

Vergaderjaar 2001–2002

28 485

Wijziging van de Mededingingswet (toekennen van de bevoegdheid een EG-vrijstelling in te trekken)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

Dit voorstel van wet strekt ertoe in de Mededingingswet te voorzien in de mogelijkheid dat, als een EG-verordening het verbod van artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag buiten toepassing verklaart, maar tevens bepaalt dat de bevoegde autoriteit van een lidstaat van de Europese Unie dat verbod in een individueel geval weer van toepassing kan verklaren, de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit die bevoegdheid uitoefent.

Tot nu toe is de enige vrijstellingsverordening van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (verder: Europese Commissie) die een zodanige bevoegdheid bevat, Verordening (EG) Nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEG L336/21). De Europese Commissie heeft daartoe gebruik gemaakt van artikel 7, eerste lid, van Verordening (EEG) 19/65 van de Raad van 2 maart 1965 betreffende toepassing van artikel 85, derde lid, [thans: artikel 81, derde lid] van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEG 533/65) zoals laatstelijk gewijzigd bij Akte van toetreding van Oostenrijk, Finland en Zweden van 24 juni 1994 (PbEG 1995 L 1/17) en zoals gewijzigd bij Verordening (EG) 1215/1999 van de Raad van 10 juni 1999 (PbEG L 148/1).

In mijn brief van 27 juni 2000 aan de Tweede Kamer over de ontwikkelingen op het terrein van het Europese mededingingsbeleid heb ik aangegeven waarom ik toen geen aanleiding zag op korte termijn in de Mededingingswet voor de NMa de mogelijkheid op te nemen het Europese kartelverbod van toepassing te verklaren op een afspraak die onder de EG-vrijstellingsverordening voor verticale afspraken valt (Kamerstukken II 1999/00, 22 093, nr. 11, bladzijden 4–5). Inmiddels ben ik van mening veranderd. Mijn overwegingen daarvoor zal ik toelichten in paragraaf 2 en in paragraaf 3 zal ik ingaan op de inhoud van de intrekking-bevoegdheid.

2. Wenselijkheid nieuwe bevoegdheid voor de NMa

De belangrijkste overweging in mijn brief van 27 juni 2000 om de bevoegdheid om het Europese kartelverbod van toepassing te verklaren op een afspraak die onder de EG-vrijstellingsverordening voor verticale afspraken valt, nog niet in de Mededingingswet over te nemen was dat moest worden voorkomen dat die wet in korte tijd een aantal malen op dezelfde onderdelen zou moeten worden gewijzigd. Met name de wenselijkheid om die bevoegdheid aan bevoegde nationale autoriteiten in het algemeen, dus niet alleen in de EG-vrijstellingsverordening voor verticale afspraken, te geven was en is een belangrijk punt bij de discussie over de modernisering van de EG-mededingingsregels. Ook de resultaten van de evaluatie van de Mededingingswet zouden wijzigingen op dit onderdeel met zich mee kunnen brengen.

Inmiddels is echter alweer anderhalf jaar verstreken. Met de voorbereiding van de modernisering van de EG-mededingingsregels is de nodige vooruitgang geboekt, maar de vaststelling van de nieuwe verordening betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag is niet voor het einde van dit jaar te verwachten. De evaluatie van de Mededingingswet is met voortvarendheid ter hand genomen. Volgens de planning zullen de resultaten in mei van dit jaar beschikbaar komen. Dit betekent dat met de besluitvorming over de wijzigingen van de Mededingingswet die naar aanleiding van de nieuwe EG-mededingingsregels en de resultaten van de evaluatie noodzakelijk of wenselijk zullen zijn, en met het tot stand brengen van die wijzigingen zelf nog de nodige tijd zal zijn gemoeid.

Ik ben van mening dat het invoeren in de Mededingingswet van de mogelijkheid voor de raad van bestuur van de NMa om artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag van toepassing te verklaren op een afspraak die onder een EG-vrijstellingsverordening valt, daar niet op kan wachten. In deze opvatting word ik gesteund door de NMa die in verband met haar streven naar een actief optreden tegen kartels bij mij op een spoedige invulling van deze bevoegdheid heeft aangedrongen.

Zoals bekend is geldt in het EG-recht het subsidiariteitsbeginsel. Dit houdt in dat de Europese Commissie de behandeling van zaken die weliswaar binnen de werkingssfeer van de EG-mededingingsregels vallen, maar primair een nationaal karakter hebben, overlaat aan de nationale mededingingsautoriteiten. Bij de inwerkingtreding van de Mededingingswet bepaalde artikel 9, derde lid, van Verordening (EEG) nr. 17/62 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 6 februari 1962 betreffende toepassing van de artikelen 85 en 86 [thans: 81 en 82] van het Verdrag (PbEG 204/62) dat, zolang de Europese Commissie geen formele procedure heeft geopend, de nationale mededingingsautoriteiten bevoegd blijven om artikel 85, eerste lid, en artikel 86 van het EG-Verdrag toe te passen. Hoewel de EU-lidstaten niet verplicht zijn die mogelijkheid in hun nationale wetgeving op te nemen, heeft de Mededingingswet in lijn met het subsidiariteitsbeginsel vanaf haar inwerkingtreding in artikel 88 voorzien in de bevoegdheid voor de NMa die verbodsbepalingen toe te passen.

De toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag was toen nog voorbehouden aan de Europese Commissie, maar daarin kwam eind 1999 tot op zekere hoogte verandering met de inwerkingtreding van verordening 2790/1999. Artikel 7 van die verordening bepaalt dat de bevoegde autoriteit van een EU-lidstaat «het voordeel van de toepassing van deze verordening» in een individueel geval kan intrekken. Het moet dan wel gaan om verticale overeenkomsten waarop de vrijstelling weliswaar van toepassing is, maar die op het grondgebied van een EU-lidstaat of een deel daarvan, dat alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke geografische markt, met de voorwaarden van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag onverenigbare gevolgen hebben. In verband met het subsidia-

riteitsbeginsel en uit een oogpunt van consistentie acht ik het wenselijk om de raad van bestuur van de NMa de mogelijkheid te geven artikel 81, eerste lid, ook toe te passen op een afspraak die onder een EG-vrijstellingsverordening valt, als die verordening in die mogelijkheid voorziet. Een andere overweging om de raad deze mogelijkheid te geven is dat ik eraan hecht dat de NMa haar inzet op het gebied van de handhaving van de Mededingingswet fors intensificeert (Kamerstukken II 1999/00, 26 800 XIII, nr. 58, bladzijde 7–8). De verdere groei van het aantal onderzoeken naar en rapporten over verboden kartels en misbruik van economische machtsposities en de verdere groei van het aantal sanctiebesluiten zijn voor de NMa dan ook belangrijke doelstellingen (Kamerstukken II 2001/02, 28 000, hoofdstuk XIII, nr. 1, bladzijden 29–30). De NMa kan worden geconfronteerd met de situatie waarin een afspraak onder een EG-vrijstellingsverordening valt, maar toch met de voorwaarden van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag onverenigbare gevolgen heeft. Met de haar thans ter beschikking staande bevoegdheden kan zij in een dergelijke situatie echter niet optreden. Op basis van artikel 13, tweede lid, kan zij het nationale kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet niet van toepassing verklaren. Dat artikel geldt immers alleen, als er geen sprake is van ongunstige beïnvloeding van handel tussen EU-lidstaten. Wel bestaat de mogelijkheid in dat geval de Europese Commissie te verzoeken het voordeel van de toepassing van de EG-vrijstellingsverordening in te trekken. Daarmee zou echter de nodige extra tijd zijn gemoeid, omdat de Europese Commissie de zaak zou moeten overnemen. Voor de periode totdat de intrekingsbevoegdheid in de Mededingingswet is geregeld, kan de mogelijkheid van het op verzoek van een EU-lidstaat intrekken van een EG-vrijstellingsverordening door de Europese Commissie een oplossing bieden. Voor de beoogde actievere handhaving acht ik evenwel alleen een eigen bevoegdheid van de NMa om op een afspraak die onder een EG-vrijstellingsverordening valt, toch weer artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag van toepassing te verklaren, toereikend.

3. Inhoud van de bevoegdheid

De mogelijkheid voor de raad van bestuur van de NMa om het Europese kartelverbod van toepassing te verklaren op een afspraak die onder een EG-vrijstellingsverordening valt, wordt bij dit wetsvoorstel neergelegd in het nieuwe tweede lid van artikel 12 van de Mededingingswet. Het gaat immers om gevallen waarin overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen voldoen aan de voorwaarden van een EG-vrijstellingsverordening die ingevolge het oude artikel 12, dat bij dit wetsvoorstel wordt vernummerd tot artikel 12, eerste lid, doorwerkt in de Mededingingswet.

Zoals ik in paragraaf 2 heb opgemerkt, is de EG-vrijstellingsverordening voor verticale afspraken nu de enige verordening die voorziet in de mogelijkheid dat een bevoegde nationale autoriteit op een afspraak die onder die vrijstelling valt, toch weer artikel 81, eerste lid, van toepassing verklaart. Het is evenwel denkbaar dat er ook voor andere soorten mededingingsafspraken EG-vrijstellingsverordeningen zullen worden vastgesteld die een zodanige mogelijkheid bevatten. Ik acht het niet wenselijk dat, als een andere EG-vrijstellingsverordening met een zodanige mogelijkheid zou worden vastgesteld, eerst een wetswijziging tot stand zou moeten worden gebracht voordat de raad van bestuur ook werkelijk over die mogelijkheid kan beschikken. Zoals ik in paragraaf 2 heb uiteengezet, is dit van belang in verband met het subsidiariteitsbeginsel, uit een oogpunt van consistentie met artikel 88 van de Mededingingswet als ook ter bevordering van een actievere handhaving van de nationale en Europese mededingingsregels door de NMa. Daarom is het tweede lid van artikel 12 niet beperkt tot het van toepassing verklaren van

het Europese kartelverbod op gevallen waarin de EG-vrijstellingsverordening voor verticale afspraken geldt. Het artikellid is zodanig algemeen geformuleerd dat de raad van bestuur van de NMa het Europese kartelverbod van toepassing kan verklaren in alle gevallen waarin een EG-vrijstellingsverordening bepaalt dat de bevoegde nationale autoriteit die mogelijkheid heeft. Vanzelfsprekend dient de raad van bestuur van de NMa daarbij de daaromtrent in de desbetreffende verordening vastgestelde criteria in acht te nemen.

Wat de reikwijdte van de in artikel 12, tweede lid, van het wetsvoorstel neergelegde bevoegdheid op verticale overeenkomsten betreft merk ik het volgende op. Artikel 7 van verordening 2790/1999 bepaalt dat een bevoegde nationale autoriteit de voordelen van de toepassing van de vrijstelling kan intrekken, als de overeenkomsten in kwestie met de voorwaarden van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag onverenigbare gevolgen hebben «op het grondgebied van een lidstaat, of op een deel daarvan, dat alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont». Volgens dat artikel heeft het besluit tot intrekking ook alleen betrekking op dat grondgebied. Ter toelichting wordt onder punt 77 van de mededeling van de Europese Commissie houdende «Richtsnoeren voor verticale restricties» opgemerkt dat, als de relevante geografische markt ruimer is dan het grondgebied van één EU-lidstaat uitsluitend de Europese Commissie bevoegd is de voordelen van de toepassing van de EG-vrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten in te trekken. Valt de relevante geografische markt samen met het grondgebied van één EU-lidstaat, dan is er sprake van concurrerende bevoegdheden tussen de Europese Commissie en de bevoegde nationale autoriteit. Zulke gevallen lenen zich voor decentrale toepassing van de intrekkingsbevoegdheid door de bevoegde nationale autoriteit. De Europese Commissie behoudt zich, volgens de richtsnoeren, echter het recht voor om toch zelf op te treden in gevallen waarin een bijzonder communautair belang aan de orde is, zoals een nieuwe rechtsvraag. Naar mijn mening is het aannemelijk dat deze afbakening van de bevoegdheden ook van toepassing zal zijn bij eventuele nieuwe EG-vrijstellingsverordeningen die voorzien in de mogelijkheid van intrekking van de voordelen van de toepassing van die verordening door de bevoegde nationale autoriteit.

Voor de volledigheid en duidelijkheid merk ik op dat, als geen sprake is van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen EU-lidstaten, toepassing van artikel 12, tweede lid, niet aan de orde is. In die situatie is uitsluitend nationaal mededingingsrecht van toepassing. Beïnvloedt een mededingingsafpraak de handel tussen EU-lidstaten niet ongunstig, maar zou zij, als zij dat wel zou hebben gedaan, hebben voldaan aan de voorwaarden van een EG-vrijstellingsverordening, dan is die mededingingsafpraak ingevolge artikel 13, eerste lid, van de Mededingingswet vrijgesteld van het verbod van artikel 6, eerste lid, van die wet. Als zich echter omstandigheden voordoen die volgens de desbetreffende EG-vrijstellingsverordening kunnen leiden tot buitentoepassingverklaring daarvan, kan de raad van bestuur van de NMa op basis van artikel 13, tweede lid, van de Mededingingswet het verbod van artikel 6, eerste lid, daarop van toepassing verklaren.

Verder wordt onder punt 78 van de richtsnoeren opgemerkt dat de uitoefening van de bevoegdheid tot intrekking van de voordelen van een EG-vrijstellingsverordening geen afbreuk mag doen aan de eenvormige toepassing van de EG-mededingingsregels in de gehele gemeenschappelijke markt, noch aan de volle werking van de ter uitvoering van deze regels genomen maatregelen. De raad zal zijn bevoegdheid artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag van toepassing te verklaren dus moeten uitoefenen in overeenstemming met de Europeesrechtelijke beschikkingenpraktijk en -jurisprudentie. Dat zou overigens ook het geval zijn indien de richtsnoeren daarvan niet zouden reppen. Het spreekt immers vanzelf dat Europees mededingingsrecht met inachtneming van

de genoemde elementen wordt toegepast. De NMa pleegt in overleg te treden met de Commissie indien bij haar vragen rijzen over de uitleg van EG-mededingingsrecht. Dat zal uiteraard ook gebeuren ingeval het gaat om de uitoefening van de bevoegdheid tot intrekking van de voordelen van een EG-vrijstellingsverordening.

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I

Onderdeel A

Het in dit artikel voorgestelde artikel 12, tweede lid, bevat de kern van dit wetsvoorstel. Hierin wordt de raad de bevoegdheid toegekend in individuele gevallen een EG-vrijstelling in te trekken. De wettekst spreekt hierbij, in aansluiting op de artikelen 9 en 13 van de wet, niet van het intrekken van een vrijstelling, maar van het alsnog van toepassing verklaren van artikel 81, derde lid, van het Verdrag.

De raad is alleen bevoegd als een verordening aan de nationale autoriteiten de intrekkingsbevoegdheid toekent. De bevoegdheid moet uiteraard worden uitgeoefend met inachtneming van hetgeen in de verordening daaromtrent wordt bepaald (in verordening 2790/1999 gaat het daarbij om de in artikel 6 van die verordening bepaalde omstandigheden). Indien bij beschikking van de raad artikel 81, eerste lid, van het Verdrag van toepassing wordt verklaard heeft dit tevens tot gevolg dat de vrijstelling van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, welke uit artikel 12, eerste lid, van die wet voortvloeit, ook niet meer geldt. Er is dan immers niet meer sprake van een overeenkomst, een besluit of een onderling afgestemde feitelijke gedraging waarop krachtens een vrijstelling artikel 81, eerste lid, buiten toepassing is verklaard. Het ligt overigens voor de hand dat een eventuele overtreding van het individuele verbod zal worden gesanctioneerd op grond van artikel 88 van de wet. De raad heeft immers al vastgesteld dat er sprake is van een mededingingsafpraak die onder artikel 81, eerste lid, van het Verdrag valt. Het staat de raad vrij daarbij tevens overtreding van artikel 6, eerste lid, van de wet te betrekken.

Het voorgestelde derde, vierde en vijfde lid van artikel 12 geven enkele procedurele regels die overeenstemmen met die van het nationale individuele verbod van artikel 13. Deze regels houden in dat belanghebbenden tevoren op de hoogte worden gesteld van een voornemen een individueel verbod op te leggen, en dat zij altijd gelegenheid krijgen hun zienswijze daarover te geven. De beschikking treedt niet eerder in werking dan zes weken nadat zij is bekendgemaakt. Hierdoor hebben de betrokken ondernemingen nog zes weken de gelegenheid om hun overeenkomst aan te passen of anderszins maatregelen te treffen om te voorkomen dat zij in de toekomst in overtreding zijn.

Onderdeel B

Deze wijziging voorziet erin dat de raad over de nodige bevoegdheden beschikt om inlichtingen in te winnen met het oog op een eventuele toepassing van artikel 12, tweede lid.

Artikel II

Bij de formulering van de inwerkingtredingsbepaling is rekening gehouden met de Tijdelijke referendumwet.

De Minister van Economische Zaken,
A. Jorritsma-Lebbink