

Vergaderjaar 2004–2005

**30 071**

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

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **Algemeen**

#### **1. Inleiding**

Dit voorstel van wet strekt ertoe de Mededingingswet<sup>1</sup> te wijzigen om de effectiviteit en de doelmatigheid van de handhaving van die wet te vergroten en om de systematiek van die wet zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met de actuele Europese mededingingsregels. Daarmee wordt aan het kabinetsstandpunt met betrekking tot de evaluatie van de Mededingingswet, dat de Minister van Economische Zaken bij brief van 23 oktober 2003<sup>2</sup> aan de Tweede Kamer heeft gestuurd, uitvoering gegeven, voor zover de wenselijke wijzigingen niet in een ander wetsvoorstel zijn of zullen worden meegenomen (zie par. 2).

De Mededingingswet is met ingang van 1 januari 1998 in werking getreden.<sup>3</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van de Mededingingswet heeft de Minister van Economische Zaken toegezegd dat die wet na drie jaar zou worden geëvalueerd.<sup>4</sup> Met deze evaluatie is in het najaar van 2001 begonnen en daarbij is gekeken naar de effectiviteit en de doelmatigheid van de handhaving van de Mededingingswet in de voorafgaande drie jaar. De mogelijke consequenties voor de wet van de toen in voorbereiding zijnde modernisering van de Europese mededingingsregels zijn niet bij de evaluatie betrokken, omdat over die modernisering nog geen overeenstemming bestond. In mei 2002 is de evaluatie afgerond en op 31 mei 2002 heeft de toenmalige Minister van Economische Zaken het Syntheserapport evaluatie Mededingingswet en de bijbehorende deelrapporten aangeboden aan de Eerste en Tweede Kamer.<sup>5</sup> Het syntheserapport bevat aanbevelingen om de effectiviteit van de Mededingingswet te vergroten, maar de minister liet het in verband met de demissionaire status van het toenmalige kabinet aan het volgende kabinet over om over die aanbevelingen tot een oordeel te komen en daaraan concreet invulling te geven.

Op 20 december 2002 heeft de Minister van Economische Zaken uit het vorige kabinet aan de Sociaal Economische Raad gevraagd advies uit te brengen over drie onderwerpen uit de evaluatierapporten: de bagatelvrijstelling (artikel 7 van de Mededingingswet), het verbod van misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 van de Mededingingswet)

<sup>1</sup> Wet van 22 mei 1997, Stb. 242, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2002/03, 29 272, nr. 1.

<sup>3</sup> Koninklijk besluit van 19 september 1997, Stb. 430 en koninklijk besluit van 14 november 1997, Stb. 540.

<sup>4</sup> Voortzetting van de behandeling van het wetsvoorstel Mededingingswet, Handelingen II 1996/97, 24 707, nr. 20, blz. 4344–4361.

<sup>5</sup> Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal (Kamerstukken I 2001/02, 27 639, nr. 228b).

en de positie van de consument onder de Mededingingswet. De minister achtte advies over deze onderwerpen wenselijk, omdat het economisch-beleidsmatige onderwerpen betrof en de evaluatie ten aanzien daarvan geen concrete aanbevelingen voor wijziging van de Mededingingswet deed, maar concludeerde dat een nadere analyse of nader onderzoek nodig is. De raad heeft zijn advies «Evaluatie en aanpassing van de Mededingingswet» op 16 mei 2003 uitgebracht.<sup>1</sup> De raad gaat daarin niet alleen in op de onderwerpen uit de adviesaanvraag, maar plaatst die in een breder kader. De raad besteedt in zijn advies ook aandacht aan de gevolgen van de inmiddels tot stand gekomen Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002, betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag<sup>2</sup> (hierna: EG-verordening 1/2003). Verder gaat de raad ook in op de ruimte die de Mededingingswet biedt voor samenwerking, gezien vanuit een breed welvaartsbegrip dat niet alleen materiële vooruitgang, maar ook aspecten van sociale vooruitgang en een goede kwaliteit van de leefomgeving inhoudt.

In paragraaf 2 zal eerst de motivering van dit wetsvoorstel aan de orde komen. Daarna zal in paragraaf 3 worden ingegaan op de wijziging van het concentratietoezicht, in paragraaf 4 op de aanscherping van het boete-instrumentarium en in paragraaf 5 op de vrijstelling van collectieve arbeidsovereenkomsten, bedrijfstakpensioenregelingen en beroeps-pensioenregelingen. In paragraaf 6 komen procedurele aanpassingen ter verkorting van de procesgang aan de orde. Tot slot worden in paragraaf 7 de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid en de bedrijfseffecten (inclusief administratieve lasten) van dit wetsvoorstel besproken.

## 2. Motivering van het wetsvoorstel

De overwegingen voor dit wetsvoorstel zijn de wenselijkheid om de effectiviteit en de doelmatigheid van de handhaving van de wet te vergroten en de wenselijkheid om de wet aan te passen aan de actuele Europese mededingingsregels. Deze overwegingen zijn ontleend aan het kabinetsstandpunt met betrekking tot de evaluatie van de Mededingingswet. De conclusies van het advies van de SER zijn in dat standpunt meegenomen.

### *Vergroting van de effectiviteit en de doelmatigheid van de handhaving*

Een belangrijke conclusie uit het evaluatierapport was dat de handhaving van de Mededingingswet niet op alle punten effectief is. Ook hebben de praktijk van de NMa en de bevindingen van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid<sup>3</sup> over de bouwfraude uitgewezen dat de NMa over meer instrumenten dient te beschikken dan zij nu heeft, om haar taak goed te kunnen vervullen.

Daarom worden in het kabinetsstandpunt als punten waarop wetswijziging nodig is om de effectiviteit en de doelmatigheid van de handhaving te vergroten genoemd de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de NMa (binnentreden van woningen, verzegeling), hogere boetes voor het niet nakomen van de medewerkingsplicht, het opheffen van de opschortende werking van bezwaar en beroep tegen een last onder dwangsom, het overslaan van de bezwaarfase, hogere boetes op overtreding van de bepalingen inzake concentratietoezicht en het kunnen opleggen van boetes aan een persoon die opdracht tot een overtreding heeft gegeven of daaraan leiding heeft gegeven.

Bij dit wetsvoorstel wordt de Mededingingswet op de genoemde punten gewijzigd, met uitzondering van de uitbreiding van de hiervoor genoemde onderzoeksbevoegdheden van de NMa en de hogere boetes voor het

<sup>1</sup> Publicatienummer 6, 16 mei 2003.

<sup>2</sup> PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1. EG-verordening 1/2003 heeft met ingang van 1 mei 2004 Verordening (EEG) nr. 17/1962 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB P 13 van 21.2.1962, blz. 204) vervangen.

<sup>3</sup> Zie Eindrapport Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid, Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nr. 6.

niet-nakomen van de medewerkingplicht. Zoals ik in mijn brief van 27 april 2004 (Kamerstukken II 2003/04, 29 276, nr. 9) heb geschreven, geef ik er de voorkeur aan de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de NMa in een afzonderlijk wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet te regelen. De mogelijkheid hogere boetes op te leggen aan personen, ondernemingen en ondernemersverenigingen voor het niet nakomen van de medewerkingplicht is in de Mededingingswet ingevoerd bij de Wet modernisering EG-mededingingsrecht, die met ingang van 1 augustus 2004 in werking is getreden.<sup>1</sup>

#### *Aanpassing aan de actuele Europese mededingingsregels*

Uitgangspunt van de Mededingingswet is dat de bepalingen inzake mededingingsafspraken en misbruik van een economische machtspositie in die wet zijn georiënteerd op die in het EG-verdrag.<sup>2</sup> Ook bij het concentratietoezicht in de Mededingingswet is aansluiting gezocht bij het EG-recht.<sup>3</sup>

In het evaluatierapport was geconcludeerd dat de bepalingen inzake concentratietoezicht in de Mededingingswet nog niet in overeenstemming waren gebracht met de toen nog geldende Verordening (EEG) 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: de oude EG-concentratieverordening), zoals die luidde bij het uitbrengen van het rapport.<sup>4</sup> In het kabinetsstandpunt wordt het daarom wenselijk geacht dat die bepalingen zoveel mogelijk aan de (oude) EG-concentratieverordening worden aangepast, behalve op die punten waarop die verordening vermoedelijk in de loop van 2004 weer zou worden gewijzigd. Inmiddels zijn deze wijzigingen van de EG-concentratieverordening met ingang van 1 mei 2004 van toepassing geworden. Daarom zullen bij dit wetsvoorstel de bepalingen in de Mededingingswet inzake het nationale concentratietoezicht in overeenstemming worden gebracht met de nieuwe EG-concentratieverordening, zoals die met ingang van die datum van toepassing is geworden, (Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de «EG-concentratieverordening»)). Enkele regels die strikt noodzakelijk waren om uitvoering te geven aan die nieuwe EG-concentratieverordening zijn reeds bij de Wet modernisering EG-mededingingsrecht doorgevoerd.

Voor de aansluiting van de Mededingingswet bij de EG-mededingingsregels is EG-verordening 1/2003 van belang. In het kabinetsstandpunt wordt het advies van de SER gevolgd om de systematiek van EG-verordening 1/2003 in de Mededingingswet over te nemen, waarbij de mogelijkheid om op aanvraag een ontheffing te verkrijgen van het kartelverbod wordt gewijzigd in een rechtstreeks werkende vrijstelling van dat verbod. Deze wijziging is reeds ingevoerd bij de Wet modernisering EG-mededingingsrecht. Dat geldt ook voor de bepalingen die het mogelijk maken dat de NMa voor de toepassing van Europese mededingingsregels gegevens uitwisselt met de Europese Commissie en mededingingsautoriteiten van andere EU-lidstaten.<sup>5</sup> In dit wetsvoorstel wordt de aansluiting met de EG-mededingingsregels nog verder verbeterd door het opnemen in de Mededingingswet van de bevoegdheid tot opleggen van een structurele maatregel, de bevoegdheid tot het stuiten van verjaringstermijnen en de mogelijkheid tot het invorderen bij leden van een ondernemersvereniging van een aan die ondernemersvereniging opgelegde boete.

Van het regelen in dit wetsvoorstel van enkele onderwerpen die in het evaluatierapport en in het advies van de SER als mogelijke punten van verbetering van de effectiviteit van de Mededingingswet werden beschouwd (vergroting van de effectiviteit van het verbod van misbruik

<sup>1</sup> Zie artikel 69 in de Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004 (Wet modernisering EG-mededingingsrecht) Staatsblad, 2004, 345.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 10.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 32.

<sup>4</sup> PB L 395 van 30.12.1989, blz. 0001–0012, gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Oostenrijk, Finland en Zweden (Pb C 241 van 29.8.1994, blz. 57) en bij Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (Pb L 180 van 9.7.1997, blz. 1; rectificatie in Pb L 40 van 13.2.1998, blz. 17).

<sup>5</sup> Zie artikel 90 van de Mededingingswet.

van een economische machtspositie, aanpassing van de bagatel-vrijstelling, invoering van de supercomplaint) is afgezien. Voor de overwegingen die de regering daartoe hebben geleid, verwijs ik kortheidshalve naar het kabinetsstandpunt. Wel volgt de regering de conclusie uit het evaluatierapport en het advies van de SER dat er geen aanleiding bestaat om in de Mededingingswet weer een algemene vrijstelling als die van het met ingang van 1 januari 2003 vervallen artikel 16 op te nemen. Dat artikel hield een vrijstelling in van het kartelverbod voor mededingingsafspraken die op basis van een andere wet zijn onderworpen aan goedkeuring of door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden of op basis van een wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen. Wel acht de regering het wenselijk in de Mededingingswet expliciet te bepalen dat collectieve arbeidsovereenkomsten, bedrijfstakpensioenregelingen en beroepspensioenregelingen niet onder het kartelverbod vallen.

### **3. Concentratietoezicht**

#### *3.1 Inleiding*

Ondernemingsconcentraties zijn vormen van samengaan van ondernemingen die leiden tot duurzame veranderingen in de structuur van de ondernemingen. Concentraties in deze zin kunnen nadelige gevolgen hebben voor de mededinging en daarom is in de Mededingingswet voorzien in toezicht op concentraties.<sup>1</sup> Evenals bij de andere onderdelen van de Mededingingswet is ook bij het concentratietoezicht aansluiting gezocht bij het Europese mededingingsrecht, in dit geval bij de EG-concentratieverordening.<sup>2</sup>

In de Evaluatie van de Mededingingswet wordt geconstateerd dat het systeem van concentratietoezicht in grote lijnen goed werkt, maar op een aantal punten wijziging behoeft.<sup>3</sup> Het is wenselijk de bepalingen inzake concentratietoezicht in de Mededingingswet daarmee in overeenstemming te brengen. Verder is het voor de uitvoeringspraktijk van belang dat de procedure van het concentratietoezicht wordt verbeterd.

#### *3.2 Wijzigingen concentratietoezicht*

##### *Materiële criterium*

Bij dit wetsvoorstel wordt het materiële criterium aan de hand waarvan de raad van de NMa bepaalt of een concentratie toelaatbaar is aangepast aan de tekst van de nieuwe Europese concentratieverordening. Het criterium is ten opzichte van de huidige tekst verduidelijkt. In de tekst komt beter tot uitdrukking dat van belang is de vraag of een fusie of overname de daadwerkelijke (effectieve) mededinging significant beperkt, met name als resultaat van het in het leven roepen of versterken van een dominante positie. Door het inhoudelijke criterium aan te passen komt meer nadruk te liggen op het element significante beperking van de mededinging. In richtsnoeren van de raad van de NMa zal nader houvast worden geboden omtrent de toepassing van deze verduidelijkte tekst van het materiële criterium aan de hand waarvan de raad van de NMa bepaalt of een concentratie toelaatbaar is.

In het kader van de beoordeling van de concentraties zal de raad van de NMa bovendien rekening houden met de economische realiteit. Indien de betrokken ondernemingen aannemelijk maken dat de concentratie bijdraagt aan de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang ten gunste van de gebruiker kan de raad van de NMa bepalen dat geen vergunning is vereist. Met welke factoren de raad rekening zal houden bij de beoordeling of een concentratie bijdraagt aan de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang ten gunste van de gebruiker, zal nader worden toegelicht in bovengenoemde richtsnoeren.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 31.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 32.

<sup>3</sup> Eindrapport Evaluatie Mededingingswet (Juridisch Deelonderzoek paragraaf 2.9), Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal (Kamerstukken I 2001/02, 27 639, nr. 228b).

### *Het opknippen van concentraties*

Bij dit wetsvoorstel wordt een regeling geïntroduceerd die voorkomt dat concentraties, die plaatsvinden door verschillende opeenvolgende kleinere transacties, zich aan het concentratietoezicht zouden onttrekken. Dat zou het geval zijn indien die transacties, los van elkaar beschouwd, beneden de meldingsdrempel blijven. Omdat dit opknippen van concentraties onwenselijke gevolgen voor de mededinging kan hebben, wordt de mogelijkheid geïntroduceerd dat de raad van de NMa economisch of juridisch verbonden verwervingen die plaatsvinden na elkaar doch die onderling samenhang vertonen als één en dezelfde concentratie beoordeelt.

### *Concentratietoezicht op coöperatieve joint ventures*

Bij dit wetsvoorstel worden de voorwaarden waaronder een joint venture als een concentratie wordt beschouwd gewijzigd en in lijn gebracht met de EG-concentratieverordening. De huidige wetstekst verlangt er niet toe leidt dat de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag coördineren. Die eis komt te vervallen. Aldus wordt in het in onderdeel D voorgestelde artikel 27, tweede lid, bepaald dat de totstandkoming van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult een concentratie is in de zin van het in onderdeel D voorgestelde nieuwe eerste lid van artikel 27. Het blijft hierbij dus onveranderd gaan om «volwaardige» joint ventures. Dit betekent dat de joint venture werkzaam moet zijn op een markt en daar alle functies moet vervullen die andere op die markt werkzame ondernemingen normalerwijze vervullen. Bij de beoordeling van dit aspect zal aansluiting worden gezocht bij de praktijk van de beoordeling van «volwaardige» joint ventures aan de hand van de Mededeling van de Europese Commissie, PbEG 1998, C66/01, inzake het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming.

Van een coöperatieve joint venture is sprake, als de totstandbrenging van de gemeenschappelijke onderneming de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven. Dergelijke coördinatie zal met name kunnen optreden wanneer de moederondernemingen daadwerkelijk of potentieel concurrenten zijn op de markt(en) waarop de joint venture actief is of op (een) daarmee verwante markt(en). Bij dit wetsvoorstel worden deze joint ventures, indien zij tevens duurzaam alle functies van een zelfstandige economisch eenheid vervullen, onder het concentratietoezicht gebracht.

Volgens de bestaande Mededingingswet wordt een dergelijke coöperatieve joint venture als een samenwerkingsverband gezien (en niet als een concentratie) waarop uitsluitend het karteltoezicht (artikel 6) van toepassing is. Op dit punt wijkt het huidige concentratietoezicht van de Mededingingswet af van de geldende EG-concentratieverordening. Dit bevalt in de praktijk minder goed. Het is onwenselijk dat dergelijke transacties die de mededinging kunnen beperken zonder voorafgaande controle door de NMa tot stand gebracht kunnen worden. Daarom wordt met dit wetsvoorstel de mededingingswet op dit punt in lijn gebracht met de EG-concentratieverordening.

Voor de beoordeling van de coöperatieve aspecten van de «volwaardige» joint ventures zal aansluiting worden gezocht bij de praktijk van de beoordeling van deze joint ventures aan de hand van artikel 2, vierde en vijfde lid, van de EG-concentratieverordening. De coördinatie tussen de moederondernemingen zal beoordeeld worden overeenkomstig de criteria van artikel 6 van de Mededingingswet. In aansluiting met de EG-concentratieverordening zal, onder andere, bekeken worden (i) of de moederondernemingen significant en gelijktijdig actief blijven op dezelfde markt als de joint venture, of op een daarmee verwante markt, (ii) of de coördinatie rechtstreeks gevolg is van de oprichting van de joint venture, en (iii) of

de coördinatie de mogelijkheid aan de moederondernemingen geeft om de mededinging voor een wezenlijk deel uit te schakelen.

#### *Voorwaarden*

Bij de in onderdeel I voorgestelde wijziging van artikel 37 van de Mededingingswet wordt aan de NMa de bevoegdheid gegeven «voorwaarden» te verbinden aan de mededeling dat geen vergunning vereist is. De NMa kan aan de goedkeuring van een concentratie van ondernemingen voorwaarden stellen om een significante belemmering van de mededinging te voorkomen, zonder dat de NMa daarvoor een fusie of een overname in zijn geheel hoeft te blokkeren door te bepalen dat eerst een vergunning vereist is.

Volgens de bestaande bepalingen inzake concentratietoezicht heeft de NMa niet de bevoegdheid al in de meldingsfase aan een mededeling dat geen vergunning vereist is, voorwaarden te verbinden. In de praktijk doen zich echter gevallen voor waarbij er een risico is voor schade aan de mededinging maar waarbij duidelijk is dat dit risico door middel van bepaalde aanpassingen wordt weggenomen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een relatief ongecompliceerde transactie mededingingsbeperkend kan uitwerken, indien niet een bepaalde productiecapaciteit wordt afgestoten.

De NMa lost dit in de huidige situatie op door partijen te verzoeken of zij de melding willen wijzigen, zodat de voorwaarden in een gewijzigd concentratievoornemen tot uitdrukking komen. Deze praktijk wordt in de evaluatie omslachtig en tijdrovend bevonden. Bovendien kunnen niet alle soorten voorwaarden worden gerealiseerd door een wijziging van de melding en kan handhaving problematisch zijn. Daarom wordt het opleggen van voorwaarden al in de meldingsfase mogelijk gemaakt. Met de bedoelde wijziging wordt het voor de NMa mogelijk die voorwaarden al in een eerdere fase te stellen, te weten bij de mededeling dat geen vergunning behoeft te worden aangevraagd. De NMa zal van die bevoegdheid echter uitsluitend gebruik kunnen maken in gevallen waarin het mededingingsprobleem helder is en de voorwaarden dit zonder twijfel oplossen. Ook voorwaarden met betrekking tot de duur van de geldigheid van de mededeling dat geen vergunning nodig is worden hieronder begrepen. Voor meer complexe gevallen zijn partijen aangewezen op de tweede fase van het onderzoek. De sancties ten aanzien van handhaving van de voorwaarden in de vergunningsfase zijn van overeenkomstige toepassing op de voorwaarden in de meldingsfase.

#### *Drempels financiële instellingen*

Bij het in onderdeel G voorgestelde artikel 31, eerste lid, wordt voor kredietinstellingen en financiële instellingen als drempel waarboven voorgenomen concentraties onder het concentratietoezicht van de Mededingingswet vallen, de omzet (uitgedrukt in een bepaalde waarde aan activa) vervangen door de som van bepaalde batenposten.

Bij de totstandkoming van de Mededingingswet is voor kredietinstellingen en financiële instellingen als drempel gekozen voor de omzet uitgedrukt in een bepaalde waarde aan activa wegens de specifieke omzetstructuur van die instellingen. Zoals in het evaluatierapport wordt aangegeven, blijkt de toepassing van het bestaande omzetcriterium zeer gecompliceerd te zijn. Met name in gevallen waarin de omzet moet worden bepaald van zowel financiële instellingen als van ondernemingen waarvan de omzet wordt vastgesteld met toepassing van artikel 29, leidt dit tot onnodige complicaties. Er moet dan gewerkt worden met twee verschillende grootheden. Andere complicaties die zich door de afwijkende omzetsberekening kunnen voordoen zijn onduidelijkheid over de omvang van activa. Zo is het bijvoorbeeld problematisch om bij internetbanken de waarde aan activa te bepalen. Daarom wordt bij dit wetsvoorstel het omzetcriterium vervangen door het criterium van de som van bepaalde batenposten. Daarmee wordt

het concentratietoezicht van de Mededingingswet op dit punt in overeenstemming gebracht met de EG-concentratieverordening waarin de bedoelde wijziging van drempelcriteria al eerder was doorgevoerd.

#### *Termijnen en aanvullende informatie*

Uit de uitvoeringspraktijk van de NMa blijkt dat zowel de betrokken ondernemingen als de NMa er soms behoefte aan hebben de procedure te verlengen in de eerste fase. Het voorstel voorziet dan ook in een mogelijkheid voor verlenging van de termijn in deze fase.

Met betrekking tot het vragen van aanvullende informatie voorziet de voorgestelde wijziging van artikel 35, tweede lid, van dit wetsvoorstel in een specificatie ten aanzien van de onderneming aan wie de NMa de aanvullende informatie kan vragen. Dat kan zij niet alleen aan de meldende onderneming vragen, maar ook aan de andere betrokken ondernemingen. Met dit instrument kan de NMa de informatie opvragen die voor het beoordelen van de concentratie noodzakelijk is. Indien aan het verzoek van de NMa om aanvullende informatie geen gehoor gegeven wordt, geldt de melding als niet gedaan en wordt deze niet langer behandeld (artikel 38).

#### *Begin van de procedure*

Uit de Evaluatie en de ervaringen uit de uitvoeringspraktijk van de NMa is tevens gebleken dat niet voldoende duidelijk uit de wet blijkt, welke gegevens dienen te worden verstrekt voor aanvang van de procedure. Onder de huidige wet vangt de termijn van de meldingsfase aan na de melding. In de praktijk wordt de NMa geconfronteerd met onvolledige meldingen en mededelingen waarvan niet voldoende duidelijk is of het een melding is. Een dergelijke onvolledige melding verzwaaert de werklust van de NMa nodeloos en leidt tot onduidelijkheid over het moment van aanvang van de procedure.

Indien de gegevens, zoals omschreven in het Besluit gegevensverstrekking Mededingingswet zijn aangeleverd aan de NMa, vangt de termijn van de meldingsfase aan. Uit het Besluit gegevensverstrekking Mededingingswet blijkt limitatief welke gegevens het hier betreft. Onderstreept moet worden dat niet het doel van de regeling is voor aanvang van de termijn van de eerste fase de melding materieel te beoordelen. Het gaat hier uitsluitend om de vraag of er voldoende gegevens zijn om de materiële beoordeling te kunnen doen.

## **4. Sanctionering**

### *4.1 Wijziging boeteregime – algemeen*

De huidige Mededingingswet kent voor de handhaving van artikel 6 (kartelverbod) en artikel 24 (verbod van misbruik van een economische machtspositie) twee boetetarieven<sup>1</sup>: (1) maximaal € 450 000, of 1% van de omzet als dat meer is voor formele overtredingen (niet-meewerken) en (2) maximaal € 450 000 of 10% van de omzet als dat meer is voor materiële overtredingen.

Door inwerkingtreding van de Wet modernisering EG-mededingingsrecht is de boete voor formele overtredingen op grond van artikel 69 onlangs verhoogd van maximaal € 4 500 naar maximaal € 450 000, of 1% van de omzet als dat meer is. Uit de toezichtspraktijk van de NMa bleek dat de oorspronkelijke maximale boete voor formele overtredingen zodanig laag was dat daar geen preventieve werking van uitging. De boete die de NMa voor materiële overtredingen kan opleggen is bij inwerkingtreding van de Wet modernisering EG-mededingingsrecht ongewijzigd gebleven. Door de verschillen in de hiervoor aangegeven percentages (1% en 10%) kent de

---

<sup>1</sup> Afgezien van de boetes wegens het verbreken van door de NMa aangebrachte zegels. Zie artikel 119 Sr jo. artikel 54 Mededingingswet.

wet nog steeds een verschil tussen het beboeten van formele en materiële overtredingen.

Ook wat het concentratietoezicht betreft geldt dat van de boetes op formele overtredingen onvoldoende preventieve werking uitgaat. Zo kan de NMa, als een onderneming gevraagde inlichtingen omtrent haar bedrijfsgegevens die voor de beoordeling van een aanvraag van een vergunning redelijkerwijs nodig zijn niet verstrekt, op grond van het bestaande artikel 72 slechts een boete van ten hoogste € 4 500 opleggen.<sup>1</sup> Verstrekt een onderneming onjuiste of onvolledige gegevens bij een melding van een concentratie of bij de aanvraag van een vergunning voor het tot stand brengen van een concentratie, dan kan de NMa op basis van artikel 73 slechts een boete van ten hoogste € 22 500 opleggen.<sup>2</sup> Daarom is het wenselijk de boetes op formele overtredingen in het concentratietoezicht in lijn te brengen met de bij de Wet modernisering EGmededingingsrecht doorgevoerde verhoging van de boetes voor niet-meewerken in verband met de handhaving van de artikelen 6 en 24. Dit betekent dat de boetes op overtredingen van de formele bepalingen met betrekking tot het concentratietoezicht worden verhoogd tot € 450 000 of, als dat meer is, 1% van de omzet.

Bij overtredingen van de materiële bepalingen met betrekking tot het concentratietoezicht gaat het allereerst om het tot stand brengen van een concentratie zonder melding daarvan bij de autoriteiten, dan wel het overtreden van voorwaarden die door die autoriteiten zijn verbonden aan een ontheffing van deze plicht tot melding.<sup>3</sup> Op grond van het huidige artikel 71 van de Mededingingswet bedraagt de maximale boete hier thans € 4 500. Voorts gaat het om overtreding van de kernbepaling van het concentratietoezicht, die is neergelegd in de artikelen 74 en 75 van de Mededingingswet, namelijk het tot stand brengen van een concentratie zonder goedkeuring van de raad van de NMa of van een concentratie die niet is goedgekeurd, het overtreden van voorschriften die aan een goedkeuring zijn verbonden, dan wel het niet gevolg geven aan een verzoek een concentratie ongedaan te maken.<sup>4</sup> De maximumboete bedraagt hier thans € 22 500. Deze boetebedragen staan in geen verhouding tot de zwaarte van de overtredingen van deze materiële bepalingen. Daarom wordt de boete voor overtreding van deze materiële bepalingen verhoogd tot € 450 000 of, als dat meer is, 10% van de omzet.

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

De wijziging van het boeteregime in het kabinetstandpunt van 23 oktober 2003 omvat tevens het verlenen aan de NMa van de bevoegdheid om leidinggevend binnen een onderneming boetes op te kunnen leggen. Deze mogelijkheid van het opleggen van een boete aan degene die tot de overtreding opdracht heeft gegeven of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven, beoogt bestuurders, managers en andere werknemers van bedrijven ervan te weerhouden om de materiële en formele bepalingen in de Mededingingswet te overtreden. Het voorstel tot sanctionering van opdrachtgevers of feitelijk leidinggevend is, voor zover het gaat om het kartelverbod, in lijn met de bevindingen van verschillende OESO rapporten en aanbevelingen. Zo stelt een rapport dat het hoofddoel van sancties in kartelzaken ligt in de afschrikkende werking ervan. Sancties tegen individuen kunnen – naast sancties tegen de organisaties – een belangrijke, additionele afschrikking vormen.<sup>5</sup>

Bij de voorgestelde regeling van boetes aan leidinggevend wordt aangesloten bij het wetsvoorstel houdende aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde Tranche Awb),<sup>6</sup> waarin de bestuurlijke boete wordt geregeld. Artikel 5.01 van dit wetsvoorstel biedt de mogelijkheid tot

<sup>1</sup> Vergelijk artikel 14 lid 1 EG-Concentratieverordening.

<sup>2</sup> Vergelijk artikel 14 lid 1 EG-Concentratieverordening.

<sup>3</sup> Vergelijk artikel 14 lid 2 EG-Concentratieverordening.

<sup>4</sup> Vergelijk artikel 14 lid 2 EG-Concentratieverordening.

<sup>5</sup> Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Hard Core Cartels under National Competition Laws, DAFNE/COMP(2002)7. Zie tevens de Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, C(98)35/FINAL en de Second Report by the Competition Committee On Effective Action Against Hard Core Cartels, DAFNE/COMP (2003)2. Tot slot zie het OECD Economic Survey Euro Area 2003, mei 2003, blz. 99.

<sup>6</sup> Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 2.



het opleggen van boetes aan opdrachtgevers dan wel feitelijk leidinggevend. Kern hiervan is dat artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht betekent dat een overtreding van de Mededingingswet, gepleegd door een rechtspersoon, ook degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven kan worden toegerekend. Er kan dan een bestuurlijke boete worden opgelegd aan deze personen. Dit kan naast of in plaats van de sanctie aan de rechtspersoon.

Het feit dat artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, houdt in dat bij de toepassing van dit artikel rekening zal moeten worden gehouden met de jurisprudentie op grond van dit artikel zoals bijvoorbeeld de Slavenburg-arresten. Volgens deze arresten is er sprake van iemand die feitelijk leiding geeft aan een overtreding indien deze (i) maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is, en (ii) bewust de kans aanvaardt dat een bepaalde verboden gedraging zich voordoet, zodat hij die gedraging opzettelijk bevordert. Voor het opleggen van een boete aan een opdrachtgever gelden stringenter eisen: het begrip opdracht geven impliceert dat er een uitdrukkelijke last moet zijn gegeven voor het overtreden van een wettelijk voorschrift.

Aansluitend bij de boetes voor een ieder die de medewerkingsplicht overtreedt<sup>1</sup> acht de regering ook voor een opdrachtgever of feitelijk leidinggevend een maximumboete van € 450 000 per overtreding per persoon wenselijk. De regering realiseert zich dat het hier gaat om een substantieel bedrag. Zij heeft daarvoor echter gekozen om een voldoende afschrikkende werking te kunnen bewerkstelligen. Een boeteniveau voor feitelijk leidinggevend of opdrachtgevers dat lager ligt dan de boete voor een ieder die de medewerkingsplicht overtreedt acht de regering gelet op de bijzondere verantwoordelijkheid van leidinggevend en opdrachtgevers ongewenst. De boetes voor het feitelijk leidinggeven aan, of het opdracht geven tot materiële overtredingen zijn derhalve eveneens vastgesteld op € 450 000. Het kabinet acht het tevens ongewenst dat opdrachtgevers en leidinggevend, voor soortgelijke gedragingen in Nederland strenger worden gestraft dan wat thans in Duitsland mogelijk is. Het Bundeskartellamt kan leidinggevend in een onderneming voor materiële overtredingen een boete van maximaal € 500 000 opleggen.

Het voorgestelde bedrag van € 450 000 is een maximum. In een concreet geval kan de boete uiteraard lager liggen. Evenals bij de bepaling van de hoogte van de boete aan een onderneming zal ook bij het opleggen van sancties aan opdrachtgevers dan wel feitelijk leidinggevend in elk geval rekening worden gehouden met de ernst en de duur van de door de onderneming begane overtreding, alsmede met de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan.<sup>2</sup> De uitwerking hiervan zal nader worden ingevuld in de boeterichtsnoeren. Er is aldus een balans nagestreefd tussen enerzijds voldoende afschrikkende werking en anderzijds een redelijk plafond.

#### *4.3 Beboeten leden ondernemersvereniging*

De NMa kan moeite hebben met het innen van boetes die zij aan ondernemersverenigingen heeft opgelegd. Deze verenigingen zijn immers vaak onvoldoende kredietwaardig om de boetes geheel te voldoen. Daarom wordt voorgesteld om in navolging van EG-verordening 1/2003 voor de raad van de NMa de bevoegdheid te creëren om bij gebreke van betaling bij elke onderneming waarvan een vertegenwoordiger deel uitmaakte van het betrokken besluitvormende orgaan op het moment dat

<sup>1</sup> Op grond van het geamendeerde artikel 69 van de Mededingingswet kan de NMa een maximum boete van € 450 000 opleggen aan degene die niet meewerkt. Daarmee kunnen niet alleen de onderneming maar ook weigerachtige werknemers worden beboet.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 88.

dit de beslissing tot het maken van de overtreding nam, de boete in te vorderen. Veelal zal dit het bestuur van de ondernemersvereniging zijn, maar het is niet uit te sluiten dat een ander orgaan dan het bestuur deze beslissing genomen heeft. Indien na deze invordering de boete niet volledig is betaald, kan de raad van de NMa van elk van de bij de vereniging aangesloten ondernemingen die op de markt waarop de overtreding is begaan in de desbetreffende periode werkzaam waren, het resterende bedrag vorderen. Zie voor een nadere toelichting het artikelsgewijs deel van de toelichting.

#### 4.4 Structurele maatregel

Het voorstel de NMa aan ondernemingen structurele maatregelen te kunnen laten opleggen is in lijn met de bevoegdheden van de Europese Commissie op grond van Verordening 1/2003. De Europese Commissie acht het kunnen beschikken over de bevoegdheid tot het opleggen van maatregelen ter correctie van gedragingen en structurele gedragingen onmisbaar wil een toezichthouder daadwerkelijk een einde kunnen maken aan een inbreuk op het Europese kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie (emp). Dit gaat ook op voor het daadwerkelijk een einde kunnen maken aan inbreuken op het Nederlandse kartelverbod en verbod op misbruik van een emp.

Met name in transitiesectoren speelt het probleem dat het opleggen van bestaande sancties aan een voormalige monopolist wegens misbruik van emp vaak onvoldoende effectief blijkt te zijn. Kenmerkend voor dit soort bedrijfssectoren is immers dat toetreding van nieuwe ondernemingen slechts heel moeizaam en langzaam verloopt, zodat de voormalige monopolist nog lang over een emp zal blijven beschikken, met het risico van herhaald misbruik. De bevoegdheid voor de NMa tot het opleggen van structurele maatregelen kan een belangrijke bijdrage leveren aan een oplossing van dat probleem die in voorkomende gevallen mogelijk effectiever en efficiënter is dan sectorspecifieke toegangs- en tariefregulering.

Ook buiten transitiesectoren kan het opleggen van structurele maatregelen nuttig zijn om een eind te maken aan inbreuken op artikel 24. Daarbij valt te denken aan een situatie van collectieve dominantie door structurele kruislingse deelnemingen. Als de collectief dominante ondernemingen misbruik van machtspositie plegen door onredelijk hoge prijzen te vragen, zou een juiste structurele maatregel hierin bestaan de ondernemingen op te leggen hun kruislingse deelnemingen af te stoten.

Het invoeren van deze bevoegdheid in de Mededingingswet draagt bij tot een effectievere handhaving van artikel 24 van de Mededingingswet, zonder dat het daaraan zijn repressieve karakter of zijn doelstelling ontnemt. Anders dan ex ante vormen van sectoraal mededingingstoezicht, past deze bevoegdheid dus binnen de bestaande ex post systematiek van de Mededingingswet, in die zin dat de structurele maatregel pas wordt ingezet na overtreding van de wet.

Het kunnen opleggen van een structurele maatregel door de raad van de NMa draagt tevens bij aan een effectievere handhaving van artikel 6. Immers, er zijn gevallen denkbaar waarin een inbreuk op artikel 6 niet ongedaan kan worden gemaakt door een gedragsmaatregel (een vordering een bepaalde gedraging te stoppen). Daarbij kan worden gedacht aan de situatie waarin een onderneming door een minderheidsdeelneming in een andere onderneming invloed kan verkrijgen op haar commerciële beleid en daarmee haar concurrentiegedrag.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Zie de gevoegde zaken («Philip Morris») 142/84 en 156/84 van 17 november 1987, British-American Tobacco en R. J. Reynolds, ECR 4487). Zie tevens de zaak BT/MCIII, D. Comm. 24 juli 1994, 1994 Pb L 223/36, punt 44.

De regering realiseert zich dat toepassing van een structurele maatregel een zwaar middel is, aangezien het ingrijpt in de ondernemingsstructuur. Het instrument is dan ook bedoeld als ultimum remedium, om toe te passen als de gebruikelijke middelen ontoereikend zijn. Er is voorzien in een aantal waarborgen. Ten eerste zijn voornoemde wijzigingen in de ondernemingsstructuur slechts evenredig indien, na bewezen overtreding, een gerede kans bestaat op een voortdurende of herhaalde inbreuk op het kartel- of misbruikverbod (artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet) die voortvloeit uit de structuur van de onderneming zelf. Voorts kunnen structurele maatregelen alleen worden opgelegd als er niet een even effectieve maatregel ter correctie van gedragingen bestaat of als een dergelijke even effectieve maatregel voor de betrokken onderneming meer belastend zou zijn dan de structurele maatregel.

## **5. Vrijstelling van collectieve arbeidsovereenkomsten, bedrijfstakpensioenregelingen en beroepspensioenregelingen**

In dit wetsvoorstel wordt een nieuw artikel 16 in de Mededingingswet ingevoerd. Dit artikel stelt collectieve arbeidsovereenkomsten en overeenkomsten in een bedrijfstak tussen werknemersorganisaties en werkgeversorganisaties uitsluitend met betrekking tot pensioen en overeenkomsten of besluiten van een organisatie van vrije beroepsbeoefenaren houdende uitsluitend de deelname aan een pensioenregeling – indien een verzoek tot verplichtstelling van deelname aan de desbetreffende pensioenregeling is gedaan en niet is afgewezen – vrij van het verbod van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet.

Het voornemen tot deze vrijstelling maakt deel uit van het kabinetsstandpunt over voorgenomen wijzigingen van de Mededingingswet naar aanleiding van de evaluatie. Dit standpunt heb ik met mijn brief van 23 oktober 2003 aan de Tweede Kamer gezonden (Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr. 1).

Het met ingang van 1 januari 2003 vervallen artikel 16 van de Mededingingswet bepaalde dat het kartelverbod niet gold voor mededingingsafspraken die op basis van een andere wet zijn onderworpen aan goedkeuring of door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden of op basis van een wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen. Dat artikel zag mede op collectieve arbeidsovereenkomsten en collectieve pensioenregelingen. In dat verband rijst de vraag of het vervallen van het oude artikel 16 gevolgen heeft voor die overeenkomsten en regelingen. Omdat de Mededingingswet is georiënteerd op het Europese mededingingsrecht, is het voor het beantwoorden van die vraag van belang dat ook in het Europese mededingingsrecht collectieve afspraken tussen sociale partners een bijzondere positie innemen.

Enige jaren geleden heeft het Hof van Justitie van de EG een drietal arresten<sup>1</sup> gewezen waarin het de vrijheid van de sociale partners in vergaande mate respecteert om afspraken te maken gericht op de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers zonder daarbij te worden beperkt door het mededingingsrecht. Het Hof heeft in die arresten uitgemaakt dat een overeenkomst die is gesloten op basis van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties en die als directe doelstelling heeft de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers, wegens haar aard en doel moet worden geacht niet onder artikel 81, eerste lid, van het EG-verdrag te vallen. Ook overheidsingrijpen zoals de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds valt buiten het mededingingsrecht, alsook de bepalingen van de collectieve overeenkomst waarop die verplichtstelling tot deelneming betrekking heeft.

---

<sup>1</sup> HvJEG 21 september, zaak C-67/96 (Albany), Jur. 1999, I-5751, HvJEG 21 september 1999, gev. zaken C-115–117/97 (Brentjens), Jur. 1999, I-6025, HvJEG 21 september 1999, zaak C-219/97 (Drijvende Bokken), Jur. 1999, I-6121.

De collectieve onderhandelingsvrijheid tussen sociale partners is ook vastgelegd in verschillende verdragen.<sup>1</sup> Verwezen wordt naar hetgeen hierover is opgemerkt in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet<sup>2</sup>. Beroepspensioenregelingen komen, anders dan bedrijfstakpensioenregelingen, niet tot stand op basis van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties. Zij zijn gebaseerd op een overeenkomst of een besluit van een organisatie van vrije beroepsbeoefenaren. Het Hof van Justitie van de EG heeft daarom in een zaak met betrekking tot de beroepspensioenregeling van medisch specialisten in Nederland uitgemaakt dat beroepspensioenregelingen wel aan artikel 81, eerste lid, van het EG-verdrag moeten worden getoetst. In hetzelfde arrest heeft het Hof echter tevens gesteld dat in de desbetreffende zaak het verzoek van een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep, in dit geval medisch specialisten, aan de overheid om de deelneming in een door haar opgerichte beroepspensioenregeling verplicht te stellen, is gedaan in het kader van een regeling die overeenkomt met het in verscheidene lidstaten bestaand stelsel voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied. Met die regeling doelt het Hof op de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling. Een dergelijk stelsel beoogt, volgens het Hof, de opbouw van aanvullende pensioenen van de tweede pijler te bevorderen en bevat een aantal waarborgen waarvan de minister de inachtneming moet verzekeren, zodat het verzoek van de beoefenaren van een vrij beroep geen schending van artikel 85, eerste lid, van het Verdrag kan opleveren<sup>3</sup>.

Deze ruimte voor collectieve arbeidsovereenkomsten en overeenkomsten tot de deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen die het Europese mededingingsrecht biedt, wordt ook door de Mededingingswet geboden. Deze wet sluit aan bij de Europese mededingingsregels en voor de toepassing daarvan is de Europees-rechtelijke jurisprudentie richtinggevend<sup>4</sup>. Sinds met ingang van 1 mei 2004 verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 1) van toepassing is geworden, zijn de NMa en de Nederlandse rechter, als zij de Mededingingswet toepassen op overeenkomsten of besluiten die tevens onder de EG-mededingingsregels vallen, verplicht de EG-mededingingsregels toe te passen, zulks in het licht van de Europese jurisprudentie. Zodanige overeenkomsten of besluiten mogen op basis van het nationale mededingingsrecht dus niet worden verboden, als zij volgens de Europese mededingingsregels zijn toegestaan.

Dit geldt ook voor collectieve arbeidsovereenkomsten en overeenkomsten tot deelname aan bedrijfstakpensioen- en beroepspensioenregelingen. In verband met de bijzondere positie die deze overeenkomsten en regelingen vanwege hun sociale doelstellingen in het mededingingsrecht innemen worden collectieve arbeidsovereenkomsten en bedrijfstakpensioenregelingen in het bij artikel I, onderdeel B van dit wetsvoorstel voorgestelde nieuwe artikel 16 uitdrukkelijk vrijgesteld van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet. Ook beroepspensioenregelingen vallen onder deze vrijstelling, maar alleen als een verzoek is ingediend tot verplichtstelling door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om aan een beroepspensioenregeling deel te nemen en dat verzoek niet is afgewezen. In deze overeenkomsten en regelingen mogen echter geen bepalingen worden opgenomen die naar hun aard en doel buiten het sociale domein vallen en de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen. Te denken valt aan bepalingen die quotering van productie of afzet inhouden. Voor zover zodanige bepalingen wel in deze arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen voor-

<sup>1</sup> Het betreft het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en politieke rechten, het op 9 juli 1948 te San Francisco tot stand gekomen Verdrag betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht (Trb. 1951, 27), het op 1 juli 1949 te Genève tot stand gekomen Verdrag betreffende de toepassing van de beginselen van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen (Trb. 1972, 105), het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden en het Europees Sociaal Handvest van de Raad van Europa.

<sup>2</sup> Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal (Kamerstukken I 2001/02, 27 639, nr. 228b).

<sup>3</sup> HvJEG 12 september 2000, gev. zaken C-180-184/98 (Pavlov), Jur. 2000, I-6541.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 13.

komen en zij de handel tussen EU-lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, is het Europese mededingingsrecht van toepassing. Ook kunnen zodanige bepalingen binnen het bestaande beleid van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid niet voor algemeen-verbindendverklaring of voor verplichtstelling van het deelnemen daarin in aanmerking komen.

## **6. Procedures**

### *6.1 Opheffen opschortende werking beroep bij last onder dwangsom*

Hoofdregel van het bestuursrecht is dat het instellen van bezwaar of beroep geen schorsende werking heeft en dat een beschikking al tijdens de termijnen voor het instellen van deze rechtsmiddelen rechtsgevolgen heeft. Dat systeem is ook als hoofdregel in de Algemene wet bestuursrecht neergelegd. In afwijking daarvan is in de artikelen 63, eerste lid, en 80, eerste lid, van de Mededingingswet bepaald dat de werking van een sanctiebeschikking wordt opgeschort tot na de beroepstermijn of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist. In die gevallen is de beschikking wel in werking getreden, maar is de werking opgeschort. Deze opschortende werking geldt ook tijdens de bezwaarfase. Bij dwangsom-beschikkingen kan de raad van de NMa gemotiveerd afwijken van de in artikel 63, eerste lid en artikel 80, eerste lid opgenomen regel (artikelen 63, tweede lid en 80, tweede lid). In dat geval wordt de werking niet opgeschort.

Volgens de huidige stand van de rechtspraak mag de NMa alleen van deze bevoegdheid gebruik maken in geval van bijzondere en zwaarwegende omstandigheden, waarbij is vereist dat het redelijkerwijs te verwachten nadeel voor degenen te wiens behoeve de last onder dwangsom is opgelegd ernstig is en substantieel groter dan het nadeel voor degene aan wie de last onder dwangsom is opgelegd.<sup>1</sup> Een daadkrachtige handhaving van het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie komt in gevaar door artikel 63, eerste lid, en het terughoudende gebruik van artikel 63, tweede lid, van de Mededingingswet. Daarom acht de regering het – in lijn met de aanbeveling van de onderzoekers – wenselijk de artikelen 63 en 80 niet meer te laten gelden ten aanzien van de last onder dwangsom.

### *6.2 Bestuursrechtelijke handhaving verbreking van zegels*

Op grond van artikel 54 van de Mededingingswet kan de NMa bedrijfsruimten en voorwerpen verzegelen. De verbreking van deze zegels is strafbaar op grond van artikel 119 van het Wetboek van Strafrecht. Het verbod op verbreking van de zegels kan thans slechts strafrechtelijk worden gehandhaafd. Dit brengt het nadeel met zich dat de NMa voor een effectieve handhaving van dit verbod afhankelijk is van de bereidheid en capaciteit van het Openbaar Ministerie tot vervolging. Voor het Openbaar Ministerie zal de vervolging van personen die genoemde zegels verbreken echter niet altijd als hoogste prioriteit gelden. Dit is niet in het belang van een effectieve handhaving van de Mededingingswet. Daarom wordt met de voorgestelde maatregel, in lijn met de sanctie op overtreding van de medewerkingsplicht, de sanctie op het verbreken van zegels bestuurlijk geregeld. De maximale boete zal worden gesteld op € 450 000 of 1% van de omzet van de betrokken onderneming indien dit meer is.

---

<sup>1</sup> President Rechtbank Rotterdam 22 juni 2000, Telegraaf/NOS en HMG (programmagegevens).

## 7. Bedrijfseffectentoets

### 7.1 Reikwijdte

Het wetsontwerp heeft betrekking op alle entiteiten die een economische activiteit verrichten op de Nederlandse markt. Het is moeilijk om aan te geven hoeveel bedrijven daadwerkelijk met het wetsontwerp worden geconfronteerd. Dit is sterk afhankelijk van de mate en de vorm waarin wordt samengewerkt, overeenkomsten worden gesloten, machtsposities ontstaan of inbreuk wordt gepleegd op de verbodsartikelen (artikel 6 en 24 van de Mededingingswet en artikel 81 en 82 van het EG-verdrag). Voor wat betreft concentratiecontrole kan wel meer zekerheid worden gegeven over de orde van grootte. In het jaar 2002 zijn 77 voorgenomen concentraties bij de NMa gemeld en beoordeeld. In 2003 waren dat er 69. Slechts in drie gevallen leidde dit tot een vergunningaanvraag.

### 7.2 Kosten en baten van de ontwerp-regelgeving

Met het van kracht worden van de Wet modernisering EG mededingingsrecht is de ontheffingsmogelijkheid (artikel 17) komen te vervallen. Daarmee is reeds een substantiële bijdrage geleverd aan de vermindering van de administratieve lasten die samenhangen met de Mededingingswet. Het onderzoeksbureau EIM raamt de afname van de administratieve lasten op bijna 25%.<sup>1</sup>

Kosten die bedrijven moeten maken in het kader van onderzoeken opsporingsonderzoek worden (per definitie) niet tot administratieve lasten gerekend. Dat betekent dat de voorgestelde aanscherping van de sancties niet leiden tot extra administratieve lasten. Dat geldt ook voor het in bezwaar en beroep gaan tegen sanctiebesluiten. Het in beroep en bezwaar gaan tegen niet-sanctiebesluiten van de NMa leidt daarentegen wel tot administratieve lasten. De mogelijkheid om gebruik te maken van artikel 7.1a van de Algemene wet bestuursrecht maakt facultatief bezwaar mogelijk. Het grotendeels vervallen van het verplichtende karakter van de bezwaarfase reduceert de administratieve lasten. Dit leidt volgens berekeningen van het EIM tot een daling van de administratieve lasten met -3,7%.<sup>2</sup>

Ten opzichte van de nulmeting zoals aangevuld in 2003 zijn er voor wat betreft concentratiecontrole geen veranderingen in de hoogte van de administratieve lasten per concentratiemelding.<sup>3</sup> Geen van de informatieverplichtingen die in de nulmeting als administratieve lasten zijn gedefinieerd worden door dit wetsvoorstel intensiever. Het wetsvoorstel roept ook geen nieuwe als administratieve last te definiëren handelingen in het leven. Aangezien de categorie van coöperatieve joint ventures onder het concentratietoezicht gebracht zal worden waar dit nu niet het geval is, zal het aantal meldingen naar verwachting licht toenemen ten opzichte van het aantal meldingen in 2002 en 2003. Uit analyse van de gegevens van afgelopen jaren over ontheffingaanvragen bij de NMa die coöperatieve joint ventures betreffen, blijkt dat te verwachten is dat op jaarbasis zes coöperatieve joint ventures aangemeld en beoordeeld zullen worden. De administratieve lasten nemen daarmee ten opzichte van de nulmeting toe met zes maal € 6 560 is € 39 360.

Daar staat tegenover dat sinds de inwerkingtreding van de Wet modernisering EG-mededingingsrecht, het niet langer nodig is dat ondernemingen een ontheffing aanvragen, hetgeen bij dit type transactie regelmatig het geval was. De aanpassing leverde een reductie van € 5 894 per geval aan administratieve lasten op.

<sup>1</sup> Zie Meer ondernemerschap met minder regels, rapportage implementatieplannen administratieve lasten EZ-regelgeving, september 2002.

<sup>2</sup> Zie Meer ondernemerschap met minder regels, rapportage implementatieplannen administratieve lasten EZ-regelgeving, september 2002.

<sup>3</sup> Nulmeting Administratieve Lasten EZ-regelgeving, ultimo 2002. Zoetermeer, november 2003, onderzoek voor Bedrijf en Beleid.

De evaluatie geeft aan dat toepassing van artikel 24 van de Mededingingswet in de praktijk complex en tijdrovend is. De SER heeft daarom geadviseerd om bedrijven met economische machtspositie in bepaalde gevallen een gescheiden boekhouding op te leggen. Dit zou bij toepassing van artikel 24 van de Mededingingswet tijdswinst opleveren. Dit voorstel wordt door de regering niet overgenomen (zie kabinetsstandpunt evaluatie Mededingingswet). Dit zou tot een niet-aanvaardbare verhoging van de administratieve lasten (dubbele boekhouding) leiden.

Alles overziend zal het wetsvoorstel resulteren in een structurele netto daling van 48 000 à 88 000 euro (afhankelijk van de mate waarin de administratieve lasten als gevolg van de Wet modernisering EG mededingingsrecht worden meegerekend) en een verwaarloosbaar bedrag aan eenmalige administratieve lasten.

### *7.3 Vergelijking met regelgeving in omliggende landen*

De meeste landen binnen de EU kennen een mededingingswet die materieel op hoofdlijnen overeenstemt met de Europese mededingingsregels. Waar het gaat om interstatelijke effecten zijn de Europese mededingingsregels in ieder geval van toepassing. Met het instellen van boetes voor opdrachtgevers danwel feitelijk leidinggevendens wordt eveneens aansluiting gezocht bij het sanctie-instrumentarium in de ons omliggende landen. Veel omliggende landen (VK, VS, Frankrijk) kennen overigens naast een boete eveneens de mogelijkheid tot het opleggen van een gevangenisstraf voor bestuurders die feitelijk leiding geven aan of opdrachtgeven tot het overtreden van de mededingingsregels.

### *7.4 Vergelijking met EG-richtlijnen*

Door de voorstellen zal de Mededingingswet nauw (blijven) aansluiten bij de Europese regelgeving (Verordening 1/2003 en de nieuwe EG Concentratieverordening). Dit betekent dat er als gevolg van de voorstellen geen strengere eisen worden gesteld voor de toegang tot (of de uitoefening van) een beroep of bedrijf. Ook worden op grond van de voorstellen aan bedrijven geen extra lasten opgelegd dan bij de Europese regels het geval is.

### *7.5 Gevolgen voor de marktwerking*

De gevolgen van de ontwerp-regelgeving zullen positief uitwerken op de marktwerking. De NMa zal als gevolg van de voorstellen effectiever toezicht kunnen uitoefenen. Ook zal door aanscherping van het sanctie-instrumentarium de spontane naleving van de mededingingswet naar verwachting toenemen. Voor een verdere toelichting wordt verwezen naar het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet.

### *7.6 Advies ACTAL*

Het College van ACTAL heeft besloten om het wetsvoorstel niet te selecteren voor een toets. Volgens ACTAL zijn de administratieve lasten in het wetsvoorstel op een juiste wijze gekwantificeerd en bleken zeer beperkt in omvang. Ook is in voldoende mate nagegaan of alternatieve vormgeving van de voorstellen tot lagere administratieve lasten zou kunnen leiden.

### *7.7 Uitvoerings- en handhavingstoets*

#### *Naleving en handhaving*

De NMa is belast met de handhaving van de Mededingingswet. Daarnaast

is ook de civiele rechter bevoegd de Mededingingswet toe te passen, waar het gaat om het kartelverbod (art. 6) en het verbod op misbruik van economische machtspositie (art. 24). Op overtreding van de verbodsartikelen, op niet meewerken aan een onderzoek en bij het concentratietoezicht kan de NMa een boete of last onder dwangsom opleggen.

Het invorderen van boetes aan ondernemersverenigingen bij de leden zou mogelijk extra handhavingsinzet vergen. In 2003 zijn aan elf ondernemersverenigingen boetes opgelegd. De mate waarin de NMa deze boetes in de toekomst zal moeten verhalen op de leden is dan ook moeilijk in te schatten.

Het is moeilijk een nauwkeurige inschatting te maken van het effect van de ontwerpregelgeving op de handhavingsinzet en handhavingsbehoefte. De ontwikkeling die de NMa doormaakt naar een meer onderzoeksgerichte (pro-actieve) toezichthouder vraagt wel om meer handhavingsinzet. Echter deze ontwikkeling is reeds twee jaar gaande en heeft geen directe relatie met het wetsvoorstel.

Met betrekking tot concentratiecontrole zal de handhavingsinzet op punten marginaal veranderen. Een vermindering van de handhavingsinzet valt te verwachten doordat voorwaarden opgelegd kunnen worden in de meldingsfase. Hierdoor hoeft niet meer de procedure van wijzigen van de melding van een concentratie te worden gevolgd. De NMa heeft deze procedure als omslachtig en nodeloos belastend ervaren, bijkens de Evaluatie van de Mededingingswet. Een andere verwachte afname met betrekking tot de uitvoering van de Mededingingswet ten aanzien van concentratiecontrole is dat de NMa de mogelijkheid zal krijgen geen capaciteit beschikbaar te houden indien blijkt dat ondernemingen kennelijk van hun concentratievoornemens af zien, zonder dat uitdrukkelijk te melden aan de NMa. Bovendien zal de vereenvoudigde methode van berekenen van de drempels bij financiële instellingen in voorkomend geval bijdragen tot een verminderde handhavingsinzet. Het onder het concentratietoezicht brengen van de categorie van coöperatieve joint ventures brengt voor die gevallen daarentegen een vermeerdering van de handhavingsinzet met zich. Het efficiencyverweer brengt mogelijk in die gevallen wanneer ondernemingen efficiency-argumenten naar voren brengen, een veranderende handhavingsinzet met zich.

#### *Oordeel uitvoerings- en handhavingsinstanties*

Het onderhavige wetsvoorstel is tot stand gekomen in overleg met de NMa. Zowel bij het opstellen van het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie, waarin de contouren van de voorstellen reeds zichtbaar werden, als bij de vormgeving van de wetteksten en toelichting, is regelmatig met de NMa gesproken over de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid en is in vergaande mate overeenstemming bereikt. Aanvullend op de voorstellen die hun oorsprong vinden in de evaluatie en de nieuwe Europese verordeningen, zijn in het wetsvoorstel een aantal aanpassingen opgenomen die voortkomen uit de door de NMa gesignaleerde tekortkomingen in de regelgeving zoals is gebleken in de toezichtspraktijk. Deze signaalfunctie heeft geleid tot een grote verzameling van veelal niet omvangrijke wetsaanpassingen, die echter tezamen de effectiviteit van het toezicht naar verwachting aanzienlijk zullen verhogen.

Bij brief van 27 september 2004 is de NMa verzocht het onderhavige wetsvoorstel te willen toetsen op haar uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Bij brief van 20 oktober 2004 (kenmerk 4066078) heeft de NMa zijn uitvoeringstoets gegeven. In grote lijnen kan de NMa zich vinden in het wetsvoorstel. De NMa plaatst daarnaast een aantal kanttekeningen. Op



een kanttekening zal separaat worden gereageerd, namelijk de uitbreiding van het sanctie-instrumentarium met de zogenaamde «disqualification».

In zijn algemeenheid zijn de redenen om aan kanttekeningen van de NMa voorbij te gaan ondermeer gelegen in verschillen van inzicht over de effectiviteit (nut en noodzaak) van voorstellen, interpretatie van regelgeving en jurisprudentie en de afweging met andere dan mededingingsbelangen. Daarbij kan worden gedacht aan regeldruk, administratieve lasten, rechtsbescherming, potentiële strijdigheid met andere nationale en Europese regelgeving en budgettaire kaders.

In de uitvoeringstoets geeft de NMa aan dat zij de voorkeur geeft aan de «disqualification order» (uit functie zetten) boven boetes aan opdrachtgevers en feitelijk leidinggevendenden. De regering is van mening dat de «disqualification order» qua zwaarte en vorm niet past in het huidige sanctie-instrumentarium van concurrentietoezichthouders. Opgemerkt zij dat boetes aan feitelijk leidinggevendenden en opdrachtgevers, in tegenstelling tot wat de NMa beweert, wel een afschrikwekkend effect hebben vanwege de schade die deze boetes toebrengen aan de goede naam en reputatie van betrokken functionarissen. Waarschijnlijk is de «disqualification order» ook overbodig gelet op het zelfreinigend vermogen van betrokken ondernemingen, waarbij de te bestraffen bestuurder uit eigen beweging of op last van de Raad van Commissarissen zijn functie zal neerleggen.

### *7.8 Belasting rechterlijke macht*

Uit het jaarverslag blijkt dat de NMa in 2003 344 primaire besluiten heeft genomen op grond van de Mededingingswet: 14 sanctiebesluiten, 40 ontheffingsbesluiten, 219 besluiten inzake klachten over overtreding van de Mededingingswet en 71 besluiten inzake concentratietoezicht. In 2003 is ruim 50 keer bezwaar of beroep aangetekend tegen uitspraken van de NMa en zijn 47 bezwaarprocedures in mededingingszaken afgerond (exclusief concentratietoezicht waar geen bezwaarmogelijkheid bestaat). Het aantal uitspraken van de bestuursrechter in beroepszaken tegen uitspraken van de NMa bedroeg in 2003 19 (2 niet-ontvankelijk) waarvan 4 keer in tweede instantie bij het CBB<sup>1</sup>. In verhouding tot het totale aantal bestuursrechtuitspraken in 2003 bij rechtbanken en het CBB exclusief bouw-, vreemdelingen-, sociale zekerheids-, bijstand en ambtenarenrecht (ruim 1078<sup>2</sup>) en rekening houdend met de gemiddelde belasting per mededingingszaak, lijkt de huidige belasting als gevolg van de Mededingingswet beperkt.

Het verhogen van de boetes bij concentratiecontrole zal waarschijnlijk niet leiden tot een toename van het aantal beroepszaken. Nu al wordt tegen bijna elk sanctiebesluit van de NMa, ongeacht de hoogte ervan, bezwaar en beroep ingesteld. De invoering van de mogelijkheid tot het opleggen van boetes aan opdrachtgevers danwel feitelijk leidinggevendenden zal naar verwachting resulteren in ongeveer 5 extra beroepszaken bij de Rechtbank Rotterdam. Zoals hiervoor aangegeven zal de structurele maatregel naar verwachting zeer sporadisch door de NMa worden gebruikt en dus ook niet leiden tot extra belasting van de rechterlijke macht. Over de toename van het aantal beroepszaken als gevolg van de bevoegdheid tot invordering van boetes aan een ondernemersvereniging of bij de leden is gezien de onzekerheid over het aantal op basis van deze bevoegdheid te nemen NMa-besluiten geen inschatting te geven.

---

<sup>1</sup> Zie jaarverslag Nma over 2003.

<sup>2</sup> Zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), uitspraken over 2003.

## **Artikelen**

### *Artikel I, onderdeel A*

Het aan artikel 6 toegevoegde vierde lid komt inhoudelijk overeen met artikel 2, laatste volzin van Verordening 1/2003. Teneinde alle twijfel weg te nemen over de vraag waar de bewijslast ligt ingeval een beroep wordt gedaan op het bepaalde in het derde lid, is in het vierde lid nu geregeld dat de onderneming of ondernemersvereniging die zich beroept op het derde lid, dit bewijs dient te leveren.

### *Artikel I, onderdeel B*

De in artikel 16 geformuleerde vrijstellingen doen niet af aan het uitgangspunt van de Mededingingswet dat mededingingsbeperkende afspraken, indien zij volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG niet in strijd zijn met artikel 81, eerste lid, EG, ook niet in strijd zijn met het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet. Dit is een algemeen uitgangspunt dat geldt, ongeacht of het gaat om de afspraken waarop artikel 16 betrekking heeft of om andere afspraken.

Bij de formulering van de vrijstelling van het kartelverbod voor CAO's en overeenkomsten en besluiten inzake de oprichting van pensioenfondsen is zo nauw mogelijk aangesloten bij de Europese jurisprudentie. De onder a opgenomen vrijstelling is geënt op de in paragraaf 5 van het algemeen deel van deze memorie aangehaalde arresten Brentjens, Drijvende Bokken en Albany (zie van laatstgenoemde arrest overwegingen 59 en 60). De in onderdeel b opgenomen uitzondering is eveneens gebaseerd op deze arresten. Deze vrijstelling geldt voor de overeenkomsten inzake een bedrijfstakpensioenregeling die niet te rekenen zijn tot de CAO's, bedoeld in onderdeel a, maar die uitsluitend betrekking hebben op een bedrijfstakpensioenregeling. De formulering van de bepaling sluit aan bij de bewoordingen die het Hof gebruikt in het arrest Albany, overweging 66. Wat betreft de in onderdeel c opgenomen vrijstelling is aansluiting gezocht bij het eveneens in par. 5 van deze memorie genoemde Pavlov-arrest (zie overweging 98). Een overeenkomst tot deelname aan een beroepspensioenregeling valt onder de vrijstelling zodra een verzoek aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is gedaan tot verplichtstelling van deelneming in de desbetreffende beroepspensioenregeling door alle of bepaalde groepen van beroepsgenoten. Indien het verzoek door de minister wordt afgewezen, geldt de vrijstelling niet meer.

### *Artikel I, onderdeel C*

De wijzigingen in dit onderdeel zijn een gevolg van de gewijzigde nummering van de artikelen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, zoals deze wijziging is aangebracht door het Verdrag van Amsterdam.

### *Artikel I, onderdeel D*

Door deze wijziging van artikel 27 worden alle coöperatieve joint ventures onder het concentratietoezicht gebracht. Dat zijn joint ventures waarbij sprake is van de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die een duurzame zelfstandige eenheid vormt die mogelijk leidt tot coördinatie van het concurrentiegedrag van de moederondernemingen. Het concentratietoezicht wordt hierdoor overeenkomstig de aanbeveling uit het juridisch deelonderzoek van de evaluatie in lijn gebracht met de concentratieverordening, zoals deze luidt na de wijziging van die verordening bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van de Europese Unie van 30 juni 1997 (PbEG L 180) houdende wijziging van verordening (EEG)

nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen. Deze concentraties zullen getoetst worden overeenkomstig artikel 37, tweede lid, waarbij tevens bij de beoordeling wordt betrokken een toets aan artikel 6. In het voorgestelde artikel 37, derde lid, en de voorgestelde toevoeging aan artikel 41, tweede lid, is dit verwoord. Bij deze beoordeling zal aansluiting worden gezocht bij de praktijk van de beoordeling van coöperatieve joint ventures aan de hand van artikel 2, vierde lid, van de concentratieverordening, zoals gewijzigd bij eerstgenoemde verordening. De tekst is voorts afgestemd op artikel 3 van de concentratieverordening in die zin dat er geen apart onderdeel c is opgenomen met betrekking tot gemeenschappelijke ondernemingen maar dat in een nieuw tweede lid is aangegeven dat gemeenschappelijke ondernemingen onder concentraties als bedoeld in onderdeel b vallen.

#### *Artikel I, onderdeel E*

Ook participaties in het kapitaal van een gemeenschappelijk onderneming door participatiemaatschappijen indien de aan de deelname verbonden rechten alleen worden uitgeoefend om de volle waarde van de beleggingen veilig te stellen, worden buiten het concentratietoezicht geplaatst. Er is geen reden een dergelijke participatie op andere wijze te behandelen dan de andere participaties die onder artikel 27, eerste lid, onder b, vallen. De voorgestelde wijziging is in lijn met de concentratieverordening.

#### *Artikel I, onderdeel F*

Artikel 30, tweede lid, sluit door de voorgestelde wijziging aan bij de bedoeling van artikel 5, tweede lid, van de EG-concentratieverordening. Hierdoor wordt voorkomen dat concentraties die plaatsvinden door middel van verschillende opeenvolgende transacties zich aan het concentratietoezicht zouden onttrekken. Dat zou het geval zijn wanneer die transacties los van elkaar beschouwd, beneden de drempel blijven. Er is voor gekozen om niet de letterlijke tekst van artikel 5, tweede lid, van de EG-concentratieverordening op te nemen in dit wetsvoorstel. Genoemd artikel uit de verordening bepaalt dat transacties die binnen een periode van twee jaar plaatsvinden tussen dezelfde personen of ondernemingen worden aangemerkt als één en dezelfde concentratie die plaats heeft gevonden op de dag van de laatste transactie. In artikel 30, tweede lid, is er voor gekozen de raad te laten bepalen welke periode hij in aanmerking neemt om te bepalen of er sprake is van los van elkaar staande transacties of van transacties die, hoewel volgtijdelijk uitgevoerd, toch moeten worden beschouwd als een en dezelfde concentratie. De belangrijkste reden daarvoor is te voorkomen dat marktpartijen met als uitsluitend oogmerk te voorkomen dat artikel 30, tweede lid, van toepassing wordt, hun transacties zo vormgeven dat deze net buiten de termijn van twee jaar vallen en daarom niet beschouwd kunnen worden als een en dezelfde transactie.

Voor de beantwoording van de vraag of verwervingen afhankelijk van elkaar zijn is van belang of de ene verwerving niet of niet in deze vorm plaatsvindt indien de andere verwerving niet of niet in die vorm zou plaatsvinden. Voor de vraag of verwervingen economisch verbonden zijn is onder meer het antwoord op de navolgende vragen van belang:

1. of de verschillende (delen van) ondernemingen in belangrijke mate onderling samenhangend worden ingezet voor de voortbrenging of distributie van goederen of diensten,
2. of er belangrijke onderlinge toeleveringsrelaties bestaan tussen de ondernemingen,
3. of er fysieke of logistieke verbondenheid bestaat tussen de ondernemingen, en
4. of bepaalde belangrijke bedrijfsmiddelen zoals merken, intellectuele

eigendomsrechten en licenties in gemeenschappelijk gebruik zijn bij meerdere van de ondernemingen.

#### *Artikel I, onderdeel G*

In de praktijk blijkt artikel 31 niet gemakkelijk hanteerbaar om de drempel voor banken te berekenen. In paragraaf 2.9.3. van het juridisch deel-onderzoek van het evaluatierapport wordt daar op gewezen. In navolging van artikel 5 van de concentratieverordening wordt daarom niet meer uitgegaan van een bepaalde waarde aan activa, maar wordt voor de omzet als het banken betreft, uitgegaan van de som van bepaalde baten-posten. De in artikel 5 van de concentratieverordening vermelde richtlijn 86/635/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 8 december 1986 betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen (PbEG L372) is in Nederland geïmplementeerd door een algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 417 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 31, eerste lid, verwijst naar die bepalingen.

#### *Artikel I, onderdeel H*

In de praktijk is gebleken dat het soms lastig is gegevens met betrekking tot een concentratie te verkrijgen. Niet alle bij een concentratie betrokken partijen behoeven de concentratie te melden. Tot nu toe kan alleen (onder opschorting van de termijn) van de meldende partij een aanvulling van de gegevens worden gevraagd. Ingevolge de voorgestelde wijziging kan de NMa van alle bij de concentratie betrokken partijen informatie vragen, waarbij de termijn wordt opgeschort. Onder de bij een concentratie betrokken partijen vallen te rekenen de meldende partijen en de (overige) bij de concentratie betrokken ondernemingen. Het begrip betrokken ondernemingen is in de mededeling van de Europese Commissie (PbEG C66) betreffende het begrip «Betrokken onderneming» in verordening (EEG 4064/89) van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen ingevuld. Betrokken ondernemingen zijn volgens die mededeling ondernemingen die bij de concentratie betrokken zijn. Bij fusies betreft het de fuserende ondernemingen, bij het verkrijgen van zeggenschap de onderneming die zeggenschap verkrijgt en de onderneming of het deel er van waarover zeggenschap wordt verkregen, ingeval van een openbaar bod de onderneming die zeggenschap probeert te krijgen en de onderneming die doelwit is van het bod. Verder zijn betrokken ondernemingen ingeval van een nieuw op te richten onderneming, de betrokken totstandbrengende ondernemingen, ingeval van wijziging in de zeggenschap in een bestaande gemeenschappelijke onderneming, de ondernemingen die na de concentratie zeggenschap hebben over de gemeenschappelijke onderneming en de gemeenschappelijke onderneming zelf, tenzij het een situatie betreft dat een dochter van een van de ondernemingen door de transactie onder gezamenlijke zeggenschap komt te staan van de moederonderneming en een andere onderneming, in welk geval alleen beide laatstbedoelde ondernemingen betrokken ondernemingen zijn.

#### *Artikel I, onderdeel I*

In artikel 2, derde lid, van de EG-concentratieverordening is voor een afwijkende formulering gekozen dan die van het corresponderende artikel uit Verordening nr. 4064/89. Als gevolg van deze wijziging van artikel 2, derde lid van de EG-concentratieverordening is het tweede lid van artikel 37 geherformuleerd waardoor nu is verhelderd dat opgetreden kan worden tegen alle voor de mededinging schadelijke concentraties, bijvoorbeeld ook in het geval van non-collusieve oligopolies. In door de

raad te ontwerpen richtsnoeren zal nader houvast worden geboden omtrent de toepassing van het materiële criterium van artikel 37, tweede lid.

Bij de beoordeling van concentraties houdt de raad afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval rekening met factoren zoals de structuur van alle betrokken markten, de marktpositie van de betrokken ondernemingen, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, hun toegang tot voorzieningsbronnen en afzetmarkten, het bestaan van hinderpalen voor de toegang tot de markt, de ontwikkeling van de vraag naar en het aanbod van de betrokken goederen en diensten, alsmede de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voorzover deze in het voordeel van de consument is en bijgevolg de concentratie geen significante belemmering vormt voor de mededinging (dit laatste verkort aangeduid met «efficiëntieverbeteringen»). Dit beoordelingskader sluit aan bij de EG-concentratieverordening, met name artikel 2 lid 1 sub b) en overweging 29. Met betrekking tot de beoordeling van efficiëntieverbeteringen heeft de Europese Commissie in de richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies (PbEG 2004, C 31) nader verduidelijkt op welke wijze zij deze bij de beoordeling van concentraties zal betrekken. Zij wijst op de mogelijkheid dat uit een concentratie voortvloeiende efficiëntieverbeteringen een tegenwicht bieden tegen de effecten op de mededinging – en in het bijzonder tegen de mogelijke schade voor de consument – die de concentratie anders zou kunnen veroorzaken (punt 76). Om een dergelijke conclusie te kunnen trekken zal de Europese Commissie ervan overtuigd moeten zijn dat de door de concentratie gegenereerde efficiëntieverbeteringen de mogelijkheid en de prikkel voor de fusieonderneming waarschijnlijk zullen versterken om concurrentiebevorderend op te treden ten voordele van de gebruikers, en daarmee de negatieve effecten op de mededinging tegengaan die de concentratie bij afwezigheid van die efficiëntieverbeteringen zou hebben veroorzaakt (punt 77). Voorts wijst de Europese Commissie erop dat efficiëntieverbeteringen voor de beoordeling van een concentratie pas relevant zijn wanneer zij een direct resultaat zijn van de concentratie en niet in dezelfde mate kunnen worden bereikt met minder concurrentiebeperkende middelen (punt 85). De Europese Commissie wijst in haar bekendmaking nog op andere aspecten die van belang zijn bij efficiëntieverbeteringen en de beoordeling daarvan: zij moeten voldoende verifieerbaar zijn en daarom moeten zij voldoende nauwkeurig gedocumenteerd zijn en zo mogelijk gekwantificeerd en zij moeten voldoende substantieel zijn om de potentiële schade voor de verbruikers te compenseren (punt 86). De raad zal in door hem te ontwerpen richtsnoeren nader aangeven welke criteria hij in het kader van het concentratietoezicht zal toepassen bij de beoordeling van efficiëntieverbeteringen, waarbij hij zal ingaan op de zojuist genoemde aspecten. Het is aan partijen de raad ervan te overtuigen dat sprake is van de hiervoor aangeduide omstandigheden en daartoe bewijs aan te dragen.

Overeenkomstig artikel 2, vierde lid, van de EG-concentratieverordening is in het derde lid, uitdrukkelijk voorzien in een toets aan het kartelverbod voor concentraties die er toe leiden dat de totstandbrengende ondernemingen hun marktgedrag coördineren (zie tevens de toelichting op het voorgestelde artikel 27, tweede lid).

In het nieuwe vierde lid is bepaald dat de mededeling dat geen vergunning is vereist, kan worden gedaan onder voorwaarden. In de praktijk is gebleken dat concentraties worden aangemeld die een risico in zich dragen dat de mededinging wordt gehinderd, maar waarbij tegelijkertijd zonder meer duidelijk is dat door bepaalde aanpassingen (de zogenaamde remedies) dat schadelijke gevolg kan worden vermeden. Partijen doen daarvoor zelf vaak voorstellen. Voor dergelijke concentraties zou het vergunningvereiste moeten gelden, maar dat is eigenlijk een te zwaar

traject. De raad van de NMa krijgt om te voorkomen dat bedrijven onnodig worden belast, de bevoegdheid voorwaarden te stellen aan de concentratie, waardoor het niet meer nodig is de vergunningfase in te gaan. Zolang de bij de concentratie betrokken partijen niet of niet tijdig voldoen aan alle voorwaarden, mag de concentratie niet tot stand worden gebracht. Ingeval de voorwaarde het voor onbepaalde of langere tijd volgen van een bepaald gedrag inhoudt (bijvoorbeeld productiecapaciteitsbeperking), geldt dat zodra dit gedrag ingezet wordt door de betrokken onderneming(en) en dus aan de voorwaarde wordt voldaan, het verbod van artikel 34 ophoudt te gelden. Indien de onderneming(en) daarna het in de voorwaarde opgelegde gedrag niet volhouden, handelen zij in strijd met artikel 75, eerste lid. De mededeling onder voorwaarden is uitdrukkelijk bedoeld voor zeer helder liggende zaken waarbij het voor de raad van de NMa reeds in de eerste fase zonder meer duidelijk is dat bepaalde aanpassingen in de concentratie mogelijk schadelijke effecten voor de mededinging kunnen voorkomen. Voor de uit mededingingsrechtelijk oogpunt gezien meer gecompliceerde concentratievoornemens – zaken waarbij het complex is binnen het kader van een eerste fase onderzoek te bepalen of schadelijke effecten voor de mededeling zullen optreden – zal, indien sprake is van het hiervoor bedoelde risico voor de mededinging, het vergunningvereiste direct gelden. Doorgaans zullen voorwaarden worden opgelegd als partijen zelf met een voorstel daartoe komen. Het is niet waarschijnlijk dat ze dan vervolgens niet daaraan wensen te voldoen. Voldoen partijen niet of niet tijdig aan de voorwaarden, dan is voor de concentratie alsnog een vergunning vereist (vierde lid). Daarmee wordt ook het verbod om zonder vergunning een concentratie tot stand te brengen van kracht (zie het voorgestelde artikel 41, eerste lid). Realiseren partijen desondanks toch de concentratie (zonder te voldoen aan de voorwaarden), dan wordt gehandeld in strijd met artikel 75.

#### *Artikel 1, onderdeel J*

Het komt voor dat een melding niet compleet is. Aangezien de beoordelingstermijn voor de NMa kort is, is het van belang dat bij onvolledige meldingen de klok pas begint te lopen op het moment dat de melding compleet is. Ingevolge het eerste lid begint de termijn van vier weken eerst te lopen als de ontbrekende informatie is verstrekt. De NMa moet echter wel binnen vijf werkdagen na de dag van ontvangst van de melding aangeven welke gegevens of documenten ontbreken. Doet zij dat niet dan vangt de termijn aan op de datum waarop de melding is gedaan. Dan kunnen de ontbrekende gegevens overigens alsnog op grond van het tweede lid worden gevraagd.

In het tweede lid, dat grotendeels overeenkomt met het huidige artikel 38, is aangegeven dat de termijn wordt opgeschort zolang de door de raad van de NMa gevraagde aanvulling van de melding nog niet door alle partijen aan wie aanvulling is gevraagd, is gegeven. Om misverstanden te voorkomen wordt dit met zoveel woorden aangegeven nu in het voorgestelde artikel 35, tweede lid, is bepaald dat van alle bij de concentratie betrokken partijen informatie kan worden gevraagd.

Het komt in de praktijk nog al eens voor dat de partijen bij een concentratie de behoefte hebben aan meer tijd voor de behandeling van hun melding. De wet kent geen voorziening de termijn te verlengen. In het voorgestelde artikel 38, derde lid, wordt de mogelijkheid geschapen dat de termijn eenmalig verlengd wordt wanneer de partijen daar behoefte aan hebben en ook de NMa van oordeel is dat een verlengde termijn bijdraagt aan een adequate behandeling van de melding. De duur van de verlenging dient echter wel in verhouding te staan tot de (gehele) duur van de meldingsfase. De verlenging zal daarom slechts van beperkte duur kunnen zijn.

Een melding is niet te beschouwen als een aanvraag om een beschikking. Dat betekent dat de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) met betrekking tot aanvragen niet van toepassing zijn. Met de voorgestelde wijziging van artikel 38 (vierde lid) wordt daarom een aparte voorziening opgenomen om meldingen, die lang blijven liggen omdat partijen de benodigde aanvullende informatie niet leveren, als niet gedaan te kunnen aanmerken. Het verbod van artikel 34 geldt daardoor onverminderd voor de voorgenomen concentratie. Als partijen alsnog de concentratie willen doorzetten, zullen zij een nieuwe melding moeten doen.

#### *Artikel I, onderdeel K*

Ingevolge de wijziging van artikel 41, eerste lid, vallen ook concentraties waarvoor onder voorwaarden geen vergunning was vereist, maar die door het niet of niet tijdig voldoen aan de voorwaarden toch vergunningplichtig worden, onder het verbod van artikel 41. In het tweede lid is aangesloten bij de formulering van artikel 37, tweede lid, waardoor is verhelderd dat alle voor de mededinging schadelijke concentraties kunnen worden tegengegaan en is tevens voorzien in een (extra) toets aan het kartelverbod evenals bij de melding het geval is voor coöperatieve joint ventures. Bij de beoordeling of een vergunning voor een concentratie al dan niet geweigerd moet worden zal de raad evenals dat het geval is bij zijn beoordeling op grond van artikel 37, tweede lid, ook rekening houden met gestelde ontwikkelingen van de technische en economische vooruitgang voor zover deze in het voordeel van de consument zijn. Hier wordt daarom verwezen naar hetgeen gesteld is in de toelichting op artikel I, onderdeel I.

#### *Artikel I, onderdeel L*

De termijn van acht weken voor het besluit van de Minister van Economische Zaken om uit hoofde van algemeen belang een vergunning te verlenen is nogal kort, zeker gelet op het feit dat in die periode ook de instemming van de ministerraad met het besluit moet worden gevraagd. Deze termijn wordt daarom verlengd naar twaalf weken. Een termijn van twaalf weken is aanvaardbaar vanuit het uitgangspunt dat partijen snel zekerheid moeten kunnen krijgen en biedt voorts de Minister voldoende tijd het verzoek te beoordelen en een besluit te nemen in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad.

#### *Artikel I, onderdeel M*

Naast of in plaats van de rechtspersoon aan wie een overtreding kan worden toegerekend kan ook een boete worden opgelegd aan degene die opdracht gaf tot de overtreding of daaraan feitelijk leiding gaf. Uiteraard geldt ook daarbij dat de boete uitsluitend kan worden opgelegd als de betrokkenen een verwijt kan worden gemaakt van de overtreding. Door de van overeenkomstige toepassingverklaring van artikel 51 van het Wetboek van strafrecht is een en ander nu geregeld op dezelfde wijze als in het voorgenomen artikel 5.0.1 van de Awb (vierde tranche). Dit betekent dat indien een overtreding op grond van het eerste lid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, sancties kunnen worden opgelegd aan die rechtspersoon, aan de opdrachtgevers dan wel feitelijk leidinggevenden, of aan beiden.

#### *Artikel I, onderdeel N*

De eerste volzin van het eerste lid is geherformuleerd, waardoor alle bepalingen waarbij een boete kan worden opgelegd van een bepaald maximumbedrag of een maximumpercentage van de omzet nu qua

formulering gelijkkluidend zijn. Inhoudelijk is de nu voorgestelde eerste volzin gelijkkluidend aan het nu geldende eerste lid van artikel 57. In de tweede volzin van het eerste lid is de boete opgenomen voor degene die feitelijk leiding geeft aan of opdracht geeft tot de overtreding. Het in deze volzin opgenomen maximum van de boete geldt per persoon. Het is dus mogelijk dat zowel degene die opdracht heeft gegeven tot de handelingen die in strijd met de wet blijken te zijn als degene die feitelijk daaraan leiding gaf, wordt bestraft met een boete van ten hoogste € 450 000. Er is uitsluitend gekozen voor een vast (maximum)bedrag, omdat het hier gaat om natuurlijke personen waarvoor het omzetcriterium niet passend is.

#### *Artikel I, onderdeel O*

Op grond van artikel 7 van EG-verordening 1/2003 kan de Europese Commissie bij een inbreuk op de artikelen 81 of 82 van het Verdrag de betrokken ondernemingen of ondernemersvereniging gelasten een einde te maken aan de vastgestelde inbreuk. De Europese Commissie kan daarbij aan de betrokken onderneming of ondernemersvereniging zogenaamde structurele maatregelen opleggen. De mededingingsautoriteiten van de lidstaten zijn eveneens bevoegd tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (de zogenaamde decentrale toepassing van het gemeenschapsrecht). De NMa dient daarom ook te beschikken over de instrumenten die nodig zijn voor een effectieve handhaving van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Daarnaast is het gewenst dat de NMa ter handhaving van de artikelen 6 en 24 dus ter handhaving van het nationale recht, over dezelfde bevoegdheden beschikt als de Europese Commissie. Dat is vanuit een oogpunt van aansluiting van het Nederlandse mededingingsrecht bij het Europese mededingingsrecht gewenst. Daarom wordt voorgesteld de bevoegdheid tot het opleggen van structurele maatregelen, zowel voor wat betreft de decentrale toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag als voor de toepassing van de artikelen 6 en 24 aan de NMa toe te kennen.

Vandaar dat in dit artikel is voorzien in de mogelijkheid om de structurele maatregel op te leggen. De structurele maatregel kan inhouden dat de onderneming aan wie deze maatregel wordt opgelegd wijzigingen in zijn ondernemingstructuur moet aanbrengen, bijvoorbeeld door bedrijfsactiviteiten of een dochteronderneming af te stoten of aandelen te verkopen.

Het opleggen van een structurele maatregel kan met name aan de orde komen in gevallen waarin er een verband bestaat tussen de begane overtreding en het bezit van bepaalde activa. Daarbij kunnen bijvoorbeeld de volgende situaties worden onderscheiden:

- a. gevallen waarin collectieve dominantie gebaseerd is op structurele links in de vorm van onderlinge deelnemingen. Als de ondernemingen in kwestie misbruik plegen door excessieve prijzen te berekenen dan kan de juiste maatregel zijn het opleggen van de verplichting de onderlinge deelnemingen in elkaar af te stoten;
- b. gevallen waarin een onderneming een monopolie heeft (bijvoorbeeld door een exclusief recht) of een zeer dominante positie in een markt en tegelijkertijd concurreert in een gerelateerde downstream markt, waardoor zij in staat is de gelijke concurrentievoorwaarden in de downstream markt te verstoren.

In alle bovenstaande gevallen kan het opleggen van een structurele maatregel geboden zijn teneinde de onderneming te dwingen zijn marktverstoring gedrag te laten stoppen.

Het opleggen van een structurele maatregel houdende de opdracht tot het aanbrengen van wijzigingen in de ondernemingsstructuur, is slechts mogelijk indien deze maatregel evenredig en noodzakelijk is. Wijzigingen



in de ondernemingsstructuur zijn slechts evenredig indien, na bewezen overtreding, een gerede kans bestaat op een voortdurende of herhaalde inbreuk op het kartel- en misbruikverbod die mede voortvloeit uit de structuur van de onderneming zelf.

Voorts kan een structurele maatregel alleen worden opgelegd als er niet een even effectieve maatregel ter correctie van gedragingen bestaat of als een dergelijke even effectieve maatregel voor de betrokken onderneming meer belastend zou zijn dan de structurele maatregel.

#### *Artikel I, onderdeel P*

Artikel 59 wordt aangepast aan de uitbreiding van de sanctioneringsmogelijkheden. Uiteraard moet ook ten aanzien van feitelijk leidinggevenden en degenen die opdracht hebben gegeven tot een overtreding een rapport worden opgemaakt. Van een dergelijk rapport krijgt ook de onderneming die de overtreding heeft begaan een afschrift. De leidinggevende of degene die de opdracht tot de overtreding gaf, heeft immers een functie bij die onderneming en het gedrag van deze personen heeft weer-slag op de onderneming.

#### *Artikel I, onderdeel Q*

Met de toevoeging van bedoelde volzin aan het vierde lid is verzekerd dat de feitelijk leidinggevende of de opdrachtgever die de Nederlandse taal onvoldoende begrijpt en die zijn zienswijze naar voren wil brengen over een rapport als bedoeld in artikel 59 dat over hem is opgemaakt, beroep kan doen op de diensten van een tolk.

#### *Artikel I, onderdelen R en GG*

Door de wijziging van de artikelen 63 en 80 vervalt de opschortende werking van het instellen van bezwaar en beroep bij een opgelegde last onder dwangsom. Hierdoor wordt wat betreft de last onder dwangsom aangesloten bij de in de Awb opgenomen hoofdregel dat het instellen van bezwaar en beroep geen schorsende werking heeft en dat een beschikking al tijdens de termijnen voor het instellen van deze rechtsmiddelen rechtsgevolgen heeft. Uit de evaluatie kwam naar voren dat de schorsende werking een daadkrachtige handhaving van de Mededingingswet in de weg staat. De verwachting is dan ook dat door de wijziging van de artikelen 63 en 80 de effectiviteit van de last onder dwangsom zal toenemen. Schorsing van de werking van een last onder dwangsom kan overigens nog wel worden gevraagd in een voorlopige voorzieningprocedure.

#### *Artikel I, onderdeel S*

De bevoegdheid tot het opleggen van een boete vervalt op grond van artikel 64 na een termijn van vijf jaar. Bij een voortdurende of voortgezette overtreding gaat de verjaringstermijn pas in op de dag waarop de overtreding is beëindigd.

De verjaringstermijn wordt aangevuld met de mogelijkheid van stuiting van deze termijn. Dit is in afwijking van de regeling in het wetsvoorstel Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht, waarin geen mogelijkheid tot stuiting van de verjaringstermijn is voorzien. Om redenen die verband houden met EG-verordening 1/2003 wordt echter aangesloten bij de regeling voor de stuiting van de verjaringstermijn voor de Europese Commissie in artikel 25 van die verordening.

De redenen voor aansluiting bij de regeling van stuiting in de verordening zijn als volgt. De NMa heeft op grond van de artikelen 3 en 5 van EG-verordening 1/2003 de bevoegdheid en de plicht om in individuele gevallen de artikelen 81 en 82 EG zelf toe te passen. Bij verjaring kan deze

bevoegdheid ten aanzien van een individuele overtreding niet meer worden uitgeoefend. Afwijking van het regime van stuiting van verjaring dat geldt voor de Europese Commissie, in die zin dat verjaring op grond van de Mededingingswet eerder zou intreden, is onwenselijk. De mogelijkheid tot uitoefening van de bevoegdheid tot decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels door de NMa, zou dan in vergelijking met de mogelijkheden van de Europese Commissie tekortschieten. Dat zou afbreuk doen aan het nuttig effect van het systeem van decentrale toepassing. Bovendien kunnen zich dan gevallen voordoen waarbij de Europese Commissie bevoegd is tot optreden, terwijl de NMa door verjaring op grond van de Mededingingswet niet meer bevoegd zou zijn om op te treden. In een dergelijk geval zou de door de EG-verordening 1/2003 voorgeschreven nauwe samenwerking met de Europese Commissie geschaad worden. In het kader van deze samenwerking zou de Europese Commissie immers de NMa kunnen verzoeken om zelfstandig op te treden, iets dat dan onmogelijk is. Het voorgaande geldt eveneens voor eventuele samenwerking met de mededingingsautoriteiten van andere lidstaten. Van onderzoek is sprake wanneer er handelingen worden verricht met het oog op de vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan (artikel 1, onder k). Hieronder valt ook een schriftelijk verzoek om inlichtingen. Onder de handelingen ter verrichting van een procedure worden alle handelingen begrepen die dienen ter voorbereiding van het opleggen van een boete, zoals de opstelling van het rapport en het houden van hoorzittingen. Het vijfde lid is ontleend aan artikel 5.4.1.6, derde lid, van het wetsvoorstel Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht.

#### *Artikel I, onderdeel T*

In het eerste lid is verduidelijkt dat de opgelegde boete betaald dient te worden binnen 13 weken nadat de beschikking tot oplegging van de boete is bekend gemaakt. Uit de op dit moment geldende tekst en met name de passage «in werking is getreden» zou, gelezen in samenhang met artikel 63, ten onrechte de conclusie getrokken kunnen worden dat de boete pas betaald zou moeten worden indien de beschikking tot oplegging van de boete in rechte onaantastbaar is geworden. Dat is gelet op de parlementaire geschiedenis niet het geval (Kamerstukken II, 1995/96, nr. 3 pag. 93–94). Op grond van de artikelen 63 en 67 geldt het volgende. De beschikking tot oplegging van de boete is op grond van artikel 67, eerste lid, onmiddellijk na bekendmaking van kracht. Indien er tegen een dergelijke beschikking bezwaar wordt gemaakt of beroep wordt ingesteld, wordt de werking van de beschikking op grond van artikel 63 echter opgeschort. Gedurende deze opschorting loopt echter vanaf 13 weken nadat de beschikking van kracht is geworden, de verplichting om de wettelijke rente te betalen (artikel 67, tweede lid). Indien dus de beschikking na bezwaar of beroep gehandhaafd blijft dient niet alleen de boete alsnog te worden betaald, maar tevens vanaf de dertiende week de wettelijke rente over het boetebedrag.

Artikel 67, tweede lid, bevat de verplichting voor degene die de boete verschuldigd is, wettelijke rente te betalen ingeval de boete te laat wordt betaald. In het vierde lid is nu geregeld dat indien blijkt dat de boete ten onrechte is opgelegd, over het teveel betaalde bedrag wettelijke rente wordt vergoed. Deze regeling sluit aan bij de voorgenomen regeling van het wetsvoorstel vierde tranche Algemene wet bestuursrecht.

#### *Artikel I, onderdeel U*

Deze bepaling is ontleend aan artikel 23, vierde lid, van EG-verordening 1/2003 en regelt op welke wijze een boete die is opgelegd aan een ondernemersvereniging ingevorderd kan worden bij de individuele leden van de ondernemersvereniging, indien de ondernemersvereniging als

gevolg van insolventie nalatig is in het betalen van de opgelegde boete. De hoofdregel van het eerste lid is dat de boete wordt ingevorderd bij elke onderneming waarvan een vertegenwoordiger deel uitmaakte van het bestuur van de vereniging op het moment waarop de beslissing werd genomen tot het begaan van de overtreding. Deze formulering betekent niet dat bestuurders zich bewust moesten zijn van het feit dat de beslissing zou leiden tot een overtreding van de mededingingsregels. Zij kunnen zich er dus niet op beroepen dat ze niet wisten dat hun besluiten inbreuken op de mededingingsregels vormden. De invordering heeft ook betrekking op de verschuldigde rente en de op aanmaning en invordering betrekking hebbende kosten. Er is voor deze regel gekozen omdat daarmee het best aangesloten wordt bij het beginsel dat die ondernemingen, die actief hebben besloten tot het begaan van een overtreding van de wet, als eerste aangesproken dienen te worden voor het betalen van de boete die volgt op de overtreding. Zij hebben besloten tot het begaan van de overtreding en dienen daarom ook als primair op betaling van de boete te worden aangesproken in het geval de ondernemersvereniging niet tijdig aan zijn verplichtingen tot betaling van de boete voldoet. Pas als dat niet voldoende blijkt om de boete geheel te voldoen kan (het restant van) de boete worden verhaald op de andere bij de ondernemersvereniging aangesloten ondernemingen die in de desbetreffende periode werkzaam waren op de markt waarop de overtreding is begaan. Hierin voorziet het tweede lid. In het derde lid is tot uitdrukking gebracht dat rekening gehouden wordt met de relatieve grootte van de ondernemingen die deel uitmaken van de ondernemersvereniging: van een individuele onderneming kan nooit meer dan 10% van de omzet over het vorige boekjaar worden gevorderd. Op grond van het vierde lid is een onderneming die kan aantonen dat zij de beslissing van de ondernemersvereniging niet heeft uitgevoerd niet verplicht tot betaling van de aan de ondernemersvereniging opgelegde boete. Er kan sprake van zijn dat de onderneming niet wist dat er door de ondernemersvereniging een beslissing genomen is tot het begaan van een overtreding en hem daarom niet heeft uitgevoerd of het kan zo zijn dat de onderneming afstand heeft genomen van de beslissing en die dus niet heeft uitgevoerd. Afstand nemen impliceert dat er sprake moet zijn van een expliciete en kenbare uiting door de onderneming.

#### *Artikel I, onderdeel V*

Met de wijziging van de aanhef wordt een foutieve verwijzing naar artikel 25b hersteld. Het maximum van de in onderdeel a van artikel 70a opgenomen boete van € 22 500 wordt verhoogd naar € 450 000. Voor een toelichting op deze verhoging wordt verwezen naar paragraaf 4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

#### *Artikel I, onderdeel W*

Om praktische redenen wordt ook de sanctionering van het verbreken van de verzegeling in de Mededingingswet geregeld. Tot nu toe staat op die overtreding een strafrechtelijke sanctie (artikel 199 van het Wetboek van Strafrecht). Verzegeling maakt veelal deel uit van een onderzoek waarbij meer middelen worden ingezet en het ontbreken aan medewerking aan dat onderzoek is via bestuursrechtelijke weg gesanctioneerd. Het ligt daarom voor de hand ook de overtreding met betrekking tot de verzegeling langs bestuursrechtelijke weg te sanctioneren en de raad van de NMa de bevoegdheid te geven een boete op te leggen. Tevens is voor de hoogte van de boete aangesloten bij de verhoogde strafmaxima die na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel voor overtreding van andere artikelen uit de Mededingingswet gelden. Als blijkt dat de verzegeling is doorbroken kan de onderneming aangesproken worden, omdat het de

verantwoordelijkheid van de onderneming is om te waarborgen dat de verzegeling intact blijft. De onderneming is ook in staat daartoe geëigende waarborgen te treffen zoals het afsluiten van bepaalde ruimtes. Als bekend is welke persoon de verzegeling heeft verbroken kan ook deze persoon worden aangesproken. In die gevallen kan de NMa derhalve kiezen of ze de ondernemer of de rechtspersoon aanspreekt.

#### *Artikel I, onderdeel DD*

Nu bij overtredingen van de concentratiebepalingen als maximum voor de boete een percentage van de omzet wordt gehanteerd zijn de bepalingen van artikel 57, tweede en derde lid, van toepassing. Dat wil zeggen dat de raad van de NMa bij het bepalen van de hoogte van de boete kijkt naar de duur en de ernst van de overtreding. Het evenredigheidsbeginsel brengt dat met zich. Tevens is voorzien in eenzelfde berekening van de omzet als bij de boetes voor overtreding van het kartelverbod of bij misbruik van een economische machtspositie.

#### *Artikel I, onderdeel II*

Deze wijziging strekt er in het tweede lid van artikel 82 toe de verjaringstermijn voor het opleggen van een boete bij overtredingen van de concentratiebepalingen te verlengen tot vijf jaar. Hiermee wordt aangesloten bij de verjaringstermijn die in de vierde tranche van de Awb voor het opleggen van substantiële boetes is opgenomen. Verder is evenals het geval is bij artikel 64 voorzien in de mogelijkheid van stuiting van de verjaring. Anders dan bij artikel 64 is hier gekozen voor een termijn van twee jaar in plaats van vijf jaar. De reden daarvoor is dat er geen vergelijkbare problematiek speelt als bij de boete opgelegd op grond van artikel 56. Er bestaat in dit geval geen gevaar dat de NMa niet meer bevoegd zou zijn op grond van de Mededingingswet op te treden, terwijl de Europese Commissie dat wel is op grond van het Europese recht.

#### *Artikel I, onderdeel JJ*

Deze wijziging strekt er toe de voorlopige last onder dwangsom bij wijze van voorlopige maatregel op te kunnen leggen in geval er een concentratie tot stand wordt gebracht na het tijdstip van melding maar voor het tijdstip waarop de vergunning wordt verleend. In de voorlopige last onder dwangsom kan op grond van het tweede lid, worden aangegeven tot welke gedragingen of rechtshandelingen de natuurlijke of rechtspersoon gehouden is om de ongewenste gevolgen van de concentratie (voorlopig) te doen beëindigen, dan wel de situatie te conserveren.

#### *Artikel I, onderdeel LL*

Door deze wijziging wordt buiten twijfel gesteld dat de ambtenaren van de NMa bevoegd zijn om namens een buitenlandse mededingingsautoriteit inspecties op grond van een mededingingsverordening te verrichten.

#### *Artikel I, onderdeel MM*

Dit artikel voorziet in het overslaan van de bezwaarschriftprocedure ten aanzien van besluiten van de Minister van Economische Zaken inzake het verlenen van een vergunning voor het tot stand brengen van een concentratie. Voor de besluiten van de raad van de NMa op aanvragen om een vergunning geldt al dat de bezwaarschriftfase wordt overgeslagen. Een en ander draagt bij aan het zo snel mogelijk verkrijgen van zekerheid omtrent de totstandbrenging van de concentratie.

### *Artikel I, onderdeel NN*

De artikelen 104 en 105 die overgangsbepalingen bevatten voor beschikkingen op grond van de Wet economische mededinging en voor bezwaarschriften op grond van die wet zijn uitgewerkt en kunnen daarom vervallen.

### *Artikel II*

In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld niet langer schorsende werking toe te kennen aan beschikkingen waarbij een last onder dwangsom wordt opgelegd. Zonder nadere voorziening zou dit ook gelden voor beschikkingen waarbij vóór de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel een last onder dwangsom is opgelegd. Dit is ongewenst. Artikel II voorziet daarom in een overgangsbepaling voor beschikkingen waarbij een last onder dwangsom is opgelegd vóór het tijdstip van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. Voor deze beschikkingen blijft het oude recht gelden, namelijk dat de werking ervan is opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken, of totdat op het beroep is beslist. Voorts blijft het oude recht gelden in die zin dat wanneer de directeur-generaal of de raad voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet heeft besloten dat de beschikking tot het opleggen van een last onder dwangsom geen opschortende werking heeft (artikelen 63, tweede lid, en 80, tweede lid van de wet) voor deze beschikkingen het beginsel van de onmiddellijke werking in stand blijft.

De Minister van Economische Zaken,  
L. J. Brinkhorst