

Vergaderjaar 2003–2004

29 276

Wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004

Nr. 7

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 26 maart 2004

I. Algemeen

Ondergetekende en de Minister van Justitie hebben met belangstelling kennis genomen van de diverse vragen over de voorgestelde wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordening 1/2003.

Met name de leden van de fracties van het CDA en van de PvdA maken een aantal opmerkingen en stellen verschillende vragen, die de reikwijdte van dit wetsvoorstel overstijgen. Alvorens de gestelde vragen te beantwoorden, mede namens de Minister van Justitie, geef ik daarom een overzicht van de wetgevingsprojecten op het terrein van de Mededingingswet die in voorbereiding zijn.

Het project met de meeste urgentie is het onderhavige wetsvoorstel, dat strekt tot noodzakelijke implementatie van EG-verordening 1/2003. Deze verordening heeft betrekking op de toepassing van het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten en het verbod op misbruik van een economische machtspositie. De verordening maakt onderdeel uit van de modernisering van het Europese mededingingsbeleid en zal op 1 mei 2004 van kracht worden. Daardoor is het noodzakelijk dat de voorliggende wijziging van de Mededingingswet, die dient om de werking van deze verordening in Nederland effectief te maken, ook per 1 mei 2004 haar beslag krijgt.

Inmiddels is naar analogie van de genoemde EG-verordening 1/2003, op 20 januari 2004 eveneens een gemoderniseerde verordening op het terrein van concentratiecontrole vastgesteld. Dit is EG-verordening 139/2004, die ook op 1 mei 2004 van kracht wordt. Daarom heb ik inmiddels bij nota van wijziging voorgesteld deze verordening eveneens via het voorliggende wetsvoorstel te implementeren.

Daarnaast is de werking van de Mededingingswet geëvalueerd. Naar aanleiding van deze evaluatie is op 23 oktober 2003 het kabinetsstandpunt met betrekking tot deze evaluatie aan het de Kamer toegezonden. De Tweede Kamer heeft op 22 januari jl. over dit kabinetsstandpunt een hoorzitting gehouden. Ik stel mij voor dat over deze evaluatie spoedig met de Kamer een algemeen overleg plaatsvindt. Vervolgens zal ik een wetsvoorstel in procedure brengen met aanpassingen van de Mededingingswet

naar aanleiding van de evaluatie. In dat wetsvoorstel zullen ook de aanpassingen van de Mededingingswet worden meegenomen, die niet noodzakelijk voortvloeien uit de implementatie van de EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004, maar waarvan ik wel van oordeel ben dat het wenselijk is om zoveel mogelijk aan te sluiten bij het gewijzigde stelsel van het Europese mededingingsrecht.

Met betrekking tot een belangrijk punt uit het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Mededingingswet heb ik evenwel besloten deze reeds nu bij nota van wijziging op te nemen in het voorliggende wetsvoorstel, en daarmee niet te wachten tot het wetsvoorstel dat nog in procedure wordt gebracht naar aanleiding van die evaluatie. Dit betreft het uit de Mededingingswet verwijderen van de bevoegdheid van de NMa onthefingen te verlenen van het verbod van mededingingsbeperkende afspraken. Zoals ook op de hoorzitting op 22 januari jl. naar voren is gekomen, is het onwenselijk om na 1 mei 2004 het ontheffingssysteem in de Mededingingswet te handhaven naast het dan op grond van Verordening 1/2003 van kracht wordende systeem van rechtstreeks werkende uitzonderingen op het verbod van mededingingsbeperkende afspraken. Tenslotte verdient in dit overzicht vermelding, dat het kabinet in het aan de Kamer gezonden kabinetsstandpunt «Heroverweging van het wetsvoorstel Markt en Overheid» heeft voorgesteld de problematiek van «markt en overheid» aan te pakken via het aanvullen van de Mededingingswet met gedragsregels voor overheidsorganisaties die marktactiviteiten verrichten. Dit zal betekenen dat het thans bij de Tweede Kamer nog aanhangige wetsvoorstel «markt en overheid» zal worden vervangen door een nieuw wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet.

Met het bovenstaande hoop ik duidelijk te hebben gemaakt, op welke wijze het kabinet zich voorstelt de Mededingingswet in verschillende stappen te wijzigen, en welk belang is gemoeid met een spoedige afronding van de behandeling van het wetsvoorstel zoals dat thans voorligt met de daarop bij nota van wijziging voorgestelde aanvullingen.

Hieronder ga ik in op de in het verslag gestelde vragen. Bij de beantwoording is in principe de volgorde van de vragen uit het verslag gevolgd. Daar waar door verschillende fracties met elkaar verband houdende vragen zijn gesteld, zijn de vragen of opmerkingen samengevoegd en is bij het geven van een antwoord getracht de vragen in hun onderlinge samenhang te beantwoorden.

II. Vragen naar aanleiding van het wetsvoorstel houdende wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordening 1/2003

Van ontheffing naar wettelijke uitzondering

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of het kabinet de mening deelt dat het onwenselijk is, als het nationale ontheffingssysteem blijft bestaan, terwijl het Europese ontheffingssysteem met ingang van 1 mei 2004 wordt omgezet in een rechtstreeks werkende wettelijke uitzondering. Deze leden hebben ook gevraagd naar de risico's van het naast elkaar bestaan van twee systemen. De leden van de CDA-fractie hebben gevraagd of de ontheffingsmogelijkheid van artikel 17 van de Mededingingswet nog voor 1 mei 2004 wordt omgezet in een wettelijke uitzondering, net als die van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag. De leden van de SP-fractie zagen graag toegelicht hoe praktische problemen voorkomen kunnen worden, aangezien de ontheffingsprocedure op nationaal niveau nog steeds bestaat.

Naar aanleiding van deze vragen merk ik op dat de bedoelde afwijking van

het Nederlandse ten opzichte van het Europese mededingingsrecht niet wenselijk is. Het handhaven van het nationale systeem van een verbod met de mogelijkheid van ontheffing kan voor afspraken die (potentieel) interstatelijke werking hebben en dus tevens onder het Europese mededingingsrecht vallen, betekenen dat zij wel zijn vrijgesteld van het Europese kartelverbod (indien zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag), maar niet van het nationale kartelverbod. Dit strookt niet met het uitgangspunt dat de Mededingingswet wat systematiek betreft zoveel mogelijk moet aansluiten bij het Europese mededingingsrecht, noch met het uitgangspunt dat die wet niet strenger behoort te zijn dan het Europese mededingingsrecht. Het naast elkaar bestaan van twee systemen kan bovendien leiden tot een onwenselijk risico ten aanzien van de rechtszekerheid, zowel omtrent de toelaatbaarheid van een afspraak als de rechtskracht daarvan.

Om de bedoelde afwijking van het nationale ten opzichte van het Europese mededingingsrecht te voorkomen heb ik inmiddels bij nota van wijziging op dit wetsvoorstel de ontheffingsbevoegdheid in de Mededingingswet geschrapt en omgezet in een rechtstreeks werkende vrijstelling. Ik doe er alles aan om te bereiken dat die omzetting met ingang van 1 mei 2004 haar beslag zal krijgen. Voorwaarde daarvoor is evenwel ook dat de Tweede Kamer haar medewerking aan een snelle behandeling van dit wetsvoorstel verleent. Mocht die omzetting onverhoopt niet voor dat tijdstip geschieden, dan zullen de hiervoor genoemde risico's alsnog zoveel mogelijk moeten worden beperkt doordat de NMa de ontheffingsbevoegdheid uitoefent op een wijze die niet strijdig is met het Europese mededingingsrecht.

De leden van de CDA-fractie suggereerden om door een algemene aanwijzing aan de NMa te waarborgen dat ondernemingen informele zienswijzen kunnen blijven krijgen, nadat de ontheffingsmogelijkheid van artikel 17 is omgezet in een wettelijke uitzondering.

Ik merk hierover op dat ondernemingen primair zelf dienen te bepalen of hun afspraken aan de voorwaarden van de rechtstreeks werkende uitzondering voldoen aan de hand van de geldende wettelijke regels, de Europese en Nederlandse beschikkingenpraktijk en jurisprudentie en de mededelingen van de Europese Commissie en de richtsnoeren van de NMa. Alleen in gevallen van een nieuw type afspraak of gedraging, kan er voor de NMa aanleiding zijn met een informele zienswijze aan te geven of het kartelverbod of het verbod van misbruik van een economische machtspositie daarop niet van toepassing is. De tijd die vrijkomt door het wegvallen van de ontheffingsmogelijkheid dient de NMa overigens te besteden aan het opsporen van en optreden tegen ernstige mededingingsrechtelijke overtredingen, zoals die welke in de bouwnijverheid nog steeds blijken voor te komen.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of de Europese Commissie bereid zal blijven om tot een informeel advies te komen ten aanzien van de uitzondering van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag. Zij hebben ook gevraagd of het ministerie van Economische Zaken of de NMa niet kan overwegen een informeel advies over het van toepassing zijn van die uitzondering te geven.

Ik wijs wat dit betreft in de eerste plaats op het doel van de introductie van het nieuwe systeem van rechtstreeks werkende uitzonderingen. Dat doel is dat de Europese Commissie geen aanvragen om ontheffing meer hoeft te behandelen en voorrang kan geven aan het bestraffen van de zwaarste inbreuken op de Europese mededingingsregels. Dit blijkt ook met zoveel woorden uit de overwegingen 3 en 4 van de Verordening 1/2003. Wel geeft artikel 10 van de Verordening de Europese Commissie de bevoegdheid bij beschikking vast te stellen dat artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag niet van toepassing is, omdat niet is voldaan aan de voor-

waarden van dat artikellid of omdat wel is voldaan aan de voorwaarden van het derde lid van dat artikel. Zij kan deze bevoegdheid ambtshalve uitoefenen en alleen als het algemeen belang van de Europese Gemeenschap met betrekking tot de toepassing van artikel 81 dat vereist. Zoals in overweging 14 van de Verordening ook staat vermeld, zal de Europese Commissie van deze bevoegdheid alleen in uitzonderlijke gevallen gebruik maken, bijvoorbeeld ten aanzien van nieuwe soorten overeenkomsten of feitelijke gedragingen waarvan in de bestaande jurisprudentie of bestuurspraktijk geen precedënten bestaan. Ook zal de Europese Commissie slechts in uitzonderlijke gevallen overgaan tot het geven van informele adviezen over het van toepassing zijn van de uitzondering van artikel 81, derde lid, van het EG-verdrag.

De Minister van Economische Zaken heeft niet de bevoegdheid de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag toe te passen en dat zal bij het van toepassing worden van de Verordening 1/2003 en het in werking treden van dit wetsvoorstel niet veranderen. De Minister van Economische Zaken zal daarom ook geen informele adviezen geven over het van toepassing zijn van de uitzondering van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag.

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit wordt in het in onderdeel E van dit wetsvoorstel voorgestelde nieuwe artikel 88 van de Mededingingswet aangemerkt als de mededingingsautoriteit voor Nederland in de zin van die verordening. Hij is dus in Nederland het enige bestuursorgaan dat bevoegd is de Europese mededingingsregels toe te passen. Daarbij geldt echter dat de directeur-generaal alleen een uitspraak zal kunnen doen over het vervuld zijn van de voorwaarden van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag, in het kader van een door hem begonnen procedure wegens inbreuk op het Europese kartelverbod, indien de betrokken onderneming een beroep doet op die uitzondering. Hij kan over het van toepassing zijn van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag wel een informele uitspraak doen, maar een zodanige uitspraak bindt de Europese Commissie niet. De Commissie kan te allen tijde toch een onderzoek beginnen.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of er een procedurele regeling komt waaruit blijkt hoe «leniency»-verzoeken, oftewel clementieverzoeken, na 1 mei 2004 zullen worden benaderd, en indien dat niet zo, wat daarvoor de reden is.

Ik merk naar aanleiding van deze vraag op dat een clementieregeling reeds bestaat en dat de datum van 1 mei 2004 geen effect heeft op de werking van de bestaande regeling. Die regeling houdt rekening met de mate van medewerking die bedrijven verlenen bij het onderzoek naar onregelmatigheden, hetgeen van invloed kan zijn bij het bepalen van de sanctiehoogte. Een nieuwe procedurele regeling voor clementieverzoeken is dan ook niet noodzakelijk.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd hoe relevant de bagatelbepaling van artikel 7 nog is, als de ontheffingsmogelijkheid vervalst. De bagatelbepaling behoudt ook na het vervallen van de ontheffingsmogelijkheid haar betekenis. De criteria van de bagatelvrijstelling zijn erop gericht alleen die afspraken vrij te stellen die van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. De criteria van de rechtstreeks werkende vrijstelling die in de plaats komt van de ontheffingsmogelijkheid van artikel 17, zijn erop gericht afspraken vrij te stellen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Dat zijn dus andere criteria.

De leden van de SP-fractie waren bevreesd dat door het omzetten van de ontheffingsmogelijkheid in een rechtstreeks werkende vrijstelling met name middelgrote en kleine ondernemingen in de problemen zouden

komen, omdat zij niet kunnen beoordelen of zij wat grensoverschrijdende gevallen betreft in strijd met de wet handelen.

Ook onder het bestaande systeem moeten middelgrote en kleine ondernemingen zich de vraag stellen of hun mededingingsafspraken een interstatelijk effect hebben, in welk geval zij nu aan de Europese Commissie een ontheffing op basis van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag kunnen vragen. Wat de vraag van het interstatelijk effect betreft verandert er voor die ondernemingen dus niets door het omzetten van de ontheffingsmogelijkheid in een rechtstreeks werkende vrijstelling. Dat zij na de bedoelde omzetting geen ontheffing meer kunnen aanvragen bij de Europese Commissie, is een situatie waarop die ondernemingen zich moeten instellen. Ik wijs erop dat ook de Sociaal-Economische Raad, met inbegrip van vertegenwoordigers van het midden- en kleinbedrijf, in zijn advies heeft aanbevolen de ontheffingsmogelijkheid in de Mededingingswet om te zetten in een rechtstreeks werkende uitzondering. Daarnaast biedt de Europese jurisprudentie de nodige duidelijkheid over het begrip «ongunstige beïnvloeding tussen EU-lidstaten». Bovendien zal de NMa in het voorjaar van 2004 aan branche-organisaties een brochure sturen waarin zij ingaat op de rechtstreekse werking van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag.

De leden van de SP-fractie vreesden een overbelasting van de NMa en van de rechter als gevolg van de verschuiving van ontheffingen van Europees naar nationaal niveau.

Naar mijn mening zal van een risico van een zodanige verschuiving geen sprake zijn. Zoals ik in mijn antwoord op desbetreffende vragen al heb aangegeven heb ik immers bij nota van wijziging heb voorgesteld het nationale ontheffingensysteem te schrappen en te vervangen door een rechtstreeks werkende vrijstelling.

De leden van de VVD-fractie hebben gevraagd of meer inzicht kan worden gegeven in de te verwachten toenemende belasting van de nationale (civiele) rechter als gevolg van het stelsel van de verordening. Zij hebben gevraagd een inschatting te geven van de gevolgen voor onder andere de doorlooptijden van juridische procedures.

De Raad voor de rechtspraak heeft aangegeven dat naar verwachting de invoering van de verordening zal resulteren in twintig nieuwe zaken per jaar. In totaal worden er dan jaarlijks ongeveer tachtig mededingingszaken behandeld. Na de invoering van de verordening zal de normtijd in deze zaken voor de rechterlijke macht 3000 minuten bedragen. Dat is bijna vier maal zo veel als de normtijd van 840 minuten, die momenteel voor een mededingingszaak wordt gerekend. De normtijd voor de ondersteuning van de rechterlijke macht zal 1125 minuten bedragen in plaats van de huidige 1085 minuten. Om de toename van de werklast voldoende te ondervangen, gaat de Raad voor de rechtspraak uit van een aan de begroting toegevoegd bedrag van ongeveer € 600 000. Met dit bedrag worden 3,4 formatieplaatsen rechterlijke ambtenaren en 1,3 formatieplaatsen gerechtsambtenaren beschikbaar gesteld. Daarnaast wordt voorzien in een structurele financiering van € 75 000 van het bij de rechtbank Rotterdam ondergebrachte Kenniscentrum financieel en economisch recht. Dit Kenniscentrum zal onder meer via opleidingen van rechters en juridische medewerkers een belangrijke ondersteunende bijdrage leveren aan de afdoening van mededingingszaken. De toename van de werklast van het rechterlijk apparaat wordt daarmee voldoende ondervangen.

«Amicus curiae» en burgerlijk procesrecht

De leden van de CDA-fractie hebben gevraagd naar de aard en de bevoegdheid van de directeur-generaal van de NMa op grond van artikel 15, derde lid, van de verordening. Ook hebben zij gevraagd of het kabinet

met deze leden van mening is dat de rol van de directeur-generaal van de NMa op grond van artikel 15 van de verordening beperkt moet blijven. Tot slot hebben deze leden gevraagd of het kabinet bereid is een algemeen kader te vormen waarin uiteengezet wordt wanneer en op welke wijze voor de directeur-generaal van de NMa een rol is weggelegd bij de civiele en administratieve rechter. Ook de leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of deze rol in een duidelijk procedureel kader zou moeten worden vastgelegd.

Op grond van artikel 15, derde lid, van de verordening kan de directeur-generaal van de NMa, optredend als «amicus curiae», opmerkingen maken betreffende onderwerpen in verband met de toepassing van artikel 81 of 82 van het EG-Verdrag. Met deze opmerkingen kan hij de rechter adviseren over onderwerpen die verband houden met de toepassing van deze artikelen. Terecht is de rol van de directeur-generaal van de NMa als «amicus curiae» in zoverre beperkt dat zijn opmerkingen niet bindend zijn voor de rechter.

De lidstaten zijn gehouden het procedurele kader voor het maken van opmerkingen vast te stellen. In het voorgestelde artikel 44a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en artikel 89h van de Mededingingswet is aan de vaststelling van een procedureel kader gevolg gegeven. Binnen dit kader kan de rechter bijvoorbeeld een termijn stellen waarbinnen de directeur-generaal van de NMa zijn opmerkingen dient te maken. Op grond van het doeltreffendheidsbeginsel, een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, mag de vaststelling van het procedurele kader er niet toe leiden dat het maken van opmerkingen uiterst moeilijk of in de praktijk onmogelijk wordt gemaakt. Met het oog op artikel 15, derde lid, van de verordening kan de rol van de directeur-generaal van de NMa dan ook niet verder worden beperkt dan in het voorgestelde procedurele kader wordt gedaan. Naast dit wettelijke kader zal de NMa – in overleg met betrokkenen uit de rechterlijke macht – zelf beleidsregels vaststellen met betrekking tot zijn optreden als «amicus curiae».

In dit verband kan verder nog verwezen worden naar de ontwerp-mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. De ontwerp-mededeling is te vinden op www.europa.eu.int (wetgeving antitrust, onder «cooperation with the courts»). In punt 16 van de ontwerp-mededeling geeft de Commissie aan dat de punten 31 en 33 tot en met 35 eveneens van toepassing zijn op de door de nationale mededingingsautoriteiten gemaakte opmerkingen in het kader van artikel 15, derde lid, van de verordening. In deze punten wordt nader ingegaan op het maken van opmerkingen voor de nationale rechterlijke instanties en de vereisten waaraan het door de lidstaten vastgestelde procedurele kader dient te voldoen. Zo wordt in punt 35 onder meer aangegeven dat het procedurele kader verenigbaar moet zijn met de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de fundamentele rechten van de partijen in het geding. Verschil tussen de opmerkingen van de Commissie en van de directeur-generaal van de NMa is dat de Commissie opmerkingen maakt wanneer de coherente toepassing van artikel 81 of 82 van het EG-Verdrag zulks vereist. Bij de opmerkingen van de directeur-generaal van de NMa gaat het niet om de coherente toepassing van deze bepalingen, maar om onderwerpen die verband houden met de toepassing van artikel 81 of 82 van het EG-Verdrag.

De leden van de PvdA-fractie gaven aan zich af te vragen of in het wetsvoorstel een bepaling ontbreekt die waarborgt dat de civiele rechter kan garanderen dat hij vertrouwelijke inlichtingen zal beschermen. Ook hebben deze leden gevraagd of het kabinet het risico hiervan onderkent en wat daar aan gedaan zou kunnen worden.

Bij het optreden van de Commissie of de directeur-generaal van de NMa als «amicus curiae» kan de vraag naar bescherming van vertrouwelijke gegevens van partijen zich voordoen. In artikel 28 van de verordening wordt bepaald dat de Commissie en de directeur-generaal van de NMa geen inlichtingen openbaar mogen maken die zij uit hoofde van deze verordening hebben verkregen of uitgewisseld en die naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen. Ten aanzien van de mogelijkheid voor de Commissie en de directeur-generaal van de NMa om op grond van artikel 15, derde lid, van de verordening in de procedure opmerkingen te maken, bepaalt artikel 15, derde lid, tweede alinea, van de verordening dat zij enkel met het oog op de formulering van hun opmerkingen de betrokken rechter kunnen verzoeken hun alle voor de beoordeling van de zaak noodzakelijke stukken toe te zenden.

Naast het in de verordening bepaalde, biedt het nationale burgerlijk procesrecht de rechter voldoende mogelijkheden om de vertrouwelijkheid van gegevens te beschermen. De rechter is slechts gehouden die stukken aan de directeur-generaal van de NMa of de Commissie te verstrekken die hijzelf reeds door partijen voorgelegd kreeg ter beoordeling van de zaak. In de civiele procedure zal het dan gaan om stukken waar de wederpartij zich, op grond van het in artikel 19 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering neergelegde beginsel van hoor en wederhoor, voldoende over moet kunnen uitlaten. Voor zover een verzoek van de Commissie of de directeur-generaal van de NMa de civiele rechter doet besluiten partijen of een van hen op grond van artikel 22 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te bevelen nadere bescheiden te overleggen, kunnen partijen dit weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of de weigering gerechtvaardigd is. De vertrouwelijkheid van de stukken kan een gewichtige reden vormen. Voor zover de Commissie vertrouwelijke stukken aan de rechter wenst te verstrekken, zal de civiele rechter deze stukken niet kunnen aannemen wanneer het beginsel van hoor en wederhoor hem er toe zou dwingen deze stukken aan partijen voor te leggen en daarmee de vertrouwelijkheid te schenden. De Commissie gaat in punt 25 van haar ontwerp-mededeling betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag in op deze situatie en geeft daarbij aan dat zij vertrouwelijke stukken niet aan de nationale rechter zal overleggen wanneer deze niet garandeert dat hij deze stukken zal beschermen.

Wanneer de bestuursrechter naar aanleiding van een verzoek van de Commissie of de directeur-generaal van de NMa partijen op grond van artikel 8:28 Awb verzoekt om schriftelijke inlichtingen te geven, kunnen partijen dit, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, weigeren of de rechter mededelen dat uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van de inlichtingen of de stukken, artikel 8:29, eerste lid, Awb. Wanneer alleen de rechter kennis kan nemen van de overgelegde stukken, kan hij slechts met toestemming van de andere partij mede op grond van die stukken uitspraak doen, artikel 8:29, vierde lid, Awb. Bij nota van wijziging is in het voorgestelde artikel 89i van de Mededingingswet artikel 8:29 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard. Op deze wijze kan de bestuursrechter vertrouwelijke stukken die de Commissie hem verstrekt in voldoende mate beschermen.

De bescherming van vertrouwelijke gegevens kan zich ook voordoen wanneer de griffier op grond van artikel 15, tweede lid, van de verordening en artikel 28, achtste lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een afschrift van een vonnis, beschikking, of arrest met betrekking tot de toepassing van artikel 81 of 82 van het EG-Verdrag aan de Commissie moet zenden. Ten aanzien van deze verplichting geldt het in artikel 28, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalde dat de griffier ter bescherming van zwaarwegende belangen van anderen, waaronder die van partijen, kan volstaan met de verstrekking

van een geanonimiseerd afschrift van de uitspraak. Voor het bestuursrecht voorziet het voorgestelde artikel 89j van de Mededingingswet in de mogelijkheid zwaarwegende belangen van partijen of derden te beschermen.

De leden van de PvdA-fractie hebben voorts gevraagd of het kabinet van mening is dat de rollen van de toezichthouders en de rechter zeer verschillend zijn en dat de toezichthouder daarom geen disproportionele rol zou moeten spelen in een civielrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure. Ook hebben deze leden zich afgevraagd of de NMa zou moeten worden betrokken bij prejudiciële vragen. De leden van de PvdA-fractie geven terecht aan dat de rol van de toezichthouders en de rol van de rechter verschillend zijn. Zoals bij de beantwoording van de vragen van de leden van de CDA-fractie al is aangegeven, beperkt de rol van de toezichthouders in de procedure zich tot een adviserende rol binnen een lopende procedure. De toezichthouders zijn gebonden aan de regels van het nationale procesrecht en kunnen in zoverre geen disproportionele rol in de procedure spelen. Bij de beantwoording van de vragen van de leden van de CDA-fractie is reeds aangegeven dat de rol van de toezichthouders niet verder kan worden beperkt.

Wanneer de rechter prejudiciële vragen wenst te stellen, kan de directeur-generaal van de NMa binnen het procedurele kader opmerkingen maken met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 of 82 van het EG-Verdrag. Ook hier geldt dat de rechter niet gebonden is aan de opmerkingen van de directeur-generaal van de NMa. De verordening noch het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid voor de rechter om prejudiciële vragen te stellen aan de directeur-generaal van de NMa. Wel kan de rechter ingevolge artikel 15, eerste lid, van de verordening de Commissie om advies vragen. Verder zal het bij de rechtbank Rotterdam ondergebrachte Kenniscentrum financieel en economisch recht een rol kunnen spelen bij het beantwoorden van door de rechter gestelde vragen van juridische aard.

Onderwerpen nog niet geregeld in het wetsvoorstel

De leden van de CDA-fractie hebben gevraagd waarom bepaalde punten uit Verordening 1/2003 en de evaluatie van de Mededingingswet niet terugkomen in de brief met het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Mededingingswet.

Ik merk op dat die brief een aanzet is voor de gedachtevorming over wijzigingen van de Mededingingswet. Ik heb mij in de brief dan ook beperkt tot de hoofdlijnen van eventuele wijzigingen en bepaalde punten waarover ik mij nog beraad, niet aan de orde gesteld. Ook die punten zullen echter, mede afhankelijk van de uitkomsten van het algemeen overleg met uw kamer over de brief, in het voor te bereiden wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet naar aanleiding van de evaluatie aan de orde komen.

De leden van de PvdA-fractie achten het zinvol dat in de Mededingingswet de uitdrukkelijke mogelijkheid wordt opgenomen voor de NMa, om analoog aan artikel 9 van Verordening 1/2003, tot het aangaan van het equivalent van de Amerikaanse «consent decree». Zij hebben gevraagd of het kabinet de mening deelt dat dit de administratieve lasten kan verminderen en het afhandelen van zaken kan versnellen.

Artikel 9 van Verordening 1/2003 stelt dat wanneer de Commissie voornemens is een beschikking tot beëindiging van een inbreuk te geven, en de betrokken ondernemingen toezeggingen doen om aan de bezorgdheden tegemoet te komen, de Commissie die toezeggingen bij dan niet langer door de Commissie tegen de mogelijke inbreuk zal worden opgetreden, ook niet voor het verleden, en dat er door de Commissie geen sancties kunnen worden opgelegd. Het laat echter de bevoegdheden van de

rechter en van nationale mededingingsautoriteiten formeel onverlet. De zekerheid die een onderneming verkrijgt is derhalve betrekkelijk. Op zich zelf zou dit het afhandelen van zaken kunnen versnellen. Op deze wijze bespaart de toezegging menskracht en tijd bij zowel de NMA als de betrokken ondernemingen. Op de administratieve lasten heeft deze bevoegdheid echter per definitie geen effect, gegeven het feit dat wettelijke verplichtingen voor ondernemingen die gelden tijdens opsporing, onderzoek en sanctionering formeel niet als administratieve lasten zijn te beschouwen. Het aangaan van toezeggingen heeft bovendien ook nadelen, bijvoorbeeld voor derden-belanghebbenden en voor de preventieve werking van het toezicht. Ook kan de toezegging als extra procedurele stap door betrokken ondernemingen worden gebruikt om onderzoek te vertragen. Voorts is het ongewenst dat het onderzoek wordt stopgezet ingeval sprake is van zware overtredingen van de Mededingingswet. Alles afwegende ben ik niet voornemens deze bevoegdheid in de Mededingingswet op te nemen.

De leden van de PvdA-fractie stelden dat uit de Europese Concentratieverordening voortvloeit dat de dominantietest een wat ruimere nieuwe definitie heeft gekregen en dat deals worden toegelaten in de meldingsfase. Zij hebben gevraagd of het kabinet de mening deelt dat als gevolg van de ruimere definitie van de dominantietest artikel 27 sub c aangepast zou moeten worden.

De herziene omschrijving van het begrip dominantietest in de nieuwe Europese Concentratieverordening is ter verduidelijking ten opzichte van de huidige tekst. Hierdoor wordt beter tot uitdrukking wordt gebracht dat het vooral van belang is of een fusie of overname de daadwerkelijke (effectieve) mededinging significant beperkt, met name door het in leven roepen of versterken van een dominante marktpositie. Hiermee vertoont de omschrijving van de dominantietest meer gelijkenis met het in de Verenigde Staten gehanteerde begrip van «substantial lessening of competition». De nieuwe begripsomschrijving in de nieuwe Concentratieverordening sluit aan bij de huidige omschrijving in artikel 37, tweede lid, van de Mededingingswet. Toch overweeg ik de omschrijving in de Mededingingswet aan te passen aan de nieuwe Europese omschrijving, om elke twijfel hierover te voorkomen.

Het in de meldingsfase aanpassen van een voorgenomen fusie of overname om aan mededingingsrechtelijke bezwaren tegemoet te komen, de zogenaamde «remedies» (beperkingen of voorschriften), is bij concentratiecontrole door de Europese Commissie een staande praktijk die goed bevalt. In het kabinetsstandpunt Evaluatie Mededingingswet stelt het kabinet zich op het standpunt dat dergelijke remedies ook in Nederland tijdens de meldingsfase mogelijk zouden moeten worden. Tijdens de vergunningsfase is het overeenkomen van remedies onder de huidige Mededingingswet overigens al wel mogelijk.

Op grond van artikel 27 sub c van de Mededingingswet valt de oprichting van gezamenlijke ondernemingen («joint ventures») waarmee de moederbedrijven hun marktgedrag kunnen coördineren niet onder het concentratietoezicht, maar onder het karteltoezicht. Los van de wijziging van de dominantietest in de Europese Concentratieverordening ben ik evenwel naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet van mening dat artikel 27 sub c van de Mededingingswet dient te worden aangepast, in die zin dat concentratieve «joint ventures» met een coöperatief karakter meldingsplichtig worden. Daarmee worden onder het concentratietoezicht gebracht transacties waarbij een gezamenlijke onderneming die duurzaam alle kenmerken van een zelfstandige onderneming heeft, tot stand wordt gebracht door moederbedrijven die daardoor in staat worden gesteld hun marktgedrag te coördineren. Een voorbeeld daarvan is dat ondernemingen duurzaam een «joint venture» oprichten op een markt waar ook een moederonderneming actief is. Coördinatie van

het gedrag tussen «joint venture» en moederonderneming kunnen in dat geval tot ongewenst marktgedrag leiden. Ik vind dus dat dergelijke transacties moeten worden gemeld als concentraties. Tijdens de procedure die daar op volgt, worden die transacties beoordeeld volgens de criteria van artikel 6 van de Mededingingswet. Dit is in lijn met het Europese fusietoezicht. Het gaat hier veelal om de oprichting van belangrijke «joint ventures» waarbij de procedurele waarborgen van het fusietoezicht – zoals behandeling binnen korte termijnen – om economische redenen van belang zijn.

De leden van de PvdA-fractie hebben voorts gevraagd of in de Mededingingswet time-out regels zouden moeten worden opgenomen zoals in het Europese systeem.

Ik beantwoord deze vraag bevestigend. Het uitgangspunt van concentratietoezicht moet daarbij snelheid van procedure blijven. Immers, de meldende ondernemingen willen zo snel mogelijk de fusie of overname tot stand brengen zolang het momentum voor de fusie of overname aanwezig is. Echter, in enkele gevallen wensen ondernemingen of toezichthouder toch extra tijd en meer flexibiliteit in de procedure. Dat kan het geval zijn indien toezichthouder en ondernemingen meer tijd nodig hebben om remedies (beperkingen of voorschriften) vast te stellen. In het kabinetsstandpunt evaluatie Mededingingswet stelt het kabinet zich op het standpunt dat dergelijke «time-out»-regels, met behoud van de snelheid van de procedure in de Mededingingswet zouden moeten worden opgenomen.

III. Vragen naar aanleiding van het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Mededingingswet

Positie van de consument

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of het kabinet de mening deelt dat het nut voor de consument, de huidige en toekomstige generaties, centraal zou moeten staan in de Mededingingswet, en of dit formeel kan worden vastgelegd in de Mededingingswet. Voorts hebben zij gevraagd of het kabinet het eens is met de stelling dat het enige doel van mededingingswetgeving uiteindelijk het consumentenbelang is, en dat daarom de consument als belanghebbende moet worden aangemerkt. Het doel van de Mededingingswet is het bevorderen van effectieve concurrentie. Gezonde concurrentieverhoudingen houden gevestigde en nieuwe ondernemers alert, flexibel en vernieuwingsgezind. Dit stimuleert economische efficiëntie en technologische vooruitgang. Huidige en toekomstige consumenten (afnemers) profiteren van deze doelstelling in de vorm van lagere prijzen, meer keuze en hogere kwaliteit. Bovendien wordt een bijdrage geleverd aan het herstel van de relatief zwakke internationale concurrentiepositie van Nederland. De Mededingingswet grijpt primair aan bij structuur en mededingingsbeperkend gedrag van ondernemingen. Het formeel vastleggen van het nut van consumenten (afnemers) in de wet doet daar onvoldoende recht aan. Dat laat onverlet dat de consument (afnemers) indirect voordeel heeft van een effectief toezicht op de mededinging. Deze meerwaarde van de Mededingingswet voor de consument (afnemer) acht ik van groot belang. Uiteindelijk is de mate waarin de consument profiteert van het toezicht door de NMa een belangrijke graadmeter voor de effectiviteit van de Mededingingswet.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of het kabinet nogmaals kan ingaan op de wenselijkheid van een «super-complaint». Is het juist, zo hebben zij gevraagd, dat daarmee administratieve voordelen kunnen worden behaald en afhandeling en beoordeling eenvoudiger zal zijn dan een reeks individuele klachten?

Ik wens in de Mededingingswet niet af te wijken van de Algemene wet bestuursrecht wat betreft de reikwijdte van het begrip belanghebbende. Onder de systematiek van de zgn. «super-complaint» is de NMa verplicht binnen 90 dagen aan te geven of een (vervolg)onderzoek wordt gestart of welke andere organisatie bevoegd is. Tegen afwijzing van een klacht kan door een individuele consument geen bezwaar of beroep worden ingesteld. De baten van de «super-complaint», zowel in termen van administratieve lasten en uitvoeringskosten zijn nog niet empirisch aangetoond. Daar komt bij dat de NMa in de praktijk, ook zonder de mogelijkheid van een «super-complaint», al ruim binnen de 90 dagen-termijn reageert. Het lijkt daarom verstandig om de Britse toepassingpraktijk van de regeling inzake de «super-complaint» een aantal jaren af te wachten alvorens tot een eventuele heroverweging van mijn standpunt over te gaan. Evenals een meerderheid van de SER ben ik van mening dat het de voorkeur verdient klagers te wijzen op de mogelijkheid om door oprichting van een stichting of vereniging, die het behartigen van specifieke belangen van een bepaalde groep consumenten tot doel heeft, de belanghebbende status te verwerven. Daarnaast staat overigens de weg open van het voeren van een civiele procedure, waarbij een overtreding van de Mededingingswet onderwerp van geschil kan zijn.

In welke gevallen kan de Consumentenbond wel en in welke niet als belanghebbende optreden, zo hebben de leden van de PvdA-fractie gevraagd. Ook hebben zij gevraagd voor welke andere consumentenorganisaties – bijvoorbeeld de Milieufederatie – dit ook zou kunnen gelden en in welke gevallen.

Organisaties als de Consumentenbond en werkgevers- en werknemersorganisaties voldoen niet altijd aan artikel 1:2 lid 3 van de Algemene wet bestuursrecht, met name indien de statutaire doelstellingen van deze organisaties te ruim zijn in verhouding tot het belang dat zij in de zaak behartigen. Doorgaans echter zal de NMa naar aanleiding van een klacht van de Consumentenbond, ongeacht of deze de status heeft van belanghebbende, een (beperkt) ambtshalve onderzoek instellen. In de door de NMa gehanteerde prioriteiten voor het instellen van ambtshalve onderzoek is het consumentenbelang namelijk een van de zwaarwegende criteria om tot onderzoek over te gaan. Zoals alle klagers zullen ook organisaties zoals de Milieufederatie aan de criteria van artikel 1:2 lid 3 van de Algemene wet bestuursrecht moeten voldoen om als belanghebbende te worden aangemerkt in een mededingingszaak. Dat geldt voor iedere persoon of organisatie, ongeacht de doelstelling die door klagers wordt nagestreefd.

De leden van de PvdA-fractie merken op dat het oprichten van een stichting of vereniging, die het behartigen van specifieke belangen van een specifieke groep consumenten ten doel heeft, administratieve lasten voor consumenten met zich mee kan brengen. Deze leden hebben gevraagd of het kabinet de mening deelt dat meer administratieve lasten óók voor de consument onwenselijk zijn.

Deze mening wordt door mij in zijn algemeenheid onderschreven. Hoofargument om bij het toekennen van de status als belanghebbende in het mededingingsrecht niet af te wijken van de Algemene wet bestuursrecht is overigens dat verbreding van het begrip belanghebbende naar verwachting grote aantallen klachten uitlokt, hetgeen leidt tot ongewenste congestie in en daardoor een lagere effectiviteit van het toezicht.

Transparantie

Deelt het kabinet de mening, zo hebben de leden van de PvdA-fractie gevraagd, dat het bij concurrentiebevordering niet alleen moet gaan om de marktstructuur, waar de Mededingingswet op ziet, maar vooral ook om

het organiseren van prijs- en/of producttransparantie? Kortom dat een voldoende niveau van prijstransparantie een noodzakelijke voorwaarde is om tot volwaardige concurrentie te komen? Zij hebben verder gevraagd of het kabinet de mening deelt dat het organiseren van deze prijs-transparantie ook van buitenaf georganiseerd zou kunnen worden, dus niet door de sector zelf? Kan de overheid hier een rol in spelen, bijvoorbeeld door prijs- en/of producttransparantie bevorderende websites te organiseren?

Met de leden van de PvdA-fractie ben ik van mening dat een voldoende niveau van prijstransparantie een noodzakelijke voorwaarde is om tot volwaardige of effectieve concurrentie te komen. Het concurrentiemechanisme kan alleen functioneren als afnemers voldoende inzicht hebben in verschillen in prijs-kwaliteitverhouding van goederen en diensten die worden aangeboden. In veruit de meeste markten genereren aanbieders zelf voldoende transparantie voor afnemers door zich effectief te onderscheiden of te profileren ten opzichte van concurrenten. In deze markten is geen reden voor overheidsingrijpen. Overigens is in sommige (oligopolistische) markten een teveel aan transparantie juist reden voor de NMa om op te treden omdat dit mogelijk een indicatie is van collusie. In bepaalde markten ervaren afnemers hoge overstapkosten en lange zoektijden als gevolg van een relatief hoge productcomplexiteit als een probleem. Vergelijkende overzichten van commerciële intermediairs of consumentenorganisaties kunnen dan uitkomst bieden. Ik ben van mening dat voor het op gang brengen van concurrentie in netwerksectoren die zich nog volop in de transitiefase (van overheidsmonopolie naar effectieve marktwerking) bevinden of waar het bewerkstelligen van effectieve concurrentie vooralsnog niet haalbaar is (natuurlijke monopolies) de Mededingingswet veelal niet afdoende is. Over het algemeen is transparantie hier geen groot probleem. Soms ontbreekt het in deze markten echter aan voldoende transparantie of komt die onvoldoende snel op gang. Indien dit het transitieproces aanzienlijk vertraagt en in sommige situaties zelfs frustreert kan ik mij voorstellen dat in deze situaties aanvullende sectorspecifieke regels in verband met prijs- en productdifferentiatie noodzakelijk zijn.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of kan worden gedacht aan het ontmoedigen van overbodige productdifferentiatie die ertoe leidt dat de consument door de bomen het bos niet meer ziet en niet meer tot een goede vergelijking van prijs en kwaliteit kan komen.

Ik acht dat een weinig effectieve en disproportionele maatregel, die hoge uitvoeringskosten en administratieve lasten met zich meebrengt en die de interne Europese markt niet ten goede komt. De vrijheid van aanbieders om verschillende productvarianties tegen uiteenlopende prijzen op de markt te brengen is één van de wezenskenmerken van onze markteconomie. Sturing van de overheid op het subjectieve criterium «overbodige productdifferentiatie» leidt nimmer tot een efficiënte allocatie van productiemiddelen en tot een betere aansluiting van aanbod op vraag. Wel kan de overheid, zoals hiervoor aangegeven, product- en prijsvergelijking door marktpartijen stimuleren op basis waarvan afnemers hun keuze kunnen maken.

Kan overwogen worden, zo hebben de leden van de PvdA-fractie voorts gevraagd, om tot een verplichte standaardisatie te komen voor bepaalde producten en/of diensten, zodat de consument deze producten en/of diensten beter met elkaar kan vergelijken.

Verplichte standaardisatie wijs ik af. Aanbieders kunnen wel afspraken maken over standaardisatie om marktontwikkeling en -diffusie van nieuwe producten te versnellen of de zoekkosten van afnemers te verlagen. Waar wenselijk kan de overheid dit proces faciliteren, mits de mededinging niet onnodig wordt beperkt. Bij standaardisering moet in gedachten worden

gehouden dat dit enerzijds kan leiden tot lagere overstapkosten en daarmee concurrentiebevordering, doch dat dit anderzijds de keuzemogelijkheden voor afnemers beperkt.

Waarom richt het mededingingsbeleid zich niet juist ook het bevorderen van het snel en efficiënt laten circuleren van informatie, zo hebben de leden van de PvdA-fractie gevraagd.

Door de snelle ontwikkeling van informatietechnologie, waaronder internet, is product informatie tegenwoordig al veel sneller en voor steeds meer afnemers (consumenten) beschikbaar dan voorheen. Ik ben dan ook van mening dat, afgezien van transitie markten natuurlijke monopolies, een (actieve) rol van de overheid bij de bevordering van het snel en efficiënt laten circuleren van informatie niet noodzakelijk is.

Kan de regering een inschatting maken hoe het is gesteld met de prijstransparantie in de verzekeringssector, de assurantietussenpersonen, de hypotheekbranche, de gezondheidszorg, de notarissen, de taxisector, de mobiele telefonie en de rest van de telecommunicatiesector, zo hebben de leden van de PvdA-fractie gevraagd.

Het ontbreekt momenteel aan gegevens om een reële inschatting te maken van de prijstransparantie in de genoemde sectoren. Uit perspublicaties kan worden opgemaakt dat zich problemen voordoen in de taxisector. In de financiële sector, de telecommunicatiesector en het notariaat lijken de problemen minder groot door de aanwezigheid van intermediairs en/of vergelijkende overzichten bij toezichthouders of consumentenorganisaties.

Karakter en inrichting van het mededingingstoezicht

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of er in Europa een trend waarneembaar is dat het mededingingsbeleid meer en meer economisch wordt, hoe deze trend zich uit en wat dit voor gevolgen heeft.

Uit de evaluatie van de Mededingingswet komt naar voren dat er bij de NMa een duidelijke verschuiving heeft plaats gevonden in de wijze waarop afspraken getoetst worden aan het verbod van artikel 6 Mededingingswet. De onderzoekers constateren dat de te formeel-juridische opstelling van de NMa inmiddels is vervangen door een veel economischer benadering. Steeds meer wordt gekeken naar de economische context waarbinnen een afspraak zich afspeelt, alvorens een oordeel te vellen over de toelaatbaarheid ervan. Deze toetsingswijze sluit aan bij de ontwikkelingen op Europees niveau. Voorts merk ik op dat de Europese mededingingsregels zelf al vanaf het begin van hun bestaan elementen bevatten die uitgaan van een niet strikt juridische, maar een economische benadering van concurrentiebeperkingen. Zo geeft het begrip «onderling afgestemde feitelijke gedragingen» in artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag aan dat de juridische vorm van een mededingingsbeperking niet doorslaggevend is voor het van toepassing zijn van het Europese kartelverbod. Daarnaast bevat de uitzondering van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag economische criteria als de bevordering van de economische vooruitgang en het niet mogen uitschakelen van een wezenlijk deel van de mededinging voor de betrokken producten.

Bij het verbod van misbruik van een economische machtspositie in artikel 82 van het EG-Verdrag en bij het Europese concentratietoezicht is het bestaan of het mogelijk ontstaan van een economische machtspositie een centraal toetsingscriterium. Behalve in de Europese mededingingsregels zelf valt ook in de Europeesrechtelijke jurisprudentie al vroeg een meer economische benadering waar te nemen, met name bij de interpretatie van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag. Zo heeft het Hof van Justitie van de EG al jaren geleden uitgemaakt dat het Europese kartelverbod alleen van toepassing is, als de mededinging «merkbaar» wordt verhinderd, beperkt

of vervalst (arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 30 juni 1966, *Société Technique Minière t. Maschinenbau Ulm*, 56/65, Jurispr., 1966, 391 en van 9 juli 1969, *Völk t. Vervaecke*, 5/69, Jurispr., 1969, 302). Voor de Europese Commissie was het tweede arrest aanleiding tot het vaststellen van de zogenoemde Bagatelbekendmaking, waarbij zij het begrip «merkbaarheid» heeft ingevuld met kwantitatieve criteria, eerst met marktaandeel- en omzetcriteria, later alleen met marktaandeelcriteria. Verder heeft de Europese Commissie in de groepsvrijstellingen voor verticale afspraken, voor specialisatie-overeenkomsten en voor onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten duidelijk voor een meer economische benadering gekozen. In plaats van de vrijstelling afhankelijk te stellen van de vorm van de afspraken, worden de desbetreffende afspraken vrijgesteld, indien de betrokken ondernemingen niet meer dan een bepaalde marktaandeel hebben (en die afspraken geen bepalingen bevatten die naar hun aard de mededinging beperken, zoals prijsbinding en marktverdeling, de zogenoemde «hard core»-mededingingsbeperkingen). Het gevolg van de economische benadering is dat alleen die concurrentiebeperkingen worden verboden die uit economisch oogpunt werkelijk schadelijk zijn. Aan de andere kant leidt die economische benadering tot minder duidelijkheid voor ondernemers wanneer bepaalde concurrentiebeperkingen wel of niet verboden zijn.

De leden van de PvdA-fractie hebben ook gevraagd hoe het kabinet ervoor gaat zorgen dat ook in Nederland het mededingingsbeleid juist economisch en niet puur juridisch wordt.

Dit geschiedt doordat zowel in de Mededingingswet als bij de toepassing daarvan de meer economische benadering uit het Europese mededingingsrecht wordt gevolgd. Het kartelverbod en het verbod van misbruik van een economische machtspositie in de Mededingingswet zijn immers ontleend aan de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, met inbegrip van de meer economische criteria. Verder worden die verboden in de Mededingingswet geïnterpreteerd volgens de Europese jurisprudentie die rekening houdt met de economische effecten van concurrentiebeperkingen, en werken de Europese groepsvrijstellingen met hun economische benadering door in de Mededingingswet. Bovendien zal de toepassing van de Mededingingswet er niet toe mogen leiden dat afspraken met interstatelijke werking worden verboden, die volgens het Europese mededingingsrecht zijn toegestaan.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of het kabinet het probleem kan oplossen dat de Mededingingswet nogal procesgericht en niet resultaatgericht is en ook nogal strikt juridisch in plaats van verstandig economisch is. Daarnaast hebben deze leden gevraagd in te gaan op het verwijt dat de NMa soms wordt gemaakt dat zij zich non-communicatief en legalistisch opstelt.

De opvatting van deze leden dat de Mededingingswet meer procesgericht dan resultaatgericht is, deel ik niet. De inhoudelijke bepalingen van de wet en de bepalingen met betrekking tot het toezicht op de naleving en het onderzoek naar overtredingen van de wet en het opleggen van sancties zijn – afgezien van naar mijn mening op enkele punten noodzakelijke uitbreidingen – duidelijk gericht op het tegengaan van concurrentiebeperkingen. Zij zijn dus zeker resultaatgericht. Bovendien hanteert de NMa criteria voor prioritering van zaken om de algehele effectiviteit van het toezicht te bewaken. Daartoe behoren economische importantie, belang voor de consument, kansrijkheid van de vaststelling van een overtreding en ernst van een vermoedelijke overtreding.

Evenmin ben ik het met deze leden eens dat de Mededingingswet strikt juridisch in plaats van verstandig economisch is. Zoals ik hiervoor heb aangegeven, wordt de economische benadering uit het Europese mededingingsrecht bij de toepassing daarvan gevolgd. De

Mededingingswet richt zich in eerste instantie op het tegengaan van een aantal verboden gedragingen en geeft de NMa niet de instrumenten om aan actieve concurrentiebevordering te doen als deze verboden gedragingen zich niet voordoen, of als deze niet aantoonbaar zijn. Wel bestaat er een spanning tussen de uit juridisch oogpunt bestaande behoefte aan duidelijke, scherp afgebakende en algemeen toepasbare regels en de uit economisch oogpunt bestaande behoefte aan een benadering die rekening houdt met de specifieke situatie op en de kenmerken van afzonderlijke markten. Deze spanning is echter in het algemeen inherent aan mededingingswetgeving en de toepassing daarvan. Ik heb mij verbaasd over het door de leden genoemde verwijt aan de NMa. Mijn waarneming is dat de NMa juist heel veel doet aan voorlichting over de Mededingingswet en de procedures die de wet kent. Zo stelt zij richtsnoeren vast en heeft zij een speciale informatielijn voor ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf en voor consumenten, de website waarop alle besluiten, richtsnoeren en procedures te raadplegen zijn, en een telefonische publieksdienst. Dat de NMa zich legalistisch opstelt, is volgens mij ook niet juist. Uiteraard moet zij zich aan de wet en aan de wettelijke voorschriften en procedures houden, maar die zijn nodig om ervoor te zorgen dat de wet op een zorgvuldige en objectieve wijze wordt toegepast en dat rekening wordt gehouden met de belangen van de betrokkenen. Dat is een kernprincipe van de rechtsstaat en is in het belang van ondernemingen en consumenten.

De huidige Mededingingswet heeft eigenlijk maar drie aangrijpingspunten (kartelverbod, misbruik economische machtspositie en concentratietoets), zo stelden de leden van de PvdA-fractie. Zouden dit er niet meer moeten zijn?

Ik wens vast te houden aan het uitgangspunt dat de Nederlandse mededingingsregels niet strenger of soepeler dienen te zijn dan de Europese mededingingsregels. Ook qua systematiek wordt zo veel mogelijk aansluiting gezocht bij Europese regelgeving. Uitbreiding van het aantal materiele (verbods)bepalingen binnen de Mededingingswet past niet bij dit uitgangspunt. Dat wil niet zeggen dat de Mededingingswet in alle gevallen volstaat om concurrentievervalsingen tegen te gaan. Evenals de Europese Commissie ben ik van mening dat met name in sommige transitie sectoren aanvullende maatregelen (verplichtingen) eventueel tijdelijk noodzakelijk kunnen zijn om de overgang naar effectieve concurrentie te versnellen of effectieve concurrentie in stand te houden. Deze horen vanwege hun tijdelijke en sectorspecifieke karakter te worden ondergebracht in sectorspecifieke wetgeving.

Zou stilzwijgende concurrentievermijding of concurrentie-ontduiking niet ook een aangrijpingspunt kunnen zijn, zo suggereerden de leden van de PvdA-fractie. Is ooit een wettelijke concurrentie-inspanningsverplichting overwogen? Deze leden hebben voorts gevraagd of het kabinet van mening is dat de NMa deze instrumenten wel zou moeten hebben en hoe deze instrumenten er dan uit zouden moeten zien.

De marktstructuur en de kennis van elkaars onderlinge concurrentiegedrag kan ook zonder expliciete afspraken leiden tot boven-competitieve prijzen. Dit parallelle gedrag is moeilijk aantoonbaar. Er zijn vooralsnog geen indicaties dat een dergelijke marktgedrag zich op grote schaal voordoet. Dat kan ermee samenhangen dat lang niet alle oligopolistische markten voldoen aan de voorwaarden waaronder zogenaamde «tacit collusion» zich langere tijd kan handhaven. Voor zover bekend heeft zowel de Europese als de Nederlandse wetgever nooit concrete voorstellen ontwikkeld om concurrentie-inspanningsverplichting af te dwingen. In haar onderzoek naar oligopolies (2003) stelt het CPB voor om door middel van concentratiecontrole te voorkomen dat «tight oligopolies», waaronder «tacit collusion», ontstaan. Waar mogelijk kunnen «tight oligopolies»

worden opgeheven via het periodiek herverdelen van licenties om in de markt te mogen opereren.

Ik zie geen aanleiding om het bestaande mededingingsinstrumentarium in de Mededingingswet en sectorspecifieke wetgeving verder uit te breiden. Temeer omdat de Nederlandse regelgeving dan op dit punt niet meer in lijn zou zijn met de Europese mededingingsregels.

De leden van de PvdA-fractie hebben het kabinet gevraagd een nadere toelichting te geven op de verhouding tussen de bagatelvrijstelling van artikel 7 en het merkbaarheidsvereiste bij het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet en hebben gevraagd of dit vereiste geldt naast de vrijstelling van artikel 7.

Naar aanleiding van deze vraag merk ik op dat de inhoud van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet is ontleend aan artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag. Bij de interpretatie van artikel 6, eerste lid, wordt het merkbaarheidsvereiste toegepast dat wordt bepaald door de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG met betrekking tot artikel 81 van het EG-Verdrag. Vanaf de inwerkingtreding van de Mededingingswet is het uitgangspunt geweest dat de Europese beschikkingenpraktijk en jurisprudentie richtinggevend zijn voor de uitleg van de Mededingingswet. Ingevolge artikel 3 van EG-Verordening 1/2003 is het zelfs verplicht bij de toepassing van de Mededingingswet op afspraken die interstatelijke werking hebben en daarom mede binnen de reikwijdte van de Europese mededingingsregels vallen, de Europese jurisprudentie te volgen. Op grond van dat artikel mag toepassing van het nationale recht op de bedoelde afspraken mag er niet toe leiden dat die worden verboden als zij volgens de Europese mededingingsregels zijn toegestaan.

Artikel 7 van de Mededingingswet stelt mededingingsafspraken vrij van het verbod van artikel 6, eerste lid, als bij een afspraak niet meer dan acht ondernemingen zijn betrokken en hun gezamenlijke omzet niet meer bedraagt dan € 908 000. Voor ondernemingen die zich richten op het leveren van goederen geldt een grens van € 4 540 000. Deze bagatelvrijstelling is niet aan het Europese mededingingsrecht ontleend en is geen invulling van het merkbaarheidsvereiste. Zij is bedoeld om mededingingsafspraken van duidelijk ondergeschikte betekenis geheel vrij te stellen. De vraag of het aan de Europeesrechtelijke jurisprudentie ontleende merkbaarheidsvereiste bij de toepassing van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet geldt naast de bagatelvrijstelling van artikel 7, beantwoord ik dan ook bevestigend.

Naar aanleiding van de vraag van deze leden wat de nationale rechter hiermee doet, wijs ik erop dat de nationale rechter gebonden is aan de vrijstelling van artikel 7. Als de bagatelgrenzen niet worden overschreden, zal hij concluderen dat de afspraak in kwestie is vrijgesteld van het verbod van artikel 6, eerste lid. Als de bagatelgrenzen wel worden overschreden, maar de afspraak in kwestie de mededinging niettemin niet merkbaar beperkt zal de nationale rechter concluderen dat het verbod van artikel 6, eerste lid, niet van toepassing is.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of het kabinet de mening deelt dat de systematiek van de Europese «de minimis»-bekendmaking waarbij het marktaandeelcriterium wordt gehanteerd, tot meer rechtszekerheid kan leiden en, zo nee, waarom niet.

Zoals ik op eerder door deze leden gestelde vragen in deze nota heb geantwoord, was de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG inzake het merkbaarheidsvereiste bij de toepassing van artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag voor de Europese Commissie aanleiding de «de minimis»-bekendmaking vast te stellen. Daarin geeft de Europese Commissie aan beneden welke grenzen zijzelf bij de toepassing van het Europese kartelverbod in beginsel geen merkbare beperking van de

mededinging aanwezig acht. Daarmee biedt zij wat haar eigen optreden betreft meer duidelijkheid aan het bedrijfsleven dan de bedoelde jurisprudentie. Absolute rechtszekerheid biedt de bekendmaking aan ondernemingen echter niet. In de eerste plaats bindt de bekendmaking de Europese en de nationale rechter niet, zoals bij een vrijstelling wel het geval zou zijn. In de tweede plaats biedt het marktaandeelcriterium aan ondernemingen minder zekerheid, omdat het voor hen niet altijd eenvoudig zal zijn te bepalen wat hun relevante markt is en welk aandeel zij daarop hebben. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid, gaat een vrijstelling met absolute criteria, zoals omzet, boven de systematiek van de «de minimis»-bekendmaking van de Europese Commissie. Daar staat tegenover dat het marktaandeel van de bij een afspraak betrokken ondernemingen een betere indicatie geeft van het bestaan van een merkbare beperking van de mededinging door die afspraak dan de omzet van die ondernemingen.

Voor het antwoord op de vraag van deze leden naar de precieze reikwijdte van de Europese «de minimis-bekendmaking» verwijs ik allereerst naar mijn antwoord hiervoor op de vraag van of de systematiek van die bekendmaking meer rechtszekerheid biedt. Verder merk ik op dat die bekendmaking invulling geeft aan het merkbaarheidsvereiste uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG met betrekking tot artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag. Volgens deze bekendmaking is het Europese kartelverbod niet van toepassing op horizontale afspraken bij een gezamenlijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen van niet meer dan 10% en niet op verticale afspraken bij een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 15%. «Hard core»-afspraken, zowel horizontale als verticale, vallen echter altijd onder het verbod, ongeacht de omvang van het gezamenlijke marktaandeel.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd naar de mogelijkheid om het begrip economische schade te verbreden, zodat ook maatschappelijke en milieuoverwegingen erin betrokken kunnen worden. Hiertoe bestaat geen noodzaak. De Mededingingswet grijpt in eerste instantie aan op economische gevolgen van structuur en gedrag van ondernemingen. Dit met als doel gezonde concurrentieverhoudingen te realiseren of in stand te houden waarvan de huidige en toekomstige consumenten profiteren. In voorkomend geval kunnen bij het invullen van het begrip economische schade belangen op het gebied van arbeidsomstandigheden, milieu, behoud van werkgelegenheid, consumentenbescherming volksgezondheid, cultuur en volkshuisvesting wel degelijk worden meegewogen. Zoals de NMa-besluiten Stibat (Besluit dg NMa, nr. 51/20, 18 december 1998) en Wit- en Bruingoed (Besluit dg NMa nr. 1153, 18 april 2001) hebben aangetoond, is de NMa ook daadwerkelijk bereid dergelijke niet-economische belangen mee te wegen in haar oordeel.

Deze leden hebben ook gevraagd of er beleidsrichtsnoeren zullen komen voor non-economische belangen. In artikel 17 van de Mededingingswet is vastgelegd dat een ontheffing kan worden verleend door de directeur-generaal van de NMa als de betreffende overeenkomst, het betreffende besluit of de betreffende onderling afgestemde feitelijke gedraging bijdraagt aan de technische of economische vooruitgang. Onder meer uit de evaluatie van de Mededingingswet blijkt dat de NMa bij de toepassing van artikel 17 van de Mededingingswet belangen op het gebied van arbeidsomstandigheden, milieu, behoud werkgelegenheid, consumentenbescherming, volksgezondheid, cultuur en volkshuisvesting in haar overwegingen betreft. Uit de evaluatie van de Mededingingswet als bleek dat bij betrokkenen onvoldoende duidelijk is welke belangen onder artikel 17 vallen en op welke wijze de NMa deze belangen meeweegt. Zoals aangegeven in de nota van wijziging bij het wetsvoorstel ter implementatie van EG-verordening 1/2003, ben ik voorne-

mens artikel 17 van de Mededingingswet te vervangen door een rechtstreeks werkende uitzondering, waarin de ontheffingsvoorwaarden van artikel 17 zullen zijn opgenomen. Daarbij blijft de mogelijkheid om als minister algemene aanwijzingen te kunnen geven inzake het meewegen van niet-economische belangen bij de toetsing aan de voorwaarden van de uitzondering in stand. De Europese jurisprudentie over artikel 81, derde lid, van het EG-verdrag, zal daarbij leidend zijn.

Economische machtspositie

De leden van de PvdA-fractie hebben gesteld dat het toezicht op misbruik van economische machtspositie in Nederland niet goed werkt. Deze leden van de PvdA-fractie hebben daarbij verwezen naar de recente beantwoording op kamervragen over de recente tariefsverhogingen bij kabelmaatschappijen. In deze beantwoording zou naar voren komen dat zowel het misbruik als de economische machtspositie eerst aangetoond moesten worden en het nog slechts te bezien viel of hier iets aan gedaan kon worden.

Ik deel niet de opvatting van de leden van de PvdA-fractie dat het toezicht op misbruik van economische machtspositie in Nederland niet goed zou werken. Uit de evaluatie van de Mededingingswet komt naar voren dat optreden tegen van misbruik van machtspositie mogelijk is. Het verbod op misbruik van een economische machtspositie is een bruikbaar instrument om concurrentievervalsingen te beëindigen. Daarbij past de kanttekening dat het onderzoek naar een mogelijke overtreding van dit verbod, vanwege de complexiteit van de materie, doorgaans een tijdrovende aangelegenheid is. De vergelijking met de diverse andere landen waar een verbod van misbruik van machtspositie geldt, laat volgens de onderzoekers in de evaluatie zien dat de genoemde problemen niet uniek zijn. Zij merken op dat het begrip «misbruik» zowel op nationaal als op Europees niveau nog niet uitgekristalliseerd is. Niettemin concluderen de onderzoekers dat het misbruikverbod, ondanks al deze toepassingsproblemen, wel de mogelijkheden biedt om tegen werkelijk misbruik op te treden. Daarbij teken ik aan dat dit niet geldt voor markten in netwerksectoren die zich volop in de overgangsfase bevinden of waar het realiseren van effectieve concurrentie op middellange termijn niet mogelijk is, door bijvoorbeeld natuurlijke monopolies. Overigens wordt in de beantwoording van de kamervragen over de grote tariefsverhogingen bij kabelmaatschappijen niet aangegeven dat artikel 24 van de Mededingingswet niet goed zou werken. In het antwoord is slechts een overzicht gegeven van de procedurele stappen die in het onderzoek zijn gezet en eventueel nog zullen volgen. Ook is aangegeven wat de NMa heeft besloten in een verwante zaak.

De leden van de PvdA-fractie hebben voorts gevraagd hoe de effectiviteit van het misbruiktoezicht zou kunnen worden verhoogd. Naar de mening van de PvdA-fractie zou de NMa boekhoudkundige eisen moeten kunnen stellen, aangezien de NMa geen direct zicht heeft op interne kostenstructuren en de berekening van kostprijzen. Deze leden hebben gevraagd of het kabinet dit standpunt deelt.

In het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet is uitvoerig stilgestaan bij de problematiek rond artikel 24 van de Mededingingswet en de voor- en nadelen van mogelijke oplossingen. Hierbij werd met name ingegaan op de relatieve traagheid van het instrumentarium (zie paragraaf 3.1.2. van dit kabinetsstandpunt). Zoals aangegeven in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie ervaart de NMa dat administraties (boekhouding) van multiproductbedrijven met een economische machtspositie voor een toezichthouder veelal weinig bruikbaar zijn, omdat de kosten van het product waarmee de economische machtspositie wordt uitgeoefend niet zijn geëxpliciteerd.

Problemen bij boekhoudkundige scheiding zitten vooral bij toedeling van de gemeenschappelijke alleen arbitrair toerekenbare kosten. Na het inwinnen van het SER-advies hierover en een zorgvuldige afweging heeft het kabinet besloten om voorlopig af te zien van het aan ondernemingen met een economische machtspositie opleggen van het voeren van een transparante boekhouding, dan wel hierover met betrokken ondernemingen afspraken te maken. De SER verwacht evenals het kabinet dat deze verplichting de fase van informatieverzameling en bewerking ten behoeve van het aantonen van misbruik aanzienlijk zou kunnen bekorten. De verplichting tot het voeren van een transparante boekhouding zou inhouden dat de verliesen winstrekening alsmede de balansgegevens van producten, waarmee de economische machtspositie wordt uitgeoefend, worden geëxpliciteerd. Daarbij zou aansluiting worden gezocht bij de systematiek die in de communicatiesector zal gaan gelden voor het voeren een gescheiden financiële rapportage. Door toepassing van gescheiden boekhoudingen zouden excessieve prijzen, prijssonderbieding en prijsdiscriminatie (bij verticaal geïntegreerde ondernemingen) sneller als vormen van misbruik zichtbaar kunnen worden gemaakt. Echter, tegenover deze hogere effectiviteit van het misbruiktoezicht staan naar verwachting een toename van de administratieve lasten voor de betrokken bedrijven. Dit omdat de voor misbruiktoezicht bruikbare segmentering (kostentoerekeningssystemen) in de meeste gevallen niet overeenkomt met de indeling die de betrokken ondernemingen zelf in hun boekhouding hanteren. Met het oog op dit risico van toename van de administratieve lasten, zie ik voorlopig af van het invoeren van de bevoegdheid tot het opleggen van een gescheiden boekhouding. Overigens verwacht ik dat de door mij aangekondigde voorstellen ter aanscherping van de onderzoeksbevoegdheden en verhoging van de boetes op niet-meewerken ook tot een versnelling van onderzoeken naar misbruik van economische machtspositie kunnen leiden.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd waarom een bedrijf met een regionaal monopolie niet automatisch als een bedrijf met een economische machtspositie wordt beschouwd.

Ten behoeve van een onderzoek naar mogelijke overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet wordt door de NMa de relevante markt afgebakend. Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substituëerbaar worden beschouwd. De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. Indien na deze afbakening van de relevante geografische en product markt blijkt dat deze een regio beslaat en een onderneming zou in deze regio een monopolie hebben, dan is inderdaad ook sprake van een economische machtspositie van dat bedrijf.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd waarom de onderzoeken van de NMa zo lang duren. Zoals ik heb aangegeven in het antwoord op de vraag van deze leden naar de resultaatgerichtheid van de Mededingingswet, houdt de NMa zich uit het oogpunt van zorgvuldige besluitvorming aan de procedurele regels die de Algemene wet bestuursrecht voorschrijft. Daarnaast geldt voor mededingingsonderzoeken in het algemeen, en voor onderzoeken naar misbruik van een economische machtspositie in het bijzonder, dat het verzamelen van informatie en het aantonen van een overtreding complex en tijdrovend is. Daarbij komt dat zelfs binnen Europa de jurisprudentie betreffende misbruik van economische machtspositie nog beperkt is. Overigens valt de vergelijking van de

doorlooptijd van kartelonderzoeken in Europees verband, voor de NMa in positieve zin uit.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of het kabinet overweegt om de bewijslast bij misbruik om te draaien, naar Duits voorbeeld. Daarnaast hebben deze leden gevraagd of overwogen wordt om voor het misbruikverbod en het kartelverbod precieze verbodsbepalingen op te nemen naast het algemene verbod.

Zoals is aangegeven in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet, acht ik aanpassingen van materiële bepalingen, zoals een explicitering van het misbruikbegrip in een limitatieve lijst met verboden vormen van misbruik, of de invoering van het begrip collectieve machtspositie naar Duits voorbeeld, onwenselijk. Dit omdat de Duitse systematiek een discrepantie zou kunnen opleveren met de Europese jurisprudentie en tot praktische problemen leidt. Volgens de onderzoekers van de evaluatie legt het Duitse beleid een groot beslag op de capaciteit van het ambtelijk en rechterlijk apparaat. Het is voorts van belang dat dit beleid geen navolging heeft gevonden in de Europese Unie. Evenals de SER ziet ik geen reden om de definitie van het begrip misbruik te expliciteren. De reden hiervoor is, zoals de SER schrijft, dat het hier om een dynamisch begrip gaat dat moet worden getoetst aan de ondernemingspraktijk. Een beschrijving in de wet kan nooit alle toekomstige vormen van misbruik vangen. Deze toetsing en dus de beoordeling van concrete gevallen van misbruik, moet naar het oordeel van de SER aan de rechter en de beleidspraktijk van de NMa worden overgelaten. Ik sluit zich hierbij aan en ik wijs er in dit verband op dat de NMa zich bij de invulling van het misbruikbegrip laat leiden door de Europese jurisprudentie, die gezien de geringe omvang van het aantal zaken zich nog verder zal ontwikkelen. Het vastleggen van precieze verbodsbepalingen zou de aansluiting belemmeren bij toekomstige ontwikkelingen in de interpretatie van het misbruikbegrip door het Europees Hof van Justitie. In artikel 19, vierde lid, sub 4, van het Duitse «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen» (GWB) wordt de omkering van bewijslast geregeld. Dit is echter alleen van toepassing in zéér uitzonderlijke situaties, te weten in gevallen van essentiële voorzieningen waarbij de beheerder van een dergelijke voorziening ook dominant is op de aangrenzende of afgeleide (diensten)markt. Dit artikel is opgesteld om civiele procedures te vergemakkelijken en de toegang tot essentiële voorzieningen te bevorderen. Hierbij moet worden opgemerkt dat het artikel in de GWB met name was gericht op de energiesector, waarvoor in Duitsland geen sector-specifieke regelgeving bestond.

Deze leden hebben gevraagd of het kabinet de mening deelt dat voorkomen beter is dan genezen.

Inderdaad, voorkomen is beter dan genezen. Daarom is het van groot belang dat de mededingingsregels daadwerkelijk een afschrikwekkende werking hebben. Hierbij passen voldoende hoge sancties en een hoge pakkans. Daartoe dienen, zoals aangegeven in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie, de onderzoeksbevoegdheden te worden uitgebreid en de sancties te worden aangescherpt. Voor het voorkomen van overtredingen zijn echter niet alle middelen geschikt. Het opleggen aan ondernemingen van verplichtingen vooraf, waaronder toegangs- en tariefregulering, vergroot het risico op een te gedetailleerde regelgeving. Ook bestaat dan het risico dat de toezichthouder de doelstelling ruimer dan wel enger interpreteert («regulatory risk»). Ook leiden deze regels doorgaans tot een aanzienlijke verhoging van de administratieve lasten voor betrokken ondernemingen. Daarom komt het voorkomen van misbruik van economische machtspositie met behulp van regels vooraf, alleen in aanmerking bij marktsituaties waar het risico dat frequent misbruik van een economische machtspositie zal optreden relatief hoog

wordt geacht en waar afhandeling van afzonderlijke misbruikzaken veel tijd kost. Dan zijn sectorspecifieke regels effectiever dan algemene mededingingsregels.

Deze leden hebben voorts gevraagd of er meer aandacht zou moeten worden besteed aan het voorkomen van het ontstaan van economische machtsposities. In dit verband hebben deze leden gevraagd of wordt overwogen in een veel eerder stadium een fusie of overname te verbieden of aan strengere voorwaarden te verbinden. Ik wijs erop dat de aanwezigheid van een economische machtspositie in een markt op zich niet automatisch leidt tot mededingingsbeperkend gedrag, oftewel misbruik. Machtsposities kunnen ontstaan door bijvoorbeeld een succesvolle marktstrategie productinnovatie of een efficiënt werkende bedrijfsorganisatie. In die situaties is er geen aanleiding om deze door autonome groei ontstane machtsposities met wantrouwen tegemoet te treden. Overigens wordt bij concentratiecontrole door de NMa beoordeeld of door fusie of overname een economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt die tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd. Een fusie in het algemeen eerder verbieden of aan strengere voorwaarden onderwerpen, kan nadelig zijn voor de economie. Ondernemingen moeten immers een zekere schaal kunnen bereiken om in hun vaak internationale concurrentieomgeving mee te kunnen komen. Deze schaalvoordelen komen bovendien ten goede aan de consument en uiteindelijk aan de economie als geheel.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd bovendien of aanscherping van het concentratietoezicht zou moeten worden overwogen.

Het concentratietoezicht werkt, blijkens de evaluatie van de Mededingingswet, over het algemeen goed. In de Europese handhavingpraktijk is naar voren gekomen dat er onduidelijkheid bestaat over de mogelijkheid om fusies te verbieden die leiden tot oligopolistische situaties, waarbij ondernemingen zonder dat sprake is van collusie toch de mededinging kunnen beperken. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn in markten met een zeer beperkt aantal spelers, maar met een grote mate van kennis van tariefstructuren van de concurrenten. De herziene EG-concentratieverordening verduidelijkt dat er bij concentratietoezicht ook in die situaties kan worden opgetreden. Daartoe werd de test die uitging van het begrip «dominante positie» vervangen door het strengere «significante beperking van de daadwerkelijke mededinging». Ik overweeg het Nederlandse concentratietoezicht conform de Europese test te verduidelijken. Hierdoor zou meer nadruk komen te liggen op het element van de «significante beperking van de daadwerkelijke mededinging». Met de dominantietest zoals neergelegd in de nieuwe Europese Concentratieverordening wordt ten opzichte van de huidige Europese test duidelijker dat bijvoorbeeld in oligopolistische marktstructuren kan worden ingegrepen, indien de mededinging significant dreigt te worden beperkt door een voorgenomen fusie of overname. Ten slotte heeft het kabinet in het kabinetsstandpunt kenbaar gemaakt voorstander te zijn van het aanscherpen van de sancties op het tot stand brengen van een concentratie zonder deze aan te melden en de sancties op niet meewerken aan een onderzoek in het kader van concentratietoezicht te verzwaren.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of kan worden overwogen om bij privatisering te toetsen op het ontstaan van een economische machtspositie.

Privatisering heeft vaak het creëren van een economische machtspositie tot gevolg. Privatisering gaat immers veelal gepaard met het openstellen van een nieuwe markt die voorheen door een enkele overheidsonderneming werd bediend, zoals post, telecommunicatie en spoor-

wegen. Het hebben van een economische machtspositie is op zichzelf genomen niet schadelijk voor de economie als geheel of voor de consument. Voor veel sectoren geldt zelfs dat een zekere schaalomvang leidt tot lagere prijzen voor de consument en een sterke internationale concurrentiepositie. Bovendien zullen machtsposities door de toetreding van nieuwe spelers veelal afbrokkelen. Beleid en toezicht zijn er mede op gericht die toetreding mogelijk te maken. Pas als er sprake is van misbruik van die machtspositie treedt welvaartsverlies op. Er is dus geen aanleiding om bij privatiseringen een toets op het ontstaan van machtsposities uit te voeren.

Deze leden hebben gevraagd naar de verschillen met het Amerikaanse mededingingstoezicht, dat naar hun mening veel strenger en effectiever lijkt te zijn dan het Nederlandse.

Er zijn mij geen cijfers bekend waaruit zou blijken dat het mededingingstoezicht effectiever is in de Verenigde Staten. Een van de grote verschillen tussen het Nederlandse en Amerikaanse mededingingsrecht is dat het in de Verenigde Staten regelmatig voorkomt dat ondernemingen elkaar via de civiele rechter aanspreken op hun verplichtingen om eerlijk te concurreren. Daarbij is het mogelijk dat zogenaamde «punitive damages» worden opgelegd, verhoogde schadevergoedingen als vergelding. De gang naar de civiele rechter door ondernemingen is in Nederland ook mogelijk, maar is niet goed van de grond gekomen, aldus de evaluatie van de Mededingingswet. Ik onderzoek op dit moment waarom de civiele handhaving niet goed van de grond is gekomen en op welke manier deze kan worden versterkt.

Daarnaast kent het mededingingsrecht van de Verenigde Staten sancties voor bestuurders van ondernemingen die leiding geven aan oneerlijk concurrerende ondernemingen, waaronder gevangenisstraffen. Ik ben voornemens de mogelijkheid te introduceren om sancties in de vorm van bestuurlijke boetes op te leggen aan bestuurders die feitelijk leiding geven aan, of opdrachtgever zijn van een materiële overtreding van de Mededingingswet. Tezamen met een aanscherping van de handhavingsbevoegdheden van de NMa, waaronder het binnentreden van woningen zonder de toestemming van de bewoner, wordt het Nederlandse mededingingsrecht beduidend strenger.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of het onder de huidige wetgeving mogelijk is dat gemeenten, provincies en zelfstandige bestuursorganen misbruik maken van een economische machtspositie, en of en op welke wijze hiertegen moet worden opgetreden. Bovendien hebben deze leden gevraagd of een uitzonderingsbepaling noodzakelijk is voor overheidsorganen die vanuit een publiek belang prijsafspraken maken of samenwerkingsverbanden aangaan.

Voorzover genoemde overheden zich gedragen als ondernemingen in de zin van artikel 1 lid f van de Mededingingswet, kan artikel 24 van toepassing zijn. Bij de definitie van het ondernemingsbegrip is aansluiting gezocht bij artikel 81 van het EG-Verdrag. In situaties waarin genoemde overheden zich niet als onderneming gedragen, is de Mededingingswet niet van toepassing en kan er juridisch dus geen sprake zijn van misbruik van machtspositie. Een uitzonderingsbepaling is dan ook niet aan de orde. Bij aanbestedingstrajecten kunnen overheden over een grote mate van inkoopmacht beschikken, zeker wanneer provincies en gemeenten overgaan tot interregionale samenwerkingsverbanden. In zijn algemeenheid verhogen deze samenwerkingsverbanden de efficiëntie van het inkoopproces en leiden naar verwachting tot budgettaire besparingen. De nadelige effecten van deze schaalvergroting voor het toeleverende midden- en kleinbedrijf kunnen waarschijnlijk worden gemitigeerd door de aangekondigde aanpassing van de aanbestedingsregels en de vrijstelling van combinatie-overeenkomsten in de Mededingingswet.

De leden van deze fractie hebben voorts gevraagd naar de visie van het kabinet op het mededingingstoezicht op oligopolies, en of wordt overwogen hiervoor speciale voorzieningen op te nemen, welke nu in de Mededingingswet zouden ontbreken. Voorts hebben deze leden gevraagd bij welk aantal aanbieders sprake is van een volwaardige markt en of het kabinet van mening is dat daarvan sprake is wanneer er slechts drie of vier aanbieders zijn.

Het antwoord op de vraag bij hoeveel aanbieders sprake is van een effectieve concurrentie is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de desbetreffende markt. In het algemeen geldt dat hoe meer aanbieders op een markt actief zijn, hoe kleiner de kans op economische machtsposities is. Daarnaast speelt de hoogte van toetredings- en uitredingsdrempels een rol. Bovendien leidt een oligopolistische marktstructuur, waarbij een beperkt aantal aanbieders het overgrote deel van de markt in handen hebben, niet per definitie tot een machtspositie en mededingingsbeperkend gedrag (misbruik of collusie). Ook bij een beperkt aantal aanbieders kan sprake zijn van effectieve concurrentie, zo is bijvoorbeeld op de markt voor mobiele telefonie sprake van scherpe concurrentieverhoudingen. Overigens kan ook bij één aanbieder marktwerking bestaan als sprake is van een concessie die wordt aanbesteed. Marktpartijen zullen dan elke keer dat de concessieverlening plaats gaat vinden met elkaar moeten concurreren om de concessie. Wel zullen dan specifieke voorwaarden in de concessie moeten worden opgenomen om de consument te beschermen gedurende de looptijd van de concessie.

Het risico op mededingingsbeperkend gedrag wordt groter naar mate de mogelijkheden voor toetreding tot de markt en het aantal aanbieders afnemen. Een aparte risicovolle categorie binnen de groep van oligopolistische markten zijn de «tight oligopolies». Deze markten worden gekenmerkt door een gering aantal marktpartijen en hoge toetredingsdrempels. Deze marktpartijen hebben de neiging en de mogelijkheid om de mededinging te beperken door bijvoorbeeld onderlinge afspraken of onderling afgestemd gedrag. Belangrijk is ook dat bedrijven op een dergelijke markt in staat zijn afwijkend gedrag van concurrenten te observeren en te bestraffen.

De Mededingingswet biedt de mogelijkheid om tegen mededingingsbeperkend gedrag op te treden. Bijvoorbeeld bij kartels of misbruik van machtspositie door een groep van ondernemingen die tezamen over een collectieve machtspositie beschikken. Door middel van concentratiecontrole kan het ontstaan en de versterking van (collectieve) machtsposities worden tegengegaan, voor zover die machtsposities de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt significant beperken. Daarnaast kunnen op grond van sectorspecifieke wetgeving kunnen waar nodig ex-ante verplichtingen worden opgelegd. De nieuwe Telecommunicatiewet biedt OPTA de mogelijkheid om ex-ante verplichtingen op te leggen aan collectieve machtsposities teneinde misbruik van machtspositie te voorkomen.

In haar studie over «tight oligopolies» concludeert het Centraal Planbureau dat de inzet van ex-ante maatregelen in oligopolistische markten niet altijd nodig of efficiënt is. Soms zijn de problemen tijdelijk van aard, bijvoorbeeld doordat innoverende bedrijven tot de markt toetreden. In andere gevallen wordt de macht van een «tight oligopoly» ingeperkt door acties van consumentenorganisaties. Ook kan het zijn dat overheidsingrijpen gepaard gaat met hoge kosten, of met een grote kans op overheidsfalen. Zo kan te zwaar overheidsingrijpen leiden tot ongewenste neveneffecten, zoals het verdwijnen van prikkels voor bedrijven om te investeren of te innoveren.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd naar de visie van het kabinet op situatie waarin geen sprake is van misbruik, maar wél van een economische machtspositie die leidt tot te hoge tarieven of prijzen. Voorts

hebben deze leden gevraagd naar eerdere opmerkingen van de WRR hierover.

Ondernemingen die beschikken over een economische machtspositie en excessieve prijzen of tarieven hanteren kunnen daarmee in strijd handelen met het misbruikverbod van artikel 24 van de Mededingingswet. Bij de beoordeling of een bepaald tarief excessief is baseert de NMa zich met name op de Europese jurisprudentie inzake artikel 82 van het EG-Verdrag. Evenals de SER ben ik van mening dat terughoudendheid moet worden betracht bij het corrigeren van tarieven die niet onder het misbruikverbod vallen. Het afwegingskader voor een dergelijke interventie is niet het generieke mededingingsbeleid maar de mechanismen voor borging van publieke belangen of de regulering van transitie sectoren. Met de SER ben ik van mening dat een correctie van de uitkomst van het mededingingsproces op niet-economische gronden, buiten de doelstelling van de Mededingingswet behoort te vallen.

In een voorstudie over publieke en private verantwoordelijkheden (Concurrentiebevordering in infrastructuurgebonden sectoren) wijst de WRR op een potentieel gevaar dat na privatisering, liberalisering en deregulering in de infrastructuurgebonden sectoren bedrijven ontwikkelen die geleidelijk aan een positie als monopolist weten te verwerven of die zich als conglomeraat met andere bedrijven, oftewel een oligopolie, in staat weten het eigen aandeel in de markt te misbruiken om toetreding door nieuwe concurrenten te voorkomen. In het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet heeft het kabinet aangegeven dat het artikel 24 van de Mededingingswet, juist in netwerksectoren, die zich nog volop in de transitiefase bevinden, veelal niet volstaat. Aanvullende bevoegdheden zoals bijvoorbeeld opgenomen in de energie- en telecommunicatiewetgeving zijn nodig om misbruik van machtspositie te voorkomen en effectieve marktwerking te realiseren. Volgens de WRR is oligopolie na privatisering en liberalisering de dominante marktform. In een oligopolie kunnen processen optreden die de voordelen van de beoogde concurrentie grotendeels teniet doen. De WRR vreest dat, in plaats van elkaar te beconcurreren, potentiële concurrenten in een oligopolie de neiging om vertonen de strijd uit de weg gaan. Dit alles vanuit het besef dat ze door elkaar te beconcurreren hun betrekkelijk comfortabele positie kunnen verliezen. Dit vraagstuk komt overeen met de problematiek rond stilzwijgende concurrentievermijding, die hiervoor is besproken.

Handhaving

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd waarom in de brief van het kabinet een persoonlijke bestraffing wordt vermeld van € 250 000 in plaats van € 500 000, zoals in Duitsland het geval is. Voorts hebben deze leden gevraagd of een dergelijke boete niet effectiever is wanneer de onderneming deze niet voor zijn rekening neemt.

Het kabinet heeft in de brief bij het uitspreken van een wenselijke maximum boete voor bestuurders en feitelijk leidinggevend voor overtreding van kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie of de verplichting tot het aanmelden van een voorgenomen concentratie niet één op één willen aansluiten bij de maximum boete die het Bundeskartellamt kan opleggen. Dit onder meer omdat de Duitse situatie niet geheel vergelijkbaar is met die in Nederland. Immers, de boetes die de NMa oplegt zien op schade die door overtreding van de Mededingingswet is veroorzaakt op de Nederlandse markt. De Duitse markt is enkele malen groter dan de Nederlandse, waardoor schade als gevolg van mededingingsbeperkend gedrag daar hoger kan uitvallen. In dat licht bezien is het niet onlogisch dat het Bundeskartellamt een hogere maximumboete aan bestuurders en leidinggevend kan opleggen. Desalniettemin acht ik het wenselijk dat de maximum hoogte van de

boete die de NMa kan opleggen aan een bestuurder of feitelijk leidinggevende op een hoger bedrag wordt gesteld dan € 250 000. Ik heb in het debat met de Kamer naar aanleiding van nieuwe berichten over fraude in de bouw van 18 februari jl. aangekondigd nog eens te zullen kijken naar daar gedane opmerkingen dat de in de brief voorgestelde boetes aan de lage kant zouden zijn. Mede gezien de ernst en omvang van de overtredingen van de Mededingingswet zoals gebleken in de nieuwe berichten over fraude in de bouw zou hier een maximumboete van € 450 000 meer op zijn plaats zijn. Overigens zij benadrukt dat het bij het bedrag van € 450 000 om een maximum gaat. Bij de bepaling van de hoogte van de boete zal de NMa onder meer rekening houden met de ernst en de duur van de inbreuk. Deze en andere criteria zullen worden opgenomen in Richtsnoeren boetetoemeting.

Op zich deel ik de mening dat een individuele boete effectiever is indien de onderneming de betaling daarvan niet voor haar rekening neemt. Daarbij zij echter aangetekend dat van de reputatieschade voor de desbetreffende leidinggevende, die met de oplegging van een boete samenhangt, reeds een afschrikwekkende werking uitgaat waaraan een eventuele vergoeding van de boete door de onderneming niets meer aan af kan doen.

In aansluiting hierop hebben deze leden gevraagd hoe de voornoemde vermindering van de afschrikwekkende werking van een persoonlijke bestraffing als gevolg van vergoeding door de onderneming zou kunnen worden ondervangen, en hoe het kabinet staat tegenover vrijwaringsclausules in arbeidscontracten.

Ik ben van mening dat in een ideale situatie het niet mogelijk zou moeten zijn dat de onderneming de boete van een bestuurder zou vergoeden, eventueel door een vrijwaringsclausule in het arbeidscontract. Dit punt is reeds opgebracht tijdens de hoorzitting op 22 januari 2004 over de evaluatie en wijziging van de Mededingingswet. Overwogen wordt om, in navolging van Nieuw-Zeeland, daartoe in de wet een verbod op te nemen. Daarbij dient echter te worden aangetekend dat er waarschijnlijk veel mogelijkheden zijn om een dergelijk verbod te omzeilen. Momenteel wordt onderzocht in hoeverre het Nederlandse wettelijke kader de mogelijkheid biedt om een dergelijk verbod op te nemen. De uitkomst van dat onderzoek zal worden besproken in een algemeen overleg met uw Kamer over het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet.

De leden van de PvdA-fractie hebben tevens gevraagd of door het kabinet wordt overwogen om in zeer krasse gevallen van kartels of misbruik van machtspositie aan de leidinggevende aan het kartel of misbruik, een verbod op te leggen om gedurende een aantal jaren leiding te geven. Dit wordt niet overwogen. Ik ben van mening dat het opleggen van een verbod aan een bestuurder om gedurende een aantal jaren leiding te geven aan een onderneming een te grote inbreuk op de persoonlijke vrijheden van de desbetreffende leidinggevende met zich zou brengen. Er bestaat voor een dergelijke sanctie ook geen precedent in het bestuursrecht. Er wordt nu reeds de mogelijkheid ingevoerd een leidinggevende te bestraffen met een substantiële boete. Eerst dient te worden gezien of de afschrikwekkende werking daarvan voldoende is. Overigens zou een verbod zoals voorgesteld door de PvdA slechts een beperkte werking kunnen hebben, aangezien de bestuurder zal slechts verboden kunnen worden om leiding te geven binnen een in Nederland gevestigd bedrijf.

De leden van de PvdA-fractie hebben gewezen op het ingrijpende karakter van de bevoegdheden om boetes aan personen op te leggen en om binnen te treden in woningen zonder de toestemming van de bewoner, en

hebben gevraagd wanneer de werking van deze nieuwe bevoegdheden zal worden geëvalueerd.

De huidige mededingingswet is vier jaar na inwerkingtreden geëvalueerd (in mei 2002). Het betrof hier echter een nieuwe wet. Ik wens op dit ogenblik de voornoemde uitbreiding van de bevoegdheden van de NMa na een langere periode dan vier jaar te laten evalueren. Ik wil mij hierover nog nader met de Kamer verstaan.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd hoe het kabinet staat tegenover de suggestie het «alles-in-één-hand-systeem» te vervangen door een systeem waarbij strafoplegging en rechtspleging ook in eerste instantie plaatsvinden door de rechter.

Ik ben van mening dat een zodanige vervanging niet verstandig zou zijn. Niet voor niets heeft de wetgever welbewust gekozen voor de bestuursrechtelijke handhaving van de Mededingingswet en voor het «alles-in-één-hand-systeem». Het bestuursrecht biedt een minder ingrijpende vorm van handhaving dan het strafrecht en bovendien waren de ervaringen met de strafrechtelijke handhaving van de voorganger van de Mededingingswet, de Wet economische mededinging, weinig bevredigend. Bestuursrechtelijke handhaving van de Mededingingswet werd ook niet problematisch geacht, omdat de wet een geringe normatieve lading bevat, overtreding van die wet geen letsel aan personen of schade aan goederen pleegt toe te brengen en er geen vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangbevoegdheden nodig zijn voor de handhaving van de norm.

Een andere belangrijke overweging was dat bij bestuursrechtelijke handhaving het toezicht op de naleving en het onderzoek naar overtredingen van de Mededingingswet en het opleggen van boetes wegens die overtredingen konden worden opgedragen aan het bestuursorgaan dat met de uitvoering van die wet was belast, zoals ontheffingverlening en concentratietoezicht. Dit «alles-in-één-hand-systeem» was in overeenstemming met het uitgangspunt van het kabinet dat handhaving van beleidsinstrumentele wetgeving moet worden gelegd bij het bestuursorgaan dat met de uitvoering van de desbetreffende wet is belast. Voordeel van dit systeem was ook dat de handhaving aan een in het mededingingsrecht en de mededingingsproblematiek gespecialiseerd bestuursorgaan kon worden opgedragen. Een bijkomend argument voor bestuursrechtelijke handhaving was dat afstemming met de Europese Commissie gemakkelijker verloopt als een bestuursorgaan is belast met de handhaving van de Mededingingswet, dan wanneer dat de taak van strafrechtelijke instanties zou zijn.

Naar mijn mening heeft de praktijk uitgewezen dat juist het feit dat de NMa ook boetes kan opleggen in belangrijke mate bijdraagt aan haar effectiviteit, slagvaardigheid en gezag. De overwegingen voor bestuursrechtelijke handhaving en voor het «alles-in-één-hand-systeem» zijn nog steeds van kracht. Weliswaar is het de bedoeling dat de dwangbevoegdheden van de NMa worden uitgebreid met de bevoegdheid woningen te betreden zonder de toestemming van de bewoner, maar daartoe zal zij alleen kunnen overgaan na voorafgaande machtiging. De overweging dat afstemming met de Europese Commissie door een bestuursorgaan gemakkelijker geschiedt door een bestuursorgaan dan door een rechterlijke instantie heeft alleen maar aan belang gewonnen. Een nationale mededingingsautoriteit zal niet alleen moeten afstemmen met de Europese Commissie, maar zal deel uit gaan maken van een netwerk van de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten van de Europese Unie.

Deze leden hebben ook gevraagd welke voor- en nadelen aan de vervanging van het huidige «alles-in-één-hand-systeem» verbonden zouden zijn.

Naar ik heb begrepen wordt als voordeel van een splitsing van toezicht en onderzoek enerzijds en het opleggen van sancties anderzijds wel genoemd dat dit in lijn is met het beginsel van de scheiding der machten. Op zichzelf is dit juist. Bedacht moet echter worden dat in het «alles-in-een-hand-systeem» beroep dat tegen een boetebesluit wordt ingesteld, tot gevolg heeft dat besluit wordt opgeschort, totdat de bestuursrechter in tweede instantie op het beroep heeft beslist. Met andere woorden, ook in het huidige systeem behoeft de betrokken onderneming, als zij ervoor kiest beroep in te stellen in plaats van het boetebesluit van de NMa te aanvaarden, niet eerst de boete te betalen voordat de rechter in tweede instantie heeft beslist. Anderzijds kan een betrokken onderneming wanneer het opleggen van boetes aan de rechter zou worden opgedragen, niet meer afzien van voorlegging aan de rechter, en zal hij moeten wachten op diens oordeel. Bij splitsing van bevoegdheden zal de afhandeling van een inbreukprocedure dan meestal ook langer duren dan in het huidige systeem. Ook zou een systeem waarbij de rechter de boetes oplegt en die dus ook zelf moet motiveren, voor de rechter meer werk met zich kunnen brengen dan in het huidige systeem, waarin de rechter alleen een besluit van de NMa toetst. Verder is het de vraag, of het opleggen van een last onder dwangsom wel mogelijk zou zijn in een systeem waarin de rechter de boetes en dwangmaatregelen oplegt.

De leden van de PvdA-fractie hebben voorts gevraagd of overwogen zou kunnen worden strafoplegging en rechtspleging boven een bepaalde substantiële omvang wel neer te leggen bij de rechter, en ook om aan te geven hoe een dergelijke grens bepaald zou kunnen worden. Vanwege de eerdergenoemde argumenten zie ik ook geen aanleiding voor het neerleggen bij de rechter van de strafoplegging en rechtspleging boven een bepaalde grens. Overigens zou het bepalen van een zodanige grens vrij willekeurig zijn.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd wat het kabinet vindt van de duur van de bezwaar- en beroepsprocedures van de NMa, en hebben gevraagd naar maatregelen om deze procedures te versnellen. De NMa kent een bezwaarprocedure. Indien een partij het niet eens is met de beschikking die de NMa geeft na het bezwaar, kan zij beroep instellen bij de bestuurskamer van de rechtbank Rotterdam. De gemiddelde behandelingsduur van een bezwaar is zes maanden. Deze termijn is inclusief het horen van belanghebbenden, zoals voorgeschreven in de Awb. Het bezwaar op een sanctiebeschikking duurt langer wanneer daarbij het advies van de Bezwaar- en Adviescommissie (BAC) wordt ingewonnen. Dit advies vergt circa tien maanden. Hierbij zij aangetekend dat, zoals zojuist reeds is besproken, het instellen van bezwaar, net als van beroep, een opschortende werking heeft. Dit betekent dat de sanctiebeschikking van de NMa gedurende de duur van deze procedures niet wordt uitgevoerd. In dat licht bezien, is de duur van de bezwaarprocedure niet onredelijk lang. Het kabinet heeft in haar standpunt aangegeven dat partijen er in bepaalde gevallen voor kunnen kiezen de bezwaarprocedure over te slaan. Dat betekent dat direct bij de rechtbank Rotterdam beroep kan worden ingesteld tegen een beschikking van de NMa.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd of het kabinet de mening deelt dat het instellen van beroep tegen een sanctiebeschikking geen schorsende werking meer zou moeten hebben, zoals in procedures bij de Europese Commissie gangbaar is, en hebben tevens gevraagd of schorsende werking geen extra beroep en bezwaar kan uitlokken. Een beroep tegen een sanctiebeschikking van de Europese Commissie heeft inderdaad geen schorsende werking. Toch heeft het kabinet er in het kabinetsstandpunt niet voor gekozen de opschortende werking bij

instellen van bezwaar of beroep tegen een sanctiebeschikking van de NMa te laten vervallen. Het gaat hier immers om boetes met een potentieel bijzonder grote omvang. De kans is groot dat een onderneming in ernstige financiële problemen geraakt voordat helderheid ontstaat omtrent de vraag of de boetebeschikking stand zal houden. Bovendien zijn er op dit moment geen zwaarwegende redenen die noodzaken tot de inning van boetes voorafgaand aan een eventueel rechterlijk oordeel. Daarbij zij aangetekend dat de directeur-generaal van de NMa over de mogelijkheid beschikt om bij voorlopige voorziening een directe inning te verzoeken.

Het is niet uitgesloten dat het bestaan van schorsende werking extra beroep en bezwaar uitlokt. Dit argument is echter niet voldoende zwaarwegend om van schorsende werking af te zien.

Relatie met wetsvoorstel markt en overheid

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd naar de stand van zaken met betrekking tot het wetsvoorstel «markt en overheid» en de voorstellen die daarvoor in de plaats komen. Zij hebben tevens gevraagd wanneer een wetsvoorstel verwacht kan worden waarin gedragsregels voor de overheid worden vastgelegd in de Mededingingswet.

Het kabinet heeft op 12 februari jl. zijn standpunt over de heroverweging van het bestaande wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aangeboden (kamerstukken II, 2003/2004, 28 050, nr. 7). Dit standpunt houdt een alternatieve aanpak in van de problematiek van markt en overheid, bestaande uit het intrekken van het thans bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel markt en overheid en het opnemen van regels voor eerlijke concurrentie door overheden die als onderneming optreden in de Mededingingswet. Tevens zal nader onderzoek worden verricht naar de mogelijkheid en wenselijkheid regels op te nemen in de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot de besluitvorming over ondernemersactiviteiten door overheden. Het streven is rond de zomer het wetsvoorstel tot aanpassing van de Mededingingswet voor advies aan de Raad van State te doen zenden. Indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer zou dan tegen het einde van dit jaar kunnen plaats vinden.

De leden van de PvdA-fractie hebben tevens gevraagd om in te gaan op het aangekondigde onderzoek of via de Algemene wet bestuursrecht aanvullende eisen moeten worden gesteld aan een overheidsbesluit om als ondernemer te gaan opereren en op het aspect van rechtsbescherming daarbij.

Dit onderzoek is bedoeld om na te gaan wat de voor- en nadelen zijn om de beslissing van een overheidsorganisatie om als onderneming op de markt actief te worden aan te merken als een besluit op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het aanmerken van een dergelijke beslissing als besluit in de zin van de Awb biedt de mogelijkheid om aan die besluitvorming bepaalde kwaliteitseisen te stellen. Dit kunnen de eisen zijn die thans al staan in de Awb, dan wel aanvullende eisen die specifiek voor dit soort besluiten zouden moeten gelden. Hiermee kan ook de rechtsbescherming van belanghebbenden worden gediend. Echter ook moet in kaart worden gebracht of een dergelijke benadering hoge bestuurlijke lasten met zich brengt en wellicht kan leiden tot een ongewenste jurisdisering. Overigens zij hier nog eens vermeld dat het de verantwoordelijk is en blijft van de betrokken overheidsorganisatie om beslissingen te nemen over het al dan niet als onderneming op een markt actief te worden.

Naar aanleiding van de vraag van de leden van de PvdA-fractie of ook toezicht zal worden gehouden op de omgekeerde situatie, naar ik begrijp de situatie dat een overheidsorganisatie wil besluiten haar taken als

onderneming op een markt te beëindigen, merk ik op dat ook daarvoor de resultaten van het hiervoor genoemde onderzoek moeten worden afgewacht. Overigens geldt ook hier dat de keuze om niet (meer) als ondernemer op te treden aan de orde zal komen in het kader van de reguliere verantwoording over de taakuitvoering door de desbetreffende overheidsorganisatie.

De leden van de PvdA-fractie hebben voorts gevraagd wie toezicht houdt op de publieke taken van bestuursorganen in de zin van art. 1:1 Algemene wet bestuursrecht, en of deze taken niet zullen worden verricht door gepri vatiseerde of verzelfstandigde organisaties. Zij hebben tevens gevraagd dit laatste te relateren aan de verzelfstandiging van het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam.

Toezicht op de uitvoering van publieke taken is in het algemeen zo veel mogelijk bij of krachtens de wet geregeld. Het antwoord op de vraag wie toezicht houdt is afhankelijk van het op een organisatie concreet toepasselijke toezichtsarrangement. Dat geldt ook voor situaties waarin geprivatiseerde of verzelfstandigde organisaties een verantwoordelijkheid hebben voor het uitvoeren van een publieke taak. Ook dan dient steeds een voldoende mate van toezicht op die taakuitvoering te zijn gewaarborgd. Wat betreft het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam geldt dat dit bedrijf met instemming van het kabinet per 1 januari 2004 is omgevormd van een gemeentelijke tak van dienst tot een naamloze vennootschap en aldus is verzelfstandigd. De publieke taken ter waarborging van een veilige, efficiënte en milieuverantwoorde scheepvaart zijn hierbij opgedragen aan de (Rijks)havenmeester binnen het Havenbedrijf Rotterdam NV. De havenmeester heeft echter zelfstandige bevoegdheden en verantwoordelijkheden die hij in een afzonderlijke entiteit (Rotterdam Port Authority) – een zelfstandig onderdeel van het Havenbedrijf – uitvoert. Vooruitlopend op de voorgenomen wijziging van de Scheepvaartwet zijn hierover afspraken gemaakt in een convenant dat is gesloten tussen de Minister van Verkeer en Waterstaat, de gemeente Rotterdam, het Havenbedrijf Rotterdam NV en de havenmeester van Rotterdam. Uitgangspunt bij de uitvoering van het convenant is dat de Rijkshavenmeester over de uitoefening van zijn publieke taken alléén verantwoording schuldig is aan de Minister van Verkeer en Waterstaat, respectievelijk de burgemeester van Rotterdam, en niet aan de directie van het Havenbedrijf Rotterdam NV.

WAO

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd naar de mogelijke gevolgen van een eventuele private uitvoering van de WAO, en naar de criteria en randvoorwaarden die zouden moeten worden gesteld met het oog op een eventuele uitvoering van publieke taken in een private omgeving, in relatie tot de taken van de NMa. Voorts hebben zij gevraagd naar de gevolgen van een mogelijke private uitvoering van de WAO en WW met betrekking tot het eventueel ontstaan van een geprivatiseerde economische machtspositie.

De discussie over private uitvoering van de WAO is nog niet volledig afgerond. Definitieve uitspraken zijn daarom nog niet te doen. Wel kan in zijn algemeenheid worden gesteld dat de wetgever het speelveld bepaalt voor die private uitvoering alsmede de regels voor de borging van de publieke belangen in een private omgeving. Als deze regels de uitvoerende instanties vrijheid laten om als onderneming in de zin van de Mededingingswet op te treden, kan de NMa krachtens de Mededingingswet toezicht houden op het gedrag als onderneming. De regels die daarbij worden gesteld door de wetgever ter waarborging van publieke belangen zijn daarbij voor de NMa een gegeven. De NMa heeft in de vorm van artikel 24 Mededingingswet een instrument om op te treden tegen misbruik van een economische machtspositie, ook als die machtspositie

het gevolg is van privatisering. Een onderneming die over een economische machtspositie beschikt. Mogelijke vormen van misbruik zijn excessieve tarieven en discriminatie van afnemers. Hiertegen kan de NMa optreden. Indien dit generieke instrument onvoldoende wordt geacht, dan is sectorspecifieke regelgeving ter voorkoming van misbruik van economische machtspositie te overwegen. Vanwege de stand van de discussie kan ik hier op dit moment niet dieper op ingaan.

De leden van de PvdA-fractie wilden weten welke aanknopingspunten het rapport van de commissie-Cohen bood in relatie tot de taken van de NMa, en welke zaken uit dat rapport relevant zijn voor de NMa.

Het rapport uit 1997 van de MDW-werkgroep markt en overheid (de werkgroep Cohen) is de basis geweest voor een wettelijke aanpak van de problematiek van «markt en overheid». Het rapport van de werkgroep Cohen is het startpunt geweest voor de verdere discussie over markt en overheid. In het rapport werd aanbevolen om commerciële activiteiten van de overheid te verbieden, behoudens een viertal uitzonderingssituaties. Voor die uitzonderingssituaties zouden gedragsregels moeten gelden. In het rapport worden geen uitspraken gedaan over de vorm van toezicht en welke instantie dat zou moeten doen. Wel neigde de werkgroep naar een voorkeur voor een centrale onafhankelijke toezichthouder. De NMa past goed in dit profiel. Ook de Sociaal-Economische Raad heeft in zijn advies in 1999 over markt en overheid een duidelijke voorkeur uitgesproken voor de NMa als toezichthouder op de gedragsregels. Overigens verwijs ik naar hetgeen ik eerder in deze nota al heb aangegeven over de beoogde alternatieve aanpak van de problematiek inzake markt en overheid door middel van een afzonderlijk in procedure te brengen voorstel tot wijziging van de Mededingingswet.

Hoe kan de NMa waarborgen, zo hebben de leden van de PvdA-fractie gevraagd, dat er sprake is van een daadwerkelijke mogelijkheid om over te stappen en dat er sprake is van daadwerkelijke keuzevrijheid. Welke overstapflexibiliteit is nodig om tot marktwerking te komen, en onder welke voorwaarden kan marktwerking ontstaan, zo wilden zij weten. Ook hebben zij gevraagd of het mogelijk is om het pakket van aanbiedingen van verzekeraars te beperken, en daarmee dus mogelijke marktmacht, om marktwerking te bevorderen.

Het bieden van een daadwerkelijke mogelijkheid om over te stappen moet in de eerste plaats vanuit de markt zelf komen. Wel kan de NMa optreden tegen de marktpartijen als zij hun marktgedrag onderling coördineren teneinde bestaande marktaandelen te behouden. Het in onderlinge afstemming beperken van overstapmogelijkheden zou door de NMa aangepakt kunnen worden. Daarnaast kan sectorspecifieke regelgeving het overstappen naar alternatieve aanbieders faciliteren, zoals het geval is in de telecommunicatie- en de energieregelgeving. De vraag welke overstapflexibiliteit nodig is laat zich niet in algemene zin beantwoorden. Dit is sterk afhankelijk van het type product. Dit is bijvoorbeeld voor markten op het gebied van telecommunicatie, ziektekostenverzekeringen of hypotheekverschillen. Optimale marktwerking is mogelijk op een markt met meerdere aanbieders en vragers. Zij komen met elkaar tot de meest efficiënte allocatie van middelen. Als er niet voldoende marktprikkels zijn zullen deze via generieke mededingingsregels (bijvoorbeeld bij een economische machtspositie) of sectorspecifieke regels (bijvoorbeeld bij een wettelijk monopolie) moeten worden aangevuld. Tegen beperking van de mededinging welke het gevolg is van coördinatie van het marktgedrag door de aanbiedende partijen kan, zoals eerder is opgemerkt, door de NMa worden opgetreden. Marktwerking kan het beste worden gestimuleerd door het vergroten van marktprikkels en niet door op het aanbod te sturen. Aanbodsturing maakt het aanbod star en zorgt ervoor dat niet aan de behoeften van consumenten kan worden voldaan.

In welke mate, zo hebben de leden van de PvdA-fractie gevraagd, is er een spanning tussen toename van administratieve lasten voor opdrachtgevers in relatie tot het bevorderen van het aantal marktpartijen? Welke positie kiest de NMa hierin?

Van administratieve lasten is sprake als een onderneming kosten moet maken om te voldoen aan informatieverplichtingen voortvloeiend uit wet- en regelgeving van de overheid. Het gaat om het verzamelen, bewerken, registreren, bewaren en ter beschikking stellen van informatie. Dit is niet per se gekoppeld aan een groter aantal opdrachtnemers, maar is afhankelijk van de wettelijke voorschriften. Wel kan een toename van het aantal opdrachtnemers leiden tot hogere transactiekosten bij de opdrachtgevers. Dit moet dan worden afgewogen tegen de baten die de concurrentie tussen opdrachtnemers oplevert in de vorm van kostenefficiëntie en meer innovatie. Bij het vormgeven van het nieuwe stelsel zal hiermee rekening worden gehouden. Voor de NMa ligt hier geen specifieke taak.

Slotopmerkingen

De PvdA vraagt hoe groot de economische schade als gevolg van kartels en machtsmisbruik in Nederland is, hoe de omvang van deze schade wordt gemeten, en of het juist is dat de schade van kartels en machtsmisbruik tussen 1996 en 2000 zo'n 55 miljard dollar bedroeg.

Het bedrag van 55 miljard dollar is eerder genoemd tijdens de hoorzitting over de evaluatie van de Mededingingswet van 22 januari jl., waar prof. F. Vogelaar verwees naar recente rapporten van de OESO, met name het OESO rapport «Harm caused by hard-core cartels» uit 2002. Dit bedrag heeft slechts betrekking op 16 gerapporteerde grote kartelzaken. Ik onderstreep dat het zeer moeilijk is de economische schade als gevolg van kartels of misbruik van machtspositie te kwantificeren. Het vergt een vergelijking tussen de huidige marktsituatie onder het kartel en/of misbruik met die welke zou bestaan in een hypothetische concurrentiële markt. Bij de meest eenvoudige benadering wordt een schatting gemaakt van het product van de prijsopdrijving door het kartel boven de marktprijs maal de door de kartelovereenkomst of het misbruik geschade handel (in eenheden). Reeds hierbij is een complicatie dat geschat moet worden hoe hoog de prijsopdrijving is en hoe groot de handelsschade is.

Kan nader worden ingegaan op de uitspraken van de directeur-generaal van de NMa in de Volkskrant van 4 februari jl., over topbestuurders die zich niet mogen verschuilen achter het middenmanagement, zo hebben de leden van de PvdA-fractie gevraagd. Ook hebben zij gevraagd wat er gebeurt als het middenmanagement op eigen gezag handelt en de topbestuurders hier geen weet van hebben. Ik ben van mening dat ook topbestuurders duidelijk aangesproken moeten kunnen worden op hen toerekenbare overtredingen van de wet. In het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Mededingingswet is dan ook aangegeven dat de NMa de bevoegdheid dient te hebben om een boete op te leggen aan zowel opdrachtgever als feitelijk leidinggevende van een overtreding van de Mededingingswet.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd wat verstaan moet worden onder het «zorgen voor een zodanige infrastructuur dat iedereen ervan doordrongen is dat zij zich aan het mededingingsrecht te houden hebben», en hoe voor een dergelijke infrastructuur gezorgd kan worden. Genoemde zinsnede komt niet voor in het kabinetsstandpunt met betrekking tot de evaluatie van de Mededingingswet, en in die zin kan ik hier dus geen reactie op geven. Mijn voorgenomen aanpassingen in het mededingingsbeleid zijn in dat standpunt aangegeven.

Kan de regering een nadere toelichting geven op de onderzoeksmethode van Berenschot, waarbij de conclusie getrokken werd dat het kartelverbod nageleefd werd op basis van navraag bij de brancheorganisaties, zo hebben de leden van de PvdA-fractie gevraagd. Is dit een goede onderzoeksmethode?

De conclusies van Bureau Berenschot bevatten indicaties over de mate waarin de Mededingingswet wordt nageleefd. De gebruikte onderzoeksmethodes (veelal interviews) zijn daarvoor een geschikte methode. In het syntheserapport van de evaluatie concludeert Berenschot dat sprake is van een substantiële mate van vrijwillige naleving van de Mededingingswet. Het bureau tekent daar expliciet bij aan dat over de precieze mate waarin hiervan sprake is op basis van het onderzoek geen harde uitspraken kunnen worden gedaan. Desalniettemin duiden de onderzoeksresultaten erop dat met name grotere organisaties zich meer bewust zijn van de inhoud van de Mededingingswet. Zij verstrekken steeds minder volgens de Mededingingswet verboden adviezen en houden steeds meer rekening met de in de Mededingingswet gestelde randvoorwaarden aan erkenningsregelingen.

Een andere belangrijke indicatie voor de mate van naleving is dat de meeste samenwerkingsafspraken binnen het MKB ongeschonden de toets van het mededingingsrecht doorstaan. Uit verschillende deelrapporten van de evaluatie komt naar voren dat het bedrijfsleven zich bewuster is geworden van wat wel en niet meer is toegestaan onder de Mededingingswet. Geïnterviewde marktpartijen hebben meerdere malen gewezen op een «cultuuromslag» die heeft plaatsgevonden in het bedrijfsleven. Overigens tekent Berenschot hierbij aan dat juist in sectoren waarin een sterke traditie heerst van samenwerking, er niet altijd de neiging bestaat om spontaan de bepalingen uit de Mededingingswet na te leven. De ervaringen in de bouwnijverheid onderstrepen deze aantekening.

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst