

De wijzigingen van de Mededingingswet

Michiel Barth
advocaat te Brussel²

Onlangs hebben we in dit blad de belangrijkste materiële wijzigingen van het EG-mededingingsrecht per 1 mei 2004 toegelicht.¹ In dit nummer de wijzigingen van het Nederlandse mededingingsrecht, afgelopen juni door de Eerste Kamer aangenomen, die daarvan het gevolg zijn. En binnenkort waarschijnlijk een volgende aflevering, want: 'Gezien het Parlementair Onderzoek Bouwnijverheid zou in de toekomst de NMa de wettelijke bevoegdheid kunnen krijgen om boetes op te leggen aan bestuurders die geen medewerking verlenen.'

Op 30 juni jl. heeft de Eerste Kamer de Wet modernisering EG-mededingingsrecht ('Wet')³ aangenomen die de Mededingingswet ('Mw') en enige andere wetten wijzigt in verband met de EG-verordeningen 1/2003⁴ en 139/2004.⁵ Per 1 augustus 2004 is de Wet in werking getreden.⁶ In de wetswijziging wordt ook een gedeelte van de evaluatie van de Mw meegenomen die in 2003 heeft plaatsgevonden, alsmede de resultaten van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid.

Een volgende wijziging van de Mw staat al weer op stapel. Een aantal beoogde wijzigingen, voortvloeiend uit de evaluatie van de Mw, zijn namelijk niet meegenomen in de Wet, omdat voorrang gegeven diende te worden aan de implementatie van de bovengenoemde EG-verordeningen.⁷ Nederland is dit halfjaar voorzitter van de Raad en tracht de (toenemende) achterstand bij het uitvoeren van EG-regels weg te werken.

KARTELVERBOD: GEEN ONTHEFFING MEER VOORAF

Kartelafspraken die het handelsverkeer tussen de lidstaten van de Europese Unie niet beïnvloeden, dienen mededingingsrechtelijk te worden getoetst aan nationaal mededingingsrecht. De mededinging op de Nederlandse markt wordt met name beheerst door het kartelverbod van art. 6 Mw. Kartelafspraken in strijd met art. 6 Mw waren tot 1 augustus 2004 nietig, tenzij een EG- of Nederlandse (groeps)vrijstelling van toepassing is of een individuele ontheffing was ver-

leend door de Europese Commissie of de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 'NMa').

Op Europees niveau is de verlening van individuele ontheffingen door de Commissie van het kartelverbod van art. 81, eerste lid, EG afgeschaft en is rechtstreekse werking toegekend aan de voorwaarden voor een individuele ontheffing van art. 81, derde lid, EG. Toetsing vooraf – in het kader van een ontheffingsprocedure – van afspraken die mogelijkwerijs het Europese kartelverbod overtreden is niet meer mogelijk. Ondernemingen dienen achteraf aan te tonen dat de gemaakte afspraken voldoen aan de voorwaarden van art. 81, derde lid, EG. Deze voorwaarden luiden:

1. de afspraak verbetert de productie of distributie of bevordert technische of economische vooruitgang;
2. een billijk aandeel van deze voordelen komt ten goede aan de afnemer;
3. de opgelegde beperkingen van de mededinging gaan niet verder dan noodzakelijk is; en
4. de mededinging wordt niet voor een wezenlijk deel uitgeschakeld.

De NMa toetste kartelafspraken waarvoor een ontheffing werd gezocht aan dezelfde voorwaarden. Per 1 augustus 2004 is het ook op nationaal niveau niet meer mogelijk om een kartelafpraak vooraf door de NMa te laten toetsen aan het kartelverbod. De wetswijziging leidt ertoe dat art. 17 Mw vervalt en dat aan art. 6 Mw een derde lid wordt toegevoegd, dat qua tekst overeenkomt met het derde lid van art. 81 EG. De ontheffingsmogelijkheid wordt aldus vervangen door een wettelijke vrijstelling, met dezelfde voorwaarden die golden voor het verkrijgen van een ontheffing.⁸ Het gevolg is dat ondernemingen zelf moeten nagaan of de kartelafspraken voldoen aan de voorwaarden van art. 6, derde lid, Mw.

In de literatuur is regelmatig geklaagd over de afname van de rechtszekerheid door het verdwijnen van de ontheffingsprocedure.⁹ Het effect van de afschaffing van de ontheffingsmogelijkheid op de rechtszekerheid van ondernemingen wordt echter overschat. Ondernemingen maakten voor de afschaffing van de ontheffingsmogelijkheid al een analyse van de kans van slagen om een ontheffing te krijgen. Indien de kans op het verkrijgen van een ontheffing kleiner was

Als ondernemingen voorheen de kans op een ontheffing kleiner schatten dan het risico dat niet werd verleend, vond geen verzoek plaats: 'good uncertainty is preferred over bad certainty'



Den Haag, 22 augustus 2002, de eerste dag van de openbare verhoren door de enquêtecommissie bouwrijverheid.

Foto Martijn Beekman

dan het risico dat een ontheffing niet werd verleend, vond geen verzoek tot het verlenen van een ontheffing plaats onder het motto 'good uncertainty is preferred over bad certainty'. Er zijn meer kartelafspraken niet dan wel aangemeld voor een ontheffing.

De vrees bestaat dat de rechterlijke macht overbelast zal worden met mededingingszaken nu toetsing vooraf niet meer mogelijk is. De Raad voor de Rechtspraak heeft aangegeven¹⁰ dat de afschaffing van de ontheffingsmogelijkheid op Europees niveau naar verwachting zal resulteren in 20 nieuwe zaken per jaar, waarvan de normtijd zal toenemen tot circa 4.100 minuten (inclusief ondersteuning van de rechterlijke macht). Deze toename van de werklast zal volgens de Raad kunnen worden ondervangen door de benoe-

ming van vijf ambtenaren en door een financiële injectie van het Kenniscentrum financieel en economisch recht. Dit kenniscentrum zal opleidingen verzorgen op het gebied van mededingingsrecht.

De Raad lijkt in zijn berekeningen niet te hebben meegenomen de toename van de werklast van de rechterlijke macht na de afschaffing van ontheffingsmogelijkheid op nationaal niveau. De afschaffing van de mogelijkheid tot ontheffing op grond van art. 17 Mw zal kwantitatief tot een grotere toename van zaken leiden dan het einde van de Europese ontheffingsmogelijkheid. De Commissie verleende reeds jaren nauwelijks ontheffingen. De vrees van overbelasting van de rechterlijke macht kan daarom vooralsnog niet worden weggenomen. Daarnaast is niet duidelijk of de rechterlijke macht

De afschaffing van de mogelijkheid tot ontheffing zal tot een grotere toename van rechterlijke procedures leiden dan het einde van de Europese ontheffingsmogelijkheid

inhoudelijk is voorbereid op de wetswijziging. Het toetsen aan de open norm van art. 6, derde lid, Mw is niet eenvoudig.

OVERGANGSRECHT BESTAANDE ONTHEFFINGEN

Ontheffingen die zijn verleend vóór de wetswijziging blijven van kracht voor de tijd waarvoor zij zijn verleend, met een maximum van 5 jaar.¹¹ Vanaf 1 augustus 2009 kunnen ondernemingen geen beroep meer doen op een verleende ontheffing, óók als deze is verleend voor een periode na 1 augustus 2009. Ontheffingen verleend door de Europese Commissie behouden wel rechtsgeldigheid tot het einde van de duur.¹² De wetgever motiveert niet waarom geen aansluiting is gezocht bij het Europese overgangsrecht.

Ondernemingen kunnen niet langer verlening van ontheffingen aan de NMa verzoeken.¹³ Gedurende de resterende looptijd van ontheffingen blijft de NMa bevoegd om de ontheffingen in te trekken of te wijzigen.

Indien er op 1 augustus 2004 een bezwaarprocedure aanhangig is naar aanleiding van een beschikking van de NMa inhoudende de afwijzing van een verzoek tot verlening van een ontheffing of de verlening daarvan, worden deze buiten verdere behandeling gelaten.¹⁴ De NMa heeft op haar website reeds verklaard dat zij in tien zaken geen besluit op bezwaar zal nemen.¹⁵ Lopende beroepsprocedures worden voortgezet. De vraag rijst welke beslissing de beroepsrechter zal nemen na afschaffing van de grondslag voor de ontheffingen.

Door de afschaffing van de ontheffingsmogelijkheid van het kartelverbod komt bij de NMa mankracht vrij voor opsporingsactiviteiten. Verwacht kan worden dat de NMa zich na de wetswijziging meer zal toeleggen op handhaving van het mededingingsrecht, waaronder het uitvoeren van 'dawn raids'.¹⁶ Deze verwachting is bovendien gerechtvaardigd in verband met het volgende.

Schaduwboekhoudingen zijn niet meer veilig op privé-adressen

BIJSTAND EUROPESE INSPECTIES DOOR NMA

In het kader van de wijzigingen van het EG-mededingingsrecht verkrijgt de NMa nieuwe bevoegdheden voor handhaving van het mededingingsrecht. Op basis van het nieuwe artikel 89b Mw kunnen ambtenaren van de NMa de Europese Commissie bijstand verlenen bij het verrichten van inspecties met of zonder verzet. Door de bevoegdheid van de NMa is het voor de Europese Commissie makkelijker om inspecties uit te voeren bij ondernemingen gevestigd in Nederland waarvan zij vermoedt dat deze handelen in strijd met het EG-mededingingsrecht.

Voor het geval de inspectie door de Europese Commissie een doorzoeking betreft en de desbetreffende onderneming of ondernemersvereniging zich tegen deze doorzoeking verzet, is aansluiting gezocht bij de Algemene wet op het binnentreden¹⁷ en is een voorafgaande rechterlijke machtiging vereist door de RC van de strafkamer van de Rechtbank Rotterdam.

De Europese Commissie heeft bevoegdheden gekregen om inspecties uit te voeren in andere gebouwen, terreinen en vervoermiddelen dan die van de ondernemingen en ondernemersverenigingen, waaronder de woningen van bestuurders, directeuren en andere personeelsleden van de ondernemingen en ondernemersverenigingen. Schaduwboekhoudingen zijn hierdoor niet meer veilig op privé-adressen, zoals inmiddels genoegzaam bekend zal zijn. Op grond van het nieuwe art. 89d Mw dient de Europese Commissie voor inspecties van privé-adressen ook een voorafgaande machtiging te verkrijgen. Ambtenaren van de NMa kunnen bijstand verlenen bij inspecties op privé-adressen. De NMa is (nog) niet bevoegd om in het kader van vermeende overtredingen van art. 6 Mw inspecties uit te voeren op privé-adressen. De vraag rijst of de NMa informatie mag gebruiken om een overtreding van art. 6 Mw vast te stellen indien deze informatie is verkregen tijdens het verrichten van bijstand aan de Europese Commissie. Art. 3:3 Awb lijkt deze situatie niet te voorkomen.

HOGERE BOETE BIJ NIET-MEEWERKEN

Indien een onderneming of een ondernemersvereniging niet meewerkt aan een onderzoek van de NMa, riskeert zij de oplegging van een boete. Uit de handhavingspraktijk van de NMa is gebleken dat de boete op overtreding van de medewerkingsplicht met het in art. 69 Mw neergelegde maximum van € 4.500, mogelijk weinig afschrikkende werking had. Het maximum is in het kader van de wetwijziging aanzienlijk verhoogd tot € 450.000.

In de wetwijziging is niet de bevoegdheid van de NMa opgenomen om bestuurders en directeuren die geen medewerking verlenen aan de NMa persoonlijk boetes op te leggen. Gezien de uitkomsten van het Parlementair Onderzoek Bouwnijverheid mag niet worden geconcludeerd dat van uitstel afstel komt.

AMICI CURIAE EN VERTROUWELIJKHEID

Zowel in administratieve beroepsprocedures als ook in civiele procedures kunnen de directeur-generaal van de NMa en de Europese Commissie, niet optredende als partij in de procedure, schriftelijke en mondelinge opmerkingen maken, indien zij hun wens kenbaar maken. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is daarom uitgebreid met art. 44a Rv. Voor wat betreft administratieve beroepsprocedures vormt art. 89h Mw de basis voor het maken van opmerkingen. Het is de bedoeling van de wetgever dat de NMa en de Europese Commissie de nationale rechters adviseren. De opmerkingen zijn niet bindend, maar hebben veeleer het karakter van een deskundigenbericht. Om opmerkingen te kunnen maken dienen de NMa en Europese Commissie te beschikken over de noodzakelijke stukken. De rechter zendt deze aan de NMa of de Europese Commissie. De procespartijen worden in de gelegenheid gesteld te reageren op de opmerkingen van de NMa of de Europese Commissie.

Bij het optreden van de NMa of de Europese Commissie als 'amicus curiae' kan zich de vraag naar bescherming van vertrouwelijke gegevens voordoen. Vertrouwelijke gegevens die door de partijen worden aangedragen in de processtukken, zullen onder ogen van de NMa of de Europese Commissie kunnen komen. De NMa of de Europese Commissie zou deze gegevens kunnen gebruiken in het kader van haar handhavingsbevoegdheden. Gegevens die onder vertrouwelijkheid zijn gemeld aan de NMa of de Europese Commissie – bijvoorbeeld in het kader van een ontzeggings- of clementieverzoek – zouden, indien de NMa of de Europese Commissie deze gegevens meeneemt in haar opmerkingen, onder ogen kunnen komen van een concurrent die betrokken is bij een gerechtelijke procedure.

In civiele procedures is in beginsel geen plaats voor vertrouwelijkheid van gegevens. De Minister van Justitie verwijst in zijn toelichting op de wetwijziging wel naar art. 22 Rv op basis waarvan partijen kunnen weigeren om bescheiden over te leggen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De vertrouwelijkheid van stukken kan een gewichtige reden vormen. De partij die over de vertrouwelijke gegevens beschikt zal een afweging maken of zij de vertrouwelijke gegevens openbaar maakt ter staving van haar argumenten of dat zij zich zal beroepen op art. 22 Rv.

De Europese Commissie heeft aangegeven¹⁸ dat zij geen vertrouwelijke stukken zal overleggen aan de nationale rechter als deze niet garandeert dat hij deze stukken zal beschermen. De Commissie zal ook haar opmerkingen zodanig moeten verwoorden dat geen vertrouwelijke gegevens worden prijsgegeven. Dit kan van invloed zijn op de duidelijkheid van de opmerkingen waardoor de belangen van de betrokken partijen wordt geschaad.

In administratieve beroepsprocedures is de Europese Commissie adviseur. De NMa treedt op als partij. Partijen kunnen een beroep doen op art. 8:29 Awb. Hierdoor kan alleen de rechter kennisnemen van de vertrouwelijke gegevens uit de processtukken. Art. 8:29 Awb is ook van toepassing ver-



Foto: Gerhard van Roon

Den Haag, 10 september 2004; voor de commissie Duivesteyn, die de besluitvorming rond grote infrastructurale projecten onderzoekt, verscheen oud PvdA-minister van Verkeer en Waterstaat, Tineke Netelenbos.

klaard (art. 89i Mw) op de opmerkingen van de Europese Commissie.

ANDERE CONCENTRATIETOETS

Op Europees niveau is de toets voor de beoordeling van concentraties gewijzigd. De nadruk komt te liggen bij de vraag of de concentratie de mededinging op de relevante markt daadwerkelijk kan belemmeren en minder bij de vraag of de concentratie een machtspositie creëert of versterkt. Deze wijziging op Europees niveau is niet door de Nederlandse wetgever overgenomen. Op grond van art. 37, tweede lid, Mw blijft het

criterium dat een concentratie geen machtspositie mag creëren of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd. De wetwijziging faciliteert wel veranderingen van aanmeldingen van concentraties door de NMa aan de Europese Commissie en vice versa.

WETSWIJZIGING OP STAPEL

De Minister van Justitie heeft aangekondigd dat een volgende wetwijziging op stapel staat.¹⁹ Deze wetwijziging omvat waar-

schijnlijk de mogelijkheid voor de NMa om boetes op te leggen aan natuurlijke personen. Ook zal de NMa in het kader van overtredingen van de Mw woningen mogen inspecteren en doorzoeken. Daarnaast zullen concentratieve joint ventures met een coöperatief karakter²⁰ als concentratie worden aangemerkt, zodat deze onder concentratietoezicht komen.²¹

De beoogde wetwijziging omvat nog niet een regeling analoog aan art. 9 EG Verordening 1/2003,²² waardoor ondernemingen door toezeggingen boetes en verboden kunnen voorkomen. Het instrument van de toezegging, zoals deze is omschreven in art. 9 EG Verordening 1/2003, komt er op neer dat indien er zeer sterke aanwijzingen zijn dat een onderneming de mededingingsregels overtreedt, de Europese Commissie zijn bedenkingen hierover aan de betrokken onderneming kenbaar maakt en de onderneming uitnodigt om door middel van toezeggingen een einde te maken aan de afspraken of activiteiten. De NMa is zeer gecharmeerd van dit instrument omdat het haar de mogelijkheid zou bieden het gewenste effect (beëindiging van een waarschijnlijke inbreuk van de mededingingsregels) te bereiken zonder dat daarvoor de administratieve procedure behoeft te worden doorlopen.²³ Voor de Minister van Justitie wegen de nadelen van de toezeggingen, onder andere de vertraging van het onderzoek, voorlopig zwaarder.²⁴

NOTEN

- 1 M. M. Slotboom en A. Ter Heegde, 'EG-Mededingingsrecht sterk gewijzigd', *Advocatenblad* 2004-10, p. 486 en 519.
- 2 Michiel Barth is advocaat bij AKD Prinsen Van Wijmen, Europees en Mededingingsrecht.
- 3 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), *Stb.* 2004, 345.
- 4 Verordening (EG) nr. 1/2003, *PbEG* 2003 L 1/8.
- 5 Verordening (EG) nr. 139/2004, *PbEG* 2004, L 24/1.
- 6 Besluit van 6 juli 2004 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet modernisering EG-mededingingsrecht, *Stb.* 2004, 346.
- 7 *Kamerstukken II*, 2003/2004, 29 276, nr. 9, p.1.
- 8 *Kamerstukken II*, 2003/2004, 29 276, nr. 8, p.8.

- 9 Zie bijvoorbeeld M.M. Slotboom en J.J.A. Coumans, 'Modernisering van de EG-mededingingsregels', *Advocatenblad* 2003-2.
- 10 *Kamerstukken II*, 2003/2004, 29 276, nr. 7, p. 5.
- 11 Art. IIIa, lid 1, *Wet modernisering EG-mededingingsrecht*, *Stb.* 2004, 345.
- 12 Art. 43 Veordening (EG) nr. 139/2004, *PbEG* 2004, L 24/1.
- 13 Art. IIIa, lid 2, *Wet modernisering EG-mededingingsrecht*, *Stb.* 2004, 345.
- 14 Art. IIIa, lid 3, *Wet modernisering EG-mededingingsrecht*, *Stb.* 2004, 345.
- 15 <http://www.nmanet.nl/nl/nieuws-en-publicaties/persberichten/0420.asp>
- 16 Lezing dg-NMa d.d. 13 mei 2004 ter gelegenheid van het seminar 'Gevolgen Modernisering van het mededingingsrecht', p. 10.
- 17 *Algemene wet op het binnentreden*, *Stb.* 1994, 572.

- 18 Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004, C 101/58.
- 19 *Kamerstukken II*, 2003/2004, 29 276, nr. 9, p. 1.
- 20 Met concentratieve joint ventures met een coöperatief karakter wordt bedoeld transacties waarbij een gezamenlijke onderneming wordt opgericht die duurzaam alle kenmerken van een zelfstandige onderneming heeft en waardoor de oprichtende partijen in staat worden gesteld hun marktgedrag te coördineren.
- 21 *Kamerstukken II*, 2003/2004, 29 276, nr. 7, p. 9.
- 22 Verordening (EG) nr. 1/2003, *PbEG* 2003 L 1/8.
- 23 Lezing dg-NMa d.d. 13 mei 2004 ter gelegenheid van het seminar 'Gevolgen Modernisering van het mededingingsrecht', p. 12.
- 24 *Kamerstukken II*, 2003/2004, 29 276, nr. 7, p. 9.