

Vergaderjaar 1992-1993

23 306

Wijziging van de Wet economische mededinging (vergroting van de effectiviteit)**B****ADVIES RAAD VAN STATE****NADER RAPPORT**

Aan de Koningin

Aan de Koningin

's-Gravenhage, 5 juli 1993

's-Gravenhage, 25 augustus 1993

Bij Kabinetsmissive van 8 maart 1993, no.93.001968, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt een voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van de Wet economische mededinging (vergroting van de effectiviteit).

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 8 maart 1993, nr. 93 001968, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 5 juli 1993, nr. W10.93 0119, bied ik U hierbij aan.

1. Een belangrijk element van de voorgestelde omschrijving van het begrip ondernemer in artikel 1, eerste lid, van de Wet economische mededinging (WEM) is deelneming aan het economische verkeer. In de memorie van toelichting ware naar het oordeel van de Raad van State nader in te gaan op de vraag wat hieronder precies moet worden verstaan en of bepaalde sectoren daarvan zijn uitgesloten. Met het oog op de gewenste overeenstemming met het gemeenschapsrecht ware daarbij mede te betrekken de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap inzake het in artikel 85 van het EEG-Verdrag voorkomende begrip onderneming. In dit verband kan onder meer worden verwezen op het arrest van het Hof van 17 februari 1993 in de gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 (Poucet en Pistre) waarin de vraag wordt behandeld wanneer in de context

1. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State wordt in de memorie van toelichting nader ingegaan op de vraag wat moet worden verstaan onder het in het voorgestelde eerste lid van artikel 1 van de Wet economische mededinging (artikel 1, onderdeel A, van het wetsvoorstel) voorkomende begrip «deelneming aan het economisch verkeer» en wordt aangegeven dat het hierbij gaat om de markten voor goederen en diensten.

Tevens wordt, zoals de Raad adviseert, in de memorie van toelichting met betrekking tot de voorgestelde omschrijving in artikel 1, eerste lid, van de Wet economische mededinging van het begrip «ondernemer» ingegaan op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen inzake het in artikel 85 van het EEG-Verdrag voorkomende begrip «onderneming», waaronder het recente arrest van het Hof van

van het gemeenschappelijke mededingingsrecht sprake is van economische activiteiten.

2. Ingevolge het geldende tweede lid van artikel 1 WEM wordt onder onderneming mede verstaan een bedrijf waarmede niet wordt beoogd het maken van winst. Voorgesteld wordt dit artikellid te laten vervallen (Artikel I, onder A, van het ontwerp). Dit is volgens de memorie van toelichting mogelijk, omdat onder de voorgestelde definitie van het begrip ondernemer ook natuurlijke of rechtspersonen vallen die een beroep of bedrijf uitoefenen zonder winstoogmerk (artikelsgewijze toelichting, onder artikel I). De Raad meent dat de voorgestelde definitie van het begrip ondernemer niet tot deze uitleg dwingt. In de wettekst zelf ware daarom tot uitdrukking te brengen dat het gaat om deelname aan het economisch verkeer met of zonder winstoogmerk.

3. Ingevolge de geldende tekst van artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, WEM moet van een mededingingsregeling mededeling worden gedaan door de eigenaren van in Nederland gevestigde ondernemingen dan wel in Nederland gevestigde vrije-beroepsbeoefenaren die bij de regeling zijn betrokken. Voorgesteld wordt deze bepaling aldus te wijzigen dat die mededelingsplicht komt te rusten op de ondernemers die in Nederland aan het economisch verkeer deelnemen en bij de regeling zijn betrokken (Artikel I, onder C, van het ontwerp). In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat deze beperking van de definitie van «ondernemer» is aangebracht om uit te sluiten dat de wet extra-territoriale werking zou krijgen. Daarom is, aldus de memorie van toelichting, een zodanig formulering gekozen dat niet de statutaire vestiging van de ondernemer bepalend is, maar het de facto deelname aan het economisch verkeer in Nederland (artikelsgewijze toelichting, artikel I, onder C). Deze toelichting is de Raad niet geheel duidelijk. De voorgestelde wijziging heeft immers tot gevolg dat aan de wet nu juist wel een, zij het beperkte, extra-territoriale werking wordt toegekend: de

besluitingspraktijk van de EG-Commissie ter zake.

2. Overeenkomstig de opmerking van de Raad is – in samenhang met het vervallen van artikel 1, tweede lid, van de wet (artikel I, onderdeel A, van het wetsvoorstel) – in de voorgestelde omschrijving van het begrip «ondernemer» tot uiting gebracht dat het bij deze omschrijving gaat om een ondernemer die aan het economisch verkeer deelneemt «met of zonder winstoogmerk».

3. Naar aanleiding van de opmerking van het college ten aanzien van het voorgestelde eerste lid, aanhef en onder a, van artikel 2 van de wet (artikel I, onderdeel C, van het wetsvoorstel) is nader bezien op welke wijze de plicht tot mededeling van mededingingsregelingen door ondernemers het beste kan worden geregeld. Bij nadere overweging is besloten de aanvankelijke wens om uit te sluiten dat de meldingsplicht enig extra-territoriaal effect kan hebben, te laten vallen. Dit heeft geen gevolgen voor de definitie. Ter zake merk ik op dat bij niet-naleving van de verplichting tot aanmelding de in het buitenland gevestigde ondernemers zo nodig door de strafrechter veroordeeld kunnen worden. Voorts is het mogelijk, in het geval zij een eventueel opgelegde boete niet vrijwillig voldoen, verhaal op goederen dan wel op bank- of girorekeningen te zoeken op grond van de artikelen 573 en volgende van het Wetboek van Strafvordering. De toelichting is naar aanleiding hiervan gewijzigd.

mededelingsplicht geldt nu, anders dan vroeger, ook voor in het buitenland gevestigde ondernemers die in Nederland aan het economisch verkeer deelnemen en bij de regeling zijn betrokken. Voorts vraagt de Raad zich af of de hier voorgestelde verruiming van het bereik van de WEM enig effect kan sorteren. De Raad wijst er in dit verband op dat in de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke ontwerp van de WEM (Kamerstukken II 1953/54, 3295) omtrent het huidige artikel 2, eerste lid, onder a, werd opgemerkt dat de naleving van de aanmeldingsverplichting, indien opgelegd aan niet in Nederland gevestigde ondernemingen, moeilijk af te dwingen zou zijn. In verband hiermee ware de werking van deze bepaling te beperken tot in Nederland gevestigde ondernemers die in Nederland aan het economische verkeer deelnemen. Indien daartoe niet wordt overgegaan, ware in de memorie van toelichting uiteen te zetten waarom de regering thans wel meent dat de voorgestelde verruiming effectief kan zijn.

4. Voorgesteld wordt de van rechtswege opschortende werking van het beroep te laten vervallen in de gevallen, bedoeld in artikel 9g, derde en vijfde lid, en in de gevallen, bedoeld in artikel 12, tweede en vierde lid, WEM. In die gevallen wordt dus teruggekeerd naar de algemene regel dat het beroep geen schorsende werking heeft en dat schorsing van het aangevochten besluit slechts kan worden verkregen door een rechterlijke voorlopige voorziening. De Raad vraagt zich af waarom deze weg niet is doorgetrokken naar artikel 8, derde lid.

Indien zulks met opzet niet is gebeurd, ware de reden daarvan in de memorie van toelichting te vermelden. Anders ware laatsgenoemd artikel aan te passen.

4. De Raad vraagt waarom niet ook in artikel 8, derde lid, van de wet de van rechtswege opschortende werking van beroep tegen de wijziging of intrekking van ontheffingen, anders dan overeenkomstig een verzoek, van mededingingsregelingen die algemeen verbindend zijn verklaard, vervalt. Ter zake merk ik op dat in het aan de Raad voorgelegde wetsvoorstel hierin niet werd voorzien, vanwege de wel zeer beperkte toepassing die in de praktijk sinds de inwerkingtreding van de Wet economische mededinging aan de algemeen verbindendverklaring van mededingingsregelingen is gegeven.

Naar aanleiding van de vraag van de Raad meen ik echter bij nadere overweging dat het uit een oogpunt van consistente regelgeving wenselijk is de opschortende werking van rechtswege van beroep ook in dit artikel te laten vervallen. Principieel gezien is er geen reden om de snelle inwerkingtreding van beschikkingen tot wijziging of intrekking van ontheffingen van algemeen verbindend verklaarde mededingingsregelingen anders te beoordelen dan die tot wijziging of intrekking van ontheffingen van onverbindend verklaarde regelingen.

In verband hiermee zijn in het wetsvoorstel en de memorie van

5. Voor een redactionale kanttekening moge het college verwijzen naar de bij het advies behorende bijlage.

gehouden.

In de memorie van toelichting is voorts nog een inhoudelijke wijziging aangebracht en zijn daarnaast nog enige wijzigingen van redactionele aard aangebracht.

In de wet van 10 december 1992 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties (Stb. 1993, 11) is door artikel II, onder A, artikel 6, eerste lid, onder 4^o, van de Wet op de economische delicten gewijzigd. Deze wet is op 1 maart 1993 in werking getreden (Stb. 98). Door deze wijziging is het mogelijk geworden gedragingen in strijd met de Wet economische mededinging te bestraffen met een geldboete van maximaal f 25 000, onderscheidenlijk f 100 000 voor een rechtspersoon. De memorie van toelichting is naar aanleiding hiervan aangepast (paragraaf 11 van het algemeen deel en de toelichting op artikel II).

Ik meen dat dit geen gevolgen behoeft te hebben voor artikel II van het wetsvoorstel. Het blijft immers van belang dat opzettelijke gedragingen in strijd met de wet worden aangemerkt als misdrijven, gelet op de langere verjaringstermijn van zes jaren in plaats van twee jaren. Dit komt het opsporingsonderzoek, dat gelet op de gedragingen gecompliceerd van karakter is en daardoor veelal langdurig van aard, ten goede.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De waarnemend Vice-President van de Raad van State,
G. H. Veringa

De Staatssecretaris van Economische Zaken,
Y. C. M. T. van Rooy

**Redactionele kanttekening,
behorende bij het advies
no. W10.93.0119 van de Raad van
State van 5 juli 1993**

– De redactie van de tweede en derde volzin van de tweede alinea van de toelichting op de artikelen Q, S en T ware te verbeteren.