

Vergaderjaar 1995–1996

24 707

Nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet)

A

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 19 februari 1996 en het nader rapport d.d. 26 april 1996, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 21 juli 1995, no. 95.005846, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet).

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 21 juli 1995, nr. 95.005846, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 19 februari 1996, nr. W10.95 0378, bied ik U hierbij aan.

1. Inleiding

De afgelopen jaren is ter bevordering van de marktwerking en versterking van de concurrentiekracht het nationale mededingingsbeleid verscherpt. Hiertoe is van kracht geworden een drietal generieke onverbindend-verklaringen op grond van artikel 10 van de Wet economische mededinging (WEM), te weten het Besluit horizontale prijsbinding (Stb. 1993, 80), het Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen (Stb. 1994, 55) en het Besluit marktverdelingsregelingen (Stb. 1994, 56). Daarnaast is de WEM gewijzigd ter vergroting van haar effectiviteit (Stb. 1994, 801). Met het toenemende gebruik van het instrument van de generieke onverbindendverklaring ontwikkelde de mededingingswetgeving zich van een misbruikstelsel meer in de richting van een verbodsstelsel. Deze ontwikkeling heeft zich doorgezet en heeft geresulteerd in een voorstel voor een mededingingswet die uitgaat van een verbodssysteem voor diverse concurrentievervalsende handelingen. Hiermee sluit Nederland zich aan bij het systeem van de mededingingsregels van de Europese Gemeenschap en van het merendeel van de lid-staten daarvan. In het wetsvoorstel is tevens een concentratietoezicht opgenomen. De WEM bevat deze mogelijkheid niet. Ook hiermee sluit Nederland zich aan bij de Europese Gemeenschap en de grote meerderheid van de lid-staten.

Reeds vele jaren is er van verschillende zijden op aangedrongen het mededingingsrechtelijke systeem om te zetten in een verbodsstelsel en is tevens bepleit een materieel concentratietoezicht in te voeren in Nederland. Ook de Raad van State heeft zich daarvan in zijn adviezen voorstander getoond (vergelijk onder meer advies no. W10.92.0225 van 27 november 1992 inzake het

¹ De tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

ontwerp-besluit Horizontale Prijsbinding, bijvoegsel Nederlandse Staatscourant van 9 maart 1993, nr. 47, waarin gewezen wordt op het belang van beleidsconvergentie op het gebied van de mededinging binnen Europa, waarbij het zwaartepunt zou dienen te liggen bij de in het EG-Verdrag neergelegde regels). Het is dan ook naar het oordeel van de Raad een positieve ontwikkeling dat hiertoe met deze wet wordt overgegaan.

Met genoegen heb ik kennisgenomen van het positieve oordeel van de Raad van State over de in dit wetsvoorstel gedane voorstellen voor een verbodstelsel voor diverse concurrentievervalsende handelingen en voor een materieel concentratietoezicht, die aansluiten bij het systeem van de mededingingsregels van de Europese Gemeenschap.

Als gevolg van het invoegen van een nieuw artikel na artikel 7 van het wetsvoorstel zoals dat is voorgelegd aan de Raad van State (zie hierna onder punt 7) zijn in het voorliggende ontwerp alle artikelen na dat artikel 7 één nummer opgeschoven. Hieronder zal steeds de nieuwe nummering gehanteerd worden.

2. Begripsbepalingen; artikel 1

Blijkens de toelichting (hoofdstuk I, paragraaf 5.1.1, en hoofdstuk II, de toelichting op artikel 1) is zoveel mogelijk aangesloten bij artikel 85 van het EG-Verdrag. Daarom is in artikel 1 van het wetsvoorstel met betrekking tot bepaalde begrippen, waarvan de betekenis in het Nederlandse recht kan afwijken van die welke het EG-Verdrag daaraan toekent, geregeld dat voor de toepassing van deze wet onder die begrippen wordt verstaan wat daaronder in het Europese mededingingsrecht wordt verstaan. Niettemin blijven bepaalde begrippen ongedefinieerd die naar de mening van de Raad volgens vornoemd uitgangspunt wel gedefinieerd hadden behoren te worden.

a. Aan het begrip «onderneming» wordt in de toelichting op artikel 6 (hoofdstuk II) een uitleg gegeven die overeenkomt met de uitleg door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Het niet opnemen van dit begrip in artikel 1 wekt evenwel de indruk dat de betekenis van dit begrip in het Nederlandse recht precies dezelfde zou zijn. Daar kan niet zonder meer van uit worden gegaan, gezien de uitleg die het Hof in verscheidene (in de toelichting genoemde) arresten aan dit begrip heeft gegeven. Het verdient dan ook de voorkeur het begrip «onderneming» in artikel 1 op te nemen en te bepalen dat daaronder wordt verstaan: een onderneming in de zin van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag.

b. Het begrip «onderling afgestemde gedragingen» uit artikel 6 is evenmin opgenomen in de begripsbepalingen. De toelichting (hoofdstuk I, paragraaf 5.1.1) stelt dat met dit begrip hetzelfde wordt bedoeld als met «onderling afgestemde feitelijke gedragingen» in artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag. In artikel 1 dient dan ook te worden opgenomen dat onder «onderling afgestemde gedragingen» wordt verstaan: onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag. Overigens is het de vraag of, zoals de toelichting stelt (hoofdstuk I, paragraaf 5.1.1), in dit begrip het woord «feitelijke» kan worden weggelaten omdat het geen afzonderlijke betekenis zou hebben. Immers, in de context van artikel 85 duidt dit woord erop dat in tegenstelling tot de nevenschikte begrippen overeenkomsten en besluiten van ondernemersverenigingen er geen sprake hoeft te zijn van rechtshandelingen. Voorts kan erop worden gewezen dat de WEM sinds de laatste wijziging (Stb. 1994, 801) het begrip «onderling afgestemde feitelijke gedragingen» bevat.

a. Overeenkomstig het advies van de Raad van State is in artikel 1 een nieuw onderdeel f opgenomen waarin onder het begrip «onderneming» wordt verstaan: een onderneming in de zin van artikel 85, eerste lid, van het Verdrag. De artikelsgewijze toelichting op artikel 1 en op artikel 6 is dienovereenkomstig aangepast.

b. Aan het advies van de raad om in artikel 1 op te nemen dat onder «onderling afgestemde gedragingen» wordt verstaan: onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, eerste lid, van het Verdrag, is gevolg gegeven. Zie het nieuwe onderdeel h van artikel 1. De diverse

onderdelen van artikel 1 zijn, als gevolg hiervan en van de onder a genoemde wijziging opnieuw geletterd. Paragraaf 5.1.1 van het algemeen deel van de memorie van toelichting alsmede de artikelsgewijze toelichting op artikel 1 zijn dienovereenkomstig aangepast. De raad merkte op dat het woord «feitelijke» in het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, in tegenstelling tot hetgeen daarover in de toelichting werd opgemerkt, wél een afzonderlijke betekenis kan hebben, en vroeg zich daarom af of het woord wel uit de formulering weggelaten kan worden. Nu de meningen daar kennelijk over kunnen verschillen en omdat beoogd is de EG-mededingingsregels terzake te volgen, is, om onduidelijkheid te voorkomen, de formulering gewijzigd conform de suggestie van de raad.

3. De Dienst voor de mededinging; artikel 2

Voor de uitvoering van het wetsvoorstel is gekozen voor interne verzelfstandiging. Als uitvoeringsorganisatie wordt ingesteld een Dienst voor de mededinging (hierna: de Dienst), die ressorteert onder de Minister van Economische Zaken. De nadere vormgeving van de interne verzelfstandiging geeft de Raad aanleiding tot de volgende opmerkingen.

In de toelichting wordt geconstateerd dat zowel de Sociaal-Economische Raad (S.E.R.) als de Commissie economische mededinging (Cem) wijzen op het belang van de scheiding van toezicht en onderzoek aan de ene kant en het opleggen van sancties aan de andere kant (hoofdstuk I, paragraaf 13.4). Naar aanleiding daarvan, aldus de toelichting, worden ingevolge artikel 3, tweede lid, de 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, verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het onderzoek en het opstellen van het rapport van de overtreding. De toelichting op artikel 3 (hoofdstuk II) stelt dat deze scheiding tussen onderzoek en sanctie-oplegging overeenstemt met de adviezen van de S.E.R. en de Cem daaromtrent. Dit laatste is onjuist.

De S.E.R. en de Cem keuren deze oplossing, die reeds in de adviesaanvraag werd voorgesteld en waarbij verschillende afdelingen van de Dienst met de onderscheiden taken zijn belast, juist uitdrukkelijk af. Beide bevelen aan de bevoegdheid om sancties op te leggen in handen te geven van een zelfstandig bestuursorgaan (S.E.R.-advies, bladzijden 54/55; Cem-advies, bladzijde 11). De toelichting dient op dit punt te worden aangepast.

Ten principale merkt de Raad op dat het probleem van de scheiding van toezicht en onderzoek aan de ene kant en het opleggen van sancties aan de andere kant zich voordoet in verschillende wetten. De Raad wijst bijvoorbeeld op het wetsvoorstel 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, nrs.1 en 2). De Raad is van oordeel dat dient te worden getracht deze kwestie zoveel mogelijk eenvormig te regelen. Daarbij neemt het college als uitgangspunt dat degene die de sanctie oplegt niet tevens belast is met, dan wel verantwoordelijk is voor toezicht en onderzoek.

Hoe wezenlijk deze scheiding voor de Mededingingswet is, blijkt ook uit het feit dat in andere landen waarborgen zijn getroffen voor onafhankelijke sanctie-oplegging. Zo is in België, Frankrijk, Groot-Brittannië en Duitsland in het kader van de mededingingsregelgeving de sanctie-oplegging in handen gegeven van een onafhankelijk orgaan of zijn kwalificatie-eisen gesteld aan de ambtenaren die zijn belast met de sanctie-oplegging.

Het wetsvoorstel is niet in overeenstemming met voornoemd uitgangspunt. De voorgestelde scheiding door middel van het creëren van verschillende afdelingen voor de onderscheiden taken acht de Raad daartoe niet voldoende. Op grond van de hoofdstukken 7 en 8 van het wetsvoorstel worden sancties immers opgelegd door de directeur terwijl deze tevens verantwoordelijk is voor toezicht en onderzoek. De Raad is van oordeel dat de sanctie-oplegging moet worden opgedragen aan een zelfstandig functionaris, hetzij binnen de dienst, hetzij buiten de dienst.

Voorts wijst de Raad erop dat in het Europese en Amerikaanse mededingingsrecht de verantwoordelijkheid voor het juiste verloop van de procedure wordt toegekend aan een onafhankelijk functionaris (vergelijk wat betreft de regeling in de EG het besluit van de Europese Commissie van 12

december 1994, PbEG 1994, L 330:67, betreffende het mandaat van de raadadviseur in de mededingingsprocedure voor de Commissie). Indien een zelfstandig functionaris wordt belast met de sanctie-oplegging, beveelt de Raad aan deze dan ook voornoemde taak toe te kennen en de in artikel 59 bedoelde hoorzitting te laten voorzitten door deze functionaris.

De Raad van State wijst er terecht op dat de toelichting op artikel 3, tweede lid, de adviezen van de Sociaal-Economische Raad (SER) en de Commissie economische mededinging (Cem) niet juist weergeeft. Het is weliswaar zo dat de SER en (althans een aantal leden van de) Cem onderschrijven dat er een scheiding moet zijn tussen toezicht en onderzoek aan de ene kant en sanctie-oplegging aan de andere kant, maar hun adviezen bepleiten een andere vorm daarvoor. De desbetreffende passage is dan ook komen te vervallen.

Vervolgens stelt de raad het probleem aan de orde van de scheiding van toezicht en onderzoek aan de ene kant en het opleggen van sancties aan de andere kant en stelt voor de sanctie-oplegging op te dragen aan een zelfstandig functionaris binnen of buiten de dienst. 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. De Raad van State bepleit deze scheiding zoveel mogelijk eenvormig te regelen. Daarbij wijst de raad op de regeling in de fiscale wetgeving, waar wordt gekozen voor een mandaatsconstructie, en naar een aantal andere landen, waar uiteenlopende oplossingen zijn gekozen. Naar mijn mening wordt de keuze van de vormgeving van scheiding tussen toezicht en onderzoek enerzijds en sanctie-oplegging anderzijds vooral bepaald door de wijze van uitvoering van de desbetreffende regeling. Het voren genoemde kabinetsstandpunt gaat ervan uit dat dit per afzonderlijke regeling sterk kan verschillen. Dat blijkt ook in de praktijk. In het door de raad genoemde wetsvoorstel inzake de fiscale boete wordt gekozen voor een mandaatsconstructie; deze constructie is ook gekozen voor de uitvoering van andere taken van de belastingdienst. Bij de Wet geneesmiddelenprijzen wordt het toezicht uitgeoefend door ambtenaren, die door de betrokken minister worden aangewezen; de minister legt ook de bestuurlijke boete op. In het voorstel voor een Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid (kamerstukken II 1994/95, 23 909) is er uitdrukkelijk voor gekozen geen regels te stellen inzake een aparte organisatorische voorziening voor de boete-oplegging, omdat dit in met name de kleinere gemeenten (de gemeente legt de boete op) problematisch zou zijn. Nergens is of wordt gekozen voor een zelfstandige boetefunctionaris buiten het betrokken bestuursorgaan.

De raad suggereert de sanctie-oplegging op te dragen aan een zelfstandige functionaris, buiten of binnen de dienst. De uitvoering van de Mededingingswet is opgedragen aan de Dienst voor de mededinging. Naar mijn mening is het vanuit organisatorisch oogpunt niet efficiënt vervolgens een functionaris buiten die dienst de sanctiebeschikkingen te laten vaststellen. De andere mogelijkheid die de raad oppert, is een zelfstandige functionaris binnen de dienst. Hierbij kan men denken aan een mandaatsconstructie en attributie van beschikkingsbevoegdheid. Een mandaatsconstructie, waarbij dus op ieder moment door de mandaatgever kan worden ingegrepen, heeft mijns inziens in een organisatie van betrekkelijk geringe omvang, waar de afstand tussen mandaatgever en mandataris gering is, niet het door de raad beoogde effect. Bij attributie van de sanctiebevoegdheid aan een ambtenaar binnen de Dienst voor de mededinging wordt binnen die organisatie, naast de directeur, een ander bestuursorgaan geschapen. Ik acht het in ieder geval binnen een organisatie van niet al te grote omvang, zoals de dienst, ongewenst twee bestuursorganen te creëren met eigen bevoegdheden, waarbij één van die organen ook nog de leiding heeft van die dienst. Al met al blijf ik van mening dat de in artikel 3, tweede lid, van het wetsvoorstel vastgelegde feitelijke scheiding van werkzaamheden, die verband houden met toezicht en onderzoek tot en met het opstellen van het rapport en de daarna volgende werkzaamheden (horen belanghebbenden, vaststellen of de verbodsnorm is overtreden en vervolgens het concipiëren van de sanctiebeschikking) de voorkeur verdient. Hiermee wordt de gewenste feitelijke scheiding bewerkstelligd, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het belang van een goed functionerende uitvoeringsorganisatie voor de Mededingingswet. Wel heeft het advies van de

raad mij aanleiding gegeven in het algemeen deel van de memorie van toelichting (paragraaf 13.4) nader in te gaan op de positionering en inrichting van de dienst.

4. Beleidsregels; artikel 4

Artikel 4 bepaalt dat de Minister van Economische Zaken algemene aanwijzingen aan de directeur van de Dienst met betrekking tot de uitoefening van de hem in de wet toegekende taken vastlegt in beleidsregels. Naar de mening van de Raad is het wenselijk, mede met het oog op artikel 3:42 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), in de wet zelf aan te geven hoe deze beleidsregels zullen worden bekendgemaakt, bijvoorbeeld in de Staatscourant.

Aan de suggestie van de raad is gevolg gegeven.

5. Merkbaarheidsvereiste; artikel 6

In hoofdstuk I, paragraaf 5.1.3, van de toelichting wordt opgemerkt dat volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen het verbod van artikel 85 van het EG-Verdrag alleen van toepassing is als een mededingingsafpraak de concurrentie «merkbaar beperkt». Vervolgens wordt gesteld dat dit «merkbaarheidsvereiste» mede richtinggevend is voor de interpretatie van het verbod van mededingingsafspraken in artikel 6 van het wetsvoorstel, zij het dat de EG-Bagatelbekendmaking daarbij buiten beschouwing zal worden gelaten. Weliswaar is in artikel 7 van het wetsvoorstel een bagatelvoorziening opgenomen, maar deze heeft een andere functie. Blijkens de toelichting (hoofdstuk I, paragrafen 5.2.1 en 5.2.2) vormt zij niet – zoals in het EG-recht – de codificatie van de merkbaarheidsvereiste, maar een restvoorziening naast de andere vrijstellingen. De Raad vreest dat door deze regeling verwarring zal ontstaan over de betekenis die naast de in artikel 7 voorziene bagatelregeling moet worden toegekend aan het merkbaarheidsvereiste. Hij raadt aan het merkbaarheidsvereiste in artikel 6, eerste lid, op te nemen en dit merkbaarheidsvereiste in te vullen met de in artikel 7 opgenomen criteria. Bovendien wordt door de toevoeging van de merkbaarheidsvereiste als toepassingsvoorwaarde van het verbod van artikel 6, eerste lid, recht gedaan aan aanwijzing 214 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, die voorschrijft dat alle elementen betreffende de reikwijdte van een wettelijke bepaling in de wet zelf en niet gedeeltelijk in de toelichting moeten worden opgenomen (zie ook artikel 12, eerste lid, en de toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 13.2).

Anders dan de raad acht ik het niet wenselijk aan het verbod van mededingingsafspraken in artikel 6 het «merkbaarheidsvereiste» toe te voegen en dit merkbaarheidsvereiste in te vullen met de zogenaamde bagatelcriteria van artikel 7.

Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG is artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag slechts van toepassing op afspraken die de mededinging «merkbaar» beperken. In dat verdragsartikel zelf komt dat vereiste evenwel niet voor. Er is dan ook geen aanleiding dat wel toe te voegen aan het, aan dat verdragsartikel ontleende, verbod van mededingingsafspraken in artikel 6 van dit wetsvoorstel. Wel ligt het in de rede dat verbod te interpreteren overeenkomstig de criteria voor een «merkbare beperking van de mededinging» uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG.

In aanwijzing 214 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarnaar de raad verwijst, wordt voorgeschreven dat de (memorie van) toelichting niet mag worden gebruikt voor het stellen van nadere regels. Naar mijn mening is daarvan in paragraaf 5.1.3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting ook geen sprake. Er wordt slechts verwezen naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG met betrekking tot een «merkbare beperking van de mededinging» en naar de betekenis daarvan voor de interpretatie van het nationale verbod van mededingingsafspraken. In de memorie van toelichting wordt dan ook geen aanvullende norm gesteld, die onderdeel behoort te zijn van de desbetreffende verbodsbepaling.

Ook als het «merkbaarheidsvereiste» wel aan de verbodsbepaling zou worden toegevoegd en ingevuld met de bagatelcriteria, zou dat nog niet

betekenen dat uitsluitend afspraken die aan die bagatelcriteria voldoen, als niet «merkbaar» in de zin van die verbodsbepaling zouden worden beschouwd. De aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG ontleende criteria van «merkbaar beperking van de mededinging» zijn immers niet dezelfde als de bagatelcriteria. Daarom valt niet uit te sluiten dat een afspraak, hoewel die boven de bagatelgrenzen ligt, volgens de criteria voor een «merkbaar beperking van de mededinging» buiten de reikwijdte van die verbodsbepaling valt. Naar aanleiding van de opmerking van de raad is dit punt nader verduidelijkt in paragraaf 5.2.1 van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

De raad verwijst ook naar artikel 13 (nieuw), eerste lid, van het wetsvoorstel. Daarin worden mededingingsafspraken vrijgesteld die de handel tussen lid-staten van de Europese Gemeenschappen niet ongunstig kunnen beïnvloeden of waardoor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet «merkbaar» wordt verhinderd, beperkt of vervalst, maar die, als dat wel het geval zou zijn, zouden zijn vrijgesteld krachtens een EG-vrijstelling. In verband met de bovenstaande overwegingen is «merkbaar» in dat artikellid vervallen.

Voorts heb ik naar aanleiding van het advies van de raad paragraaf 13.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting aangepast.

6. Bagatelvoorziening (criteria); artikel 7

Artikel 7 bevat criteria voor toepassing van de bagatelvoorziening (omzet niet hoger dan 5 miljoen gulden voor handelszaken, 1 miljoen gulden in alle andere gevallen). Deze criteria zijn overgenomen uit de drie vroegere regelingen inzake generieke onverbindendverklaring (hoofdstuk I, paragraaf 5.2.2, van de toelichting); er is geen relatie gelegd met de omzetgrens in de EG-Bagatelbekendmaking (300 miljoen ECU's). De in het wetsvoorstel opgenomen getalscriteria komen de Raad zeer laag voor en zouden naar het oordeel van de Raad aanmerkelijk hoger vastgesteld kunnen worden zonder dat de mededinging op de Nederlandse markt daardoor in gevaar komt.

Het opnemen van te lage criteria leidt tot onnodige, en derhalve ongewenste, administratieve bemoeienis met het bedrijfsleven. Bovendien is niet toegelicht of, en zo ja in hoeverre, er een relatie dient te zijn tussen de hier bedoelde criteria en die betreffende het toepassingsbereik van het concentratietoezicht (artikel 28) en is evenmin toegelicht waarom in dat geval wel uitdrukkelijk voor overneming van Europese criteria is gekozen. De Raad beveelt aan artikel 7 aan te passen en de toelichting aan te vullen in vorenbedoelde zin.

Zoals de raad opmerkt, is bij de keuze voor het gezamenlijke omzet-criterium in artikel 7 van het wetsvoorstel geen relatie gelegd met de omzetgrens in de EG-Bagatelbekendmaking. In de EG-Bagatelbekendmaking hangt de gezamenlijke omzet-grens van 300 miljoen Ecu samen met de gezamenlijke marktaandeel-grens van 5%. Het gezamenlijke omzet-criterium van f 5 miljoen respectievelijk f 1 miljoen in artikel 7 moet echter worden toegepast in combinatie met het criterium van het gezamenlijke aantal van acht aangesloten ondernemingen. In paragraaf 5.2.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting zijn de overwegingen voor deze keuze uiteengezet. Het ontbreken van het marktaandeel als bagatelcriterium maakt het noodzakelijk voor een laag gezamenlijke omzet-criterium te kiezen. Voorkomen moet worden dat op regionale of lokale markten, waar de kans groot is dat mededingingsafspraken van minder dan acht ondernemingen met een relatief geringe gezamenlijke omzet niettemin marktbeheersend zijn, beneden de bagatelgrenzen vallen. Als de gezamenlijke omzetgrens aanmerkelijk hoger vastgesteld zou worden, zoals de raad adviseert, zou dat kunnen betekenen dat de mededinging op delen van de Nederlandse markt wordt uitgeschakeld. Ik acht dat niet wenselijk, omdat een nationale mededingingswet niet alleen tot doel heeft de mededinging te bevorderen op de landelijke markt, maar ook die op regionale en lokale markten.

De bagatelcriteria in artikel 7 zijn dezelfde als die in het Besluit horizontale prijsbinding, het Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen en het Besluit marktverdelingsregelingen. In de praktijk is noch bij de handhaving van die besluiten noch bij de behandeling van aanvragen om ontheffing daarvan

gebleken dat die bagatelcriteria tot onnodige, en derhalve ongewenste, administratieve bemoeienis met het bedrijfsleven hebben geleid.

Tussen de bagatelcriteria in artikel 7 en de criteria voor de werkingssfeer van het concentratietoezicht in artikel 29 (nieuw) van het wetsvoorstel bestaat geen relatie, 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 die concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of zal worden versterkt. Naar aanleiding van het advies van de raad is de memorie van toelichting (paragraaf 5.2.2) op dit punt aangevuld.

In tegenstelling tot hetgeen de raad opmerkt, is in artikel 29 (nieuw) niet gekozen voor overneming van de Europese criteria. In artikel 1, tweede lid, 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, L 257) (verder: EG-concentratieverordening), worden als criteria genoemd een totale omzet over de hele wereld van alle betrokken ondernemingen van meer dan 5 miljard Ecu en een totale omzet in de EU van ten minste twee van de betrokken ondernemingen van ieder meer dan 250 miljoen Ecu. In artikel 29 (nieuw) van dit wetsvoorstel is gekozen voor de criteria van een gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen van meer dan f 250 miljoen en een omzet in Nederland van ten minste twee van de betrokken ondernemingen van ieder ten minste f 30 miljoen.

7. Bagatelvoorziening (omzetberekening); artikel 7

Noch uit het wetsvoorstel, noch uit de toelichting blijkt op welke wijze de omzet ten behoeve van het in hoofdstuk 3 (Mededingingsafspraken) opgenomen artikel 7 dient te worden berekend. In het in hoofdstuk 5 (Concentraties) opgenomen artikel 29 wordt wel uitdrukkelijk bepaald hoe de omzet berekend dient te worden bij toepassing van artikel 28, in welk artikel in verband met het toepassingsbereik van het concentratietoezicht eveneens het criterium van de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen wordt gehanteerd. Hoofdstuk 3 dient met een overeenkomstige bepaling te worden aangevuld.

Naar aanleiding van het advies van de raad heb ik de berekening van de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen zowel bij de bagatelvrijstelling in artikel 7 als in verband met de reikwijdte van het concentratietoezicht in artikel 30 (nieuw) nader gezien.

Dat heeft in de eerste plaats geleid tot aanvulling van artikel 30 (nieuw) met de bepaling dat bij de berekening van de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen de onderlinge transacties buiten beschouwing worden gelaten. Hoewel de raad daarover geen opmerking maakt, acht ik die aanvulling wenselijk. Dat gezamenlijke omzet-criterium is immers bedoeld als indicatie van de marktmacht van de bij een tot stand te brengen concentratie betrokken ondernemingen ten opzichte van derde ondernemingen. Door de transacties tussen de bij een concentratie betrokken ondernemingen buiten beschouwing te laten beantwoordt dat criterium beter aan dat doel. Ook artikel 5, eerste lid, van de EG-concentratieverordening kent een dergelijke bepaling.

In de tweede plaats is in een nieuw artikel 8 uitwerking gegeven aan het voorstel van de raad om ten behoeve van de toepassing van de bagatelvoorziening van artikel 7 een bepaling op te nemen over de berekening van de gezamenlijke omzet van de bij een mededingingsafpraak betrokken ondernemingen. In het eerste lid van artikel 8 (nieuw) wordt, evenals in artikel 30 (nieuw), voor de omzetberekening verwezen naar artikel 377, zesde lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Een gedetailleerde regeling van het begrip «betrokken ondernemingen» als die in artikel 30 (nieuw), is evenwel in het geval van de bagatelvrijstelling naar mijn mening niet wenselijk, omdat die vrijstelling is bedoeld voor kleinere ondernemingen. 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» van artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Daarom wordt in het tweede lid van artikel 8 (nieuw) 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 marktmacht van een mededingingsafpraak is immers niet alleen bepalend de invloed van de rechtstreeks daarbij betrokken ondernemingen, maar ook die van de groepen waartoe die ondernemingen eventueel behoren. In lijn met de bovengenoemde aanvulling van artikel 29 blijven ingevolge het derde lid van artikel 8 (nieuw) voor de berekening van de gezamenlijke omzet van de bij een mededingingsafpraak betrokken ondernemingen die tot een groep behoren, de transacties tussen de tot die groep behorende ondernemingen buiten beschouwing. Hetzelfde geldt voor de transacties tussen de bij een mededingingsafpraak betrokken ondernemingen. Dit punt is nader toegelicht in paragraaf 5.2.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

8. Machtigingsverordeningen; artikel 12

In de toelichting op artikel 12 (hoofdstuk II) is een opsomming gegeven van de machtigingsverordeningen van de Raad van de Europese Gemeenschappen op basis waarvan de Europese Commissie groepsvrijstellingen kan vaststellen. Naar de Raad van State aanneemt, is bedoeld een volledige opsomming te geven van de op het moment van de indiening van het voorstel bestaande machtigingsverordeningen. In dat geval dient de opsomming te worden aangevuld met 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 EG-Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaart-ondernemingen (consortia), onder vermelding van het relevante artikel 6, tweede lid.

Aan het advies van de Raad van State is gevolg gegeven. Tevens is, naar aanleiding van het advies van de raad op dit punt, in de toelichting op artikel 13 (nieuw) het overzicht van de bestaande machtigingsverordeningen verduidelijkt.

9. Vrijstellings- en ontheffingscriteria; artikelen 14 en 16

Op grond van artikel 16 kan een ontheffing worden verleend van het nationale kartelverbod voor een overeenkomst, een besluit of onderling afgestemde gedragingen, volgens criteria die zijn ontleend aan artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag. Deze criteria worden eveneens gehanteerd bij de vrijstellingsmogelijkheid van categorieën mededingingsafspraken op grond van artikel 14 en houden het volgende in. De desbetreffende mededingingsafpraak moet bijdragen tot verbetering van de produktie of van de distributie of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. Een billijk aandeel in de uit die verbetering voortvloeiende voordelen moet de gebruikers ten goede komen. Voorts mag de desbetreffende mededingingsafpraak aan de betrokken ondernemingen geen beperkingen opleggen die voor het bereiken van de doelstelling niet onmisbaar zijn. Ook mag de afspraak niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.

Uit de toelichting blijkt dat de verbetering van de produktie, distributie of technische of economische vooruitgang ook kan blijken uit andere uit maatschappelijk oogpunt bezien nuttige effecten (hoofdstuk I, paragraaf 6.2). Naar uit, onder andere, de Exxon/Shell-beschikking van 18 mei 1994 (PbEG 1994, L 144/20) kan worden afgeleid stelt ook de Europese Commissie zich op het standpunt dat artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag toelaat dat niet-concurrentie-overwegingen in het kader van het ontheffings- en vrijstellingsbeleid mede afgewogen worden. Hierbij kan worden gedacht aan de afweging van niet- economische belangen, zoals belangen op het gebied van het milieu, van de gezondheidszorg en culturele en sociale belangen tegen de belangen van een goede marktwerking. De beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie zal bij de toepassing van de bevoegdheid tot het verlenen van een ontheffing zoveel mogelijk worden gevolgd, zo wordt in de toelichting uitdrukkelijk vermeld. Een ontheffing dan wel een vrijstelling mag niet in strijd komen met de EG-mededingingsregels, aldus ook de toelichting (hoofdstuk I, paragraaf 6.2, en hoofdstuk II, toelichting op artikel 14). De Raad acht het uit een oogpunt van zorgvuldige wetgeving en rechtszekerheid voor

de ondernemingen onwenselijk om uit te gaan van een rekkelijke uitlegging van de in het voorstel opgenomen criteria. In plaats daarvan verdient het naar de mening van de Raad de voorkeur om in de wet zelf te bepalen dat in het ontheffings- en vrijstellingsbeleid mede met «andere uit maatschappelijk oogpunt gezien nuttige effecten» rekening kan worden gehouden. Een nadere specificatie van die effecten kan volgens de Raad achterwege blijven omdat de beschikkingenpraktijk van de Commissie op dit punt nog in ontwikkeling is en voorts omdat op deze wijze aan deze zogenaamde niet-economische belangen een eigen invulling kan worden gegeven, bijvoorbeeld in die zin dat een factor in de beschouwingen wordt betrokken die nog niet in de beschikkingenpraktijk van de Commissie aan de orde is gekomen. In de toelichting dient op dit laatste aspect uitdrukkelijk te worden ingegaan. Daarbij wijst de Raad op het in de toelichting geformuleerde uitgangspunt dat de onderhavige wet noch strenger noch soepeler zal zijn dan de EG-mededingingsregels, doch niet alle nationale mededingingswet (hoofdstuk I, paragraaf 4).

Anders dan de raad ben ik van mening dat het niet wenselijk is in de Mededingingswet zelf te bepalen dat in het ontheffings- en vrijstellingsbeleid mede met «andere uit maatschappelijk oogpunt gezien nuttige effecten» rekening kan worden gehouden.

In de Exxon/Shell-beschikking (beschikking van 18 mei 1994, PbEG 1994, L 144/20), waarnaar de raad verwijst, verleende de Commissie een ontheffing, omdat de desbetreffende overeenkomsten bijdroegen tot de technische en economische vooruitgang. Zij baseerde die conclusie primair op de overweging dat die overeenkomsten de toepassing mogelijk maakten van nieuwe flexibele en efficiënte technologie, die leidde tot kostenverlaging, aanpassing van verouderde apparatuur, een lager grondstoffengebruik en vermindering van plastic afval. Tevens nam zij in aanmerking dat daardoor het vervoer van ethyleen en de aan dergelijk vervoer verbonden gezondheidsmilieurisico's werden vermeden. Er vond dus niet, zoals de raad opmerkt, een afweging plaats tussen niet-economische belangen en de belangen van een goede marktwerking. Uit de beschikking valt af te leiden dat met doelstellingen van ander beleid dan het mededingingsbeleid rekening kan worden gehouden, als sprake is van verbetering van de produktie of distributie of van de technische of economische vooruitgang die mede bijdraagt tot het realiseren van die doelstellingen.

Van de door de raad voorgestelde bepaling gaat de suggestie uit dat de ontheffings- en vrijstellingsmogelijkheden in het wetsvoorstel ruimer zijn dan die in het EG-mededingingsrecht. Uit een oogpunt van mededingingsbeleid zijn «andere uit maatschappelijk oogpunt gezien nuttige effecten» alleen niet voldoende voor het verlenen van een ontheffing of een vrijstelling. Het is van wezenlijk belang dat die slechts kunnen worden verleend als de desbetreffende mededingingsafspraken voldoen aan alle criteria, genoemd in artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag. Ook valt niet in te zien hoe de door de raad voorgestelde bepalingen bijdragen tot de rechtszekerheid. De raad stelt op zichzelf terecht voor de andere uit een maatschappelijk oogpunt gezien nuttige aspecten niet nader te specificeren, maar zonder die nadere specificatie zullen de voorgestelde bepalingen niet meer duidelijkheid bieden. Bovendien zijn die «uit een ander maatschappelijk oogpunt gezien nuttige aspecten» een element dat niet voorkomt in artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag. Toevoeging van dat element aan de nationale ontheffings- en vrijstellingscriteria, die voor het overige aan dat verdragsartikel zijn ontleend, werkt verwarrend, zeker als aan de zogenaamde niet-economische belangen een eigen invulling zou worden gegeven.

De beschikkingenpraktijk van de Commissie met betrekking tot het meewegen van andere uit maatschappelijk oogpunt gezien nuttige effecten is, zoals de raad opmerkt, nog in ontwikkeling. Dat neemt echter niet weg dat inmiddels in ieder geval duidelijk is dat de Commissie artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag slechts kan toepassen, als een mededingingsafpraak aan alle vier voorwaarden uit 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 ruim om ook doelstellingen van andere beleidsterreinen te omvatten. In dat verslag wordt opgemerkt dat bij de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag rekening wordt

gehouden met de eventuele weerslag ervan ten aanzien van het cultuurbeleid van de Europese Gemeenschappen (onder punt 175). Ook wordt in dat verslag het milieubeleid genoemd (onder punt 91). Voor het milieubeleid verwijs ik ook naar het XXIIe Verslag over het mededingingsbeleid 1992, onder punt 177 tot en met 186 (VOTOB) en naar de beschikkingenpraktijk van de Commissie (ACEC/Berliet, PbEG 1968 L 201/7; United Reprocessors PbEG 1975 L 51/7; KEWA, PbEG 1975 L 51/15; Carbon Gas Technology, PbEG 1983 L 376/17; BBC/NGK, PbEG 1988 L 301/68; Assurpol, PbEG 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, PbEG 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 de vrijstellingsmogelijkheid van artikel 15 (nieuw) en de ontheffingsmogelijkheid van artikel 17 (nieuw) van dit wetsvoorstel zal met andere uit maatschappelijk oogpunt bezien nuttige effecten rekening worden gehouden, overeenkomstig de beschikkingenpraktijk van de Commissie. In gevallen waarin bij de toepassing van die vrijstellings- en ontheffingsmogelijkheden van de Mededingingswet factoren in de beschouwingen worden betrokken die nog niet in de beschikkingenpraktijk van de Commissie aan de orde zijn gekomen, zal zoveel mogelijk een met de bestaande praktijk analoge lijn worden gevolgd. Indien nodig, zal ook overleg met de Commissie plaatsvinden. Overeenkomstig het advies van de raad is op dit punt ingegaan in paragraaf 6.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

De raad verwijst naar het in paragraaf 4 van het algemeen deel van de memorie van toelichting geformuleerde uitgangspunt dat de Mededingingswet noch strenger noch soepeler zal zijn dan de EG-mededingingsregels, maar dat niet alle belangen en criteria uit de EG-mededingingsregels passend zijn 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, zoals het element van de «beïnvloeding van de handel tussen lid-staten» in de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag en de criteria uit de EG-Bagatelbekendmaking. Naar aanleiding van het advies van de raad is dit in paragraaf 4 van het algemeen deel van de memorie van toelichting nader toegelicht. Van de aan artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag ontleende ontheffings- en vrijstellingscriteria kan evenwel niet gezegd worden dat zij niet passend zijn voor de mededingingswet. Juist door het overnemen van die criteria wordt, naar mijn mening, bereikt dat het Nederlandse ontheffings- en vrijstellingsbeleid in overeenstemming zal zijn met het genoemde uitgangspunt.

10. Behandeling ontheffingsaanvraag; artikel 18

Krachtens artikel 4:13 Awb dient een beschikking te worden gegeven binnen de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn of, bij het ontbreken van zulk een termijn, binnen een redelijke – in beginsel op ten hoogste acht weken gestelde termijn na ontvangst van de aanvraag. Hieruit volgt dat de Awb veronderstelt dat bij de vaststelling van een wettelijk voorschrift omtrent een beschikking een keuze wordt gemaakt tussen het bepalen van een termijn en het openlaten daarvan. In artikel 18, eerste lid, van het wetsvoorstel wordt gekozen voor een bepaalde termijn waarbinnen op de aanvraag tot ontheffing beschikt moet zijn en wordt deze vastgesteld op vier maanden. De Raad acht het in strijd met het stelsel van artikel 4:13 Awb dat vervolgens in artikel 18, tweede lid, wordt bepaald dat deze termijn met een door de directeur te bepalen redelijke termijn kan worden verlengd. De Raad is van oordeel dat in artikel 18 een keuze moet worden gemaakt in overeenstemming met het stelsel van de Awb. Dit kan geschieden door in artikel 18, eerste lid, een langere termijn dan vier maanden op te nemen, bij voorkeur in de vorm van een mogelijkheid van een verlenging van de termijn van vier maanden met een in de wet zelf aan te geven termijn, een en ander uit de aard van de zaak onder motivering van de gekozen termijnen. De tweede mogelijkheid is dat alsnog wordt besloten in artikel 18 geen termijn op te nemen. De Raad wijst er in dit verband op dat artikel 4:14 Awb voorziet in de mogelijkheid de termijn van acht weken, waarbinnen in zodanig geval op grond van artikel 4:13 Awb op de aanvraag beschikt moet worden, te verlengen. De Raad is van oordeel dat in het licht van de vereiste rechtszekerheid voor de betrokken ondernemingen aan de eerstgenoemde

mogelijkheid de voorkeur zou moeten worden gegeven en adviseert het wetsvoorstel in die zin aan te passen.

De Raad wijst er voorts op dat indien in het eerste geval wordt gekozen voor de mogelijkheid van verlenging van de termijn van vier maanden, een verlengingsbesluit geen besluit is in verband waarmee de aanvrager dient te worden gehoord. De toelichting op artikel 18 (hoofdstuk II) gaat hier ten onrechte van uit en stelt dat het verlengingsbesluit pas genomen kan worden nadat de aanvrager zijn zienswijze daarover naar voren heeft kunnen brengen. De toelichting dient op dit punt te worden aangepast.

Artikel 19 (nieuw), tweede lid, bepaalt thans overeenkomstig de voorkeur van de Raad van State – dat de termijn van vier maanden met eenzelfde periode kan worden verlengd. Ook de suggesties van de raad ten aanzien van de toelichting zijn opgevolgd. Naar aanleiding van de wijziging in artikel 19 (nieuw) zijn ook de termijnen die gelden voor de overganggevallen van artikel 97 (nieuw) heroverwogen. De termijnen in dat artikel zijn thans ruimer dan die van artikel 19 (nieuw). De reden daarvoor wordt in de toelichting op artikel 97 (nieuw) uiteengezet.

11. Ontheffingsaanvraag (boetevrijstelling); artikel 19

In het EG-recht kan voor overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die onder artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag vallen slechts een beroep worden gedaan op de ontheffingsmogelijkheid van het derde lid van dat artikel nadat zij zijn aangemeld bij de Europese Commissie (artikel 4 van verordening (EEG) nr. 17/62 van de Raad van de Europese Economische Gemeenschap van 6 februari 1962 betreffende toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (Pb nr. 13 van 21 februari 1962, bladzijde 204/62) (hierna: verordening nr. 17). Deze aanmeldingsplicht geldt voor alle belangrijke mededingingsbeperkende afspraken. Uitgezonderd zijn die afspraken die onder een groepsvrijstelling vallen en die welke zijn genoemd in artikel 4, tweede lid, van die verordening.

Artikel 15, vijfde lid, van verordening nr. 17 bepaalt dat er geen geldboeten kunnen worden opgelegd voor gedragingen welke plaats hebben in verband met overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, nádat zij bij de Europese Commissie zijn aangemeld en vóórdat deze een ontheffingsbeschikking heeft genomen.

In het wetsvoorstel is geen aanmeldingsplicht met een boetevrijstelling opgenomen. Wel kent artikel 19 terugwerkende kracht toe aan een positieve ontheffingsbeschikking. In dit geval zijn de in het wetsvoorstel voorgestelde en in het EG-recht gehanteerde stelsels in zoverre met elkaar vergelijkbaar dat voor de gedragingen verricht tussen het moment van aanmelding respectievelijk de ontheffingsaanvraag en het moment van de positieve ontheffingsbeschikking zowel in het EG-recht als onder het wetsvoorstel geen boeten kunnen worden opgelegd. Bij een negatieve ontheffingsbeschikking kunnen in het EG-systeem evenwel geen boeten worden opgelegd voor tussentijds verrichte gedragingen voor zover die binnen de aanmelding vallen, terwijl zulks op grond van het wetsvoorstel wel kan. Ingevolge de in het wetsvoorstel opgenomen regeling kunnen echter niet alleen boeten worden opgelegd maar tevens wordt de onderneming geconfronteerd met de civielrechtelijke gevolgen van de nietigheid van de overeenkomst of het besluit. Hierdoor loopt een onderneming die de wettelijke regeling heeft toegepast door een (mogelijk) mededingingsbeperkende afspraak aan te melden en daarbij een ontheffingsbeschikking aanvraagt dus tweeërlei risico. Onder het EG-systeem is het voordeel van de immuniteit voor geldboeten te beschouwen als een tegenhanger van het risico dat de betrokken ondernemingen lopen door zelf hun overeenkomst aan te geven (HvJEG 7 juni 1983, Zaak 100–103/80, Pioneer v. Commissie, Jur. 1983, 1902). Teneinde ondernemingen onder het wetsvoorstel te stimuleren mededingingsbeperkende afspraken aan te melden en een ontheffingsbeschikking aan te vragen acht de Raad het wenselijk dat alleen de civielrechtelijke gevolgen voor risico van de onderneming komen en dat niet tevens de mogelijkheid bestaat van boete-oplegging voor tussentijds verrichte gedragingen voor zover die gedragingen binnen de aanmelding vallen. De Raad beveelt aan in het wetsvoorstel een boetevrijstelling voor de periode tussen aanmelding en ontheffingsbeschikking op te nemen.

Onder verwijzing naar het EG-recht stelt de Raad van State voor in het wetsvoorstel een boetevrijstelling op te nemen voor de periode tussen de aanvraag om een ontheffing en de beschikking op die aanvraag. Inderdaad vloeit uit het EG-recht voort dat voor afspraken waarvoor een aanmeldingsplicht geldt, geen boete kan worden opgelegd voor de periode tussen aanmelding en de beschikking omtrent de ontheffing. De aanmeldingsplicht geldt, aldus de raad, voor alle belangrijke afspraken. Dat neemt niet weg dat in het EG-recht dus slechts een gedeeltelijke immuniteit geldt. Omdat uiteraard werd onderkend dat ondernemingen «misbruik» zouden kunnen maken van deze immuniteitsregeling door niet voor ontheffing in aanmerking komende afspraken aan te melden, heeft de Commissie voorts de bevoegdheid gekregen deze immuniteit bij (voor beroep vatbare) beschikking op te heffen (artikel 15, zesde lid, van Verordening no. 17 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 6 februari 1962 (PbEG 204/62) betreffende de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag).

Naar mijn mening is het niet nodig en niet wenselijk in het wetsvoorstel zo'n regeling op te nemen. Bestuursorganen zoals de directeur van de Dienst voor de mededinging zijn bij hun handelen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Artikel 20 (nieuw) van het wetsvoorstel opent de mogelijkheid een ontheffingsbeschikking terugwerkende kracht te verlenen tot de datum van ontvangst van de aanvraag. Met andere woorden: er wordt rekening mee gehouden dat ondernemingen een verboden en dus nietige afspraak aangaan voordat daarvoor ontheffing is verleend. Het zou in het algemeen onredelijk zijn om bij weigering van de ontheffing een boete op te leggen voor overtreding van het verbod gedurende de behandeling van de ontheffingsaanvraag. Met een dergelijke praktijk zou ook geen enkel belang zijn gediend. Is er sprake van een aanvraag die kennelijk uitsluitend met het oog op het voorkomen van een boete wordt ingediend maar waarvan duidelijk is dat deze nooit zal worden ingewilligd, dan is een boete niet uitgesloten. Ik heb een en ander thans in de toelichting op artikel 20 (nieuw) uiteengezet. Naar mijn mening hebben ondernemingen op deze wijze een redelijke mate van zekerheid omtrent boete-immuniteit. Deze benadering stemt voorts overeen met een algemeen uitgangspunt van wetgevingsbeleid, namelijk om het aantal «beslismomenten» in een wet, gelet op de daaruit voortvloeiende lasten voor bestuursorganen en rechterlijke macht, zoveel mogelijk te beperken.

12. Intrekking en wijziging ontheffing; artikel 22

Ingevolge artikel 22, zesde lid, kan degene aan wie ontheffing is verleend schriftelijk of mondeling zijn zienswijze kenbaar maken alvorens de directeur, op basis van het tweede lid, overgaat tot het wijzigen of intrekken van de ontheffing. Dit recht wordt de betrokkene niet verleend voor het geval dat de directeur voornemens is over te gaan tot intrekking van de ontheffing op grond van het eerste lid. De Raad acht het evenwel redelijk om degene aan wie de ontheffing is verleend ook voorafgaande aan eventuele intrekking ingevolge het eerste lid het recht te geven zijn zienswijze kenbaar te maken. Daardoor wordt bereikt dat de directeur pas een oordeel zal uitspreken over de in dat lid bedoelde onjuistheid van de verstrekte gegevens, nadat hij heeft kennisgenomen van het standpunt daaromtrent van de betrokken onderneming. De Raad adviseert artikel 22 in vorenbedoelde zin aan te passen.

Aan het advies van de Raad van State is gevolg gegeven. In verband daarmee is de artikelsgewijze toelichting op artikel 23 (nieuw) aangepast.

13. Concentratietoezicht (gemeenschappelijke ondernemingen); artikel 26

Volgens de toelichting (hoofdstuk I, paragraaf 2.1) wordt toezicht op structurele ingrepen in de concurrentieverhoudingen door concentratievorming van ondernemingen, zoals onder meer de totstandbrenging van gemeenschappelijke ondernemingen of «joint ventures», als een onmisbaar element van het mededingingsbeleid beschouwd. Gemeenschappelijke ondernemingen (hierna: g.o.'s) die voldoen aan de in artikel 26, onder c, genoemde voorwaarden, de zogenaamde concentratieve g.o.'s, zullen als een concentratie worden aangemerkt (hoofdstuk II, de toelichting op artikel 26). Als

de concentratievorming niet aan die voorwaarden voldoet, dat wil zeggen als sprake is van zogenaamde coöperatieve of samenwerkings-g.o.'s, zal deze concentratievorming in beginsel als een concurrentie beperkende afspraak worden beschouwd, waarvoor de bepalingen betreffende mededingingsafspraken van het wetsvoorstel gelden (toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 10.4).

De Raad merkt op dat in de jaren na de introductie van de Europese fusiecontrole is gebleken dat zich op dit punt aanzienlijke afbakeningsproblemen voordoen, onder meer omdat ook g.o.'s die niet aan de voorwaarden voldoen vaak in feite zozeer op concentraties lijken dat het niet gerechtvaardigd voorkomt hen aan het geheel andere regime van het algemene mededingingsrecht te onderwerpen en niet aan het concentratietoezicht. Met name gaat het daarbij om de zogenaamde structurele coöperatieve g.o.'s.

Teneinde aan dit probleem tegemoet te komen heeft de Europese Commissie voor deze g.o.'s een soort «tussenregime» ontworpen, dat wil zeggen dat zij wel onder het algemene regime blijven vallen, maar dat voor hen specifieke regels gelden die hun behandeling zo dicht mogelijk doen aansluiten bij de regels van het concentratietoezicht. Zo wordt in het 21e Verslag over het mededingingsbeleid (1991) opgemerkt dat de Europese Commissie voor samenwerkings-g.o.'s die op duurzame wijze alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen, dat wil zeggen structurele coöperatieve g.o.'s, de procedure ter verkrijging van een ontheffing zal versnellen (bladzijden 108 en 109). In het 22e Verslag (1992) wordt vermeld (bladzijde 86) dat dit tussenregime is geïnspireerd door de EG-concentratieverordening. De Europese Commissie zal, aldus dit verslag, binnen twee maanden na de aanmelding laten weten of de oprichting van de g.o. twijfel oproept wat betreft haar verenigbaarheid met het mededingingsrecht. In het eerste geval, waarin een nader onderzoek zal worden ingeleid, zal de Europese Commissie partijen informeren over de datum waarop naar alle waarschijnlijkheid zij haar eindbeschikking zal nemen. In het tweede geval zal zij partijen een zogenaamde administratieve brief of «comfort letter» zenden ter bevestiging van de verenigbaarheid van de afspraak met artikel 85 van het verdrag. Deze procedure is inmiddels een aantal malen toegepast (23e Verslag (1993), bladzijden 136 tot en met 143).

In het licht van het vorenstaande en mede gezien de in de toelichting (hoofdstuk I, paragraaf 2.1) uitdrukkelijk uitgesproken bedoeling om het in het wetsvoorstel neergelegde systeem «zoveel mogelijk» te laten aansluiten bij het (verbods)systeem van het EG-mededingingsrecht acht de Raad het wenselijk om in het voorstel een uitdrukkelijke bepaling over de zogenaamde structurele coöperatieve of samenwerkings-g.o.'s op te nemen. Daarin zou met name zo dicht mogelijk moeten worden aangesloten bij de in de artikelen 36 en 43 genoemde beslistermijnen (vier respectievelijk dertien weken). In ieder geval zou in de toelichting op de onderhavige kwestie moeten worden ingegaan, waarbij een zelfde intentie zou moeten worden uitgesproken als die van de Europese Commissie als hiervoor weergegeven.

Naar aanleiding van de aanbeveling van de raad om de procedure voor structurele coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen zoveel mogelijk te doen aansluiten bij die voor de beoordeling van concentraties, merk ik het volgende op.

In het EG-recht lopen de termijnen voor de beoordeling van ontheffingsverzoeken en concentraties erg uiteen. In de EG-concentratieverordening is voorzien in een termijn van één maand om vast te stellen dat de concentratie ofwel a) niet binnen het toepassingsgebied van de verordening valt, ofwel b) wel binnen het toepassingsgebied valt, maar dat geen ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, danwel c) om de procedure in te leiden in het geval er wel ernstige twijfel bestaat over haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt. Vervolgens moet de Commissie binnen vier maanden nadat de procedure is ingeleid vaststellen of de concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Bij de beoordeling van ontheffingsverzoeken voor mededingingsafspraken is de Commissie echter in het geheel niet aan een termijn gebonden. In de praktijk pleegt deze procedure dan ook veel meer tijd in beslag te nemen. Een jaar of langer is daarbij beslist geen uitzondering.

Voor structurele coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen, waarvoor een ontheffingsverzoek moet worden ingediend, heeft de Commissie nu de intentie uitgesproken om de procedure en met name de termijnen voor de beoordeling van dergelijke gemeenschappelijke ondernemingen meer in overeenstemming te brengen met die voor de beoordeling van concentraties. Dit houdt in dat de Commissie belanghebbenden binnen twee maanden na de aanmelding ofwel een administratieve brief van geen bezwaar zal zenden dan wel hun zal meedelen dat zij voornemens is een negatieve verklaring, een ontheffingsbeschikking dan wel een verbodsbeschikking te geven. Voor het geven van een beschikking heeft zij zichzelf niet aan een termijn gebonden. In het geval de gemeenschappelijke onderneming vanuit de mededinging gezien geen problemen oplevert, weten de ondernemingen nu echter eerder waar zij aan toe zijn.

In het wetsvoorstel is niet alleen voor de beoordeling van concentraties, maar ook voor de beoordeling van ontheffingsverzoeken een termijn vastgesteld. Voor de beoordeling van concentraties is voorzien in een termijn van één maand, respectievelijk drie maanden in het geval er nadere toetsing nodig is. De totale termijn voor de beoordeling van concentraties is in die gevallen vier maanden. Voor de beoordeling van ontheffingsverzoeken is de termijn ook bepaald op vier maanden. Daarbij is voorzien in de mogelijkheid tot verlenging met nogmaals vier maanden. De in het wetsvoorstel voorziene termijnen voor de beoordeling van concentraties en ontheffingsverzoeken lopen dus veel minder uiteen dan het geval is in het Europese mededingingsrecht. Bovendien zal de dienst er natuurlijk naar streven om in gevallen waarin de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen geen problemen oplevert, zo snel mogelijk op de ontheffingsaanvraag te beslissen. Rijzen er mededingingsrechtelijke vragen, dan is de dienst, net als bij de beoordeling van concentraties, gebonden aan een termijn van vier maanden om een beslissing terzake te nemen. Overeenkomstig de suggestie van de raad heb ik in het algemeen deel van de memorie van toelichting (paragraaf 10.4) aangegeven dat de dienst ernaar zal streven om voor de structurele coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen zoveel mogelijk dezelfde termijnen te hanteren als die welke gelden voor het concentratietoezicht en om dus van de mogelijkheid tot verlenging van de termijn geen gebruik te maken.

14. Concentratietoezicht (dagbladsector); artikel 31

De Raad wijst op het feit dat in de dagbladsector een concentratietoezicht tot stand is gekomen door middel van zelfregulering. De regels van dit concentratietoezicht zijn opgenomen in de Code voor Dagbladconcentraties (hierna: de Code). De Raad wijst erop dat bij de totstandkoming van die regeling op verzoek van de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur op 14 februari 1990 advies uitgebracht is over de grondwettelijke aspecten van een wettelijke persfusieregeling, in het bijzonder over de verenigbaarheid daarvan met artikel 7, eerste lid, van de Grondwet (zie bijlage 2 bij het advies van de S.E.R. over de Persfusieregeling, nr. 91/07). De Raad vraagt zich af of dit advies is betrokken bij de totstandkoming van het onderhavige wetsvoorstel. In ieder geval dient in de toelichting daarop te worden ingegaan.

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is in paragraaf 10.5 van het algemeen deel van de memorie van toelichting aandacht besteed aan de verhouding van het concentratietoezicht op de dagbladsector tot artikel 7, eerste lid, van de Grondwet.

15. Concentratietoezicht (systeem); artikelen 33, 40 en 41

Het voorgestelde systeem van concentratietoezicht voorziet in een beoordeling van voorgenomen concentraties in twee stappen. Eerst is een melding van het voornemen een concentratie tot stand te brengen vereist (artikel 33). Indien de concentratie vergunningsplichtig wordt geacht dient vervolgens een aanvraag om een vergunning te worden ingediend (artikelen 40 en 41).

Met de keuze voor een beoordelingsprocedure in twee fasen is blijkens paragraaf 10.3 van de toelichting (hoofdstuk I) eveneens aansluiting gezocht bij het EG-recht. Het college wijst er evenwel op dat verordening 4064/89 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEG 1990, L 257/13)

voorziet in één enkele aanmelding van een voorgenomen concentratie. Daarbij is de inleiding van de tweede fase van de beoordelingsprocedure afhankelijk van een beslissing van de Commissie en niet van een afzonderlijke aanvraag van de betrokken ondernemingen (artikel 6 van de verordening). Gezien het feit dat in een dergelijk geïntegreerd systeem een vlottere afhandeling van de procedure mogelijk lijkt, alsmede omdat in het EG-mededingingsrecht aan het eind van de eerste fase sprake is van een positieve beschikking, geeft de Raad in overweging een dergelijk systeem ook in de Mededingingswet toe te passen.

16. Concentratietoezicht (melding); artikel 33

Mocht de in het voorgaande punt opgenomen aanbeveling niet worden overgenomen, dan acht de Raad met betrekking tot de in het wetsvoorstel opgenomen regeling van de melding (artikelen 33 en volgende) het volgende van belang. Artikel 34 bepaalt dat bij de melding de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gegevens dienen te worden verstrekt. Dit artikel lijkt niet de mogelijkheid open te houden om de melding in twee fasen te doen plaatsvinden:

- een eerste melding, waarbij slechts een beperkt aantal gegevens over de voorgenomen concentratie dient te worden verschaft;*
- een aanvullende melding, indien de Dienst op grond van de eerste melding verklaart een nader onderzoek te willen instellen.*

De Raad vraagt zich af of het niet uit een oogpunt van proportionaliteit wenselijk is de mogelijkheid van een gefaseerde melding in te voeren, zodat ondernemingen bij de eerste melding niet meer gegevens behoeven te verstrekken dan strikt noodzakelijk voor de beoordeling door de directeur of een vergunning is vereist. Het college adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te vullen.

De punten 15 en 16 van het advies van de raad hangen zodanig met elkaar samen dat zij tezamen behandeld zullen worden. Zoals de raad constateert voorziet de procedure voor de controle op concentraties in het EG-recht in één enkele melding van een voorgenomen concentratie, waardoor een vlottere afhandeling van de procedure mogelijk lijkt. Tegenover dit mogelijke voordeel staat echter het nadeel dat een dergelijke geïntegreerde melding met zich meebrengt dat het aantal voorgenomen concentraties waarvoor een zeer uitgebreid meldingsformulier ingevuld moet worden groter is. Dit wordt door het bedrijfsleven algemeen als hinderlijk in de EG-procedure ervaren. Zoals in paragraaf 10.7.3 van het algemeen deel van de toelichting is aangegeven, zal er slechts in een kleine minderheid van de gevallen aanleiding zijn de concentratie aan een nader onderzoek te onderwerpen en daadwerkelijk gebruik te maken van alle gevraagde gegevens. Ik heb er daarom voor gekozen de procedure voor het beoordelen van concentraties in twee fasen te laten verlopen, zodat het overgrote deel van de concentraties, die geen problemen voor de marktstructuur veroorzaken, niet aan de uitgebreidere tweede toetsingsfase behoeft te worden onderworpen en daarom ook niet behoeft te worden belast met het verstrekken van grote hoeveelheden informatie. Mede naar aanleiding van de opmerkingen van de raad is het streven er, in tegenstelling tot hetgeen in de toelichting op artikel 42 (nieuw), zoals die aan de raad was voorgelegd, was gesteld, dan ook niet meer op gericht te volstaan met het vaststellen van één aanmeldingsformulier. Er zal op basis van artikel 35 (nieuw), eerste lid, een beperkt formulier voor de melding van voorgenomen concentraties vastgesteld worden en daarnaast, op basis van artikel 42 (nieuw), tweede lid, een uitgebreider formulier voor vergunningaanvragen. Dit kan overigens in één algemene maatregel van bestuur geregeld worden. In de toelichting op de artikelen 35 (nieuw) en 41 (nieuw) is het bovenstaande verduidelijkt.

De raad constateert tevens dat in de beoordelingsprocedure onder het EG-recht de inleiding van de tweede fase niet afhankelijk is van een afzonderlijke aanvraag van de betrokken onderneming. Vergeleken daarmee zou de gekozen nationale procedure trager kunnen verlopen als er tijd verloren zou gaan tussen de beslissing van de directeur dat een vergunning vereist is, en de daadwerkelijke aanvraag van die vergunning. Indien echter de ondernemingen die verwachten dat de door hen aangemelde concentratie een machtspositie zal doen ontstaan of zal versterken, al terstond bij de melding of in ieder geval

vóórdat de directeur besloten heeft dat een vergunning nodig is, een aanvraag om een vergunning indienen, wordt voorkomen dat vertraging ontstaat. Een dergelijke «vroeger» aanvraag is altijd mogelijk. In verband daarmee heb ik aan artikel 44 (nieuw) een nieuw derde lid toegevoegd waarin wordt bepaald dat zo'n «vroeger» aanvraag niet in behandeling wordt genomen voordat het vergunningvereiste daadwerkelijk is ontstaan. Daarmee wordt voorkomen dat stappen in de procedure die voorgeschreven worden in de van toepassing verklaarde afdeling 4.3 van de Algemene wet bestuursrecht, zoals bijvoorbeeld de terinzagelegging van de aanvraag, voortijdig gezet moeten worden. In dat nieuwe derde lid van artikel 44 (nieuw) is tevens bepaald dat de termijn van dertien weken, waarbinnen op de vergunningaanvraag beslist moet zijn, pas begint te lopen als ook daadwerkelijk een vergunning wordt vereist.

17. Concentratietoezicht (toetsingscriterium); artikel 40

Bij de beoordeling van een vergunningaanvraag ten behoeve van het tot stand brengen van een concentratie onderzoekt de directeur van de Dienst de gevolgen voor de mededinging. Artikel 40 van het wetsvoorstel bepaalt dat een vergunning wordt geweigerd «indien als gevolg van de voorgenomen concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt». Dezelfde formulering komt voor in artikel 36, eerste lid. Deze formulering wijkt wezenlijk af van het in de EG-Concentratieverordening toegepaste criterium op grond waarvan vereist wordt dat een geconstateerde machtspositie tot gevolg heeft «dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd». In de toelichting wordt dit verschil niet verklaard. Opgemerkt zij dat laatstgenoemd criterium ook in Nederland wordt toegepast in de dagbladsector (artikel 3, eerste lid, van de Code). De Raad adviseert met betrekking tot de mededingingsrechtelijke toetsing in het wetsvoorstel aan te sluiten bij de EG-Concentratieverordening, tenzij in de toelichting te vermelden zwaarwegende overwegingen zich daartegen verzetten.

Zoals de raad opmerkt wijkt de formulering van het toetsingscriterium van artikel 41 (nieuw) van het wetsvoorstel af van dat van de EG-concentratieverordening. De EG-concentratieverordening voegt aan het criterium van het totstandbrengen of versterken van een machtspositie toe, dat die machtspositie «tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd». Aangezien artikel 1 van het wetsvoorstel het begrip economische machtspositie omschrijft als «de positie van een of meer ondernemingen op een markt in Nederland die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op die markt te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen» is dit verschil in formulering evenwel eerder optisch dan inhoudelijk van aard. Dit blijkt ook uit het feit dat in de beschikkingenpraktijk van de Commissie de zinsnede «tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd» tot nu toe niet als een apart toetsingscriterium, naast de totstandbrenging of versterking van de machtspositie, wordt toegepast. Omdat echter nooit geheel uitgesloten kan worden dat de genoemde zinsnede in de toekomst tot een andere interpretatie aanleiding zou kunnen geven, neem ik het advies van de raad over om dezelfde formulering te gebruiken.

18. Concentratietoezicht (inlichtingenplicht); artikel 42

Blijkens de toelichting (hoofdstuk II) ziet deze bepaling onder meer op gegevens omtrent de structuur van de markt in een bepaalde sector waarover de bij de concentratie betrokken partijen niet beschikken, maar hun concurrenten wel. Van deze laatste – zo stelt de toelichting – zal dan kunnen worden verlangd dat zij die gegevens leveren. De Raad is van oordeel dat deze bepalingen verschillende vragen oproept. Ten eerste is de Raad van oordeel dat onvoldoende toegelicht is waarom niet bij de concentratie betrokken ondernemingen gedwongen moeten kunnen worden vertrouwelijke bedrijfsgegevens aan de directeur ter beschikking te stellen. Voorts is niet aangeduid of, en zo ja, op welke wijze, voorkomen kan worden dat bedoelde gegevens

door de directeur ter beschikking (moeten) worden gesteld van de bij de concentratie betrokken partijen. Ten slotte lijkt het de Raad wenselijk nadere criteria vast te stellen met betrekking tot het karakter van de inlichtingen die de directeur op grond van deze bepaling van niet bij de concentratie betrokken ondernemingen kan vorderen. Het wetsvoorstel ware naar aanleiding van het vorenstaande aan te vullen.

Naar aanleiding van het advies van de raad is de inlichtingenplicht in artikel 43 (nieuw) beperkt tot bedrijfsgegevens van ondernemingen. Overeenkomstig de suggestie van de raad is in de toelichting op dat artikel ingegaan op de noodzaak van zo'n verplichting. Voorts wordt in de toelichting uiteengezet op welke wijze kan worden voorkomen dat vertrouwelijke bedrijfsgegevens van derden ter beschikking komen van de bij de concentratie betrokken partijen.

19. Concentratietoezicht (algemeen belang); artikel 46

Artikel 46 bepaalt dat de minister op aanvraag, nadat de directeur een beschikking heeft genomen tot weigering van een vergunning, op grond van het algemeen belang toch een vergunning kan verlenen. De Raad is van mening dat de procedure van artikel 46 onduidelijk is. Zo is niet duidelijk of de beslissing van de minister beschouwd moet worden als een beslissing in beroep genomen, dan wel of sprake is van een primaire beslissing met betrekking waartoe eerst de bezwaarprocedure gevolgd dient te worden alvorens eventueel beroep bij de rechter kan worden ingesteld. Bovendien is onduidelijk bij de voorgestelde besluitvormingsprocedure welke de verhouding is tussen de directeur en de minister. De Raad beveelt dan ook aan dat tegen een weigering van een vergunning door de directeur administratief beroep op de minister wordt opengesteld, die vervolgens kan oordelen met inachtneming van gewichtige redenen van algemeen belang (artikel 46, eerste lid). Voorts merkt de Raad op dat de minister ingevolge artikel 46 alleen in de besluitvorming wordt betrokken, indien de directeur geweigerd heeft een concentratievergunning te verlenen. De Raad is van oordeel dat zulks ook mogelijk zou moeten zijn, indien de directeur vaststelt dat als gevolg van de concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of zal worden versterkt doch vervolgens op grond van artikel 45 ontheffing verleent.

De raad is van mening dat de procedure van artikel 47 (nieuw) onduidelijk is. Zo is het de raad niet duidelijk of de beslissing van de minister beschouwd moet worden als in beroep genomen. Ik merk daarover het volgende op. Tegen een beslissing van de directeur om een vergunning te verlenen dan wel te weigeren, kan bezwaar (bij de directeur) en beroep (bij de rechtbank, en in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) worden ingesteld. De bezwaar- en beroepsprocedure tegen de beschikking van de directeur heeft uitsluitend betrekking op de door de directeur verrichte mededingingspolitieke beoordeling van de concentratie. Los van deze administratieve rechtsgang kan, in geval van weigering van de vergunning, op grond van artikel 47 (nieuw) aan de minister worden verzocht om op grond van overwegingen van algemeen belang tóch een vergunning te verlenen voor de desbetreffende concentratie. Het is aan betrokkenen om te beslissen of zij een heroverweging van de beslissing van de directeur wensen op zuiver mededingingspolitieke gronden – dan is de bezwaarschriftprocedure de aangewezen weg – dan wel, in het geval van een afwijzende beschikking, of zij menen dat gronden van algemeen belang doorslaggevend zijn om de concentratie toe te staan: in dat geval is de weg naar de minister aangewezen. Beide wegen kunnen evenwel – in theorie – ook tegelijk bewandeld worden. In een dergelijk geval kan dus een bezwaar- of beroepsprocedure tegen de afwijzende beschikking van directeur samenlopen met een vergunningaanvraag aan de minister. Om overbodig werk te voorkomen bepaalt artikel 47 (nieuw), derde lid, dat in dat geval de behandeling van bezwaar- en beroepschriften inzake de beschikking van de directeur worden opgeschort totdat op het verzoek aan de minister onherroepelijk is beslist. De beslissing van de minister is op zichzelf ook een voor beroep vatbare beschikking; de bedoelde opschorting geldt dus totdat de bezwaartermijn is verstreken of op een eventueel ingesteld bezwaar en beroep is beslist. Omdat in het algemeen de factor «tijd» in een concentratieproces van wezenlijk belang is, ligt het in de lijn

der verwachting dat slechts in een klein deel van de gevallen de betrokkenen alle mogelijke procedures opeenvolgend in hun geheel zullen benutten.

Uit het bovenstaande blijkt dat er geen sprake is van administratief beroep op de minister. Inderdaad is het nadeel van dit systeem dat de minister pas aan bod kan komen als de vergunning is geweigerd. Daar weegt echter een aantal voordelen tegen op. Het systeem is transparant; de directeur is verantwoordelijk voor de mededingingspolitieke toetsing, en pas als hij een vergunning heeft geweigerd komt de vraag aan de orde of er zodanig zwaarwegende overwegingen van algemeen belang in het geding zijn dat deze zouden moeten opwegen tegen de (vastgestelde) mededingingspolitieke bezwaren. Dat is dan de verantwoordelijkheid van de minister. Een tweede voordeel van dit systeem is dat de minister niet alle gevallen krijgt voorgelegd waarin beroep wordt ingesteld (waaronder ook gevallen waarin een vergunning, eventueel onder voorschriften, is verleend), zoals het geval zou zijn indien administratief beroep zou worden opengesteld, doch uitsluitend weigeringen een vergunning te verlenen en dan nog alleen de «bijzondere» gevallen. De normale gang van zaken is de heroverweging van de mededingingspolitieke beoordeling van de voorgenomen concentratie door het orgaan dat de beslissing heeft genomen en vervolgens de toetsing daarvan, in beroep, door de rechter. In paragraaf 10.8 van het algemeen deel van de toelichting heb ik een en ander nader toegelicht.

De suggestie van de raad dat de minister niet alleen in de besluitvorming moet worden betrokken als de directeur heeft geweigerd de concentratievergunning te verlenen, doch ook in het geval dat de directeur op grond van artikel 46 (nieuw) een ontheffing verleent volg ik niet op. Artikel 46 (nieuw) voorziet erin dat, hangende de beoordeling van het verzoek om vergunning, partijen in de gelegenheid gesteld kunnen worden de concentratie tot stand te brengen op grond van bijzondere, economische, belangen (het moeten wachten op de beslissing van de directeur zal bijvoorbeeld onherstelbare schade veroorzaken). Als de vergunning uiteindelijk wordt geweigerd moet, ingevolge het derde lid van dat artikel, de concentratie ongedaan worden gemaakt. Niet goed valt in te zien waarom het besluit tot ontheffing in een dergelijk geval ter toetsing aan de minister zou moeten worden voorgelegd.

20. Concentratietoezicht (efficiëntietoets); artikel 46.

Blijkens artikel 46 van het wetsvoorstel kan een toetsing aan gewichtige redenen van algemeen belang plaatsvinden nadat de directeur de vergunning op grond van mededingingsrechtelijke overwegingen heeft geweigerd. In zodanig geval kan de Minister van Economische Zaken op een desbetreffende aanvraag besluiten die vergunning alsnog te verlenen op grond van gewichtige redenen van algemeen belang die zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging. Het algemeen belang is, aldus de toelichting, niet nader gespecificeerd maar in de praktijk kan het gaan om uiteenlopende overwegingen van economische en niet-economische aard (hoofdstuk I, paragraaf 10.8). Deze bevoegdheid is aan de minister en niet aan de Dienst toebedeeld omdat het afwegen van het mededingingsbelang met andere, niet in de wet zelf gespecificeerde belangen – naar de toelichting stelt – noodzakelijkerwijs een politiek karakter heeft.

Naar de mening van de Raad heeft een dergelijke afweging met andere belangen evenwel niet altijd een politiek karakter, althans zou een dergelijke afweging in ieder geval niet in alle gevallen door de minister behoeven te worden gemaakt. Concentraties worden veelal tot stand gebracht teneinde een voor de mededinging op de internationale markt gewenste schaalvergroting te bereiken. Schaalvergroting is van groot belang bij de huidige globalisering van markten en gezien de veelal sterke internationale concurrentie. Ook de adviesaanvraag van de minister aan de S.E.R. en de Cem vermeldde in dat verband dat schaalvergroting nodig kan zijn voor ondernemingen in verband met herstructurering en om voldoende flexibiliteit te hebben om te reageren op de steeds snellere technologische ontwikkelingen (adviesaanvraag, opgenomen als bijlage bij het Cem-advies, paragraaf 2.4.3). Het afwegen van het mededingingsbelang met het efficiëntiebelang van schaalvergroting is in beginsel echter niet van politieke aard. Er is dan ook naar het oordeel van de Raad onvoldoende reden om deze afweging door de minister te laten maken. Daar komt bij dat alsdan in gevallen, die ter toetsing aan de Dienst worden voorgelegd en waarbij een efficiëntietoets wordt gevraagd, een aanmerkelijke

tijdwinst kan worden geboekt, omdat voor het toepassen van de efficiëntietoets geen afzonderlijke uitspraak van de minister benodigd zal zijn. Op grond van het voorgaande adviseert de Raad te overwegen de Dienst niet alleen te belasten met toetsing van mededingingsrechtelijke aspecten, doch tevens met de efficiëntietoets.

Anders dan de Raad van State stelt is het afwegen van het mededingingsbelang versus het efficiëntiebelang van schaalgrootte naar mijn mening wel degelijk van politieke aard.

Uit de wettelijke toetsingsnorm van de artikelen 37 (nieuw) en 41 (nieuw) van het wetsvoorstel volgt dat de dienst naar de gevolgen voor de mededinging op de markt, dat wil zeggen de externe effecten van de concentratie, dient te kijken. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van het ontstaan of versterken van een machtspositie dient de relevante geografische markt te worden vastgesteld. Indien een concentratie tot doel heeft om de positie op de internationale markt te versterken, zal de relevante geografische markt veelal niet beperkt zijn tot het Nederlandse grondgebied. De concurrentie die de onderneming ondervindt van de buitenlandse concurrenten wordt meegenomen bij de beoordeling of de onderneming een economische machtspositie verwerft of versterkt. Bij de beoordeling of een concentratie voor de mededinging bezwaren oplevert zal de dienst bovendien ook voorzienbare toekomstige ontwikkelingen meenemen. Indien de machtspositie van tijdelijke aard is zal de dienst dat bij zijn afweging betrekken. Al deze afwegingen maken onderdeel uit van de mededingingstoets.

De situatie ligt anders indien de relevante geografische markt samenvalt met de landsgrens, concurrentie vanuit het buitenland (ook in de nabije toekomst) niet valt te verwachten en er op de thuismarkt geen andere ondernemingen zijn dan de bij de concentratie betrokken partijen. In dat geval zal de vraag of deze concentratie toch moet worden toegestaan, met andere woorden of het efficiëntiebelang van de betrokken ondernemingen zwaarder weegt dan het belang van een gezonde mededinging, een politieke keus zijn. Een dergelijke beslissing kan vergaande gevolgen hebben voor andere marktpartijen. Het is immers in dat geval nog maar de vraag of de voordelen die dan door schaalvergroting kunnen worden behaald, nog daargelaten of die werkelijk worden gerealiseerd, wel doorgegeven zullen worden aan de afnemers, gezien het feit dat de concurrentie daar niet toe zal dwingen. Mocht in een dergelijk geval toch besloten worden om de concentratie toe te staan, dan zullen daar andere, zeer zwaarwegende politieke belangen voor aanwezig moeten zijn. Het is dan aan de minister om een dergelijke beslissing te nemen.

21. Toezicht en onderzoek (onderscheid); artikel 51

In de toelichting op artikel 49 (hoofdstuk II) wordt gesteld dat 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. Volgens artikel 1, onderdeel i, is van onderzoek sprake als de handelingen worden verricht met het oog op de vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan. In de toelichting op artikel 51 (hoofdstuk II) wordt opgemerkt dat toezicht en onderzoek in elkaar kunnen overlopen. De Raad wijst erop dat het onderscheid tussen toezicht en onderzoek thans niet duidelijk is aangegeven. Het onderscheid is evenwel relevant omdat ambtenaren die belast zijn met het onderzoek, beschikken over de toezichtsbevoegdheden en over de bevoegdheden die voorzien zijn in de artikelen 51 tot en met 54. Weliswaar wordt in artikel 52 het begrip «redelijk vermoeden» (dat een overtreding is begaan) gehanteerd, maar dat betreft het zwijgrecht en de cautieplicht. Volgens de toelichting (hoofdstuk II, algemeen) mogen de onderzoeksbevoegdheden alleen worden gebruikt «onder de in het desbetreffende artikel aangegeven omstandigheden». De Raad merkt op dat dientengevolge het «redelijk vermoeden» behoort te worden opgenomen in artikel 51. Aan artikel 51 zou een nieuw eerste lid kunnen worden toegevoegd, stellende dat indien de in artikel 49, eerste lid, bedoelde ambtenaren beschikken over een redelijk vermoeden dat een bepaalde onderneming of ondernemersvereniging een overtreding heeft begaan, zij een onderzoek kunnen instellen. Artikel 52 kan dan worden beperkt tot het zwijgrecht en de cautie.

In artikel 1, onderdeel k, van het wetsvoorstel is het begrip «onderzoek» omschreven zoals is voorgesteld in het advies van de Commissie inzake de Toetsing van Wetgevingsprojecten «Handhaving door bestuurlijke boeten (kamerstukken 1993/94, 23 400 VI, nr. 48). Onderzoek wordt omschreven als handelingen die worden verricht met het oog op de vaststelling dat al dan niet een overtreding wordt begaan. Onder toezicht moet worden verstaan controle op de naleving van de wet zonder dat sprake hoeft te zijn van concrete naspeuringen of al dan niet een overtreding is begaan. Het onderscheid tussen toezicht en onderzoek ligt – zoals de Raad van State signaleert – anders dan het onderscheid tussen toezicht en opsporing in de zin van artikel 27 van het Wetboek van Strafvordering. Van opsporing in de zin van dat artikel is sprake ingeval van een redelijk vermoeden van schuld van een verdachte aan het plegen van een strafbaar feit. Ik wijs erop dat in de sfeer van de economische delicten een ander opsporingsbegrip wordt gehanteerd. Uit een uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat de opsporingsbevoegdheden uit de Wet op de economische delicten ook kunnen worden aangewend als er nog geen redelijk vermoeden van een strafbaar feit bestaat, maar ingeval er concrete aanwijzingen zijn dat een economisch voorschrift niet worden nageleefd (HR 9-3-1993, NJ 1993, 633). Het ligt naar mijn mening meer voor de hand bij bestuursrechtelijk te handhaven economische ordeningswetgeving, zoals het voorstel voor een Mededingingswet, eveneens te kiezen voor een eigen, specifiek (onderzoeks-)begrip.

Anders dan de raad zie ik geen reden om het onderscheid tussen toezicht en onderzoek duidelijker aan te geven. Toezicht en onderzoek lopen in elkaar over. De uitoefening van toezicht kan in een concreet geval gaandeweg overgaan in onderzoek. Daarnaast kunnen in het kader van bestuursrechtelijke handhaving handelingen worden verricht die niet als toezicht kunnen worden gekwalificeerd maar waarvoor wel bevoegdheden nodig zijn. Ik noem bij voorbeeld het geval dat een klacht is ingediend, die aanleiding vormt om nadere inlichtingen in te winnen. Er hoeft dan nog geen sprake te zijn van een redelijk vermoeden van een strafbaar feit, en evenmin van concrete aanwijzingen. Het ontbreken van een scherpe afbakening levert mijns inziens ook geen problemen op. De bevoegdheden voor toezicht en onderzoek zijn grotendeels dezelfde. Alleen in de artikelen 54 (nieuw) en 55 (nieuw) wordt – in aanvulling op de toezichtbevoegdheden in het voorstel voor een wet Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht, kamerstukken I 1995/96, 23 700 nr. 188) – een tweetal bevoegdheden verleend die bij onderzoek naar mogelijke overtredingen kunnen worden gebruikt. Het gaat hier om verzegeling (artikel 54 (nieuw)) en het kunnen uitoefenen van het inzagerecht met behulp van de sterke arm (artikel 55 (nieuw)). Uiteraard wordt ook de toepassing van deze bevoegdheden beheerst door de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat betekent onder meer dat zij in de praktijk alleen zullen worden gebruikt indien er sprake van een gericht onderzoek. Overigens zijn deze bevoegdheden ook niet zo uitzonderlijk, dat om die redenen een clausulering als door de raad voorgesteld, wenselijk zou zijn. Een bevoegdheid tot het kunnen afdwingen van inzagerecht met behulp van de sterke arm ten behoeve van het uitoefenen van toezicht is niet ongebruikelijk. De toelichting op artikel 55 (nieuw) noemt daarvan enige voorbeelden. Een verzegelingsbevoegdheid komt minder voor. Die bevoegdheid strekt er evenwel toe het mogelijk te maken een onderzoek te beperken tot de kantooruren, hetgeen ook voor de betrokken ondernemingen aantrekkelijk is. Het eveneens door de raad genoemde artikel 53 (nieuw) geeft geen bevoegdheid, maar omvat waarborgen voor degenen bij wie een onderzoek wordt ingesteld. Het in dit artikel vervatte zwijgrecht en de cautieplicht zijn, zoals dat artikel bepaalt, van toepassing in geval van een redelijk vermoeden van een overtreding. De redenen voor dit criterium zijn in de toelichting op artikel 53 (nieuw) uiteengezet.

22. Procedure; artikel 58

Artikel 58 bepaalt dat de directeur, indien hij «van oordeel is» dat een overtreding als bedoeld in artikel 55, eerste lid, is begaan en dat daarvoor een boete of een last onder dwangsom dient te worden opgelegd, een rapport doet opmaken. De Raad merkt op dat de directeur pas tot dit oordeel kan komen als de procedure als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 7 is voltooid. De

redactie van artikel 58, eerste lid, dient dan ook te worden gewijzigd in die zin dat «oordeel» wordt vervangen door: redelijk vermoeden.

Het advies van de Raad van State is opgevolgd.

23. Overtredingsbeschikking; artikel 61

Blijkens de toelichting op artikel 61 (hoofdstuk II) wordt het, naar de mening van de Raad terecht, wenselijk geacht dat een besluit van de directeur om geen boete of last op te leggen, nadat aanvankelijk het voornemen bestond om dit wel te doen nadat een overtreding werd geconstateerd (artikel 58, eerste lid), voor beroep vatbaar is. Daarbij wordt vermeld dat een dergelijk besluit – indien niet sprake was van een verzoek van een derde-belanghebbende – geen beschikking is in de zin van de Awb, omdat het besluit geen rechtsgevolgen heeft. Allereerst wijst de Raad erop dat die constatering niet door de administratieve rechter behoeft te worden gedeeld. De Raad adviseert dan ook de constatering niet in de toelichting op te nemen. Daarnaast acht de Raad het wenselijk de toelichting te verduidelijken ten aanzien van de vraag op welke wijze aan de hiervoor aangehaalde wens voldaan kan worden. Weinig logisch acht de Raad de in de toelichting geopperde mogelijkheid om voor de onderneming beroep open te stellen tegen het besluit om haar geen boete of last op te leggen. Het college denkt eerder aan de mogelijkheid om voor haar beroep te openen tegen het rapport waarin de overtreding is vastgesteld.

De Raad wijst er voorts op dat artikel 62 bepaalt dat de werking van de beschikking waarbij een boete of een last onder dwangsom is opgelegd, wordt opgeschort totdat de bezwaartermijn is verstreken of, indien bezwaar is gemaakt, op het bezwaar is beslist. Aan het beroep op de rechter komt geen schorsende werking toe. Dit betekent dat de geadresseerde van de beschikking gehouden is de boete te betalen binnen de in artikel 66 genoemde termijn, en daartoe op grond van artikel 67 kan worden gedwongen door middel van een dwangbevel, nog voordat hij de gegrondheid van de boete-oplegging aan rechterlijke toetsing heeft kunnen onderwerpen. Naar het oordeel van de Raad staat het onthouden van schorsende werking op gespannen voet met artikel 6, eerste en tweede lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De Raad beveelt aan schorsende werking aan het beroep te verlenen.

De Raad van State is het er mee eens dat het gewenst is een procedure, waarbij een rapport wegens vermoedelijke overtreding is opgemaakt maar waarbij uiteindelijk geen boete of last wordt opgelegd, met een voor beroep vatbaar besluit te beëindigen. De raad leidt evenwel uit de toelichting af dat deze wenselijkheid wordt onderschreven, maar dat daaraan nog geen uitvoering is gegeven. Uit de opmerkingen van de raad blijkt dat de eerste alinea van de toelichting op artikel 62 (nieuw) misverstanden oproept. Artikel 62 (nieuw), eerste lid, bepaalt dat de directeur bij beschikking beslist omtrent het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. Door voor te schrijven dat altijd bij beschikking wordt beslist, dus ook in het geval dat uiteindelijk geen boete of last wordt opgelegd, wordt onzekerheid over de vraag of in bepaalde gevallen wel sprake is van een beschikking in de zin van de Algemene wet bestuursrecht voorkomen. De door de raad bekritiseerde zin waarbij werd geconstateerd dat een besluit waarbij geen boete of last wordt opgelegd en waarbij niet sprake was van een aanvraag van een derde-belanghebbende, geen beschikking is, beoogde de functie van de voorgestelde formulering te illustreren. Deze constatering is, overeenkomstig het advies van de raad, vervallen. De in artikel 62 (nieuw) gekozen (en eveneens in artikel 80 (nieuw) voorkomende) constructie is gehandhaafd. Naar mijn mening verdient het de voorkeur beroep mogelijk te maken tegen de eindbeslissing van de directeur en niet tegen het rapport, zoals de raad voorstelt. Een rapport wordt opgemaakt als er sprake is van een redelijk vermoeden van een overtreding. Het eindoordeel van de directeur wordt gevormd nadat belanghebbenden hun zienswijze daarover hebben kunnen geven. Wel is de toelichting op artikel 62 (nieuw) naar aanleiding van de opmerkingen van de raad aangepast.

Onder verwijzing naar artikel 6, eerste en tweede lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) beveelt de raad voorts aan schorsende werking aan het beroep tegen sanctiebeschikkingen te verlenen. In het wetsvoorstel was er, in

navolging van het kabinetsstandpunt over het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten «Handhaving door bestuurlijke boeten» (kamerstukken 1993/94, 23 400 VI, nr. 48) voor gekozen bezwaar wel, maar beroep niet de sanctiebeschikking te doen opschorten. Naar mijn mening blijkt noch uit de tekst van artikel 6, eerste en tweede lid, noch uit jurisprudentie dat geen invordering van een boete mag plaatsvinden voordat de rechter zich erover heeft uitgesproken. Het feit dat het hier in de regel zal gaan om ingrijpende sancties is wel een argument om ook aan beroep schorsende werking te verlenen. Daar staat tegenover dat zo'n regeling, zeker als het om hoge boeten gaat, kan uitlokken tot het aantekenen van bezwaar of beroep louter vanwege het rentevoordeel. Een en ander nog eens tegen elkaar afwegend heb ik er alsnog voor gekozen de werking van een sanctiebeschikking op te schorten totdat de beroepstermijn is verstreken of op het beroep is beslist (zie de artikelen 63 (nieuw) en 80 (nieuw) van het wetsvoorstel). In samenhang daarmee is in de artikelen 67 (nieuw), tweede lid, en 81 (nieuw) bepaald dat wettelijke rente in rekening wordt gebracht als niet is betaald binnen de gestelde termijn.

24. Decentrale toepassing van de mededingingsregels van het EG-Verdrag; artikel 87

In hoofdstuk 10 van het wetsvoorstel zijn twee bepalingen opgenomen betreffende de decentrale toepassing van de mededingingsregels van het EG-Verdrag door de nationale autoriteiten. Op grond van artikel 87 van het voorstel oefent de directeur op verzoek van de Europese Commissie «de krachtens artikel 88 van het Verdrag en de verordeningen op grond van artikel 87 van het Verdrag bestaande bevoegdheid uit om te beslissen over de toelaatbaarheid van mededingingsafspraken en het misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt».

a. Bij het scheppen van een wettelijke grondslag voor de toepassing door een nationale autoriteit van de artikelen 85, eerste en tweede lid, en 86 van het EG-Verdrag dient naar het oordeel van de Raad duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen het in artikel 87 onderscheidenlijk artikel 88 van het EG-Verdrag bedoelde geval. Waar immers de krachtens artikel 88 van het EG-Verdrag bestaande bevoegdheid tevens de bevoegdheid omvat tot toepassing van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag, is deze bevoegdheid in de op grond van artikel 87 van het EG-Verdrag vastgestelde – in de toelichting bij artikel 87 van het wetsvoorstel genoemde – uitvoeringsverordeningen bij uitsluiting voorbehouden aan de Europese Commissie (artikel 9, eerste lid, verordening nr. 17). De nevengeschiedte verwijzing naar de op grond van artikel 87 van het EG-Verdrag vastgestelde verordeningen en artikel 88 van het EG-Verdrag in samenhang met de aan laatstgenoemde bepaling ontleende omschrijving van de bevoegdheid van de directeur («... beslissen over de toelaatbaarheid van mededingingsafspraken ...») wekt echter de indruk dat laatstgenoemde tevens bevoegd is om ook in het geval van uitoefening van de bevoegdheid op grond van de genoemde uitvoeringsverordeningen toepassing te geven aan artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag. Met name gezien het feit dat de toepassing van de in artikel 88 van het EG-Verdrag bedoelde bevoegdheid thans beperkt is tot enkele onderdelen van de sector zeevervoer, dient artikel 87 van het wetsvoorstel te worden geherformuleerd. Daarbij zou overwogen kunnen worden de bevoegdheden die zijn bedoeld in de op artikel 87 van het EG-Verdrag steunende verordeningen en in artikel 88 van het EG-Verdrag onder te brengen in afzonderlijke leden. Voorts dient in de memorie van toelichting aandacht te worden besteed aan de beperkte draagwijdte van de nog krachtens artikel 88 van het EG-Verdrag bestaande bevoegdheid.

b. De mogelijkheid tot uitoefening van de bevoegdheid tot toepassing van de communautaire mededingingsregels door de directeur wordt in het wetsvoorstel beperkt tot gevallen waarin de Europese Commissie een daartoe strekkend verzoek tot de directeur richt. Als reden hiervoor wordt in de memorie van toelichting (hoofdstuk I, paragraaf 9) aangevoerd dat in voorkomend geval in eerste instantie toepassing zal worden gegeven aan de nationale voorschriften. Dit heeft het voordeel van een lichtere bewijslast, omdat – anders dan in het geval van de communautaire regels – niet behoeft

te worden aangetoond dat er sprake is van een effect op het tussenstaatse handelsverkeer. Voorts wordt erop gewezen dat door deze beperking wordt voorkomen dat er onduidelijkheid bestaat over de vraag welke van de verbodsnormen in een bepaald geval toegepast moeten worden.

De Raad ziet in deze twee overwegingen geen aanleiding de bedoelde beperking van de bevoegdheid van de directeur tot toepassing van artikel 85, eerste en tweede lid, en artikel 86, respectievelijk 85, derde lid, van het EG-Verdrag aan te brengen. De betrokken communautaire bepalingen (onder meer artikel 9, derde lid, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 88 van het EG-Verdrag) voorzien in een discretionaire bevoegdheid van de nationale autoriteiten die slechts wordt beperkt in de in die bepalingen genoemde gevallen (inleiding procedure door de Europese Commissie respectievelijk de totstandkoming van voorschriften op grond van artikel 87 van het EG-Verdrag). Indien het in de bedoeling ligt in de praktijk slechts op verzoek van de Europese Commissie de bedoelde bevoegdheid uit te oefenen, volstaat het naar het oordeel van het college, van deze gedragslijn melding te maken in de memorie van toelichting. In het licht hiervan dient de in artikel 87 van het voorstel opgenomen beperking tot gevallen waarin de Europese Commissie om uitoefening van de hier bedoelde bevoegdheid heeft verzocht te worden geschrapt.

Het college voegt hieraan toe dat voor een dergelijke clausulering slechts aanleiding zou bestaan indien de nationale autoriteiten door middel van delegatie of mandaat de bevoegdheid zou worden toegekend ontheffingen op grond van artikel 85, derde lid, te verlenen.

a. Volgens de raad dient in artikel 88 (nieuw) duidelijker tot uiting te worden gebracht dat er een onderscheid is tussen de in artikel 87 onderscheidelijk artikel 88 van het EG-Verdrag bedoelde gevallen. De bevoegdheid voor de nationale autoriteit om op basis van artikel 88 van het EG-Verdrag de artikelen 85 en 86 toe te passen, bevat mede de bevoegdheid om artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag toe te passen. De op artikel 87 EG-Verdrag steunende uitvoeringsverordeningen beperken de bevoegdheid voor de nationale autoriteiten tot de toepassing van artikel 85, eerste lid, en tot de bevoegdheid vast te stellen dat er sprake is van het misbruik maken van een machtspositie in de zin van artikel 86 EG-Verdrag.

Het advies van de Raad van State om deze verduidelijking in artikel 88 (nieuw) aan te brengen heb ik overgenomen. Het is daarbij echter niet nodig, zoals de raad heeft voorgesteld, om deze bevoegdheden in aparte leden onder te brengen. Tevens is in de toelichting op artikel 88 (nieuw) aandacht besteed aan de beperkte draagwijdte van de nog krachtens artikel 88 van het EG-Verdrag bestaande bevoegdheid. Het overnemen van het advies heeft ook geleid tot wijziging van artikel 89 (nieuw) van het wetsvoorstel. Dit artikel bepaalt thans dat, ingeval de directeur gebruik maakt van zijn bevoegdheid om op basis van artikel 88 van het EG-Verdrag artikel 85, derde lid, toe te passen, hoofdstuk 4, paragraaf 3, van toepassing is.

b. Conform het advies van de raad is de beperking van de bevoegdheid van de directeur om artikel 88 (nieuw) alleen toe te passen als de Commissie daarom verzoekt vervallen. De memorie van toelichting is dienovereenkomstig aangepast.

25. Rechtsbescherming; artikel 91

De toelichting op artikel 91 (hoofdstuk II) stelt met betrekking tot de keuze voor concentratie van de rechtsmacht in eerste aanleg bij één rechtbank dat, «zoals elders in deze memorie van toelichting is uiteengezet, het aantal beroepszaken beperkt zal zijn». Eerder in de toelichting wordt echter de belasting van de rechterlijke macht slechts met het oog op beroep tegen sanctiebeschikkingen behandeld (hoofdstuk I, paragraaf 11.2). Er wordt een indicatie van het aantal beroepen afgeleid uit het aantal sanctiebeschikkingen dat de Europese Commissie gemiddeld per jaar oplegt. Dat aantal ligt rond de tien, zodat de belasting, aldus de toelichting, in absolute aantallen niet groot zal zijn. De Raad merkt evenwel op dat vrijwel alle maatregelen op grond van het wetsvoorstel bij beschikking zullen moeten worden uitgevaardigd. Deze beschikkingen, derhalve niet alleen sanctiebeschikkingen maar ook beschikkingen inzake ontheffingen, meldingen en concentratievergunningen, zullen

alle kunnen leiden tot bezwaar- en beroepsprocedures. De toelichting dient dan ook te worden aangepast op dit punt.

Naar aanleiding van het advies van de raad is in de toelichting bij artikel 92 (nieuw) ingegaan op de uit dit wetsvoorstel voortvloeiende belasting van de rechterlijke macht.

26. Wet op de economische delicten; artikel 92

Op grond van artikel 92 vervalt de verwijzing in de Wet op de economische delicten (WED) naar de WEM en wordt deze ook niet vervangen door een verwijzing naar de Mededingingswet. In hoofdstuk I, paragraaf 11.2 van de toelichting wordt uitgebreid ingegaan op de keuze voor bestuursrechtelijke handhaving. Daarbij wordt gesteld dat het niet zinvol wordt geacht om naast bestuursrechtelijke handhaving het strafrecht achter de hand te houden. De Raad wijst er evenwel op dat voor ernstige gevallen van overtreding van verbodsbepalingen in de Mededingingswet de mogelijkheid van een strafsanctie open moet blijven.

Het college beveelt daarom aan een verwijzing naar de Mededingingswet in artikel 1, onder 2, WED op te nemen.

De Raad van State is van mening dat voor ernstige gevallen van overtreding van verbodsbepalingen in de Mededingingswet de mogelijkheid van een strafsanctie open moet blijven. Kennelijk heeft de raad voor ogen dat binnen de verschillende categorieën van verbodsbepalingen (kartelverbod, verbod van misbruik van een economische machtspositie, verbod een concentratie zonder melding c.q. vergunning tot stand te brengen) een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen minder ernstige en ernstige gevallen van overtreding. In het advies wordt evenwel niet aangegeven wanneer sprake zou zijn van een ernstige overtreding. In paragraaf 11.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting heb ik uiteengezet waarom ik heb gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving. Hierbij is uitdrukkelijk ingegaan op de wenselijkheid van bestuursrechtelijke handhaving van de materiële verboden van het wetsvoorstel (vijfde alinea). Voorts heb ik in de zesde alinea van paragraaf 11.2 gesteld dat ik het niet zinvol acht het strafrecht achter de hand te houden. Er is geen behoefte aan andere dan bestuursrechtelijke sancties (zoals gevangenisstraf) en bovendien kan bij bestuursrechtelijke handhaving sneller en eenvoudiger gereageerd worden. Het advies van de raad geeft mij geen aanleiding op een en ander terug te komen.

27. Blokkeringsbepaling; artikel 93

Ingevolge artikel 93 van het wetsvoorstel zal de bestaande WEM worden ingetrokken. Artikel 39 van die wet bepaalt dat, behoudens voor zover vrijstelling dan wel ontheffing is verleend het verboden is maatregelen of beslissingen van een andere staat, welke betrekking hebben op mededingingsregelingen, economische machtsposities of de mededinging beperkende gedragingen, opzettelijk na te leven. In de toelichting op het wetsvoorstel (hoofdstuk I, paragraaf 12.2) wordt opgemerkt dat deze bepaling niet is overgenomen gezien het belang voor de internationale economische gemeenschap, ook in het bijzonder voor Nederland, van een verdergaande internationale samenwerking. De Raad acht dit argument van onvoldoende betekenis nu vooralsnog niet duidelijk is op welke wijze deze verdergaande internationale samenwerking vorm zal krijgen en adviseert dan ook artikel 39 WEM alsnog in het wetsvoorstel op te nemen.

Zoals ik in paragraaf 12.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting heb aangegeven, opereert het bedrijfsleven thans steeds meer op internationale schaal en hebben kartels, misbruik van een economische machtspositie en concentraties daarom steeds vaker effect op het grondgebied van meer dan één staat. Daarom is samenwerking tussen de mededingingsautoriteiten wenselijk en zelfs noodzakelijk. Daar komt bij dat het Nederlandse mededingingsregime, zoals voorgesteld in het onderhavige wetsvoorstel, veel meer overeenstemt met dat van andere staten, waarmee de Nederlandse bedrijven veelal te maken zullen krijgen, dan ten tijde van het tot standkomen van de Wet economische mededinging het geval was. Ook dit zal de samen-

werking met buitenlandse mededingingsautoriteiten bevorderen. In het kader van de OECD zijn trouwens al in 1986 aanbevelingen gedaan tot samenwerking tussen de mededingingsautoriteiten van de aangesloten staten. Daarnaast is recentelijk een overeenkomst gesloten inzake samenwerking op het gebied van de mededinging tussen de EU en de VS (PbEG 1995,L 95/45). Het opnemen van een artikel als het huidige artikel 39 van de Wet economische mededinging in het wetsvoorstel – zoals de Raad van State voorstelt – zou naar mijn gevoel die samenwerking echter juist kunnen blokkeren. Daar komt bij dat in de praktijk op basis van dit artikel alleen verzoeken om ontheffing zijn ingediend in verband met verzoeken van een buitenlandse mededingingsautoriteit tot het verstrekken van inlichtingen. De laatste jaren wordt in dergelijke gevallen altijd ontheffing verleend.

Ik blijf daarom van mening dat het de voorkeur verdient artikel 39 van de Wet economische mededinging niet in het onderhavige wetsvoorstel over te nemen.

28. Voor een aantal redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

28. Redactionele kanttekeningen

De twaalfde redactionele kanttekening is niet overgenomen. Degene die een concentratie aanmeldt dient geen aanvraag in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb) in, maar voldoet aan een verplichting op grond van de Mededingingswet. Hoewel op de melding een beslissing van de directeur volgt of al dan niet een vergunning vereist is, kan niet worden gezegd dat deze beslissing «op aanvraag» plaatsvindt: de mededeling van de directeur is een ambtshalve beslissing. De melding van een concentratie kan in die zin bijvoorbeeld vergeleken worden met een belastingaangifte; het doen van belastingaangifte is evenmin een aanvraag in de zin van de Awb. Nu de melding geen aanvraag is, geldt artikel 4:4 van de Algemene wet bestuursrecht niet van rechtswege en dient de tweede volzin van artikel 35 (nieuw), eerste lid, van het wetsvoorstel gehandhaafd te blijven.

De dertiende redactionele kanttekening is eveneens niet overgenomen. Het tweede lid van artikel 37 (nieuw) bepaalt doelbewust dat de directeur kan bepalen dat voor een concentratie een vergunning vereist is als een machtspositie ontstaat of wordt versterkt. Hiermee wordt enige beleidsvrijheid voor de directeur gecreëerd om bijvoorbeeld in grensgevallen te besluiten dat geen nadere toetsing nodig is. Hierdoor wordt onnodige starheid in het systeem voorkomen.

De overige redactionele kanttekeningen zijn overgenomen.

29. Overige wijzigingen

Naast een aantal wijzigingen van technische en redactionele aard in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting, zijn voorts nog de volgende wijzigingen aangebracht.

De definitie van artikel 1, sub g, is enigszins gewijzigd met betrekking tot de hierin opgenomen aanduiding van de markt. Door de oorspronkelijke definitief zou de indruk kunnen worden gewekt dat er sprake is van twee markten: «een markt» en «die markt in Nederland». Door de woorden «die markt in Nederland» als eerste op te nemen en vervolgens daarnaar terug te verwijzen met de woorden «die markt» wordt dat voorkomen.

Op grond van artikel 36 (nieuw) moet van een melding van een voorgenomen concentratie mededeling worden gedaan in de Staatscourant. Het ligt voor de hand dat dan ook van de beslissing op de melding op dezelfde wijze mededeling wordt gedaan. Artikel 37 (nieuw), vijfde lid, voorziet daar thans in.

In artikel 54 (nieuw) is het aanvangstijdstip voor een verzegeling vervroegd van 20.00 uur naar 18.00 uur. Dat laatste tijdstip sluit beter aan bij de gebruikelijke kantooruren.

Ten slotte is in de artikelen 58, 70, 74, 75 en 83 (nieuw) een aantal bepalingen over de last onder dwangsom uit het wetsvoorstel Derde tranche Algemene wet bestuursrecht van (overeenkomstige) toepassing verklaard. Dit bleek noodzakelijk omdat er door het Ministerie van Justitie thans van wordt uitgegaan dat ingeval van een zelfstandige last onder dwangsom (die dus niet

is gekoppeld aan een bevoegdheid tot bestuursdwang) de desbetreffende bepalingen niet automatisch van toepassing zijn.

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.

*De Vice-President van de Raad van State,
W. Scholten*

De Minister van Economische Zaken,
G. J. Wijers

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 19 februari 1996, no. W10.95.0378, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft

Artikelen

- In artikel 1, onder b, het woord «bedoeld» vervangen door: genoemd (aanwijzing 82 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar)).
- In artikel 1, onder f, de woorden «een vereniging» vervangen door: een ondernemersvereniging.
- In artikel 1, onder j, «Staat» met kleine letter vermelden. Dit geldt eveneens voor artikel 67, derde en vierde lid, en in de toelichting voor de paragrafen 13.3, vierde alinea, en 5.1.2, eerste alinea, en in de toelichting op artikel 55, zesde alinea, (aanwijzing 93 Ar).
- In artikel 12, eerste lid, de zinsnede «als bedoeld in artikel 11, eerste lid» vervangen door: als bedoeld in artikel 11.
- In artikel 27, eerste lid, onderdeel b, onder 3° en 4°, alsmede tweemaal in de toelichting op artikel 27, «Wet toezicht kredietwezen» vervangen door: Wet toezicht kredietwezen 1992.
- In artikel 27, eerste lid, onderdeel b, onder 5° en 6°, alsmede tweemaal in de toelichting op artikel 27, «Wet toezicht verzekeringswezen» vervangen door: Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993.
- In artikel 27, eerste lid, onderdeel c, «artikel 4A.1.2, onder b» vervangen door: artikel 26, onder b.
- In artikel 32, eerste lid, de EG-concentratieverordening als volgt aanhalen: 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).
Tevens in paragraaf 10.2 van de toelichting de eerste maal de EG-concentratieverordening aldus voluit vermelden. Voorts de lijst van gebruikte aanduidingen en afkortingen dienovereenkomstig aanpassen (aanwijzing 89, eerste lid, Ar).
- In artikel 32, tweede lid, de zinsnede «indien en voor zover» vervangen door: voor zover (aanwijzing 62 Ar).
- In artikel 32, tweede lid, het woord «bedoelde» vervangen door: genoemde (aanwijzing 82 Ar).
- In artikel 34, eerste lid, aanwijzing 53 Ar in acht nemen.
- In artikel 34, eerste lid, de tweede volzin laten vervallen aangezien artikel 4.4 Awb van rechtswege geldt.
- In artikel 36, tweede lid, «kan bepalen» vervangen door: bepaalt.
- In artikel 36, derde lid, «desbetreffende» laten vervallen.
- In artikel 40, eerste lid, de tussenzin vervangen door: waarop een mededeling op grond van artikel 36, eerste lid, dat een vergunning vereist is«.
- In artikel 41, eerste lid, «een vergunning» vervangen door: vergunning.
- In artikel 43, tweede lid, «een aanvraag» vervangen door: de aanvraag.
- In artikel 43, derde lid, «Een beschikking» vervangen door: De beschikking.
- In artikel 43, vierde lid, «een beschikking» vervangen door: de beschikking.
- In artikel 52 «ondernemingsvereniging» vervangen door: ondernemersvereniging.
- In artikel 96 de aanduiding van eerste lid (1) laten vervallen.
- In artikel 96 «vanaf dat tijdstip tot op die aanvraag is beslist» vervangen door: vanaf het tijdstip van inwerkingtreding totdat op die aanvraag is beslist.

Memorie van toelichting

- In de toelichting «het kabinet» steeds vervangen door: de regering.
- De aanduiding in paragraaf 2.2, tweede alinea, van de toelichting vervangen door: de Wet van 2 november 1994 tot wijziging van de Wet economische mededinging (vergroting van de effectiviteit) (Stb. 1994, 801) (aanwijzing 87 Ar).
- De één na laatste zin van paragraaf 5.1.1 van de toelichting vervangen door: Onderling afgestemd feitelijk gedrag valt naar zijn aard eerst onder het verbod, als er een begin van uitvoering heeft plaatsgevonden.
- In paragraaf 5.1.2 van de toelichting de vindplaatsen van de genoemde EG-bekendmakingen vermelden (aanwijzing 219 Ar).

- In paragraaf 5.1.3, tweede alinea, van de toelichting de aanduiding van de bekendmaking van de Commissie vervangen door: PbEG C 231/2 (aanwijzing 91 Ar).
- In paragraaf 10.7.3, laatste alinea, van de toelichting «artikel 40» vervangen door: artikel 43.
- In paragraaf 10.7.4 van de toelichting «artikel 40, derde lid» vervangen door: artikel 40, vierde lid.
- In paragraaf 11.2, begin vijfde alinea, van de toelichting «kamerstukken» vervangen door: kamerstukken II (aanwijzing 219, tweede lid, Ar).
- In paragraaf 11.2, vijfde alinea, van de toelichting «geen letsel aan schade of goederen» vervangen door: geen letsel aan personen of schade aan goederen.
- In paragraaf 11.2, vijfde alinea, van de toelichting «de artikelen 6 en 17» vervangen door: de artikelen 6 en 23.
- In paragraaf 13.3, eerste alinea, van de toelichting de vindplaats vermelden van de aangehaalde brief van de Ministers van Binnenlandse Zaken en van Financiën van 26 januari 1995: kamerstukken II 1994/95, 21 042, nr. 15 (aanwijzing 219 Ar).
- In paragraaf 13.3, vierde alinea, van de toelichting «Parlement» met een kleine letter vermelden (aanwijzing 93 Ar).
- In de toelichting op artikel 9 na de «zogenoemde Mededeling» toevoegen: van de Commissie van 14 augustus 1990.
- In de toelichting op artikel 11 achter de titel van verordening (EEG) nr. 26/62 tussen haakjes de vindplaats vermelden (aanwijzing 89, eerste lid, Ar).
- In de toelichting op artikel 12 in de aanduiding van Verordening (EEG) nr. 19/65 «, besluiten» laten vervallen.
- In de toelichting op artikel 12 «Verordening 3976/87» (onder toevoeging van: artikel 7, tweede lid, van) en «Verordening 1534/91» volledig aanhalen overeenkomstig aanwijzing 89, eerste lid, Ar.
- In de toelichting op artikel 12 in plaats van «PbEG L 66» vermelden: PbEG 1992, L 66.
- In de toelichting op artikel 12 in plaats van «PbEG L 183» vermelden: PbEG 1993, L 183.
- In de toelichting op artikel 27, derde alinea, «die in geval anders dan» vervangen door: die in voorkomend geval anders dan.
- In hoofdstuk II, hoofdstuk 6, paragraaf 2, onder algemeen, «artikel 1, onderdeel b» vervangen door: artikel 1, onderdeel i.
- In de toelichting op artikel 36 «betekent dat met de concentratie kan worden voortgegaan» vervangen door: dat voor de concentratie geen vergunning is vereist.
- In de toelichting op artikel 44 «niet opwegen tegen» vervangen door: zwaarder wegen dan.
- In de toelichting op artikel 68, derde alinea, «tweede lid» vervangen door: derde lid. In de vierde alinea «derde lid» vervangen door: tweede lid.
- In de toelichting op artikel 69, eerste alinea, en in de toelichting op artikel 81, aanwijzing 66, tweede lid, in acht nemen.
- In de toelichting op de artikelen 77 en 78, eerste alinea, «hoofdstuk 6» vervangen door: hoofdstuk 7.
- In de toelichting op artikel 87 de genoemde verordeningen aanhalen overeenkomstig aanwijzing 89, eerste lid, Ar.
- In de lijst van gebruikte aanduidingen en afkortingen Verordening nr. 17 aanhalen als volgt: verordening (EEG) nr. 17/62 van de Raad van de Europese Economische Gemeenschap van 6 februari 1962 betreffende toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (Pb nr. 13 van 21 februari 1962, blz. 204/62) (aanwijzing 89, eerste lid, Ar).