

Vergaderjaar 2005–2006

**30 071**

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

**Nr. 6**

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

Ontvangen 10 oktober 2005

De leden van de verschillende fracties hebben een groot aantal vragen gesteld over het door mij ingediende wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet. Ik zal in onderstaande op deze vragen ingaan en spreek de hoop uit dat de door mij gegeven antwoorden mogen bijdragen aan een spoedige afronding van de behandeling van dit wetsvoorstel. Bij de beantwoording houd ik zo veel mogelijk de volgorde aan van de door de verschillende leden gestelde vragen, maar daar waar dat de inzichtelijkheid ten goede komt, zal ik de antwoorden op vragen van verschillende leden samenvoegen.

#### **1. ALGEMEEN**

De leden van de CDA-fractie zijn van mening dat het wetsvoorstel geen integrale benadering vormt en wilden in dat verband weten waarom ik van plan ben de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de NMa in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen. In de brief van 27 april 2004, Kamerstukken 2003/04, 29 276, nr. 9 aan uw kamer heb ik aangegeven dat ik er voor heb gekozen om de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de NMa in een apart wetsvoorstel te regelen, en niet (via een nota van wijziging) in het wetsvoorstel tot implementatie van EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004. De belangrijkste reden daarvoor was dat het regelen van de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden in dat wetsvoorstel tot niet-aanvaardbare vertraging van de implementatie van genoemde verordeningen zou leiden. Ik had vervolgens de keuze om de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden te regelen in een apart wetsvoorstel dat uitsluitend hierover zou gaan, of in het wetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet. Gelet op de vergevorderde stand van de voorbereiding van laatstgenoemd wetsvoorstel op dat moment en het feit dat voor het regelen van de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden het nodige interdepartementale overleg nodig is, was het naar mijn oordeel niet verantwoord om beide onderwerpen in één wetsvoorstel op te nemen omdat ook daarin het gevaar van vertraging van het evaluatiewetsvoorstel zou schuilen. Ik streef er naar om samen met de Minister van Justitie

binnen afzienbare termijn het doorzoeken door de NMa in privé-woningen in een wetsontwerp voor advies te kunnen voorleggen aan de Raad van State.

De leden van de CDA-fractie gaven aan waarde te hechten aan een onafhankelijke beoordeling van zaken door de NMa, los van politieke besluitvorming. Zij vroegen zich vervolgens af of de NMa met de verkregen ZBO-status werkelijk onafhankelijk is geworden, nu ik verantwoordelijk ben voor het benoemings- en ontslagbeleid van haar raad van bestuur en voor het personeel van de NMa dat bij mij in dienst is.

Ik wil benadrukken dat het sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998 staand beleid is dat beleid en uitvoering gescheiden zijn. Beslissingen in individuele gevallen worden door de NMa en los van politieke besluitvorming genomen. Dit was derhalve reeds het geval voorafgaand aan de huidige ZBO-status van de NMa, toen de NMa een ambtelijke dienst binnen mijn ministerie was. Nu de NMa per 1 juli van dit jaar een zelfstandig bestuursorgaan is geworden is de hiervoor beschreven onafhankelijkheid geformaliseerd. Het feit dat ik nog een rol speel in het benoemings- en ontslagbeleid van de top van de NMa doet daar niets aan af. Overigens is het personeel van de NMa weliswaar formeel bij mij in dienst, maar is zij in de uitvoering van haar werkzaamheden ondergeschikt aan de raad van de NMa. In artikel 5a van de Mededingingswet is sinds 1 juli 2005 bepaald dat het personeel onder gezag staat van de raad en over werkzaamheden uitsluitend aan de raad verantwoording aflegt. Bovendien zijn vrijwel alle personeelsbevoegdheden aan de raad gemandateerd.

Vanuit de hierboven genoemde wens om beleid en uitvoering te scheiden stelden de leden van de CDA-fractie voor om een organisatorische scheiding aan te brengen, waarbij ik verantwoordelijk blijf voor het mededingingsbeleid, en mijn collega van Justitie verantwoordelijk wordt voor politiek-beleidsmatig waardevrij toezicht en handhaving, namelijk de naleving van de wet. De leden van de CDA-fractie wilden weten waarom ik dat voorstel geen goed idee vind en wachten op een door mij over dit onderwerp toegezegde brief.

Laat ik, voorafgaand aan de beantwoording van de vraag waarom ik het onderbrengen van handhaving van de Mededingingswet bij Justitie geen goed idee vind, beginnen met voorop te stellen dat een scheiding tussen beleid en uitvoering reeds bestaat. Zoals hiervoor aangegeven wordt het beleid op mijn ministerie gemaakt en berust de handhaving van dat beleid zowel formeel als ook feitelijk alleen bij de NMa. Afgezien van de overbodigheid van het invoeren van een nieuwe andere organisatorische scheiding zou een dergelijke reorganisatie echter ook een stap terug betekenen. Het zou namelijk betekenen dat de NMa, die in de bijna acht jaar van haar bestaan duidelijk haar waarde heeft bewezen in het introduceren van meer concurrentiële verhoudingen op de Nederlandse markt en sinds korte tijd ook formeel op afstand staat van de politiek, als ambtelijke dienst wordt ondergebracht bij het ministerie van Justitie. Daarmee zou zij juist dichter bij politieke besluitvorming komen te liggen dan thans het geval is. Een stap terug derhalve. Voorts wil ik reageren op de stelling van de leden van de CDA-fractie onder verwijzing naar het OM dat het onderbrengen van de NMa als ambtelijke dienst bij Justitie garant zou staan voor een politiek-beleidsmatig waardevrij toezicht en handhaving. Ik meen dat op deze stelling het nodige valt af te dingen. Immers, anders dan in mijn huidige relatie tot de NMa kan mijn collega van Justitie in individuele gevallen aan het OM aanwijzingen geven met betrekking tot vervolgingsbeslissingen.

Tot slot wil ik opmerken dat, zoals ik reeds in mijn brief aan uw Kamer van 2 juni jl. over toezicht op markten aangaf, de scheiding tussen beleid en toezicht weliswaar zo duidelijk mogelijk gemaakt moet worden, maar dat

deze nooit volledig kan zijn.<sup>1</sup> Zeker bij markttoezicht, waar veelal sprake is van toezicht op open normen, is het in dat kader belangrijk dat de minister de juiste sturingselementen heeft om zijn verantwoordelijkheid voor de toezichthouder waar te kunnen maken, onder meer door waar nodig deze open normen in te vullen. Er bestaat samenhang tussen de uitstippeling van beleid en van uitvoering. Zo kan ik op grond van artikel 5d van de Mededingingswet beleidsregels vaststellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de raad toegekende bevoegdheden. Het zou praktisch en politiek bezwaarlijk zijn indien de minister die verantwoordelijk is voor het vormen van beleid en het vormen van beleidsregels met betrekking tot de uitvoering van dat beleid door het toezichtsorgaan, niet verantwoordelijk zou zijn voor de daadwerkelijke uitvoering ervan.

De leden van de CDA-fractie wilden weten bij welk type sancties een strafrechtelijke benadering hoort, waarbinnen niet de NMa, maar uitsluitend de onafhankelijke rechter sancties kan opleggen.

Naar mijn mening hoort bij geen enkel type sanctie in de Mededingingswet een benadering waarin niet de NMa, maar uitsluitend de rechter sancties kan opleggen. Bij de totstandkoming van de Mededingingswet is bewust gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving, waarbij zowel onderzoek als sanctieoplegging bij de NMa berust.<sup>2</sup> De bundeling van opsporing enerzijds en sanctionering anderzijds heeft immers grote voordelen. Er is dan een duidelijke verantwoordelijkheids-toedeling van de gehele toezichtskolom en daarmee aanspreekbaarheid van het bestuursorgaan. Voorts is het bestuursorgaan dan in staat een eigen aanpak te kiezen, met een mix van in te zetten instrumenten. Dit vergroot de effectiviteit. Ook belangrijk is dat dan sneller en eenvoudiger kan worden gereageerd op inbreuken. Daarnaast leidt de bundeling van expertise tot een beter gebruik daarvan: daarbij gaat het om zaken als praktische kennis van bedrijven of sectoren, vak kennis en informatie uit het Europese Netwerk en diverse Adviescomité's. Ook leidt dit tot efficiëntere contacten met de Europese Commissie en andere toezichthouders en een eenvoudiger afstemming. Deze contacten zijn na 1 mei 2004 nog belangrijker geworden met de decentrale toepassing van het Europese mededingingsrecht op grond van Verordening 1/2003. Tot slot komt de mogelijkheid een sanctie op te kunnen leggen de dreiging en daarmee de effectiviteit van een toezichthouder ten goede. Hiermee wordt de preventieve werking van het toezicht op het mededingingsrecht in belangrijke mate vergroot.

Tegelijkertijd geldt dat er voldoende rechtswaarborgen zijn, óók bij invoering van boetes aan bestuurders. Ten eerste is er sprake van toegang tot de rechter in twee instanties, waarbij – in afwijking van de Algemene wet bestuursrecht – bezwaar en beroep tegen boetes opschortende werking hebben. De boete moet derhalve pas worden betaald wanneer de beroepsmogelijkheden zijn uitgeput. Het kunnen opleggen van boetes aan bestuurders is overigens in lijn met het wetsvoorstel vierde tranche Algemene wet bestuursrecht, dat het bestuursorganen mogelijk maakt zelf boetes op te leggen aan feitelijk leidinggevenden en opdrachtgevers. Bovendien is er binnen de NMa sprake van Chinese Walls tussen enerzijds de directies die toezicht houden en rapporten opstellen inzake inbreuken op de Mededingingswet (de directies Concurrentietoezicht en Concentratiecontrole), en de Juridische Dienst anderzijds, die de sanctiebesluiten voorbereidt. Hiermee wordt voldaan aan het uitgangspunt van de wetgever dat de werkzaamheden in de sanctiefase niet worden verricht door personen die betrokken zijn geweest bij de opstelling van het rapport of het daaraan voorafgaande onderzoek. Dit vormt een serieuze waarborg dat een eventueel sanctiebesluit zorgvuldig en onbevooroordeeld wordt genomen. In dit verband kan nog gewezen worden op het feit dat op grond van het mandaatbesluit van de NMa de directeur Concurrentietoezicht een rapport vaststelt, en niet de raad van bestuur. Dit geeft de

---

<sup>1</sup> Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2 juni 2005, TK 29 800 XIII Toezicht op markten, nr. 74. Deze brief is toegezegd in het Algemeen Overleg van 26 januari 2005 (TK, 2004–2005, 29 800 XIII en 29 960, nr. 54) over de brief van 5 november 2005 inzake Visie op markttoezicht.

<sup>2</sup> TK 24 707, nr. 3, pp. 42 en 43.

raad de mogelijkheid om in alle vrijheid een sanctiebesluit te nemen waarin al dan niet de conclusies van het (onderzoeks)rapport worden gevolgd, na zorgvuldige weging van de door partijen ingebrachte feiten en argumenten.

Tot slot kunnen ook andere bestuursorganen in Europa zonder tussenkomst van een rechter boetes opleggen aan leidinggevenden. Dat zijn onder meer de toezichthouders in Duitsland en Spanje.

De leden van de CDA-fractie wilden weten of de NMa, wanneer de Mededingingswet op enig moment een director disqualification of gevangenisstraf zou kennen, deze sanctie dan zou moeten kunnen opleggen, of dat daar een onafhankelijke rechter aan te pas zou moeten komen. In het wetsvoorstel heb ik er niet voor gekozen om een director disqualification of gevangenisstraf in de Mededingingswet op te nemen. Daarom acht ik het niet opportuun om hier in te gaan op de vraag hoe dat te regelen.

De leden van de VVD-fractie wensten te vernemen wat de gevolgen zouden zijn van het afstappen van het systeem van integrale handhaving. Voorts vroegen zij of ik erop vertrouw dat, in het licht van de doelstellingen van de commissie Tabaksblad, de commissarissen en aandeelhouders de ondernemingen ervan zullen weerhouden om bestuurders te vrijwaren voor boetes wegens overtreding van de Mededingingswet. Zoals ik hierboven reeds aangaf is het huidige systeem van integrale handhaving, waarbij zowel het toezicht als het opleggen van sancties is ondergebracht bij de NMa, van groot belang voor de effectiviteit van de NMa en daarmee van de Mededingingswet. Wanneer sancties voortaan zouden worden opgelegd door een rechter zou het langer duren voordat een beslissing omtrent het wel of niet opleggen van een sanctie wordt genomen. Bovendien zou de flexibiliteit voor de NMa om instrumenten in te zetten afnemen en de afstemming in het Europese netwerk zou omslachtiger worden. Als de huidige mogelijkheden van integrale handhaving – inclusief de clementieregeling – niet zouden hebben bestaan zou het zeer de vraag zijn geweest of een ingrijpend en complex geheel van zaken zoals de honderden bouwzaken op dezelfde effectieve wijze zouden kunnen zijn aangepakt. Ook de mogelijkheid van de NMa om in concrete zaken maatwerk te verrichten en die aanpak te kiezen die voor de desbetreffende zaak op dat moment het meest geschikt is – mede gelet op het geheel aan bestaande en voorgenomen toezichtsactiviteiten – is een zeer belangrijk voordeel van het huidige systeem. Het tussenvoegen van extra schakels gaat noodzakelijkerwijs gepaard met een verlies aan daadkracht, leidt tot langere doorlooptijden en derhalve tot een minder adequaat toezicht.

Met betrekking tot het vrijwaren door de onderneming van een bestuurder voor boetes van de NMa verwacht ik inderdaad dat commissarissen en aandeelhouders, gezien de grotere verantwoordelijkheid die van hen wordt gevraagd voor het handelen van het bestuur van de onderneming, die onderneming daar in toenemende mate van zullen weerhouden.

De leden van de VVD-fractie vroegen het precieze traject te schetsen van de voorgenomen regels met betrekking tot Markt en Overheid. De wijziging van de Mededingingswet in verband met gedragsregels voor overheidsorganisaties die economische activiteiten verrichten en voor ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Markt en Overheid) is op 15 juli voor consultatie naar de andere ministeries gestuurd. Binnenkort volgt een formele consultatie van o.a. VNG, IPO, Unie van Waterschappen, VSNU, VNO-NCW en MKB-Nederland. Na verwerking van deze reacties verwacht ik het voorstel voor de beoogde wijziging in december 2005 naar de Raad van State voor advies te kunnen sturen.

De leden van de VVD-fractie en van de D66-fractie vroegen mij te reageren op de signalen die zij ontvangen over onduidelijkheid van de reikwijdte van de Mededingingswet, met name ten aanzien van samenwerkingsvormen, prijsadviezen, gemeenschappelijke inkoop en vergelijkingsmodellen.

Omtrent de reikwijdte van het kartelverbod uit de Mededingingswet en de vrijstellingen bieden verschillende bronnen houvast bij de interpretatie van de wet. Ik noem in de eerste plaats de Europese beschikkingenpraktijk en jurisprudentie, die ook voor de uitleg van de nationale mededingingsregels bepalend zijn, omdat deze zijn ontleend aan de Europese regels. In dit verband zijn ook de mededelingen van de Europese Commissie van belang waarbij zij bepaalde aspecten van de EG-mededingingsregels toelicht, zoals de mededeling inzake de vrijstelling van artikel 81, derde lid, EG. De NMa verwijst naar die mededeling in haar Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet. In de tweede plaats heeft de NMa om tegemoet te komen aan de wensen van het Nederlandse bedrijfsleven verschillende documenten gepubliceerd om ondernemers houvast te bieden bij de interpretatie van de Mededingingswet. Ik noem de Richtsnoeren Samenwerking bedrijven van 29 mei 2001, de Richtsnoeren samenwerking zorg van 14 oktober 2002 en het Visiedocument Inkoopmacht van december 2004. Ter voorbereiding van deze documenten heeft de NMa uitgebreide consultatierondes gehouden binnen het bedrijfsleven, met inbegrip van organisaties als het VNO-NCW en MKB-Nederland, en heeft zij er bij het opstellen van die documenten rekening mee gehouden op welke punten het bedrijfsleven meer duidelijkheid wilde hebben. Zo gaat de NMa in deze documenten in op alle voorbeelden – samenwerkingsvormen, prijsadviezen, gemeenschappelijke inkoop en vergelijkingsmodellen – die de leden van D66 in hun vraag noemen. Omdat de mededingingsregels en de mededingingspraktijk steeds in ontwikkeling zijn, is de NMa ook bereid tot aanpassing van deze documenten, opdat zij actueel blijven. Zo heeft de NMa op 8 april 2005 de Richtsnoeren samenwerking ondernemingen gepubliceerd, wat een geactualiseerde versie is van de Richtsnoeren Samenwerking bedrijven. Mijns inziens zijn de activiteiten die de NMa op dit vlak heeft verricht een zeer goede en uitgebreide handreiking aan het bedrijfsleven om waar mogelijk duidelijkheid te verschaffen.

De leden van de D66-fractie vroegen mij ook te reageren op de mening die zij bij het bedrijfsleven hadden vernomen, dat onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van de Mededingingswet zou voortvloeien uit de juridische aanpak van de NMa met weinig oog voor economische argumenten. Ik deel deze mening niet. Deze gaat er van uit dat het meer oog hebben voor economische argumenten tot meer duidelijkheid leidt en ook dat de NMa bij de toepassing van de Mededingingswet weinig oog heeft voor de economische realiteit. Geen van beide is echter waar. Juist een strikt juridische aanpak zou het gemakkelijker maken om voor alle gevallen en heel gedetailleerd voor te schrijven wat wel en niet is toegestaan. De vroegere EG-vrijstellingsverordeningen zijn daar een voorbeeld van.

Om de effectiviteit van de mededingingsregels en de toepassing daarvan te vergroten is de Europese Commissie echter overgegaan op een benadering waarbij zij binnen de algemene juridische grenzen meer rekening houdt met de economische realiteit. Ook de NMa volgt een zodanige benadering bij de toepassing van de Mededingingswet. Daardoor is het wel minder eenvoudig om in richtsnoeren of visiedocumenten in algemene zin te formuleren wat in het concrete geval wel of niet is toegestaan. Dit zal in belangrijke mate afhangen van de (economische) omstandigheden van dat concrete geval. Niettemin heeft de bedoelde benadering

grote voordelen en voor zover ik weet is dit ook de opvatting van het bedrijfsleven.

Naar aanleiding van de vraag van de leden van de D66-fractie of ik bereid ben beleidsregels op te stellen voor die vormen van samenwerking waar tot op heden veel onduidelijkheid over bestaat, merk ik op dat ik daartoe geen aanleiding zie. Zoals gezegd, bieden de genoemde bronnen naar mijn mening voldoende duidelijkheid omtrent de reikwijdte van de Mededingingswet, ook ten aanzien van samenwerkingsvormen. Mocht in de toekomst nadere verduidelijking nodig blijken, dan ligt het voor de hand dat allereerst de NMa haar richtsnoeren of visiedocumenten aanvult of nieuwe richtsnoeren of visiedocumenten uitvaardigt. Het gaat immers om de uitleg, dikwijls in afstemming met de Europese Commissie, van de bepalingen van de Mededingingswet, met de toepassing waarvan de NMa belast is.

De leden van de D66 fractie vroegen of de Mededingingswet van toepassing is op de watersector en hoe ik, in het licht van het mededingingsrechtelijke karakter van artikel 3p van de Waterleidingwet, sta ten opzichte van toezicht door de NMa op de waterleidingsector. Voorts wilden zij weten of ik gemeenten in staat acht tot het uitoefenen van adequaat mededingingsrechtelijk en financieel-economisch toezicht op waterleidingbedrijven en zo ja, hoe ik de huidige rol van de NMa in het toezicht op gemeentelijke gasdistributiebedrijven beoordeel. Ook vroegen de leden wat de jaarlijkse kosten van het toezicht door de NMa op naleving van artikel 3p van de Waterleidingwet zijn, alsmede die van de benchmark die de sector zelf uitvoert. Verder wilden de leden weten in hoeverre de gegevens over kosten van het toezicht op de watersector in het Verenigd Koninkrijk representatief zijn 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. De leden wilden ook weten of ik efficiencywinst in de watersector als netwerksector wenselijk en nodig acht en of de gegevens uit de benchmark van de sector objectief en betrouwbaar zijn. Tot slot vroegen de leden welke efficiencywinst ik haalbaar acht, hoe verzekerd en gewaarborgd wordt dat efficiencywinsten uit de watersector daadwerkelijk ten goede komen aan de consument en in welke mate het thans voorziene toezichtsarrangement daarvoor voldoende waarborgen biedt.

Artikel 3p van de Waterleidingwet stelt een aansluit- en leveringsplicht voor eigenaren van waterleidingbedrijven vast. Ook regelt het dat de tarieven en de voorwaarden redelijk, transparant en niet discriminerend zijn. Met betrekking tot toezicht op voorwaarden en tarieven voor de drinkwatervoorziening is gekozen voor decentraal toezicht.<sup>1</sup> De NMa is derhalve niet specifiek belast met het toezicht op de naleving van artikel 3p van de Waterleidingwet. Dit neemt uiteraard niet weg dat de in de Mededingingswet opgenomen algemene regels ook van toepassing zijn op waterleidingbedrijven. Zoals ik reeds aangaf in de Nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel Reparatiewet NMa-ZBO lijkt het mij vooralsnog niet nodig in de Waterleidingwet de NMa uitdrukkelijk te belasten met het toezicht op artikel 3p.<sup>2</sup> In het kader van de algehele herziening van de Waterleidingwet zal aan het toezicht op de verschillende bepalingen van de Waterleidingwet uiteraard aandacht worden besteed. In dit kader zal worden bezien of VROM als toezichthouder voor de hele Waterleidingwet wordt aangewezen of dat het wenselijk is de NMa hier expliciet een rol in te laten spelen.

Met betrekking tot de vraag over het toezicht door gemeenten op waterleidingwaterbedrijven wil ik allereerst zeggen dat in de evaluatie van het huidige model van toezicht op de doelmatigheid van drinkwaterbedrijven, die het kabinet u op 28 augustus 2003 heeft toegestuurd<sup>3</sup>, de

<sup>1</sup> Zie voor de verhouding tussen de Mededingingswet en de Waterleidingwet ook antwoorden op vragen van de Tweede Kamer naar aanleiding van een brief over visie op markttoezicht (Kamerstukken II 2003/04, 29 800 XIII, nr. 36, vraag 6).

<sup>2</sup> Nota naar aanleiding van het Verslag bij Reparatiewet NMa-ZBO, Tweede Kamer (2004–2005) 29 992, nr. 6.

<sup>3</sup> Brief van de Minister van VROM aan de VC VROM d.d. 28-08-2003, kenmerk Tweede Kamer: vrom030569.

onderzoekers concluderen dat het huidige (decentrale) toezichtsmodel functioneert. Er kan echter een aantal verbeteringen in het huidige toezichtsarrangement worden aangebracht. Deze verbeteringen liggen op het terrein van de transparantie naar de burgers/afnemers, de samenstelling van de Raad van Commissarissen, de (blijvende) effectiviteit van het instrument «prestatievergelijking» en de betrokkenheid van de aandeelhouders omdat prikkels hiervoor, zoals die bestaan bij private commerciële bedrijven ontbreken. Ook blijkt dat de bij het toezicht betrokken functionarissen kunnen beschikken over voldoende deskundigheid om hun taak te kunnen uitvoeren.

Wat betreft de gas- (en elektriciteits)distributiebedrijven is de rol van de NMa gericht op concurrentie- en concentratietoezicht. Hierbij verschilt het wet- en regelgevingsinstrumentarium dat de NMa ter beschikking staat voor enerzijds concurrerende activiteiten en anderzijds activiteiten met een monopolioïde karakter. Op concurrerende activiteiten, zoals energielevering, houdt de NMa (met name de Directie Toezicht energie) toezicht op grond van de Mededingingswet en aanvullende bepalingen in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, die vooral gericht zijn op consumentenbescherming en leveringszekerheid. Op activiteiten die het karakter hebben van een natuurlijk monopolie, zoals energietransport, gaat het toezicht door de NMa verder. De NMa stelt bijvoorbeeld voor energietransport de tariefstructuren en voorwaarden vast die gelden tussen netbeheerder en afnemer.

Door wet- en regelgeving in combinatie met het bovenstaand toezicht door de NMa worden de publieke belangen die gemoeid zijn met energiedistributie adequaat geborgd. Zo genereert de NMa een positief welvaartseffect, bijvoorbeeld door het voorkomen van consumenten-schade.

Op de vraag hoeveel het toezicht door de NMa op naleving van artikel 3p van de Waterleidingwet per jaar kost kan ik antwoorden dat dit nihil is, aangezien de NMa geen toezicht houdt uit hoofde van dit artikel. De totale externe kosten van de benchmark die Vewin uitvoert, bedragen ca. € 1 miljoen voor de periodieke openbare benchmark en € 560 000 voor de interne jaarlijkse rapportage voor de waterleidingbedrijven zelf (peiljaar 2005). De kosten die VEWIN intern maakt zijn ca. € 30 000. Een vergelijking van kosten van toezicht over de watersector tussen Nederland en in het Verenigd Koninkrijk is lastig te maken, omdat de situaties verschillen. In het Verenigd Koninkrijk wordt een systeem van tarieftoezicht gehanteerd dat vergelijkbaar is met het toezicht op de energiesector in Nederland door de DTe (maatstafconcurrentie). In het Verenigd Koninkrijk wordt dit toezicht gehouden door the Office of Water Services (OFWAT). De totale kosten van OFWAT bedragen 17,1 miljoen euro per jaar (2002–2003). OFWAT reguleert 24 bedrijven, waarvan 10 gecombineerde bedrijven (drinkwater en afvalwater) en 14 drinkwaterbedrijven. Zou een systeem van maatstafconcurrentie voor de drinkwatersector in Nederland worden toegepast dan zullen op basis van het aantal bedrijven in Nederland (14) de kosten naar schatting minimaal 50% van 17,1 miljoen euro bedragen. Dit is exclusief de interne kosten die de bedrijven zelf moeten maken voor de uitvoering van de maatstafconcurrentie.

Het streven naar efficiency is niet iets dat alleen aan commerciële marktpartijen mag zijn voorbehouden. Ook bij de overheid en in monopolioïde, door de overheid gecontroleerde sectoren, is het efficiency-streven noodzakelijk om stijgende kosten te kunnen compenseren. Overwinsten acht ik in laatstgenoemde sectoren niet gewenst. Deze moeten door adequaat centraal of decentraal toezicht worden voorkomen. Sinds 1997 voert de watersector vrijwillige benchmarks uit. Doel van deze benchmarks is niet in de laatste plaats het verder verbeteren van de bedrijfsprocessen van de

waterbedrijven, die dus ook zelfstandig belang hebben bij een objectieve en betrouwbare vergelijking. Tevens bevat deze vrijwillige benchmark reeds een aantal waarborgen dat efficiency winsten uit de watersector daadwerkelijk ten goede komen aan de consument.

Zo zijn de gegevens die worden gebruikt bij de benchmark consistent met de jaarverslagen. Met de algehele herziening van de Waterleidingwet zal de vrijwillige benchmark verplicht worden gesteld. Om de objectiviteit en betrouwbaarheid van de benchmark te garanderen zullen daarbij nadere regels worden gesteld. De verplichte benchmark zal onder meer worden onderworpen aan een extra, onafhankelijke accountantscontrole, waardoor objectiviteit en betrouwbaarheid ook in de toekomst zijn gewaarborgd.

Uit onderzoek blijkt dat in de periode 1997–2002 sprake is van een efficiëntieverbetering van 9%. Geconstateerd wordt dat het relatieve niveau van efficiëntie in 2002 hoog is en dat dit in de toekomst nog verder kan toenemen.<sup>1</sup> De gebonden klant dient te profiteren van gerealiseerde efficiëntieverbetering. Mede op basis van de benchmark zal de tariefontwikkeling in de drinkwatersector gevolgd kunnen worden. Uit de laatste benchmarkrapportage (Water in Zicht 2003) blijkt sprake te zijn van een reële kostendaling. De efficiëntieverbetering kan overigens ook tot uitdrukking komen in nog hogere betrouwbaarheid van de drinkwatervoorziening en betere dienstverlening. Door waterleidingbedrijven gerealiseerde winsten blijven binnen het bedrijf.

Op het functioneren van het huidig toezichtarrangement en mogelijke verbeteringen ben ik reeds ingegaan. Veel waterleidingbedrijven zijn reeds overgegaan tot (gedeeltelijke) toepassing van de corporate governance code (Code Tabaksblat). Mijn collega van VROM is voornemens verder afspraken te maken over dividenduitkering aan aandeelhouders van de waterleidingbedrijven.

De leden van de SP-fractie vroegen hoe de regering het gevaar van het ontbreken van checks en balances bij de toekomstige bevoegdheden van de NMa ziet en hoe ik denk het gevaar van teveel instrumenten in één hand te kunnen tackelen. Voorts wilden zij weten waarom niet is gekozen voor een duidelijke scheiding tussen opsporing en uitvoering en beleidsvorming.

Voor de beantwoording van de eerste vraag verwijs ik naar hetgeen ik hierboven heb uiteengezet over het belang van het huidige systeem van integrale handhaving. Voor de beantwoording van de tweede vraag verwijs ik naar hetgeen ik heb gezegd over het voorstel van de leden van de CDA-fractie om handhaving onder te brengen bij mijn collega van Justitie.

De leden van de SP-fractie begrepen de wens om de rechterlijke macht te ontzien en stelden in dat verband voor de NMa de bevoegdheid te geven in bepaalde gevallen schikkingen te treffen.

Naar aanleiding van de door de NMa uitgevoerde uitvoeringstoets onderzoek ik momenteel of ik het instrument van de zogenaamde toezegging in de Mededingingswet zal opnemen. De toezegging is een instrument dat ook in het Europese mededingingsrecht is opgenomen en wel in artikel 9 van EG-verordening 1/2003. Dat artikel bepaalt dat wanneer de Commissie voornemens is een beschikking tot beëindiging van een inbreuk te geven en de betrokken onderneming toezeggingen doet om aan de bezorgdheid van de Commissie tegemoet te komen, de Commissie die toezeggingen bij beschikking een verbindend karakter kan geven. De toezegging «bevat de conclusie dat er niet langer gronden voor een optreden van de Commissie bestaan». Het door de Commissie aanvaarden van een toezegging heeft twee gevolgen:

---

<sup>1</sup> Efficiëntie boven water: een analyse van de efficiëntieontwikkeling van de Nederlandse drinkwatersector, Dijkgraaf et al., 2004.



- a. de onderneming is verplicht zich conform de toezegging te gedragen, (dit is het «verbindend» karakter), en
- b. de onderneming verkrijgt de zekerheid dat er door de Commissie niet tegen een mogelijke inbreuk zal worden opgetreden, ook niet voor het verleden.

Als dit in de Mededingingswet geregeld zou worden dan kan de NMa in zaken waarin zij overweegt onderzoek in te stellen of reeds heeft ingesteld, toezeggingen van betrokken ondernemingen om de NMa in haar bezwaren tegemoet te komen, accepteren. De onderneming kan met haar toezeggingen komen tijdens een onderzoek of voordat een onderzoek is gestart. De NMa kan ondernemingen ook uitnodigen met toezeggingen te komen. Als de NMa kiest voor toepassing van het instrument van de toezeggingen komt ze niet toe aan de beoordeling van de vraag of er sprake is van een inbreuk op de Mededingingswet. De toezegging kan zowel zien op het gedrag van de onderneming als op de structuur van de onderneming. De NMa legt de toezegging vast in een besluit, waarmee het besluit bindend wordt voor de onderneming. Een belangrijk voordeel van de toepassing van de toezegging voor de NMa is dat daarmee adequaat aanpassingen in het gedrag van een onderneming kunnen worden bewerkstelligd, zonder dat een langdurige inbreukprocedure behoeft te worden gevoerd. Daarmee is verzekerd dat het marktgedrag van die onderneming in overeenstemming is met het mededingingsrecht.

De leden van de SP-fractie vroegen waarom er geen bagatelbepaling is opgenomen in het wetsvoorstel.

Naar mijn mening bestaat hieraan geen behoefte, omdat artikel 7 van de Mededingingswet reeds een bagatelvrijstelling bevat en er geen aanleiding is deze te wijzigen.

De leden van de SP-fractie vroegen, hoe de regering denkt het probleem van de inkoopmacht te kunnen voorkomen.

Dit gebeurt in de eerste plaats door het concentratietoezicht. Al naar gelang een voorgenomen concentratie een nationale of een Europese dimensie heeft wordt deze getoetst door de NMa of de Europese Commissie. Met name als de voorgenomen concentratie zal leiden tot het ontstaan of versterken van een economische machtspositie zal daarvoor geen toestemming worden verleend. Dit geldt ook voor een eventuele economische machtspositie aan de inkoopkant. In de tweede plaats bieden artikel 24 van de Mededingingswet en artikel 82 EG de mogelijkheid op te treden tegen misbruik van een machtspositie aan de inkoopkant.

De leden van de SP-fractie vroegen of de regering van mening is dat door middel van gedragsregels voor overheden de problematiek van markt en overheid opgelost kan worden.

Naar mijn mening wel. De Ministers van Justitie, voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties en ik hebben in onze brief van 12 februari 2004 (Kamerstukken II 2003/04, 28 050, nr. 7) aangegeven, dat het de bedoeling is in de Mededingingswet gedragsregels op te nemen voor de overheid als ondernemer en voor ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten. Deze regels zullen in ieder geval betrekking hebben op de prijsberekening bij ondernemersactiviteiten, het gebruik van gegevens die voor de publieke taak zijn verkregen en de verplichting tot organisatorische scheiding ter voorkoming van functievermenging. Overheidsorganisaties die deelnemen in een overheidsbedrijf mogen dat bedrijf ten slotte niet onevenredig bevoordelen door daaraan voordelen toe te kennen die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn, voor zover toepassing van dit verbod de uitvoering van de aan dat bedrijf toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Boekhoudkundige voorschriften ondersteunen de gedragsregels. Verwacht mag worden

dat met deze gedragsregels wordt voorkomen dat aan overheidsorganisaties gelieerde ondernemingen op een oneigenlijke manier gebruik kunnen maken van hun bijzondere positie op de markt.

De leden van de D66-fractie wilden graag uiteengezet zien hoe «het toezicht op het toezicht» is geregeld en of dit afdoende geacht wordt, gezien de uitbreiding van de handhavingmogelijkheden als gevolg van dit wetsvoorstel.

Nu de NMa een zelfstandig bestuursorgaan is geworden, geldt nog altijd een ministeriële verantwoordelijkheid op systeemniveau.<sup>1</sup> De minister is verantwoordelijk voor de wetgeving en de kaders waarbinnen de markttoezichthouder opereert en voor de middelen die de toezichthouder ter beschikking krijgt. Daarbij gaat het om toezicht op de instelling en inrichting van het toezicht als zodanig en het functioneren van de toezichthouder. De systeemverantwoordelijkheid ziet evenwel uitdrukkelijk niet op beslissingen van de NMa in individuele zaken.

Omdat de minister politiek verantwoordelijk is voor de beleidskaders waarbinnen de toezichthouder opereert, heeft hij ook een aantal (wettelijke) instrumenten om deze verantwoordelijkheid waar te maken. Zo heeft hij de wettelijke bevoegdheid om beleidsregels op te stellen (algemene aanwijzingen geven), de voorzieningen te treffen die hij noodzakelijk acht of in het uiterste geval de raad van bestuur van de NMa te ontslaan bij ongeschiktheid of onbekwaamheid (artikel 3, vierde lid, Mededingingswet).

Op basis van de Mededingingswet hebben de NMa en de minister een relatiestatuuut gesloten dat onder andere voorziet in het contact tussen de NMa en de minister zoals werkoverleg en uitwisseling van kennis over markten etc. Bovendien wordt er een ministeriële regeling in het leven geroepen over de informatie-uitwisseling tussen de raad van bestuur van de NMa en de minister. Op basis daarvan heeft de minister te allen tijde goed inzicht in het functioneren van het toezichtstelsel.

Uiteraard horen bij uitgebreide bevoegdheden ook gedegen «checks and balances». Deze zijn in de eerste plaats aanwezig binnen de procedure van de NMa zelf. Er is een gedegen onderzoek dat met voldoende waarborgen is omkleed. Zo wordt bijvoorbeeld onder andere de sanctie opgelegd door een andere directie dan waardoor het onderzoek wordt uitgevoerd als gevolg van de zogenoemde «*Chinese Walls*»-functionele scheidingen – tussen de verschillende afdelingen (waardoor ruimschoots wordt voldaan aan de vereisten van artikel 54a van de Mededingingswet dat voorschrijft dat de werkzaamheden in de sanctiefase niet mogen worden verricht door personen die betrokken zijn geweest bij de rapportfase en het daaraan voorafgaande onderzoek). Tegen elk besluit staat bezwaar bij de NMa open, waar de zaak opnieuw en onbevooroordeeld wordt beoordeeld (inzage stukken, recht op juridische bijstand en hoor en wederhoor). Bovendien wordt in elke bezwaarzaak tegen sanctiebesluiten op grond van artikel 62 verplicht advies gegeven (op grond van artikel 92 van de Mededingingswet) door de Bezwaar Adviescommissie (de BAC). De leden hiervan hebben een bijzondere ervaring of deskundigheid op het gebied van Europees (mededingings)recht, bestuursrecht en/of economie. De BAC hoort de ondernemingen en vertegenwoordigers van de raad van bestuur van de NMa, alvorens schriftelijk advies uit te brengen aan de raad van bestuur. In het uiteindelijke besluit op het bezwaar kan de raad van bestuur afwijken van het gegeven advies. Dit moet dan wel uitdrukkelijk in het besluit worden gemotiveerd.

Het toezicht op het toezicht verloopt, voor wat betreft het individuele geval via de onafhankelijke rechter. Partijen kunnen altijd in beroep gaan tegen een besluit van de NMa. De rechter kan toetsen of het bestreden besluit rechtmatig is genomen. De rechter zal daarbij ook volledig toetsen

---

<sup>1</sup> «Visie op Markttoezicht», Bijlage bij Kamerstuk 29 200 XIII, nr. 50, vergaderjaar 2003–2004.

of de hoogte van de eventueel door de NMa opgelegde boete evenredig is in verhouding tot de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten.<sup>1</sup> Dit laatste is met name van belang aangezien het voorstel op een aantal punten de boetes aanscherpt. Het toezicht op het toezicht is dus goed geregeld.

Zoals bekend kan de bewijsvoering en beoordeling in mededingingszaken (economisch) complex en specialistisch van aard zijn. Daarom heeft de wetgever gekozen om de rechtsbescherming te concentreren bij de rechtbank in Rotterdam, zodat bij die rechtbank een bundeling van specialistische kennis is ontstaan waardoor er sprake is van effectieve rechtsbescherming. Tegen een uitspraak in eerste aanleg staat hoger beroep bij het CBb open.

De leden van de D66-fractie zouden graag inzicht krijgen in alle kanttekeningen van de NMa over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het wetsvoorstel (uitvoeringstoets) evenals de reactie van het kabinet hierop.

#### *1. Bewijslastverdeling artikel 6, derde lid*

De NMa heeft verzocht de bewijslastverdeling bij de wettelijke exceptie van artikel 6 lid 3 expliciet te regelen. Ik heb dit advies inmiddels opgevolgd door een vierde lid in het wetsvoorstel op te nemen

#### *2. Verplichting tot het opstellen van een accountantsverklaring*

De NMa heeft gewezen op de wenselijkheid ondernemingen te kunnen verplichten aangeleverde boekhoudkundige cijfers op basis waarvan het sanctiebedrag wordt vastgesteld door een onafhankelijke deskundige te laten controleren. Ik heb naar aanleiding daarvan een nota van wijziging voorbereid op grond waarvan de NMa bij twijfel over juistheid/compleetheid van de verstrekte informatie zelf onderzoek kan doen of laten doen in de boekhouding. Hierbij kan de NMa dan op eigen kosten een accountant betrekken. De medewerkingplicht zal dan voor deze controle van de boeken gelden. Deze bevoegdheid met koppeling aan medewerkingplicht moet expliciet worden opgenomen in de wet, aangezien zij niet betrekking heeft op het onderzoekstraject dat leidt tot het opstellen van een rapport.

#### *3. Toezegging*

De NMa heeft gewezen op de wenselijkheid van de introductie van het instrument van de toezegging. Bij dit instrument kan een onderneming voordat de NMa een eventueel onderzoek begint of afrondt de marktsituatie in overeenstemming brengen met de Mededingingswet, waarna de NMa van verder onderzoek af kan zien. Ik onderzoek momenteel of de introductie van dit instrument wenselijk is.

#### *4. Uniformering van de verjaringstermijnen*

De NMa merkt op dat de verjaringstermijnen in Vo 1/2003 langer zijn dan die in het wetsvoorstel. Daardoor kan het voorkomen dat de Europese Commissie nog wel bevoegd is tegen een inbreuk op de Europese mededingingsregels op te treden, maar de NMa niet meer. In verband met de toepassing van de Europese mededingingsregels door de NMa is het wenselijk dat die termijnen gelijk zijn.

Voor zover het gaat om het Europese kartelverbod en verbod van misbruik van een economische machtspositie, ben ik het met de NMa eens dat zij gedurende dezelfde termijn tegen overtredingen van die verboden moet kunnen optreden als de Europese Commissie. Wat het opleggen van een boete of een last onder dwangsom betreft geldt voor de NMa al dezelfde verjaringstermijn als voor de Europese Commissie. Ingevolge artikel 64 jo. 88 en 89 van de Mededingingswet is die verjaringstermijn vijf jaar evenals voor de Europese Commissie op grond van artikel 25, eerste lid, onder b, van Vo. 1/2003. In het in artikel I, onderdeel S, van het wetsvoorstel voor-

---

<sup>1</sup> Preadvies NJV «Toezicht», Prof. Mr. L.F.M. Verhey en Prof. Mr. N. Verheij, 2005.

gestelde nieuwe artikel 64 wordt in de leden 2 tot en met 5 in de Mededingingswet een regeling voor de stuiting van de verjaringstermijn opgenomen die inhoudelijk gelijk is aan die in artikel 25, vijfde en zesde lid, van Vo. 1/2003. Daarmee zijn de termijnen waarbinnen de Europese Commissie en de NMa bevoegd zijn om op te treden tegen overtredingen van de artikelen 81 en 82 EG gelijk. Het door de NMa geschetste probleem dat de Europese Commissie nog wel bevoegd is, maar de NMa niet meer bevoegd is die artikelen toe te passen, zal zich niet meer voordoen. De wenselijkheid dat de NMa gedurende dezelfde termijn bevoegd is om een boete of een last onder dwangsom op te leggen als de Europese Commissie, doet zich echter niet voor bij overtreding van de bepalingen inzake concentraties en de bepalingen inzake de verplichting mee te werken aan onderzoeken van de NMa. Ten aanzien van concentraties die binnen de reikwijdte van het Europese concentratietoezicht vallen, is de Europese Commissie bevoegd en niet de NMa. Het al of niet gelden van gelijke termijnen voor het kunnen optreden wegens het niet naleven van de verplichting tot meewerken staat los van de vraag van de bevoegdheid tot optreden wegens inbreuken op de artikelen 81 en 82 EG. Daarom bestaat ten aanzien van deze verjaringstermijnen en de mogelijkheid van stuiting daarvan geen noodzaak aan te sluiten bij de bepalingen op dit punt in Vo. 1/2003.

#### *5. Wijziging en uniformering van behandeltermijnen bij concentratiezaken*

De NMa wijst op uitval van werkdagen (door feestdagen) bij concentratieprocedures, waar de behandeling aan krappe termijnen gebonden is. Het kabinet heeft er, ondanks de werkdruk bij de NMa, voor gekozen om niet af te wijken van het algemene systeem van de Awb. Dit systeem wordt ook gevolgd bij veel andere vergunningprocedures, zoals milieuvergunningen. Bovendien is snelle behandeling van concentratiezaken in het belang van het Nederlandse bedrijfsleven.

#### *6. Sanctioneren van feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers*

De NMa wijst op het feit dat het diskwalificeren van feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers mogelijk effectiever zou zijn dan het opleggen van boetes. Het kabinet vindt de mogelijkheid van persoonlijke beboeting van feitelijk leidinggevend een voldoende stap voorwaarts in het verbeteren van de effectiviteit van het mededingingsinstrumentarium. Doordat de NMa feitelijk leidinggevend persoonlijk kan beboeten is het mogelijk door een afgewogen clementieprogramma (vermindering van de persoonlijke boetes) voor feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers, een extra mogelijkheid te creëren om overtredingen van de Mededingingswet te achterhalen. Deze mogelijkheid wint extra aan belang omdat hierbij ook leidinggevende personen betrokken kunnen zijn die inmiddels bij een andere onderneming werkzaam zijn, waardoor de belangen van de leidinggevende en de onderneming nog meer uit elkaar kunnen lopen. Hierdoor wint het toezicht op de mededingingsregels aan effectiviteit.

#### *7. Structurele maatregel*

De NMa wijst er op dat de MvT bij de structurele maatregel ten onrechte suggereert dat de structurele maatregel als een soort extra sanctie kan worden ingezet bij recidivisten en dat de NMa de welvaartseffecten moet aantonen bij het inzetten van dit instrument. Omdat op beide punten inderdaad afgeweken werd van de bedoelingen van het instrument en van de Europese equivalent van dit instrument is de memorie van toelichting overeenkomstig de opmerkingen van de NMa aangepast.

#### *8. CAO's*

Volgens de NMa zou de reikwijdte van het in artikel I, onderdeel B, voorgestelde artikel 16, onder b, ruimer zijn dan de Albany-uitspraak rechtvaardig.

dig. Ook de oprichting van bedrijfstakpensioenfondsen die niet in het kader van een collectieve overeenkomst worden gedaan, zou worden vrijgesteld.

Naar mijn mening is dit niet juist. De vrijstelling in onderdeel b. geldt alleen in het geval van «een overeenkomst in een bedrijfstak tussen een of meer werkgeversorganisaties en een of meer werknemersorganisaties». Een bedrijfspensioenfonds dat niet in het kader van een zodanige collectieve overeenkomst wordt opgericht, wordt dus niet vrijgesteld.

De opmerking van de NMa dat het verzoek aan de overheid om deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen in het wetsontwerp ontbreekt, is op zichzelf juist. Voor het opnemen van de voorwaarde dat een zodanig verzoek moet zijn gedaan wil de vrijstelling gelden, bestaat echter geen aanleiding. Het Hof van Justitie EG concludeert dat een collectieve overeenkomst tussen werkgevers- en werknemersorganisaties die een aanvullende pensioenregeling in het leven roept, beheerd door een pensioenfonds «waarbij aansluiting verplicht kan worden gesteld», buiten de werkingssfeer van artikel 81 EG valt. Het verplicht stellen van aansluiting bij een zodanig fonds is dus facultatief. Dit wijst erop, dat een zodanige overeenkomst buiten de werkingssfeer van artikel 81 EG valt (zie r.o. 63, eerste volzin van de Albany-uitspraak), ongeacht of aan de overheid een verzoek is gedaan aansluiting bij het desbetreffende pensioenfonds verplicht te stellen. Volgens de NMa volgt uit de tekst van de vrijstelling in onderdeel c. dat, als een verzoek om verplichtstelling van deelneming aan een beroepspensioenregeling door de Minister van Sociale Zake en Werkgelegenheid is afgewezen, de vrijstelling ten aanzien van de overeenkomst of het besluit in kwestie nooit gegolden heeft. In de memorie van toelichting daarentegen staat dat in een zodanig geval de vrijstelling «niet meer» geldt. Dit punt behoeft volgens de NMa verduidelijking.

Naar mijn mening is de formulering van de vrijstelling in onderdeel c. voldoende duidelijk. Bepaald wordt immers dat de vrijstelling geldt «indien .... het verzoek niet is afgewezen.» Daaruit volgt naar mijn mening ondubbelzinnig dat de overeenkomst of het besluit in kwestie tot het tijdstip van die afwijzing vrijgesteld was.

#### *9. Belasting rechterlijke macht*

De NMa stelt dat de rechterlijke macht zwaarder belast wordt door het overslaan van de bezwaarfase, een toename in het aantal sanctiebesluiten bij de NMa en een toenemende aandacht voor economische aspecten in mededingingsrechtelijke geschillen voor de rechter. Het kabinet ziet het verband tussen dit wetsvoorstel en het toenemende aantal sanctiebesluiten en de toenemende aandacht voor economische aspecten voor de rechter niet. Het overslaan van de bezwaarfase bij de NMa zal niet leiden tot een noemenswaardig groter aantal zaken bij de rechter. De meeste zaken die bij de NMa in bezwaar werden behandeld bij sanctiezaken, werden later tevens in beroep bij de rechtbank behandeld (bij niet-sanctiezaken is dit slechts 30%).

#### *10. Verhouding ZBO Wet:*

De NMa heeft aangegeven dat zowel artikel III als artikel IV de verhouding tot de bepalingen in de ZBO-wet omtrent rechtstreeks beroep regelen. Deze artikelen zijn overbodig nu in artikel XVIII van de Wijziging van de Telecommunicatiewet (Stb 2004, 189) al is bepaald dat de specifieke artikelen omtrent rechtstreeks beroep – die afwijken van de regeling in de Awb – vervallen met inwerkingtreding van de ZBO-wet. Dit is inmiddels gerepareerd (Stb. 2005, 179).

#### *11. Personeel, organisatie en financiën*

De NMa voert aan dat wijzigingen in het concentratietoezicht zullen leiden tot meer werkzaamheden. Naar de mening van het kabinet betreft het hier

een gering aantal zaken (circa 6 per jaar) hetgeen, gezien het over het geheel gering aantal te behandelen concentraties per jaar binnen de bestaande formatie kan worden opgevangen. Daarnaast claimt de NMa dat de (nieuwe) beoordeling van efficiëntieverbeteringen extra werk oplevert. Niet is gebleken dat dezelfde materiële wijziging in de Europese fusiebeoordeling heeft geleid tot een stijging van de werklast bij de Europese Commissie.

Tenslotte voert de NMa een toename van werkzaamheden als gevolg van beboeting van leidinggevenden, intensieve internationale contacten en clementieverzoeken aan. Naar de mening van het kabinet kunnen deze werkzaamheden binnen de bestaande formatie worden opgevangen.

## **2. CONCENTRATIETOEZICHT**

### **Inkoopmacht en de bagatelvrijstelling**

De leden van de CDA-fractie vroegen waarom ik nooit empirisch onderzoek naar inkoopmacht heb willen doen. Zij verwijzen daarbij naar mijn opmerking in mijn brief van 23 oktober 2003 over de evaluatie van de Mededingingswet, dat het in opdracht van MKB-Nederland uitgevoerde onderzoek wel illustraties bevat van de aard van de problematiek van inkoopmacht, maar geen indicaties geeft van de omvang ervan (Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr. 1, bladzijde 19).

Zoals deze leden ook zelf opmerkten heeft de NMa inmiddels haar Visiedocument Inkoopmacht gepubliceerd. Zij heeft dit gedaan aan de hand van eigen onderzoek, onder andere op basis van de haar door het bedrijfsleven verstrekte concrete voorbeelden en informatie. In het visiedocument geeft de NMa een heel duidelijke uitleg van de wijze waarop zij de Mededingingswet toepast ten aanzien van inkoopmacht. Daaruit blijkt dat de Mededingingswet in het algemeen voldoende mogelijkheden biedt om op te treden tegen onaanvaardbare vormen van samenwerking aan de vraagkant of misbruik van een economische machtspositie aan de vraagkant door concentratievorming te voorkomen. Tegen deze achtergrond bestaat er naar mijn mening geen aanleiding voor een extra onderzoek naar het verschijnsel inkoopmacht.

De leden van de CDA-fractie vroegen of ik het omvallen van ondernemingen irrelevant acht voor de mededinging. Ook vroegen zij of faillissementen niet tot afname van de concurrentie leiden, waardoor op termijn (regionale en lokale) oligopolies en monopolies ontstaan. Naar mijn mening is het antwoord op de eerste vraag afhankelijk van de oorzaken die tot het omvallen van een onderneming leiden. Als een onderneming omvalt omdat zij minder efficiënt en daardoor duurder is dan haar concurrenten of omdat er geen of steeds minder vraag bestaat naar haar producten of diensten, is dat omvallen niet meer dan de uitkomst van het marktmechanisme. In een markteconomie is het de consument die beslist of hij bepaalde producten of diensten wil afnemen en tegen welke prijs. Valt een onderneming daarentegen om als gevolg van concurrentiebeperkend gedrag van zijn concurrenten, dan is dat omvallen relevant voor de mededinging. Voor de mededinging is het zeker belangrijk dat tegen zodanige gedragingen wordt opgetreden. Faillissementen leiden in eerste instantie tot minder spelers op een markt, maar dit behoeft geenszins tot het ontstaan van oligopolies of monopolies te leiden. Er is ook in het algemeen geen reden om ter voorkoming van faillissementen de mededinging te beperken. Hiermee zouden immers ook slecht presterende ondernemingen kunstmatig in leven worden gehouden.

De leden van de CDA-fractie wilden ook weten, of de maatschappelijke functie van het midden- en kleinbedrijf een relevante factor is bij de bepaling van de mededingingsrechtelijke positie van het midden- en kleinbedrijf of dat mijn optiek «eng-economisch» is. In mijn optiek zijn de mededingingsregels bedoeld om beperkingen van de concurrentie tegen te gaan, niet omdat de concurrentie een doel op zichzelf is, maar omdat concurrentie leidt tot efficiency, innovatie, lagere prijzen en meer keuzemogelijkheden voor de consument. Kortom, concurrentie bevordert de welvaart. Natuurlijk omvat het begrip welvaart meer dan de genoemde voordelen. Ook zaken als een schoon milieu, een goede gezondheidszorg, sociale voorzieningen en goed onderwijs maken daar deel van uit. In het mededingingsrecht wordt dit ook in die zin onderkend, dat de NMa bij de toepassing van de vrijstelling van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet andere dan economische belangen in haar afwegingen kan betrekken. De mate waarin bij die afweging aan die andere belangen relevantie wordt toegekend, mag echter geen afbreuk doen aan de doelstelling van de Mededingingswet: het bevorderen van de concurrentie. In concreto betekent dit, dat het dienen van die andere dan economische belangen nooit het argument mag zijn om de zogenoemde «hard core-afspraken», zoals prijsbinding, marktverdeling en quoterings, te accepteren. Bij het toelaten van andere afspraken zullen bovendien als voorwaarden moeten worden gesteld, dat zij de concurrentie niet verder mogen beperken dan onmisbaar is voor het bereiken van de beoogde voordelen, dat op de desbetreffende markt voldoende concurrentie moet blijven bestaan en dat een substantieel deel van de bedoelde voordelen aan de consumenten ten goede komt. Naar mijn mening doet deze lijn geen afbreuk aan het belang van de maatschappelijke functie van kleine en middelgrote ondernemingen. Bedacht moet worden dat een effectief mededingingstoezicht juist ook voor kleine en middelgrote ondernemingen van belang is, bijvoorbeeld om voor hen de toetreding tot markten te vergemakkelijken. De versterking van hun positie moet daarom niet worden gezocht in het beperken van de concurrentie, maar in het waarborgen van een aantrekkelijk ondernemersklimaat. Daartoe bestaan andere instrumenten dan de Mededingingswet, zoals het Besluit Borgstelling Midden- en Kleinbedrijf, het locatiebeleid voor bedrijven en voorzieningen en de verbetering van de bestrijding van winkelcriminaliteit.

De leden van de CDA-fractie vroegen mij voorts een beschrijving te geven van de regelingen die de mededingingswetgeving in Frankrijk, Spanje en Duitsland kent om middelgrote en kleine ondernemingen te beschermen tegen inkoopmacht.

De Duitse mededingingswet kent, naast een verbod van misbruik van een economische machtspositie, een verbod van misbruik van economische afhankelijkheid. Van economische afhankelijkheid is onder andere sprake, als een leverancier niet voldoende of geen redelijke mogelijkheden heeft om de goederen of diensten die hij aan een bepaalde afnemer levert, aan een andere afnemer te gaan leveren. Behoort die leverancier tot het midden- en kleinbedrijf, dan is het de eerstbedoelde afnemer verboden zijn sterke marktpositie ten opzichte van die leverancier te misbruiken, bijvoorbeeld door onredelijke inkooprijzen of -voorwaarden af te dwingen. Ook de Franse mededingingswet kent, naast het verbod van misbruik van een economische machtspositie, een verbod van misbruik van economische afhankelijkheid. Of van een economische afhankelijkheid sprake is, wordt onder meer bepaald door de omvang van de leveranties door een leverancier aan een bepaalde afnemer, het belang van die afnemer op de desbetreffende markt, de factoren die leiden tot concentratie van leveranties bij die afnemer en de mogelijkheden voor de leverancier om aan andere afnemers te gaan leveren. Misbruik kan onder andere bestaan uit het afdwingen van onredelijk lage inkooprijzen. Anders dan in de Duitse mededingingswet beperkt het verbod van

misbruik van economische afhankelijkheid zich in de Franse mededingingswet niet tot die gevallen, waarin een onderneming uit het midden- en kleinbedrijf afhankelijk is van een afnemer met een sterke economische positie. De Spaanse mededingingswet voorziet in een verbod van economische afhankelijkheid, vergelijkbaar met dat in de Franse mededingingswet.

De leden van de CDA-fractie vroegen ook, of deze verboden van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid een goede of slechte manier zijn om met inkoopmacht om te gaan. Naar mijn mening overlappen deze begrippen elkaar in belangrijke mate, hoewel in deze wetten de twee afzonderlijke begrippen «economische machtspositie» en «positie van economische afhankelijkheid» naast elkaar worden gebruikt. Factoren als de mogelijkheid van afnemer te veranderen, spelen zowel een rol bij de vraag of een leverancier economisch afhankelijk is van een afnemer als bij de vraag of die afnemer een economische machtspositie heeft ten opzichte van die leverancier. De gedragingen die misbruik van een positie van economische afhankelijkheid kunnen opleveren, zijn dezelfde als de gedragingen die als misbruik van een economische machtspositie aangemerkt kunnen worden. Dit betekent dat het aantonen dat een afnemer misbruik maakt van de positie van economische afhankelijkheid van een leverancier niet eenvoudiger zal zijn dan het aantonen dat die afnemer misbruik maakt van een economische machtspositie ten opzichte van een leverancier. Ik betwijfel dan ook, of die verboden van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid veel betekenis hebben naast het verbod van misbruik van een economische machtspositie en het optreden tegen misbruik van inkoopmacht werkelijk vergemakkelijken.

De leden van de CDA-fractie vroegen waarom ik wat de bagatelvoorziening betreft niet wil aansluiten bij de EG-Bagatelbekendmaking en afwijk van het advies van de SER op dit punt. Ook wilden zij weten waarop ik mijn standpunt baseer dat het voor kleine ondernemingen lastig is hun marktaandeel te bepalen. De leden van de VVD-fractie vroegen, waarom ik de bagatelvoorziening niet wil verruimen door te kiezen voor marktaandeelcriteria, en of een kosten-baten analyse op dit punt wenselijk is.

Mijn overweging om wat de bagatelvoorziening betreft niet aan te sluiten bij de EG-Bagatelbekendmaking is dat de bagatelvrijstelling van artikel 7 van de Mededingingswet een ander doel heeft dan die bekendmaking. Die bekendmaking is bedoeld om met marktaandeelcriteria invulling te geven aan het begrip «merkbare beperking van de mededinging», waarvan sprake moet zijn wil het kartelverbod van artikel 81 EG van toepassing zijn. De bagatelvrijstelling van artikel 7 van de Mededingingswet is bedoeld om bij te dragen aan de doelmatige toepassing van de Mededingingswet door de NMa. Artikel 7 zondert daartoe mededingingsafspraken uit van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van die wet die uit een oogpunt van mededinging van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. Daardoor kan de NMa zich richten op zaken die voor de mededinging ten minste van enig belang zijn. Ook draagt de bagatelvrijstelling bij aan de lastenvermindering voor kleine ondernemingen.

Wil de bagatelvrijstelling aan deze doelstellingen van doelmatigheid en lastenverlichting voldoen, dan moeten de bagatelcriteria naar mijn mening ook gemakkelijk toepasbaar zijn. Het is volgens mij niet moeilijk in te zien dat marktaandelen lastiger toepasbaar zijn dan omzet en aantal ondernemingen. Om te beoordelen of aan een marktaandeelcriterium wordt voldaan, dient immers eerst te worden bepaald wat de relevante markt is en vervolgens wat het aandeel van de betrokken onderneming(en) daarvan is ten opzichte van de andere ondernemingen op de markt. Om te beoordelen of aan de criteria «omzet en aantal ondernemingen» wordt voldaan, behoeven de betrokken ondernemingen alleen naar hun eigen omzet en aantal te kijken, welke gegevens bij hen bekend



en voor de uitvoeringsinstantie (NMa) verifieerbaar zijn. Ook de SER noemt in zijn advies «Evaluatie en aanpassing van de Mededingingswet» (Publicatienummer 6, 16 mei 2003) als voordelen van het omzetcriterium, dat het transparant en eenduidig is en minder administratieve lasten voor ondernemingen met zich brengt dan het marktaandeelcriterium. De criteria omzet en aantal ondernemingen zijn echter absolute criteria en geven geen indicatie van de marktmacht van de betrokken ondernemingen. Het risico bestaat daarom dat kartels worden vrijgesteld, omdat omzet en aantal van de betrokken ondernemingen beneden die drempels liggen, terwijl die kartels toch marktbeheersend zijn. Vooral op lokale en regionale markten kan daarvan sprake zijn. Om dit risico te beperken zijn die drempels op een relatief laag niveau vastgesteld. Dit is met name van belang, omdat er voor is gekozen dat ook hard core-afspraken onder de bagatelvrijstelling vallen. Daarom vind ik het niet wenselijk de bestaande bagatelvoorziening te verruimen. Een kosten-baten analyse van de bagatelbepaling, waarop de leden van de VVD-fractie doelden, vind ik niet nodig. Op de problematiek van de bagatelvrijstelling is uitvoerig ingegaan in de memorie van toelichting bij de Mededingingswet (Kamerstukken 1995/96, 24 707, nr. blz. 16).

In dit verband wijs ik er ook op dat aanpassing van de bagatelvoorziening in de Mededingingswet aan de EG-Bagatelbekendmaking, zoals deze leden bepleiten, niet in alle opzichten een verruiming zou betekenen. Deze aanpassing zou immers inhouden dat hard core-afspraken ook onder de Mededingingswet geacht worden de mededinging altijd merkbaar te beperken. Zij zouden dus altijd verboden zijn, ongeacht het marktaandeel. Ook de SER wijst hierop in zijn advies (blz. 54–56). Uit een oogpunt van convergentie met Europees beleid kiest de SER voor de marktaandeelcriteria uit de EG-Bagatelbekendmaking. Enkele leden van de SER zijn er voorstander van om ook hard core-afspraken, zoals collectief onderhandelen, onder de bagatelvoorziening te laten vallen, als aan de bagatelcriteria wordt voldaan. Volgens die leden zouden ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf daardoor ruimte voor samenwerking krijgen als tegenwicht tegen grote leveranciers en afnemers. De meerderheid van de SER is echter van mening dat het toelaten van hard core-afspraken daartoe niet het geschikte instrument is.

Naar aanleiding van de vraag van de leden van de VVD-fractie wat de voor- en nadelen zijn van het marktaandeelcriterium en in hoeverre Nederland wat de bagatelvoorziening betreft afwijkt van andere EU-landen merk ik het volgende op. De nadelen die marktaandeelcriteria uit een oogpunt van toepasbaarheid, controleerbaarheid en beperking van administratieve lasten hebben heb ik al genoemd. Het belangrijkste voordeel van dit soort criteria is, dat zij economisch gezien een indicatie geven van de marktmacht van een onderneming, terwijl omzet en aantal ondernemingen alléén dat niet doen. Een keuze voor marktaandeelcriteria zou op zichzelf ook passen bij het uitgangspunt van de Mededingingswet zoveel mogelijk aan te sluiten bij de EG-mededingingsregels. Ook verschillende EU-landen hebben een vergelijkbare bagatelvoorziening. Zo hebben het Verenigd Koninkrijk en Duitsland een systeem waarbij het begrip «merkbaarheid» («appreciability» respectievelijk «Spürbarkeit») van de beperking van de mededinging via beleidsregels wordt ingevuld met marktaandeelcriteria. De Franse mededingingswet kent geen bagatelvoorziening, maar de rechter heeft wel de mogelijkheid om bij de vaststelling van de boete rekening te houden met het geringe belang van een verboden afspraak.

De leden van de VVD-fractie vroegen of ik erken dat inkoopmacht in markten waarin eenvoudig toetredingsbarrières opgeworpen kunnen worden, een probleem kan vormen in termen van welvaartsverliezen.

Zoals ik heb aangegeven in mijn brief van 23 oktober 2003 aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr. 1), is van welvaartsverliezen als gevolg van inkoopmacht sprake, als een onderneming met inkoopmacht de voordelen die zij bij inkoop behaalt niet doorgeeft aan de consument. Van dit laatste zal sprake zijn, als die onderneming niet alleen over inkoopmacht beschikt, maar ook aan de verkooptant een economische machtspositie heeft. Of van een economische machtspositie sprake is, is afhankelijk van verschillende factoren, onder andere van het al dan niet bestaan van mogelijkheden van toetreding van nieuwe bedrijven tot de desbetreffende markt.

Naar aanleiding van de vraag van deze leden, of de NMa voldoende onderzoeksbevoegdheden heeft om dit probleem op te lossen, merk ik op dat een belangrijke conclusie uit het evaluatierapport is dat de handhaving van de Mededingingswet niet op alle punten effectief is. Daarom heb ik in mijn brief aan de Tweede Kamer als een van de punten waarop wetswijziging nodig is om de effectiviteit en doelmatigheid te vergroten, genoemd de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de NMa. Zoals ik in mijn brief van 24 april 2004 (Kamerstukken II 2003/04, 29 276, nr. 9) heb aangegeven, geef ik er de voorkeur aan deze uitbreiding in een afzonderlijk wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet te regelen.

Wat de problematiek van artikel 24 van de Mededingingswet betreft waarop deze leden mij verzochten in te gaan, verwijs ik naar mijn brief van 23 oktober 2003. Daarin heb ik, kort samengevat, geschreven, dat een goed inzicht in de kostenopbouw van goederen of diensten van een onderneming met een economische machtspositie van cruciaal belang is voor het bestrijden van misbruik van die positie. De administraties van ondernemingen die verschillende producten leveren zijn voor de NMa echter veelal weinig bruikbaar, omdat de kosten van het product ten aanzien waarvan een onderneming een economische machtspositie heeft, niet zijn geëxpliciteerd. Toedeling van de gemeenschappelijke kosten aan de verschillende producten is daardoor vaak een probleem. Het kabinet heeft daarom overwogen in de Mededingingswet voor de NMa de bevoegdheid op te nemen om aan ondernemingen met een economische machtspositie het voeren van een doorzichtige boekhouding op te leggen. Uiteindelijk heeft het kabinet daar echter van afgezien, omdat een zodanige verplichting voor de betrokken ondernemingen onevenredig grote administratieve lasten met zich brengt.

De vraag van deze leden of ik kan aangeven wat de precieze verschillen zijn tussen inkoopmacht en verkooptant in termen van de Mededingingswet beantwoord ik als volgt. Gemakshalve ga ik er daarbij van uit dat deze leden met verkooptant doelden op de situatie waarin een onderneming een economische machtspositie heeft aan de verkooptant en bij inkoopmacht een economische machtspositie aan de inkoopkant. Het bestaan van een economische machtspositie als zodanig is nog niet in strijd met de Mededingingswet, ongeacht of het om verkoop- of inkoopmacht gaat. Eerst als van een economische machtspositie misbruik wordt gemaakt, is er sprake van strijd met artikel 24 van de Mededingingswet. In het algemeen zal er bij een economische machtspositie aan de verkooptant eerder sprake zijn van misbruik dan bij een economische machtspositie aan de inkoopkant. Zolang een onderneming geen economische machtspositie aan de verkooptant heeft, zal zij gedwongen zijn voordelen die zij heeft behaald dankzij een economische machtspositie aan de inkoopkant door te geven aan de consument. Van misbruik van inkoopmacht zal dan geen sprake zijn. Als een onderneming daarentegen een economische machtspositie aan de verkooptant heeft, bestaat er voor haar geen stimulans om inkoopvoordelen of eventuele efficiencyvoordelen aan de consument door te geven in de vorm van lagere prijzen. Een ander verschil is dat een onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopkant er geen belang bij heeft een leverancier zodanig

onder druk te zetten dat dit leidt tot diens uittreding uit de markt. Een onderneming met een economische machtspositie aan de verkoopkant kan er juist wel belang bij hebben haar economische machtspositie te misbruiken. Zij kan concurrenten van de markt verdringen om daarmee haar eigen economische machtspositie verder te versterken met alle nadelige gevolgen van dien voor de concurrentie en daarmee uiteindelijk voor de consument.

### **Verkoop met verlies**

De leden van de CDA-fractie vroegen wat naar mijn mening de betekenis is van de beschikking van de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Landbouw en Visserij van 18 januari 1960, Stcrt. 19 januari 1960, 12, inzake de «Haarlemse Bakkers» voor de huidige mededingingsrechtelijke grenzen aan verkoop met verlies. Naar mijn mening heeft deze beschikking geen betekenis voor de huidige mededingingsrechtelijke grenzen aan verkoop met verlies. Deze grenzen werden ten tijde van deze beschikking gesteld door artikel 24 van de Wet economische mededinging (Stb. 1958, 413), maar met ingang van 1 januari 1998 gebeurt dat door artikel 24 van de Mededingingswet. In de eerste plaats verschillen deze artikelen wat hun systematiek betreft. Artikel 24 van de Wet economische mededinging bood alleen de mogelijkheid om aan ondernemingen betrokken bij een economische machtspositie verplichtingen of voorschriften op te leggen, artikel 24 van de Mededingingswet bevat een verbodsbepaling. In de tweede plaats was het begrip «economische machtspositie» in artikel 24 van de Wet economische mededinging niet ontleend aan het Europese mededingingsrecht, in artikel 24 van de Mededingingswet wel. Het is daarom zeer de vraag of ook onder artikel 24 van de Mededingingswet geconcludeerd zou kunnen worden dat de zestien bakkerijbedrijven uit de beschikking gezamenlijk een economische machtspositie innamen, zoals in de beschikking werd geconcludeerd. In de derde plaats was het criterium om artikel 24 van de Wet economische mededinging toe te passen dat een economische machtspositie «met het algemeen belang strijdige gevolgen» heeft. In de beschikking werden die gevolgen aanwezig geacht, omdat de zestien bakkerijbedrijven bepaalde soorten brood tegen zodanig lage prijzen verkochten dat andere bedrijfsgenoten hun prijzen hebben moeten verlagen tot een niveau dat voor een efficiënt werkend normbedrijf ernstig verlies oplevert. Het criterium voor toepassing van het verbod van artikel 24 van de Mededingingswet is echter, dat sprake is van «misbruik» van een economische machtspositie. Voor hetgeen onder misbruik moet worden verstaan is de Europese jurisprudentie richtinggevend. Afgaande op deze jurisprudentie (HvJEG 2 juli 1991, Akzo Chemie t. Commissie, C-62/86, Jur. 1991, p. I-3359, r.o. 71–72; HvJEG 14 november 1996, Tetra Pak II, C-333/94P, Jur. 1996, p. I-5987, r.o. 41) is van misbruik sprake als ondernemingen:

- a. ofwel verkopen tegen prijzen beneden het niveau van hun gemiddelde variabele kosten,
- b. ofwel verkopen tegen prijzen beneden het niveau van hun gemiddelde totale kosten, maar boven dat van hun gemiddelde variabele kosten en die prijzen zijn vastgesteld in het kader van een plan dat ten doel heeft een concurrent uit te schakelen.

Het is zeer onwaarschijnlijk dat het prijsgedrag van de zestien bakkerijbedrijven, zoals in de beschikking omschreven, als misbruik in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet had kunnen worden aangemerkt.

De leden van de CDA-fractie vroegen wanneer ik het antwoord van de NMa verwacht op mijn vraag of de NMa aanleiding ziet voor een onderzoek naar overtreding van het verbod van misbruik van een economische machtspositie door ondernemingen die in het kader van de prijsenslag in

de supermarktbranche met verlies verkopen. Ook vroegen deze leden of het onderzoek naar de belangrijkste effecten van wetgeving in EU-landen die verkoop onder inkoopprijs tegengaat, en naar de haalbaarheid van de introductie van vergelijkbare wetgeving in Nederland, inmiddels is afgerond.

Bij brief van 1 juli 2005 (Kamerstukken II 2004/05, 29 800 XIII, nr. 86) hebben de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en ik de Tweede Kamer geschreven dat het kabinet geen aanleiding ziet voor invoering van een verbod van verkoop beneden inkoopprijs. Wij hebben ons daarbij mede gebaseerd op de rapporten «Verbod op verkoop beneden de inkoopprijs» en «What is the impact of a minimum price rule?» die wij met die brief hebben meegezonden. Eerstgenoemd rapport bevat de resultaten van het door het EIM in opdracht van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en mij uitgevoerd onderzoek naar wettelijke verboden van verkoop beneden de inkoopprijs in EU-landen. Het tweede rapport bevat de resultaten van het in opdracht van mij door Oxera uitgevoerd onderzoek naar de gevolgen voor de consument van een eventueel verbod van verkoop beneden de inkoopprijs. Op basis van de in het eerstgenoemde rapport geschetste ervaringen in andere EU-lidstaten is het niet aannemelijk dat met een verbod van verkoop beneden inkoopprijs de afkalving van het aantal en het marktaandeel van kleine en middelgrote ondernemingen kan worden tegengegaan. Bovendien zouden naleving en handhaving van een zodanig verbod problematisch zijn. Een verbod van verkoop beneden inkoopprijs zou hiermee in belangrijke mate «symboolwetgeving» zijn, hetgeen niet spoort met het kabinetsbeleid met betrekking tot het terugdringen van overbodige regelgeving. Het kabinet is daarom geen voorstander van invoering van een zodanig verbod. Voor de nadere overwegingen die het kabinet tot dit standpunt hebben gebracht verwijs ik u naar de brief van 1 juli 2005. Met deze brief is ook een kopie meegestuurd van de brief van 23 juni 2005 van de directeur-generaal van de NMa, waarin hij schrijft geen aanleiding te zien voor een onderzoek naar overtreding van het verbod van misbruik van een economische machtspositie in de supermarktbranche. De concurrentiestrijd tussen supermarktketens toont volgens hem aan dat er in Nederland geen supermarktketens zijn die het zich kan veroorloven om bij de prijsstelling op de afzetmarkt geen rekening te houden met de door concurrenten gehanteerde prijzen, zonder klanten en marktaandeel te verliezen. Dit betekent dat er op dit ogenblik geen sprake is van een economische machtspositie van een supermarktonderneming op de afzetmarkt. Voor de nadere overwegingen van de directeur-generaal verwijs ik naar zijn brief van 23 juni 2005.

### **Supercomplaint**

De leden van de CDA-fractie zijn van mening dat consumenten de primaire doelgroep zijn van de Mededingingswet en vroegen, mede gelet hierop om een uiteenzetting van de voor- en nadelen van een helder gedefinieerde supercomplaint.

Voor wat betreft de stelling van de leden van de CDA-fractie dat de consumenten de primaire doelgroep van de Mededingingswet vormen wil ik het volgende zeggen. De Mededingingswet beoogt primair het gedrag van ondernemingen te reguleren in die zin dat er regels gesteld worden aan het economisch handelen van die ondernemingen met als achterliggende doelstelling gezonde concurrentieverhoudingen te garanderen en anti-competitief gedrag te verbieden. Uiteraard gebeurt dit vanuit de overweging dat gezonde concurrentieverhoudingen uiteindelijk aan de consument ten goede komen, in de vorm van lagere prijzen, meer keuze en hogere kwaliteit. In die zin dient de Mededingingswet natuurlijk het belang van consumenten. Dit maakt dat ik de navolgende visie op de supercomplaint heb. Het instrument van de zogenaamde supercomplaint

is opgenomen in de Britse Enterprise Act. Op grond van artikel 11 van die wet kan een daartoe door de Secretary of State aangewezen consumentenorganisatie bij de Britse mededingingsautoriteit (OFT) een klacht indienen over «any feature, or combination of features, of a market in the United Kingdom for goods or services that is or appears to be significantly harming the interests of consumers». Het OFT moet vervolgens binnen 90 dagen aangeven of naar aanleiding van de klacht actie zal worden ondernomen of niet, en in het geval tot actie wordt overgegaan zal het OFT moeten aangeven tot welke actie het OFT zal overgaan. Hierbij is van belang dat het OFT naast taken op het gebied van het mededingingsrecht tevens verantwoordelijk is voor de handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming. Het OFT ziet daarom onder andere toe op de naleving van wetgeving omtrent oneerlijke voorwaarden in consumentencontracten en wetgeving omtrent misleidende reclame en eerlijke handel. Een algemeen klachtrecht voor een consumentenorganisatie op een dergelijk breed terrein kennen wij in Nederland nog niet, en past, om hieronder aangegeven redenen, naar mijn mening ook niet in de Mededingingswet. Het belangrijkste voordeel van een supercomplaint zou kunnen zijn dat het daarmee voor consumentenorganisaties veel eenvoudiger wordt om belangen van consumenten die in het geding zouden kunnen komen door mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen onder de aandacht van de toezichthouder te brengen en dat deze organisaties daarin ook een formele positie krijgen. Het probleem dat zij niet als belanghebbende in de zin van de Awb beschouwd worden, omdat hun statutaire doelstelling te ruim is, is daarmee van de baan. Er zijn echter ook nadelen verbonden aan de zogenaamde supercomplaint. Een daarvan wordt door deze leden zelf aangegeven. Invoering van een supercomplaint kan leiden tot een groot aantal klachten. Behandeling van een groot aantal klachten kan inderdaad leiden tot een minder effectief optreden van de NMa, zeker als deze organisaties ook nog het recht zouden krijgen om bezwaar te maken tegen het oordeel van de NMa om een klacht op een bepaalde manier op te lossen, of niet verder te onderzoeken. Een tweede argument is van wat principiële aard: gelet op de aard van de bepalingen van de Mededingingswet zoals hierboven betoogd, ben ik van mening dat het minder passend is consumentenorganisaties als direct belanghebbenden in de zin van de Algemene wet bestuursrecht aan te merken in zaken waarbij ondernemingen mededingingsbeperkend gedrag vertonen. De direct belanghebbenden zijn niet de consumentenorganisaties, maar grof gesteld de ondernemingen die als gevolg van het mededingingsbeperkende gedrag van anderen op de markt direct nadeel ondervinden. De Mededingingswet heeft als doelstelling dit concurrentieverstorende gedrag te beteugelen teneinde te bevorderen dat er een markt is waarop eerlijke concurrentieverhoudingen gelden. Het toekennen van klachtrecht aan consumentenorganisaties is daarvoor niet strikt vereist. Ik wijs er op dat ook onder het huidige wettelijke kader, dus zonder de mogelijkheid van een supercomplaint, consumentenorganisaties bij de NMa een klacht kunnen indienen over mededingingsbeperkend gedrag van ondernemingen. Ook als deze organisaties formeel niet ontvankelijk zijn kunnen de klachten door de NMa ambtshalve behandeld worden indien er sprake is van serieuze aanwijzingen dat er mogelijk sprake kan zijn van een inbreuk op de Mededingingswet. Al met al kom ik dus tot de conclusie dat ik geen voorstander ben van het invoeren van de zogenaamde supercomplaint in de Mededingingswet. Ik wijs er wel op dat met ingang van 1 januari 2007 de consumentenautoriteit van start zal gaan die zich zal gaan bezig houden met de handhaving van regels ter bescherming van de consumenten zoals bijvoorbeeld regels met betrekking tot algemene voorwaarden, met de handhaving van de Colportagewet en de Prijzenwet en (in de toekomst) met de handhaving van regels met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken. De Staatssecretaris van Economische Zaken heeft u hierover

### **Taakverdeling NMa-EC**

De leden van de PvdA-fractie wilden weten hoe de taakverdeling tussen de NMa en de EC is geregeld. Meer specifiek vroegen zij hoe tussen beide organisaties afstemming plaatsvindt t.a.v. prioriteitstelling bij onderzoek naar naleving van de mededingingswetgeving bij hybride organisaties (tussen markt en overheid) zoals Artis en Blijdorp.

De taakverdeling tussen de NMa en de EC is geregeld in Verordening 1/2003. De taakverdeling tussen de nationale mededingingsautoriteiten van de lidstaten gebeurt binnen het kader van het netwerk van Europese mededingingsautoriteiten. Verordening 1/2003 is gebaseerd op een stelsel van parallelle bevoegdheden, waarbij zowel de EC als alle nationale mededingingsautoriteiten bevoegd zijn om de communautaire mededingingsregels toe te passen en verantwoordelijk zijn voor een doeltreffende zaakverdeling ten aanzien van zaken waarvoor een onderzoek noodzakelijk wordt geacht. Op grond van dit stelsel van parallelle bevoegdheden kunnen zaken worden behandeld door:

- a. één enkele nationale mededingingsautoriteit, eventueel bijgestaan door mededingingsautoriteiten van andere lidstaten, of
- b. verschillende nationale mededingingsautoriteiten die parallel optreden, of
- c. de Commissie.

De nationale mededingingsautoriteiten informeren de Commissie over de zaken waarin zij het communautaire mededingingsrecht toepassen. Na overleg met de nationale mededingingsautoriteit kan de Commissie de zaak van de nationale mededingingsautoriteit overnemen. Dit zal met name kunnen worden gedaan in zaken die in meerdere lidstaten effect sorteren, waardoor het effectiever is indien de Commissie de zaak behandelt in plaats van meerdere nationale mededingingsautoriteiten. In de bekendmaking over samenwerking binnen het ECN zijn hiervoor allocatiecriteria opgenomen (2004/C 101/03).

De Commissie en nationale mededingingsautoriteiten stemmen hun prioriteiten niet formeel op elkaar af. Wel maken zowel de Commissie als de NMa hun prioriteiten openbaar, zodat zij op de hoogte zijn van elkaars prioriteiten en daarmee bij de eigen werkzaamheden rekening kunnen houden. Ook bestaat er over en weer inzicht in elkaars lopende onderzoeken, waardoor ook prioritering en afstemming kan plaatsvinden.

Er bestaan op dit moment geen wettelijke regels op Europees of nationaal niveau met betrekking tot Markt en Overheid. Daarom vindt er op dit terrein geen afstemming plaats tussen de NMa en de EC. Hiervoor heb ik uiteengezet dat op nationaal niveau gedragsregels in voorbereiding zijn, die worden opgenomen in de Mededingingswet.

### **Combinatievrijstelling**

De leden van de PvdA-fractie vroegen de regering in te gaan op de verschillende rapporten die zijn verschenen over de vrijstelling van combinatieovereenkomsten. Ook wilden zij het standpunt van de regering weten ten aanzien van de toekomst van die vrijstelling. Verder vroegen zij hoeveel combinaties jaarlijks worden gevormd, hoeveel formatieplaatsen het de NMa zou kosten om combinatieovereenkomsten vooraf te toetsen en of de NMa richtsnoeren over de toelaatbaarheid van combinatieovereenkomsten kan opstellen. Ik zeg deze leden toe op hun vragen in te

gaan in de brief die ik de Tweede Kamer over het onderwerp combinatie-overeenkomsten op korte termijn zal toesturen.

### **Materiële criterium**

De leden van de PvdA-fractie wilden weten in hoeverre het aanpassen van het materiële criterium aan de Europese concentratieverordening gevolgen heeft voor toekomstige fusies in de energiesector.

Tekstueel wordt het materiële criterium inderdaad aangepast aan de tekst van de nieuwe Europese concentratieverordening. Het gaat echter niet om een inhoudelijke aanpassing van het criterium, maar om een verduidelijking ervan. In de voorgestelde tekst wordt beter dan in de huidige tekst tot uitdrukking gebracht dat de beoordeling van een concentratie draait om de vraag of de concentratie de daadwerkelijke (effectieve) mededinging significant beperkt. Dit is in lijn met het standpunt van de Europese Commissie ten aanzien van de herziening vorig jaar van het materiële criterium in de Europese regelgeving: *«The Commission regards this change in the wording of the text as a clarification of, rather than an addition to, its powers. This provides legal certainty for the business community by making it clear that the text enshrined in the regulation covers all those categories of anti-competitive mergers»*.<sup>1</sup>

De ervaring van de NMa en de Europese Commissie is dat een te strikte lezing van de huidige wettekst leidt tot een onvolledige toetsing van een concentratie. Voor de beoordeling of tengevolge van een concentratie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging ontstaat, hanteert de NMa een bredere, meer economische invulling van de dominantietoets. Dit ook in navolging van de praktijk van de Europese Commissie, die in de uitspraken van het Europese Hof ondersteuning heeft gevonden voor haar meer economische invulling van de dominantietoets. Niet iedereen is echter van mening dat aan de dominantietoets een bredere economische invulling gegeven kan worden, zonder dat dit in de tekst expliciet tot uitdrukking is gebracht. Met de voorgestelde wetstekst wordt het materiële criterium in dit verband verduidelijkt.

Er zijn derhalve geen gevolgen te verwachten voor toekomstige fusies in de energiesector, of welke sector dan ook. Met de tekstuele aanpassing van het criterium worden wel eventuele discussies over de reikwijdte van de toets weggenomen. Aldus is de rechtszekerheid gediend.

Voorts vroegen de leden van de PvdA-fractie of in het verleden afgewezen fusies van Nederlandse energiebedrijven met het aangepaste criterium wel toelaatbaar worden geacht.

Er zijn in het verleden door de NMa nog nooit fusies van Nederlandse energiebedrijven afgewezen. In twee gevallen zijn bepaalde voorwaarden gesteld aan de vergunning, waaronder in een geval de afstoting van een bedrijfsonderdeel, waarna deze fusies doorgang konden vinden. In een geval is een vergunning vereist, maar is het vergunningverzoek door partijen gedurende de procedure ingetrokken. Omdat er sprake is van een verduidelijking en geen wijziging van het materiële criterium, en het criterium in de praktijk derhalve reeds enkele jaren wordt toegepast, zullen fusies op dezelfde wijze worden beoordeeld. Iedere toekomstige fusie zal voorts op zijn merites en afhankelijk van de marktomstandigheden van dat moment beoordeeld worden.

---

<sup>1</sup> Commissie memorandum: MEMO/04/9, van 20/01/2004. Zie IP/04/70 op [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

### 3. SANCTIONERING

#### Opleggen van boete aan opdrachtgever of feitelijk leidinggevende

De leden van de CDA-fractie stelden mij de vraag of ik onderschrijf dat ondernemingen van bepaalde overtredingen van de Mededingingswet meer profijt hebben dan van andere. In algemene zin kan inderdaad worden gezegd dat een onderneming meer profijt zal hebben van het maken van een hardcore overtreding (een afspraak over de prijs of het verdelen van de markt) dan van een andersoortige overtreding. Dit betekent echter niet dat een bepaalde categorie van overtreding altijd meer profijt oplevert, aangezien dit van meer factoren afhankelijk is, zoals de duur ervan. Voorts blijkt uit onderzoek dat gelijksoortige inbreuken tot een verschillend profijt kunnen leiden. Brannman en Klein (1992) concludeerden in hun studie bijvoorbeeld dat door vooroverleg bij biedingen in North-Carolina de prijzen 18% hoger kwamen te liggen, terwijl zij tevens concludeerden dat de prijzen in South Dakota 6,5% hoger kwamen te liggen.

Tevens wilden de leden van de CDA-fractie graag weten of het klopt dat de pakkans niet voor elke overtredingscategorie gelijk is. Helaas zijn er weinig tot geen empirische studies gedaan naar de pakkans per categorie. Dit wordt veroorzaakt door het feit dat men alleen op de hoogte is van opgespoorde kartels en niet van alle kartels. Hierdoor is het in het algemeen niet mogelijk om de pakkans te berekenen. Wel zijn er uiteraard handelingen die noodzakelijkerwijs kenbaar zijn voor betrokkenen, zoals een leveringsweigering.

Daarnaast wilden de leden van de CDA-fractie graag onderbouwd zien waarom er niet is gekozen voor maatwerk binnen het sanctie-instrumentarium.

Ik wil de leden van de CDA-fractie er graag op wijzen dat er binnen het huidige systeem reeds maatwerk bestaat. Ten eerste in de Mededingingswet. De NMa kan hogere boetes opleggen voor materiële inbreuken dan voor formele inbreuken. Zo kan overtreding van het kartelverbod worden beboet met maximaal 10% van de jaaromzet, terwijl voor overtreding van de medewerkingsplicht een maximum boete van € 450 000, dan wel 1% van de jaaromzet bestaat. Voorts houdt de NMa bij de boetetoemeting rekening met het profijt dat een onderneming van een bepaalde overtreding heeft. Zoals de NMa in haar Richtsnoeren Boetetoemeting beschrijft houdt zij rekening met de ernst van de overtreding. De boete wordt gebaseerd op de betrokken omzet van de onderneming. Vervolgens wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een bepaalde factor afhankelijk van de zwaarte van de overtreding. Overtredingen waar een onderneming meer profijt van heeft worden zwaarder beoordeeld en dus zal de boete voor deze overtredingen hoger zijn. Daarnaast kan de NMa boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen. Dit systeem leidt tot maatwerk bij het opleggen van sancties, waarbij rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het concrete geval en met de aard van de betrokken onderneming.

De leden van de PvdA-fractie vroegen hoe de toetsing is geregeld van de 2e en 3e meldingen in het kader van het clementieprogramma en hoe het beginsel van hoor en wederhoor beter kan worden geregeld. Voorts vroegen zij of het juist is dat een verlaging van de boete alleen mogelijk is als informatie een bepaalde additionele waarde heeft en of het juist is dat daardoor een pervers effect optreedt. Ook de leden van de SP-fractie en die van de D66-fractie vroegen hoe de perverse effecten van de clementieregeling kunnen worden vermeden.

De vraagstelling suggereert dat het voor betrokkenen die niet als eerste een beroep doen op de clementieregeling aantrekkelijk is om de inbreuk



zwaarder aan te zetten dan feitelijk juist is. Gesuggereerd wordt dat dit gedrag uitgelokt wordt door de clementieregeling omdat alleen dan (als tweede of derde melder) nog van de clementieregeling geprofiteerd zou kunnen worden. Ik zal hieronder uiteenzetten waarom deze veronderstelling onjuist is.

Aan de hand van het materiaal waarover de NMa reeds de beschikking heeft, wordt beoordeeld of het door de tweede of volgende clementieverzoeker aangeleverde materiaal nog toegevoegde waarde heeft, dat wil zeggen dat het bij kan dragen aan het bewijs van de overtreding. Deze beoordeling is derhalve afhankelijk van wat zich in het betrokken geval in het dossier bevindt. Is het bewijs waarover de NMa reeds beschikt mager, dan zal er eerder sprake kunnen zijn van additionele waarde dan ingeval de NMa reeds over veel bewijs beschikt. Tweede en volgende clementieverzoeken kunnen voorts additionele waarde hebben door de bevestiging en daarmee versterking van eerder bewijs die zij kunnen bieden. Gedurende de clementieprocedure is er regelmatig contact met de clementieverzoeker. Indien een clementieverzoeker met het clementiebureau van gedachten wil wisselen over informatie, wordt daartoe in beginsel de gelegenheid geboden. Bovendien zal de NMa met de clementieverzoeker willen spreken teneinde zo mogelijk meer informatie boven tafel te krijgen. Tijdens de rapport- en sanctieprocedure (waarbij de rapportprocedure doorgaans overlapt met de clementieprocedure) gelden bovendien de formele (wettelijke) regels van hoor en wederhoor zoals die ook gelden voor de andere bij de overtreding betrokken ondernemingen. Wat betreft het toegekende percentage boetereductie is er gedurende de clementie- en rapportprocedure geen hoor en wederhoor. In deze fase staat de vaststelling van de overtreding centraal en niet de vaststelling van de hoogte van een boete. Nadat een sanctiebesluit is genomen, kan een onderneming in bezwaar tegen dit sanctiebesluit (ook) het percentage boetereductie aanvechten. In deze bezwaarfase vindt hoor en wederhoor plaats. De NMa is van mening dat de huidige regels van hoor en wederhoor voldoen.

Van een pervers effect is in de praktijk tot nog toe niet gebleken, noch is er aanleiding voor dit effect in de toekomst te vrezen. De rapportprocedure biedt voldoende waarborgen om dit te voorkomen. In «gewone» clementiezaken is meestal sprake van één clementieverzoeker. De informatie die door de clementieverzoeker wordt aangeleverd wordt vergeleken met het materiaal dat het onderzoeksdossier (uiteindelijk) bevat. Bij de bouwzaken is wel sprake van grote aantallen clementieverzoekers. De door de verschillende clementieverzoekers aangeleverde informatie vertoont een grote mate van consistentie en coherentie. Zodra er sprake is van afwijkende informatie volgt nader onderzoek. Een bewezenverklaring van een overtreding wordt bovendien nooit gestoeld op één bron. De informatie van de clementieverzoeker zal dus vanuit één of meer andere bronnen bevestigd moeten worden. Daarnaast wordt het door de clementieverzoeker aangeleverde materiaal onderzocht in het licht van deze andere bronnen en op authenticiteit geanalyseerd, waarna zo nodig nog een verhoor volgt. Mocht gedurende de procedure blijken dat de clementieverzoeker te kwader trouw een onjuist beeld heeft gecreëerd, kan dit bovendien leiden tot een verval van de clementietoezegging of tot een strafkorting op de boetereductie.

De leden van de PvdA-fractie vroegen welke effecten tot nu toe zichtbaar zijn met betrekking tot de aanscherping van de medewerkingsplicht d.d. 1 augustus 2004. Voorts wilden zij weten of er sinds die tijd boetes zijn uitgedeeld en zo ja, hoe hoog deze waren. Tot slot vroegen zij of de medewerkingsplicht beter is nagekomen.

Vòòr 1 augustus 2004 is in zes gevallen rapport opgemaakt wegens overtreding van de medewerkingsplicht. Daarna heeft de NMa geen rapport meer opgemaakt wegens overtreding van de medewerkingsplicht. Dit

duidt erop dat de verhoging van de maximale boete op niet-meewerken een afschrikwekkende werking heeft.

De leden van de PvdA-fractie stelden de vraag hoe effectief buitenlandse stelsels zijn waarbij opsporing en vervolging en strafoplegging gesplitst zijn. Voorts stelden zij de vraag hoe daar omgegaan wordt met mogelijke overbelasting van rechtbanken. Ook wilden zij weten of een splitsing in Nederland er ook toe zou leiden dat rechtbanken hun personeelscapaciteit en hun deskundigheid ten aanzien van mededingingsvraagstukken zouden moeten uitbreiden. Zij stelden voorts de vraag hoeveel geld dit zou kosten.

Van de vijftientig lidstaten van de Europese Gemeenschap hebben negen lidstaten een stelsel waarbij het onderzoek naar kartels en de strafoplegging volledig gesplitst zijn. Bij de overige lidstaten en bij de Europese Commissie is de instantie die het onderzoek verricht ook de instantie die de sancties oplegt. Over de effectiviteit van de landen waarbij onderzoek en strafoplegging zijn gesplitst kan bij afwezigheid van hierop gericht onderzoek geen volledig beeld worden geschetst. Wel is het zo dat in de op 22 juni gepubliceerde Global Competition Review, waarbij de mededingingsautoriteiten wereldwijd beoordeeld zijn, de NMA tot de top van de meest effectieve mededingingsautoriteiten wordt gerekend. Bij de eerste vijf Europese mededingingsautoriteiten in dit onderzoek bevindt zich slechts één mededingingsautoriteit met een volledig gesplitst stelsel, te weten Frankrijk.

Een splitsing zou een aanzienlijke uitbreiding van de personeelscapaciteit en deskundigheid bij de rechtbanken tot gevolg moeten hebben. Niet is aan te geven hoeveel geld hiermee gemoeid zou zijn, omdat dat mede afhangt van hoeveel rechterlijke capaciteit hiervoor beschikbaar zal worden gesteld. Gelet op de ingewikkeldheid en zwaarte van met name de sanctiezaken zal het extra beslag op de rechterlijke macht aanzienlijk zijn, dan wel leiden tot het ontstaan van onaanvaardbaar lange procedures. Het maakt namelijk uit of er een volledig uitgewerkt sanctiebesluit bij de rechter ligt, inclusief boetetoemeting, omdat de rechter dan alleen het oordeel van de NMA moet toetsen, dan wanneer deze zelf een beslissing moet nemen. Vaak zullen de problemen ook al beter uitgekristalliseerd zijn door de zorgvuldige wijze van voorbereiding van een sanctiebesluit. In de tweede plaats kan gewezen worden op bijvoorbeeld de bouwzaken. Niet goed valt in te zien hoe het rechterlijk apparaat deze honderden van zaken binnen het reguliere systeem tijdig en adequaat had kunnen behandelen. Doordat de NMA ook (in eerste instantie) de sanctie op kan leggen is er gekozen voor een afwijkende doch effectieve en snelle procedure, in het belang van de politiek, de sector, maar ook in verband met het beslag op de rechterlijke macht. Uit het reeds aangehaalde Global Competition Review blijkt overigens ook dat van alle onderzochte mededingingsautoriteiten alleen Noorwegen kartelzaken sneller afwikkelt.

De leden van de PvdA-fractie en de D66-fractie willen weten in welke andere Europese landen persoonlijke boetes worden opgelegd bij overtreding van de Mededingingswetgeving. In de onderstaande tabel is een overzicht gegeven van de mogelijkheden tot beboeting van personen in de overige EU-lidstaten.

## Persoonlijke boete

België	n.v.t.
Cyprus	geen max. (art. 32 the protection of competition law of 1989)
Denemarken	geen max. (art. 23 Competition Act No. 539)
Duitsland	max. € 1 000 000 (art. 81 GWB)/max. € 1 800 000 (criminal Code)
Estland	30–500 keer het dagsalaris (art. 3 Penal Code)
Finland	n.v.t.
Frankrijk	max. FF 500 000 (art. L. 420–6 Code de Commerce)
Groot-Brittannië	geen max. (art. 190 Enterprise Act 2002)
Hongarije	n.v.t.
Ierland	max € 4 000 000 (Section 8 Competition Act 2002)
Italië	n.v.t.
Letland	5–10% van de omzet (art. 12 Competition Law)
Litouwen	n.v.t.
Luxemburg	n.v.t.
Malta	1–10% van de omzet (art. 21 Competition Act)
Oostenrijk	n.v.t.
Polen	n.v.t.
Portugal	n.v.t.
Slovenië	SIT 1 000 000–3 000 000 (art. 52/53 Prevention of restriction of the Competition Act)
Slowakije	n.v.t.
Spanje	max € 30 051 (art. 10 Competition Act 16/1989)
Tsjechië	n.v.t.
Zweden	n.v.t.

Buiten Europa worden er ondermeer persoonlijke boetes opgelegd in de VS en Japan. In de VS kan een persoonlijke boete van maximaal één miljoen dollar worden opgelegd door het Department of Justice. In Japan kan een persoonlijke boete van maximaal vijf miljoen yen worden opgelegd door de rechtbank voor het participeren in een kartel. In Ierland zijn er in twee gevallen persoonlijke boetes opgelegd. De boetes waren in beide gevallen erg laag en zullen weinig afschrikkend effect hebben gehad. In de VS geeft men de voorkeur aan gevangenisstraffen, omdat die effectiever zijn. In Duitsland daarentegen is het beboeten van personen wegens overtreding van de mededingingswetgeving door ondernemingen eerder regel dan uitzondering.

De leden van de CDA-fractie wilden weten hoe een verbod op vrijwaring van de leidinggevende door de onderneming handhaafbaar gemaakt kan worden. Genoemde leden snijden hier naar mijn mening een belangrijk punt aan. Ik acht het inderdaad niet goed mogelijk een goed handhaafbare regeling te maken waarin wordt opgenomen dat de onderneming de leidinggevende die persoonlijk wordt beboet niet mag vrijwaren of de boete niet mag vergoeden. Een dergelijke regeling zou waarschijnlijk zonder al te veel problemen door ondernemingen omzeild kunnen worden waardoor die niet effectief is. Om die reden ben ik dan ook geen voorstander van het opnemen van een dergelijk verbod in de wet.

De leden van de PvdA-fractie wilden graag weten of het juist is dat er in Groot-Brittannië gevangenisstraffen en bestuursverboden worden opgelegd voor overtredingen van de mededingingswetgeving. Dit kan ik bevestigen. In Groot-Brittannië kan een gevangenisstraf van maximaal vijf jaar worden opgelegd aan een individu dat schuldig is bevonden aan hardcore kartel gedrag (art. 190 Enterprise Act 2002). Ook kunnen er bestuursverboden worden opgelegd aan individuen in het geval van overtreding van de Enterprise Act. De maximale duur van het verbod bedraagt 15 jaar (Company Directors Disqualification Act 1986). Beide sancties kunnen alleen door een rechter worden opgelegd. Zowel gevangenisstraffen als bestuursverboden zijn nog nooit in Groot-Brittannië opgelegd, dus er kan niet worden geconcludeerd of deze sancties al dan niet effectief zijn.

De leden van de CDA-fractie vroegen of er gevallen denkbaar zijn waarin onduidelijk is wie de feitelijk leidinggevende is of was en hoe de NMa zal kunnen nagaan wie de feitelijk leidinggevende was. Ook wilden zij weten hoe vaak verzegeling plaatsvindt en hoe vaak deze in de praktijk wordt verbroken.

Er zijn gevallen denkbaar waarin onduidelijk is wie de feitelijk leidinggevende is of was. In die gevallen zal de NMa door middel van het vergaren van mondelinge, schriftelijke en digitale informatie nagaan wie de feitelijk leidinggevende is of was.

Verzegeling vindt plaats in ongeveer de helft van het aantal bedrijfsbezoeken, namelijk in die gevallen waarin het bezoek niet in één dag kan worden afgerond. Het is tot op heden bij Nederlandse onderzoeken niet voorgekomen dat een verzegeling is verbroken. Bij Europese onderzoeken in Nederland is de verzegeling in twee gevallen verbroken.

De leden van de CDA-fractie vroegen om in te gaan op de mogelijkheid dat na strafoplegging door de NMa de boete eerst moet worden betaald, waarna er daarna pas geprocedeerd kan worden.

In antwoord op de vraag van genoemde leden kan ik zeggen dat ik geen voorstander ben van een dergelijk systeem. De NMa kan voor overtredingen van de Mededingingswet forse boetes opleggen die op kunnen lopen tot enige tientallen miljoenen euro's. Dat zijn ook voor grote ondernemingen boetes die hard aankomen. Vanuit een oogpunt van deugdelijke rechtsbescherming acht ik het gewenst dat die boetes pas betaald hoeven worden als zeker is dat er geen beroep wordt ingesteld tegen de boeteoplegging, dus in het geval dat de desbetreffende onderneming zich daarbij neerlegt, of wanneer een rechter zich over de boeteoplegging heeft uitgesproken. In het laatste geval is het overigens zo dat de onderneming over het bedrag van de boete rente moet betalen over de periode vanaf dertien weken na het moment dat de boete is opgelegd tot aan het moment van de uitspraak indien de rechter de onderneming waaraan de boete is opgelegd, in het ongelijk stelt. Ik zie al met al geen reden om op dit punt tot aanpassingen van de Mededingingswet over te gaan.

De leden van de CDA-fractie wilden weten of het juist is dat volgens het Europese mededingingsrecht het instellen van beroep geen opschortende werking heeft en de boete derhalve direct dient te worden betaald, onder terugbetaling van wettelijke rente als een bedrijf door de rechter in het gelijk wordt gesteld.

Dat is juist. Voorts geldt dat in geval van dreigend faillissement het bedrijf in kwestie bij het Gerecht in Eerste Aanleg in Luxemburg bij voorlopige voorziening om opschorting van betaling van de boete kan vragen.

De leden van de VVD-fractie wilden graag weten welke andere sancties er naast persoonlijke boetes zouden kunnen worden opgelegd. In mijn antwoord op deze vraag kan ik zeggen dat er in andere landen naast persoonlijke boetes ook wel bestuursverboden en gevangenisstraffen worden opgelegd.

Verder wilden de leden van de VVD-fractie graag weten of het juist is dat bestuurders een vrijwaring of terugbetaling kunnen krijgen van het bedrijf als er een persoonlijke boete wordt opgelegd aan een bestuurder. Het is niet bekend of bestuurders in andere landen, waar persoonlijke boetes al wel worden opgelegd, een vrijwaring of terugbetaling hebben gekregen van het bedrijf. Het is echter niet uitgesloten.

De leden van de SP-fractie wilden de effectiviteit van persoonlijke boetes graag toegelicht zien.

Ik ben voorstander van het invoeren van persoonlijke sancties, omdat individuen door de invoering van deze sancties zelf de gevolgen van een overtreding van de Mededingingswet ondervinden en zij zich hierdoor

beter aan de wet zullen houden. Daarnaast zullen individuen door de invoering van persoonlijke sancties waarschijnlijk eerder een kartel aangeven en een beroep doen op het clementieprogramma van de NMa, omdat zij vrezen voor de sancties die worden opgelegd als zij worden gepakt.

De persoonlijke sancties kunnen in de vorm van boetes, bestuursverboden of gevangenisstraffen worden geïntroduceerd. De invoering van persoonlijke boetes heeft als voordeel boven andere vormen van persoonlijke sancties dat het de meest goedkope vorm van persoonlijke sancties is. Bovendien zijn bestuursverboden en gevangenisstraffen zeer ingrijpende sancties en naar mijn mening te zwaar.

Persoonlijke boetes zijn mijn inziens dan ook meer gewenst dan beroepsverboden en gevangenisstraffen omdat ze minder ingrijpende gevolgen hebben en er toch een afschrikkende werking vanuit gaat.

De leden van de D66-fractie wilden graag weten waarom er is afgeweken van het advies van de NMa om in de wet de mogelijkheid op te nemen om personen uit hun functie te ontsetten in plaats van de mogelijkheid om deze te beboeten. Ik heb hiervoor gekozen, omdat bestuursverboden naar mijn mening een te zware sanctie zijn, omdat de overtreder zijn beroep niet langer kan uitoefenen. Als er een boete wordt opgelegd en deze is betaald, kan degene die is beboet weer met een schone lei beginnen. Ook werd er door de leden van de D66-fractie gevraagd wat de ervaringen in het buitenland zijn met betrekking tot bestuursverboden. Helaas moet ik hier op antwoorden dat er geen ervaringen zijn. Binnen de Europese Unie kunnen er alleen bestuursverboden worden opgelegd in Groot-Brittannië. Op dit moment is zo'n verbod echter nog niet opgelegd. Ook buiten Europa is het mij niet bekend dat landen ervaringen hebben met bestuursverboden die opgelegd zijn nadat er in strijd met de wet is gehandeld. Daarnaast wilden de leden van de D66-fractie graag weten wat de ervaringen in het buitenland met gevangenisstraffen zijn. Bij de beantwoording van deze vraag kan ik teruggrijpen op ervaringen uit de VS waar reeds sinds lange tijd gevangenisstraffen kunnen worden opgelegd. Hun ervaring is dat gevangenisstraffen in hoge mate afschrikken en dus effectief zijn. Overtreders van de Sherman Act prefereren boetes boven gevangenisstraffen; herhaaldelijk hebben overtredders gevraagd of ze in plaats van een gevangenisstraf niet een hogere boete mochten betalen. Het omgekeerde heeft nog nooit plaatsgevonden. Bovendien voeren de Amerikanen aan dat vrijwaring en/of terugbetaling door het bedrijf in geval van gevangenisstraffen onmogelijk is en dit zorgt ervoor dat de gevangenisstraffen effectiever zijn dan persoonlijke boetes.

De leden van de D66-fractie wilden weten hoe ik aankijk tegen het voorstel waarbij de NMa alleen de bevoegdheid krijgt om zaken aan de rechter voor te leggen.

Voor de beantwoording van deze vraag verwijs ik naar hetgeen ik hiervoor heb uiteengezet over het belang van het huidige systeem van integrale handhaving

### **Beboeten leden ondernemersvereniging**

De leden van de CDA-fractie stelden prijs op een analyse van de verschillen tussen het voorgestelde artikel 68a en artikel 23, vierde lid, van Verordening 1/2003. Voorts hadden zij twijfels over de verenigbaarheid van het voorgestelde artikel 68a met artikel 6 van het EVRM. De leden van de fractie van D66 vinden de voorgestelde maatregel een zware maatregel en wilden daarom graag weten waarom ik bij het verhalen van de boete op leden van een ondernemersvereniging kies voor het door mij voorgestelde artikel 68a.

Een belangrijke reden voor mij om artikel 68a voor te stellen in de huidige vorm is mijn wens het Nederlandse mededingingsrecht dicht aan te laten sluiten bij het Europese mededingingsrecht, in dit geval artikel 23, vierde lid, van Verordening 1/2003. De leden van de CDA-fractie vroegen ook expliciet om een analyse van de verschillen met dit artikel. Ik ben van mening dat de verschillen tussen het door mij voorgestelde artikel 68a en artikel 23, vierde lid van Verordening 1/2003 slechts marginaal zijn. Een verschil is dat in de eerste alinea van het vierde lid van artikel 23 expliciet bepaald wordt dat de vereniging in geval van insolventie verplicht is om van haar leden bijdragen te vragen om de geldboete te kunnen voldoen. Een dergelijke verplichting ontbreekt in het door mij voorgestelde artikel 68a. Daar is wat mij betreft in Nederland ook geen behoefte aan. Als de ondernemersvereniging de boete moet betalen, is het aan de vereniging om er voor te zorgen dat er voldoende geld in kas is om de boete te betalen. Of dat nu gebeurt door de individuele leden te vragen hier aan bij te dragen of op andere wijze is minder relevant. Daarvoor is geen wettelijke opdracht aan de vereniging nodig. Wat wel geregeld moet worden is wat er gebeurt als mocht blijken dat de vereniging insolvent is. Dus kennelijk niet is staat gebleken is geld – al dan niet van de individuele leden – te verkrijgen om de boete te betalen. Slechts dat wordt geregeld in artikel 68a. Als ik dan de beide artikelen vergelijk constateer ik dat artikel 68a, eerste lid voor wat het verhalen van de boete op de individuele leden grosso modo overeenstemt met artikel 23, vierde lid, tweede alinea, met dit verschil dat in artikel 68a de betalingsverplichting van de individuele leden niet is gekoppeld aan het tijdstip waarop deze leden hun bijdrage aan de ondernemersvereniging hadden moeten betalen maar aan het tijdstip waarop de ondernemersvereniging de boete aan de NMa had moeten betalen. Ik vind dat ook een zuiverder oplossing, immers primair is het de ondernemersvereniging aan wie de boete is opgelegd. Het is dan ook logisch dat het verhalen van de boete gekoppeld wordt aan het tijdstip waarop de vereniging in verzuim is jegens de NMa. Het tweede lid van artikel 68a stemt overeen met de derde alinea van artikel 23, vierde lid, en het derde met de vijfde alinea van artikel 23, vierde lid. Het zelfde geldt voor het vierde lid van artikel 68a in vergelijking met de vierde alinea van artikel 23, vierde lid. Ten aanzien van de aarzeling van de leden van de fracties over de verenigbaarheid met artikel 6 EVRM blijf ik van mening dat het hier niet gaat om de vraag wie schuld heeft aan het begaan van de overtreding van de Mededingingswet, dat is zonder twijfel de ondernemersvereniging. Indien bewezen is dat deze de overtreding heeft begaan wordt die als overtreder dan ook (rechtstreeks) beboet. Artikel 68a (en dus ook artikel 23, vierde lid van Verordening 1/2003) regelen slechts de aansprakelijkheid voor het verhaal van de boete op de (bestuurs)leden van de vereniging. In artikel 68a is dan ook niet bepaald dat de van de ondernemersvereniging deel uitmakende leden/ondernemingen naast of in plaats van de ondernemersvereniging worden beboet. De leden van de CDA-fractie zijn van mening dat het door mij voorgestelde artikel een flink stuk verder gaat dan het door mij in het nader rapport aangehaald artikel 30, lid 2, Boek 2 BW, omdat het daar gaat om aansprakelijkheid binnen dezelfde rechtspersoon, terwijl in artikel 68a de aansprakelijkheid uitgebreid wordt naar een andere rechtspersoon. Ik wil daar het volgende over opmerken. In artikel 68a worden in geval de ondernemersvereniging niet kan betalen, in eerste instantie andere ondernemingen in hun kwaliteit van bestuurder van de ondernemersvereniging tot betaling van de boete aangesproken. In artikel 30 BW geschiedt dat ook: ook hier blijft de (ex)bestuurder aansprakelijk. Het verschil is dat in geval van artikel 68a er sprake is van een bestuurder/rechtspersoon en in artikel 30 BW van een bestuurder/natuurlijk persoon. Ik blijf dus van mening dat deze gevallen goed vergelijkbaar zijn.

## Structurele maatregelen

De leden van de CDA-fractie vroegen met betrekking tot het opleggen van structurele maatregelen om een uitgebreide analyse van de verschillen tussen de bevoegdheid van de EC daartoe op grond van Verordening 1/2003 en de voorgestelde bevoegdheid van de NMa.

De voorgestelde bevoegdheid van de NMa om aan een inbreuk op het mededingingsrecht een einde te kunnen maken is volledig in lijn met de bevoegdheid van de Europese Commissie om door middel van een structurele maatregel een einde te maken aan inbreuken op het Europese mededingingsrecht. De Europese Commissie kan dergelijke structurele maatregelen uitsluitend opleggen bij geconstateerde mededingingsbeperkingen met een tussenstaats effect. Een dergelijk tussenstaats effect is doorgaans aanwezig indien de gedraging van de ondernemingen de mededinging op de interne markt merkbaar beïnvloedt.<sup>1</sup>

Het opleggen van een structurele maatregel is een ingrijpende correctie van het marktgedrag die zowel op Europees niveau als in het wetsvoorstel aan een aantal voorwaarden is verbonden. Daarbij is de aard van de overtrekking zowel voor de Europese bevoegdheid als voor de nationale voorgestelde bevoegdheid bepalend. Er is, naar voorbeeld van de Europese variant, nationaal een aantal cumulatieve voorwaarden geregeld.

De structurele maatregel kan ten eerste alleen opgelegd worden bij een aangetoonde inbreuk op het mededingingsrecht. Ten tweede kan de voorgestelde structurele maatregel uitsluitend opgelegd worden indien die structurele maatregel *evenredig* is aan de gepleegde overtrekking en ten derde *noodzakelijk* is om aan die overtrekking een einde te maken. Ook de Europese variant kent deze eisen van evenredigheid en noodzakelijkheid.

Bij de eis van noodzakelijkheid is een link tussen de maatregel en de inbreuk van belang. Omdat de maatregel zo ontworpen zal moeten zijn dat de inbreuk wordt beëindigd, moet er tussen de maatregel die wordt opgelegd en de inbreuk verbondenheid bestaan. Deze eis ligt zowel besloten in de voorgestelde nationale structurele maatregel als in de bestaande Europese structurele maatregel. De maatregel dient dus, zowel bij de Europese als bij de voorgestelde nationale variant, noodzakelijk te zijn om de situatie in overeenstemming te brengen met de regels die worden overtreden.

Bij de eis van evenredigheid is blijkens de toelichting de vraag van belang of de structuur van de onderneming zelf ertoe leidt dat de onderneming voortdurend of herhaaldelijk een inbreuk op het mededingingsrecht maakt. Bovendien is een structurele maatregel alleen dan proportioneel indien niet op een andere wijze een even effectieve maatregel ter correctie van de overtrekking bestaat. Ook de Europese variant kent deze uitwerking van de proportionaliteitstoets. Blijkens overweging 12 van Verordening 1/2003 zijn wijzigingen in de ondernemingsstructuur zoals die vóór het plegen van de inbreuk bestonden, slechts evenredig indien een gereede kans bestaat op een voortdurende of herhaalde inbreuk die voortvloeit uit de structuur zelf van de onderneming. De maatregel dient dus, zowel bij de Europese als bij de voorgestelde nationale variant, niet verder te gaan dan de situatie in overeenstemming te brengen met de regels die worden overtreden.

Conform het Europese recht laat het voorstel de NMa tenslotte de ruimte om een structurele maatregel op te leggen indien die voor de onderneming minder belastend is dan een andere maatregel om de situatie in overeenstemming te brengen met de mededingingsregels.

<sup>1</sup> Mededeling van de commissie Richtsnoeren betreffende het begrip «beïnvloeding van de handel» in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C 101/07).

De leden van de D66-fractie vroegen of concrete praktijkvoorbeelden kunnen worden genoemd waarbij het opleggen van structurele maatregelen effectiever zou zijn dan sectorspecifieke toegangs- en tarief-

regulering. Ook vroegen zij in hoeverre daarbij sprake is van een vorm van beleidsbevoegdheid, die ook – zo niet beter – zou kunnen vallen onder de ministeriële verantwoordelijkheid en waar in deze de scheiding tussen beleidsmatige en uitvoerende taken ligt. Tenslotte wilden zij weten wie bepaalt of er gekozen wordt voor een structurele maatregel of sector-specifieke regulering.

De voorgestelde structurele maatregel in de zin van de Mededingingswet kan alleen opgelegd worden bij een aangetoonde inbreuk op het mededingingsrecht in individuele gevallen. Indien de raad van bestuur van de NMa, na een zorgvuldig onderzoek, tot de conclusie komt dat, gezien de aard van de specifieke inbreuk op het mededingingsrecht van een voorliggende zaak een structurele maatregel het meest geëigende instrument is om de situatie in overeenstemming met het mededingingsrecht te brengen en de zaak voorts aan de eisen voldoet (evenredigheid, noodzakelijkheid), kan de Raad besluiten een structurele maatregel op te leggen. Er is dus geen sprake van een beleidsbevoegdheid, maar van een discretionaire bevoegdheid van de NMa bij de uitvoering van de Mededingingswet in een individueel geval, te weten de afweging om aan het einde van een procedure in een concrete zaak een bepaald instrument in te zetten. Dit verschilt, hoewel het een zwaar instrument is en terughoudend zal moeten worden ingezet, niet wezenlijk van het bepalen van de hoogte van de boete of het opleggen van bepaalde verplichtingen met betrekking tot het gedrag van de onderneming met een last onder dwangsom.

In een concreet geval is het goed denkbaar dat ondernemingen in een transitiesector juist door hun structuur herhaaldelijk of voortdurend de mededingingsregels overtreden, bijvoorbeeld omdat zij van oudsher de beschikking hebben over een netwerk. Indien in een concreet geval in een onderzoek bij de NMa inderdaad is gebleken dat het bezit van een dergelijk netwerk ertoe leidt dat een onderneming herhaaldelijk de mededingingsregels overtreedt, zou de NMa kunnen overwegen afsplitsing van het netwerk als een structurele maatregel op te leggen. Dit is in die zin effectiever dan sectorspecifieke toegangs- en tariefregulering omdat het probleem bij de bron wordt aangepakt. Het is daarmee niet nodig de hele markt te reguleren, met mogelijke reguleringsfouten en kosten tot gevolg. Bovendien is een structurele maatregel geheel toegesneden op een individueel geval, hetgeen met sectorspecifieke regulering lang niet altijd het geval kan zijn. Daar is immers veelal sprake van generieke regelgeving.

Of in een individueel geval een structurele maatregel wordt opgelegd is ter beoordeling van de NMa. Indien in een transitie markt sectorspecifieke regulering noodzakelijk is, dan is dat een beleidsmatige keuze.

### **Opheffen opschortende werking last onder dwangsom**

De leden van de CDA-fractie vroegen welk deel van de besluiten van de NMa na beroep door de rechter in stand wordt gelaten en of het, mede gezien dit percentage, wel zorgvuldig is om de opschortende werking van beroep bij de last onder dwangsom (l.o.d.) op te heffen.

Ongeveer 25% van alle beroepen bij de rechtbank Rotterdam die tot een uitspraak hebben geleid is (deels of geheel) gegrond verklaard. Met medeweging van de beroepen die door partijen zijn ingetrokken komt dit percentage nog lager uit (minder dan 20%). Voor de gevraagde voorlopige voorzieningen gelden overeenkomstige percentages. Van de zaken bij het CBb (hoger beroep) wordt ongeveer 65% door de NMa gewonnen. Uit deze cijfers valt af te leiden dat het overgrote deel van de door de NMa genomen beslissingen in stand blijft.

Het laten vervallen van de opschorting van rechtswege van de last onder dwangsom is gelet op deze cijfers alleszins gerechtvaardigd. Bovendien is



de last bedoeld om op het moment van opleggen te worden toegepast, omdat deze alleen dan het gewenste effect kan sorteren. Als partijen het niet eens zijn met een opgelegde last hebben zij de mogelijkheid de rechter te verzoeken bij voorlopige voorziening te bepalen dat de last onder dwangsom wordt opgeschort. Van de tot op heden opgelegde lasten onder dwangsom is het merendeel door de ondernemingen opgevolgd. Slechts in één geval is een last door de rechter opgeschort.

De leden van de D66-fractie wilden weten wat de reden is om de opschortende werking van bezwaar en beroep tegen onder dwangsom op te heffen.

Ik ben van mening dat het in het belang van de effectiviteit van de handhaving van de Mededingingswet gewenst is dat de last onder dwangsom onmiddellijk effect heeft. Handhaving van de regel dat het instellen van beroep de werking van de last onder dwangsom opschort, leidt ertoe dat een onderneming die sanctie (tijdelijk) kan ontlopen door simpelweg in beroep te gaan. Dat past naar mijn mening slecht bij het karakter van de last onder dwangsom, die immers bedoeld is om zo snel mogelijk een eind te maken aan een gedraging die strijdig is met de Mededingingswet. Een wettelijke bepaling die regelt dat de werking van een beschikking inhoudende een last onder dwangsom wordt opgeschort is naar mijn mening dus niet in het belang van een effectieve handhaving van de Mededingingswet. Een tweede reden om de schorsende werking van een beroep tegen een last onder dwangsom af te schaffen is dat ook de Awb geen schorsende werking toekent aan het instellen van beroep tegen een last onder dwangsom. Overigens blijft het in een individueel geval natuurlijk altijd mogelijk dat een onderneming die bezwaar maakt tegen een opgelegde last onder dwangsom bij voorlopige voorziening aan de rechter vraagt om schorsing van de opgelegde dwangsom.

### **Overslaan van de bezwaarschriftprocedure**

De leden van de fracties van het CDA, D66 en de VVD wilden weten waarom het overslaan van de bezwaarfase afhankelijk is gemaakt van het wederzijds goedvinden van de onderneming en de NMa. Voorts gaven de leden van de fractie van de SP aan dat ondernemingen in de meeste gevallen weinig waarde hechten aan de bezwaarschriftprocedure en dat ik niet wil afwijken van de Algemene wet bestuursrecht. Deze leden vroegen zich ook af of een verplichte bezwaarschriftprocedure zich wel verdraagt met het doel van rechtsbescherming en zij gaven aan te verwachten dat het overslaan van de bezwaarprocedure tijdwinst zal opleveren. De leden van de fractie van de VVD tenslotte memoreerden dat het bedrijfsleven de bezwaarschriftprocedure als een rituele dans kwalificeert.

Ik wil voorop stellen dat ik niet in dit wetsvoorstel iets heb geregeld over het overslaan van de bezwaarfase. In het besluit van 24 maart 2005 tot vaststelling van het tijdstip van vervallen van enkele bepalingen in de Mededingingswet, de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet met betrekking tot rechtstreeks beroep (Stb. 2005, 179) is de van de Algemene wet bestuursrecht afwijkende regeling inzake het overslaan van de bezwaarschriftprocedure, die bij amendement was opgenomen in de Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (de Wet NMa-ZBO), weer ongedaan gemaakt. Daardoor geldt nu voor het overslaan van bezwaar in zaken betreffende de Mededingingswet de hoofdregel van de Algemene wet bestuursrecht zoals vastgelegd in artikel 7.1.a. Awb: overslaan van de bezwaarschriftprocedure kan als de NMa een verzoek daartoe door de indiener van het bezwaarschrift honoreert. Mijn wens om aan te sluiten bij de algemeen geldende regeling uit de Awb is dus de reden geweest om het overslaan van de bezwaarfase afhankelijk te maken

van het wederzijds goedvinden van de onderneming en de NMa. De NMa heeft al bekendgemaakt (Stcrt. 2004, 168) dat verzoeken om rechtstreeks beroep in beginsel zullen worden gehonoreerd voor sanctiebesluiten. De reden daarvoor is dat vanwege de uitgebreide voorbereidingshandelingen die voorafgaan aan deze besluiten, de bezwaarfase zonder problemen kan worden overgeslagen. Mede gelet hierop zijn er wat mij betreft op dit moment daarom onvoldoende redenen om in de Mededingingswet af te wijken van de Awb die beoogt uniformering in ons Nederlandse bestuurs-(proces)recht te bereiken. De Awb is uitdrukkelijk bedoeld als algemeen geldende wet waarvan slechts in bijzondere gevallen afgeweken kan worden. Een rechtstreeks beroep op de rechter leidt niet tot een terugdringen van de administratieve lasten voor het bedrijfsleven, omdat het instellen van bezwaar en beroep – althans in formele zin – niet wordt gezien als een administratieve last. Wel is het zo dat het in het algemeen zo zal zijn dat met het overslaan van de bezwaarschriftprocedure inderdaad enige tijdwinst kan worden geboekt. Daar staat dan tegenover dat er van een bestuurlijke heroverweging van het genomen besluit geen sprake zal zijn. Ik ben tenslotte van mening dat de bezwaarschriftprocedure die wat mij betreft als primaire doelstelling de bestuurlijke heroverweging van het door het bestuursorgaan genomen besluit heeft, zich wel degelijk verstaat met en ten dienste staat van een goede rechtsbescherming.

De leden van de CDA-fractie wilden weten waarom ik voor besluiten inzake het verlenen van een vergunning voor het tot stand brengen van een concentratie de bezwaarschriftprocedure wil overslaan. De vraag van de leden van de CDA-fractie wordt, naar ik aanneem, ingegeven door de door mij voorgestelde wijziging van artikel 93 van de Mededingingswet. Daarin heb ik echter slechts een technische aanpassing beoogd door te voeren. In artikel 93 wordt als gevolg van de door mij voorgestelde wijziging niet meer alleen verwezen naar de artikelen 37 en 44 van de wet, op grond waarvan de NMa beslissingen moet nemen over concentraties, maar nu ook naar artikel 47 op grond waarvan de Minister van Economische Zaken een beslissing van de NMa om een vergunning voor een concentratie te weigeren kan «overrulen». Tegen beslissingen van de NMa in concentratiezaken op grond van de artikelen 37 en 44 heeft als gevolg van het aanvaarden van het amendement nr. 24 (De Koning c.s.) vanaf de inwerkingtreding van de Mededingingswet geen bezwaar opengestaan. Dat was dus al in artikel 93 geregeld. Om systematische redenen is daar nu aan toegevoegd dat er ook geen bezwaar gemaakt kan worden tegen de beslissing van de Minister van Economische Zaken die een beslissing van de NMa «overruled».

De leden van de VVD-fractie wilden weten wat de verlichting op het rechterlijk apparaat zou kunnen zijn indien ik zou regelen dat de bezwaarschriftprocedure altijd kan worden overgeslagen en er dus rechtstreeks beroep ingesteld kan worden bij de rechtbank Rotterdam. Het overslaan van de bezwaarschriftprocedure zal in ieder geval niet leiden tot minder werk voor het rechterlijk apparaat omdat dan in de gevallen waarin anders bezwaar zou worden ingesteld, in alle gevallen beroep op de rechtbank zal worden ingesteld. Dit leidt eerder tot een groter beslag op het rechterlijk apparaat dan tot een kleiner. De rechtbank zal zich dan ook moeten buigen over die gevallen waarin na de beslissing op bezwaar geen beroep wordt ingesteld. In 30% van de niet sanctiezaken wordt beroep ingesteld, en in vrijwel alle sanctiezaken.

### **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 een 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 onherroepelijk is, bijdragen aan het voorkomen van economische schade die achteraf had kunnen worden voorkomen? Het is immers juist de openbaarmaking die tot economische schade leidt.

Als overheidsorgaan belast met een belangrijke publieke taak, ontkomt de NMa er niet aan zich publiekelijk te verantwoorden voor haar onderzoeken. Niet alleen de kleine kring van direct betrokkenen, maar ook een breder Nederlands publiek heeft het recht kennis te nemen van het NMa-optreden. Daarnaast is het voor justitiabelen van groot belang tijdig een goed inzicht te kunnen verkrijgen in de beslissingen van de NMa, juist ook voor de transparantie en de rechtszekerheid. Bovendien draagt het publiciteitsbeleid bij aan de bekendheid van het mededingingsbeleid bij het Nederlandse publiek. Wat de NMa betreft is het communicatiebeleid in zijn algemeenheid gebaseerd op een alleszins redelijke belangenafweging. De NMa past wettelijke verplichtingen toe, zoals de publicatieplichten in de mededingingswet. Daarnaast heeft zij haar praktijk uitgewerkt in de «Werkwijze communicatie» die voor een ieder toegankelijk is op de website. De NMa brengt geen persberichten uit bij bedrijfsbezoeken en brengt in beginsel geen persberichten uit bij het uitbrengen van een rapport. De NMa maakt haar besluiten aan het einde van het met waarborgen omklede sanctietraject openbaar. Het is derhalve niet zo dat een rechtspersoon te boek staat als veroordeelde terwijl het onderzoek nog moet starten. Overigens is het de laatste jaren diverse keren voorgekomen dat bedrijven zelf in de openbaarheid brachten dat de NMa met een onderzoek bezig was.

Deze verplichting om besluiten openbaar te maken, heeft het voordeel dat mogelijk betrokkenen kennis kunnen nemen van het NMa-besluit, zodat men daartegen in bezwaar kan gaan bij de NMa of in beroep bij de rechter. Het publiciteitsbeleid draagt ertoe bij dat belanghebbenden kennis nemen van de NMa besluiten. Een verbod op openbaarmaking van de bestuurlijke boete zou betekenen, dat belanghebbenden geen kennis kunnen nemen van het NMa besluit gedurende de termijn dat zij daartegen in bezwaar kunnen gaan. Dit acht ik uit het oogpunt van rechtsbescherming een onwenselijke situatie.

De leden van de D66-fractie wilden weten in hoeverre uitvoering is gegeven aan het voornemen binnen het OM om meer prioriteit te geven aan financieel economische delicten.

Uit o.a. de Kabinetsnota bestrijding fraude en financieel-economische criminaliteit (vergaderjaar 2001–2002, 17 050, nr. 234 (Finecnota)) en de oprichting van het Functioneel Parket (dat operationeel is sinds 01-01-2003) blijkt dat er de laatste jaren vanuit het OM meer aandacht is voor de aanpak van financieel-economische criminaliteit. Dit is geen gevolg van de bouwfraudezaak, maar een al eerder in gang gezette ontwikkeling. Zoals in de correspondentie met uw Kamer naar aanleiding van de Finecnota is aangegeven, wordt er niet zozeer meer OM-capaciteit ingezet ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit, maar wordt die capaciteit gerichter ingezet. Het Functioneel Parket doet o.a. de zaken af die de FIOD-ECD aanbrengt. Door deze afdoening bij één parket onder te brengen, is een bundeling van expertise bereikt en is de selectie en afdoening van dit soort zaken in één hand gebracht. Dit is mede gedaan om een kwaliteitsimpuls te geven, die ook betrekking heeft op het verbeteren van de prioriteitstelling en het verhogen van de snelheid van afdoening. Bij prioriteitstelling gaat het niet per definitie om het afdoen van meer zaken, maar gaat het voor het OM met name om het afdoen van de «juiste» zaken. Doordat nu één parket de afdoening van de FIOD-ECD-zaken voor

zijn rekening neemt, kan in overleg met de FIOD-ECD steeds sterker gestuurd worden op het innemen van strafzaken waarbij van een strafrechtelijk interventie een extra maatschappelijk effect verwacht mag worden ten opzichte van een bestuurlijke afdoening. Het gaat dan om een effect in de zin van het leveren van een bijdrage aan de (financiële) belangen van de overheid, het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel en het realiseren van eerlijke concurrentieverhoudingen. Daarbij wordt ook geselecteerd op strafrechtelijke interventies waarmee een generaal preventief effect kan worden bereikt in de zin van het verhogen van het nalevingsniveau binnen de gehele sector of branche.

### **Verbreking van zegels**

De leden van de D66-fractie wilden graag weten op welke manier de NMa gaat uitzoeken wie de zegel heeft verbroken en hoe bezwaaren beroepsprocedures eruit zien.

De onderneming – veelal de leidinggevende van de desbetreffende locatie – wordt er op gewezen dat zij verantwoordelijk is voor het in stand laten van de verzegeling. Als desondanks het zegel toch verbroken zou worden kan de natuurlijke persoon die daadwerkelijk het zegel verbreekt gesanctioneerd worden, mits daartoe voldoende bewijs aangedragen kan worden. Op grond van het wetsvoorstel kan ook de onderneming hiervoor gesanctioneerd worden. Het is immers de verantwoordelijkheid van de onderneming om te waarborgen dat de verzegeling intact blijft. De bezwaar- en beroepsprocedures zijn identiek aan die bij de andere sancties.

De Minister van Economische Zaken,  
L. J. Brinkhorst