

# Annotatie

## NMa-besluit kinderopvang Amsterdam

Mr. P.V.F. Bos\*

### Samenvatting van het besluit van 30 juni 2008<sup>1</sup>

#### Activiteiten van de betrokken ondernemingen

De betrokken ondernemingen zijn Akros Kinderopvang B.V. ('Akros'), Bink, Bijzonder in Kinderopvang B.V. ('Bink'), Kinderopvang Combiwel B.V. ('Combiwel'), Impuls Kinderopvang B.V. ('Impuls') en Stichting Kindweb ('Kindweb').

Deze ondernemingen bieden kinderopvangactiviteiten aan in Amsterdam. Formele kinderopvang in de zin van de Wet kinderopvang is 'het bedrijfsmatig of anders dan om niet verzorgen en opvoeden van kinderen tot de eerste dag van de maand waarop het voortgezet onderwijs voor die kinderen begint'. Kinderopvang is onder te verdelen in verschillende categorieën:

1. Dagopvang is opvang voor kinderen in de leeftijd van nul tot vier jaar. Indien dagopvang bedrijfsmatig of tegen betaling geschiedt, valt het onder de Wet kinderopvang en dient te worden voldaan aan bepaalde kwaliteitseisen.
2. Buitenschoolse opvang is kinderopvang buiten de schooluren en in de vakanties voor kinderen in de leeftijd van vier jaar tot aan de eerste dag van de maand dat zij naar het voortgezet onderwijs gaan. Buitenschoolse opvang bestaat uit voor- en naschoolse opvang. Indien buitenschoolse opvang bedrijfsmatig of tegen betaling geschiedt, valt het onder de Wet kinderopvang en dient te worden voldaan aan bepaalde kwaliteitseisen.

3. Tussenschoolse opvang is opvang voor schoolgaande kinderen in de middagpauze. Tussenschoolse opvang valt niet onder de Wet kinderopvang.

Volgens de NMa hebben de betrokken ondernemingen in Amsterdam ten aanzien van formele kinderopvang een gezamenlijk marktaandeel van 15-20%.

#### Oriëntatie op samenwerking

De betrokken ondernemingen vormden vanaf juli 2005 gezamenlijk de 'Alliantie Kinderopvang', een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid. Het voornemen tot samenwerking is neergelegd in 'het convenant met betrekking tot een alliantie tussen de kinderopvangorganisaties welzijn Amsterdam'. In het Convenant wordt over de achtergrond van de samenwerking vermeld dat:

'Partijen worden geconfronteerd met een toename van de concurrentie op het gebied van kinderopvang en een verschraving van de (kwaliteit) van de vraag ten gevolge van de veranderingen in de financieringsgrondslag van de kinderopvang. Partijen wensen zich positief te onderscheiden van andere aanbieders, door het aanbieden van een breed product kinderopvang, te weten kinderopvang met aanvullend welzijnsactiviteiten, waardoor hun marktpositie wordt versterkt. Partijen verwachten dat de beoogde nauwe en niet vrijblijvende samenwerking zal leiden tot synergievoordelen en inhoudelijke versterking.'

Als voorbeelden van samenwerking werden in het convenant genoemd het delen van inhoudelijke informatie en expertise, het uitwisselen van personeel, het gezamenlijk ontwikkelen van marketinginstrumenten, het opzetten van een gezamenlijke website, een gezamenlijke marktverkenning en de afstemming van het prijsbeleid voor 2007.

Vanaf april 2006 trad de 'Alliantie Kinderopvang' naar buiten onder de naam 'Samenwerking Amsterdam Kin-

31

\* Mr. P.V.F. Bos is advocaat te 's-Gravenhage, BarentsKrans N.V. Met dank aan mr. M. Ledesma Marin voor zijn hulp bij de voorbereiding van deze annotatie.

1. Zaak 5709\_1/242.B931, Kinderopvang Amsterdam, *Stcr.* 2008, 92.

deropvang' ('SAM'). Met ingang van 1 februari 2007 werd de Vof SAM opgericht. Hoewel het convenant meerdere mogelijke vormen van samenwerking bevatte, hebben de betrokken ondernemingen, volgens de NMa, vanaf de inwerkingtreding van het Convenant tot de ontbinding van de Vof SAM in de praktijk alleen ten aanzien van het product tussenschoolse opvang enige gezamenlijke activiteiten ontplooid. Ten aanzien van het product tussenschoolse opvang is er ook een gezamenlijk kwaliteitsplan opgesteld.

### Mededingingsbezwaren

De kern van het bezwaar van de NMa was de volgende bepaling die is opgenomen in het convenant tussen partijen: 'Partijen verbinden zich over en weer om gedurende de looptijd van dit convenant de grenzen van ieders werkgebied te zullen respecteren. In dit kader zullen zij geen nieuwe kinderopvangactiviteiten uitoefenen in het werkgebied van een andere convenantpartij, behoudens na verkregen instemming van de betrokken convenantpartij'. De NMa duidt dit beding aan als het 'instemmingsvereiste'. Het instemmingsvereiste gold voor onbepaalde tijd en had betrekking op alle kinderopvangactiviteiten van de betrokken ondernemingen. Uit de verklaringen van de betrokken ondernemingen zou blijken dat het instemmingsvereiste (onder meer) was bedoeld om het onderlinge vertrouwen in het kader van de beoogde samenwerking te versterken.

Volgens de NMa is dit beding ook in de praktijk toegepast. Geen van de betrokken ondernemingen heeft bijvoorbeeld nieuwe kinderopvanglocaties ontplooid in het werkgebied van een andere betrokken onderneming. Potentiële opdrachtgevers (ouders en scholen) werden via de website van SAM verwezen naar de betrokken onderneming die actief was in het betreffende stadsdeel. De betrokken ondernemingen hebben ook de acquisitie van klanten voor tussenschoolse opvang naar werkgebied ingedeeld door middel van een verzendlijst.

Het instemmingsvereiste is met een vennootschapsovereenkomst van 24 november 2006 vervangen door een informatieplicht. De betrokken ondernemingen hebben in artikel 5 van de vennootschapsovereenkomst het volgende vastgelegd: 'De vennoten verbinden zich over en weer om de andere vennoten onverwijld te informeren indien een vennoot nieuwe kinderopvangactiviteiten voor schoolgaande kinderen gaat uitoefenen in het werkgebied van een andere vennoot'. Deze informatieplicht is bij het ontbinden van de Vof SAM met ingang van 1 oktober 2007 komen te vervallen.

De NMa heeft ook bezwaren tegen de informatieplicht. Ook na invoering van de informatieplicht hebben de betrokken ondernemingen geen activiteiten ontplooid in het werkgebied van een andere betrokken onderneming. Zowel het in het Convenant opgenomen instemmingsvereiste als de in de vennootschapsovereenkomst neergelegde informatieplicht in combinatie met de feitelijke gedragingen van de betrokken ondernemingen stuiten op mededingingsbezwaren.

De afspraken boden volgens de NMa de betrokken ondernemingen de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op

elkaars gedrag in de markt en boden hun zekerheid over en vergaand inzicht in het marktgedrag van de andere betrokken ondernemingen. Een betrokken onderneming wist immers op voorhand of een andere betrokken onderneming voornemens was tot haar werkgebied toe te treden en kon hierop (onder het instemmingsvereiste) invloed uitoefenen. Als gevolg van het instemmingsvereiste was het voor de betrokken ondernemingen moeilijker om kinderopvangactiviteiten te ontplooiën buiten het (historische) werkgebied. De keuzemogelijkheden van zowel ouders als scholen werden hierdoor mogelijk beperkt.

De NMa geeft aan dat in het kader van een (intensieve) samenwerking tussen verschillende ondernemingen het onder specifieke omstandigheden (zonder aan te geven welke deze zouden kunnen zijn) echter geoorloofd kan zijn dat de betreffende ondernemingen onderling een non-concurrentiebeding overeenkomen. Een dergelijk non-concurrentiebeding dient echter noodzakelijk te zijn en proportioneel te zijn ten opzichte van de (omvang van de) voorgenomen vorm van samenwerking.

De bezwaren die de NMa heeft lijken volgens haar echter niet te kunnen worden gerechtvaardigd vanuit de (oriëntatie op) mogelijke vormen van samenwerking en de gezamenlijke activiteiten die de betrokken ondernemingen hebben ontplooid in het kader van de tussenschoolse opvang.

Het ruim geformuleerde instemmingsvereiste was voor onbepaalde tijd overeengekomen en had betrekking op alle vormen van kinderopvang. Bovendien zijn de betrokken ondernemingen het instemmingsvereiste overeengekomen op het moment dat zij zich slechts oriënteerden op mogelijke vormen van samenwerking. De NMa heeft het instemmingsvereiste en later de informatieplicht dan ook niet proportioneel en noodzakelijk bevonden voor de door de betrokken ondernemingen beoogde samenwerking.

### De aanvraag

Op 11 maart 2008 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen de NMa en de betrokken ondernemingen. De NMa heeft tijdens deze bespreking de gesignaleerde mededingingsbezwaren die verbonden zijn aan de gedragingen van de betrokken ondernemingen aan hen meegegeven. De mededingingsbezwaren zijn bij brief van 14 maart 2008 nogmaals aan de betrokken ondernemingen kenbaar gemaakt.

Uit het besluit van de NMa valt op te maken dat de betrokken ondernemingen bij brieven van 2 april, 8 april en 8 mei 2008 een aanvraag hebben ingediend voor het bindend verklaren van een toezegging. In de aanvraag is de volgende toezegging opgenomen: Akros, Bink, Combibel, Impuls en Kindweb zeggen ieder voor zich toe dat zij zich in de toekomst zullen onthouden van het aan elkaar verschaffen van inzicht in elkaars marktgedrag op een wijze die zou kunnen leiden tot coördinatie. Zij zullen de keuzevrijheid van ouders en scholen onderstrepen. Meer concreet zullen zij met name:

1. Geen commercieel gevoelige informatie, zoals informatie over afnemers, voorwaarden of strategie, delen met elkaar, behalve in de context van een geanonimiseerde benchmark of marktonderzoek waaruit indivi-

duale gegevens niet kunnen worden afgeleid; deze toezegging staat niet in de weg aan de verstrekking van informatie aan de gemeente Amsterdam in de context van het project Dagarrangementen en Combinatiefuncties dat ondersteund wordt door het ministerie van OC&W.

2. Elkaar niet informeren over toetredingsplannen met betrekking tot elkaars historische werkgebied.
3. Uiterlijk 15 mei 2008 namens de voormalige leden van SAM een informatieve mailing sturen aan scholen in Amsterdam over tussenschoolse opvang met een expliciete melding dat SAM niet meer bestaat en dat scholen zich kunnen richten tot elk van de voormalige leden van SAM voor hun tussenschoolse opvang.
4. Alleen naar elkaar verwijzen in de context van een opsomming van andere mogelijke aanbieders van kinderopvang.

Om deze toezegging controleerbaar te maken zullen de betrokken ondernemingen:

- a. De NMa een afschrift verstrekken van hun brief aan de scholen over tussenschoolse opvang.
- b. Notulen maken (en ter beschikking van de NMa houden) van alle bijeenkomsten van twee of meer van de betrokken ondernemingen.
- c. Vergaande medewerking verlenen aan de NMa bij toekomstige controle van de naleving van deze toezeggingen; inzicht geven in alle relevante documenten en, indien gewenst, hierop een toelichting geven.
- d. De NMa informeren als de kinderopvangactiviteiten van een van de betrokken ondernemingen overgaan naar een andere organisatie.

### Beoordeling door de NMa

De NMa toetst een aanvraag voor een toezeggingsbesluit op de volgende cumulatieve criteria ( zie artikel 49a lid 2 Mw):

1. Het dient aannemelijk te zijn dat de betrokken ondernemingen zich als gevolg van het toezeggingsbesluit zullen onthouden van de gedragingen waar mededingingsbezwaren aan zijn verbonden.
2. Betrokken ondernemingen dienen aannemelijk te maken dat zij het besluit op controleerbare wijze zullen naleven.
3. Het nemen van een toezeggingsbesluit is vanuit het oogpunt van handhaving van de Mw doelmatiger dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. De NMa geeft aan dat het aanvaarden van een toezegging ten aanzien van gedragingen die de mededinging in ernstige mate beperken, in beginsel niet doelmatig is.

Ad 1. Het is naar het oordeel van de NMa aannemelijk dat de betrokken ondernemingen zich zullen onthouden van de gedragingen waaraan de besproken mededingingsbezwaren zijn verbonden. De betrokken ondernemingen zeggen expliciet toe dat zij zich zullen onthouden van het verschaffen van inzicht in elkaars marktgedrag dat zou kunnen leiden tot coördinatie. Bovendien hebben de ondernemingen via een informatieve mailing aan scholen gemeld dat het samenwerkingsverband SAM niet meer

bestaat en dat scholen vrij zijn om met een aanbieder van tussenschoolse opvang naar keuze te contracteren. De NMa merkt verder op dat het aannemelijk is dat betrokken ondernemingen de toezeggingen zullen nakomen op grond van het zware boeteregime dat van toepassing is in geval van niet-naleving van de toezeggingen.

Ad 2. Ook aan deze voorwaarde wordt volgens de NMa voldaan. De betrokken ondernemingen hebben toegezegd dat alle notulen van bijeenkomsten waar twee of meer van de betrokken ondernemingen aan deelnemen ter beschikking van de NMa worden gehouden. Tevens is de belofte gedaan dat in het kader van een mogelijke nacontrole van de NMa ten aanzien van de naleving van de toezegging alle relevante documenten door de betrokken ondernemingen aan de NMa ter beschikking worden gesteld. De betrokken ondernemingen hebben toegezegd om alle medewerking te verlenen aan de NMa bij toekomstige controle van de naleving van de toezegging. Voorts deden zij de toezegging de NMa te informeren indien de kinderopvangactiviteiten van een van de betrokken ondernemingen overgaan naar een andere organisatie.

Ad 3. De NMa acht het nemen van een toezeggingsbesluit in dit geval doelmatiger dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom, omdat daarmee sneller en effectiever het toekomstig marktgedrag van de betrokken ondernemingen duurzaam wordt beïnvloed. Van belang hierbij is dat op 1 januari 2005 de Wet Kinderopvang in werking is getreden, die meer vraagsturing in de markt voor kinderopvang beoogde te introduceren. Het doel hiervan is om de keuzevrijheid van ouders bij het kiezen van een kinderopvangorganisatie te vergroten. De NMa acht het in een markt als deze van groot belang dat mogelijke obstakels ten aanzien van de keuzevrijheid van afnemers snel worden weggenomen. De NMa acht snelheid van belang, zodat scholen bij het organiseren van tussenschoolse opvang voor het schooljaar 2008-2009 een juist beeld hebben van de aanbieders die zij hiervoor kunnen benaderen en waarmee zij kunnen contracteren. Gelet op de bovenstaande overwegingen heeft de NMa besloten toewijzend te beslissen op de aanvraag van de betrokken ondernemingen. De NMa verklaart de toezegging voor een periode van drie jaar vanaf de bekendmaking van het toezeggingsbesluit bindend.

## Commentaar<sup>2</sup>

### Convergentie met het EG-recht<sup>3</sup>

Dit is het eerste en tot nu toe enige besluit krachtens artikel 49a Mw. De mogelijkheid voor de NMa om toezeggingsbesluiten te nemen is geïntroduceerd bij gelegenheid van de evaluatie van de Mededingingswet in 2007. De aanleiding hiervoor was gelegen in de omstandigheid dat de Europese Commissie bij de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1/2003 de bevoegdheid kreeg om toezeggingsbesluiten te nemen.<sup>4</sup> Interessant is dat de Nederlandse regering hierbij het uitgangspunt van de Mededingingswet, namelijk dat wordt aangesloten bij de Europese mededingingsregels, volgt. Zij wekt hierbij de indruk dat al bij de totstandkoming van de Mededingingswet in 1997 de aansluiting bij de bevoegdheden van de Europese Commissie zou zijn gezocht. Dat blijkt anders te liggen. Convergentie was bij de invoering van de Mededingingswet in 1998 beperkt tot de materiële normen en begrippen van het Europese mededingingsrecht. Formeelrechtelijke convergentie werd destijds niet beoogd. Eerst naar aanleiding van een SER-advies om de systematiek van Verordening (EG) nr. 1/2003 te volgen heeft de regering een begin gemaakt met formele convergentie via de Wet modernisering EG-mededingingsbeleid van 2004. Bij gelegenheid van de evaluatie van de Mededingingswet is formele convergentie voortgezet: de Nederlandse regering stelde voor in de Mw op te nemen de bevoegdheid tot oplegging van een structurele maatregel, de bevoegdheid tot stuiting van verjaringstermijnen en de mogelijkheid tot de invordering bij leden van een ondernemersvereniging van een aan die ondernemersvereniging opgelegde boete.<sup>5</sup> In dit rijtje nam zij niet op de bevoegdheid tot het nemen van toezeggingsbesluiten in navolging van de desbetreffende bevoegdheid van de Europese Commissie. Een amendement ter zake hebben de Tweede Kamerleden Heemskerk en Ten Hoopen ingediend. In hun toelichting wijzen zij erop dat artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1/2003 bepaalt dat de nationale mededingingsautoriteiten bevoegd zijn besluiten te nemen onder andere ter aanvaarding van toezeggingen. Volgens hen werkt dit artikel niet rechtstreeks en was de mogelijkheid tot het 'opleggen' (bedoeld zal zijn geweest 'nemen' gelet

op het vrijwillige karakter van een aanvraag tot het nemen van een dergelijk besluit) van een toezeggingsbesluit nog niet opgenomen in de Mededingingswet. Uitgangspunt bij de Mededingingswet dient volgens hen te zijn dat er zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de Europese bevoegdheden en dat de instrumentele mogelijkheden van de NMa zo veel mogelijk dezelfde zijn als die van de Europese Commissie.<sup>6</sup> Het lijkt erop dat deze Kamerleden twee dingen met elkaar hebben verward en dat de regering respectievelijk de wetgever hierin zijn meegegaan: waar artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 aan de nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid tot het nemen van toezeggingsbesluiten met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag geeft en dit voldoende rechtsgrondslag behoort te zijn voor het nemen van een besluit op basis van het eigen nationale bestuursrecht, daar is nationale implementatie niet nodig;<sup>7</sup> daarnaast had de NMa inderdaad nog niet de bevoegdheid om toezeggingen met betrekking tot artikel 6 en 24 Mededingingswet. Het resultaat is dat de NMa nu wél deze laatste bevoegdheid heeft gekregen, maar nog steeds niet – voor zover dit nodig zou zijn – op basis van Nederlands recht de bevoegdheid heeft om op basis van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag toezeggingsbesluiten te nemen.<sup>8</sup>

Dit alles lijkt dus dit een eerste aanzet tot een verdere bestuursrechtelijke convergentie tussen Nederland en de EU. DG Concurrentie stelde met kennelijke tevredenheid vast naar aanleiding van het rapport over het mededingingsbeleid 2007 van de Europese Commissie dat dit in

2. Voor een algemeen overzicht van met name het Europese toezeggingsbesluit zie M.J.Frese, 'Het toezeggingsbesluit; kenmerken van een nieuw handhavingsbesluit', *Markt & Mededinging* 2007, p. 38-48; voor een eerdere annotatie zie S.M.Evers en A.B.B. Gelderman, 'Aanvraag voor een toezeggingsbesluit bij de NMa: bekentenis vereist?', *Bedrijfsjuridische berichten* 2009, 23, p. 110-113.
3. In deze annotatie wordt nog de oude terminologie en artikelnummering gehanteerd ondanks de inwerkingtreding van het Verdrag tot werking van de Europese Unie per 1 december 2009.
4. Artikel 9 (1) Vo. 1 luidt: 'Wanneer de Commissie voornemens is een beschikking tot beëindiging van een inbreuk te geven en de betrokken ondernemingen toezeggingen doen om aan de bezorgdheden tegemoet te komen die de Commissie hun in haar voorlopige beoordeling te kennen heeft gegeven, kan de Commissie ten aanzien van deze ondernemingen bij beschikking die toezeggingen een verbindend karakter verlenen. De beschikking kan voor een bepaalde periode worden gegeven en bevat de conclusie dat er niet langer gronden voor een optreden van de Commissie bestaan.'
5. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p.3 (MvT).

6. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nrs. 19 en 19 herdruk.
7. De verplichting van de lidstaten neergelegd in artikel 35 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003 om de maatregelen te nemen die nodig zijn om hun nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid te geven de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag toe te passen, heeft strikt genomen geen betrekking op de bevoegdheid om onder andere toezeggingsbesluiten te nemen.
8. Er is één onderscheid tussen het Europese en het Nederlandse toezeggingsbesluit: volgens artikel 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 mag een nationale mededingingsautoriteit alleen ambtshalve of naar aanleiding van een klacht een dergelijk besluit nemen; volgens artikel 49a lid 1 Mw mag alleen een onderneming een aanvraag hiertoe indienen bij de NMa. Dit onderscheid werpt de vraag op of er een functioneel verschil is tussen de twee instrumenten. Nationale mededingingsautoriteiten zijn volgens Verordening (EG) nr. 1/2003 bevoegd om in het kader van de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag bij besluit onder meer toezeggingen te aanvaarden. Veronderstelt dit eerst een daadwerkelijke vaststelling van een inbreuk op deze bepalingen met een eventueel bevel tot beëindiging ervan om vervolgens – in hetzelfde besluit – toezeggingen te aanvaarden? Zo grammaticaal dient een en ander naar alle waarschijnlijkheid niet te worden uitgelegd. De aan de nationale mededingingsautoriteiten gegeven bevoegdheid zal gelijk zijn aan die van de Europese Commissie: wanneer eenmaal een voornemen is gerezen een beschikking tot beëindiging van een inbreuk te nemen (dus normaal gesproken na de mededeling van punten bezwaar, hoewel dit niet met zoveel woorden bepaald is in artikel 9 Verordening (EG) nr. 1/2003), kunnen door de betrokken onderneming(en) gedane toezeggingen om tegemoet te komen aan 'bezorgdheden' bij beschikking aan die toezeggingen een verbindend karakter worden gegeven; tegelijk wordt dan afgezien voor een bepaalde periode tegen de betrokken onderneming(en) op te treden. In een toezeggingsbeschikking wordt dus geen inbreuk vastgesteld. De bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteiten en die van de Europese Commissie zijn al met al inhoudelijk gelijk.

de EU op gang is gekomen.<sup>9</sup> De tijd zal het leren, hoe ver men zal kunnen en willen gaan. Op bepaalde punten zou onze eigen Algemene wet bestuursrecht gewijzigd moeten worden dan wel onze Mededingingswet met haar soms van de Awb afwijkende bepalingen; dit nu zal op bezwaren kunnen stuiten van de wetsystematici.<sup>10</sup>

### Structuur besluit

Een ander formeelrechtelijke opmerking is gelegen in de constructie van het hier besproken besluit: het formele besluit telt twee bladzijden, terwijl de toelichting erop dertien bladzijden telt. De toelichting bevat in wezen een uitgebreide motivering van het besluit zelf. Gewoonlijk plaatst de NMa haar motivering in het eigenlijke bestuursrechtelijke instrument. Het besluit verwijst niet naar de toelichting; de toelichting volgt simpelweg op het besluit (weliswaar in een doorlopende bladzijdennummering).<sup>11</sup> Het besluit bevat in wezen alleen de toezeggingen, de bindendverklaring ervan en – los van dit laatste – de oplegging van verplichtingen aan de aanvragers om hun toezeggingen controleerbaar te maken. Wat kennelijk in het besluit ontbreekt is een verplicht aanvullend besluit op de voet van artikel 49 lid 3 Mw dat de NMa ‘geen onderzoek (zal) starten, een reeds ingesteld onderzoek niet langer zal voort (...) zetten, geen rapport (zal) op (...) maken of (zal) af (...) zien van het opleggen van een boete of een last onder dwangsom’. In de toelichting legt de NMa niet uit, waarom zij het nemen van zo’n besluit naliet. Volgens dezelfde bepaling bevat in het algemeen het besluit geen oordeel over de verenigbaarheid van het gedrag van de onderneming of de ondernemersvereniging met het mededingingsrecht. Evenzeer opvallend is dat de NMa hier in het eigenlijke besluit niets over zegt, maar in de toelichting wel uitgebreid ingaat op ‘gesignaleerde mededingingsbezwaren’<sup>12</sup> om uiteindelijk tot de conclusie te komen dat ‘(i) de kern van (...) het bezwaar erop neer (komt) dat de betrokken ondernemingen elkaar ... in staat gesteld hebben elkaars marktgedrag te beïnvloeden en elkaar vergaand inzicht hebben verschaft in elkaars marktgedrag. Deze bezwaren lijken niet te kunnen worden gerechtvaardigd (...)’.<sup>13</sup> Er blijkt een dunne, semantische lijn te zijn tussen het geven van een formeel oordeel dat

er een inbreuk is gemaakt en het informeel signaleren van mededingingsbezwaren.

### Beleid NMa

Het instrument van het toezeggingsbesluit lijkt een hoog beleidsmatig karakter te hebben. De cumulatieve gronden voor het nemen van een besluit wijzen in die richting: de NMa moet ervan ‘verzekerd’ zijn dat de onderneming of ondernemersvereniging in kwestie de mededingingsregels zal respecteren; zij heeft te beoordelen of de onderneming dan wel ondernemersvereniging in kwestie ‘aan-nemelijk’ maakt dat zij het toezeggingsbesluit op controleerbare wijze zal naleven; en de NMa heeft te beoordelen of het nemen van een besluit uit een oogpunt van de handhaving van de wet ‘doelmatiger’ is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. Tot nu toe heeft de NMa zich niet in een mededeling uitgelaten, hoe zij artikel 49a zal toepassen. Wél heeft de voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa zich één keer in een toespraak hierover uitgelaten, namelijk in zijn Elsevier-toespraak van oktober 2007. Opmerkelijk is de opvatting van de NMa dat het niet ‘doelmatig’ zou zijn dat zij een toezeggingsbesluit neemt, nadat zij een rapport heeft doen opmaken. Dit is evident in strijd met artikel 49a. Hierin staat dat de NMa met het nemen van een toezeggingsbesluit afziet van het starten van een onderzoek, het voortzetten van een reeds ingesteld onderzoek of van het opmaken van een rapport of van het opleggen van een boete. Het wettelijk systeem biedt heel in het algemeen de mogelijkheid om in alle standen van een lopende, maar nog niet afgesloten zaak (dus zowel in de toezichthoudende als in de onderzoeksfase) af te zien van een sanctiebesluit in ruil voor een toezegging.

### Verhouding tot clementiebeleid

Opmerkelijk is in dit besluit dat het zo te zien wel ging om een harde marktverdelingsafspraken en dat de NMa desondanks coudance heeft willen betrachten door af te zien van het opleggen van een sanctie in ruil voor toezeggingen. Dit staat haaks op het informele beleid van de NMa als tot uitdrukking gebracht in de toespraak van de voorzitter van haar raad van bestuur van oktober 2007. Het lijkt alsof het toezeggingsbesluit in deze zaak een alternatieve vorm van clementieverlening in houdt. Kennelijk is de raad meegegaan met het ‘zieligheidsverweer’ dat de betrokken kinderopvangondernemingen zich destijds niet hebben generaliseerd dat hun marktverdelingsafspraken op mededingingsbezwaren zouden kunnen stuiten.<sup>14</sup> De moraal van het verhaal lijkt te zijn dat je, als je maar klein genoeg bent en verder in een niet-commerciële, althans niet zó commerciële sector opereert, nog weg kunt komen met een *hard core cartel*, of je nu *de minimis* bent of niet (in dit verband zij er nog op gewezen dat de betrokken kinderopvangondernemingen met elkaar een marktaandeel van om en nabij de 20% in Amsterdam hadden). In het besluit is overigens niet te vinden, of de NMa al met een onderzoek was begonnen of niet dan wel dat partijen uit zichzelf – zonder dat de NMa van deze kwestie afwist – zich tot

9. Commission Staff Working Document SEC (2008) 2038, p.98 : ‘The year 2007 saw the continuation of the ‘convergence’ process observed in the context of Regulation 1/2003. Over and above the legal obligations arising from the implementation of the Regulation, there is a trend towards greater approximation of national *procedural* laws and policies.’ (nadruk toegevoegd)

10. Zie hiervoor Anna Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, meer in het bijzonder haar verschillende aanbevelingen aan de Awb-wetgever (en overigens ook aan de mededingingsbestuursrechter) in hoofdstuk 6 ‘Procedurale convergentie bij de rechter’; van haar is – zo te zien – geen Nederlands-dogmatisch verzet te verwachten; zij werpt zich integendeel in het algemeen op als een voorstandster van dergelijke convergentie.

11. Zie *Handboek Algemeen wet bestuursrecht, III Artikelsgewijs commentaar*, art. 3:47 (het motiveringsartikel): ‘... denkbaar is dat de motivering in een apart stuk, als bijlage bij het eigenlijke besluit, uiteen wordt gezet. Bijvoorbeeld omdat de motivering zeer gecompliceerd is of slechts betrekking heeft op een minder belangrijk onderdeel van het besluit.’

12. Toelichting, pt. 14.

13. Toelichting, pt. 36.

14. Toelichting, pt. 43.

haar hebben gewend. Volgens het systeem van de Richtsnoeren Clementie is het niet mogelijk dat alle betrokken ondernemingen een clementieverzoek doen. Het is nu eenmaal de bedoeling dat alleen de clementieverzoeker geheel of gedeeltelijk vrijuit gaat, terwijl de overige ‘kartelleurs’ juist wél worden beboet. Wat dus niet is toegestaan in het licht van het clementiebeleid van de NMa, is daarentegen kennelijk toegestaan in het kader van een toezeggingsbesluit. Sterker nog, de NMa vindt dat pas aan de doelmatigheidsvoorwaarde van artikel 49 (2c) Mw is voldaan, als alle betrokken ondernemingen een aanvraag voor een toezeggingsbesluit indienen.<sup>15</sup>

### Europese toezeggingen

Inmiddels heeft de Europese Commissie – voor zover bekend – zestien toezeggingsbesluiten genomen.<sup>16</sup> Publicatie geschiedt op een moeizame manier: in de L-serie van het Publicatieblad verschijnt soms de gehele beschikking en soms alleen een samenvatting; in de samenvatting is gewoonlijk, maar niet altijd een link naar de website van DG Concurrentie opgenomen, waar de eigenlijke beschikking gevonden kan worden. De beschikking zelf is meestal in haar oorspronkelijke, aan partijen meegedeelde versie geopenbaard,<sup>17</sup> een enkele keer zonder de bijlage met de toezeggingen.<sup>18</sup> Volgens DG Concurrentie zijn de Europese Commissie op de voet van de mededelingsplicht van artikel 11 lid 4 Verordening (EG) nr. 1/2003 in 2007 29 nationale toezeggingsbeschikkingen meegedeeld, terwijl dat er in 2006 nog maar zeven waren.<sup>19</sup>

Een belangrijke verschil met toezeggingen naar Nederlands recht is dat Europese toezeggingsbeschikkingen alleen maar worden genomen nadat via een publicatie in het Publicatieblad belanghebbenden zijn uitgenodigd opmerkingen te maken naar aanleiding van de verplichte beknopte samenvatting en de hoofdlijnen van de voorge-

nomen toezeggingen of van het voorgestelde optreden.<sup>20</sup> Juist waar toezeggingen beogen de structuur van de mededinging op markten veilig te stellen dan wel te herstellen, daar is een raadpleging van marktdeelnemers en andere belanghebbenden op haar plaats. Het zou passend zijn dat voorgenomen toezeggingen krachtens artikel 49a Mededingingswet ook ter raadpleging zouden worden ‘voorgehangen’.

Mede in dit verband tot slot een historische opmerking: met het instrument van de toezeggingsbeschikking is hopelijk een einde gekomen aan *backroom dealing* uit het verleden, toen de Europese Commissie wel eens bezweek voor de verleiding om ingewikkelde situaties veroorzaakt door een verzoek tot een ontheffing onder het oude systeem gekoppeld aan een klacht van derden op te lossen mét de beklagde, maar zónder de belanghebbende(n). Een sprekend voorbeeld hiervan is gelegen in de kwestie betreffende multilaterale interbancaire vergoedingen bij de afwikkelingen van betaaltransacties binnen het systeem van Visa: Visa meldde haar regeling voor het eerst aan in 1977 met het verzoek om een ontheffing krachtens toen nog artikel 85 lid 3 EEG-Verdrag; daargelaten allerhande verwickelingen door de jaren heen zette de Europese Commissie de zaak in 1997 voort met betrekking tot Visa's interbancaire vergoedingen en deelde punten van bezwaar ter zake mee; Visa onderhandelde met de Europese Commissie over een acceptabele wijziging van haar vergoedingsstelsel zonder dat de Europese Commissie de inmiddels betrokken klager, laat staan andere belanghebbenden, raadpleegde; uiteindelijk gaf de Europese Commissie de gevraagde ontheffing onder bepaalde voorwaarden die neerkwamen op toezeggingen van Visa.<sup>21</sup>

15. Toelichting, pt. 46. Zie ook de Elsevier-toespraak van de voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa.

16. Toezeggingsbesluit inzake *Duitse Bundesliga*, zaaknummer 37.214, 19 januari 2006; *Coca-Cola*, zaaknummer 39.116, 22 juni 2005; *De Beers (Alrosa)*, zaaknummer 38.381, 22 februari 2006; *FA Premier League*, zaaknummer 38.173, 22 maart 2006; *Repsol*, zaaknummer 38.348, 12 april 2006; *Cannes Extension Agreement*, zaaknummer 38.681, 4 oktober 2006; *DaimlerChrysler*, zaaknummer 39.140, 13 september 2007; *Fiat*, zaaknummer 39.141, 13 september 2007; *Toyota*, zaaknummer 39.142, 13 september 2007; *Opel*, zaaknummer 39.143, 13 september 2007; *Distrigas*, zaaknummer 37.966, 11 oktober 2007; *E.ON*, zaaknummer 39.388 en 39.389, 26 november 2008; *RWE*, zaaknummer 39.402, 18 april 2009; *GDF*, zaaknummer 39.316, 3 december 2009; *Rambus*, zaaknummer 38.636, 9 december 2009; *Microsoft*, zaaknummer 39.530, 16 december 2009.

17. Een enkele keer is alleen een niet-vertrouwelijke versie van een bijlage gepubliceerd, zoals in zaak COMP/B-1/39.398 – Investigation in German Power Market, beschikking van 26 november 2008 (zie bijv. Schedule 2-a betreffende ‘Outlines of Standard Agreement on Transfer of Drawing Rights regarding Electric Capacities in a Nuclear Power plant’).

18. Zaak COMP/C-2/38.173 – Joint selling of the media rights to the FA Premier League, beschikking van 22 maart 2006.

19. Commission Staff Working Document SEC (2008) 2038, p. 33, bij het rapport van de Europese Commissie over het mededingingsbeleid 2007. Hier staat niet vermeld of deze toezeggingen betrekking hebben op de Europese dan wel de nationale mededingingsregels.

20. Artikel 27 lid 4 Verordening (EG) nr. 1/2003 verplicht hiertoe. Volgens deze bepaling kan de Europese Commissie kennelijk ook in de plaats van het aanvaarden van toezeggingen een ‘optreden’ goedkeuren om haar ‘bezorgdheden’ weg te nemen. Een dergelijk optreden is niet genoemd in artikel 9 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003. Aangenomen dient te worden dat het gaat om een optreden van de betrokken onderneming(en), niet van de Europese Commissie, omdat de beschikking steeds die onderneming(en) bindt. Overigens blijkt uit de tot nu toe gepubliceerde beschikkingen dat de Europese Commissie alleen toezeggingen als zodanig als ondernemingen verbindend verklaart.

21. Zaak COMP/29.373 – Visa International – Multilateral Interchange Fee, beschikking van 24 juli 2002.