

Vergaderjaar 1993–1994

23 306

## Wijziging van de Wet economische mededinging (vergroting van de effectiviteit)

Nr. 6

### EINDVERSLAG

Vastgesteld 21 december 1993

De vaste Commissie voor Economische Zaken<sup>1</sup>, belast met het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel, heeft de eer als volgt verslag uit te brengen van haar bevindingen. Onder het voorbehoud dat de regering de vragen tijdig zal hebben beantwoord, acht de commissie de openbare beraadslaging van dit wetsvoorstel voldoende voorbereid.

#### 1. Inleiding

De leden van de CDA-fractie hadden met instemming kennisgenomen van de memorie van antwoord en hoopten op een spoedige afhandeling van het voorliggende wetsvoorstel. Eveneens hadden zij met instemming kennisgenomen van de spoedige aanvraag van advies bij de Sociaal-Economische Raad (SER) en de Commissie Economische Mededinging (CEM) inzake een grondige revisie van de Wet economische mededinging (WEM). Naar hun mening zouden deze adviesaanvragen aan een termijn moeten worden gebonden, zodat de genoemde datum voor een afronding van deze nieuwe wetgeving (1997) in de volgende regeringsperiode ook kan worden gerealiseerd.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre het voorliggende wetsvoorstel aansluit bij de convergentie van wetgeving in Europa, stelden deze leden de vraag of een strafrechtelijke handhaving in het kader van de misbruikwetgeving zich verdraagt met het systeem van vrijstellingverordeningen dat actueel wordt bij de invoering van een besluit marktverdelingsregelingen. Een dergelijk systeem van vrijstellingsverordeningen is immers ontleend aan de Europese verbodswetgeving met de daarbij behorende administratiefrechtelijke handhaving.

Tenslotte vroegen de leden van de CDA-fractie of nog mag worden uitgegaan van de openbaarmaking van een marktverdelingsbesluit gedurende dit kalenderjaar. Naar hun mening is het zeer ongelukkig dat de ruime tijd die de Raad van State gebruikt om te adviseren het tempo uit de in gang gezette aanscherping van het mededingingsbeleid haalt.

De leden van de PvdA-fractie toonden zich tevreden over de beantwoording van hun vragen en opmerkingen in de memorie van antwoord. In het bijzonder gold dat voor de voortgang met betrekking tot het voorbereiden van de adviesaanvraag over het vervangen van de WEM

Samenstelling: Leden: Van Dis (SGP), Spieker (PvdA), Lansink (CDA), Gerritse (CDA), Van Erp (VVD), Van der Linden (CDA), Van Iersel (CDA), ondervoorzitter, Blaauw (VVD), Rempt-Halmmans de Jongh (VVD), Tommel (D66), Vos (PvdA), voorzitter, G. H. Terpstra (CDA), Van Gelder (PvdA), Boers-Wijnberg (CDA), Van Rijn-Vellekoop (PvdA), Feenstra (PvdA), Ter Veer (D66), Lonink (PvdA), G. de Jong (CDA), Witteveen-Hevinga (PvdA), Rosenmüller (GroenLinks), Kersten (PvdA) en Ramlal (CDA). Plv. leden: E. van Middelkoop (GPV), Huys (PvdA), Van Vlijmen (CDA), Mateman (CDA), Verbugt (VVD), Van der Hoeven (CDA), Wolters (CDA), Remkes (VVD), De Korte (VVD), Schimmel (D66), Vermeend (PvdA), Van Houwelingen (CDA), Verspaget (PvdA), Reitsma (CDA), Akkerman (PvdA), J.H. van den Berg (PvdA), Ybema (D66), Leerling (RPF), Doelman-Pel (CDA), Van Traa (PvdA), Van Ojik (GroenLinks), Melkert (PvdA) en Van Dijk (CDA).

door een nieuwe op een verbodstelsel gebaseerde wet die aansluit op het Europees kartelrecht. Zij vroegen nog wel of de adviesaanvraag bij zowel de SER als de CEM niet zeer vertragend zal werken. Is hier geen sprake van overlapping en nodeloos tijdverlies, zo vroegen deze leden. Daarom zouden zij graag, alvorens in te stemmen met een adviesaanvraag bij beide instanties, het tijdpad voor de totstandkoming van de nieuwe wet willen weten. Volgens deze leden zou het sneller dan 4 jaar moeten kunnen.

Op het punt van het toezicht op concentraties, vonden de leden van de PvdA-fractie het antwoord van de regering niet alleen onvoldoende, maar ook misleidend. Zij stelden dat op grond van de SER-fusiegedragscode een voorgenomen fusie immers slechts op procedurele aspecten (met nauwelijks sanctiemogelijkheden) kan worden getoetst, namelijk op bescherming van belangen van aandeelhouders en werknemers. Als aan die procedureregels is voldaan, kan de SER-commissie geen bezwaar maken, ook al zou ten gevolge van die fusie een monopoliepositie ontstaan. Omdat de SER-fusiegedragscode en het materieel concentratie-toezicht totaal verschillende zaken zijn en Nederland op dat laatste in de EU wel uit de pas loopt en er een relatie is met mededingingswetgeving, achten de leden van de PvdA-fractie een relatie wel opportuun. Indien niet bij deze wijziging, dan toch in ieder geval bij de nieuwe wet. Zij hoorden graag een reactie op dit punt.

De leden van de VVD-fractie hadden met belangstelling kennisgenomen van de antwoorden van de regering op de vragen en de reacties op de opmerkingen.

Deze wijziging van de WEM is – zo meenden de leden – een stap die past in de geleidelijke intensivering van het mededingingsbeleid. Zij constateerden dat deze intensivering aansluit bij de zogeheten convergentie binnen Europa. Met de regering waren de leden van de VVD-fractie op voorhand de mening toegedaan dat de onderhavige wijziging meer van technische aard dan van een fundamentele is.

Ten aanzien van de door de regering ontkende politieke druk wilden de leden op een punt enige toelichting, te weten de meer dan gemiddelde belangstelling waarmee – naar gezegd wordt – de Europese Commissie de ontwikkeling in Nederland volgt. Is dat gebleken uit concrete acties van de zijde van de Commissie, of neemt de regering dit gemakshalve aan?

De leden van de fractie van D66 hadden met belangstelling kennisgenomen van de antwoorden van de regering. Zij hadden naar aanleiding van deze beantwoording nog enkele vragen en opmerkingen.

De leden van de D66-fractie spraken – gezien het grote belang dat zij hechtten aan een nieuwe WEM vanwege de tekortkomingen van de huidige WEM – de hoop uit dat het verwachte invoeringsjaar van de nieuwe WEM (1997) nog enigszins naar voren zou kunnen worden gehaald.

Deze leden zeiden enigszins verrast te zijn door de passage in de memorie van antwoord over de relatie tussen het Nederlandse en het Europese mededingingsregime. De regering stelt dat zij, op basis van een verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven, als uitgangspunt heeft dat het Nederlandse mededingingsregime niet strenger dient te zijn dan het Europese. De hier aan het woord zijnde leden vonden dat de strengheid van het mededingingsregime in Nederland af zou moeten hangen van andere uitgangspunten dan verzoeken van het georganiseerde bedrijfsleven. *Uitgangspunt van het mededingings- en ordeningsbeleid zou moeten zijn het bevorderen van een optimale allocatie van alternatief aanwendbare middelen in het kader van het algemeen belang.* In dit kader zou bijvoorbeeld de overheid de belangenbehartiger kunnen zijn van ondernemers die potentiële concurrenten zijn voor het bestaande (georganiseerde) bedrijfsleven. Zou het verder niet denkbaar zijn dat,

indien het voor de economische dynamiek in Nederland wenselijk zou zijn, het mededingingsregime in Nederland strenger zou kunnen zijn dan in de Europese Unie, zo vroegen de leden van de fractie van D66.

## **2. Aide memoire van de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties**

Mede namens de leden van de fracties van het CDA, de VVD en D66, vroegen de leden van de PvdA-fractie de regering te reageren op de kritiek die door de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties (RCO) op het wetsvoorstel is geuit. De leden van deze fracties waren van mening dat door dit aide memoire in dit eindverslag op te nemen, de kritiek in het eindoordeel kan worden meegewogen. Zij wilden echter benadrukken dat uit de opnemings van dit aide memoire van de RCO niet al een oordeel van de zijde van de Kamer uitgaat. De leden van de PvdA-fractie hadden wel de indruk dat het door de regering voorgestelde systeem beter met het Europees recht spoort dan het geldende. Het aide memoire luidt als volgt:

«Het wetsvoorstel wordt aan de Kamer gepresenteerd als een technische aanpassing van de Wet economische mededinging, die ten doel heeft de effectiviteit van de WEM te vergroten. Bij nadere bestudering van het wetsvoorstel blijkt echter dat het hier gaat om fundamentele wijzigingen van de Nederlandse kartelwetgeving die de rechtspositie van de betrokken ondernemingen op ontoelaatbare wijze aantast.

Door het verbod van afgestemd feitelijk gedrag, het gedeeltelijk opheffen van de van rechtswege opschortende werking in het kader van ontheffingen en het uitbreiden van de bevoegdheden van de Economische Controle Dienst (EDC), worden elementen geïntroduceerd die niet thuishoren in een wetgevingssysteem dat uitgaat van strafrechtelijke handhaving van de gestelde normen. Een strafrechtelijke handhaving die inherent is aan het misbruikssysteem, waarbij in principe mededingingsregelingen zijn toegestaan, tenzij deze expliciet verboden worden. Overtreding van een dergelijk verbod betekent in de meeste gevallen een misdrijf.

Aan een strafrechtelijk te handhaven norm worden bijzondere eisen gesteld. Het moet voor de betrokkenen duidelijk zijn wanneer zij wel of niet in strijd met de norm handelen. Dat betekent dat de norm scherp en duidelijk moet kunnen worden afgebakend.

Het EG-verbodssysteem kent daarentegen een administratiefrechtelijke handhaving. Alles is verboden, tenzij een vrijstellingsverordening van toepassing is of een ontheffing is verkregen. Deze vrijstellingsverordeningen zijn geen statische, voor het strafrecht hanteerbare scherp afgegrensde normen. Het zijn operationele voorschriften die aan de markt ontleend zijn en met enige regelmaat aangepast worden aan de gewijzigde inzichten en omstandigheden. Problemen ontstaan nu wanneer op grote schaal deze Europeesrechtelijke normen zonder meer in Nederlandse wetgeving worden geïncorporeerd. En dat gaat gebeuren nu volgend voorjaar het Besluit Marktverdelingsregelingen van kracht gaat worden. Tegelijkertijd worden immers de EG-vrijstellingsverordeningen van kracht, zoals die ten aanzien van de R- en D-overeenkomsten, franchising, joint ventures, licentie-overeenkomsten, alleenverkoop-overeenkomsten, know-how licentie-overeenkomsten etc. Dat betekent dat op dat moment de Nederlandse overheid, administratiefrechtelijke normgeving ontleend aan het EG-verdrag, langs strafrechtelijke weg gaat handhaven. Bekendmakingen, een door de Europese Commissie gehanteerd instrument om haar beleid ten aanzien van bepaalde categorieën mededingingsregelingen uiteen te zetten – de bekendste is de zogenaamde bagatelbekendmaking op grond waarvan de Commissie niet

optreedt tegen kartels met onder meer een gezamenlijke omzet van 200 miljoen ECU of minder – worden door de regering juist om die reden (strafrechtelijk niet te handhaven) niet in het Nederlandse recht overgenomen.

Tegen deze achtergrond vraagt de RCO bijzondere aandacht voor de volgende elementen in het thans aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Wet economische mededinging:

**\* Onderling afgestemd feitelijk gedrag**

In artikel 16 wordt het verbod op onderling afgestemd feitelijk gedrag ingevoerd. Uit de toelichting op dit artikel blijkt dat het hier gaat om een buitengewoon vage normomschrijving. Vallen adviesprijzen hier nu wel of niet onder? Is het verstrekken van kostprijsberekeningen nu wel of geen strafbaar feit?

Wanneer wij de toelichting goed begrijpen, wordt de vraag of er sprake is van afstemming dan wel feitelijk gedrag bepaald aan de hand van het effect op de markt. Een effect dat op de voorhand niet in te schatten valt. Recente rechtspraak van het Hof van Justitie (tweede Houtpulp-arrest van 31 maart 1993) laat nog eens zien hoe moeilijk hanteerbaar dit begrip in de praktijk is. De Nederlandse regering wil nu dit moeilijk af te grenzen operationele begrip strafrechtelijk gaan handhaven.

**\* Afschaffing van de van rechtswege opschortende werking**

Het wetsvoorstel voorziet de afschaffing van de van rechtswege opschortende werking van beroep. Naar de mening van de RCO is de in de huidige WEM geregelde opschortende werking inherent aan het aan de WEM ten grondslag liggende misbruikstelsel. Een mededingingsregeling is in principe toegestaan zolang deze niet uitdrukkelijk verboden is. Dit principe wordt nu verlaten, ondanks het feit dat het misbruikstelsel als zodanig gehandhaafd blijft. Echt problematisch wordt deze afschaffing van de opschortende werking op het moment dat het Besluit Marktverdelingsregelingen van kracht wordt en met dit besluit de hierboven genoemde EG-vrijstellingsverordeningen. In de EG kunnen ondernemingen, wanneer zij niet zeker zijn of zij binnen de vrij algemeen gestelde voorwaarden van de vrijstellingsverordening vallen, de Commissie om een zogenaamde negatieve verklaring vragen. In een negatieve verklaring doet de EG-Commissie een beleidsuitspraak ten aanzien van de desbetreffende mededingingsregeling. In het systeem van de WEM, met een strafrechtelijke handhaving, is het afgeven van een dergelijke verklaring niet mogelijk.

Wat betekent één en ander in dit verband? Bij onduidelijkheid of men nu wel of niet onder een dergelijke vrijstellingsverordening valt, blijft voor ondernemingen in het Nederlandse systeem niets anders over dan een ontheffing te vragen. Nu een ontheffingsverzoek in Nederland geen opschortende werking meer heeft, betekent dit in feite dat de Nederlandse wetgeving op dit punt in effect strenger is en aanmerkelijk minder pragmatisch is dan het EG-beleid: in Brussel vraagt men om een negatieve verklaring, in Nederland is daarentegen alleen een formeel ontheffingsverzoek mogelijk dat geen opschortende werking meer tot gevolg heeft.

Verder vraagt de RCO zich af hoe het zit met de op het moment van invoering van de wetswijziging aanhangige beroepen. In hoeverre heeft de afschaffing van de opschortende werking ook consequenties voor de desbetreffende mededingingsregelingen?

**\* Uitbreiding van controlerende bevoegdheden**

De staatssecretaris wil de bevoegdheden van de Economische Controle Dienst aanmerkelijk uitbreiden. In de toekomst zullen opsporingsambtenaren van deze dienst ook een toezichthoudende bevoegdheid krijgen. Eén en ander betekent dat opsporingsambtenaren ook zonder dat er sprake is van een redelijk vermoeden dat de wet is overtreden, een onderzoek mogen instellen bij ondernemingen. De facto betekent dit in de praktijk dat ECD-ambtenaren in de vorm van wat in het EG-jargon als een niet toelaatbare «fishing expedition» aangeduid wordt, bij ondernemingen een onderzoek kunnen instellen. In feite krijgen ECD-ambtenaren een verdergaande onderzoeksbevoegdheid dan hun EG-collega's. Wij wijzen in dit verband naar op het (...) antwoord van de EG-Commissie op een vraag uit het EG-parlement d.d. 24 februari 1992. Gezien het feit dat er in Nederland sprake is van een misbruikstelsel met strafrechtelijke handhaving, is er juist sprake van noodzaak van een grotere rechtsbescherming – zelfincriminatie! – voor ondernemingen, dan in het EG-recht.

\* De introductie van het begrip «ondernemer» in artikel 1

In artikel 1 wordt het begrip «ondernemer» geïntroduceerd, waarmee zowel de eigenaar van de onderneming als de zelfstandige beroeps- of oefenaar worden bedoeld. In de toelichting wordt duidelijk dat hier een definitie gehanteerd wordt die voor een deel ontleend wordt aan de inhoud van het begrip «onderneming» in de jurisprudentie van het EG-Hof van Justitie, maar anderzijds daar weer van afwijkt doordat «ondernemingen» die in het kader van een sociale functie aan het economisch verkeer deelnemen, niet onder het EG-begrip «onderneming», maar wel onder het WEM-begrip «ondernemer» vallen. Verwarrend en onduidelijk, temeer daar bijvoorbeeld in het Nederlandse (fiscale) recht weer onderscheid gemaakt wordt tussen ondernemer en onderneming.

Tegen de achtergrond van het bovenstaande concluderen wij dat het onderhavige wetsvoorstel op ontoelaatbare wijze de rechtspositie van ondernemingen aantast. De RCO acht het bovendien onjuist dat nu, aan de vooravond van de invoering van een nieuwe mededingingswetgeving in Nederland met daaraan voorafgaand het adviseringstraject via SER en de Commissie Economische Mededinging, dergelijke fundamentele wijzigingen van de bestaande misbruikwetgeving worden doorgevoerd. Wij hebben al in een eerder stadium opgemerkt, dat het inbouwen van een semi-verbodstelsel in de huidige WEM door de invoering van een drietal generieke verbodmaatregelen tot grote onduidelijkheid en rechtsonzekerheid leidt. Het zonder meer overnemen in een strafrechtelijk gehandhaafde nationale regelgeving van normen die opgesteld zijn voor administratiefrechtelijke handhaving is bovendien vanuit wetgevings-technisch oogpunt onaanvaardbaar.

### **3. Krachtens artikel 15 verboden gedragingen**

De leden van de PvdA-fractie kwamen nog terug op hun opmerkingen over uitwijkgedrag dat kan optreden bij een onverbindendverklaring van mededingingsregelingen. Mochten zij uit de memorie van antwoord afleiden dat een aantal door hen genoemde zaken nu het kader van de wetwijziging te buiten gaat, maar naar het oordeel van de regering wel geregeld moeten worden in de nieuwe wet? Met betrekking tot de relatie tussen uitwijkgedrag en de prijzenwet (leveringsweigering, boycot) constateert de regering in de memorie van antwoord dat er sprake is van een misverstand, daarbij verwijzend naar geheel verschillende doelstellingen. De leden van de PvdA-fractie echter keken in het bijzonder naar de einduitkomst. En die einduitkomst is dat er in een aantal gevallen door een dominante machtspositie (regionaal: melk; sectoraal: koffie bijvoorbeeld) een gedrag ontstaat dat niet aanvaardbaar is. Zij constateerden dat op deze wijze (door bijvoorbeeld dreiging met leveringsweigering) feitelijk

de bedoeling van de wet wordt ontlopen, en er toch sprake is van prijsafspraken. Als de regering daar hier geen plaats voor ziet, hoe wil zij dan wel tegen dit onbedoelde machtsgebruik optreden? De leden van de PvdA-fractie stelden dat de mogelijkheid om strafrechtelijk op te treden tegen het uitoefenen van feitelijke dwang tot naleving van generieke onverbindend verklaarde bepalingen in mededingingsregelingen vervalt in het wetsvoorstel (huidige tekst artikel 15), hetgeen zij in strijd achtten met de strekking van het wetsvoorstel. Ook constateerden deze leden dat de minister of staatssecretaris inderdaad kan optreden tegen bepaalde vormen van feitelijk gedrag die misbruik van machtsposities opleveren, maar dat dat optreden veel tijd en moeite kost en pas effect sorteert nadat zo'n maatregel van kracht is geworden. Zij plaatsten vraagtekens bij de effectiviteit van deze mogelijkheden. In dat verband betwijfelden deze leden de opvatting die door de regering wordt verdedigd, dat een derde die druk uitoefent om een generiek onverbindend verklaarde mededingingsregeling te blijven naleven, deel uitmaakt van een onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot dat doel. Zij vroegen een reactie hierop.

De leden van de PvdA-fractie wisten dat ook in artikel 85 EG-verdrag geen definitie van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging gegeven is. Deze leden stelden dat het niet voldoende is er op te wijzen dat het de bedoeling is zich te laten leiden door het Europese begrip, want de rechter is immers niet gehouden overeenkomstig de beschikkingspraktijk van de Commissie of de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie recht te spreken. Met de regering deelden deze leden de opvatting dat de nationale rechter de Europese rechtspraak zou moeten volgen. Zij waren van mening dat dat het beste kan door een definitie, zoals weergegeven in het voorlopig verslag, van het begrip te geven, met als gevolg dat de nationale rechter de Europese rechtspraak moet volgen.

De leden van de fractie van D66 vroegen of kan worden aangegeven hoe vaak in het verleden is opgetreden op basis van artikel 24 van de WEM. Waren hierbij ook zaken waarbij sprake was van louter feitelijk parallel gedrag? Kan de regering een voorbeeld geven? De leden vroegen of de EG-mededingswetgeving van toepassing is op prijsafspraken in de terminologie van artikel 4, tweede lid, onder b, van het Besluit horizontale prijsbinding.

#### **4. Toezichthoudende bevoegdheid**

De leden van de PvdA-fractie wensten terug te komen op de uitbreiding van de toezichthoudende bevoegdheid. In de memorie van antwoord legt de regering het verband tussen de Algemene Wet Bestuursrecht en het onderhavig wetsvoorstel. Kunnen er geen lastige samenloop- en cumulatieve problemen ontstaan? In dat verband wezen ze op uitspraken van de Hoge Raad (nrs. 93 577E, 93 580E, 93 583E en 93 581E) van 9 maart 1993 over strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten. Betekenen de arresten van de Hoge Raad dat de voorgestelde artikelen 41 en 41a kunnen worden ingetrokken?

De leden van de VVD-fractie waren van mening dat ten aanzien van de opsporings- en toezichtactiviteiten de antwoorden nog reden gaven tot nadere toelichting. Hoe kan de regering de stelling van de VVD-fractie onderschrijven en een zo adequaat en effectief mogelijke inzet van de controle-bevoegdheden nastreven, terwijl de fusie tussen AID en ECD nog niet op rolletjes verloopt. De leden meenden dat het verloop van deze fusie in de toekomst de opsporings- en toezichtactiviteiten zullen hinderen, in het bijzonder op het gebied van de efficiënte inzet van het personeel. De leden vroegen hieromtrent een nadere beschouwing.

De leden van de D66-fractie vroegen of aangegeven kan worden hoeveel mensen belast zijn met de controle op de naleving van de WEM. Kan dit worden afgezet tegen de inzet van personen in omliggende landen op dit terrein?

## **5. Sanctionering**

De leden van de D66-fractie vroegen waarom de regering deze wijziging van de WEM niet aangrijpt om de daarin opgenomen boetes te verhogen en deze te relateren aan de omzet of het verkregen voordeel. Deze leden overwogen in dit kader amendementen in te dienen.

De voorzitter van de commissie,  
Vos

De griffier voor dit verslag,  
Nava