

Vergaderjaar 2001–2002 Nr. 228b

**27 639**

## **Wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan**

### **BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN**

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 31 mei 2002

Onderwerp: evaluatie Mededingingswet

*Aanbieding van de onderzoeksrapportages evaluatie Mededingingswet*

Hierbij bied ik u aan het Syntheserapport evaluatie Mededingingswet (hierna: syntheserapport), dat Bureau Berenschot op 30 mei 2002 aan mij heeft uitgebracht<sup>1</sup>, en de rapporten van de verschillende deelonderzoeken. In het syntheserapport zijn de belangrijkste bevindingen uit de deelrapporten samengebracht.

#### *1 Inleiding*

Het syntheserapport beoogt een antwoord te geven op de volgende hoofdvragen:

1. Heeft de Mededingingswet de afgelopen vier jaar de met de wet beoogde effecten (doelstellingen) weten te realiseren?
2. Biedt de Mededingingswet voldoende mogelijkheden voor de NMa om de kernartikelen (verbod van mededingingsafspraken, verbod van misbruik van een economische machtspositie en het concentratietoezicht) effectief uit te voeren en toe te passen?
3. Heeft de NMa de Mededingingswet wat de prioriteitenstelling en de procesgang betreft op een doelmatige manier uitgevoerd en gehandhaafd?

Bij de beantwoording van die vragen besteedt het syntheserapport met name ook aandacht aan onderwerpen waarvan de Tweede Kamer de afgelopen vier jaar heeft aangegeven dat die bij de evaluatie van de Mededingingswet meegenomen zouden moeten worden. Het gaat daarbij om onderwerpen als het meewegen van andere uit een maatschappelijk oogpunt wenselijke effecten (niet-economische effecten), de bagatel-vrijstelling en de positie van het midden- en kleinbedrijf, de eventuele versterking van het verbod van misbruik van een economische machtspositie, de aanpassing van de bepalingen inzake concentratietoezicht aan de bestaande EG-Concentratieverordening, de afbakening ten opzichte van

<sup>1</sup> PM Berenschot, Syntheserapport evaluatie Mededingingswet, Utrecht/Den Haag, mei 2002.

toezicht op basis van andere wetten (art. 16) en de verbetering van de handhaving van de Mededingingswet.

De hoofdconclusies van het syntheserapport zijn dat de Mededingingswet heeft bijgedragen tot het handhaven en waar mogelijk verbeteren van de effectieve concurrentieverhoudingen en dus goed functioneert. Over de NMa merkt het syntheserapport op dat deze zich heeft weten te ontwikkelen tot een gezaghebbende mededingingsautoriteit die erin is geslaagd de Mededingingswet op een behoorlijk doeltreffende en doelmatige wijze toe te passen. Op bepaalde punten is de Mededingingswet echter voor verbetering vatbaar en het syntheserapport doet daarvoor een aantal aanbevelingen.

In deze brief beperk ik mij nadrukkelijk tot de weergave van hoofdlijnen uit het syntheserapport en onthoud ik mij, gezien de demissionaire status van het kabinet, van commentaar. In paragraaf 2 zal ik ingaan op de belangrijkste punten waarop de Mededingingswet volgens het syntheserapport goed functioneert en in paragraaf 3 op de belangrijkste aanbevelingen voor verdere verbetering.

## *2 Positieve aspecten*

Dat de Mededingingswet en de NMa bij de toepassing daarvan de afgelopen vier jaar goed hebben gefunctioneerd blijkt vooral uit de volgende punten uit het syntheserapport:

De uitkomsten van tien case studies naar de effecten van NMa-besluiten, duiden erop dat de bestuursrechtelijke handhaving van de Mededingingswet over het algemeen de beoogde effecten bewerkstelligt. De resultaten van de andere deelonderzoeken ondersteunen deze bevindingen. Het syntheserapport stelt vast dat de Mededingingswet in belangrijke mate – al dan niet anticiperend op het handhavend optreden van de NMa – vrijwillig wordt nageleefd, zij het dat over de precieze mate waarin daarvan sprake is geen harde uitspraken kunnen worden gedaan. De onderzoeksresultaten laten zien dat met name grotere ondernemingen en brancheorganisaties zich sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet meer bewust zijn geworden van de inhoud daarvan en daar ook steeds meer rekening mee houden.

Het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, heeft, volgens het syntheserapport, in het algemeen goed gefunctioneerd. Het kartelverbod biedt de mogelijkheid tegen duidelijke overtredingen van dat verbod goed op te treden en de onderzoeksresultaten duiden erop dat in die gevallen waarin kartels zijn verboden dat heeft bijgedragen tot het behouden dan wel verbeteren van effectieve concurrentieverhoudingen. De indruk bestaat dat de Mededingingswet in het algemeen geen negatieve gevolgen heeft voor het midden- en kleinbedrijf, dat zich overigens de afgelopen periode goed heeft ontwikkeld. Het grootste deel van de afspraken en regelingen die door brancheorganisaties uit het middenkleinbedrijf ter toetsing bij de NMa is aangemeld, is ongeschonden door de beoordeling gekomen. Ook het concentratietoezicht, dat een geheel nieuw element is in de Nederlandse mededingingswetgeving, heeft, volgens het syntheserapport, goed gefunctioneerd. De recente verhoging van de drempels wordt toegejuicht.

Belangrijk uit een oogpunt van effectiviteit van de Mededingingswet is ook dat de NMa de afgelopen periode in sterkere mate een economische benadering is gaan toepassen. Dit blijkt uit het feit dat de NMa bij het beoordelen van de vraag of een kartelafpraak is toegestaan, naast de bagatelbepaling tevens de zogenaamde de minimis-regeling en de rule of reason heeft toegepast. Volgens het syntheserapport heeft de NMa daardoor met name de effectiviteit van het kartelverbod versterkt. Bovendien blijkt de Mededingingswet, volgens het syntheserapport, voldoende ruimte te bieden om bij het behandelen van ontheffingsaanvragen andere uit een maatschappelijk oogpunt wenselijke effecten

mee te wegen. De NMa maakt met de nodige voorzichtigheid gebruik van die mogelijkheid.

Mede vanwege het toegenomen aantal bedrijfssectoren waarin sprake is van een vervaechting van markt en overheid is, volgens het syntheses-rapport de afgelopen jaren vrij vaak een beroep gedaan op de artikelen 11, 25 en 41. Deze bevatten uitzonderingsmogelijkheden voor ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Volgens het syntheserapport is de NMa er in het algemeen goed in geslaagd om beroepen op deze artikelen bevredigend te behandelen. De hoeveelheid en kwaliteit van het werk dat de NMa de afgelopen vier jaar heeft verricht met de beschikbare hoeveelheid mensen en middelen is, volgens het syntheserapport, indrukwekkend. Dit blijkt onder andere uit het feit dat de NMa geen enkele keer een fatale termijn heeft overschreden. De NMa heeft de juiste prioriteiten gesteld door zich eerst te richten op het afhandelen van het grote aantal ontheffingsaanvragen en vervolgens stappen te zetten om de organisatie van het proactieve handhavingsbeleid verder te professionaliseren. De NMa bewaart ook een goed evenwicht tussen haar kernen nevenactiviteiten.

### *3 Verbeterpunten*

Het syntheserapport doet ook een aantal aanbevelingen om het functioneren van de Mededingingswet en van de NMa bij de toepassing daarvan verder te verbeteren, waarmee de effectiviteit van de Mededingingswet nog kan worden verhoogd. Volgens het syntheserapport is gebleken dat bij sommige partijen uit het midden- en kleinbedrijf en enkele advocaten de opvatting bestaat dat de bagateldrempels te laag zijn. Naar hun opvatting vallen momenteel een te beperkt aantal kartelafspraken onder de bagatelbepaling. In hoeverre een verhoging van de bagateldrempels wenselijk is, zal eerst op basis van empirische bevindingen nader moeten worden aangetoond.

Op het functioneren van het verbod van misbruik van een economische machtspositie bestaat, volgens het syntheserapport, de nodige kritiek, omdat artikel 24 onvoldoende mogelijkheden biedt om het marktgedrag van ondernemingen met een (vermeende) economische machtspositie te controleren. Voor een deel komt deze kritiek voort uit te hoog gespannen verwachtingen over wat met dit artikel mogelijk zou moeten zijn. Artikel 24 is alleen geschikt om op te treden tegen aantoonbare vormen van misbruik van een economische machtspositie. Bij verschillende politieke en maatschappelijke partijen blijkt echter een behoefte te bestaan aan een instrumentarium waarmee het gedrag van partijen met een economische machtspositie kan worden gecontroleerd, voordat sprake is van misbruik. Lichte vormen van ex ante toezicht bieden hiertoe een mogelijkheid. Wanneer deze vorm van toezicht onder andere eisen stelt aan de doorzichtigheid van de boekhouding, kan dit het constateren van eventueel toekomstig misbruik van een economische machtspositie vergemakkelijken. Op basis van empirisch onderzoek zou eerst een schatting moeten worden gemaakt van de omvang van deze problematiek. Vervolgens zou moeten worden bezien of in die gevallen waarin behoefte bestaat aan een nadere controle van ondernemingen met een (vermeende) economische machtspositie, ex ante toezicht werkelijk tot een oplossing kan leiden. Hierbij moeten de met het ex ante toezicht gepaard gaande administratieve lasten en de daaraan verbonden risico's voor het functioneren van marktprocessen worden meegewogen. Volgens het syntheserapport zou het concentratietoezicht op basis van de Mededingingswet op twee punten in overeenstemming gebracht moeten worden met de bestaande EG-Concentratieverordening. Coöperatieve joint ventures zouden onder het concentratietoezicht van de Mededingingswet gebracht moeten worden. Verder zou de Mededingingswet moeten voorzien in de mogelijkheid aan een besluit van

de NMa dat voor een gemelde concentratie geen vergunning behoeft te worden gevraagd, beperkingen of voorschriften (remedies) te verbinden. Ten aanzien van de procedure voor het concentratietoezicht bestaat behoefte aan nadere regels voor een aantal onderwerpen, zoals hoorzittingen, fatale termijnen voor het indienen van remedies, het opleggen van remedies en het stellen van vragen.

Toepassing van de Mededingingswet is, volgens het syntheserapport, niet eenvoudig in die gevallen waarin sprake is van een nauwe vervlechting tussen markt en overheid. Hierbij is onder andere het toepassen van artikel 16 lastig, terwijl daar regelmatig een beroep op wordt gedaan. Artikel 16 regelt dat het kartelverbod niet van toepassing is op overeenkomsten die onder overheidstoezicht op basis van andere wetten staan. Aangezien dit toezicht veelal niet is gericht op het waarborgen van effectieve mededingingsverhoudingen, maar op geheel andere zaken, dreigen er als gevolg van artikel 16 gaten te vallen in het mededingingstoezicht. Het syntheserapport doet daarom de aanbeveling om in de toekomst, overeenkomstig de oorspronkelijke bedoelingen van de wetgever, de werking van dat artikel te laten beëindigen.

Het syntheserapport komt tot de conclusie dat de handhaving van de Mededingingswet op een aantal punten voor verdere verbetering vatbaar is. Dit wordt voor een deel veroorzaakt door de artikelen 63 en 80, op basis waarvan de werking van de last onder dwangsom in beginsel wordt opgeschort, wanneer een partij bezwaar of beroep instelt. Deze situatie is niet bevorderlijk voor een daadkrachtige handhaving van de Mededingingswet. Die artikelen dienen dan ook te vervallen, voor zover zij betrekking hebben op deze opschortende werking. Bovendien kan ook de schorsende werking van bezwaar en beroep tegen een boetebeschikking vervallen, als in plaats daarvan een bankgarantie kan worden gesteld. Verder beveelt het syntheserapport aan in de Mededingingswet expliciet op te nemen dat de NMa de bevoegdheid heeft tot het doorzoeken van bijvoorbeeld archieven, dat medewerkingplicht ook geldt in de onderzoeksfase en dat de NMa meer mogelijkheden krijgt om in spoedeisende gevallen een voorlopige last onder dwangsom op te leggen. Ook dient nader te worden gezien of de boetes op het niet nakomen van de medewerkingplicht moeten worden verhoogd.

Het syntheserapport komt tot de conclusie dat de civielrechtelijke handhaving van de Mededingingswet niet voldoende van de grond is gekomen, terwijl de wetgever dat wel had beoogd. De gedachte van de wetgever was echter dat wanneer partijen schade ondervinden van overtredingen van de Mededingingswet, zij hier zelf stappen tegen kunnen ondernemen en schadevergoeding kunnen eisen. Vaak maakt de civiele route een snellere reactie mogelijk op overtredingen van de Mededingingswet dan de bestuursrechtelijke weg. Dit zou tevens een vermindering van de administratieve belasting van de bestuursrechtelijke handhaving betekenen. Volgens het syntheserapport is het daarom ernstig dat de civiele rechter nog onvoldoende ingevoerd is in het mededingingsrecht. Nader onderzoek is noodzakelijk om te zien hoe deze problematiek zou kunnen worden aangepakt.

Wat de doelmatigheid van de NMa betreft wordt in het syntheserapport opgemerkt dat nieuwe belangrijke veranderingen, zoals de proactieve handhaving van de Mededingingswet en de op handen zijnde groei van taken en personeelsomvang, een omschakeling vereisen naar een projectmatige organisatie van onderdelen van de NMa. Ook zal de NMa informatiestromen anders moeten organiseren en aanvullende competenties en deskundigheden moeten ontwikkelen. Het syntheserapport beveelt aan dat de NMa daartoe een plan opstelt.

#### *4 Tot slot*

Het is aan het volgende kabinet om over de aanbevelingen uit het syntheserapport tot een oordeel te komen en daaraan, voor zover de Europese kaders daarvoor ruimte geven, concreet invulling te geven.

De Minister van Economische Zaken,  
A. Jorritsma-Lebbink

Bij deze brief horen de volgende bijlagen<sup>1</sup>:

1. Synthesrapport Evaluatie Mededingingswet (Berenschot)
2. Eindrapport Evaluatie Mededingingswet (NEI)
3. Eindrapport Evaluatie Mededingingswet (juridisch deelonderzoek) en bijlagen bij juridische deelonderzoek Evaluatie mededingingswet (Universiteit Leiden)
4. Doelmatigheid handhaving Mededingingswet (Berenschot)
5. Samenwerking in het MKB en de Mededingingswet (EIM)
6. De afbakening van de relevante markt: Is de huidige benadering aan herziening toe? (SEO)
7. Marktwerking en ICT: Is de Mededingingswet ICT-proof? (SEO)

---

<sup>1</sup> Zijn ter inzage gelegd op het Centraal Informatiepunt onder griffienr. 128 681.