

Van oud naar nieuw

de overgangsbepalingen in de Mededingingswet

Mr. H.H.P. Lugard en mr. E.H. Pijnacker Hordijk

Uiteindelijk krijgt dit land de wetgeving en regelgeving die het verdient.¹

Alea iacta est. Met het verschijnen van dit eerste nummer van Markt en Mededinging is de Mededingingswet (de 'Mw') in werking getreden.² Ofschoon de Wet Economische Mededinging (de 'Wem') na bijna dertig jaar vervangen is door de Mw,³ zal de Nederlandse rechtspraktijk nog geruime tijd geconfronteerd worden met de erfenis van de Wem en de gevolgen van de overgang van oud naar nieuw. In dit artikel wordt de overgang van oud naar nieuw in kaart gebracht. Allereerst staan de auteurs stil bij de tijdelijke uitzonderingsbepalingen in de Mw. Vervolgens wordt tegen de achtergrond van de in het Europese mededingingsrecht ontwikkelde leer van de voorlopige geldigheid dieper ingegaan op de in het artikel 100 Mw opgenomen overgangsregeling voor bestaande afspraken. Daarna passeren de 'secundaire' overgangsbepalingen de revue. Tot slot worden de overgangsrechtelijke implicaties besproken van tijdens de levensduur van de Wem gepleegde strafbare feiten.

Overgangsrecht, een plaatsbepaling

Overgangsbepalingen zijn met name van belang bij het intrekken en vervangen van een wettelijke regeling en dienen er in de eerste plaats voor de gevolgen van de intrekking te bepalen voor op de oude regeling gebaseerde beschikkingen en andere uitvoeringsbesluiten. Als hoofdregel van overgangsrecht vermelden de Aanwijzingen voor de regelgeving dat een nieuwe regeling niet slechts van toepassing is op hetgeen na haar inwerkingtreding voortvalt, maar ook op bij de inwerkingtreding van de nieuwe regeling bestaande rechtsposities en verhoudingen.⁴ De met de onmiddellijke werking samenhangende maatschappelijke gevolgen kunnen echter een afwijking van de hoofdregel rechtvaardigen.⁵ In een dergelijk geval kan er voor gekozen worden (onderdelen van) de oude regeling op bestaande feiten of verhoudingen blijvend of voor een bepaalde periode te continueren.⁶ In het eerste geval is sprake van eerbiedigende werking, in het tweede van uitgestelde werking. Het toekennen van eerbiedigende of uitgestelde werking kan met name wenselijk zijn indien de nieuwe regeling afbreuk doet aan onder de oude regeling ontstane verwachtingen omtrent het al dan niet intreden van aan bepaalde handelingen verbonden rechtsgevolgen. Ingeval van nieuwe procedureregels en bevoegdheden van

organen terzake van geschillen dient met betrekking tot ten tijde van de inwerkingtreding van de nieuwe regeling aanhangige geschillen uitdrukkelijk bepaald te worden of de oude dan wel de nieuwe regeling van toepassing is.⁷

Zoals in het navolgende zal blijken, kent het overgangsregiem van de Mw aspecten van onmiddellijke, eerbiedigende en uitgestelde werking.

Tijdelijke uitzonderingen in de Mededingingswet

De Mw breekt op belangrijke punten met het verleden.⁸ De plotselinge overgang van de Wem naar Mw wordt echter aanzienlijk verzacht door een drietal in de Mw opgenomen tijdelijke uitzonderingen, waardoor het regiem van de Mw op onderdelen uitgestelde werking krijgt. Aangezien de Wem gelijktijdig met de inwerkingtreding van de Mw is komen te vervallen (zie artikel 95 Mw), bestaat in de in deze paragraaf te bespreken gevallen een juridisch vacuüm.

De eerste uitzondering is vervat in artikel 16 Mw. Deze wetsbepaling beoogt conflicten tussen de Mw en bijzondere wetgeving te voorkomen en bepaalt dat het verbod van artikel 6 Mw niet geldt voor mededingingsbeperkende afspraken die ingevolge bijzondere wetgeving onderwor-

- 1 Minister Wijers tijdens de Algemene Beraadslagingen in de Tweede Kamer.
- 2 Zie Wet van 22 mei 1997, houdende regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet), Stb. 1997, 242. De Mededingingswet trad op 1 januari 1998 in werking. (Zie Besluit van 14 november 1997, Stb. 1997, 540).
- 3 Zie artikel 95 Mw. De generieke onverbindendverklaringen (zie *infra*, noot 10) delen het lot van de Wem.
- 4 Zie *Aanwijzingen voor de regelgeving en convenanten* (Besluit van 18 november 1992, Stcrt. 1992, 230, als gewijzigd), 's Gravenhage, 1996, samengesteld door Mr. C. Borman (de 'Aanwijzingen'), aanwijzing 166.
- 5 Voorts kunnen bepalingen van nationaal of internationaal recht zich verzetten tegen onmiddellijke werking, in het bijzonder indien dat zou leiden tot het strafbaar of zwaarder strafbaar stellen van feiten die vóór de inwerkingtreding zijn geschied. Zie artikel 1, lid 2 WvSr, artikel 16 Grondwet, artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 7 EVRM.
- 6 Zie de Aanwijzingen, *supra*, noot 4, aanwijzing 169.
- 7 Zie de Aanwijzingen, *supra*, noot 4, aanwijzing 171.
- 8 Zie over het voorstel van de Mw o.m. Slotboom, *Ten dienste van de mededinging? Procedurele aspecten van het voorstel-Mededingingswet*, SEW 9 (1996), 291-298; I.W. VerLoren van Themaat, *Het voorstel voor de nieuwe Mededingingswet: 'mededingingsafspraken' en misbruik van economische macht (artikel 85/86-complex)*, SEW 9 (1996), 284-290 en Mok, *Concentratietoezicht en het voorstel-Mededingingswet*, SEW 9 (1996), 298-304. Zie over de parlementaire behandeling Mok, *Voorstel-Mededingingswet door Tweede Kamer aanvaard*, SEW 6 (1997), 225-229.

pen zijn aan goedkeuring, door een bestuursorgaan onverbindend, verboden, of vernietigd kunnen worden of op grond van een wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen. Als voorbeeld van dergelijke overeenkomsten noemt de MvT maximumtariefafspraken die onderworpen zijn aan de goedkeuring van het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg.⁹ Dergelijke overeenkomsten zouden ingevolge artikel 6 Mw nietig zijn, behoudens ontheffing op grond van artikel 17 Mw. Een dergelijke constructie werd niet wenselijk geacht. De uitzondering van artikel 16 Mw zal ingevolge artikel 107, lid 2 Mw vijf jaar na inwerkingtreding van de Mw vervallen.¹⁰ In die periode dient zowel voor bestaande als voor toekomstige wetgeving, bijvoorbeeld met betrekking tot de openbaar vervoer- en de telecommunicatiesector, de afbakening met de Mw (alsnog) plaats te vinden. De MvT geeft weinig inzicht in de wijze waarop dat zal geschieden, maar stelt slechts nogal laconiek 'dat in de tussentijd een wetsvoorstel dat een definitieve afbakening geeft, wordt (kan worden) voorbereid'.

De interdepartementale touwtrekkerij die ons de komende vijf jaar te wachten staat wordt gerelativeerd door het feit dat de uitzondering van artikel 16 Mw niet terugslaat op het verbod van misbruik van een economische machtspositie van artikel 24 Mw. Ook doet artikel 16 Mw geen afbreuk aan de bevoegdheid van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de 'NMa') om de artikelen 85, lid 1 en 86 EG-Verdrag toe te passen.¹¹ De door artikel 16 Mw verschaft immuniteit is derhalve van betrekkelijke waarde.

De tweede tijdelijke uitzondering is neergelegd in artikel 32 Mw en beoogt de verhouding te regelen tussen het algemene concentratietoezicht ingevolge de Mw en het specifieke (fusie)toezicht dat door De Nederlandse Bank resp. de Verzekeringkamer wordt uitgeoefend op de financiële sector. Concentraties waarbij uitsluitend kredietinstellingen, financiële instellingen en verzekeringsondernemingen, dan wel houdstermaatschappijen van een of meer van die ondernemingen betrokken zijn, zijn op grond van artikel 107, lid 3 Mw gedurende een periode van twee jaar uitgezonderd van de algemene fusietoezichtbepalingen.¹² De minister heeft een nota toegezegd over de voorbereiding en afstemming van het concentratietoezicht op financiële instellingen.¹³

De derde tijdelijke uitzondering betreft de overgangsregeling van artikel 100 Mw voor 'bestaande' afspraken die in de nu volgende paragraaf wordt besproken.

De kernbepaling van het overgangsrecht: artikel 100 Mededingingswet

Algemeen

Artikel 100 is zonder twijfel de belangrijkste overgangsbepaling in de Mw. Ingevolge het eerste lid geldt het kartelverbod van artikel 6 Mw niet voor een op 1 januari 1998 'geldende overeenkomst of geldend besluit dan wel een gedraging die reeds voor dat tijdstip een aanvang had geno-

men, voorzover die overeenkomst, dat besluit of die gedraging niet onverbindend of verboden was op grond van het bepaalde bij en krachtens de Wet economische mededinging'.

Deze uitgestelde werking is van korte duur: tot 1 april 1998. De periode van drie maanden is bedoeld om partijen bij de bedoelde overeenkomsten en gedragingen in staat te stellen binnen die periode een ontheffingsverzoek ex artikel 17 Mw in te dienen. Wordt tijdig een ontheffingsverzoek ingediend, dan geldt het verbod voorts niet totdat op het ontheffingsverzoek is beslist. Evenals de reeds besproken artikelen 16 en 32 Mw vindt de regeling van artikel 100 Mw blijkens de MvT haar rechtvaardiging in de uitbreiding van de materiële werkingssfeer van het kartelverbod ten opzichte van de onder de Wem bestaande verboden.

De ratio van de in artikel 100 Mw neergelegde regeling komt overeen met die van de leer van de voorlopige geldigheid die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het 'HvJ EG') is ontwikkeld: omwille van de rechtszekerheid zijn tijdig aangemelde bestaande regelingen voorlopig geldig tot het moment waarop over die regeling is beslist.

De Europeesrechtelijke leer van de voorlopige geldigheid nader bezien

Volgens de door het HvJ EG ontwikkelde leer van de voorlopige geldigheid kan de nationale rechter, zolang de Commissie zich niet heeft uitgesproken, niet de nietigheid van rechtswege in de zin van artikel 85, lid 2 EG-Verdrag vaststellen van overeenkomsten die bestonden voor 13 maart 1962, de datum waarop Verordening 17/62¹⁴ ('Vo. 17') in werking trad, indien die overeenkomsten binnen de in Vo. 17 voorziene overgangstermijn ter fine van een ontheffing ex artikel 85, lid 3 EG-Verdrag bij de Commissie zijn aangemeld.¹⁵ Die overeenkomsten zijn derhalve

9 Zie MvT, § 6.1.5.

10 Overeenkomsten en besluiten die ingevolge de met artikel 16 Mw vergelijkbare uitzonderingen van artikel 4, lid 2, sub b Besluit horizontale prijsbinding (Besluit van 4 februari 1993, Stb. 1993, 80), artikel 3, lid 2, sub b Besluit marktverdelingsregelingen (Besluit van 19 januari 1994, Stb. 1994, 56) en artikel 7, lid 2, sub b Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen (Besluit van 19 januari 1994, Stb. 1994, 55) vrijgesteld waren, profiteren met ingang van 1 januari 1998 nog vijf jaar van de regeling van artikel 16 Mw. Zie, *infra*, punt 3.

11 Deze bevoegdheid is neergelegd in artikel 88 Mw.

12 Artikel 19, lid 3 van het oorspronkelijke wetsontwerp bepaalde dat de uitzondering op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, op gezamenlijke

voordracht van de minister van Economische Zaken en de minister van Financiën zou vervallen. Blijkens de MvT (§ 10.5) wenste de minister binnen vijf jaar nader te onderzoeken hoe de afbakening tussen het algemene concentratietoezicht en het specifieke toezicht op de bancaire- en verzekeringssector kon plaatsvinden. Ingevolge aanvordering van amendement-De Koning c.s. nr. 43 is bepaald dat artikel 32 Mw twee jaar na inwerkingtreding vervalt.

13 Zie Kamerst. 24 707, nr. 232 b.

14 Verordening nr. 17 van de raad van 6 februari 1962, PB 13, 21.2.1962, pag. 204.

15 De overgangstermijn verstreek ingevolge artikel 5, lid 1. van Vo. 17, afhankelijk van de aard van de overeenkomst, op 1 november 1962, resp. 1 februari 1963.

voorlopig geldig zolang de Commissie zich niet heeft uitgesproken.

Met de leer van de voorlopige geldigheid heeft het HvJ EG getracht de toepassing van de nietigheidssanctie van artikel 85, lid 2 EG-Verdrag te verenigen met het rechtszekerheidsbeginsel. Het EG-Verdrag noch Vo. 17 bevatte een (expliciete) overgangsbepaling terzake van de gevolgen van de nietigheidssanctie van artikel 85, lid 2 EG-Verdrag voor ten tijde van de inwerkingtreding van het EG-Verdrag of Vo. 17 bestaande overeenkomsten. Het onmiddellijk intreden van de nietigheidssanctie bij gebreke van een overgangsbepaling in combinatie met de bevoegdheid van de nationale rechter om die nietigheid vast te stellen, alsmede de omstandigheid dat ingevolge artikel 9, lid 1 Vo. 17 uitsluitend de Commissie bevoegd is om een ontheffing in de zin van artikel lid 3 EG-Verdrag te verlenen, bracht het HvJ EG ertoe een onderscheid te maken tussen oude overeenkomsten en overeenkomsten gesloten na de inwerkingtreding van Vo. 17. Met name wanneer dergelijke oude overeenkomsten overeenkomstig artikel 5, lid 1 Vo. 17 zijn aangemeld, vereist, aldus het HvJ EG, de rechtszekerheid dat de nationale rechter de nietigheid van rechtswege ervan eerst vaststelt nadat de Commissie krachtens Vo. 17 een beschikking heeft gegeven of zich anderszins heeft uitgesproken.¹⁶ Voor nieuwe overeenkomsten geldt daarentegen dat, zolang de Commissie zich niet heeft uitgesproken, aan de overeenkomst slechts voor risico van de partijen uitvoering kan worden gegeven.¹⁷

Welke regelingen profiteren van de voorlopige geldigheidsleer? In de eerste plaats oude, ongewijzigde overeenkomsten die overeenkomstig Vo. 17 zijn aangemeld. Daarnaast strekt de voorlopige geldigheid zich uit tot na de inwerkingtreding van Vo. 17 gesloten overeenkomsten die daarvan de getrouwe reproductie vormen.¹⁸ Bovendien vallen onder de voorlopige geldigheid wijzigingen van oude, aangemelde overeenkomsten, maar slechts voorzover die leiden tot versoepeling van de beperkende gevolgen.¹⁹ Iedere, ook uiterste geringe verzwaring of uitbreiding van de bestaande beperkingen maakt in beginsel een einde aan de voorlopige geldigheid van het oude kartel,²⁰ tenzij er sprake is van een nieuwe, van de overeenkomst te scheiden beperking die de economie van de overeenkomst ongewijzigd laat. In dat laatste geval blijft de oude overeenkomst profiteren van de voorlopige geldigheid en is alleen de nieuwe beperking niet door de voorlopige geldigheid gedekt.²¹

De voorlopige geldigheid blijft van kracht zolang de Commissie zich niet over de aangemelde regeling heeft uitgesproken.²² Dat doet de Commissie in ieder geval wanneer zij een afwijzende beschikking neemt. De voorlopige geldigheid eindigt echter ook wanneer de Commissie de betrokkene in een administratief schrijven te kennen geeft geen aanleiding (meer) te zien om ter zake van de aangemelde overeenkomst een (positieve of negatieve) beschikking te geven.

De theorie van de voorlopige geldigheid heeft nog

altijd actualiteitswaarde. Zo sprak het HvJ EG zich op 24 april 1997 nog in een prejudiciële procedure uit over de voorlopige geldigheid van een door de Koninklijke Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels vastgestelde collectieve verticale prijsbindingsregeling. De voorloper van het huidige reglement was op 30 oktober 1962 bij de Commissie aangemeld.

De voorlopige geldigheid ingevolge artikel 100 Mededingingswet nader bezien

De zojuist besproken jurisprudentie van het HvJ EG laat zich in beginsel *mutatis mutandis* gelijkelijk toepassen op overeenkomsten en gedragingen die tijdig onder artikel 6 Mw bij de NMa worden aangemeld. Er zijn echter enige wezenlijke verschillen.

De overgangsbepaling van artikel 100 Mw is niet identiek aan de Europese regeling. Vo. 17 kent geen beslistermijnen met als gevolg dat, zoals de collectieve verticale prijsbindingsregeling voor boeken illustreert, er overeenkomsten bestaan die inmiddels hun zilveren jubileum als voorlopig geldige regeling hebben gevierd.

Artikel 100, lid 2 Mw bepaalt daarentegen dat op een aanvraag om ontheffing die binnen drie maanden na 1 januari 1998 is ingediend, wordt beslist binnen twaalf maanden na ontvangst van de aanvraag. De directeur-generaal van de NMa kan deze termijn binnen tien maanden na ontvangst van de aanvraag met zes maanden verlengen. Uiterlijk per 1 oktober 1999 dienen derhalve alle ontheffingsaanvragen voor bestaande regelingen te zijn afgehandeld. De afwijking van de in artikel 19 Mw voorziene algemene beslistermijn van vier maanden (te verlengen met nog eens vier maanden) dient uitsluitend een praktisch doel. Gevreesd werd namelijk dat het voor de NMa niet doenlijk zou zijn een groot aantal ongeveer tegelijkertijd ingediende ontheffingsverzoeken af te werken binnen de termijn van artikel 19 Mw.

Artikel 100 Mw geeft niet aan wat er gebeurt als op de ontheffingsaanvraag niet binnen de (verlengde) termijn is beslist. In ieder geval komt dan niet een einde aan de voorlopige geldigheid. Dat zou in strijd zijn met de bewoordingen en ratio van artikel 100 Mw. Evenmin kan

-
- 16 Daarbij is van belang dat de betrokkenen niet over doeltreffende maatregelen beschikken om het nemen van een beschikking te bespoedigen (zie HvJ EG, zaak C-234/89, *Delimitis/Henniger Bräu*, Jurispr. 1991, I-935.)
- 17 Aanmeldingen onder artikel 4, lid Vo. 17 hebben geen schorsende werking.
- 18 Zie HvJ EG, zaak 1/70, *Parfums Rochas/Bitsch*, Jurispr. 1970, 515.
- 19 Zie HvJ EG, zaak 106/79, *Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels* e.a./Eldi Records, Jurispr. 1980, 1137.
- 20 Zie HvJ EG, zaak C-39/96, *Koninklijke Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels e.a.*, Jurispr. 1997, I-2303.
- 21 Zie HvJ EG, zaak 56/65, *Société Technique Minière (LTM)/Maschinenbau Ulm*, Jurispr. 1966, 449.
- 22 Zie HvJ EG, zaak C-234/89, *Delimitis/Henniger Bräu*, *supra*, noot 46; HvJ EG, zaak 99/79, *Lancôme e.a./Etos*, Jurispr. 1980, 2511.

de ontheffing geacht worden te zijn verleend. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers dat het de uitdrukkelijke bedoeling is geweest om bij het concentratietoezicht wel, maar bij ontheffingen niet te werken met fictieve goedkeuring.²³ Weliswaar bestaat de mogelijkheid om na ommekomst van de termijn bezwaar en beroep in te stellen tegen het niet-beslissen,²⁴ maar dat zal in de meeste gevallen geen uitkomst bieden. De bestuurlijke heroverweging zal immers door de NMa zelf plaatsvinden. Indien ook die heroverweging niet leidt tot een positieve beschikking, zal het beroep weliswaar gegrond worden verklaard, maar waarschijnlijk voor afhandeling terugverwezen worden naar de NMa.²⁵ Al met al is dit een weinig aanlokkelijk vooruitzicht.

De regeling van artikel 100, lid 2 Mw doet de vraag rijzen of reël is te verwachten dat alle ontheffingsverzoeken tijdig worden afgewerkt. Een en ander hangt uiteraard mede af van het aantal ontheffingsverzoeken.²⁶ Ter vergelijking: in België zijn in 1993 onder een vergelijkbaar overgangsregiem enige tientallen overeenkomsten aangemeld, in Zweden in datzelfde jaar naar verluidt meer dan 3000. Nederland zal in deze naar verwachting een tussenpositie innemen. Een deel van de aanvragen zal ongetwijfeld binnen de termijn van twaalf maanden kunnen worden afgedaan. Niet uitgesloten kan echter worden dat de directeur-generaal met name in de wat gecompliceerdere gevallen moet grijpen naar het wapen van de verlenging. De beoordeling van een aanvraag zou bijvoorbeeld meer tijd kunnen vergen indien overleg met de Europese Commissie noodzakelijk is, de zaak bijzonder complex is, of indien de ter inzage legging of openbare kennisgeving²⁷ veel reacties uitlokt. Voor partijen die gebaat zijn bij een spoedige beslissing, bijvoorbeeld wanneer besloten moet worden over verlenging van de aangemelde regeling, is dat onbevredigend. Partijen beschikken bovendien niet over doeltreffende middelen om de procedure te versnellen, aangezien de verlengingsbeschikking in de meeste gevallen niet vatbaar is voor bezwaar en beroep.²⁸

Mede gegeven het feit dat thans nog altijd niet op alle ten tijde van de inwerkingtreding van de generieke onverbindendverklaringen van 1993 en 1994 ingediende ontheffingsaanvragen is beslist – hoewel het hier ging om betrekkelijk kleine aantallen – kan gevoeglijk worden aangenomen dat de directeur-generaal zijn overgangsrechtelijke taken op 1 oktober 1999 nog niet volledig zal hebben afgerond.

Anders dan in de Europese context bestaat niet de mogelijkheid dat door middel van informele brieven (comfort letters, dan wel discomfort letters) een einde aan de voorlopige geldigheid wordt gemaakt. Het fenomeen van de informele – en met weinig of geen rechtswaARBorgen omklede – comfort letter is niet zonder meer te verenigen met de toepasselijkheid van de voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht.²⁹ De opmerking van de minister tijdens de parlementaire behandeling als zou de Mw in dit opzicht niet afwijken van de Europese regelgeving is derhalve op zijn minst onduidelijk.³⁰

Toepassingsbereik van artikel 100 Mededingingswet

Artikel 100, lid 1 Mw ziet in de eerste plaats op op 1 januari 1998 geldende overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Aangenomen moet worden dat artikel 100 Mw niet ziet op overeenkomsten die op 1 januari 1998 slechts een papieren bestaan leiden.

De overgangsregeling is uiteraard vooral van belang voor afspraken die niet reeds ingevolge de bagatelvoorziening van artikel 7 Mw, de artikelen 10, 11, 16, 17 Mw, een van de Europese of Nederlandse groepsvrijstellingen of artikel 102 Mw zijn vrijgesteld van het kartelverbod van artikel 6 Mw. Ofschoon in individuele gevallen getwist kan worden over de vraag of een regeling reeds ten tijde van de inwerkingtreding geldend was,³¹ zal de aandacht in de toekomst met name uitgaan naar (niet aangemelde) overeenkomsten en andere gedragingen die na 1 januari 1998 tot stand zijn gekomen en die een getrouwe reproductie vormen van voor 31 maart 1998 aangemelde overeenkomsten of wijzigingen van dergelijke overeenkomsten.³² Als gezegd is er geen goede grond om aan die overeenkomsten het voordeel van de voorlopige geldigheid te onthouden.

De voorlopige geldigheid geldt slechts voor regelingen die niet reeds vóór 1 januari 1998 onverbindend of verboden waren op grond van het bepaalde bij of krachtens de Wem.³³ Deze beperking is redelijk. Immers, voor reeds verboden afspraken gaat het argument van rechtszekerheid niet (meer) op. De uitzondering zal echter wel tot de nodige interpretatiegeschillen kunnen leiden. Immers, zowel de NMa zelf, als in voorkomende gevallen de rechter zal moeten onderzoeken of de tijdig aangemelde overeenkomst niet in strijd is met de oude generieke onverbindendverkla-

23 Zie bijv. kamerst. 24 707, nr. 6, pag. 56.

24 Zie de artikelen 6:2 en 6:12 Awb. Het bezwaar of beroep is niet aan een termijn gebonden, maar wordt niet-ontvankelijk verklaard indien het onredelijk laat is ingediend.

25 Zie artikel 8:72 Awb. Het opleggen van een dwangsom (zie artikel 8:72, lid 7 Awb) door de rechter zal wel een stimulans kunnen zijn.

26 Tijdens de parlementaire behandeling liet de minister zich ontvallen 8 à 10.000 ontheffingen (per jaar) te verwachten (zie Handelingen TK 24 707) met in het begin wat extra werkdruk (zie Handelingen EK 24 707). Dit aantal komt ons absurd hoog voor.

27 Zie de artikelen 3:11 en 3:12 Awb. Ingevolge artikel 4:15 Awb wordt de beslistermijn ook opgeschort als de aanvrager wordt verzocht om nadere informatie.

28 Voorbereidingshandelingen zijn op grond van artikel 6:3 Awb niet vatbaar voor bezwaar of beroep, tenzij de beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft.

29 Zie artikel 100, lid 1 jo. 18, lid 2 Mw. Dat geldt ook voor beslissingen op nieuwe aanvragen.

30 Zie Kamerst. 24 707, nr. 6.

31 Bijv. in het geval van een overeenkomst die niet reeds ingevolge een generieke onverbindendverklaring verboden is, onder het verbod van artikel 85, lid 1 EG-Verdrag valt en reeds vóór 1 januari 1998 bij de Europese Commissie is aangemeld, terwijl op 1 januari 1998 nog niet op het ontheffingsverzoek is beslist.

32 Waarbij het in beginsel moet gaan om overeenkomsten tussen dezelfde partijen (behalve indien de melding betrekking heeft op een standaardovereenkomst).

33 Zie artikel 100, lid 1 Mw.

ringen en/of artikel 85, lid 1 EG-Verdrag. Zo zal een tijdig aangemelde individuele verticale prijsbindingsregeling voor diensten niet voorlopig geldig zijn omdat een dergelijke regeling – anders dan de naam van het Besluit doet vermoeden – reeds onverbindend was onder het Besluit horizontale prijsbinding.³⁴

De secundaire overgangsbepalingen

Inleiding

In het oorspronkelijke wetsvoorstel waren vier overgangsbepalingen voorzien. De kern van de overgangsbepalingen werd gevormd door de reeds besproken tijdelijke uitzondering van het verbod van artikel 6 Mw voor bestaande overeenkomsten en andere regelingen.³⁵ Het wetsvoorstel bevatte voorts een bepaling op grond waarvan onder de Wem verleende ontheffingen hun gelding zouden behouden.³⁶ Voor aanhangige bezwaar- en beroepsprocedures tegen ontheffingsbeschikkingen, afwijzingen daarvan en beschikkingen op bezwaar zou het regime van de Wem gelden.³⁷ Nog niet afgedane oude ontheffingsverzoeken zouden daarentegen worden aangemerkt als ontheffingsaanvragen in de zin van artikel 17 Mw.³⁸ De vier bepalingen zijn alle, met enkele toevoegingen, in de Mw overgenomen.

De overgangsbepalingen van het wetsvoorstel beperkten zich derhalve tot bestaande afspraken, daarvoor onder de Wem verleende ontheffingen en bezwaar- en beroepsprocedures ten aanzien van ontheffingsbeschikkingen of afwijzingen daarvan. Over maatregelen genomen op grond van artikel 24 en 27 Wem en daarmee samenhangende procedures sprak het wetsvoorstel niet.³⁹

Tijdens de parlementaire behandeling is door beide Kamers – met een enkele uitzondering⁴⁰ – nauwelijks aandacht besteed aan de overgangsbepalingen. De Vierde Nota van Wijziging heeft de regeling echter aanmerkelijk uitgebreid.⁴¹

Artikelen 101 en 102 Mw: aangevraagde en verleende ontheffingen van generieke onverbindendverklaringen onder de vigeur van de Wem

Ten tijde van de inwerkingtreding van de Wem nog aanhangige ontheffingsverzoeken ingevolge de artikelen 9g, lid 1⁴² en 12, leden 1 en 2 Wem – het betreft hier verzoeken tot ontheffing van generieke onverbindendverklaringen die vóór, respectievelijk na de inwerkingtreding van de betreffende generieke onverbindendverklaring waren ingediend – worden ingevolge artikel 101 Mw van rechtswege geconverteerd in ontheffingsverzoeken ex artikel 17 Mw.

Het gaat hier deels om ontheffingsverzoeken die uiterlijk in 1994 (ten tijde van de inwerkingtreding van de meest recente generieke onverbindendverklaringen) zijn ingediend en waarop nog altijd niet is beslist. Het enkele feit dat deze overgangsbepaling nodig werd geacht, doet als gezegd reeds twijfels rijzen over de haalbaarheid van de termijn van artikel 100, lid 2 Mw. Overigens gaat het inge-

volge een opgave van de NMa slechts om een klein aantal bestaande afspraken.⁴³

Hoewel artikel 101 Mw zulks in het midden laat moet worden aangenomen dat laatstbedoelde overeenkomsten tevens genieten van de voorlopige geldigheid van artikel 100, lid 1 Mw. Onder het regime van artikel 12, lid 2 Wem genoten deze overeenkomsten immers ook reeds voorlopige geldigheid. Dat geldt evenwel niet voor na de inwerkingtreding van de betreffende generieke onverbindendverklaring ingediende ontheffingsverzoeken. Ingevolge artikel 12, lid 1 Wem dienden dergelijke verzoeken betrekking te hebben op een ‘in ontwerp overgelegde mededingingsregeling’, waarmee wordt onderstreept dat een ontheffingsbeschikking in dergelijke gevallen slechts effect *ex nunc* kan sorteren. Volgens de letter van wet vormde de tenuitvoerlegging van een aangemelde nieuwe regeling voordat op het ontheffingsverzoek was beslist een inbreuk op het verbod van artikel 15 Wem en daarmee een strafbaar feit.

Het is twijfelachtig of deze gevallen onder het nieuwe recht beter af zijn. In de eerste plaats gold onder de Wem als ontheffingscriterium: indien naar het oordeel van de bevoegde ministers het algemeen belang verlening van een ontheffing vereist,⁴⁴ terwijl de criteria voor het naleven van een ontheffing in de zin van artikel 17 Mw ontleend zijn aan artikel 85, lid 3 EG-Verdrag en in beginsel minder ruimte laten voor het meewegen van doelstellingen van ander dan mededingingsbeleid.⁴⁵ Aanhangige ontheffingsverzoeken worden tot slot halverwege de rit onderworpen aan de nieuwe procedure van de Mw. Zo is op de voorbe-

34 Zie artikel 1 jo. 3, onder a Besluit horizontale prijsbinding (zie *infra*, noot 10).

35 Zie artikel 97 Wetsvoorstel, artikel 100 Mw.

36 Zie artikel 99 Wetsvoorstel, artikel 102 Mw.

37 Zie artikel 100, lid 1 en 2 Wetsvoorstel, artikel 103, lid 2 en 3 Mw.

38 Zie artikel 98 Wetsvoorstel, artikel 101 Mw.

39 Ten onrechte, zie *infra*, noot 53. De MvT (hoofdstuk 14) draaide de zaak om en vermeldde: ‘Voor het van kracht worden van het verbod van misbruik van machtspositie is geen overgangsrecht nodig.’

40 De vaste Commissie voor Economische Zaken vroeg zich af of de overgangsregeling van drie maanden niet erg kort was (zie kamerst. 24 707, nr. 5). De minister wees vervolgens op de regeling van artikel 100, lid 2 Mw (zie kamerst. 24 707, nr. 6).

41 Zie kamerst. 24 707, nr. 15

42 D.w.z. de generieke onverbindendverklaring van verticale prijsbinding met betrekking tot

bepaalde goederen.

43 Bijv. de aanmelding van de Algemene Inschrijvingsvoorwaarden door de Stichting Marktwerking Bouwnijverheid. Blijkens het Jaarverslag Mededinging 1996/1997, pag. 31 wordt het oordeel van de Europese Commissie afgewacht.

44 Zie hierover Mok, *Kartelrecht I: Nederland*, 1995, 90. e.v.

45 In de toelichting bij de generieke onverbindendverklaringen (zie, *supra*, noot 10) is vermeld dat de criteria van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag de leidraad vormen bij de veroordeling van het ontheffingsverzoek. Een recent geval waarin een tijdelijke ontheffing van het Besluit horizontale prijsbinding werd verleend, hoewel niet aan de criteria van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag werd geacht te zijn voldaan, is de beslissing inzake de ontheffingsaanvraag van de KNVB terzake van de prijsregeling voor uitzendrecht van voetbalwedstrijden (zie Stcrt. 1997, 247).

reiding van de beschikking de openbare voorbereidingsprocedure van de Awb van toepassing⁴⁶ en vervalt het advies van de Cem. Als voordeel geldt dat de beschikking op 'oude' ontheffingsverzoeken in beginsel binnen vier (plus vier) maanden moet worden gegeven.⁴⁷ Onder de Wem was geen sprake van een dergelijke verplichting. Voorts levert de tenuitvoerlegging van aangemelde nieuwe regelingen met ingang van 1 januari 1998 geen strafbaar feit meer op.

Onder de Wem verleende ontheffingen blijven blijken artikel 102 Mw. geldig. Dit doet recht aan de bij partij en gewekte verwachtingen. In dat licht is ook te billijken dat verlenging, wijziging of intrekking niet mogelijk is.⁴⁸ Indien men de regeling ook na afloop van de termijn waarvoor ontheffing was verleend wil voortzetten, zal tijdig een ontheffing op grond van artikel 17 Mw moeten worden aangevraagd.

De artikelen 103 en 105: aanhangige bezwaarschrift- en beroepsprocedures tegen negatieve beschikkingen onder de Wet economische mededinging

De artikelen 103, lid 1 en 105, lid 1 Mw zien beide op de situatie dat nog geen bezwaarschrift is ingediend tegen ontheffingsbeschikkingen of beschikkingen waarbij een maatregel wordt opgelegd en de termijn van zes weken ingevolge artikel 6:7 Awb nog niet verstreken is.⁴⁹ In tegenstelling tot lopende bezwaar- en beroepsprocedures,⁵⁰ wordt een alsnog ingesteld bezwaar behandeld met toepassing van de voor ontheffing geldende bepalingen van de nieuwe wet. De bestuurlijke heroverweging vindt derhalve plaats aan de hand van de bepalingen van de Mw. De toelichting motiveert deze keuze door te wijzen op de omstandigheid dat 'de gehele beschikking wordt heroverwogen en voorts omdat in de praktijk de criteria die worden toegepast bij de beoordeling van een ontheffingsverzoek op grond van op de Wet economische mededinging gebaseerde verboden, althans de laatste jaren op hetzelfde neerkomen als de in dit wetsvoorstel vervatte criteria'.⁵¹

De artikelen 103, lid 1 en 105 Mw zijn eerst bij de Vierde Nota van Wijziging aan het wetsontwerp toegevoegd. Daarmee is een duidelijke lacune opgevuld.⁵²

Voor wat betreft de lopende bezwaar- en beroepsprocedures als vermeld in artikel 103, lid 2 en lid 3 Mw (ten aanzien van afgewezen ontheffingsverzoeken) en 105, lid 2 en lid 3 Mw (ten aanzien van maatregelen ex artikel 24 of artikel 27 Wem tegen machtsposities) geldt het oude recht. Dat betekent onder meer dat op een dergelijk bezwaar of beroep beslist wordt door de minister van Economische Zaken c.q. het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Indien in een dergelijk geval alsnog een ontheffing wordt verleend, geldt de regeling van artikel 102 Mw.

Artikel 104 Mededingingswet: continuering van maatregelen onder de Wet economische mededinging tegen machtsposities

Bij de Vierde Nota van Wijziging werd voorts een

bepaling toegevoegd met betrekking tot reeds opgelegde definitieve en voorlopige maatregelen in de zin van artikel 24, lid 1, sub b en artikel 27, lid 1 Wem gericht tegen economische machtsposities. Dit werd nodig geacht omdat de bestaande maatregelen zonder nadere voorziening bij de inwerkingtreding van de Mw zouden vervallen.⁵³ Artikel 100 A van het gewijzigd ontwerp, thans artikel 104 Mw, voorziet erin dat definitieve maatregelen van kracht blijven door ze aan te merken als last in de zin van artikel 56 Mw, opgelegd wegens overtreding van het verbod van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 24 Mw. Handhaving van de maatregel zal niet meer strafrechtelijk geschieden zoals onder de Wem, maar door middel van een dwangsom. Artikel 104, lid 1 Mw bepaalt voorts dat de directeur-generaal binnen zes weken na inwerkingtreding van de Mw moet beslissen welke dwangsom opgelegd wordt voor overtreding van het verbod. De beslissing van de directeur-generaal is een beschikking in de zin van artikel 56 Mw en derhalve vatbaar voor bezwaar en beroep. Voorlopige maatregelen vervallen ingevolge artikel 27, lid 4 Wem drie maanden na het uitbrengen van het advies van de Wem, doch uiterlijk een jaar na oplegging. Ook dergelijke maatregelen blijven onder de Mw van kracht: zij worden op grond van artikel 104, lid 2 Mw aangemerkt als voorlopige last, met dien verstande dat die last vervalt indien niet binnen drie maanden na de inwerkingtreding een rapport in de zin van artikel 59 Mw is opgesteld terzake van overtreding van artikel 24, lid 1 Mw.⁵⁴ De directeur-generaal dient voorts binnen vier weken na de inwerkingtreding van de Mw te beslissen omtrent de dwangsom die aan de voorlopige last wordt verbonden.

Met de regeling van artikel 104 Mw kan de NMa beter uit de voeten dan met de oude regeling van de artikelen 24 e.v. Mw. In artikel 24, lid 1 Wem is limitatief omschreven welke maatregelen kunnen worden opgelegd. De bestaande maatregelen blijven weliswaar in beginsel doorlopen (zij het

46 Zie artikel 18, lid 2 Mw.

47 Zie artikel 19 Mw. De situatie waarop artikel 100 Mw ziet, doet zich hier niet voor.

48 Hoewel wijziging en intrekking onder de Wem (zie artikel 12, lid 4 Wem) wel mogelijk was en ook de Mw in die mogelijkheid voorziet (zie artikel 23 Mw). De ontheffing kan ook niet ingetrokken worden in het geval van artikel 23, lid 1 onder b Mw, hetgeen in concrete omstandigheden onbevredigend zou kunnen zijn.

49 De termijn voor het indienen van het bezwaarschrift bedraagt ingevolge artikel 6:7 Awb zes weken. Op grond van artikel 103, lid 1 en 105, lid 1 Mw begint de termijn op 1 januari 1998 te lopen, hetgeen tot een (korte) verlenging van de bezwaartermijn leidt.

50 Zie artikel 103, lid 2 en 3 en 105, lid 2 en 3 Mw.

51 Zie, *supra*, noot 45. De regeling van artikel 105, lid 1 Mw werd niet inhoudelijk toegelicht.

52 Zij het dat in de praktijk artikel 105 Mw een dode letter is, omdat geen enkele beschikking onder de Wem binnen de toepassings-sfeer van dit wetsartikel valt.

53 Zie de toelichting op artikel 100 A. Juister zou zijn geweest: door het intrekken van de Wem.

54 Het rapport markeert het einde van de toezicht- en onderzoeksfase en het begin van de procedure voorafgaande aan een verbodsbeschikking en is vergelijkbaar met de punten van bezwaar in de zin van artikelen 19 van Vo. 17

onder een andere benaming), maar kunnen op grond van artikel 66 Mw gewijzigd worden als de omstandigheden daartoe aanleiding geven,⁵⁵ een mogelijkheid die onder de Wem niet bestond. Een ander verschil betreft de duur van de maatregel. Maatregelen in de zin van artikel 24, lid 1 Wem zijn van kracht gedurende een periode van ten hoogste vijf jaar,⁵⁶ terwijl een last voor een termijn van ten hoogste twee jaar geldt.⁵⁷ Om te vermijden dat oude maatregelen niet 'voortijdig' aflopen, bepaalt artikel 104, lid 1 Mw dat artikel 58, lid 2 Mw niet van toepassing is. Uiteraard geschiedt de handhaving van de maatregel niet meer strafrechtelijk, zoals onder de Wem het geval was,⁵⁸ maar door middel van een dwangsom.⁵⁹ Zowel in het geval van een definitieve last als in het geval van een voorlopige last⁶⁰ dient de directeur-generaal binnen enkele weken na 1 januari 1998 te beslissen welke dwangsom hij wenst op te leggen.⁶¹ Beslist de directeur-generaal niet tijdig, dan vervalt naar onze mening de mogelijkheid een dwangsom op te leggen.

Artikel 106 Mededingingswet: gevolgen van inwerkingtreding van de Mededingingswet voor 'oude inbreuken'

Artikel 95 Mw bepaalt dat de WEM wordt ingetrokken. In samenhang daarmee komt ingevolge artikel 94 Mw in de catalogus van economische delicten van de Wet economische delicten (de 'Wed') de verwijzing naar de Wem te vervallen. Beide bepalingen zijn gelijktijdig met de overige bepalingen van de Mw op 1 januari 1998 in werking getreden. Betekent dit nu dat tijdens de werking van de Wem gepleegde overtredingen van die wet met ingang van 1 januari 1998 niet meer (strafrechtelijk) kunnen worden vervolgd en geen aanleiding meer kunnen geven tot (civielrechtelijke) vorderingen tot schadevergoeding e.d.? Het antwoord op die vraag moet ontkennend luiden. Een eerste aanknopingspunt voor dit antwoord is te vinden in artikel 106 Mw, dat luidt als volgt: 'De straffen en maatregelen, gesteld op overtredingen van voorschriften gesteld bij of krachtens de Wet economische mededinging, die een economisch delict opleveren en die zijn begaan voor het tijdstip waarop artikel 94 in werking treedt, blijven van toepassing'.

Bij eerste lezing lijkt het erop dat deze bepaling enkel tot gevolg heeft dat in het verleden reeds opgelegde sancties per 1 januari 1998 hun gelding niet verliezen. Om zulks te bewerkstelligen is echter geen overgangsbepaling nodig. Doel van art. 106 Mw is te bewerkstelligen dat de bedoelde overtredingen ook vanaf 1 januari 1998 nog kunnen worden vervolgd. Dat de bepaling ook in staat is dit effect te sorteren vloeit voort uit het arrest van de Hoge Raad uit 1993 over de gevolgen van de inwerkingtreding van de Wet Mulder (de wet waarbij de strafrechtelijke handhaving van de meeste overtredingen van de wegenverkeerswetgeving is vervangen door bestuursrechtelijke handhaving).⁶² Een automobilist die vóór de inwerkingtreding van de Wet Mulder een verkeersovertreding had begaan, maar nadien werd vervolgd, trachtte aan toepassing van het strafrecht te ontkomen met een beroep op

artikel 1, lid 2 WvS: 'bij verandering in de wetgeving na het tijdstip, waarop het feit is begaan, worden de voor de verdachte gunstige bepalingen toegepast'. De Hoge Raad verwierp deze stelling met een verwijzing naar een overgangsbepaling in de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften, volgens welke deze wet niet van toepassing is op gedragingen welke voor de inwerkingtreding ervan hebben plaatsgevonden. De achterliggende gedachte is kennelijk dat de wetgever door wijziging van het sanctieapparaat blijkens de overgangsbepaling geen wijziging van materiële normstelling heeft willen bewerkstelligen. Hetzelfde geldt in de context van de invoering van de Mw.

Wat zij van het voorgaande, de voortgezette strafrechtelijke sanctionering van 'oude' overtredingen past niet binnen het algemene stramien van de overgangsbepalingen in de Mw. Deze voorzien als besproken in het algemeen in een substitutie van het Wem-instrumentarium ten aanzien van reeds verleende ontheffingen, ingediende ontheffingsverzoeken, opgelegde maatregelen ex artikel 24 Wem etc. Het had in de lijn der verwachting gelegen dat hetzelfde zou gebeuren met in het verleden gepleegde overtredingen van de Wem. Vanuit het oogpunt van algemene beginselen van strafrecht en van bestuursrecht was daar ook niets op tegen geweest.

De ongerijmdheid van de voortgezette toepassing van de Wem jo. de Wed op 'oude' overtredingen doet zich het sterkst gevoelen ten aanzien van langdurige inbreuken die een aanvang hebben genomen (ver) voor 1 januari 1998 en nadien zijn gecontinueerd. Eventuele 'vervolgning' van dergelijke inbreuken door de NMa, met inbegrip van de oplegging van boetes onder de Mw kan enkel betrekking hebben op de periode vanaf de inwerkingtreding van de Mw. Sterker nog, de ambtenaren van de NMa zijn op grond van de Mw niet bevoegd onderzoek te doen naar overeenkomsten en gedragingen voorzover deze dateren van vóór 1 januari 1998. Omgekeerd mogen ambtenaren van de ECD enkel onderzoek (blijven) doen naar overtredingen van de Wem. De oplossing voor dit dilemma kan worden gevonden in artikel 162 Wetboek van Strafvordering dat bepaalt dat ambtenaren 'die in de uitoefening hunner bevoegdheden kennis bekomen van een strafbaar feit met welke opsporing zij niet zijn belast, zijn verplicht daarvan onverwijld aangifte te doen, met afgifte van de tot de zaak betrekkelijke stukken, aan den officier van justitie of aan een zijner hulpofficieren.'

Zo is het dus mogelijk dat een enkele, voortdurende inbreuk op oud en nieuw mededingingsrecht deels straf-

55 Artikel 58, lid 1 Mw omschrijft in tegenstelling tot artikel 24, lid 1 Wem slechts in algemene termen wat die last kan inhouden.

56 Zie artikel 24, lid 2 Wem.

57 Zie artikel 58, lid 2 Mw.

58 Zie de artikelen 26 en 27, lid 5 Wem.

59 Zie artikel 58, lid 3 Mw.

60 Zie artikel 83, lid 1 Mw.

61 Zie artikel 104, lid 1, resp. 104, lid 3. De reden voor het verschil tussen de twee periodes is niet duidelijk.

62 HR 23 maart 1993, NJ 1993, 695.

rechtelijk wordt vervolgd en deels bestuursrechtelijk wordt aangepakt. Voorzover wij kunnen overzien bestaat geen adequate anti-cumulatieregeling die voorkomt dat in dergelijke gevallen eenzelfde feit tweemaal wordt bestraft; het gaat immers om één enkele voortgezette handeling die successievelijk aan twee totaal verschillende wettelijke regimes is onderworpen.

Ten slotte: de overgangsbepaling van artikel 106 Mw kan ons inziens niet tot gevolg hebben dat ten aanzien van de overtredingen van de Wem de verjaringstermijnen van het strafrecht onverkort van kracht blijven. Ons inziens kan er in het licht van artikel 1, lid 2 WvS geen sprake van zijn dat in de toekomst nog straffen (en maatregelen) worden opgelegd wegens overtreding van de Wem, wanneer bij toepasselijkheid van de Mw op de betreffende overtreding de bevoegdheid tot het opleggen van een boete of een last onder dwangsom ingevolge artikel 64 Mw zou zijn vervalten. Anders gezegd: indien meer dan vijf jaar zijn verstreken nadat de overtreding is begaan.

Resteert de vraag of voor de intrekking van de Wem gepleegde overtredingen van die wet nog na 1 januari 1998 grondslag kunnen vormen voor civielrechtelijke aanspraken op schadevergoeding. Gelet op het voorgaande moet het antwoord op die vraag stellig bevestigend luiden. Hoewel hierop in de parlementaire stukken niet is ingegaan, moet worden aangenomen dat de wetgever met de besproken overgangsbepalingen in de Mw impliciet heeft aangegeven dat in het verleden gepleegde overtredingen van de Wem na 1 januari 1998 onverkort een onrechtmatige daad blijven opleveren als bedoeld in artikel 6:162 BW. Op dergelijke vorderingen uit onrechtmatige daad zijn en blijven de normale verjaringstermijnen van het BW van toepassing.

Slotopmerkingen

De ogenschijnlijk eenvoudige overgangsbepalingen roepen een aantal netelige vragen op. Dat geldt niet alleen voor de kernbepaling van het overgangsrecht, artikel 100 Mw, maar bijvoorbeeld ook voor in behandeling zijnde verzoeken tot ontheffing die ingevolge artikel 101 Mw als ontheffingsverzoeken in de zin van artikel 17 Mw worden aangemerkt. De overgangsbepaling van artikel 104 Mw die voorziet in de substitutie van onder de Wem genomen maatregelen door het flexibelere instrument van de dwangsom is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid niet fraai. Ook blijkt de gebleven mogelijkheid van vervolging van oude inbreuken op de Wem nogal wat voeten in de aarde te hebben.

Bij de overgang van oud naar nieuw is tot slot een aantal zaken aan de aandacht ontsnapt. Zo is bijvoorbeeld onduidelijk wat de status is van onder de Wem ingediende, maar nog niet afgehandelde klachten. Blijkens het laatste Mededingingsverslag van het Ministerie van EZ zijn nimmer een niet onaanzienlijk aantal klachten aanhangig. Ook aan het lot van het onder de Mw overbodige Kartelregister lijkt niet te zijn gedacht.

De overgang van oud naar nieuw is een feit, maar zal nog voor heel wat hoofdbreken zorgen. De empirische werkelijkheid is nu eenmaal grilliger dan de fantasie van de jurist en zelfs dan die van de wetgever.

Mr. H.H.P. Lugard en mr. E.H. Pijnacker Hordijk

De auteurs zijn respectievelijk werkzaam als bedrijfsjurist bij Philips International B.V. te Eindhoven en als advocaat bij Boden De Bandt De Brauw Jeantet Lagerlöf & Uria te Brussel.