval kan eventueel beroep ingesteld worden tegen het niet tijdig nemen van een besluit (artikel 6:2, aanhef en onder b, Awb). Het ligt niet in de rede te veronderstellen dat de aanvrager door de verlenging van de beslistermijn rechtstreeks in zijn belang getroffen wordt, met name gezien de hierboven genoemde mogelijkheid van terugwerkende kracht van de ontheffing tot de datum van ontvangst van de aanvraag. Op grond van artikel 6:3 van de Awb zal dan geen beroep open staan tegen een beslissing tot verlenging van de termijn. Als binnen de, eventueel verlengde, termijn niet is beslist staat krachtens artikel 6:2, onder b, van die wet beroep open tegen het niet tijdig nemen van de beschikking.

#### *Artikel 20*

Het advies van de SER met betrekking tot de terugwerkende kracht van ontheffingsbeschikkingen heeft mij ertoe gebracht terug te komen op mijn oorspronkelijke standpunt de ontheffingsbeschikking geen terugwerkende kracht toe te kennen, zoals verwoord in de adviesaanvraag aan de SER en de Commissie economische mededinging. Aansluiting op het EG-mededingingsregime betekent inderdaad dat niet op het punt van de al dan niet terugwerkende kracht van de ontheffingsbeschikking van de lijn van het Europees kartelrecht afgeweken zou moeten worden. Het argument dat de SER op dit punt in zijn advies naar voren bracht, dat de slagvaardigheid en de rechtszekerheid van het bedrijfsleven er niet mee gediend zijn als in de periode tussen aanvraag en verlening van de ontheffing een inmiddels aangegane overeenkomst of genomen besluit verboden en nietig zou blijven, acht ik zwaarwegend. Bovendien blijkt de terugwerkende kracht in de EG-mededingingsregels in de praktijk geen bijzondere problemen op te leveren.

Als ondernemingen, in de verwachting dat een verzoek om ontheffing gehonoreerd zal worden, de desbetreffende overeenkomst reeds ten tijde van de ontheffingsaanvraag aangaan, doen zij dat voor eigen risico, in die zin, dat achteraf kan blijken – als onverhoopt geen ontheffing wordt verleend – dat deze overeenkomst van begin af aan verboden en nietig is

geweest. Dat betekent dat die overeenkomst niet als rechtsgrond kan dienen voor prestaties (zie artikel 203 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek). Eventueel al verrichte prestaties moeten ongedaan worden gemaakt, en verrichte betalingen kunnen worden teruggevorderd als onverschuldigd. Ten aanzien van meezijdige rechtshandelingen die voortbouwen op een dergelijke nietige overeenkomst (en zelf niet eveneens onder het verbod van artikel 6 vallen en dus nietig zijn) toetst artikel 229 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek op vernietigbaarheid. Het is dus mogelijk dat al dergelijke rechtshandelingen moeten worden teruggedraaid.

Als wel een ontheffing gegeven wordt, wordt het wettelijke vereiste voor de geldigheid van de overeenkomst alsnog vervuld, en ga ik er van uit dat de desbetreffende overeenkomst van de aanvang af geldig is geweest. In dat geval ligt het voor de hand dat in de tussentijd verrichte prestaties in stand blijven.

Uit de mogelijkheid dat een ontheffing met terugwerkende kracht wordt verleend blijkt dat er rekening mee wordt gehouden dat ondernemingen een verboden afspraak aangaan voordat daarvoor een ontheffingsbeschikking is gegeven. Het zou in het algemeen niet redelijk zijn als de directeur bij weigering van de ontheffing een boete op zou leggen voor de periode van behandeling van de ontheffingsaanvraag. Met een dergelijke praktijk zou ook geen enkel belang zijn gediend. Alleen ingeval er sprake is van een aanvraag die kennelijk uitsluitend met het oog op het voorkomen van een boete wordt gedaan maar waarvan duidelijk is dat deze nooit zal worden ingewilligd, zou er eventueel aanleiding kunnen zijn een boete te overwegen. Qua resultaat komt een en ander grotendeels overeen met de regeling van de boete-immuniteit in het EG-recht (Verordening nr. 17, art. 15, vijfde en zesde lid).

#### *Artikelen 21 en 22*

Net zoals aan een ontheffingsbeschikking op basis van artikel 85, derde lid, van het Verdrag, kunnen aan een ontheffing van het verbod van artikel 6 beperkingen en voorschriften worden verbonden (artikel 21, tweede lid).

Tevens is het krachtens artikel 23 mogelijk aan verleende ontheffingen alsnog beperkingen en voorschriften te verbinden of daaraan verbonden beperkingen en voorschriften te wijzigen. Beperkingen hebben vooral als functie te bereiken dat de mededingingsafspraken waarvoor de ontheffing wordt verleend de concurrentie niet meer aan banden legt dan nodig is. Bij voorschriften kan met name worden gedacht aan verplichtingen tot rapportage aan de dienst van de wijze waarop de overeenkomst wordt toegepast, van concentraties van de betrokken ondernemingen, van wijzigingen in het marktaandeel en omzet, van lidmaatschap van ondernemersorganisaties, van op basis van arbitrageclausules gedane uitspraken en dergelijke.

Naar het voorbeeld van artikel 8, eerste en tweede lid van Verordening no. 17 zal een ontheffing slechts voor een beperkte termijn worden verleend. De directeur zal die termijn zodanig vaststellen dat de betrokken ondernemers in staat zijn de doeleinden van de overeenkomst of de gedragingen waarvoor ontheffing is verleend, te realiseren. Men kan daarbij denken aan een termijn van bij voorbeeld vijf jaar. De ontheffingsbeschikking (inclusief de daaraan verbonden voorschriften en beperkingen) kan op verzoek worden verlengd, op de voorwaarde dat nog steeds is voldaan aan de ontheffingscriteria van artikel 17 (artikel 22, eerste lid).

Omdat bij de verlening van de ontheffing in eerste instantie reeds is nagegaan of aan de voorwaarden voor het verkrijgen van een ontheffing is voldaan, zal in de verlengingsprocedure de aandacht vooral gericht zijn op de eventuele verandering van omstandigheden.

In het tweede lid van artikel 22 wordt voorgeschreven dat een aanvraag

om verlenging van een ontheffing ten minste vier maanden voor de afloop van de ontheffingstermijn moet zijn ingediend.

De beslistermijn voor de directeur wordt ingevolge het vierde lid gesteld op vier maanden, zonder de mogelijkheid van verlenging van die termijn. Omdat, zoals hierboven gesteld, de beoordeling van de verlengingsaanvraag vooral gericht zal zijn op een eventuele verandering van omstandigheden, zal aan de mogelijkheid van verlenging van de beslistermijn geen behoefte bestaan. De combinatie van het tweede en vierde lid zorgt ervoor dat er geen «gat» in de geldigheid van de ontheffing valt.

De termijn van vier maanden uit het tweede lid is een formeel vereiste: als daaraan niet wordt voldaan moet een aanvraag voor een nieuwe ontheffing worden ingediend. Daaraan kleef het risico dat, in tegenstelling tot het geval van een verlenging, de ontheffingen mogelijk niet naadloos op elkaar aansluiten.

### *Artikel 23*

De krachtens artikel 17 verleende ontheffingen kunnen geheel of gedeeltelijk worden gewijzigd of ingetrokken. Bij wijziging van de ontheffing zal het vooral gaan om wijziging van de beperkingen of voorschriften die aan de ontheffing zijn verbonden dan wel om het alsnog aanbrengen van beperkingen of voorschriften aan een al verleende ontheffing.

In het eerste lid van artikel 23 wordt bepaald dat in het geval van onjuiste verstrekking van gegevens waarop de ontheffingsbeschikking is gebaseerd, de ontheffing altijd ingetrokken zal worden. Dit gebeurt met terugwerkende kracht tot de datum van inwerkingtreding van de ontheffing (derde lid). Hierdoor wordt het ongewenste resultaat, namelijk dat een ontheffingsbeschikking is afgegeven die, waren de juiste gegevens bekend geweest, niet afgegeven zou zijn, teruggedraaid. Het «automatisch» met terugwerkende kracht intrekken van de ontheffing kan tevens beschouwd worden als een sanctie. Dat zelfde geldt voor de toepassing van het vierde lid, als de ontheffing in een concreet geval met terugwerkende kracht wordt ingetrokken. Het onder artikel 20 opgemerkte over overeenkomsten die alsnog nietig blijken te zijn, is ook hier van toepassing. Het niet naleven van beperkingen die aan een ontheffing zijn verbonden staat gelijk met het handelen zonder ontheffing.

Omdat degene aan wie de ontheffing is verleend er uiteraard belang bij heeft dat zijn ontheffing in stand blijft, en de voorschriften en beperkingen, en dus ook de wijziging daarvan, voor hem zeer belangrijk kunnen zijn, is in het zesde lid voorzien in de mogelijkheid dat hij mondeling of schriftelijk zijn zienswijze over het voornemen tot het wijzigen of intrekken van de ontheffing kenbaar kan maken. Bij toepassing van het eerste lid zal dat, omdat de ontheffing in dat geval altijd en automatisch met terugwerkende kracht zal worden ingetrokken, gaan om een toetsing van de in dat lid bedoelde onjuistheid van de verstrekte gegevens. Tegen de beslissing tot intrekking of wijziging van de ontheffing staat krachtens de Awb bezwaar en beroep open.

Het zevende lid voorziet in de uitgestelde inwerkingtreding van een beschikking tot intrekking van een ontheffing: ook hier is de bedoeling ervan dat partijen hun afspraken kunnen aanpassen zodat zij niet op enig moment het verbod van artikel 6 overtreden.

## **Hoofdstuk 4. Economische machtsposities**

### **§ 1. Verbod van misbruik van economische machtsposities**

#### *Artikel 24*

Analoog aan het van artikel 85 van het Verdrag afgeleide verbod van mededingingsafspraken (zie hiervoor de artikelsgewijze toelichting op artikel 6) acht ik het ook hier niet zinvol de in de tekst van artikel 86 van het Verdrag opgenomen voorbeelden in de tekst van artikel 24 op te nemen.

Als voorbeelden van misbruik in de zin van het verbod van artikel 24 zijn evenwel, naar analogie van artikel 86 van het Verdrag, te beschouwen:

- het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling, ten nadele van de verbruikers;
- het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Doordat hier duidelijk sprake is van een opsomming van voorbeelden kunnen andere vormen van misbruik, zoals het nadeel toebrengen aan andere marktdeelnemers onder het begrip misbruik vallen. Ik verwijs hierbij ook naar paragraaf 7.2 van het algemeen deel van de toelichting.

De formulering van de artikelen 1 (de omschrijving van het begrip «machtspositie») en 24 stemt overeen met de beleidspraktijk van de Commissie en het Hof van Justitie van de EG. Die beleidspraktijk en jurisprudentie zullen mede bepalend zijn voor de interpretatie van deze artikelen. Het is bovendien de bedoeling dat ook bij de toepassing van die artikelen een bestendige nationale beleidspraktijk wordt ontwikkeld. De verwijtbaarheid van een inbreuk zal groter zijn naarmate uit de in andere gevallen genomen maatregelen of uit de Europeesrechtelijke beschikkingenpraktijk of jurisprudentie valt af te leiden dat de desbetreffende gedraging een overtreding van het verbod vormt. Daarmee zal bij het opleggen van een boete rekening worden gehouden.

### **§ 2. Uitzondering in verband met het vervullen van bijzondere taken**

#### *Artikel 25*

Voor opmerkingen omtrent deze bepaling, waarin de uitzondering op het verbod van misbruik van economische machtspositie voor ondernemingen die een bijzondere taak vervullen wordt geregeld, verwijs ik naar de toelichting op het corresponderende artikel 11, met dien verstande dat de opmerking omtrent de van artikel 90, tweede lid, van het Verdrag afwijkende constructie hier niet van toepassing is.

Door de techniek van de formulering van de bepaling kan de schijn gewekt worden dat de desbetreffende ondernemingen «misbruik», mogen maken van hun machtspositie, in de zin van het verrichten van afkeurenswaardige handelingen. Misbruik verwijst echter niet naar een «foute» handeling, of naar de bedoeling om te benadelen. Het Hof van Justitie heeft in het arrest inzake Hoffmann-La Roche vastgesteld dat de term misbruik in objectieve zin verstaan moet worden. (HvJEG zaak 85/76, JUR 1979, blz. 461, r.o. 91). De betekenis van artikel 25 is dat in die gevallen

geen negatieve kwalificatie aan het gedrag van die ondernemingen wordt gegeven omdat het gedrag wordt gerechtvaardigd door het algemeen belang.

## **Hoofdstuk 5. Concentraties**

### **§ 1. Begripsbepalingen**

#### **Algemeen**

In artikel 27 van het wetsvoorstel is aangegeven in welke gevallen de concentratietoets moet worden toegepast.

Zoals in het algemeen deel van de memorie van toelichting (paragraaf 10.3) is aangegeven, is aansluiting gezocht bij het EG-recht. In verband daarmee is voor de omschrijving van het begrip concentratie en de daarmee direct verbonden begrippen inhoudelijk zoveel mogelijk aangesloten bij de EG-concentratieverordening, en wel bij de eerste drie leden van artikel 3 van die verordening. De bepalingen zijn evenwel enigszins anders vormgegeven dan de desbetreffende bepalingen uit de EG-concentratieverordening, omdat dat naar mijn mening uit systematisch oogpunt beter past. Voor de uitleg is mede bepalend de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen.

#### *Artikel 26*

De definitie van het begrip zeggenschap is ontleend aan artikel 3, derde lid, eerste volzin, van de EG-concentratieverordening. Daarmee is gekozen voor een materiële omschrijving van het betrokken begrip. Het ontstaan van een zeggenschapsrelatie is daardoor afhankelijk van de feiten en de omstandigheden in het concrete geval. In de desbetreffende bepaling van de EG-concentratieverordening worden als feiten en omstandigheden genoemd de eigendoms- of gebruiksrechten op de vermogensbestanddelen van een onderneming of delen daarvan, en rechten of overeenkomsten die een beslissende invloed verschaffen op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de ondernemingsorganen.

Voor het verkrijgen van zeggenschap in de zin van artikel 26 is niet vereist dat er invloed ontstaat op de dagelijkse gang van zaken in de onderneming. In beginsel is het voldoende dat invloed wordt verkregen op het beleid dat op de lange termijn wordt gevoerd. Gedacht kan worden aan beslissende invloed op investeringen, het ingrijpend uitbreiden of afstoten van activiteiten, en het wijzigen van de doelstellingen van de onderneming. Betekenis kan ook toekomen aan de mogelijkheden om de inrichting van de rechtspersoon waarin een onderneming wordt gedreven te wijzigen. Binnen een onderneming die in de vorm van een rechtspersoon met volledige rechtspersoonlijkheid wordt gedreven, zal de zeggenschap vaak zijn af te leiden uit de mogelijkheid om een doorslaggevende invloed uit te oefenen op de samenstelling van het bestuur of andere organen van de rechtspersoon.

#### *Artikel 27*

In artikel 27 worden drie soorten concentraties onderscheiden.

Allereerst is er sprake van een concentratie wanneer twee of meer ondernemingen fuseren (onderdeel a van dit artikel). Ook hier is sprake van een materieel begrip. Er is sprake van een fusie als verschillende, voorheen onafhankelijke ondernemingen opgaan in een nieuwe onderneming en als afzonderlijke rechtspersonen ophouden te bestaan. Voorts is er sprake van fuseren wanneer een onderneming door een andere onderneming wordt overgenomen, waarbij deze laatste haar rechtspers-



soonlijkheid behoudt, maar de eerste ophoudt als rechtspersoon te bestaan. In navolging van het EG-recht wordt als een fusie ook beschouwd het samengaan van voorheen onafhankelijke ondernemingen in een economische eenheid, terwijl zij als afzonderlijke juridische eenheden blijven bestaan (zie de Mededeling van de Commissie over het begrip «concentratie» in de EG-concentratieverordening (PB 1994, C 385)). Een voorwaarde voor de vorming van een gemeenschappelijke economische eenheid is dat de verschillende ondernemingen duurzaam onder één bestuur worden samengebracht.

Behalve door fuseren ontstaan concentraties ook door het anderszins combineren van zeggenschap over meerdere ondernemingen. Krachtens artikel 27, onderdeel b, kan een concentratie tot stand komen doordat een of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die al zeggenschap hebben over een onderneming, vervolgens ook zeggenschap verkrijgen over een andere onderneming of een gedeelte daarvan, of doordat een of meer ondernemingen zeggenschap verkrijgen in een andere onderneming of een gedeelte daarvan.

Het verwerven van zeggenschap in een gedeelte van een onderneming wordt pas als een concentratie beschouwd, indien dat deel van de onderneming een bedrijfsactiviteit vormt waarvan de omzet op de markt afzonderlijk kan worden vastgesteld (punt 11 van genoemde mededeling van de Commissie).

In de meeste gevallen zal zeggenschap ontstaan door het verwerven van participaties in het kapitaal van rechtspersonen waardoor de daarmee samenhangende bevoegdheden worden verkregen. Zo zal de houder van meer dan 50% van de aandelen in een vennootschap dikwijls een beslissende invloed op de activiteiten van de onderneming van de vennootschap kunnen gaan uitoefenen doordat hij de samenstelling van het bestuur kan wijzigen. Ook de houder van een minderheidspakket aandelen, die slechts kleine of in de praktijk niet verschijnende aandeelhouders naast zich weet, zal praktisch gezien vaak in staat zijn de samenstelling van het bestuur te bepalen en kan op grond daarvan eveneens zeggenschap toekomen. Hetzelfde kan gelden voor een minderheidsaandeelhouder die over prioriteitsaandelen beschikt.

Zeggenschap kan ook voortvloeien uit overeenkomsten. Een voorbeeld daarvan is een overeenkomst op grond waarvan bevoegdheden op een bepaalde wijze moeten worden aangewend. In een aantal gevallen kunnen ook andersoortige afspraken of economische betrekkingen een doorslaggevende rol spelen.

In die gevallen dat niet-aandeelhouders bijzondere rechten toekomen op grond van een wettelijke regeling wordt geen zeggenschap verkregen. In punt 17 van de hiervoor genoemde mededeling geeft de Commissie aan dat met «zeggenschap» in de zin van de EG-concentratieverordening wordt bedoeld op de «middelen om invloed uit te oefenen, waarover normalerwijs de eigenaren van een onderneming de beschikking hebben».

De woorden «direct of indirect» in onderdeel b geven aan dat door opdrachtrelaties en stroman-constructies moet worden heengekeken. Bepalend voor het bestaan van zeggenschap is steeds of er feitelijk beslissende invloed op de activiteiten van een onderneming kan worden uitgeoefend. De hiervoor gemelde mededeling geeft in punt 10 een voorbeeld van de omstandigheid dat de formele houder van een zeggenschap gevend belang en de persoon of onderneming die feitelijk bij machte is de uit dit belang voortvloeiende rechten uit te oefenen, niet dezelfde zijn. Indien zeggenschap wordt verkregen via een derde (bijvoorbeeld via een 100% dochter van degene die zeggenschap verkrijgt), wordt zeggenschap verworven door de onderneming die in werkelijkheid achter de operatie zit en feitelijk bij machte is zeggenschap uit te oefenen over de onderneming waarin het belang wordt verworven.

Zeggenschap kan door één maar ook meerdere natuurlijke personen,

rechtspersonen of ondernemingen gezamenlijk worden verworven. Het is niet nodig dat de posities van de betrokkenen volledig gelijkwaardig zijn. Van gezamenlijke zeggenschap is sprake wanneer betrokkenen elkaar nodig hebben bij het nemen van strategische beslissingen inzake het bedrijfsbeleid van de onderneming, en elk van deze betrokkenen in staat is over deze beslissingen een veto uit te spreken.

In onderdeel c is als derde categorie concentraties opgenomen de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming door twee of meer ondernemingen. Er is sprake van een concentratie indien de gemeenschappelijke onderneming duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult en de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag niet coördineren. Zoals in het algemene deel van de toelichting is uiteengezet is hierbij met name van belang of laatstgenoemde ondernemingen op de zelfde of een verwante markt actief zijn als de gemeenschappelijke onderneming.

Deze bepaling wijkt in zijn bewoordingen af van de desbetreffende bepaling in de EG-concentratieverordening (artikel 3, tweede lid, tweede volzin). Conform de uitleg van de Commissie op dit punt (zie hiervoor de Mededeling van de Commissie inzake het onderscheid tussen gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een concentratie of een samenwerkingsverband in de zin van Verordening (EEG) nr. 4064 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEG 1994, C 385)) wordt in deze wetsbepaling voorbijgegaan aan de mogelijkheid van coördinatie van marktgedrag tussen de oprichtende ondernemingen enerzijds en de gemeenschappelijke onderneming anderzijds.

Ook wordt, in afwijking van de EG-concentratieverordening, gesproken over de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming in plaats van de oprichting daarvan. Hiermee wordt duidelijker tot uitdrukking gebracht dat de vorming van een gemeenschappelijke onderneming ook kan plaatsvinden doordat een reeds bestaande entiteit onder de zeggenschap van meer dan een onderneming komt te staan, en in dat geval een concentratie kan vormen in de zin van het wetsvoorstel.

Voorts is voorbijgegaan aan de eerste volzin van artikel 3, tweede lid, van de EG-concentratieverordening. Deze luidt: «Een handeling, met inbegrip van de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, die een coördinatie beoogt of tot gevolg heeft van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, vormt geen concentratie in de zin van lid 1, onder b.» Ik kan niet inzien op welke andere handelingen dan de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming deze bepaling kan doelen. Onder verwijzing naar de hierboven genoemde mededeling met betrekking tot gemeenschappelijke ondernemingen, ben ik van mening dat artikel 27 een adequate weergave vormt van het EG-concentratierégime ten aanzien van joint ventures. Om deze reden is afgezien van het overnemen van dit deel van artikel 3, tweede lid, van de EG-concentratieverordening.

#### *Artikel 28*

In dit artikel is een voorziening opgenomen die aansluit bij de voorziening van artikel 3, vijfde lid, van de EG-concentratieverordening. Er is sprake van drie bijzondere gevallen waarin de verwerving van een zeggenschap gevend belang geen concentratie is in de zin van hoofdstuk 5 van deze wet.

Op de eerste plaats wordt de verwerving van deelnemingen door ondernemingen tot wier normale werkzaamheden het verhandelen van effecten voor eigen rekening of voor rekening van derden behoort, niet als een concentratie beschouwd als die deelnemingen slechts tijdelijk worden gehouden. De aan de deelneming verbonden stemrechten mogen niet worden uitgeoefend om het marktgedrag van de onderneming te bepalen,

doch uitsluitend om de verkoop van de deelneming voor te bereiden. De verwervende onderneming moet haar belang binnen een jaar weer verkopen, dat wil zeggen dat het belang in het aandelenkapitaal binnen deze periode moet verminderen tot een niveau dat geen zeggenschap meer verschaft (eerste lid, onderdeel a). Het tweede lid van dit artikel voorziet erin dat deze periode door de directeur kan worden verlengd als aangetoond kan worden dat verkoop binnen een jaar redelijkerwijs niet mogelijk was.

Ten tweede is van een concentratie geen sprake als de zeggenschap door een curator of bewindvoerder wordt verkregen in het geval van faillissement of surcéance van betaling. Voor die gevallen kent de Wet toezicht kredietwezen 1992 en de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 een speciale voorziening in de hoofdstukken X respectievelijk IX van die wetten. Daarnaast zijn in artikel 28 van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en artikel 54 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 bijzondere bepalingen opgenomen waardoor zeggenschap verkregen kan worden door personen die in voorkomend geval anders dan bij surcéance of faillissement worden aangewezen door de Nederlandse Bank respectievelijk de Verzekeringskamer. Ook in die gevallen is geen sprake van een concentratie. (eerste lid, onderdeel b).

Voorts komt geen concentratie tot stand als een participatiemaatschappij zeggenschap verwerft, mits deze participatiemaatschappij haar stemrechten slechts uitoefent om de volledige waarde van haar investering veilig te stellen en niet om anderszins het commerciële gedrag van de onderneming te bepalen (eerste lid, onderdeel c). Voor de invulling van het begrip «participatiemaatschappij» wordt aansluiting gezocht bij artikel 6, derde lid, van het Besluit modellen-jaarrekening. In die bepaling wordt onder participatiemaatschappij verstaan: een rechtspersoon of vennootschap waarvan de werkzaamheid is beperkt tot uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het deelnemen in andere rechtspersonen of vennootschappen zonder zich in te laten met de bedrijfsvoering daarvan, tenzij door het uitoefenen van aandeelhoudersrechten.

## **§ 2. Toepassingsbereik concentratietoezicht**

### *Artikel 29*

Ten aanzien van het begrip «betrokken onderneming» in het eerste lid merk ik op dat bij een fusie primair de fuserende ondernemingen zijn betrokken. Bij een overname zijn dat de overnemende en de overgenomen onderneming. Als er sprake is van het ontstaan van gezamenlijke zeggenschap, zoals bij de oprichting van een joint venture het geval is, dan zijn de ondernemingen die de zeggenschap na de concentratie bezitten alsmede de onderneming waarin zij zeggenschap bezitten de betrokken ondernemingen.

Het tweede lid geeft de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur de drempels voor de toepasselijkheid van het concentratietoezicht te verhogen. Onder meer kan op deze wijze rekening worden gehouden met de geldontwaarding.

### *Artikel 30*

Het eerste lid verwijst voor de berekening van de omzet naar de daarop betrekking hebbende bepaling met betrekking tot de jaarrekening in het Burgerlijk Wetboek (titel 9 van boek 2). Dit is een eenduidig criterium dat door het overgrote deel van het Nederlandse bedrijfsleven reeds wordt toegepast. De terminologie «op de voet van» beoogt ervoor te zorgen dat ook ondernemingen die, als gevolg van hun rechtsvorm, niet behoeven te voldoen aan de in titel 9 bedoelde verplichtingen ten aanzien van de

jaarrekening (bijvoorbeeld maatschappen en vennootschappen onder firma) de hier voorgeschreven berekening van de omzet hanteren.

Het tweede tot en met het vierde lid is een vrijwel letterlijke weergave van artikel 5, tweede lid, eerste alinea, vierde en vijfde lid, van de EG-concentratieverordening. Uit het bepaalde in het derde lid blijkt dat, indien bij een concentratie concerns zijn betrokken, de concernomzet bepalend is. Ik verwijs in dit verband ook naar de Mededeling van de Commissie over de berekening van de omzet krachtens Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEG 1994, C385).

Het vijfde lid bevat een weergave van artikel 5, eerste lid, eerste alinea, laatste volzin, van de EG-concentratieverordening, waarin bepaald wordt dat transacties tussen de bij de concentratie betrokken ondernemingen bij de berekening van de gezamenlijke omzet buiten beschouwing worden gelaten.

#### *Artikel 32*

Deze bepaling stelt vrij concentraties waarbij uitsluitend kredietinstellingen, financiële instellingen, verzekeraars of houdstermaatschappijen van ondernemingen uit deze categorieën zijn betrokken. De genoemde concentraties zijn al aan toezicht onderworpen op grond van de in dit artikel genoemde wetten, te weten de artikelen 23 tot en met 27 van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en de artikelen 174 tot en met 177 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993. Concentraties waarbij naast kredietinstellingen, financiële instellingen, verzekeraars, of houdstermaatschappijen van dergelijke ondernemingen, andere ondernemingen zijn betrokken vallen buiten de reikwijdte van de vrijstellingsbepaling.

#### *Artikel 33*

Voor alle duidelijkheid is in het eerste lid van dit artikel bepaald dat concentraties die vallen onder het regime van de EG-concentratieverordening niet zijn onderworpen aan toezicht op grond van deze wet.

Het tweede lid vormt hierop een uitzondering: alleen als de Commissie gebruik maakt van de haar op grond van artikel 9, eerste lid, van de EG-concentratieverordening toekomende bevoegdheid om een concentratie ter beoordeling te verwijzen naar de Nederlandse autoriteit geldt, voor dat geval, het Nederlandse regime van concentratietoezicht.

### **§ 3. Melding**

#### *Artikel 34*

Deze bepaling levert de procedurele aanzet voor het concentratietoezicht. Een concentratie moet tevoren bij de directeur van de dienst voor de mededinging worden aangemeld en daarna moet in beginsel (zie evenwel ook de artikelen 37, 38 en 40) een wachtperiode van vier weken in acht worden genomen. Deze periode is bestemd om een onderscheid te maken tussen die concentraties die, omdat zij niet kunnen leiden tot het ontstaan of de versterking van een economische machtspositie, verder ongemoeid kunnen blijven en die waarbij dat anders ligt.

De onderhavige bepaling richt zich tot degene die een concentratie tot stand brengt. Daaronder valt ieder der bij een concentratie betrokken partijen. Niet is aangegeven wie van hen de melding moet doen, maar in de rede ligt dat het hierbij doorgaans zal gaan om een gezamenlijk initiatief. Heeft een der partijen de melding verricht dan kunnen ook de andere zich daarop beroepen; heeft geen melding plaatsgevonden dan kan dat alle partijen worden aangerekend.

Deze bepaling verbiedt het totstandbrengen van een concentratie,

zonder te melden en vervolgens vier weken te wachten. Indien een dergelijke concentratie tot stand wordt gebracht en niet aan deze voorwaarden wordt voldaan zijn de desbetreffende rechtshandelingen nietig op grond van artikel 40, tweede lid, van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Prestaties die verricht zijn ter uitvoering hiervan zullen moeten worden teruggedraaid want er bestaat geen rechtsbasis voor. Meerzijdige rechtshandelingen die voortbouwen op een nietige rechtshandeling (en die zelf niet eveneens een concentratie tot stand brengen en derhalve nietig zijn) worden aan de hand van artikel 229 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek getoetst op vernietigbaarheid. De vernietiging werkt terug. Omdat nietigheid van een rechtshandeling alleen werkt tussen partijen is, om de dienst in staat te stellen actief en effectief op te treden, in artikel 74 de mogelijkheid opgenomen ongedaanmaking van een dergelijke concentratie af te dwingen door middel van een last onder dwangsom. Indien een ten onrechte niet gemelde concentratie alsnog gemeld wordt en geen vergunning wordt vereist, dan wel een vergunning wordt verleend, wordt het wettelijke vereiste voor de geldigheid alsnog vervuld. In voorkomende gevallen zal artikel 58 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek dan uitkomst kunnen bieden ten aanzien van de geldigheid van deze rechtshandelingen.

#### *Artikelen 35 en 38*

Het is de bedoeling om – hetzij bij algemene maatregel van bestuur, hetzij met overeenkomstige toepassing van artikel 4:4 van de Algemene wet bestuursrecht – te komen tot de vaststelling van een standaardformulier dat voor het doen van een melding kan worden gebruikt. Op dat formulier zullen dan alle benodigde gegevens kunnen worden vermeld. Op grond van het tweede lid kan de directeur aanvulling van de melding verlangen indien het formulier onvolledig is ingevuld of indien er in een specifiek geval voor een goede beoordeling van een aangemelde concentratie nadere gegevens nodig zijn. Uit artikel 38 vloeit voort dat de termijn van vier weken waarbinnen over een eventuele vergunningplicht moet worden beslist, dan wordt opgeschort totdat die gegevens zijn verstrekt.

#### *Artikel 36*

Van elke ontvangen melding zal mededeling worden gedaan in de Staatscourant. Mogelijk belanghebbende derden zullen hierdoor kennis kunnen krijgen van voorgenomen concentraties. Bij de Dienst voor de mededinging zullen zij volgens de normen van de Wet openbaarheid van bestuur nadere informatie kunnen opvragen. Dat houdt mede in dat bij een melding verschaft gegevens, die als vertrouwelijke bedrijfs- of fabricagegegevens kunnen worden aangemerkt, niet voor derden beschikbaar zullen zijn.

#### *Artikel 37*

Binnen de wachtperiode zal de directeur aan degene die een melding heeft gedaan laten weten of al dan niet een vergunning is vereist. In het laatste geval komt ingevolge het vierde lid van dit artikel het verbod om de concentratie tot stand te brengen terstond te vervallen. Ten behoeve van de zekerheid van betrokkenen is in het derde lid nog bepaald, dat het – niet beoogde – uitblijven van een mededeling tot na het einde van de wachtperiode betekent dat voor de concentratie geen vergunning is vereist.

Voor een toelichting op het criterium aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een vergunning vereist is (tweede lid) verwijst ik naar paragraaf 10.7.1 van het algemeen deel van deze toelichting.

Het vijfde lid voorziet in de publicatie van de mededeling van de directeur. Belanghebbende derden zullen hierdoor kennis kunnen krijgen van beslissingen van de directeur met betrekking tot ( op grond van artikel 36 eveneens gepubliceerde) aanmeldingen van voorgenomen concentraties.

#### *Artikel 39*

Omdat het doen van een melding voorafgaand aan het uitbrengen van een openbaar aanbod op aandelen van een onderneming op praktische bezwaren stuit, is hier in het eerste lid bepaald dat in zo'n geval de melding mag plaatsvinden onverwijld na het uitbrengen van dat aanbod. Deze bepaling vindt, evenals die van het derde lid, haar pendant in artikel 7, derde lid, van de EG-concentratieverordening. Het tweede lid strekt er toe om in voorkomend geval toch met effect ook hier het vergunningvereiste te kunnen stellen.

#### *Artikel 40*

Rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat een verplichte wachtperiode van vier weken onherstelbare schade toebrengt aan een voorgenomen concentratie, terwijl het niet mogelijk is door het nemen van een zeer snelle beslissing of al dan niet een vergunning vereist is, daaraan tegemoet te komen. Daarom biedt het eerste lid van dit artikel de mogelijkheid dat de directeur voor zulke gevallen ontheffing verleent van het verbod van artikel 34. Indien de betrokken partijen met gebruikmaking van deze ontheffing de concentratie tot stand brengen, doen zij dat op eigen risico. Zij moeten rekening houden met de kans dat uiteindelijk een vergunning zal worden geweigerd. Uit het derde lid vloeit voort dat in zo'n geval de concentratie ongedaan zal moeten worden gemaakt.

### **§ 4. Vergunningen**

#### *Artikel 41*

Indien door de directeur wordt bepaald dat voor een concentratie een vergunning is vereist, blijft ingevolge het eerste lid van dit artikel het verbod om de concentratie tot stand te brengen doorlopen tot die vergunning is verleend.

Bij de beoordeling van een vergunningaanvraag wordt, in het verlengde van de naar aanleiding van de melding verrichte toetsing, beoordeeld of als gevolg van de concentratie daadwerkelijk een machtspositie zal ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt op significante wijze wordt beperkt. Alleen indien dit het geval is, is er grond voor weigering van de vergunning. Bij de beoordeling van een vergunningaanvraag in deze fase is er geen ruimte om ook andere overwegingen te laten meespelen: het gaat uitsluitend om een toetsing aan de gevolgen voor de mededinging. Slechts bepaalt het derde lid, op de voet van artikel 90, tweede lid, van het EG-verdrag, dat de vervulling van taken van algemeen economisch belang niet in het gedrang mag komen als gevolg van de weigering van een vergunning.

#### *Artikel 42*

In paragraaf 10.7.3 van het algemeen deel is reeds aangegeven dat er slechts in een kleine minderheid van de aangemelde gevallen reden is de concentratie aan een nader onderzoek te onderwerpen. Deze hoeven derhalve ook niet te worden belast met het verstrekken van de hoeveel-

heden informatie die in de regel nodig zijn voor het beoordelen van een vergunningaanvraag. Daarom heb ik er voor gekozen om niet te volstaan met het vaststellen van één formulier voor melding en vergunningaanvraag tezamen. Op basis van artikel 35, eerste lid, zal een beperkt aanmeldingsformulier vastgesteld worden. Een uitgebreider formulier voor vergunningaanvragen zal vastgesteld worden op basis van artikel 42, tweede lid. Dit kan overigens in één algemene maatregel van bestuur geregeld worden.

#### *Artikel 43*

Dit artikel geeft de bevoegdheid inlichtingen te vragen over bedrijfsgegevens aan niet bij de concentratie betrokken ondernemingen, die in een concreet geval redelijkerwijs nodig zijn voor de beoordeling van een aanvraag. Het gaat hierbij bij voorbeeld om gegevens van derden, die nodig zijn voor de berekening van het marktaandeel van de bij de concentratie betrokken partijen en om te kunnen beoordelen hoe de relevante markt er precies uitziet. Deze vergaande bevoegdheid is naar mijn mening in dit geval aanvaardbaar. De praktijk bij de Commissie en ook die in andere landen met concentratietoezicht leert, dat het niet altijd mogelijk is dit soort gegevens bij de betrokken partijen of uit algemeen toegankelijke informatie te verkrijgen. Die gegevens zijn evenwel nodig om een goed gefundeerde beslissing omtrent een vergunningaanvraag voor een concentratie te kunnen nemen. Dat is niet alleen van belang voor de betrokken partijen, maar voor de mededinging op de Nederlandse markt in het algemeen en op de markt waarop partijen en de hier bedoelde derden werkzaam zijn, in het bijzonder.

Aan derden wordt, behalve bedrijfsgegevens, door de Commissie en nationale autoriteiten vaak ook hun mening gevraagd over toekomstige algemene ontwikkelingen in een markt, of over aan een concentratie te verbinden voorschriften. Uiteraard kan en zal de Dienst voor de mededinging ook hierover informatie aan derden vragen. Het gaat evenwel te ver derden daartoe op straffe van een geldboete te dwingen. Overigens betwijfel ik ook of dat effectief zou zijn te trachten meningen af te dwingen.

De door derden verstrekte bedrijfsgegevens zullen (vrijwel) altijd van vertrouwelijke aard zijn. Dat betekent dat er bezwaar zal zijn tegen kennisneming daarvan door de bij de concentratie betrokken partijen. Het via artikel 44 van het wetsvoorstel van toepassing zijnde artikel 3:11, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht verklaart met het oog op dergelijke gevallen artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur van overeenkomstige toepassing. Op grond van het eerste lid, onder c, van dat laatstgenoemde artikel worden vertrouwelijk meegedeelde bedrijfs- en fabricagegegevens niet ter inzage gegeven.

#### *Artikel 44*

De behandeling van een aanvraag om een vergunning zal volgens het eerste lid van dit artikel verlopen volgens de in de Algemene wet bestuursrecht geregelde openbare voorbereidingsprocedure. In de toelichting op artikel 18 wordt nader op deze procedure ingegaan. Wel is daarbij met het oog op het belang van een snelle beslissing de termijn voor het ter inzage leggen van stukken bekort van vier tot twee weken.

Het derde lid van dit artikel geeft een voorziening voor het geval een aanvraag om een vergunning is ingediend voordat door een beslissing van de directeur op grond van artikel 37, eerste lid, een vergunning vereist is. Om de beoordelingsprocedure zo vlot mogelijk te laten verlopen kunnen de betrokkenen bij de concentratie beslissen zo'n «vroeg» aanvraag in te dienen als zij verwachten dat de door hen aangemelde concentratie een machtspositie zal doen ontstaan of zal versterken.

Bepaald wordt dat in dat geval de aanvraag pas in behandeling zal worden genomen als de vergunningvereiste ook daadwerkelijk ontstaan is. Hiermee wordt voorkomen dat stappen in de procedure zoals het ter inzage leggen van de aanvraag, voortijdig gezet moeten worden. De termijn van dertien weken, waarin op de aanvraag om vergunning beslist moet worden, begint in dat geval pas te lopen als de vergunningvereiste is ingetreden.

#### *Artikel 45*

Dit artikel voorziet in de mogelijkheid een vergunning in te trekken indien de verstrekte gegevens waarop deze gebaseerd is onjuist waren. Niet altijd zal het intrekken van de vergunning de meest adequate wijze zijn om op de ongewenste situatie, namelijk dat een vergunning voor het tot stand brengen van een concentratie is afgegeven die, waren de juiste gegevens bekend geweest, niet afgegeven zou zijn, te reageren. Het is voorstelbaar dat de (ingrijpende) consequenties van het ongedaan maken van een concentratie in sommige gevallen zwaarder wegen dan de schade die door de verandering van de marktstructuur is teweeggebracht. Het terugdraaien van de concentratie kan dan een onevenredig zwaar middel zijn. Het tijdsverloop tussen de vergunningverlening en de ontdekking dat deze gebaseerd was op onjuiste gegevens kan daarbij van belang zijn.

#### *Artikel 46*

Ook hier is het, als bij de melding (artikel 40), gewenst voor bijzondere gevallen te voorzien in de mogelijkheid dat de concentratie al tot stand wordt gebracht, terwijl de procedure nog loopt. Het is ook hier weer aan betrokkenen zelf of zij het hieraan verbonden risico van een uiteindelijke weigering van de vergunning willen lopen.

#### *Artikel 47*

De in het algemeen deel (paragraaf 10.8) reeds besproken bevoegdheid van de minister om op grond van het algemeen belang toch een vergunning te verlenen is neergelegd in het eerste lid van dit artikel. Deze bevoegdheid komt pas aan de orde ná het nemen van een beschikking tot weigering van de vergunning door de directeur. Een verzoek om daarvan gebruik te maken kan ingevolge het tweede lid worden gedaan tot vier weken nadat de beschikking van de directeur onherroepelijk is geworden.

Omdat in de periode gedurende welke de minister van zijn bevoegdheid gebruik kan maken ook bezwaar- of beroepschriften tegen de weigering van de vergunning door de directeur aan de orde kunnen zijn, is in het derde lid voorzien in opschorting daarvan. Hierdoor kan onnodig werk worden voorkomen.

#### *Artikelen 48 en 49*

Deze artikelen zijn toegelicht in paragraaf 10.8 van het algemeen deel van deze memorie.

## **Hoofdstuk 6. Toezicht en onderzoek**

### **§ 1. Toezicht**

#### *Artikel 50*

Eerste en derde lid

De regeling voor het uitoefenen van toezicht op de naleving van de wet



sluit, overeenkomstig het advies van de Commissie economische mededinging, aan bij het wetsvoorstel derde tranche Awb. Dit wetsvoorstel bevat in hoofdstuk 5, afdeling 5.1, een aantal algemene bepalingen inzake toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften. Aanwijzing van zogenaamde «toezichthouders» (zie artikel 5.1.1 wetsvoorstel derde tranche Awb) dient te geschieden in de desbetreffende bijzondere regeling. In casu is het de directeur van de Dienst voor de mededinging die bepaalt welke ambtenaren van zijn dienst worden belast met het uitoefenen van toezicht. Onder toezicht moet worden verstaan controle op de naleving van de wet en de daarop berustende bepalingen zonder dat sprake hoeft te zijn van concrete «naspeuringen» of al dan niet een overtreding is begaan.

Toezichthoudende bevoegdheden zijn nodig voor een goede handhaving van de wet. In mededingingszaken zal het, gelet op de aard van de overtredingen, doorgaans niet eenvoudig zijn om op basis van klachten of gedragingen van ondernemingen meteen al gericht te kunnen onderzoeken of er wellicht sprake is van een overtreding. Daarnaast kan er behoefte aan bestaan na te gaan of ondernemingen zich houden aan in vrijstellingen, vergunningen of ontheffingen vervatte voorschriften. Toezichthoudende bevoegdheden zijn thans ook reeds vervat in de Wet economische mededinging. Ook de Europese commissie beschikt over toezichthoudende bevoegdheden (zie de artikelen 11 tot en met 14 van Verordening nr. 17).

De toezichthouder mag zijn toezichthoudende bevoegdheden slechts gebruiken voor zover dat redelijkerwijs voor de uitoefening van zijn taak nodig is. Voor het toezicht op de naleving van de mededingingswet zijn derhalve alleen de artikelen 5.1.5, 5.1.6, 5.1.7 en 5.1.10 wetsvoorstel derde tranche Awb van belang. Het gaat in deze artikelen om het betreden van plaatsen, het vorderen van inlichtingen, het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden, en de medewerkingsplicht. Vergelijkbare bevoegdheden zijn thans vervat in de WEM. Zij stemmen voorts grosso modo overeen met de bevoegdheden van de Commissie. De handhaving van de medewerkingsplicht wordt in artikel 69 van dit wetsvoorstel geregeld.

Ik wijs er op dat op grond van artikel 5.1.10, tweede lid, wetsvoorstel derde tranche Awb degenen die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, het verlenen van medewerking kunnen weigeren voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit (in vergelijkbare zin: artikel 41a WEM). Een weigering kan betrekking hebben op alle in de Awb vermelde bevoegdheden, zoals het weigeren inlichtingen te verstrekken of inzage in gegevens en bescheiden te geven. Een bijzondere aanvulling op het niet hoeven verlenen van inzage in bescheiden is vervat in artikel 51 van dit wetsvoorstel.

#### Tweede lid

In artikelen 9, eerste lid en 13, tweede lid, alsmede, in het geval van artikel 15, tweede lid, op grond van een algemene maatregel van bestuur, wordt de directeur de bevoegdheid gegeven individuele verboden op te leggen. Doorgaans zal het noodzakelijk zijn dat tevoren inlichtingen kunnen worden ingewonnen en gegevens en bescheiden kunnen worden verkregen over feiten die tot zo'n verbod aanleiding zouden kunnen geven. Aangezien hier geen sprake is van toezicht op de naleving van de wet (er geldt immers geen verbod), kunnen de toezichthoudende bevoegdheden die de ambtenaren van de dienst op grond van de Awb hebben, hiervoor niet gebruikt worden. Evenmin is sprake van onderzoek, zoals dat is omschreven in artikel 1, onderdeel k, van dit wetsvoorstel. Het tweede lid van artikel 50 bepaalt derhalve dat de toezichthoudende ambtenaren voor het genoemde doel over dezelfde bevoegdheden

beschikken als die, welke gelden voor toezicht. Het gaat hierbij in de praktijk om de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen (artikel 5.1.5 Awb), het vorderen van inlichtingen (artikel 5.1.6 Awb) en het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5.1.7 Awb). Het spreekt voor zichzelf dat ook de daarbij ondersteunende bepalingen van afdeling 5.1 van het wetsvoorstel derde tranche Awb, zoals de in artikel 5.1.2 vervatte legitimatieplicht en de medewerkingsplicht van artikel 5.1.10, eerste lid, gelden. Hetzelfde geldt uiteraard voor de uitzondering op de medewerkingsplicht van artikel 5.1.10, tweede lid, wetsvoorstel derde tranche Awb en de daarop in artikel 51 van het onderhavige wetsvoorstel gegeven aanvulling. De bevoegdheden mogen slechts worden gebruikt voorzover dat redelijkerwijs voor de vervulling van de desbetreffende taak noodzakelijk is (artikel 5.1.3 wetsvoorstel derde tranche Awb). Ook hier is het niet meewerken in artikel 69, eerste lid, van dit wetsvoorstel gesanctioneerd.

#### *Artikel 51*

Aan het slot van de toelichting op artikel 50, eerste en derde lid, is al aangegeven dat onder meer degenen die uit hoofde van hun beroep verplicht zijn tot geheimhouding, het verlenen van medewerking aan een onderzoek kunnen weigeren voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit. Dit geldt onder meer voor advocaten. Dat betekent dat dezen met een beroep op deze plicht het verlenen van inzage in onder hen berustende documenten kunnen weigeren. In het AM en S -arrest (HvJEG, zaak 155/79, JUR 1982, blz. 1575) heeft het Hof van Justitie van de EG bepaald dat uit het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en onderneming voortvloeit dat geschreven mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt, voor zover die betrekking hebben op het voorwerp van een verificatie-onderzoek, behoren tot de categorie beschermde documenten. Dat geldt dus ook als die documenten zich bij de onderneming bevinden. Ook documenten die een interne verslaglegging en samenvatting van het advies van de advocaat bevatten, vallen onder deze bescherming (beschikking van het Gerecht in eerste aanleg van 4 april 1990, T-30/89, Hilti/Commissie, JUR 1990, blz. II-163). De achtergrond voor het oordeel van het Hof in het AM en S-arrest is de rol van de advocaat als deelnemer bij de rechtsbedeling, en vooral de rechten van de verdediging waarop de bescherming van de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaat en cliënt een wezenlijke aanvulling is. In het Nederlandse recht – zowel het bestuursrecht als het strafrecht – geldt de geheimhoudingsplicht uitsluitend voor documenten, die zich onder de geheimhouder bevinden. Ik acht het gewenst op deze regel in dit wetsvoorstel een uitzondering te maken met het oog op aansluiting bij de hiervoor genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie. Naar mijn mening dient het namelijk niet zo te zijn dat geschriften die bij een door de Commissie ingesteld onderzoek geen rol kunnen spelen, wel bij het toezicht op de naleving van de Nederlandse verbodsnormen betrokken zouden kunnen worden. Dat zou al helemaal onwenselijk zijn bij decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels. Artikel 51 voorziet dan ook in een bijzondere uitbreiding van de geheimhoudingsplicht overeenkomstig de hiervoor genoemde rechtspraak.

Het Hof heeft in zijn uitspraak de bescherming beperkt tot advocaten die in een lid-staat zijn gevestigd. De Commissie erkent in de praktijk onder bepaalde voorwaarden ook correspondentie met buiten de Europese Unie gevestigde advocaten. Ik zie geen goede grond voor het maken van onderscheid al naar gelang de vestigingsplaats van de betrokken advocaat. De voorgestelde bepaling is in dat opzicht dan ook niet beperkt. Zij heeft geen betrekking op andere juridische adviseurs dan advocaten. Het gaat hier om uitbreiding van de wettelijke en tucht- of strafrechtelijk te handhaven geheimhoudingsplicht van een advocaat. Zo'n plicht geldt niet

voor bij voorbeeld bedrijfsjuristen. Er is dan ook geen aanleiding de regeling tot hen uit te breiden.

Als een onderneming zich op dit artikel beroept, moet kunnen worden vastgesteld of dit beroep terecht is. De toezichthoudende ambtenaren zullen zich dus wel daarvan moeten kunnen vergewissen. Als het beroep terecht wordt gedaan, kunnen deze documenten geen rol spelen bij een besluit om een boete op te leggen. Worden de documenten wel gebruikt bij de boetebeschikking, dan is het uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of het beroep op artikel 51 al dan niet terecht is gedaan.

## **§ 2. Onderzoek**

### Algemeen

In deze paragraaf wordt geregeld wie onderzoek naar mogelijke overtredingen van de mededingingswet mag verrichten en over welke bevoegdheden hij daartoe beschikt. Het begrip «onderzoek» is omschreven in artikel 1, onderdeel k, van dit wetsvoorstel. Van onderzoek is sprake als de activiteiten van de desbetreffende ambtenaren erop zijn gericht vast te stellen of al dan niet sprake is van een overtreding. Dat wil nog niet zeggen dat er reeds sprake is van een vermoeden dat er inderdaad een overtreding is gepleegd. Het onderzoek is er juist op gericht daaromtrent een oordeel te vormen. De bevoegdheden waarover de met het onderzoek belaste ambtenaren beschikken gaan in sommige gevallen verder dan de toezichthoudende bevoegdheden. Zij mogen uiteraard alleen worden gebruikt onder de in het desbetreffende artikel aangegeven omstandigheden. Een en ander staat uiteindelijk ter toetsing van de rechter.

Een onderzoek naar een mogelijke overtreding kan uiteindelijk uitmonden in het opleggen van een sanctie in de vorm van een boete. Zoals in paragraaf 11.2 van het algemeen deel van deze memorie is uiteengezet, moet bij de vormgeving van de bevoegdheden en de procedure die tot boete-oplegging kunnen leiden rekening worden gehouden met de vereisten van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het Internationale Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR). Ook de Commissie economische mededinging wijst daarop in haar advies (par. 5). In dit verband zijn van belang het rapport van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (verder: de Toetsingscommissie), «Handhaving door bestuurlijke boeten», en het kabinetsstandpunt daarover (kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48). De in het genoemde rapport gedane aanbevelingen voor de onderzoeksfase betreffen het zwijgrecht en de cautie. Een en ander wordt in artikel 53 uitgewerkt. In de toelichting op dat artikel wordt nader ingegaan op de gemaakte keuzes.

### *Artikel 52*

Op grond van het eerste lid van dit artikel wordt de ambtenaren van de Dienst voor de mededinging, die belast zijn met het toezicht op de naleving van de wet, ook het onderzoek naar mogelijke overtredingen opgedragen. Aangezien toezicht en onderzoek in elkaar kunnen overlopen, is het praktisch dat dezelfde personen met beide taken worden belast.

Het tweede lid bepaalt dat de ambtenaren voor het onderzoek in beginsel in ieder geval over dezelfde bevoegdheden beschikken als die welke bij het uitoefenen van toezicht van toepassing zijn. Ook hier geldt, evenals bij artikel 50, tweede lid, dat de ondersteunende bepalingen van afdeling 5.1 van het wetsvoorstel derde tranche Awb van toepassing zijn en dat artikel 69 van dit wetsvoorstel voorziet in een sanctie bij overtreding van de medewerkingsplicht.

De in deze paragraaf opgenomen beperkingen met betrekking tot de

bevoegdheden die zijn vervat in afdeling 5.1 van het wetsvoorstel derde tranche Awb houden verband met het feit dat het gaat om een onderzoek met het oog op het opleggen van een punitieve sanctie. Zie in dit verband artikel 53 en de daarop gegeven toelichting. Daarnaast wordt een aantal speciale onderzoeksbevoegdheden voorgesteld, die bij de afzonderlijke artikelen nader worden toegelicht.

#### *Artikel 53*

Dit artikel treft een voorziening voor het zwijgrecht en de cautieplicht.

De eerste volzin regelt het zwijgrecht, ofwel het recht om geen belastende verklaring tegen zichzelf af te hoeven leggen ter zake van de in onderzoek zijnde overtreding. Ter toelichting daarvan merk ik het volgende op.

De met het onderzoek belaste ambtenaren hebben op grond van artikel 52, tweede lid, van dit wetsvoorstel jo. artikel 5.1.6 wetsvoorstel derde tranche Awb de bevoegdheid inlichtingen te vorderen. Degene tot wie dat verzoek wordt gericht, is verplicht die inlichtingen te verstrekken. Deze verplichting kan – anders dan in de toezichthoudende fase evenwel niet onverkort gehandhaafd blijven ingeval er sprake is van onderzoek naar een mogelijke overtreding. Op grond van artikel 14, derde lid, onder g, van het IVBPR mag niemand bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Het zwijgrecht wordt ook, zij het impliciet, gewaarborgd in artikel 6, eerste lid EVRM (vgl. EHRM 25-2-1993, (Funke), Ser. A, Vol. 256). Men vergelijk ook artikel 27 Wetboek van Strafvordering. Dit zwijgrecht geeft overigens geen bevoegdheid om iedere vorm van medewerking aan het verzamelen van belastend materiaal te weigeren. De Hoge Raad heeft in een reeks uitspraken op het gebied van het strafrecht vastgesteld dat «in het Nederlandse recht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel is verankerd, volgens hetwelk een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal (in deze zin bijv. HR 15-2-1977, NJ 1977, 557 en HR 5-1-1982, NJ 1982, 308). Eenzelfde lijn is ook gevolgd door het Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschappen, dat in de Orkem-zaak heeft bepaald dat het verbod van zelfbeschuldiging slechts ziet op het afleggen van een verklaring of bekentenis (arrest inzake Orkem, HvJEG, zaak 374/87, JUR 1989, blz. 3283).

Ook het rapport van de Toetsingscommissie inzake Handhaving door bestuurlijke boeten en het kabinetsstandpunt daarover onderschrijven de hierboven weergegeven inhoud van het zwijgrecht. Hierbij wordt voorts aandacht besteed aan de vraag vanaf welk moment het zwijgrecht moet gelden. Naar de mening van het kabinet vloeit uit het EVRM voort dat het zwijgrecht moet worden gerespecteerd vanaf het moment dat van een «criminal charge» ten aanzien van de betrokkene sprake is. In het voorstel voor een wet tot wijziging van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en van de Invorderingswet 1990 in verband met de herziening van het stelsel van administratieve boeten en van het fiscale strafrecht (kamerstukken II 1993/94, 23 470) en in het voorstel voor een wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid (kamerstukken II 1994/95, 23 909) wordt ervan uitgegaan dat er sprake is van een «criminal charge» als de betrokkene in kennis wordt gesteld van het voornemen hem een boete op te leggen. In dit wetsvoorstel zou dat het geval zijn zodra het onderzoeksrapport van artikel 59 aan de betrokken ondernemingen ter kennis wordt gebracht. Dit zwijgrecht zou dan op een later moment in de procedure gaan gelden dan het zwijgrecht in Europese mededingingszaken (zie de hiervoor genoemde Orkem-zaak waar het zwijgrecht werd toegekend in de verificatie-fase). Het Hof van Justitie van de EG gaat hiermee verder dan waartoe het EVRM verplicht. Naar mijn mening verdient het de voorkeur –

in afwijking van het Nederlandse beleid in deze – bij de Europese lijn in deze aan te sluiten en het zwijgrecht toe te kennen zodra sprake is van een redelijk vermoeden dat een overtreding is begaan. Gelet op de overeenstemming tussen de normen van het EG-Verdrag en dit wetsvoorstel zou het ongelukkig zijn indien ondernemingen zich wel tegenover de Commissie op het zwijgrecht zouden kunnen beroepen, maar niet tegenover de Dienst voor de mededinging. Dit geldt temeer ingeval van decentrale toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op grond van het voorgestelde artikel 88. Over de vraag wanneer van een redelijk vermoeden sprake is, kan geen algemene uitspraak worden gedaan. Dat zal van geval tot geval bezien moeten worden. Een beroep op het zwijgrecht kan uiteindelijk getoetst worden door de rechter in een procedure ter zake van overtreding van artikel 69.

De tweede volzin bevat een cautieplicht. Noch uit artikel 14 IVBPR, noch uit artikel 6 EVRM valt af te leiden dat een bestuurlijke boeteprocedure moet voorzien in een cautieplicht. Ook in de jurisprudentie van het Hof van Justitie is een dergelijk recht tot dusverre niet erkend. Een cautieplicht is wel vervat in artikel 29 Wetboek van Strafvordering. In het eerdergenoemde kabinetsstandpunt (par. 5.4.2) is gesteld dat het gewenst is ook in bestuurlijke boeteprocedures daarin te voorzien. De tweede volzin strekt daartoe. De cautie moet worden gegeven voordat vragen worden gesteld die zouden kunnen leiden tot een verklaring. De cautie dient gericht te worden tot degenen die namens de onderneming bij het desbetreffende onderzoek zijn betrokken. Aangenomen mag worden dat het ten onrechte achterwege laten van de cautie er onder omstandigheden toe kan leiden dat de desbetreffende verklaringen geen rol meer kunnen spelen bij het aantonen van de overtreding.

#### *Artikel 54*

Een onderzoek naar mogelijke overtreding van het kartelverbod, het verbod van misbruik van een economische machtspositie of het verbod zonder melding c.q. vergunning een concentratie tot stand te brengen, kan zo omvangrijk zijn, dat dit niet binnen een dag kan worden afgerond. In zo'n geval kunnen bedrijfsruimten worden verzegeld met het oog op het voortzetten van het onderzoek op de volgende dag. Ook kunnen voorwerpen, zoals kasten en computers, worden verzegeld. Dat is soms minder belastend voor een onderneming dan het afsluiten van de gehele ruimte waarin die kast of computer zich bevindt. Het verbreken van een verzegeling is strafbaar gesteld in artikel 199 van het Wetboek van Strafrecht. Ook het hiervoor reeds genoemde voorstel voor een wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen bevat een verzegelingsbevoegdheid.

#### *Artikel 55*

Dit artikel geeft de bevoegdheid inzage van zakelijke gegevens en bescheiden met de sterke arm af te dwingen, dat wil zeggen dat kasten, laden en dergelijke, waarin zich mogelijk bescheiden bevinden die de onderzoeksambtenaren willen inzien, desnoods opengebrouwen kunnen worden. Ook kan inzage in computerbestanden worden geforceerd. Eenzelfde bevoegdheid komt onder meer voor in artikel 41, zesde lid, van de WEM en in artikel 12b, vijfde lid, van de In- en uitvoerwet.

## **Hoofdstuk 7. Overtredingen verbod van mededingingsafspraken en verbod van misbruik van een economische machtspositie**

### **§ 1. Bestuurlijke boete en last onder dwangsom**

#### **Algemeen**

Dit hoofdstuk bevat regels over het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete dan wel een last onder dwangsom wegens overtreding van het kartelverbod of het verbod van misbruik van een economische machtspositie. De sanctionering van andere overtredingen is geregeld in hoofdstuk 8. De procedurevoorschriften inzake de voorbereiding van een sanctiebeschikking zijn in hoofdstuk 7 uitgebreider dan in hoofdstuk 8, omdat de in hoofdstuk 7 gesanctioneerde overtredingen in het algemeen lastiger zijn vast te stellen en tot meer discussie aanleidingen zullen kunnen geven dan die in hoofdstuk 8.

De redenen waarom voor handhaving door bestuurlijke boeten is gekozen, zijn uiteengezet in paragraaf 11 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting. In die paragraaf is tevens melding gemaakt van het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (verder: Toetsingscommissie) over Handhaving door bestuurlijke boeten en het kabinetsstandpunt daarover. Bij de uitwerking van dit hoofdstuk is daarmee zoveel mogelijk rekening gehouden. Daarnaast is acht geslagen op de regeling omtrent boete-oplegging op grond van het EG-Verdrag en de praktijk van de Commissie daarbij. In voorkomende gevallen is de voorkeur gegeven aan aansluiting bij het Europese recht boven het volgen van het model van de Toetsingscommissie. Op een en ander wordt bij de toelichting op de afzonderlijke artikelen nader ingegaan.

Daarnaast wordt voorzien in de bevoegdheid een maatregel ofwel last onder dwangsom op te leggen. Ik verwijs hiervoor verder naar de toelichting op artikel 56, eerste lid, onderdeel b, en artikel 58.

#### *Artikel 56*

Het eerste lid van dit artikel geeft de directeur van de Dienst voor de mededinging de bevoegdheid een boete of een last onder dwangsom op te leggen voor overtreding van het kartelverbod of van het verbod van misbruik van een economische machtspositie.

De boete of last wordt opgelegd aan «de natuurlijke persoon of rechtspersoon, die de overtreding kan worden toegerekend». De omschrijving van degene aan wie de boete of last wordt opgelegd wijkt af van de formulering van de verbodsnorm, die zich richt tot ondernemingen. Zoals in de toelichting op artikel 6 is uiteengezet, gaat het hier om een economisch begrip. Dit begrip valt niet samen met de juridische begrippen rechtspersoon of natuurlijke persoon. In het EG-Verdrag, en dus ook in artikel 6 van dit wetsvoorstel, wordt onder onderneming verstaan iedere eenheid die zich met commerciële activiteiten bezighoudt. Bij grote concerns kan, afhankelijk van de omstandigheden, zo'n eenheid bestaan uit bij voorbeeld de moeder-nv of bv en de daaronder hangende «dochters», uit een moeder- en dochterrechtspersoon te zamen, dan wel uit een afzonderlijke rechtspersoon in een concern. Een boete kan evenwel niet worden opgelegd aan een juridisch niet bestaande «economische eenheid» maar alleen aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon. Dit is ook de praktijk van de Commissie. Deze beziet van geval tot geval aan welke «rechtspersoonlijkheid bezittende eenheid» een boete moet worden opgelegd. Beslissend is de aard van de betrekkingen tussen de ondernemingen van de groep of het concern (arrest inzake Bodson/ Paupes Funèlres, zaak 30/87, JUR 1988, 2479, 2512 e.v.). Veelal wordt ingeval van een groot industrieel concern de beschikking gericht tot de houdstermaatschappij vanwege de algemene verantwoordelijkheid die

zo'n maatschappij pleegt te hebben voor het reilen en zeilen van een concern (bij voorbeeld beschikking d.d. 2-8-1989, PbEG L 260/39 (betonstaalmatten). Ik wijs in dit verband ook op het arrest inzake AEP Telefunken, HvJEG, zaak 107/82, JUR 1983, blz. 1399. In het arrest C.S.C-Zoja HvJEG, zaken 6 en 7/73, JUR 1974, blz. 223-279) werden de twee betrokken moeder- en dochtervennootschap hoofdelijk verplicht een gezamenlijk verschuldigde boete te betalen. Uiteraard kunnen er verschillende ondernemingen bij een overtreding zijn betrokken. Bij ieder van die ondernemingen moet dan overwogen worden welke rechtspersoon de boete is verschuldigd.

Artikel 1, onderdeel g, bepaalt dat het begrip ondernemersvereniging moet worden uitgelegd in de zin van de bepalingen van het EG-Verdrag. Als ondernemersvereniging kan ook worden beschouwd een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid. In dat geval kan dus geen boete aan de ondernemersvereniging worden opgelegd, maar uitsluitend aan de eigenaren van de deelnemende ondernemingen.

Ik wijs ten slotte erop dat de voorgestelde bepaling niet beoogt bestuurders persoonlijk aansprakelijk te stellen. Met de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend wordt bedoeld op de eigenaar van een onderneming.

Onderdeel b geeft de bevoegdheid een last onder dwangsom op te leggen. De praktijk bij de handhaving van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag heeft geleerd dat het opleggen van een boete niet altijd voldoende is om te bereiken dat de overtreding daadwerkelijk ophoudt te bestaan. Artikel 3, eerste lid, van Verordening nr. 17 geeft de Commissie dan ook de bevoegdheid bij de vaststelling van een inbreuk de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen te verplichten aan die inbreuk een einde te maken. In de praktijk legt de Commissie niet alleen een last of, in de bewoordingen van de Commissie, maatregel op om de overtreding te beëindigen, maar ook wel als de overtreding al is beëindigd, bij voorbeeld om herhaling in de toekomst te voorkomen. De mogelijkheid een maatregel op te leggen bestaat ook thans reeds in de Wet economische mededinging, zij het dat die mogelijkheid daar beperkt is tot misbruik van een economische machtspositie en in de wet is omschreven wat voor maatregel kan worden opgelegd. In dit wetsvoorstel wordt voorzien in een algemene bevoegdheid voor zowel overtredingen van het kartelverbod als het verbod van misbruik van een economische machtspositie. Gelet op de variëteit aan praktijksituaties die zich daarbij kunnen voordoen is in artikel 58, eerste lid, in algemene termen omschreven wat die last kan inhouden.

Anders dan in het EG-recht, dat de mogelijkheid kent een dwangsom aan een maatregel te verbinden, is in het wetsvoorstel sprake van een automatische koppeling. Daarmee kan zo nodig altijd naleving van de last worden afgedwongen. Een aparte bevoegdheid om een sanctie te kunnen opleggen voor het niet naleven van de last kan hierdoor achterwege blijven.

Ter toelichting op het derde lid merk ik het volgende op. In het bestuursrecht geldt in beginsel de zogenaamde vrije bewijsleer, dat wil zeggen dat de rechter bepaalt hoe de bewijslast moet worden verdeeld. Bij boetebeschikkingen vloeit evenwel uit het krachtens artikel 6, tweede lid, EVRM geldende vermoeden van onschuld voort dat de bewijslast in beginsel op het bestuur moet rusten. Hierbij hoeft niet te worden aangetoond dat verwijtbaar is gehandeld, met andere woorden er mag binnen redelijke grenzen worden uitgegaan van een objectief vermoeden van schuld, mits de betrokkene de gelegenheid krijgt aannemelijk te maken dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt (Salabiaku-arrest, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 7-10-1988, NJ 1991/351). Wanneer daarvan sprake is hangt af van de overtreden norm. De verbodsbepalingen in artikel 6, eerste lid, en artikel 24 zijn gericht op ondernemingen. De daar bedoelde rechtshandelingen en feitelijke handelingen die

ondernemingsgedrag afstemmen zullen in de praktijk altijd geschieden door iemand die gerechtigd is voor de onderneming te handelen. Hoewel dus een situatie dat de betrokken onderneming geen verwijt kan worden gemaakt nauwelijks voorstelbaar is, is in het derde lid desalniettemin een dergelijke disculpatiegrond opgenomen. Hiermee is het wettelijk stelsel in ieder geval in overeenstemming met de eisen van artikel 6, tweede lid, EVRM op dit punt.

#### *Artikel 57*

Het eerste lid regelt welke boete ten hoogste kan worden opgelegd voor overtreding van het kartelverbod of van het verbod van misbruik van een economische machtspositie. De boete bedraagt ten hoogste f 1 miljoen ofwel, als dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming. Het gaat hierbij om de omzet van alle goederen die de onderneming produceert of levert of van alle diensten die zij levert, ongeacht waar die omzet wordt gerealiseerd. Bij de vaststelling van de grens van f 1 miljoen is acht geslagen op de hoogte van de boete die de Commissie kan opleggen, te weten 1 miljoen ECU, de hoogte van de boeten in andere landen en de schaal van de Nederlandse markt. Deze omzetgrens stemt overeen met de bevoegdheid van de Commissie. Aangrijpingspunt voor de omzetgrens is de omzet van de onderneming. Het gaat hier om hetzelfde begrip onderneming als in de verbodsnorm, dus om een economisch begrip. Als bij voorbeeld sprake is van overtreding van een dochtermaatschappij, waarvan het beleid wordt bepaald door de moeder, worden moeder en dochter te zamen als «onderneming» beschouwd. Voor de berekening van de boete kan dan ook de gezamenlijke omzet worden genomen.

Wordt de boete opgelegd aan een ondernemersvereniging, dan dient als uitgangspunt voor de berekening van de maximale hoogte van de boete de gezamenlijke omzet van de leden van die ondernemersvereniging, althans wanneer de vereniging op grond van haar interne regels haar leden kan binden (Gerecht van Eerste Aanleg, 23 februari 1994, CB en Europay/Commissie, gevoegde zaken T-39/93 en T-41/92, JUR 1994, II, blz. 97). Bij de oplegging van de boete dient nl. rekening te worden gehouden met de omvang en de macht van een onderneming c.q. ondernemersvereniging op de markt. Deze omvang en macht hangen bij een ondernemersvereniging niet af van haar eigen omzet, maar van die van haar leden, aldus het Gerecht. Voor de oplegging van de boete is niet relevant of de ondernemersvereniging de boete op grond van de interne regels, die de vereniging beheersen, al of niet op haar leden kan verhalen.

Bij iedere boetebeschikking zal afgewogen moeten worden hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn. Op grond van het tweede lid dient de directeur daarbij in ieder geval rekening te houden met de ernst en de duur van de overtreding. Afhankelijk van het geval kunnen ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel en dergelijke. De financiële positie van de onderneming speelt in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Hierdoor zou immers een slecht ondernemingsbeleid «beloond» worden door een lagere boete op te leggen dan zou geschieden aan een onderneming die wel floreert (in dezelfde zin arrest inzake JAZ/Commissie, zaken 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, JUR 1983, blz. 3417). Aan de andere kant moet het niet zo zijn dat een boete een faillissement van de onderneming waarschijnlijk zou maken. Een dergelijk verstrekend gevolg zou niet in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel, neergelegd in artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Ook het Hof van Justitie van de EG heeft het evenredigheidsbeginsel (al in in 1956)



genoemd als algemeen rechtsbeginsel (arrest inzake Fédéchar, HvJEG, zaak 8/55, JUR 1955/56, blz. 323).

De dienst voor de mededinging zal geleidelijk aan een beleid dienen te ontwikkelen ten aanzien van het opleggen van boeten. Het is denkbaar dat dit beleid, als dit nader vorm heeft gekregen, te zijner tijd in beleidsregels wordt vastgelegd. Ook is denkbaar dat de minister dat doet.

#### *Artikel 58*

Eerste lid. Uit de omschrijving van het begrip last in het eerste lid vloeit voort dat er een logisch verband moet bestaan tussen de geconstateerde overtreding en de inhoud van de last. Zo zou, indien als gevolg van overtreding van het kartelverbod leveringsvoorwaarden moeten worden aangepast, voorgeschreven kunnen worden dat de afnemers daarover moeten worden geïnformeerd. Bij misbruik van een machtspositie, inhoudende een weigering bepaalde afnemers een bepaalde korting te geven, zou een last kunnen worden opgelegd om alle afnemers dezelfde korting te geven. Ingeval van leveringsweigering zou een last kunnen worden opgelegd te leveren tegen marktconforme prijzen. In dat laatste geval is het ten behoeve van toezicht op de naleving van de last zinvol daaraan een voorschrift te kunnen verbinden over het verstrekken van gegevens aan de dienst over toegepaste prijzen. De tweede volzin van het eerste lid maakt dit mogelijk. Het opleggen van een last is niet noodzakelijk als de overtreding inmiddels is beëindigd en er geen aanleiding is herhaling te vrezen.

Degene die belang heeft bij de naleving van de last heeft de mogelijkheid een civielrechtelijke vordering bij de burgerlijke rechter in te stellen.

Het tweede lid beperkt de duur van de last tot ten hoogste twee jaar. Bij een last wordt ingegrepen in de bedrijfsvoering van een onderneming. De periode waarin dat geschiedt moet niet al te ver verwijderd liggen van het moment waarop de overtreding plaatsvond. Een termijn van twee jaar lijkt mij hiervoor redelijk. De termijn van 5 jaar, die voorkomt in artikel 24, tweede lid, van de Wet economische mededinging vind ik, mede gelet op de ruimere mogelijkheden die dit wetsvoorstel biedt met betrekking tot de inhoud van de last, hier onnodig lang.

Regels omtrent de dwangsom zijn vervat in het wetsvoorstel derde tranche Awb, afdeling 5.3. Die bepalingen zijn gekoppeld aan de bevoegdheid tot uitoefening van bestuursdwang en niet rechtstreeks van toepassing op een zelfstandige last onder dwangsom zoals is voorzien in dit wetsvoorstel. Daarom is een aantal hier relevante bepalingen uit het wetsvoorstel derde tranche Awb van toepassing verklaard. Deze bepalingen houden in grote lijnen het volgende in. Een dwangsom kan worden vastgesteld op een bedrag ineens of op een bedrag per tijds-eenheid, dan wel per overtreding van de last. Tevens moet een maximaal te verbeuren dwangsom worden vastgesteld (artikel 5.3.1, vierde lid, wetsvoorstel derde tranche Awb). De betrokkene krijgt een termijn gedurende welke hij aan de last c.q. voorlopige maatregel kan voldoen zonder de dwangsom te verbeuren (artikel 5.3.1, vijfde lid, wetsvoorstel derde tranche Awb). De verbeurde dwangsommen komen op grond van artikel 5.3.2 wetsvoorstel derde tranche Awb ten goede aan de staat en kunnen bij dwangbevel worden ingevorderd (artikel 5.3.2 wetsvoorstel derde tranche Awb). Indien het voor de overtreder tijdelijk of blijvend onmogelijk wordt aan zijn verplichtingen te voldoen, kan de last desgevraagd worden opgeheven (artikel 5.3.3, eerste lid, wetsvoorstel derde tranche Awb). Men moet hier denken aan situaties van overmacht, bij voorbeeld indien door een importverbod de levering van bepaalde goederen onmogelijk wordt. Artikel 5.3.4 wetsvoorstel derde tranche Awb ten slotte regelt de verjaring van verbeurd verklaarde bedragen.

## **§ 2. Procedure**

### **Algemeen**

In beginsel regelt de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de voorbereiding van beschikkingen. In casu gaat het om de voorbereiding van een punitieve sanctie. Dat betekent dat bij de voorbereiding acht moet worden geslagen op met name het EVRM. De Toetsingscommissie heeft daarom voorgesteld bij de voorbereiding van boetebeschikkingen, in afwijking van de Awb, de belanghebbende altijd de gelegenheid te bieden mondeling of schriftelijk zijn zienswijze naar voren te brengen en bij een mondelinge uiteenzetting zo nodig te voorzien in bijstand van een tolk. Voorts zou de belanghebbende tijdig in kennis dienen te worden gesteld van de tegen hem ingebrachte «beschuldiging» (artikel 6, derde lid, onder a, EVRM), door toezending van een rapport, waarin bepaalde gegevens staan opgenomen.

Deze adviezen zijn in de voorgestelde bepalingen verwerkt. De Toetsingscommissie volstaat daarmee. Naar mijn mening is gewenst bij mogelijke overtreding van de materiële normen van dit wetsvoorstel de procedure wat verder uit te werken. Het gaat hier, anders dan in de modelregelingen van de Toetsingscommissie, om de toepassing van normen met discretionaire ruimte, voor overtreding waarvan hoge boetes kunnen worden opgelegd. Bij de voorbereiding van een beschikking gaat het dan ook niet alleen om vaststelling van de feiten, maar ook om een waardering van die feiten in het licht van het desbetreffende verbod. De voorgestelde bepalingen (de artikelen 60 en 61) sluiten zoveel mogelijk aan bij de voorschriften van afdeling 3.4 van de Awb over de openbare voorbereidingprocedure. Het was niet mogelijk die afdeling zonder meer van toepassing te verklaren, omdat die aanvangt met bekendmaking van een aanvraag om een beschikking of van een ontwerp-besluit.

Ten slotte merk ik op dat de Commissie bij de voorbereiding van haar sanctiebeschikkingen een procedure volgt die vergelijkbaar is met de hier gedane voorstellen.

### *Artikel 59*

Eerste lid. Op basis van de gegevens die de met het onderzoek belaste ambtenaren hebben verzameld en eventuele andere beschikbare gegevens, moet beoordeeld worden of er vermoedelijk sprake is van een overtreding. Is dat niet het geval, dan eindigt daarmee de zaak. Als uit het ingestelde onderzoek blijkt dat er inderdaad een redelijk vermoeden bestaat dat een overtreding is begaan, dan zal besloten moeten worden of er aanleiding is het opleggen van een boete of een last te overwegen. Is de overtreding daarvoor bij voorbeeld niet ernstig genoeg, dan kan van het opmaken van een rapport worden afgezien. Het gaat hier in wezen om de toepassing van het opportuniteitsbeginsel door de Dienst voor de mededinging. De dienst zal hiervoor geleidelijk een beleid dienen te ontwikkelen. Is er sprake van een aanvraag van een derde belanghebbende om bij voorbeeld een last op te leggen, dan zal een beschikking moeten worden gegeven waarin de aanvraag om een van de hiervoor genoemde redenen wordt afgewezen.

Heeft de directeur een redelijk vermoeden dat sprake is van een overtreding en dat een boete of last in de rede ligt, dan dient een rapport als in dit artikel bedoeld te worden opgemaakt. Dit rapport markeert het formele begin van de daarop volgende fase van de procedure, te weten het horen van belanghebbenden. Uit artikel 3, tweede lid, van dit wetsvoorstel vloeit voort dat, nadat het rapport is opgesteld, de vervolgens te verrichten werkzaamheden dienen te geschieden door andere ambtenaren van de dienst dan die bij het aan het rapport voorafgaande onderzoek en bij het opstellen van het rapport waren

betrokken. De term «rapport» is ontleend aan het advies van de Toetsingscommissie inzake bestuurlijke boeten.

De in het tweede lid voorgestelde inhoud van het rapport is deels ontleend aan het voorstel van de Toetsingscommissie (onderdelen a, b en e, zij het dat in de onderdelen a en b «omstandigheden» is toegevoegd). De onderdelen c en d houden verband met het specifieke karakter van overtreding van de artikelen 6 en 24 van dit wetsvoorstel. Het rapport is vergelijkbaar met de «punten van bezwaar» van de Commissie (Verordening nr. 17, artikel 19).

Het derde lid draagt zorg voor de vereiste informatie aan de bij de overtreding betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen.

Ingevolge artikel 6, derde lid, onder a, EVRM heeft een ieder het recht om onverwijld op de hoogte te worden gebracht van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging in een taal die hij verstaat. Veelal zal bij overtredingen van dit wetsvoorstel sprake zijn van rechtspersonen. Aangenomen mag worden dat ingeval van een rechtspersoon met een vestiging in Nederland er in de regel onder degenen die bevoegd zijn voor de rechtspersoon op te treden altijd wel iemand is die het Nederlands beheerst. Dan behoeft niet voorzien te worden in een vertaling. Ten einde zeker te stellen dat de waarborgen van het EVRM in acht worden genomen, is evenwel in het vierde lid toch een voorziening opgenomen, indien dat niet het geval is. De bepaling is overeenkomstig de suggestie van de Toetsingscommissie geformuleerd.

#### *Artikel 60*

Afdeling 4.1.2 van de Algemene wet bestuursrecht geeft voorschriften voor de voorbereiding van een beschikking. Uit deze bepalingen vloeit voort dat toepassing van de hoorplicht in bepaalde gevallen achterwege kan blijven. Met de Toetsingscommissie ben ik evenwel van mening dat bij sanctiebeschikkingen als de onderhavige voorzien dient te worden in een hoorplicht (eerste lid). De dienst kan zelf bepalen op welke wijze desgewenst mondeling gehoord kan worden. Het ligt het meest voor de hand dat dan een hoorzitting wordt georganiseerd, waarbij alle betrokkenen aanwezig zijn en op elkaar kunnen reageren. Hiermee kan dan meteen voldaan worden aan artikel 61, eerste lid, van dit wetsvoorstel. Op basis van artikel 2:1 Awb kan een belanghebbende zich bij de hoorzitting laten vergezellen door een raadsman.

Het tweede lid is ontleend aan artikel 3.11, eerste lid, Awb. Ter inzage moeten worden gelegd alle relevante stukken. Het gaat hierbij om alle voor de zaak relevante stukken. De beschikking mag uitsluitend gebaseerd worden op stukken die de belanghebbenden hebben kunnen inzien en waarover zij hun zienswijze hebben kunnen geven.

In het derde lid wordt een aantal bepalingen uit afdeling 3:4 Awb met betrekking tot het verkrijgen van afschriften en het beperken van inzage van stukken van overeenkomstige toepassing verklaard. Zo kan op grond van artikel 3:11, tweede lid, Awb terinzagelegging van bedrijfs- en fabricagegegevens achterwege blijven. Van de stukken kunnen afschriften worden verkregen (artikel 3:11, derde lid, Awb). Artikel 3:13, derde lid, Awb bepaalt dat de termijn waarbinnen belanghebbenden hun zienswijze naar voren kunnen brengen, niet eindigt voor het einde van de termijn van terinzagelegging.

Het vierde lid vloeit weer voort uit de aanbevelingen van de Toetsingscommissie. Zie ook de toelichting op artikel 59, vierde lid.

#### *Artikel 61*

Het eerste lid is een uitwerking van het beginsel van hoor en wederhoor. Men vergelijkte artikel 3:13, vierde lid, Awb.

Het tweede lid stemt overeen met artikel 3:13, vijfde lid, Awb.

### **§ 3. Beschikkingen**

#### *Artikel 62*

Nadat de in paragraaf 2 van hoofdstuk 7 beschreven procedure is doorlopen, dient de directeur te beslissen omtrent het opleggen van een boete of een last onder dwangsom of een combinatie van beide. Het eerste lid bepaalt dat dit bij beschikking geschiedt. Hierdoor wordt onzekerheid of iedere beslissing van de directeur als beschikking moet worden aangemerkt, voorkomen. Ik denk bij voorbeeld aan het geval dat de directeur – anders dan op aanvraag van een derde-belanghebbende – besluit dat er wel sprake is van een overtreding maar dat daarvoor geen boete of last wordt opgelegd. De ondernemingen tot welke dat besluit is gericht kunnen er belang bij hebben daartegen beroep in te stellen in verband met tot hen gerichte civielrechtelijke vorderingen.

De Toetsingscommissie adviseert het opnemen van een termijn van 12 weken waarbinnen na het opmaken van een rapport een beschikking moet worden gegeven. Bij overschrijding van die termijn vervalt de bevoegdheid daartoe. De Toetsingscommissie beoogt met dit voorstel invulling te geven aan het in artikel 6, eerste lid, EVRM vervatte vereiste van berechting binnen een redelijke termijn. Voor de onderhavige overtredingen is die termijn doorgaans te kort. Bovendien kan er een grote variëteit zitten in de ingewikkeldheid van een overtreding en het aantal belanghebbenden dat bij de procedure moet worden betrokken. Om die reden acht ik het niet goed mogelijk hier een termijn te noemen. Dat laat uiteraard onverlet dat de beschikking binnen een redelijke termijn moet worden genomen. Wat redelijk is, kan echter per geval variëren.

In het tweede lid wordt, overeenkomstig de suggesties van de Toetsingscommissie, invulling gegeven aan de reeds uit de Awb voortvloeiende motiveringsvoorschriften (artikel 4:16 e.v. Awb). In de voorstellen van de Toetsingscommissie wordt evenwel geen toelichting op de te betalen geldsom geëist (onderdeel a). Dat vloeit voort uit het feit dat de modellen van de Toetsingscommissie zijn ontworpen voor stelsels waarin een vast boetebedrag op een bepaalde overtreding is gesteld. Ingeval van overtredingen als hier bedoeld, is sprake van maximumboetes en dient dus ook de hoogte te worden gemotiveerd.

Het derde lid is overeenkomstig de suggestie van de Toetsingscommissie. Men vergelijkte artikel 59, vierde lid, en de daarop gegeven toelichting.

#### *Artikel 63*

Eerste lid. In het bestuursrecht geldt als hoofdregel dat het maken van bezwaar of instellen van beroep geen schorsing van het omstreden besluit met zich meebrengt (art. 6:16 Awb). De Toetsingscommissie adviseert bij bestuurlijke boeten aan bezwaar schorsende werking te verlenen. Naar mijn mening is het in het onderhavige geval, gelet op het ingrijpende karakter van de sanctiebeschikkingen waar het hier om gaat, gewenst om ook aan beroep schorsende werking te verlenen. De opschorting van de inning van de boete levert de betrokken ondernemingen een zeker rentevoordeel op. Om te voorkomen dat vanwege dat voordeel bezwaar of beroep wordt aangetekend, voorziet artikel 67, tweede lid, erin, dat na het verstrijken van een bepaalde termijn rente is verschuldigd.

Ingeval een last wordt opgelegd, kan het voor degene te wiens behoeve die last is opgelegd, bijzonder nadelig zijn als de uitvoering van de last gedurende de beroepstermijn en eventueel de behandeling van bezwaar en beroep als dat wordt ingesteld, wordt opgeschort. De directeur kan dan ook bepalen dat de beschikking voor dat gedeelte wel meteen werkt (tweede lid).

#### *Artikel 64*

De voorgestelde verjaringstermijn stemt overeen met die van Verordening nr. 2988/74/EEG van de Raad van de Europese Economische Gemeenschap van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap (Pb. EG L 319). Aan deze overeenstemming geef ik de voorkeur boven het volgen van het advies van de Toetsingscommissie, die een verjaringstermijn van twee jaar voorstelt. Bij voortdurende inbreuken begint de termijn pas te lopen als de overtreding is beëindigd.

#### *Artikel 65*

De normale wijze van bekendmaking van beschikkingen is door toezending aan degene tot wie de beschikking is gericht (art. 3:41 Awb). De Commissie maakt haar beschikkingen daarnaast bekend in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen. Deze praktijk is door het Hof van Justitie akkoord bevonden met dien verstande, dat geen zakengeheimen van ondernemingen geopenbaard mogen worden (HvJ EG inzake ACF Chemiefarma, JUR 1970, blz. 695). Het Hof overwoog hierbij dat dergelijke publiciteit bevorderlijk kan zijn voor eerbiediging van de mededingingsregels van het EG-Verdrag. Ik acht het om dezelfde reden gewenst ook de sanctiebeschikkingen op grond van dit wetsvoorstel algemeen verkrijgbaar te stellen. De tekst van de beschikking ligt ter inzage bij de dienst (eerste lid). Desgewenst kunnen op grond van de WOB afschriften verkregen worden. Een uitzondering op de terinzagelegging wordt gemaakt voor bedrijfs- en fabricagegegevens. Op grond van het tweede lid jo. artikel 3:42 Awb (zoals gewijzigd in het wetsvoorstel derde tranche Awb) wordt de zakelijke inhoud van de beschikking tevens in de Staatscourant geplaatst.

### **§ 4. Wijziging of intrekking van de last onder dwangsom**

#### *Artikel 66*

Ondernemingen functioneren in een markt die voortdurend wijzigt. Hierdoor kan een last om bij voorbeeld bepaalde goederen te leveren of diensten te verlenen niet zinvol of uitvoerbaar meer zijn. Zo kan de onmogelijkheid om bepaalde grondstoffen te verwerven een last tot het leveren van met die grondstof te vervaardigen producten onuitvoerbaar maken. Met het oog op dergelijke situaties wordt de directeur de bevoegdheid gegeven een last in te trekken of te wijzigen (eerste lid). Uiteraard dienen belanghebbenden daarover eerst gehoord te worden (tweede lid).

### **§ 5. Invordering van de boete**

#### *Artikelen 67 en 68*

De regeling van de invordering van de boete stemt overeen met de voorstellen van de Toetsingscommissie daaromtrent. Alleen op het punt van de betalingstermijn wordt afgeweken. De Toetsingscommissie stelt een termijn van 6 weken voor. In artikel 67, eerste lid, wordt een termijn van dertien weken voorgesteld. Deze termijn wordt ook door de Commissie gehanteerd.

Artikel 67, tweede lid, houdt verband met de opschortende werking van bezwaar en beroep (zie artikel 63). Ingeval hoge boetes worden opgelegd kan het aantekenen van bezwaar en beroep, gelet ook op de duur van de procedures, behoorlijk voordeel opleveren. Het is uiteraard onwenselijk

dat louter om die reden bezwaar of beroep wordt aangetekend. De voorgestelde bepaling roomt dan ook dit rentevoordeel af door de bepalen dat de overtreder de wettelijke rente is verschuldigd indien niet binnen de in artikel 67, eerste lid, genoemde termijn van dertien weken is betaald.

## **Hoofdstuk 8. Overtredingen medewerkingsplicht en concentratietoezicht**

### **Algemeen**

In dit hoofdstuk wordt voorzien in sanctionering van overtredingen van formeelrechtelijke bepalingen en van overtredingen van bepalingen inzake concentratietoezicht door middel van bestuurlijke boeten. Daarnaast kan in bepaalde gevallen een last onder dwangsom worden opgelegd. In de toelichting op hoofdstuk 7, algemeen, is reeds aangegeven waarom de procedurevoorschriften inzake de voorbereiding van een sanctiebeschikking in hoofdstuk 8 op bepaalde punten wat eenvoudiger zijn dan die in hoofdstuk 7. Hierdoor was het mogelijk in hoofdstuk 8 meer aan te sluiten bij de modelbepalingen van de Toetsingscommissie.

### **§ 1. Overtredingen medewerkingsplicht**

#### *Artikel 69*

Het eerste lid geeft uitvoering aan het reeds in het algemeen deel van deze memorie aangekondigde voornemen op overtreding van artikel 5.1.10 van de Algemene wet bestuursrecht een bestuurlijke boete van ten hoogste f 10 000 te stellen. In artikel 5.1.10 Awb is de algemene verplichting tot medewerking aan de uitoefening van toezicht vervat. In de toelichting op de artikelen 50, tweede lid, en 52 is uiteengezet dat dit artikel ook geldt bij de uitoefening van de in die artikelen voorziene bevoegdheden.

In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel derde tranche Awb (kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr 3, blz. 147) wordt het voornemen toegelicht om voor de handhaving van artikel 5.1.10 artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht te hanteren. In dit artikel wordt strafbaar gesteld degene «die opzettelijk niet voldoet aan een bevel of een vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar met de uitoefening van enig toezicht belast». Op overtreding hiervan staat een gevangenisstraf van ten hoogste 3 maanden of geldboete van de tweede categorie (f 5000, voor rechtspersonen f 10 000).

Met het oog op een slagvaardige handhaving van de verboden van dit wetsvoorstel is voor bestuurlijke handhaving daarvan gekozen. Het is gewenst in aansluiting daarop ook de handhaving van de medewerkingsplicht bij het toezicht op de naleving van die verplichtingen in handen van de Dienst voor de mededinging te leggen. Artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht dient dan uiteraard buiten toepassing te worden verklaard (derde lid). De hoogte van de voorgestelde geldboete is dezelfde als de boete welke op grond van overtreding van artikel 184 Wetboek van Strafrecht aan rechtspersonen kan worden opgelegd.

Het tweede lid stemt overeen met artikel 56, derde lid.

#### *Artikel 70*

Voor de handhaving van het kartelverbod, het verbod van misbruik van een economische machtspositie en de concentratieregels is het kunnen inzien van zakelijke gegevens en bescheiden essentieel. Het moet niet zo kunnen zijn dat ondernemingen een boete wegens overtreding van die verboden gemakkelijk kunnen ontlopen door geen inzage te verschaffen in

gegevens en bescheiden, daarbij een boete op grond van artikel 69 op de koop toe nemend. Ik wijs er hierbij op dat de boete voor het weigeren van medewerking veel lager ligt dan de boete voor overtreding van de verbodsbepalingen. In het Europese kartelrecht heeft men de oplossing gezocht in het toekennen van een bevoegdheid aan de Commissie, bij beschikking inlichtingen te kunnen verlangen dan wel zich te onderwerpen aan een verificatie. Aan zo'n beschikking kan een dwangsom worden verbonden (artikel 16 van Verordening nr. 17). De voorgestelde regeling in dit wetsvoorstel sluit daarop aan. Het eerste lid van artikel 70 biedt de mogelijkheid een last onder dwangsom op te leggen tot het verlenen van inzage. In de last zal moeten worden aangegeven om welke gegevens en bescheiden het gaat, dat wil zeggen dat het voorwerp van onderzoek wordt aangegeven. Een concretere opsomming zal doorgaans niet mogelijk zijn.

Ook al wordt een last gegeven tot het verstrekken van inzage van bepaalde gegevens, dat neemt niet weg dat de weigering daartoe een overtreding was. Het ligt dan ook in de rede dat een boete en een last eventueel te zamen moeten kunnen worden opgelegd (tweede lid).

In verband met het derde lid verwijs ik naar de toelichting op artikel 58, derde lid.

## **§ 2. Overtredingen concentratietoezicht**

### *Artikel 71*

Uiteraard dienen voorschriften die worden verbonden aan een ontheffing van het concentratieverbod als bedoeld in artikel 40, tweede lid, of artikel 46, tweede lid, te worden nageleefd. Overtreding ervan dient te worden gesanctioneerd. Mede gelet op de korte termijn waarvoor de ontheffing betekenis heeft, wordt volstaan met een bestuurlijke boete en niet voorzien in andere instrumenten zoals intrekking van de ontheffing.

### *Artikel 72*

De boete op overtreding van de «medewerkingsplicht» van artikel 43 is dezelfde als die, welke is gesteld op overtreding van artikel 5.1.10, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (zie artikel 69, eerste lid).

### *Artikel 73*

Op grond van dit artikel kan het verstrekken van onjuiste gegevens bij een melding van een concentratie of bij een aanvraag om een vergunning worden beboet. Daarnaast bestaat de mogelijkheid een vergunning in te trekken op grond van artikel 45.

### *Artikel 74*

Op grond van dit artikel kan voor een aantal overtredingen een boete van ten hoogste f 50 000 worden opgelegd, alsmede een last onder dwangsom. Het gaat hierbij in de eerste plaats om het niet naleven van de verplichting een concentratie niet eerder dan vier weken na melding tot stand te brengen (eerste lid, eerste onderdeel) en om het tot stand brengen van een concentratie zonder de vereiste vergunning (vierde onderdeel). Een last onder dwangsom kan in zo'n geval, afhankelijk van de omstandigheden, inhouden de opdracht alsnog een melding te doen of een vergunning aan te vragen, of de concentratie ongedaan te maken.

Een boete en last kunnen ook worden opgelegd ingeval een verplichting een concentratie ongedaan te maken, of deze aan te passen aan vergunningvoorschriften of aan de aan een vergunning verbonden beperkingen, niet wordt nageleefd (tweede, derde en vijfde onderdeel).

Aangezien de inhoud van een last in zo'n geval diep kan ingrijpen, schrijft artikel 78, tweede lid, voor, dat de betrokkenen altijd worden gehoord over de mogelijke inhoud daarvan.

De boete en last worden opgelegd aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon, aan wie de overtreding kan worden toegerekend. Deze formulering komt ook voor in artikel 56, eerste lid, en houdt verband met het feit dat in de omschrijving van het begrip concentratie in artikel 27 het begrip onderneming wordt gebruikt. Aangezien het niet doen van een melding c.q. vergunningaanvraag alle bij een concentratie betrokken partijen kan worden aangerekend, ligt het in de rede dat ook alle partijen dan een sanctie krijgen opgelegd.

Voor een toelichting op het derde lid verwijs ik naar de toelichting op artikel 58, derde lid.

#### *Artikel 75*

Dit artikel strekt tot naleving van aan een vergunning verbonden voorschriften. Het is niet nodig het niet naleven van aan een vergunning verbonden beperkingen te sanctioneren, aangezien in dat geval sprake is van handelen zonder vergunning. Hierop ziet artikel 74, eerste lid, onder 4°, reeds.

Het derde lid is gelijklopend aan artikel 58, derde lid. Ik verwijs naar de toelichting daarop.

#### *Artikel 76*

Deze bepaling komt ook voor in artikel 56, derde lid, en artikel 69, tweede lid. Ik verwijs naar de toelichting op het eerstgenoemde artikel.

### **§ 3. Procedure**

#### *Artikel 77*

Dit artikel stemt in hoofdlijnen overeen met het desbetreffende voorstel van de Toetsingscommissie. Aangezien overtredingen als bedoeld in dit hoofdstuk in de regel eenvoudig zijn te constateren, kon daarbij, anders dan bij artikel 59, worden aangesloten.

#### *Artikelen 78 en 79*

Deze bepalingen sluiten aan op de voorstellen van de Toetsingscommissie. In de toelichting op paragraaf 2 van hoofdstuk 7 onder Algemeen is vermeld dat de Toetsingscommissie van mening is dat de belanghebbende bij sanctiebeschikkingen altijd de gelegenheid moet hebben zijn zienswijze naar voren te brengen en daarbij zo nodig bijstand moet krijgen van een tolk (artikel 78).

Het tweede lid van artikel 78 is al toegelicht bij artikel 74.

Anders dan bij de overtredingen die in hoofdstuk 7 worden gesanctioneerd, is het hier wel mogelijk een termijn op te nemen waarbinnen, na het opmaken van het rapport, een beschikking moet worden gegeven (artikel 79, vierde lid). Bij overschrijding van die termijn vervalt de bevoegdheid tot boete-oplegging.

#### *Artikel 80*

In de toelichting op artikel 63 is uiteengezet waarom het wenselijk is de werking van boetebeschikkingen op te schorten totdat de beroepstermijn is verstreken of op het beroep is beslist. Ook hier kan de directeur bepalen dat de last wel meteen moet worden nageleefd.



### *Artikel 81*

Een opgelegde boete dient uiteraard ingevorderd te kunnen worden. Met het oog daarop zijn de bepalingen omtrent de invordering van boetes in hoofdstuk 7 van toepassing verklaard.

### *Artikel 82*

De voorgestelde verjaringstermijn voor overtredingen van de medewerkingsplicht respectievelijk de concentratievoorschriften van twee jaar is in overeenstemming met het advies van de Toetsingscommissie. De verjaringstermijn voor inbreuken bij het verrichten van verificaties door de Commissie is drie jaar (Verordening van de Raad van 26 november 1974, artikel 1, eerste lid, onder a). Ik acht de noodzaak voor afstemming van de verjaringstermijn voor formele overtredingen, en voor overtreding van bepalingen inzake het concentratietoezicht, minder dringend dan die voor overtredingen van het kartelverbod en het verbod van misbruik van een economische machtspositie, waarbij de bepalingen van het verdrag en de nationale verboden elkaar overlappen. Alles afwegende heb ik dan ook in dit artikel gekozen voor aansluiting bij het voorstel van de Toetsingscommissie.

## **Hoofdstuk 9. Voorlopige last onder dwangsom**

### Algemeen

In dit hoofdstuk wordt voorzien in een bevoegdheid voor de directeur van de Dienst voor de mededinging om, ingeval kennelijk sprake is van overtreding van het kartelverbod c.q. het verbod van misbruik van een economische machtspositie, een voorlopige last onder dwangsom op te leggen. Er zijn gevallen denkbaar waarin een overtreding van zodanige aard is dat niet gewacht kan worden op het nemen van een boetebeschikking c.q. het opleggen van een last. Zo kan bij voorbeeld in geval van een leveringsweigering of van selectieve prijsontersbieding een onderneming al van de markt zijn verdrongen tegen de tijd dat de sanctiebeschikking in werking treedt. Het opleggen van een last tot bij voorbeeld levering of levering tegen een bepaalde prijs is dan zinloos geworden. In het belang van door de overtreding benadeelde ondernemingen en van de instandhouding van een goede mededinging kan dan een voorlopige last worden opgelegd. Ook de Commissie heeft op basis van artikel 3, eerste lid, van Verordening no. 17 de bevoegdheid om – in de terminologie van het Hof – conservatoire maatregelen te nemen (HvJ EG inzake Camera Care, zaak 792–79 R, 1980, blz. 130). Ook de Wet economische mededinging kent min of meer vergelijkbare voorzieningen (artikelen 23 en 27). Gelet op het karakter van de voorlopige maatregel en de strikte voorwaarden die voor toepassing ervan zullen gaan gelden, kan verwacht worden dat deze in de praktijk spaarzaam zal worden toegepast. Ik wijs er hierbij op dat de Commissie tot dusverre in slechts enkele gevallen haar bevoegdheid heeft gebruikt. De naleving van de voorlopige last wordt ondersteund doordat deze onder dwangsom wordt opgelegd.

### *Artikel 83*

Op basis van dit artikel kan de directeur een voorlopige last opleggen. Doorgaans zal sprake zijn van een klacht van een benadeelde onderneming. De directeur kan echter ook geheel uit eigen beweging optreden.

De gestelde voorwaarden voor het treffen van een voorlopige last sluiten aan bij de voorwaarden die het Hof in de bovengenoemde uitspraak inzake Camera Care heeft geformuleerd. Zo moet er «prima facie» sprake zijn van een overtreding. Voorts is vereist dat er een

spoedeisend belang van een onderneming in het geding is, dan wel het belang van de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging een (onmiddellijke) voorziening eist. Deze laatste formulering stemt overeen met een element van de omschrijving van het begrip economische machtspositie. Uiteraard kan dat belang ook in het geding zijn bij overtreding van het kartelverbod.

Het derde lid verklaart een aantal bepalingen inzake de last onder dwangsom uit het wetsvoorstel derde tranche Awb van overeenkomstige toepassing. Ik verwijs hiervoor verder naar de toelichting op artikel 58, derde lid.

#### *Artikel 84*

Een beschikking, inhoudende een last, moet snel tot stand kunnen komen. Dat neemt niet weg dat belanghebbenden uiteraard de gelegenheid moeten krijgen op het voornemen van de directeur te reageren. Dit artikel voorziet daarin.

#### *Artikel 85*

Eerste lid. De directeur beslist bij beschikking omtrent het al dan niet opleggen van een voorlopige last.

Een voorlopige last dient uiteraard niet onbeperkt te kunnen voortduren. Indien bij het nemen van de beschikking al een termijn is vast te stellen, kan deze in de beschikking worden opgenomen (tweede lid).

Tijdens de duur van de last zal verder onderzoek gedaan worden naar de vermoede overtreding. Wordt het vermoeden bevestigd, dan zal dit onderzoek uiteindelijk resulteren in een rapport daaromtrent als bedoeld in artikel 59. Indien niet binnen zes maanden zo'n rapport wordt opgesteld, vervalt de voorlopige last op dat tijdstip (derde lid, onder a). Mocht eerder gedurende het onderzoek blijken dat er geen sprake is van overtreding, dan ligt het in de rede dat de directeur (al of niet op verzoek van de belanghebbende) de voorlopige last intrekt (zie artikel 87). Als wel binnen de gestelde termijn het in artikel 59 bedoelde rapport is opgesteld, volgt daarna de procedure van par. 7.2, gedurende welke de voorlopige last doorloopt. Uiteindelijk volgt dan een besluit omtrent het opleggen van een boete of een last. Op dat moment dient uiteraard de voorlopige last te vervallen (derde lid, onder b).

#### *Artikel 86*

Van een beschikking omtrent een voorlopige last wordt op dezelfde wijze kennis gegeven als van een sanctiebeschikking. Zie ook de toelichting op artikel 65.

#### *Artikel 87*

In de toelichting op artikel 85 is al aangegeven dat de directeur een voorlopige last zal intrekken als er bij nader inzien geen sprake is van een overtreding. Daarnaast kan er aanleiding zijn een voorlopige last te wijzigen of in te trekken als deze niet meer voldoet door wijziging van de marktomstandigheden.

### **Hoofdstuk 10. Decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels**

#### *Artikel 88*

Ingevolge artikel 88 van het Verdrag hebben de autoriteiten van de lid-staten de bevoegdheid de bepalingen van de artikelen 85, inclusief het

derde lid, en 86 toe te passen zolang, op grond van artikel 87 van het Verdrag, nog geen maatregelen zijn genomen die dienstig zijn voor de toepassing van de beginselen, neergelegd in de artikelen 85 en 86. Inmiddels is een aantal uitvoeringsverordeningen uitgevaardigd, waarvan de belangrijkste is Verordening nr. 17. Volgens artikel 9, eerste lid, van die verordening is uitsluitend de Commissie bevoegd om overeenkomstig artikel 85, derde lid, artikel 85, eerste lid, buiten toepassing te verklaren. Het derde lid van artikel 9 bepaalt dat de autoriteiten van de lid-staten bevoegd zijn artikel 85, eerste lid, en artikel 86 toe te passen. Deze bevoegdheid houdt op te bestaan zodra de Commissie een procedure heeft ingeleid met het oog op het afgeven van een negatieve verklaring, van een beschikking tot het beëindigen van een inbreuk of, in het geval van artikel 85, van een ontheffingsbeschikking. Ingevolge Verordening nr. 141 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 26 november 1962 betreffende niet-toepassing op de vervoersector van Verordening Raad no. 17 (PbEG 2751) is Verordening nr. 17 niet van toepassing op de vervoerssector. In de loop van de tijd zijn ook voor deze sector uitvoeringsverordeningen krachtens artikel 87 tot stand gebracht (Verordening nr. 1017 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 juli 1968 betreffende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PbEG L 175), Verordening nr. 4056 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 22 december 1986 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het Zeevervoer (PbEG L 378), en Verordening nr. 3975 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 14 december 1987 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de mededingingsregels in de sector luchtvervoer (PbEG L 374)). Deze verordeningen kennen in respectievelijk de artikelen 15, 14 en 7 een vergelijkbaar systeem als artikel 9 van Verordening nr. 17. De mogelijkheid van toepassing van de in artikel 88 van het Verdrag bedoelde bevoegdheid is thans beperkt tot enkele onderdelen van de sectoren zeevervoer (wilde vaart) en luchtvervoer.

Artikel 88 bepaalt dat de uit het voorgaande voortvloeiende bevoegdheden tot het toepassen van de artikelen 85 en 86 worden toegekend aan de directeur van de Dienst voor de mededinging.

#### *Artikel 89*

Ten einde de hem in artikel 88 toebedeelde bevoegdheden te kunnen uitoefenen moet de dienst beschikken over bevoegdheden voor onderzoek en sanctieoplegging. In artikel 89 wordt bepaald dat de bevoegdheden waarover de door de directeur aangewezen ambtenaren beschikken die zijn belast met het toezicht en onderzoek, ook gelden voor het onderzoek naar overtredingen van artikel 85, eerste lid, en 86 van het Verdrag. Daardoor geldt hoofdstuk 8 (de medewerkingsplicht) automatisch ook voor deze gevallen. De directeur staan voorts de bevoegdheden van de hoofdstukken 7 (boete en last) en 9 (voorlopige last onder dwangsom) ter beschikking, om de toepassing van de EG-mededingingsregels te kunnen effectueren.

In verband met de (theoretische) mogelijkheid dat bij de directeur op grond van artikel 88 van het Verdrag, een aanvraag om toepassing van artikel 85, derde lid, zou worden gedaan zijn tevens de procedurebepalingen voor ontheffingsverzoeken van overeenkomstige toepassing verklaard.

Voor beroep tegen beschikkingen van de directeur op grond van artikel 88 is de in artikel 92 aangewezen rechtbank bevoegd. Ingevolge artikel 177 van het Verdrag kan de rechtbank, in geval van twijfel of onduidelijkheid, prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Uit artikel 9, derde lid, van Verordening nr. 17, en de daarmee corres-

ponderende bepalingen van de hierboven onder artikel 88 genoemde verordeningen in de vervoerssector, vloeit voort dat de Commissie een door de directeur ingezette procedure te allen tijde kan «overnemen» door een procedure op grond van Verordening nr. 17 in gang te zetten. Indien een zaak door de directeur in behandeling is genomen omdat de Commissie deze heeft doorverwezen ligt dit echter niet in de lijn der verwachting.

## **Hoofdstuk 11. Gebruik van gegevens**

### *Artikel 90*

In paragraaf 12.1 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is de reden voor deze bepaling uiteengezet. Anders dan de overige bepalingen in dit wetsvoorstel is hierbij niet voorzien in bestuursrechtelijke handhaving. Het is immers in de Nederlandse bestuurlijke verhoudingen niet goed voorstelbaar dat de directeur niet tot zijn dienst behorende ambtenaren boeten zou gaan opleggen. In voorkomende gevallen kan eventueel op grond van artikel 272 van het Wetboek van Strafrecht worden opgetreden.

### *Artikel 91*

In aanvulling op hetgeen in paragraaf 12.2 van het algemeen deel van deze memorie is opgemerkt, wijs ik erop dat de directeur, alvorens gegevens te verstrekken, zich ervan zal moeten vergewissen dat aan de onder a en b gestelde voorwaarden is voldaan. Hierbij zal hij niet alleen acht moeten slaan op wettelijke voorschriften omtrent geheimhouding en gebruik van gegevens in het desbetreffende land, maar ook op de toepassing daarvan in de praktijk.

## **Hoofdstuk 12. Rechtsbescherming**

### *Artikel 92*

In paragraaf 11.2 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is uiteengezet dat toepassing van de materiële verboden van dit wetsvoorstel een bijzondere deskundigheid vergt met betrekking tot de analyse van marktstructuren en van de gevolgen van concurrentiebeperkingen. Vooral hierom is gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving. Dat betekent dat over de hele linie van dit wetsvoorstel, dus zowel ten aanzien van ontheffingen en ten aanzien van beschikkingen omtrent het al dan niet verlenen van een concentratievergunning als ten aanzien van sancties, sprake zal zijn van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Zaken met betrekking tot de toepassing van de Wet economische mededinging worden thans – in eerste en enige aanleg – behandeld door het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Omdat op grond van artikel 14, vijfde lid, van het IVBP in geval van punitieve sancties rechtspraak in twee instanties is voorgeschreven, zal de bestaande rechtsgang niet kunnen worden gecontinueerd. De gebruikelijke rechtsgang, als een bijzondere administratieve rechter geen optie is, is beroep bij de rechtbank, gevolgd door hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Omdat het niet wenselijk is dat binnen één wet verschillende rechtsgangen bestaan, zal deze rechtsgang niet alleen gelden voor sancties, maar voor alle besluiten op grond van de mededingingswet. De rechters die daarover zullen moeten oordelen, zullen moeten beschikken over specifieke deskundigheid inzake het mededingingsrecht en de daarbij aan de orde komende economische begrippen. Voorts verwacht ik dat het aantal beroepszaken beperkt zal zijn. Hoewel moeilijk een concrete voorspelling valt te doen, kan een indicatie

van het aantal beroepszaken worden ontleend aan het aantal zaken dat het Gerecht van eerste aanleg van de EG gemiddeld per jaar te behandelen krijgt. Dat aantal ligt rond de 15 zaken. Ongeveer acht daarvan hebben betrekking op de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag. Daartoe behoren niet alleen sanctiebeschikkingen, maar ook beschikkingen op aanvragen om een ontheffing op basis van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag. Het aandeel van het aantal beroepszaken tegen beschikkingen met betrekking tot gemelde concentraties is tot nu toe bescheiden. De overige beroepszaken hebben betrekking op afwijzing van klachten en procedurele kwesties, zoals aanvragen om toegang tot bepaalde dossiers etcetera. Afgaande op dat aantal zal ook het aantal beroepszaken bij de Nederlandse administratieve rechter tegen beschikkingen op basis van de mededingingswet beperkt zijn. In dergelijke gevallen kan worden gekozen voor concentratie van de rechtsmacht in eerste aanleg bij één rechtbank, in afwijking van het algemene stelsel waarin alle negentien rechtbanken bevoegd zijn. Daarom is in dit wetsvoorstel gekozen voor toedeling van de rechtsmacht in eerste aanleg aan de rechtbank te Rotterdam. Voorts zal, in overleg met de betrokkenen, worden bezien op welke wijze ook in het nieuwe stelsel geprofiteerd kan blijven worden van de thans bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven aanwezige en alom geapprecieerde expertise op dit specifieke rechtsterrein.

### **Hoofdstuk 13. Wijzigingen in andere wetten**

#### *Artikel 95*

Op grond van artikel 8a, eerste lid, onderdeel c, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 zijn geldboeten, opgelegd door een instelling van de Europese Gemeenschappen, niet aftrekbaar. Op grond van artikel 8 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geldt hetzelfde voor de vennootschapsbelasting. Dit artikel voorziet erin dat voor boeten, opgelegd op grond van overtreding van de Mededingingswet, hetzelfde zal gelden als voor boeten, opgelegd door de Commissie voor overtreding van de mededingingsregels van het EG-Verdrag.

### **Hoofdstuk 14. Overgangsbepalingen**

Hoofdstuk 14 van dit wetsvoorstel bevat bepalingen van overgangsrecht. Deze zijn beperkt tot het kartelverbod, omdat er civielrechtelijke gevolgen zijn verbonden aan overtreding ervan, en omdat op grond van de huidige Wet economische mededinging in bepaalde gevallen ontheffingen voor de op basis van die wet verboden afspraken kunnen worden verkregen. Voor het van kracht worden van het verbod van misbruik van machtspositie is geen overgangsrecht nodig.

Het verbod van artikel 6 is in bepaalde opzichten ruimer dan de verboden vervat in de thans geldende regelingen op basis van de Wet economische mededinging. Voor de op het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 6 geldende overeenkomsten, besluiten en plaats vindende onderling afgestemde feitelijke gedragingen, wordt in artikel 97 een overgangsregeling getroffen. De betrokkenen hebben drie maanden de tijd om een ontheffing op basis van de Mededingingswet aan te vragen. Gedurende die drie maanden en, als een ontheffing is aangevraagd, totdat daarop is beslist, geldt het verbod niet (eerste lid). Verwacht kan worden dat voor een groot deel van de bestaande overeenkomsten, besluiten en gedragingen een ontheffing zal worden aangevraagd. Hoewel onduidelijk is hoe groot het aantal ontheffingsaanvragen zal zijn, is niet uit te sluiten dat het voor de dienst voor de mededinging niet doenlijk zal zijn deze groep van ongeveer tegelijkertijd ingediende aanvragen alle af te werken

binnen de termijnen van artikel 19. Daarom is voor deze gevallen voorzien in langere beslistermijnen (tweede lid).

Op in behandeling zijnde ontheffingsaanvragen ten tijde van de inwerkingtreding van artikel 6 wordt beslist op grond van het nieuwe recht (artikel 98). Verleende ontheffingen blijven geldig, totdat de termijn waarvoor zij zijn verleend is verstreken. Verlenging, wijziging of intrekking is niet mogelijk (artikel 99). Wil men de regeling ook na afloop van de termijn waarvoor ontheffing was verleend voortzetten, dan zal tijdig een ontheffing op basis van artikel 17 moeten worden aangevraagd.

Het is niet uitgesloten dat bij de inwerkingtreding van artikel 6 nog bezwaar- of beroepsprocedures lopen tegen ontheffingsbeschikkingen (het zal in de praktijk gaan om weigeringen), genomen op grond van de Wet economische mededinging. Hierop blijft het oude recht van toepassing (artikel 100). Dat betekent onder meer dat op zo'n bezwaar of beroep beslist wordt door de Minister van Economische Zaken c.q. het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Wordt alsnog een ontheffing verleend, dan geldt artikel 99. Overigens staat het de betrokkenen vrij hun bezwaar of beroep in te trekken en opnieuw een ontheffing aan te vragen op basis van de nieuwe wet.

#### *Artikel 101*

Voor een toelichting op het tweede en derde lid verwijs ik naar de paragrafen 6.1.5 onderscheidenlijk 10.5 van het algemeen deel van deze toelichting.

De Minister van Economische Zaken,  
G. J. Wijers

## **BIJLAGE BIJ DE MEMORIE VAN TOELICHTING**

### **LIJST VAN GEBRUIKTE AANDUIDINGEN EN AFKORTINGEN**

Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bagatel-bekendmaking	bekendmaking van de Commissie van 3 september 1986 (PbEG C 231/2) inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap vallen
Commissie	Commissie van de Europese Gemeenschappen
EG-concentratieverordening	verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEG 1990, L 257)
EG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EVRM	Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
Toetsingscommissie	Commissie inzake de Toetsing van Wetgevingsprojecten
Verordening nr. 17	Verordening (EEG) nr. 17/62 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 6 februari 1962 betreffende de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (Pb nr. 13 van 21 februari 1962, blz. 204/62)