

Vergaderjaar 2005–2006

**30 071**

## **Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet**

**Nr. 10**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET NADER VERSLAG**

Ontvangen 13 april 2006

De leden van de verschillende fracties hebben naar aanleiding van de nota naar aanleiding van het verslag, de hoorzitting en de nota van wijziging nog een aantal aanvullende vragen gesteld over het door mij ingediende wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet. Ik zal in onderstaande op deze vragen ingaan en spreek de hoop uit dat de door mij gegeven antwoorden mogen bijdragen aan een spoedige afronding van de behandeling van dit wetsvoorstel.

De leden van de CDA-fractie vroegen of de regering hun analyse deelt dat inkoopmacht een normatief probleem is, waar het mededingingsrecht zich niet over uitlaat, en dat het niet redelijk is dat leveranciers een zwakke onderhandelingspositie hebben.

Naar mijn mening is het denkbaar dat er aan bepaalde vormen van inkoopmacht normatieve aspecten zitten. Ik plaats daarbij wel enkele kanttekeningen. In de eerste plaats is het verschijnsel dat kleine leveranciers grote afnemers tegenover zich vinden, niet vanzelfsprekend een moreel dilemma, evenmin als felle concurrentie en het streven naar de laagst mogelijke inkoopprijs dat zijn. In de tweede plaats mogen maatregelen die bedoeld zijn om de negatieve gevolgen van inkoopmacht voor de mededinging tegen te gaan, de mededinging niet nog verder beperken. Zij moeten er juist op gericht zijn de gezonde mededingingsverhoudingen te bevorderen. De doelstelling van de welvaart voor de consument moet bij het nemen van die maatregelen het uitgangspunt blijven en zij mogen niet in strijd komen met de nationale en Europese mededingingsregels. In de derde plaats is de vraag of inkoopmacht een probleem is, niet in algemene zin te beantwoorden. Dat antwoord is geheel afhankelijk van de situatie in het concrete geval en dat geldt ook voor de keuze van de oplossing van het probleem in een bepaald geval. Voor mijn visie op het verschijnsel inkoopmacht verwijs ik naar mijn brief van april 2006. In die brief ga ik in op het verzoek dat de leden van de Tweede kamer Ten Hoopen, Aptroot en Van der Vlies hebben gedaan tijdens de behandeling van de begroting van mijn ministerie op 2 en 3 november 2005 (Handelingen II 2005/06, 16-929/950 en 17-996/1036).

De leden van de CDA-fractie merkten op in verwarring gebracht te zijn doordat de regering in de nota naar aanleiding van het verslag aangeeft

geen aanleiding te zien voor een extra onderzoek naar inkoopmacht, omdat de huidige Mededingingswet voldoende mogelijkheden biedt. In de Swot-analyse bij de Industriebrief staat daarentegen dat de macht van retailers, resulterend in prijsdruk en afnemen van marges, een bedreiging is voor de voedings- en life sciences-industrie. Deze leden vroegen of de regering inkoopmacht wel of niet als een probleem ziet. Ook merkten deze leden op dat de regering verruiming van de bagatelbepaling door introductie van marktaandeelcriteria afwijst, omdat die «lastiger toepasbaar» zijn, maar tegelijk toegeeft dat de bestaande bagatelcriteria geen indicatie geven van de marktmacht. Deze leden vroegen of de regering werkelijk criteria wil handhaven waarvan zijzelf zegt dat die geen indicatie geven van marktmacht. Ten slotte vroegen deze leden of het mogelijk is het begrip misbruik van economische afhankelijkheid zo te definiëren, dat dit wel een aanvulling vormt op de huidige mogelijkheden om op te treden tegen misbruik van inkoopmacht.

Voor mijn antwoord op deze vragen verwijs ik de leden van de CDA-fractie naar mijn brief van april 2006 aan de Tweede kamer over inkoopmacht.

De leden van de CDA-fractie vroegen zich af of de regering de analyse deelt dat de «Chinese Walls» tussen de onderdelen die zich bezighouden met opsporing resp. sanctionering binnen de NMa onvoldoende waarborg bieden voor onafhankelijkheid en objectiviteit nu deze scheiding niet bestaat op het niveau van de Raad van Bestuur van de NMa (hierna te noemen: Raad), die beide onderdelen aanstuurt. Volgens deze leden zouden de Chinese Walls daarom geen alternatief voor sanctieoplegging door een onafhankelijke rechter vormen.

Zoals ik in de nota naar aanleiding van het verslag van 10 oktober 2005 heb aangegeven, waarborgt de functionele scheiding van de verschillende afdelingen onafhankelijkheid en objectiviteit van de NMa bij het opleggen van sancties. Daar doet het feit dat de Raad zowel de directie Concurrentietoezicht als de Juridische Dienst aanstuurt niets aan af. Immers, zoals reeds in de nota naar aanleiding van het verslag is aangegeven is door het beginsel van Chinese Walls voldaan aan het uitgangspunt van de wetgever dat de werkzaamheden in de sanctiefase niet worden verricht door de personen die betrokken zijn geweest bij de opstelling van het rapport of het daaraan voorafgaande onderzoek. Dit vormt een serieuze waarborg dat een eventueel sanctiebesluit zorgvuldig en niet-vooringenomen wordt genomen. In dit verband kan nog gewezen worden op het feit dat op grond van het mandaatbesluit van de NMa de directeur Concurrentietoezicht een rapport vaststelt, en niet de raad van bestuur. Ook vindt de aansturing van het onderzoek door de directeur CT plaats. Dit geeft de Raad de mogelijkheid om in alle vrijheid een sanctiebesluit te nemen waarin al dan niet de conclusies van het (onderzoeks)rapport worden gevolgd, na zorgvuldige weging van de door partijen ingebrachte feiten en argumenten.

Steun voor deze wijze van opereren kan gevonden worden in een recente uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (uitspraak van 9 februari 2006 in het geschil tussen de Fortis Bank en de AFM, zaak AWB 03/918). Het ging in deze zaak onder meer over de reikwijdte van de functiescheidingseis, die vergelijkbaar is met voornoemde eis in de Mededingingswet.

Het CBb concludeerde dat de wetgever kennelijk voor ogen heeft gestaan dat de beslissing met betrekking tot het opleggen van een boete objectief en onbevooroordeeld dient plaats te vinden en dat de besluitvorming in dit opzicht te vergelijken is met de beoordeling door een rechter. Het CBb concludeert tevens dat de dubbele functie – enerzijds de toezichts- en opsporingstaak en anderzijds de eventuele sanctieoplegging – «niet in de weg staat aan een objectieve en onbevooroordeelde besluitvorming in de raad van bestuur. Dit is evenwel anders indien en voorzover individuele leden van de raad van bestuur zodanig intensief bij het onderzoek

betrokken zijn geweest dat niet kan worden uitgesloten dat deze betrokkenheid het betreffende lid of die leden van de raad van bestuur zou kunnen belemmeren in het onderkennen van alternatieve duidingen van of lacunes in het feitensubstraat. Van zodanig intensieve betrokkenheid die aan een objectieve en onbevooroordeelde beoordeling van de onderzoeksresultaten in de weg zou kunnen staan, zal in de regel geen sprake zijn indien de bemoeienis betreft het geven van een opdracht tot het doen van onderzoek, het geven van algemene aanwijzingen en het verifiëren van de naleving van deze aanwijzingen alsmede van de voortgang van het onderzoek.» Het CBb vindt derhalve een aansturing van onderzoek door (leden van) de raad van bestuur volstrekt acceptabel, mits de betrokkenheid niet inhoudelijk zo ver gaat dat daardoor een objectieve en onbevooroordeelde beoordeling niet meer mogelijk zou kunnen zijn.

De leden van de CDA-fractie vroegen de regering voorts haar mening over haar rol in het benoemings- en ontslagbeleid van de top van de NMa nader toe te lichten.

Ik heb in de nota naar aanleiding van het verslag aangegeven dat mijn rol in het benoemings- en ontslagbeleid niets afdoet aan de onafhankelijkheid van de NMa. Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen beslissingen in individuele gevallen aan de ene kant en de verantwoordelijkheid van de minister van Economische Zaken voor het systeem en voor de kwaliteit van de NMa aan de andere kant. Beslissingen in individuele gevallen worden door de NMa genomen, los van enige politieke besluitvorming. De onwenselijkheid van een mogelijkheid tot politieke interventie in individuele zaken van de NMa maakt politieke aanspreekbaarheid van de minister van Economische Zaken voor het systeem en de kwaliteit van diezelfde NMa echter niet minder noodzakelijk. Die politieke aanspreekbaarheid zou echter weinig zinvol zijn indien de minister niet over een instrument zou beschikken om deze waar te maken. De rol van de minister in het benoemings- en ontslagbeleid van de Raad van Bestuur van de NMa dient als instrument daartoe. Dit staat echter los van besluitvorming in individuele gevallen.

Ook vroegen de leden van de CDA-fractie of de afweging van de regering tussen de persoonlijke boete enerzijds en een bestuursverbod (director disqualification) en gevangenisstraffen anderzijds vanwege het beperkte effect van de bestuurlijke boete anders uitvalt. Ik begrijp deze vraag aldus dat wordt gevraagd of de regering vanwege het beperkte effect van de persoonlijke boete toch de voorkeur geeft aan een beroepsverbod of gevangenisstraf.

Ik heb in de nota naar aanleiding van het verslag inderdaad aangegeven dat het niet goed mogelijk is een goed handhaafbare regeling te maken waarin wordt opgenomen dat de onderneming de leidinggevende die persoonlijk wordt beboet niet mag vrijwaren of de boete niet mag vergoeden. Daarmee heb ik echter geenszins willen zeggen dat ik, zoals deze leden schrijven, niet in de regeling van de persoonlijke boete zou geloven, of dat het effect ervan beperkt zou zijn. Immers, ten eerste is het maar de vraag hoeveel ondernemingen bereid zijn om haar bestuurders te vrijwaren voor persoonlijke boetes die worden opgelegd wegens wetsovertredingen. Dat geldt te meer nu ondernemingen aan steeds meer transparantieplichtingen dienen te voldoen en er voordeel bij hebben indien zij als maatschappelijk verantwoord te boek staan. Voorts geldt dat ook al kan een bestuurder erop vertrouwen dat een eventuele persoonlijke boete zal worden vergoed door de onderneming, hij dan nog de oplegging ervan als uiterst onaangenaam zal ervaren. De oplegging van een persoonlijke sanctie wegens een inbreuk op de Mededingingswet zal immers zijn reputatie schaden. Daarom wil ik op dit moment alleen de persoonlijke boete introduceren, in lijn met de door de regering voorgestelde opname van de persoonlijke bestuurlijke boete in de Algemene

wet bestuursrecht.<sup>1</sup> Ik wil eerst afwachten wat het effect van de bevoegdheid voor de NMa tot het opleggen van de persoonlijke boete zal zijn, alvorens te denken aan zwaardere persoonlijke sancties zoals een bestuursverbod.

De leden van de CDA-fractie waren van mening dat de voorwaarden die in het wetsvoorstel aan het opleggen van een structurele maatregel worden gesteld erg algemeen zijn en vroegen of ik die nader kan invullen. Ik ben van mening dat het, naast hetgeen reeds in het voorgestelde artikel 58a is opgenomen, zeer lastig is om op wetsniveau een nog verdere invulling te geven van de voorwaarden waaronder de structurele maatregel opgelegd zou kunnen worden. In de nota naar aanleiding van het verslag heb ik op pagina 31 de in artikel 58a opgenomen voorwaarden nader uitgewerkt en ook aangegeven dat ik wat dat betreft niet afwijk van de bevoegdheid van de Europese Commissie. Ik kan daar nu niet goed een verdere invulling aan geven. De NMa zal binnen de door de wet gestelde kaders op het punt van de toepassing van de structurele maatregel ook enige ruimte moeten hebben om invulling te geven aan de gestelde wettelijke kaders. In een concreet geval zal natuurlijk wel een deugdelijke motivering voor het opleggen van de structurele maatregel vereist zijn.

De leden van de CDA-fractie wilden weten of het waar is dat beroepen tegen sanctiebesluiten relatief vaak gegrond worden verklaard en vroegen naar een specificatie van de verschillende besluiten.

Ik kan daarover de volgende informatie geven. Sinds 1998 zijn er in vijf sanctiezaken waarin een boete is opgelegd, rechterlijke uitspraken gedaan. Drie daarvan hebben geleid tot een uitspraak van het CBb. Het CBb heeft één boetebesluit gehalveerd, één in stand gehouden en één vernietigd. De rechtbank had in deze zaken vier boetebesluiten in stand gehouden. Daarnaast is er in drie sanctiezaken geen beroep ingesteld. In 2005 is in 20 andere gevallen beroep bij de bestuursrechter ingesteld. Het gaat dan bijvoorbeeld om zaken betreffende ontheffingen, concentratiecontrole en toepassing van artikel 24. Van deze zaken is in de helft van de gevallen het beroep gegrond verklaard en de andere helft ongegrond.

De leden van de CDA-fractie wilden voorts weten of het feit dat een sanctie van de NMa die voorafgaand aan een rechterlijk oordeel wordt opgelegd en dus reputatieschade kan opleveren die niet meer ongedaan gemaakt kan worden, een argument is voor strafrechtelijke handhaving. Allereerst bestrijd ik de stelling van de leden dat na oplegging van een sanctie door de NMa eventuele reputatieschade niet meer ongedaan kan worden gemaakt. Naar mijn mening is eventuele reputatieschade van de onderneming als gevolg van een sanctie-oplegging door de NMa pas blijvend indien de NMa na beslissing in beroep niet door de rechter in het ongelijk is gesteld. Het voorlopige karakter van de sanctieoplegging – en daarmee ook van de eventuele reputatieschade – is ook weerspiegeld in de opschortende werking van het instellen van bezwaar en beroep. Een geldboete behoeft pas te worden voldaan indien de onderneming in bezwaar, beroep en hoger beroep niet in het gelijk is gesteld. Voorts is het zo dat met strafrechtelijke handhaving niet wordt vermeden dat reputatieschade kan ontstaan voorafgaand aan een rechterlijk oordeel. Immers, reeds aan het instellen van een vervolging door het OM kan grote aandacht worden geschonken in de media, waardoor ook reputatieschade kan ontstaan. Om deze redenen zie ik in gestelde reputatieschade geen argument tot invoering van strafrechtelijke handhaving van de Mededingingswet.

---

<sup>1</sup> TK (2003–2004) 29 702. nr. 2, p. 15 e.v.

De leden van de PvdA-fractie vroegen de regering een overzicht te geven van de situatie in andere landen ten aanzien van de persoonlijke boetes, bestuurdersaansprakelijkheid en disqualification orders.

Ik heb een onderzoek ingesteld naar de situatie in andere lidstaten van de EU. Het onderzoek brengt mij tot de conclusie dat alle grote lidstaten zoals Duitsland, Frankrijk Spanje en het Verenigd Koninkrijk de mogelijkheid kennen om een sanctie op te leggen aan leidinggevenden. Italië vormt daar een uitzondering op. Hieronder treft u een overzicht met betrekking tot sancties aan leidinggevenden aan.

| Lidstaat   | Sanctie leidinggevenden  | Op grond van  |
|------------|--|---|
| België     | n.v.t.   |   |
| Cyprus     | boete zonder maximum   | art. 32 the protection of competition law of 1989           |
| Denemarken | boete zonder maximum   | art. 23 Competition Act                                     |
| Duitsland  | – max. € 1 000 000<br>– max. € 1 840 651 voor bid rigging            | art. 81(2) GWB<br>§ 298 StGB                                |
| EC         | n.v.t.   |   |
| Estland    | 30 tot 500 keer het dagsalaris                                       | art. 3 Penal Code   |
| Finland    | n.v.t.   |   |
| Frankrijk  | max. € 75 000  | art. L 420–6 Code de Commerce                               |
| Hongarije  | n.v.t.   |   |
| Ierland    | max. € 4 000 000   | Section 8(6) Competition Act 2002                           |
| Italië     | n.v.t.   |   |
| Letland    | 5 – 10% van de omzet   | art. 12 Competition Law                                     |
| Litouwen   | n.v.t.   |   |
| Luxemburg  | n.v.t.   |   |
| Malta      | 1 – 10% van de omzet   | art. 21 Competition Act                                     |
| Nederland  | n.v.t.   |   |
| Oostenrijk | n.v.t.   |   |
| Polen      | n.v.t.   |   |
| Portugal   | n.v.t.   |   |
| Slovenië   | SIT 1 000 000 – 3 000 000  | art. 52/53 Prevention of the Restriction of Competition Act |
| Slowakije  | n.v.t.   |   |
| Spanje     | max. € 30 051  | art. 10(3) Ley de la Defensa de la Competencia              |
| Tsjechië   | n.v.t.   |   |
| VK         | – boete zonder maximum<br>– max. 15 jaar disqualification bestuurder | Section 190 Enterprise Act 2002                             |
| Zweden     | n.v.t.   | Section 204 Competition Act                                 |

De leden van de PvdA-fractie vroegen mijn reactie op de opmerkingen van prof. Vogelaar op de hoorzitting van 1 december 2005. De opmerkingen van prof. Vogelaar kwamen voor zover hij kritiek had op het wetsvoorstel samengevat hierop neer:

1. Kan naast hoofdstuk 5 van de wet artikel 6 wel worden toegepast op zogenaamde coöperatieve full-function joint-ventures?
2. Als een coöperatieve full-function joint-venture de drempel van Hoofdstuk 5 van de wet niet haalt kan artikel 6 dan wel op deze JV's worden toegepast?

Prof. Vogelaar kwam tot de conclusie dat beide vragen negatief zouden moeten worden beantwoord en gaf aan dat naar zijn mening de wet op beide punten aanpassing behoeft.

Ik ben het niet met prof. Vogelaar eens. Voor wat betreft de eerste vraag wijs ik er op dat in het voorgestelde artikel 37, derde lid, en 41, tweede lid, van de wet is bepaald dat de NMa bij de vraag of een vergunning is vereist respectievelijk een vergunning kan worden verleend voor deze joint-ventures, de criteria van artikel 6 betreft. Daarmee kan dus naar mijn mening artikel 6 toegepast worden bij de beoordeling van deze joint-ventures.

Ook wat betreft de tweede vraag ben ik van mening dat artikel 6 wel degelijk toegepast kan worden bij de beoordeling van coöperatieve full-function joint-ventures die de meldingsdrempels van hoofdstuk 5 van de

wet niet halen. Nergens in de wet is namelijk bepaald dat artikel 6 niet van toepassing is bij de beoordeling van concentraties. In zoverre is het systeem van de Mededingingswet anders dan het systeem van Verordening nr. 139/2004 waar in artikel 21 is bepaald dat bij de beoordeling van concentraties alleen de genoemde verordening van toepassing is en dus niet de uitvoeringsverordening van het kartelverbod (Verordening 1/2003). Het door prof. Vogelaar aangehaalde artikel 10 van de wet ziet op de zogenaamde nevenrestricties verbonden aan de concentratie, maar niet op de concentratie zelf. Op die nevenrestricties is artikel 6 niet van toepassing, op de coördinatie tussen de moederondernemingen die mogelijk bevorderd wordt door de concentratie wel. Ik ben dus van mening dat de wet voldoende duidelijk is op beide punten en dus niet hoeft te worden aangepast.

De leden van de PvdA-fractie vroegen de regering nader in te gaan op het artikel «criminalisering van het mededingingsrecht: trendy of noodzaak?». In voornoemd artikel van prof. Vogelaar in *Ars Aequi* stelt auteur de vraag aan de orde of het wenselijk is, en of het de effectiviteit van de handhaving zou verhogen om strafrechtelijke elementen in de kartelbestrijding in te voeren.<sup>1</sup> De heer Vogelaar concludeert dat de invoering van strafrechtelijke elementen bij zowel de opsporing als bij de eindsanctionering de handhavingsefficiëntie van het mededingingstoezicht ten goede komt. Met betrekking tot de opsporing stelt auteur voor de bevoegdheid tot huiszoeken door de NMa, met alle strafrechtelijke waarborgen vandien, te introduceren. Tevens doet hij de suggestie tot invoering van strafrechtelijke sancties voor die personen die kartelonderzoek actief tegenwerken, bijvoorbeeld door in het zicht van of tijdens een kartelonderzoek bewijs te verdonkeremanen. Voorts stelt hij voor leidinggevend strafrechtelijk te sanctioneren. Tot slot doet de heer Vogelaar de suggestie compliance programma's bij al die ondernemingen die ook een uitgebreide openbaarmakingsplicht voor hun jaarrekening kennen in communautair verband verplicht te stellen. Deze programma's zouden moeten leiden tot de afgifte door het bestuur van de onderneming van een verklaring dat in enig verslagjaar de onderneming «mededingingsclean» is gebleven. Een misleidende verklaring zou dan strafrechtelijke gevolgen dienen te hebben.

In de nota naar aanleiding van het verslag heb ik aangegeven dat ik samen met de minister van Justitie een regeling van de bevoegdheid tot huiszoeking door de NMa voorbereid. Daarbij bekijken wij inderdaad de mogelijkheden om deze opsporingsbevoegdheid met strafrechtelijke waarborgen te omkleden. Met betrekking tot sanctionering van tegenwerking van het onderzoek («niet-meewerken») geldt dat de maximale geldboete daarop recentelijk, in augustus 2004, aanzienlijk is verhoogd.<sup>2</sup> Er hebben mij geen signalen bereikt dat deze verhoging onvoldoende afschrikwekkende werking zou hebben. Daarbij kan worden opgemerkt dat sinds die verhoging geen rapporten inzake niet-medewerking zijn opgesteld. Daarom is een strafrechtelijke sanctionering hier niet op zijn plaats. Met betrekking tot het voorstel tot strafrechtelijk beboeten van bestuurders gaf de heer Vogelaar in het artikel aan dat voor de betrokkene de keuze van de wetgever voor een strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke persoonlijke boete niet zoveel zal uitmaken. De betrokkene zal de persoonlijke administratiefrechtelijke boete, zoals voorgesteld in dit wetsvoorstel, immers als (quasi)-strafrechtelijk ervaren. Ik ben het tot slot met de heer Vogelaar eens dat het eventueel verplicht stellen van compliance programma's communautaire wetgeving behoeft. Door middel van communautaire wetgeving zou kunnen worden geregeld dat ondernemingen een verklaring afgeven dat in enig verslagjaar de onderneming mededingingsclean is gebleven. Ik zie hier een rol voor de communautaire wetgever en niet voor de nationale lidstaten, dit om harmonisatie in Europa te waarborgen. Door de voorgestelde aanpas-

<sup>1</sup> AA 54 (2005) 12, pp. 1015–1020.

<sup>2</sup> TK (2003/04) 29 276, nr. 12. Zie artikel 69 Mededingingswet.

singen in de Mededingingswet, tezamen met het onderzoek samen met mijn collega van Justitie om tot een regeling van de huiszoeking omkleed met strafrechtelijke waarborgen te komen, ben ik van mening dat de NMa over voldoende sterke handhavingsbevoegdheden beschikt om overtredingen van de Mededingingswet te bestrijden.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of de regering kon ingaan op een mogelijke verruiming van de bagatelbepaling, met name in relatie tot de supermarktoorlog. Ook vroegen zij waarom in dezen het SER-advies niet is opgevolgd. Naar mijn mening speelt de vraag van de verruiming van de bagatelvrijstelling een rol in de discussie over de mogelijkheden voor kleine en middelgrote leveranciers om een tegenwicht te vormen tegen grote afnemers. Het gaat daarbij dus om de verticale relatie tussen leverancier en afnemer. De prijzenoorlog tussen supermarkten daarentegen heeft betrekking op de interactie tussen aanbieders in dezelfde gelding van de bedrijfskolom, die aan de consument leveren. De kwestie van inkoopmacht van inkopende ondernemingen speelt in die geleding dus niet. Wat het advies van de SER betreft, merk ik op dat de meerderheid had geadviseerd bij de bagatelvoorziening uitsluitend te werken met de marktaandeelcriteria, met dien verstande dat hard core afspraken verboden zijn. In feite volg ik dit meerderheidsadvies. Bij de interpretatie van het kartelverbod past de NMa die marktaandeelcriteria toe en dat blijft wat mij betreft zo. Alleen de bestaande bagatelvrijstelling met de lage aantal- en omzetzempels wil ik handhaven, zodat de NMa zich niet met hele kleine kartels hoeft bezig te houden. Verder verwijs ik de leden van de PvdA-fractie naar mijn brief van april 2006 aan de Tweede Kamer over inkoopmacht.

De leden van de PvdA-fractie vroegen welke bezwaren de regering ziet om de NMa verantwoordelijk te maken voor het toezicht op mededingingsrechtelijke aspecten van de Waterleidingwet en vroegen om een reactie op de toespraak die ik gaf bij de aanvaarding van de NMa-agenda 2006 met betrekking tot toetreders in de drinkwatersector.

Ik onderschrijf het belang van toezicht op monopolies. Er dient gewaarborgd te worden dat tarieven en voorwaarden voor afnemers redelijk zijn. De regering heeft ten aanzien van het doelmatig functioneren van de waterleidingbedrijven en het toezicht op de voorwaarden en tarieven in de drinkwatersector decentraal toezicht verkozen boven centraal toezicht<sup>1</sup>. Voor de overwegingen die hieraan ten grondslag hebben gelegen verwijs ik u naar de brief van de staatssecretaris van VROM van 21 april 2004 (Tweede Kamer 2003–2004, 28 339, nr. 20). Voorts zijn de algemene regels van de Mededingingswet van toepassing op de waterleidingbedrijven. Zolang het bij de handeling van een waterleidingbedrijf gaat om het verrichten van een economische activiteit, geldt de Mededingingswet en is op grond daarvan de NMa bevoegd op te treden. Ten aanzien van het efficiënt opereren van de waterleidingbedrijven wil ik nog opmerken dat het onderwerp doelmatigheid specifiek is opgenomen in het ontwerp voor een nieuwe Drinkwaterwet die in de loop van dit jaar aan de Tweede Kamer zal worden aangeboden.

Tijdens mijn toespraak heb ik een aantal sectoren genoemd, waaronder de drinkwatersector. De ruimte voor toetreders op deze markt is weliswaar beperkt. De drinkwatervoorziening heeft de kenmerken van een natuurlijk regionaal monopolie. De levering van drinkwater vindt van oudsher plaats door waterleidingbedrijven en de regering heeft er, overeenkomstig de wens van de Tweede Kamer, voor gekozen deze situatie expliciet in de Waterleidingwet vast te leggen. Wel zijn er mogelijkheden om bepaalde activiteiten onder concurrentie uit te besteden. Te denken valt bijvoorbeeld aan ontwerp en aanleg van de infrastructuur en eventueel het beheer en onderhoud daarvan. In de huidige praktijk vindt uitbesteding

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2003/2004, 29 800 XIII, nr. 36, vraag 6.

overigens reeds plaats. Wanneer toetreding leidt tot efficiëntieverbetering kan dit leiden tot lagere tarieven. De regering heeft geen onderzoek gedaan naar barrières voor nieuwe toetreders. Met betrekking tot industriewater geldt dat deze markt vrij is.

De leden van de PvdA-fractie stelden vervolgens de vraag in welke mate het wenselijk is dat bij publieke monopolies sprake is van winst, en welke maatstaf de regering hanteert voor een maatschappelijk aanvaardbaar winstniveau van waterleidingbedrijven.

Winst maken is normaal voor bedrijven, ook voor bedrijven die in handen zijn van publieke aandeelhouders. Winst is immers een vergoeding voor gelopen risico. Voor waterleidingbedrijven vormt een kostendekkende tariefstelling het uitgangspunt, omdat sprake is van gebonden afnemers. Een kostendekkende tariefstelling is een tariefstelling die voldoende is ter dekking van de bedrijfslasten en de vermogenskosten (kosten voor het vreemd vermogen en het rendement op het eigen vermogen). Aangezien het bedrijfsrisico van de waterleidingbedrijven beperkt is kan worden volstaan met een beperkte vergoeding voor het eigen vermogen. Het is aan de publieke aandeelhouders om toe te zien op deze tariefstelling. De totale winst van alle bedrijven (exclusief Waterleidingbedrijf Amsterdam en Bronwaterleiding Doorn) bedroeg in 2004 ca. 175 miljoen euro. De winst per bedrijf varieert van enkele miljoenen tot enkele tientallen miljoenen euro. Ook de omvang van de bedrijven varieert sterk. Zo heeft een bedrijf als de Tilburgsche Waterleiding Maatschappij ca. 90 000 aangesloten percelen met een afzet van ca. 12,7 miljoen kubieke meter water terwijl Vitens ca. 1,6 miljoen aansluitingen heeft met een afzet van ruim 240 miljoen kubieke meter water. De waterleidingbedrijven hebben de afgelopen jaren een forse efficiëntieverbetering gerealiseerd. Dit heeft geleid tot hogere winsten die in veel gevallen door de eigenaren van de waterleidingbedrijven gebruikt zijn om de (zwakke) vermogenspositie van deze bedrijven te verbeteren. Nu deze vermogenspositie is verbeterd kunnen de consumenten meer gaan profiteren van de efficiëntieverbeteringen, bijvoorbeeld door lagere tarieven. Het is moeilijk een maatstaf voor solvabiliteit aan te geven die voor alle waterleidingbedrijven passend is. Dit is onder meer afhankelijk van het risicoprofiel van het bedrijf. Bij een hoger risicoprofiel zullen vermogenverschaffers een hogere solvabiliteit eisen. Voor waterleidingbedrijven die vooral of uitsluitend drinkwater leveren aan huishoudens, zal de solvabiliteit bijvoorbeeld lager kunnen zijn dan voor bedrijven met een relatief groot aantal grootverbruikers als klant, vanwege het risico van overstappen. De aanwending van de winst dient in overeenstemming te zijn met het streven naar optimale kwaliteit, het waarborgen van de continuïteit van het bedrijf en de bescherming van de gebonden klant.

De leden van de PvdA-fractie gaven aan dat in de Mededingingswet kostenoriëntatie als uitgangspunt voor tarifiering wordt genomen. In hoeverre geldt dit uitgangspunt op dit moment ook voor het publieke monopolie van levering van drinkwater, zo vroegen zij.

De levering van drinkwater dient plaats te vinden op een doelmatige wijze en tegen maatschappelijk aanvaardbare kosten. Kwaliteit en leveringszekerheid staan daarbij voorop. Zoals reeds aangegeven in het voorgaande antwoord geldt als uitgangspunt dat de dienstverlening door de waterleidingbedrijven op een kostendekkende wijze plaatsheeft. Zoals eerder aangegeven zijn de tot nu toe gerealiseerde efficiëntiewinsten vooral gebruikt om de vermogenspositie van de bedrijven te verbeteren. Van toekomstige efficiëntiewinsten kunnen nu de consumenten gaan profiteren door een verlaging van de tarieven. Een belangrijke rol is hier weggelegd voor de decentrale toezichthouder bij de tariefvaststelling. In de toekomst zijn de waterleidingbedrijven verplicht om deel te nemen aan



een prestatievergelijking (benchmark) waarmee onder meer de efficiëntie beoordeeld kan worden.

De leden van de VVD-fractie wilden weten hoe de regering het toezicht op de waterleidingbedrijven sluitend denkt te regelen indien dit buiten de Mededingingswet en de NMa blijft vallen.

In de loop van het jaar zal de regering in het voorstel voor een nieuwe Drinkwaterwet haar overwegingen voor de situatie in de drinkwatersector aan de Tweede Kamer meedelen. Deze wet zal, evenals de huidige Waterleidingwet, de mogelijkheid bieden om nadere regels te stellen aan de tarieven. De staatssecretaris van VROM is echter voornemens eerst met de sector tot afspraken te komen. Een discussie over het toezicht op de drinkwatersector kan het beste bij de bespreking van het voorstel voor de Drinkwaterwet worden gevoerd. Over de wijze waarop de regering het toezicht op de doelmatigheid van de waterleidingbedrijven wil vormgeven verwijs ik verder naar de brief van de staatssecretaris van VROM van 21 april 2004<sup>1</sup>. De verplicht te stellen prestatievergelijking vormt daarbij een belangrijk ondersteunend instrument.

De leden van de VVD-fractie stelden ook nog een vraag over de clementieregeling en het risico op overdrijving.

De kans dat het systeem van de clementieregeling leidt tot overdrijving van de zijde van ondernemingen is zeer klein. Allereerst geldt dat ondernemingen na een eerste melding nog in aanmerking kunnen komen voor clementie als hun clementieaanvraag additionele waarde heeft. Dit kan onder meer het geval zijn als zij een aanvullende verklaring afleggen of wanneer zij met (extra) bewijsstukken over het kartel komen. Er zijn dus voldoende mogelijkheden om voor clementie in aanmerking te komen zonder dat ondernemingen hun gedragingen hoeven te overdrijven. Voorts zijn er voor de NMa voldoende controlemogelijkheden om de verklaringen van ondernemingen op hun waarheidsgehalte te toetsen. Wanneer een onderneming onjuiste verklaringen aflegt zou zij haar rechten op clementie verspelen. Een dergelijke situatie heeft zich dan ook in Nederland nog niet voorgedaan. Ook bij de Europese Commissie en verschillende andere landen in Europa met een clementiesysteem wordt de mate van clementie bepaald op basis van de additionele waarde van de aangeleverde informatie. Er zijn mij geen voorbeelden bekend van bewuste overdrijving of aandikking van feiten door ondernemingen bij de Europese Commissie of andere landen. Daarnaast kunnen de opmerkingen, stellingen en standpunten door de andere betrokken partijen in de loop van de procedure weersproken worden. Dit zal bij overdrijving zeker gebeuren.

De leden van de VVD-fractie wilden weten of ik kan aangeven hoe betrokkenheid van een bestuurder kan worden gemeten indien zal worden overgegaan tot het opleggen van een persoonlijke boete.

Ik kan daar slechts in algemene zin op antwoorden en wel als volgt. Door het van toepassing verklaren van artikel 51 Wetboek van Strafrecht, wordt in dit wetsvoorstel, net zoals dat bij het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de AWB gebeurt, het zogenaamd functioneel daderschap voor feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers geïntroduceerd. Daarmee zal ook de hele strafrechtelijke doctrine en jurisprudentie die zich heeft gevormd omtrent dit begrip voor de toepassing van dit artikel in de Mededingingswet relevant worden. Over de vraag welke eisen worden gesteld aan de mate van betrokkenheid van leidinggevend bij overtredingen van de wet is ondertussen al veel jurisprudentie gevormd. Deze zal dan ook betrokken moeten worden bij de vraag of een bepaalde leidinggevende of opdrachtgever voor een overtreding van de Mededingingswet persoonlijk beboet kan worden.

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 2003–2004, 28 339, nr. 20.

De leden van de VVD-fractie vroegen vervolgens naar aanleiding van mijn antwoord in de nota naar aanleiding van het verslag of het geen ernstige zaak is dat in een groot aantal gevallen (25% bij de rechtbank Rotterdam en 35% bij het CBb) de opgelegde last onder dwangsom wordt opgelegd terwijl die later onterecht blijkt te zijn.

Ik denk dat de vraag van de leden van de VVD-fractie op een misvatting berust. Ik heb gesteld dat genoemde percentages staan voor het aantal beroepen tegen alle besluiten die de NMa neemt dat geheel of gedeeltelijk gegronnd wordt verklaard, terwijl er slechts in één geval sprake is geweest van het door de rechter opschorten van een last onder dwangsom. Ik heb voorts aangegeven dat de opschorting van rechtswege van de last onder dwangsom zich slecht verdraagt met het karakter van deze maatregel, omdat hij immers bedoeld is met onmiddellijke werking effect te sorteren.

De leden van de VVD-fractie wilden weten of ik van mening ben dat betrokkenen zelf de keuze moeten hebben om de bezwaarfase over te slaan en rechtstreeks naar de rechter te gaan.

Ik heb in de nota naar aanleiding van het verslag op pagina 33 en 34 aangegeven waarom ik van mening ben dat aansluiting bij het systeem van artikel 7.1.a van de AWB de voorkeur verdient boven het systeem waarin betrokkenen de vrije keuze hebben de bezwaarschriftprocedure over te slaan. Voor sanctiebesluiten heeft de NMa bekendgemaakt dat verzoeken tot rechtstreeks beroep in beginsel in alle gevallen gehonoreerd zullen worden. Voor overige zaken is de bezwaarschriftprocedure nog van toepassing. Ik vind dat ook van belang omdat in een dergelijk geval een bestuurlijke heroverweging van het genomen besluit toegevoegde waarde heeft en kan leiden tot een vermindering van de belasting van het rechterlijk apparaat. Opvallend is echter dat in de periode waarin het overslaan van de bezwaarfase bij sanctiebesluiten mogelijk is (vanaf september 2004) bij mededingingszaken slechts zelden van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt.

De leden van de VVD-fractie vroegen of de regering enkele praktijk-situaties kan uitwerken waarbij getoetst wordt aan zowel aantal-, omzet-, als op marktaandeelcriterium. Ook vroegen zij hoe deze systemen uitpakken voor samenwerkende detaillisten en voor de gezondheidszorg, zowel tussen bijvoorbeeld zorgverzekeraar en ziekenhuis als tussen zorgverzekeraar en artsen/specialisten. Ten slotte vroegen zij of het mogelijk is om inkoopmacht aan te pakken op basis van eenvoudige feiten, zoals het sturen van een standaardcontract en hoe inkoopmacht zo eenvoudig mogelijk kan worden aangepakt. Voor mijn antwoord op de vragen verwijs ik de leden van de VVD-fractie naar mijn brief van april 2006 aan de Tweede Kamer over inkoopmacht.

De Minister van Economische Zaken,  
L. J. Brinkhorst