

Vergaderjaar 2004–2005

30 071

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

Nr. 5

VERSLAG

Vastgesteld 8 augustus 2005

De vaste commissie voor Economische Zaken¹ belast met het voorbereidend onderzoek van bovenstaand wetsvoorstel, heeft de eer als volgt verslag uit te brengen van haar bevindingen.

Onder het voorbehoud dat de regering de vragen en opmerkingen in dit verslag afdoende zal beantwoorden, acht de commissie hiermee de openbare behandeling van het voorstel van wet voldoende voorbereid.

Inhoudsopgave

blz.

1. Algemeen	1
2. Concentratietoezicht	4
3. Sanctionering	8
4. Procedures	11

1. Algemeen

¹ Samenstelling:

Leden: Crone (PvdA), Bakker (D66), Hofstra (VVD), voorzitter, Schreijer-Pierik (CDA), onder-voorzitter, Atsma (CDA), Timmermans (PvdA), Vendrik (GL), Ten Hoopen (CDA), Weekers (VVD), Slob (CU), Van den Brink (LPF), Kortenhorst (CDA), Hessels (CDA), Gerkens (SP), Van Velzen (SP), Varela (LPF), Algra (CDA), Aptroot (VVD), Blom (PvdA), Smeets (PvdA), Douma (PvdA), De Krom (VVD), Heemskerk (PvdA), Van Dam (PvdA), Dezentjé Hamming-Bluemink (VVD), Jonker (CDA) en Jungbluth (GL).
Plv. leden: Tichelaar (PvdA), Dittrich (D66), Örgü (VVD), De Nerée tot Babberich (CDA), Van Hijum (CDA), Koenders (PvdA), Duyvendak (GL), Joldersma (CDA), Van Egerschot (VVD), Van der Vlies (SGP), Hermans (LPF), Verburg (CDA), Van Vroonhoven-Kok (CDA), Vacature (SP), De Ruiter (SP), Van As (LPF), De Haan (CDA), Blok (VVD), Samsom (PvdA), Van Dijken (PvdA), Van Heteren (PvdA), Snijder-Hazelhoff (VVD), Tjon-A-Ten (PvdA), Waalkens (PvdA), Szabó (VVD), Van Dijk (CDA) en Van Gent (GL).

Met het voorstel tot wijziging van de Mededingingswet geeft de Minister uitvoering aan het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de integrale evaluatie van de Mededingingswet. Tot spijt van de leden van de CDA-fractie vormt dit wetsvoorstel geen integrale benadering. Dit komt in de eerste plaats omdat de minister (nog) niet bereid is een aantal problemen door middel van wetswijzigingen op te lossen. Deze knelpunten variëren van inkoopmacht, verkoop met verlies en een zwakke positie van de consument tot centrale problemen als de gebrekkige scheiding tussen enerzijds beleid en anderzijds toezicht en handhaving. In de tweede plaats kiest de minister ervoor om de uitbreiding van onderzoeksbevoegdheden van de NMa in een afzonderlijk wetsvoorstel te regelen. Dit bevreemdt de leden van de CDA-fractie, want al uit de bevindingen van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid blijkt dat de bevoegdheid om woningen binnen te treden van groot belang is voor een effectieve handhaving door de NMa. Waarom neemt de minister de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden in een afzonderlijk wetsvoorstel op?

Voor de leden van de CDA-fractie is de op termijn onontkoombare uitbreiding van de bevoegdheden van de NMa aanleiding om de minister vragen

te stellen over twee centrale discussies. De eerste is die over de scheiding tussen beleid en uitvoering en de ZBO-status van de NMa. De belangrijkste reden voor de verzelfstandiging van de NMa is dat beslissingen in individuele gevallen geen onderdeel van politieke besluitvorming dienen te zijn. Deze leden onderschrijven dit uitgangspunt, maar twijfelen sterk aan de haalbaarheid van een scheiding tussen beleid en uitvoering. De Mededingingswet bevat open normen, die voor deel pas door middel van besluiten in individuele gevallen ingevuld (kunnen) worden. Het systeem biedt de minister bovendien de mogelijkheid om via de achterdeur toch invloed op de besluitvorming van de NMa uit te oefenen. De minister is immers verantwoordelijk voor het benoeming- en ontslagbeleid van het bestuur van de NMa en ook medewerkers zijn in dienst van de minister van Economische Zaken. Zullen zij de hand die hen voedt werkelijk bijten? Vanwege de bezwaren die kleven aan de figuur van de ZBO voor de NMa en de wens om beslissingen in individuele gevallen buiten het politieke circuit te nemen bepleitten de leden van de CDA-fractie eerder een andere oplossingsrichting. Deze leden kiezen voor een duidelijke organisatorische scheiding van beleid en toezicht in plaats van een beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid. De minister van Economische Zaken blijft volgens dit voorstel verantwoordelijk voor het mededingingsbeleid, maar de minister van Justitie wordt verantwoordelijk voor het toezicht en de handhaving. Door de NMa onder te brengen bij de minister van Justitie wordt een politiek-beleidsmatig waardevrije omgeving gegarandeerd. Binnen het ministerie van Justitie spelen immers politiek-beleidsmatige vragen op het gebied van marktwerking geen enkele rol. De cultuur van dit ministerie is gericht op (waardevrij) toezicht en handhaving, op naleving van de wet. Het functioneren van het openbaar ministerie is wat dit betreft illustratief.

De minister van Economische Zaken noemde dit voorstel eerder «fataal». De door hem toegezegde brief met een inhoudelijke reactie laat al maanden op zich wachten. Welke inhoudelijke argumenten heeft de minister voor zijn standpunt?

De tweede centrale discussie betreft het «alles-in-één-handstelsel». De NMa is op dit moment verantwoordelijk voor opsporing, vervolging, strafoplegging en rechtspleging in eerste aanleg. De NMa kan dus straffen opleggen zonder tussenkomst van de rechter. De leden van de CDA-fractie menen dat er bij de oplegging van sancties in het algemeen evenwicht moet zijn tussen doelmatigheid en rechtswaARBorgen. Bij lichte sancties zoals lage boetes kan doelmatigheid voorop staan, maar alleen onafhankelijke rechters mogen zware sancties opleggen. De vraag dringt zich op waar de grens ligt. Het onderhavige wetsvoorstel voegt aan het bestaande sanctie-instrumentarium persoonlijke straffen voor feitelijk leidinggevenden, structurele maatregelen en boetes voor leden van ondernemersverenigingen toe. Bovendien wordt er weer een aantal boetes verhoogd, dit keer voor overtreding van de concentratieregels. Het is duidelijk dat de sancties in de Mededingingswet qua soort én zwaarte een evolutie doormaken, die nog niet ten einde is gekomen. Andere landen met een langere mededingingstraditie bieden ons waarschijnlijk een blik op de toekomst. Een deel van die landen kent de mogelijkheid om leidinggevenden een aantal jaren te verbieden om bestuursfuncties uit te oefenen (de *director disqualification*), een ander deel meent dat gevangenisstraffen een passende sanctie zijn. Bij welke type sancties hoort volgens de Minister een strafrechtelijke benadering, waarbinnen niet de NMa, maar uitsluitend de onafhankelijke rechter sancties kan opleggen?

Uit het wetsvoorstel blijkt naar de mening van de leden van de CDA-fractie dat de minister het geen probleem vindt dat de NMa bestuurders die de Mededingingswet overtreden kan opsporen, vervolgen en

voor maximaal 450 000 Euro beboeten. Als de Mededingingswet op enig moment de *director disqualification* kent, zou de NMa die sanctie dan moeten kunnen opleggen, of moet er naar de mening van de Minister een onafhankelijke rechter aan te pas komen? Wat is zijn antwoord op dezelfde vraag als het gaat om gevangenisstraffen?

Zijn de «*Chinese Walls*» – de interne scheiding van de verschillende taken binnen de NMa – in de visie van de minister werkelijk een serieuze waarborg voor onafhankelijkheid en objectiviteit en daarmee een alternatief voor sanctieoplegging door de onafhankelijke rechter?

De leden van de VVD-fractie hebben kennisgenomen van het wetsvoorstel. Over verschillende onderwerpen hebben zij vragen. Zo hebben deze leden twijfels over de huidige functiescheiding binnen de Nma. De praktijk wijst uit dat de huidige formele maar interne scheiding van de verschillende taken binnen de NMa, als vermeende waarborg tegen de negatieve effecten van het alles-in-één-handstelsel niet altijd even goed functioneert. Dat is ook logisch; iedereen werkt immers voor dezelfde organisatie. Wat zouden de gevolgen zijn in de ogen van de minister van afstappen van alles-in-één-handstelsel? In hoeverre zou dit de autoriteit van de Nma goeddoen? Kan de Minister tevens aangeven wat het gangbare systeem van handhaving is in overige Europese landen zoals Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk?

Deze leden vragen of de minister een overzicht kan geven van welke taken bij het Ministerie behoren en welke taken bij de toezichthouder. Acht de minister deze verdeling wenselijk? Wordt op dit moment voldaan aan de criteria die deze minister toepast op andere terreinen van scheiding toezicht en beleid?

Waarom wordt geen duidelijke scheiding aangebracht door tussen opsporing en vervolging door de NMA en het opleggen van boetes door de rechter? Hiermee ontstaat naar de mening van deze leden zekerheid van objectieve strafoplegging en wordt de schijn van afhankelijkheid van een organisatie weggenomen.

Ondanks dat het logisch is dat de problematiek van de wet markt en overheid niet wordt meegenomen in de evaluatie van de bestaande mededingingswet, betreuren de leden van de VVD-fractie het gebrek aan daadkracht van de minister op dit punt. De problematiek van de wet markt en overheid stamt al uit 1994 en is actueler dan ooit. Kan de minister het precieze traject schetsen van de voorgenomen beleidsregels?

De leden van de VVD-fractie ontvangen veel signalen dat de reikwijdte van de mededingingswet onduidelijk is. Met name brancheverenigingen blijken hier last van te hebben. Erkent de minister dit probleem en zo ja hoe denkt hij dat te gaan oplossen?

De leden van de VVD-fractie vragen of de Mededingingswet van toepassing is op de watersector. Artikel 3p van de Waterleidingwet heeft een mededingingsrechtelijk karakter. Hoe staat de minister in het licht daarvan ten opzichte van toezicht door de NMa op de waterleidingsector? Acht de minister gemeenten in staat tot uitoefenen van adequaat mededingingsrechtelijk en financieel-economisch toezicht op waterleidingbedrijven? Zo ja, hoe beoordeelt de minister de huidige rol van de NMa in het toezicht op gemeentelijke gasdistributiebedrijven? Deze leden vragen hoeveel het toezicht door de NMa op naleving van art. 3p van de Waterleidingwet per jaar kost. Wat zijn de kosten van de benchmark die de sector zelf uitvoert? In hoeverre zijn gegevens over kosten van het toezicht op de watersector in het Verenigd Koninkrijk representatief voor de Nederlandse situatie als rekening wordt gehouden met factoren als de omvang van de markt en met het gegeven dat het Britse toezicht zich ook uitstrekt tot waterzuivering en transport van afvalwater?

Deze leden vragen voorts of de minister efficiencywinst in de watersector als netwerksector wenselijk en nodig acht. In hoeverre zijn gegevens uit

de benchmark van de sector objectief en betrouwbaar? Welke efficiencywinst acht de minister haalbaar? Hoe wordt verzekerd en gewaarborgd dat efficiencywinsten uit de watersector daadwerkelijk ten goede komen aan de consument? In welke mate biedt het thans voorziene toezichtarrangement daarvoor voldoende waarborgen?

De leden van de SP-fractie hebben met interesse kennis genomen van het wetsvoorstel. Deze leden vragen hoe de regering het gevaar ziet van het ontbreken van de checks en balances bij de toekomstige bevoegdheden van de NMa. Deze leden vrezen dat de NMa teveel instrumenten in één hand krijgt als gevolg van de wetwijziging. Hoe denkt de regering dit gevaar te kunnen tackelen?

De leden van de SP-fractie begrijpen de wens de rechterlijke macht te ontzien, maar vragen zich af of dit niet deels te voorkomen en op te lossen is door bijvoorbeeld de NMa toe te staan schikkingen te treffen in bepaalde gevallen. Deze leden zijn er voorstander van een duidelijkere scheiding aan te brengen tussen opsporing en uitvoering enerzijds en beleidsvorming anderzijds. Wat deze leden betreft moet de beleidsvorming door de minister gemaakt worden en door de Kamer getoetst. Kan de regering duidelijk uiteenzetten waarom niet is gekozen voor een dergelijke duidelijke scheiding?

Waarom is er geen bagatelbepaling opgenomen in de wetwijziging, zo vragen de leden van de SP-fractie. Hoe denkt de regering het probleem van de inkoopmacht te kunnen voorkomen? Is de regering van mening dat door middel van gedrageregels voor overheden de problematiek van de Markt en Overheid opgelost kan worden door deze wijziging van de wet?

De leden van de D66-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van bovengenoemd wetsvoorstel. Het voorstel heeft tot doel om de effectiviteit en de doelmatigheid van de mededingingswet te verbeteren en deze beter te laten aansluiten bij de Europese wet- en regelgeving. Het hoeft geen nadere uitleg dat deze leden positief staat tegenover het doel van het wetsvoorstel. Eerlijke concurrentie is essentieel voor een gezonde markt. Goede wetgeving en toezicht op de mededinging zijn een belangrijke waarborg voor een goed ondernemingsklimaat. Dat neemt niet weg dat de leden nog wel vragen hebben over de maatregelen die genomen worden om dat doel te bereiken. Zo hebben deze leden vragen over ondermeer de uitbreiding van de sanctiebevoegdheden, de beroep- en bezwaarmogelijkheden en het «toezicht op het toezicht».

Met het wetsvoorstel worden de handhavingsbevoegdheden en sanctiemogelijkheden uitgebreid. Om die reden neemt het belang van het «toezicht op het toezicht» alleen maar toe. De leden van de D66-fractie zien graag uiteengezet hoe dit toezicht is geregeld en of dit afdoende gedacht wordt, gezien de uitbreiding van de handhavingsmogelijkheden als gevolg van dit wetsvoorstel.

Deze leden zouden graag inzicht krijgen in alle kanttekeningen van de NMa over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het wetsvoorstel, evenals de reactie van het kabinet hierop.

2. Concentratietoezicht

Inkoopmacht en de bagatelvrijstelling

De leden van de CDA-fractie onderscheiden twee situaties waarvoor de Mededingingswet een oplossing zou moeten bieden. In de eerste is er sprake van gedragingen die ongewenst en daarom verboden zijn. Een voorbeeld van deze categorie zijn prijsafspraken. In de tweede situatie is het gedrag op zich niet ongewenst, maar leidt een min of meer natuurlijk proces (van marktwerking) tot maatschappelijk onwenselijke uitkomsten. Een voorbeeld vormen bedrijven met een economische machtspositie aan

de vraagkant van de markt (inkoopmacht), die zich onafhankelijk van (kleine) leveranciers kunnen gedragen. Een ander voorbeeld vormt verkoop met verlies.

De minister schrijft in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet dat het onderzoek van MKB-Nederland naar inkoopmacht «geen indicaties over de omvang» van de problematiek bevat. Deze leden menen dat het op de weg van de minister ligt om de omvang van deze problematiek vast te stellen. Het visiedocument van de NMa heeft het karakter van een college mededingingsrecht. Waarom heeft de minister nooit empirisch onderzoek naar inkoopmacht willen doen? Deze leden menen met MKB Nederland, VNO-NCW en LTO Nederland dat inkoopmacht een onderschat probleem is. Door de internationale trend van schaalvergroting ontstaan steeds grotere bedrijven. Die bedrijven opereren echter niet alleen op de mondiale en Europese markt, maar ook op nationale, regionale en lokale markten. Op die markten raakt het midden- en kleinbedrijf – al dan niet in de rol van leverancier – in toenevende mate in de knel, wat tot gevolg heeft dat de fijnmazige distributiestructuur kapot wordt gemaakt. Dat heeft allerlei onwenselijke gevolgen op het sociale vlak. De veiligheid neemt af, de werkeloosheid stijgt en ouderen zijn vanwege de grotere reisafstand niet langer in staat om zelf inkopen te doen. De minister stelt dat vanuit de Mededingingswet en de NMa met name relevant is «in hoeverre inkoopmacht leidt tot negatieve welvaartseffecten voor consumenten». De NMa is in haar visiedocument inkoopmacht explicieter: «Evenmin is relevant of partijen de markt (zouden moeten) verlaten» (pagina 24). Acht de minister het omvallen van ondernemingen irrelevant voor de mededinging? Leiden faillissementen niet tot afname van de concurrentie, waardoor op termijn (regionale en lokale) oligopolies en monopolies kunnen ontstaan? Is de maatschappelijke functie van het midden- en kleinbedrijf een relevante factor bij de bepaling van de mededingingsrechtelijke positie van het midden- en kleinbedrijf, of is de optiek van de minister «eng-economisch»? Verschillende Europese landen hebben oog gehad voor de zwakke positie van MKB-bedrijven tegenover dominante vragers. Onder meer Frankrijk en Spanje werken met het begrip «misbruik van economische afhankelijkheid». Het Duitse mededingingsrecht kent het begrip «relatieve marktmacht». Kan de minister een beschrijving van deze regelingen geven? Waarom zijn deze regelingen volgens de minister een goede of slechte manier om met inkoopmacht om te gaan, zo vragen deze leden.

De leden van de CDA-fractie zijn met de SER voorstander van verruiming van de bagatelvrijstelling door de Europese systematiek van de zogeheten «de minimis-bekendmaking» over te nemen. Deze regeling zondert afspraken uit van het kartelverbod als de betrokken bedrijven bij horizontale en verticale afspraken een marktaandeel van niet meer dan 10 respectievelijk 15 procent hebben. In verband met het probleem inkoopmacht zou het goed zijn om ook prijsafspraken toe te staan. Dat zou betekenen dat kleine leveranciers verkoopcombinaties kunnen vormen, waarmee ze gezamenlijk onderhandelingsmacht (*countervailing power*) kunnen opbouwen die in balans is met die van de grote onderneming. De minister gebruikt het uitgangspunt dat de Mededingingswet zoveel mogelijk moet aansluiten op de Europese mededingingsregels in de memorie van toelichting herhaaldelijk als argument voor een bepaalde keuze. Al ten tijde van de totstandkoming van de huidige Mededingingswet was er in brede kring kritiek op de krappe bagatel (zie voor een overzicht: Van ordening naar marktwerking, Biesheuvel e.a., 1996, pag. 40–43). Naar de mening van de leden van de CDA-fractie bestaat die kritiek nog steeds. Welke zwaarwegende argumenten heeft de minister om, de breed gedeelde kritiek ten spijt, bij de vormgeving van de bagatel toch af te wijken van zijn standpunt dat de Mededingingswet aan dient te sluiten op de Europese regels? MKB-Nederland is van mening dat

kleine ondernemers in staat zijn om een inschatting te maken van hun marktaandeel. Als de minister dit standpunt van de vertegenwoordiger van het midden- en kleinbedrijf over het midden- en kleinbedrijf niet deelt, waar baseert hij zich dan op?

Ook de leden van de VVD-fractie hebben nog een aantal vragen over de eventuele verruiming van de bagatelbepaling. Het is hen niet duidelijk op basis van welke criteria de minister het advies van de SER naast zich neerlegt. Waarop baseert de minister zich wanneer hij stelt dat de bagatelbepaling niet dient te worden verruimd? Acht de Minister het wenselijk op dit punt een kosten-baten analyse te laten uitvoeren?

Kan de minister tevens aangeven wat de voor- en nadelen zijn van het marktaandeelcriterium? In hoeverre wijkt Nederland hierin af van andere Europese landen?

Waarom wordt de bagatelbepaling niet verruimd tot bepaalde markt-aandelen?

De leden van de VVD-fractie erkennen de lastige problematiek van de inkoopmacht. Maar zij constateren wel een discrepantie tussen de manier waarop de Minister en de toezichthouder aankijken tegen inkoopmacht en verkoopmacht. Met name in verzekeringsmarkten, of andere markten waarin eenvoudig toetredingsbarrières kunnen worden opgeworpen, is inkoopmacht een probleem. Erkent de minister dat inkoopmacht in dergelijke markten een probleem kan vormen in termen van welvaartverliezen? In hoeverre heeft de Nma voldoende onderzoeksbevoegden om dit probleem te kunnen oplossen? Zou de minister in zijn antwoord tevens kunnen ingaan in de ook door hem zelf geschetste problematiek van artikel 24?

Kan de minister tevens aangeven wat de precieze verschillen zijn tussen inkoopmacht en verkoopmacht in termen van de mededingingswet? Waarom is hier zo bewust voor gekozen?

Verkoop met verlies

De constatering dat het midden- en kleinbedrijf als gevolg van de trend van schaalvergroting in toenemende mate in de knel raakt betreft naast leveranciers ook de kleine concurrenten van grote bedrijven. De leden van de CDA-fractie menen dat consumenten profiteren van een harde en faire concurrentiestrijd, maar verkoop met verlies verdient dat predikaat niet. Dit standpunt sluit aan bij de uitvoerige Europese jurisprudentie over *predatory pricing* ofwel rooftprijzen, waar het Akzo-arrest (HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86) een voorbeeld van is. Het Hof van Justitie heeft in die uitspraak aangegeven dat het aanbieden van producten beneden de gemiddelde variabele kosten in beginsel misbruik oplevert.

Een bevestiging of zelf aanscherping van de Europese lijn vormt de beschikking van de Staatssecretaris van Economische Zaken en de minister van Landbouw en Visserij in de Haarlemse Broodoorlog (Haarlems Brood, Stcr. 1960, 12). In deze beschikking werd de verkoop van brood onder een bepaalde prijs door ondernemingen met een economische machtspositie in strijd met het algemene belang geoordeeld, omdat het voortbestaan van concurrerende bakkers ernstig in gevaar kwam, zo memoreren de leden van de CDA-fractie.

Wat is naar de mening van de minister de betekenis van deze beschikking voor de huidige mededingingsrechtelijke grenzen aan verkoop met verlies? De minister heeft de NMa per brief gevraagd of er aanleiding is om een onderzoek te starten naar overtreding van het verbod op misbruik van economische machtspositie door ondernemingen die in het kader van de prijzenslag in de supermarktbranche met verlies verkopen. Wanneer

verwacht de minister het antwoord van de NMa? Waarom zal de NMa dat onderzoek wel of niet starten?

De leden van de CDA-fractie constateren dat de huidige regels en jurisprudentie met betrekking tot verkoop met verlies onvoldoende zijn om verkoop met verlies daadwerkelijk tegen te gaan. Naast een eventueel onderzoek door de NMa op basis van de huidige regels zijn deze leden daarom voorstander van een wettelijk verbod op verkoop met verlies. Bij de behandeling van de begroting van het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit heeft de Kamer de motie Atsma (29 800, 14, nr. 38) aangenomen. In deze motie verzoekt de Kamer de regering te onderzoeken wat de belangrijkste effecten zijn (geweest) van wetgeving in verschillende Europese landen die verkoop onder de inkoopprijs tegen gaat. Ook wordt de regering verzocht onderzoek te doen naar de haalbaarheid van de introductie van vergelijkbare wetgeving in Nederland en die analyse te betrekken bij de wijziging van de Mededingingswet. Is dit onderzoek afgerond? Deze leden rekenen erop dat het onderzoek conform de in de motie uitgesproken wens bij de beantwoording van deze vragen betrokken wordt.

Super complaint

Een ander onderwerp wat naar de mening van de leden van de CDA-fractie niet terugkomt in het wetsvoorstel is de *super complaint*. Consumentenorganisaties zoals de Consumentenbond voldoen in een deel van de zaken niet aan artikel 1:2 lid 3 van de Algemene Wet Bestuursrecht, omdat de statutaire doelstelling te ruim is gezien het belang dat zij in de desbetreffende zaak behartigen. Vanwege dit probleem heeft de SER (een negatief) advies uitgebracht over de *super complaint*. Deze leden zijn van mening dat consumenten de primaire doelgroep zijn van de Mededingingswet en vinden een *super complaint* daarom, mits aan een aantal randvoorwaarden voldaan wordt, een logische figuur. Door consumentenorganisaties een formele rol te geven kan de prioritering van de NMa verbeteren.

In het kabinetsstandpunt staat een summiere bespreking van enkele tegenargumenten. Kan de minister de voor- en nadelen van een helder gedefinieerde *super complaint* duidelijk omschreven? In theorie kan de *super complaint* tot een groot aantal klachten leiden, waardoor de effectiviteit van de NMa afneemt. De leden van de CDA-fractie vragen wat de minister wat dit betreft verwacht en hoe dit nadeel ondervangen zou kunnen worden.

Taakverdeling NMa-EC

De leden van de PvdA-fractie vragen hoe de taakverdeling is geregeld tussen de NMa en de Europese Commissie ten aanzien van mededingingszaken. Welke gevallen worden door de NMa behandeld en welke door de EC, en welke door beide? Is inmenging denkbaar van de Europese Commissie ten aanzien van typisch Nederlandse arrangementen, zoals woningcorporaties, ziekenfondsen en de publieke omroep? Is denkbaar dat de EC zich bezig zou kunnen gaan houden met subsidieverstrekking aan Artis en Blijdorp, waarbij de subsidiëring als een vorm van staatssteun zou kunnen worden gezien? Hoe vindt afstemming plaats tussen EC en de NMa ten aanzien van prioriteitstelling bij onderzoek naar naleving van de mededingingswetgeving bij dergelijke hybride organisaties (tussen markt en overheid)?

Combinatievrijstelling

De leden van de PvdA-fractie vragen voorts of de regering kan ingaan op

de diverse rapporten die zijn verschenen over de combinatievrijstelling (art. 15 Mw) van Cap Analys, de Parlementaire Enquête Commissie en SEO. Welk standpunt zal de regering innemen ten aanzien van de toekomst van de combinatieregeling? Hoeveel van dergelijke combinaties worden er jaarlijks gevormd? Hoeveel formatieplaatsen zou het de NMa kosten om alle combinatieregelingen vooraf te toetsen, bijvoorbeeld op grond van art. 6 lid 3? Of kan de NMa aparte richtsnoeren opstellen, die bedrijven duidelijkheid moeten geven over de toelaatbaarheid van bepaalde combinaties?

Materiële criterium

De leden van de fractie van D66 vragen in hoeverre het aanpassen van het materiële criterium, waaraan de toelaatbaarheid van concentraties getoetst wordt, aan nieuwe Europese regelgeving mogelijk gevolgen heeft voor toekomstige fusies in de energiesector. In het verleden zijn fusies van Nederlandse energiebedrijven afgewezen. Is het mogelijk dat dezelfde fusies met het aangepaste materiële criterium wel toelaatbaar worden geacht?

Deze leden staan positief tegenover de invoering van een regeling die voorkomt dat ongezien concentraties gevormd worden als gevolg van opeenvolgende kleinere transacties.

3. Sanctionering

Opleggen van boete aan opdrachtgever of feitelijk leidinggevende

De leden van de CDA-fractie memoreren dat in het wetsvoorstel de mogelijkheid wordt geïntroduceerd om degene die opdracht heeft gegeven tot overtreding van de Mededingingswet of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven, een maximumboete van 450 000 Euro op te leggen. Naar de mening van deze leden wekt de minister met zijn reactie op het advies van de Raad van State de indruk niet te geloven dat individuen de financiële consequenties van een boete zelf ondervinden, omdat ondernemingen de bestuurders kunnen vrijwaren of de boete kunnen vergoeden. Desondanks kiest de Minister er tot verassing van deze leden niet voor om een wettelijke bepaling op te stellen die vrijwaring en (directe of indirecte) vergoeding door de onderneming verbiedt. Is de minister bereid om alsnog een dergelijke bepaling op te nemen? Met een dergelijke bepaling is nog steeds niet uitgesloten dat bedrijven toch zullen proberen om beboete bestuurders (indirect) te compenseren. Deze leden vragen in hoeverre de minister er in dat geval op vertrouwt dat de commissarissen en aandeelhouders hun rol naar behoren invullen, zoals de commissie Tabaksblad voor ogen had.

De minister voert ter onderbouwing van de keuze voor persoonlijke boetes rapporten van de OESO aan. Professor W.P.J. Wils stelde op 9 juni jl. tijdens een openbaar rondetafelgesprek in de Tweede Kamer dat de OESO geen algemeen pleidooi voor persoonlijke boetes heeft gehouden. Hij meent dat persoonlijke straffen alleen voor geheime prijs- of marktverdelingsafspraken (hardcore kartels) opgelegd moeten kunnen worden. De leden van de CDA-fractie vragen of de minister de analyse onderschrijft dat ondernemingen van bepaalde overtredingen van de Mededingingswet meer profijt hebben dan van andere, terwijl ook de pakkans niet voor elke categorie hetzelfde is. Waarom heeft de Minister desondanks niet voor maatwerk binnen het sanctie-instrumentarium gekozen?

De leden van de PvdA-fractie vragen hoe de toetsing is geregeld van de 2e en 3e meldingen in het kader van het clementieprogramma. Hoe kan het beginsel van hoor en wederhoor beter gewaarborgd worden? Is het waar

dat verlaging van de boete alleen mogelijk is als informatie een bepaalde additionele waarde heeft, d.w.z. iets moet toevoegen aan de eerste melding. Is het waar dat daardoor een pervers effect optreedt, namelijk dat de 2e en 3e melders zichzelf van zwaardere overtredingen beschuldigen dan zij daadwerkelijk hebben begaan?

Deze leden vragen welke effecten tot nu toe zichtbaar zijn met betrekking tot de aanscherping van de medewerkingplicht, zoals deze op 1 augustus 2004 heeft plaatsgevonden? Zijn er sinds die tijd boetes uitgedeeld aan personen, ondernemingen en ondernemersverenigingen? Zo ja, hoeveel boetes en hoe hoog waren deze? Is de medewerkingsplicht beter nagekomen?

Deze leden vragen hoe effectief in het buitenland stelsels zijn waarbij opsporing, vervolging en strafoplegging gesplitst zijn? Hoe wordt daar omgegaan met mogelijke overbelasting van rechtbanken? Zou een splitsing in Nederland er ook toe leiden dat de rechtbanken hun personeelscapaciteit en hun deskundigheid ten aanzien van mededingingsvraagstukken zouden moeten uitbreiden? Hoeveel geld zou dit kosten?

De leden van de PvdA-fractie vragen in welke andere Europese landen persoonlijke boetes worden toegepast bij de mededingingswetgeving. Hoe is dit in de VS en Japan? Wat zijn in het buitenland de ervaringen met persoonlijke boetes en de effectiviteit ervan? Deze leden vragen hoe daar de ervaringen zijn met vrijwaring en een eventueel verbod op vrijwaring? Ook de leden van de VVD-fractie vragen naar de ervaringen met persoonlijke boetes in andere landen.

De leden van de PvdA-fractie vragen hoe een verbod op vrijwaring handhaafbaar kan worden gemaakt. Is het juist dat in Groot-Brittannië gevangenisstraffen en bestuursverboden worden opgelegd voor overtredingen van de mededingingswetgeving? Is het juist dat dit erg effectief is?

Zijn er gevallen denkbaar waarin onduidelijk is wie de feitelijk leidinggevende is of was? Hoe zal de NMa kunnen nagaan wie de feitelijk leidinggevende was, zo vragen de leden van de PvdA-fractie. Hoe vaak vindt verzegeling plaats en hoe vaak wordt deze in de praktijk verbroken?

Kan de regering ingaan op de mogelijkheid dat na strafoplegging door de NMa de boete eerst betaald wordt, en daarna pas geprocedeerd kan worden? Deze leden vragen of het waar is dat op Europees niveau ook een dergelijk systeem geldt, waarbij een uitzondering geldt bij dreigend faillissement en het geld met rente wordt terugbetaald als een bedrijf in het gelijk wordt gesteld? Kan dit in Nederland ook ingevoerd worden?

De leden van de VVD-fractie memoreren dat alleen de eerste melder en volgende melders (in geval van additionele waarde van de melding) in aanmerking komen voor de clementieregeling. Wat vindt de minister van de mogelijke werking in de praktijk dat dit uitlokt tot volgende meldingen die overdrijven om voor clementie in aanmerking te komen?

Deze leden vragen of het waar is dat bestuurders een vrijwaring of terugbetaling kunnen krijgen van het bedrijf. Zijn andere sancties dan boetes mogelijk? Dienen persoonlijke sancties niet tot bepaalde overtredingen te worden beperkt?

De leden van de SP-fractie vragen of de regering de effectiviteit van de persoonlijke boetes kan toelichten? Waarom zijn persoonlijke boetes effectiever of gewenster dan bijvoorbeeld beroepsverboden en/of gevangenisstraffen? Deze leden hebben verder twijfels bij de clementieregel die de regering voorstelt en vreest voor de perverse effecten van deze regeling. Hoe kunnen deze perverse effecten volgens de regering voorkomen worden?

De hoogte van de boete aan natuurlijke personen, die de medewerkingsplicht overtreden, wordt op dezelfde hoogte gesteld als die aan rechtspersonen. De leden van de D66-fractie willen beter onderbouwd zien waarom de sanctie op deze hoogte is vastgesteld. Het argument dat Nederland in ieder geval niet boven het Duitse maximum bedrag wil uitkomen, komt wat gezocht over.

Deze leden vragen zich af in hoeverre het opleggen van boetes aan personen in de praktijk ook effectief is, gezien het feit dat er mogelijkheden zijn voor de ondernemingen om deze personen te vrijwaren, danwel financieel te compenseren.

De leden van de D66-fractie willen ook graag een overzicht van de situatie in de West-Europese landen. Biedt de mededingingswet daar de mogelijkheid voor het beboeten van opdrachtgevers c.q. feitelijk leidinggevendenden, wat zijn de daaraan verbonden zwaarste straffen en de effectiviteit hiervan?

Deze leden vragen waarom de minister afwijkt van het advies van de NMa om in de wet de mogelijkheid op te nemen om personen uit hun functie te ontzetten in plaats van de mogelijkheid om deze te beboeten. Wat zijn de ervaringen in het buitenland met een dergelijke bevoegdheid?

De minister heeft ook niet gekozen voor de mogelijkheid om gevangenisstraffen op te leggen. De leden van de D66-fractie denken echter dat het opleggen van (korte) gevangenisstraffen een even afschrikwekkend, zo niet afschrikwekkender effect kan hebben. Wat zijn de ervaringen in het buitenland op dit gebied?

De leden van de D66-fractie vragen hoe de minister aankijkt tegen het voorstel om bij het beboeten van natuurlijke personen het «alles-in-één stelsel» te vervangen door een model waarbij de NMa alleen de bevoegdheid krijgt om zaken aan de rechter voor te leggen.

Beboeten leden ondernemersvereniging

Volgens het wetsvoorstel kan de NMa in de toekomst ondernemingen beboeten die aangesloten zijn bij een ondernemersvereniging die de Mededingingswet heeft overtreden. Artikel 68a houdt een omkering van de bewijslast in. De leden van de CDA-fractie vinden dit voorstel erg ver gaan en onderstrepen de kritiek van de Raad van State, die wijst op mogelijke strijd met artikel 6 van het EVRM-verdrag. Deze leden menen bovendien dat de Minister in zijn reactie op de Raad ten onrechte een parallel trekt met de regeling in het BW die bestuurders van een vereniging aansprakelijk stelt zonder dat de schuld van de bestuurders zelf hoeft te worden bewezen. Er is in het BW sprake van persoonlijke aansprakelijkheid van (ex-)bestuurders van verenigingen, wat betekent dat de aansprakelijkheid uitgebreid wordt, maar beperkt blijft tot de rechtspersoon en zijn werknemers. Het voorstel van de Minister gaat een flinke stap verder. Dit houdt in dat als een rechtspersoon (de ondernemersvereniging) beboet is, een andere rechtspersoon (de onderneming) aansprakelijk gesteld kan worden. Hiermee is er mogelijk wél sprake van strijd met artikel 6 EVRM. Is de Minister bereid zijn voorstel zodanig te herzien, dat er niet langer sprake is van omkering van de bewijslast? Deze leden stellen daarnaast prijs op een uitgebreide analyse van de verschillen tussen artikel 23 lid 4 van EG-verordening 1/2003 en het voorgestelde artikel 84a.

De leden van de D66-fractie vinden voorsnog het verhalen van een boete op de afzonderlijke leden van een ondernemingsvereniging een zware maatregel. In hoeverre gaat dit voorbij aan de praktijk dat sanctienering alleen gerechtvaardigd is indien bewezen is, dat personen op een of andere wijze betrokken waren bij de overtreding van de mededingingswet? Om welke reden wil de minister hierin zo ver gaan?

Deze leden willen ook graag wat meer voorbeelden uit de praktijk horen die een dergelijke maatregel moeten rechtvaardigen.

Deze leden hebben daarnaast uit het veld begrepen dat er nog veel onduidelijkheid bestaat over diverse samenwerkingsvormen, onder meer op het gebied van prijsadviezen, gemeenschappelijke inkoop en het opstellen van vergelijkingsmodellen. Dit zou ondermeer voortvloeien uit de juridische aanpak van de NMa met weinig oog voor economische argumenten. Graag een reactie van de minister.

Is de minister bereid om beleidsregels op te stellen voor die vormen van samenwerking waar tot op heden veel onduidelijkheid over bestaat, zo vragen de leden van de D66-fractie. Zo ja, op welke termijn? Zo nee, waarom niet?

Structurele maatregelen

Wat betreft het voorstel om de NMa de bevoegdheid te geven om structurele maatregelen op te leggen, verwijzen de leden van de CDA-fractie naar het algemene deel van deze inbreng. Zwaardere bevoegdheden zijn aanleiding om beleid en uitvoering te scheiden en wellicht op enig moment het opleggen van sancties voor te behouden aan de onafhankelijke rechter. Ook hier wensen deze leden een uitgebreide analyse van de verschillen tussen de bevoegdheid van de Europese Commissie op grond van Verordening 1/2003 en de voorgestelde bevoegdheid van de NMa.

Het opleggen van structurele maatregelen zou in sommige gevallen effectiever zijn dan sectorspecifiek toegangs- en tariefregulering. De leden van de D66-fractie vragen of hier concrete praktijkvoorbeelden van gegeven kunnen worden.

Deze leden vragen in hoeverre er bij het opleggen van een structurele maatregel door de NMa sprake is van een vorm van beleidsbevoegdheid, die ook – zo niet beter – zou kunnen vallen onder de ministeriële verantwoordelijkheid. Waar ligt de scheiding tussen beleidsmatige en uitvoerende taken in dezen? Wie bepaalt of er gekozen wordt voor een structurele maatregel of sectorspecifieke regulering?

4. Procedures

Opheffen opschortende werking last onder dwangsom

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de rechter de NMa pas in geval van bijzondere en zwaarwegende omstandigheden toestaat om af te wijken van de hoofdregel dat de werking van een sanctiebeschikking door beroep op de rechter wordt opgeschort. Het voorstel om de Mededingingswet wat betreft de last onder dwangsom in lijn te brengen met de Algemene wet bestuursrecht brengt de leden van de CDA-fractie op de vraag welk deel van de besluiten van de NMa na beroep door de rechter in stand wordt gelaten. Is het mede gezien dat percentage wel zorgvuldig om de opschortende werking van beroep bij de last onder dwangsom op te heffen?

Om de effectiviteit en de doelmatigheid te vergroten regelt het wetsvoorstel onder meer het opheffen van de opschortende werking van bezwaar en beroep tegen een last onder dwangsom. De leden van de D66-fractie vragen wat de redenen zijn om deze opschortende werking op te heffen, afzettend tegen de argumenten om deze opheffing oorspronkelijk in de wet op te nemen. Kan de minister daarbij ook meenemen dat de sancties van NMa door dit wetsvoorstel aanzienlijk verhoogd worden, evenals het feit dat niet alleen bedrijven, maar ook personen een nu boete van de NMa opgelegd kunnen krijgen? In hoeverre is ook in dit licht het opheffen van de opschortende werking wenselijk, zo vragen deze leden.

De minister wil dat de bezwaarprocedure alleen overgeslagen kan worden als de onderneming en de NMa daarmee instemmen. Ondernemingen hechten naar zijn opvatting in de meeste gevallen weinig waarde aan de bezwaarprocedure en zien deze fase vanwege het tijdsbeslag eerder als een obstakel. Desondanks wil de minister niet afwijken van de Algemene wet bestuursrecht, zo stellen de leden van de CDA-fractie. Volgens het kabinetsstandpunt is één van de argumenten dat de bezwaarprocedure tot «het niet onnodig belasten van de rechterlijke macht» leidt. De heer De Pree stelde tijdens het openbaar rondetafelgesprek van 9 juni jl. dat tegen (vrijwel) elk boetebesluit bezwaar wordt aangetekend. Kan de minister zijn afwijkende standpunt met feiten staven?

Het primaire doel van de bezwaarprocedure is rechtsbescherming. Doordat ondernemingen de bezwaarprocedure alleen met instemming van de NMa kunnen overslaan, wordt de rechtsbescherming hen in bepaalde gevallen opgedrongen. Verstaat een verplichte bezwaarprocedure zich wel met het doel rechtsbescherming?

Voor besluiten inzake het verlenen van een vergunning voor het tot stand brengen van concentraties wil de minister de bezwaarschriftprocedure juist overslaan. De leden van de CDA-fractie menen dat ondernemingen, mede gezien de aard en omvang van dergelijke besluiten, de mogelijkheid moeten hebben om in bezwaar te gaan. Het huidige voorstel is sterk gericht op doelmatigheid, wat ten koste gaat van de rechtsbescherming. Welke zwaarwegende argumenten heeft de minister voor het overslaan van de bezwaarprocedure voor deze categorie besluiten? Deelt de minister de mening dat het hier gaat om besluiten met grote gevolgen en dat adequate rechtsbescherming derhalve een vereiste is?

De leden van de PvdA-fractie vragen wat de voor- en nadelen van het overslaan van de bezwaarfase zijn. Is op deze manier tijdswinst te boeken?

De leden van de VVD-fractie betreuren het feit dat de Minister de wet niet heeft aangegrepen om de mogelijkheden rond bezwaar en beroep aan te scherpen. Naar de mening van deze leden heeft de bezwaarprocedure geen toegevoegde waarde en wordt deze door ondernemingen over het algemeen als een rituele dans ervaren. Kan de minister aangeven wat zijn beweegredenen zijn om niet de bevoegdheid te verlenen om rechtstreeks beroep bij de Rechtbank Rotterdam in te stellen zonder goedvinden van de Nma? Kan de minister aangeven in termen van belasting wat de eventuele verlichting op het rechterlijke apparaat zouden kunnen zijn van een dergelijke maatregel?

De leden van de D66-fractie vragen waarom het overslaan van de bezwaarfase afhankelijk is gesteld van het «wederzijds goedvinden van de onderneming en de NMa». Hoe verhoudt zich dit tot het eerder door de Kamer aangenomen amendement om rechtstreeks beroep bij de rechtbank in te stellen? Is een rechtstreeks beroep op de rechter niet ook vanuit administratief lastenoogpunt wenselijker?

Publiciteitsbeleid

De leden van de VVD-fractie zijn bezorgd over het publiciteitsbeleid van de Nma, ondanks dat daar veel gematigder mee wordt omgesprongen dan in het verleden. Nog steeds kan het gebeuren dat een (rechts)persoon al te boek staat als veroordeelde terwijl het onderzoek nog moet starten. Kan de minister de voor- en nadelen schetsen van formele maatregelen? In hoeverre kan een verbod (in de wet) tot openbaarmaking van de bestuurlijke boete of een voornemen daartoe zolang het boetebesluit niet onher-

roepelijk is, bijdragen aan het voorkomen van economische schade die achteraf had kunnen worden voorkomen. Het is immers juist openbaarmaking die tot de economische schade leidt.

Verbreking van zegels

De minister acht het vanuit handhavingsoogpunt wenselijk om de sanctie op het verbreken van zegels bestuursrechtelijk te regelen. De leden van de D66-fractie achten deze verschuiving van het straf- naar het bestuursrecht een grote stap. Er moeten wat D66 betreft dan ook zwaarwegende redenen zijn voor een dergelijke maatregel. Het oplossen van de onderlinge samenwerkingsproblemen met het OM over prioriteitsstelling is wat deze leden betreft als eerste aan de orde. Deze leden waren overigens in de veronderstelling dat na de bouwfraude-enquête binnen het OM meer prioriteit zou worden gegeven aan financieel economische delicten. In hoeverre is hier uitvoering aan gegeven? De leden van de D66-fractie willen ook graag weten op welke manier de NMa gaat onderzoeken wie de zegel verbroken heeft en hoe de bezwaar- en beroepsprocedures eruit zien.

De voorzitter van de vaste commissie voor Economische Zaken,
Hofstra

De adjunct-griffier van de commissie,
De Veth