

---

## Aanstaande wijzigingen in de Mededingingswet

### Inleiding

Op 26 juni 2007 heeft de Eerste Kamer het wetvoorstel tot 'Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet' aangenomen.<sup>1</sup> Dit wetsvoorstel vormt het voorlopige sluitstuk van een aantal wijzigingen van de Mededingingswet die beogen de effectiviteit en doelmatigheid van de handhaving ervan te vergroten. Daarnaast wordt de systematiek van de wet zo veel mogelijk in overeenstemming gebracht met de geldende Europese mededingingsrechtelijke regels. De wijzigingen treden per 1 oktober 2007 in werking.<sup>2</sup>

### Eerdere wetswijzigingen

Op 1 augustus 2004 werd de Wet modernisering EG-mededingingsrecht van kracht met als belangrijkste wijziging:<sup>3</sup> de mogelijkheid voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) om ontheffing te verlenen van het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mw als aan vier ontheffingsvoorwaarden werd voldaan, verviel (oud-art. 17 Mw). Sindsdien zijn de ontheffingsvoorwaarden als vrijstellingsvoorwaarden direct van toepassing en moeten ondernemingen zelfstandig beoordelen of een afspraak aan de vier voorwaarden voldoet. Artikel 6 lid 3 Mw bepaalt dat overeenkomsten zijn vrijgesteld van het kartelverbod wanneer zij leiden tot efficiëntievoordelen, waarvan een billijk aandeel ten goede komt aan de gebruikers zonder dat sprake is van mededingingsbeperkingen die niet onmisbaar zijn, en zonder dat de (algehele) mededinging voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld. Hiermee werd het ook voor nationale rechters mogelijk afspraken aan de vrijstellingsvoorwaarden te toetsen.

Ambtenaren van de NMa kregen dezelfde bevoegdheden als ambtenaren van de Europese Commissie op grond van Verordening 1/2003,<sup>4</sup> wanneer zij bijstand verlenen aan een inspectie (beter bekend als 'dawn raids') van de Commissie in Nederland. Deze bevoegdheden omvatten onder meer de doorzoeking van bedrijfsruimtes (zelfstandig openen en doorzoeken van kasten enzovoort) en het doorzoeken van privé-woningen van bestuurders. Wanneer NMa-ambtenaren zelf of op verzoek van de Commissie, maar buiten aanwezigheid van de Commissie, een inspectie uitvoeren, beschikken zij niet over deze bevoegdheden (zie hierna).

De maximale boete voor het niet meewerken aan een onderzoek van de NMa werd verhoogd van EUR 4500 tot EUR 450.000 of, in geval van ondernemingen en indien dat meer is, 1% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaand aan de beschikking (art. 69 Mw).

---

1. Kamerstukken I 2006/07, 30 071, nr. A.

2. Stb. 2007, 291.

3. Wet modernisering EG-mededingingsrecht, Stb. 2004, 345.

4. Verordening 1/2003, PbEG 2003, L 1/1.

Deze bepaling geldt ook voor ex-werknemers. De NMa heeft onlangs voor het eerst onder het nieuwe maximum een boete van EUR 10.000 opgelegd aan een ex-werknemer.<sup>5</sup>

De NMa kan in procedures voor Nederlandse rechters, waarin de NMa geen partij is, interveniëren ('amicus curiae'). In de Richtsnoeren Amicus Curiae beschrijft de NMa hoe zij met deze bevoegdheid omgaat.<sup>6</sup> De NMa gaat terughoudend met de bevoegdheid om.

Sindsdien is nog een aantal wijzigingen doorgevoerd. Op grond van de Wet Rechtstreeks Beroep kan sinds 1 september 2004 met instemming van de NMa de bezwaarfase worden overgeslagen en rechtstreeks beroep worden ingesteld tegen besluiten van de NMa.<sup>7</sup> De NMa is een zelfstandig bestuursorgaan geworden, waardoor de minister van Economische Zaken nog slechts algemene aanwijzingen mag geven in de vorm van beleidsregels.<sup>8</sup> Ten slotte werden vaste vergoedingen geïntroduceerd voor het geven van concentratiecontrolebesluiten op grond van artikel 93a Mw. Sinds 1 januari 2007 kost een meldingsbesluit EUR 15.000, een vergunningsbesluit EUR 30.000 en de overige concentratiecontrolebesluiten uit artikel 93a Mw EUR 2000.<sup>9</sup>

### Evaluatie

De wijzigingen, als gevolg van de evaluatie van de Mededingingswet, brengen een aantal voor de praktijk en voor ondernemingen van belang zijnde veranderingen met zich. Ik bespreek hierna de belangrijkste veranderingen: Introductie boetes voor natuurlijke personen, verhoging boetes voor procedurele overtredingen, uitbreiding onderzoeksbevoegdheden, concentratiecontrole, verhoging van de bagatelgrenzen en overig.

#### *Introductie boetes voor natuurlijke personen*

De NMa zal in het geval van een overtreding van het kartelverbod of het verbod van misbruik van een economische machtspositie voortaan boetes kunnen opleggen aan de natuurlijke personen die feitelijk leiding hebben gegeven aan of opdracht hebben gegeven tot een overtreding van de Mededingingswet (art. 56 lid 4 en 57 Mw). Artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing verklaard. Volgens de memorie van toelichting zal sprake zijn van feitelijk leiding geven wanneer iemand maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is, en daarmee bewust de kans aanvaardt dat een bepaalde verboden gedraging zich

voordoet, zodat hij die gedraging opzettelijk bevordert. Het opleggen van een boete aan een opdrachtgever impliceert dat een uitdrukkelijke last moet zijn gegeven voor het overtreden van een wettelijk voorschrift. De maximale boete bedraagt EUR 450.000.

Na de wetwijziging zullen natuurlijke personen individueel of gezamenlijk met andere natuurlijke personen voor boete-immuniteit of boetevermindering (clementie) in aanmerking kunnen komen. Wanneer een onderneming om clementie verzoekt, kan die onderneming dat mede namens de natuurlijke personen die bij haar werkzaam zijn, doen. Hiertoe heeft de NMa gewijzigde concept-Richtsnoeren Clementie gepubliceerd.<sup>10</sup> Er is nog een discussie gaande over de vraag of een onderneming zich bij een door een werknemer ingediend clementieverzoek zal kunnen 'aansluiten' en dus ook voor boete-immuniteit in aanmerking zal kunnen komen. Dit zou de effectiviteit van het clementiesysteem ten goede moeten komen, omdat de bewijsvergaring door de NMa anders vanwege het gebrek aan parallelle belangen tussen de werknemer en de onderneming naar verwachting een stuk moeizamer zal verlopen. De NMa verwacht dat de te wijzigen richtsnoeren tegelijk met de wetwijziging in werking zullen treden.

Tijdens het wetgevingsproces is nog uitvoerig gedebatteerd over de vraag of gevangenisstraffen of 'disqualification orders' zouden moeten worden geïntroduceerd. Hoewel minister Brinkhorst halverwege 2006 had toegezegd een wetsvoorstel voor te bereiden waarbij gevangenisstraffen mogelijk zouden worden, had minister Van der Hoeven in een te vroeg uitgelekt antwoord op Kamervragen laten weten voorlopig geen voorstander te zijn van gevangenisstraffen.<sup>11</sup> Zij zou eerst de afschrikwekkende werking van de persoonlijke boetes willen afwachten, voordat mogelijk nieuwere en zwaardere vormen van straffen zouden worden geïntroduceerd. In het uiteindelijke antwoord maakt de minister echter een ommezwaai en verklaart een wetsvoorstel uit te werken waarbij de NMa zaken zou kunnen aanbrengen bij het Openbaar Ministerie.<sup>12</sup>

#### *Verhoging boetes voor procedurele overtredingen*

De boetes voor formele overtredingen worden verhoogd tot maximaal EUR 450.000 of 1% of 10% (afhankelijk van de specifieke overtreding) van de omzet van de onderneming. Formele of procedurele overtredingen zijn overtredingen van de medewerkingsplicht (art. 69 Mw), de verplichtingen met betrekking tot financiële transparantie (art. 70a Mw), de verzegeling van bedrijfsruimten of

5. NMa-persbericht van 24 juli 2007, 'NMa beboet persoon wegens niet meewerken aan onderzoek', [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

6. NMa, Richtsnoeren Amicus Curiae, 13 augustus 2004, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

7. Wet Rechtstreeks Beroep, Stb. 2004, 220.

8. NMa-ZBO-wet, Stb. 2005, 172.

9. Zie het Besluit Kostenverhaal NMa, Stb. 2006, 717.

10. Zie ontwerp-Richtsnoeren Clementie, 13 juli 2007, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

11. Kamervragen 2006/07, nr. 206718300. M. Visser, Minister ziet af van celstraf bij kartel, Het Financieele Dagblad 11 juli 2007.

12. Antwoorden op Kamervragen 2006/07, nr. 2060718300, kenmerk EP/MW 7082281, 13 september 2007, [www.ez.nl](http://www.ez.nl).

voorwerpen (art. 70b Mw), van het concentratietoezicht (art. 71-75 Mw) of van een toezeggingsbesluit (art. 76a Mw), waarmee een inbreuk op het kartelverbod of het misbruik van een economische machtspositie wordt voorkomen of gestaakt.

Voor overtredingen van de verplichting tot financiële transparantie, de verzegeling van bedrijfsruimten of voorwerpen en van het concentratietoezicht geldt dat de boetes tevens kunnen worden opgelegd aan de natuurlijke personen die feitelijk leiding hebben gegeven aan of opdracht hebben gegeven tot de desbetreffende overtreding. In die gevallen bedraagt de boete steeds maximaal EUR 450.000 (art. 75a Mw).

#### *Uitbreiding onderzoeksbevoegdheden*

De onderzoeksbevoegdheden worden uitgebreid. De NMa krijgt, net als tijdens bijstand aan de Commissie, de mogelijkheid om bij een onderzoek naar overtredingen van het nationale mededingingsrecht privéwoningen tegen de wil van de bewoner te betreden en te doorzoeken. Hiervoor is een machtiging van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de Rechtbank Rotterdam, vereist (art. 55-55c Mw).

#### *Concentratiecontrole*

De materiële norm voor het verbieden van een concentratie wordt gewijzigd in de vraag of, als gevolg van een voorgenomen concentratie, de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie (art. 37 lid 2 en 41 lid 2 Mw). Hiermee komt de nadruk van de toets te liggen op de significante beperking van de mededinging in plaats van het ontstaan of versterken van een economische machtspositie. Dit is met name van belang bij concentraties in oligopolistische markten. Deze wijziging brengt de Mededingingswet in lijn met de Europese Concentratieverordening.<sup>13</sup>

De totstandbrenging van een joint venture valt voortaan onder het begrip concentratie wanneer de joint venture duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult (art. 27 lid 2 Mw). Tot nog toe leidde de totstandbrenging van een joint venture pas tot een concentratie als geen sprake was van coördinatie van het marktgedrag tussen de moederondernemingen. Dit punt zal voortaan als onderdeel van de meldingsprocedure worden beoordeeld. Deze wijziging brengt de Mededingingswet in lijn met de Europese Concentratieverordening.

De NMa kan in de meldingsfase voorwaarden (ook wel: remedies) verbinden aan een mededeling dat geen vergunning vereist is wanneer het mededingingsprobleem helder is en de voorwaarden dit zonder twijfel oplossen

(art. 37 lid 4 Mw). De gedachte is dat deze bepaling tijdswinst zal opleveren. Dit is nog maar de vraag. Gedragsremedies zullen mogelijk moeilijk aan de vereiste helderheid voldoen en structurele remedies (zoals afstoting van bedrijfsonderdeel) nemen meestal enige tijd in beslag voordat zij ten uitvoer worden gebracht, maar tot die tijd mag de concentratie niet worden geïmplementeerd (art. 37 lid 6 Mw). Die eis geldt niet bij remedies in de vergunningsfase. Daarmee zou het wel eens sneller kunnen zijn wanneer de NMa een besluit neemt dat een vergunning is vereist, waarna, in lijn met de huidige praktijk, in de vergunningsfase direct remedies worden aangeboden waardoor verder diepgaand onderzoek niet noodzakelijk is. De NMa zal herziene Richtsnoeren Remedies publiceren, zodat partijen kunnen anticiperen op de eisen die de NMa aan remedies stelt.<sup>14</sup>

Iedere meldende partij kan eenmalig een met redenen omkleed verzoek doen aan de NMa om de termijn voor de beoordeling van een melding op te schorten (art. 38 lid 3 Mw). Dit kan bijvoorbeeld makkelijk zijn wanneer over remedies wordt nagedacht.

Ten slotte wordt de wijze van berekening van de omzet van kredietinstellingen en financiële instellingen vereenvoudigd en sluit deze aan bij de som van bepaalde baten in het voorafgaande boekjaar (art. 31 lid 1 Mw). Deze wijziging brengt de Mededingingswet in lijn met de Europese Concentratieverordening.

Voor een uitgebreidere bespreking van de wijzigingen in het kader van concentratiecontrole verwijs ik naar het artikel van Driedonks in V&O 2007, p. 53-56.

#### *Verhoging bagatelgrenzen*

De gevallen waarin het kartelverbod hoe dan ook niet van toepassing is, zijn uitgebreid. In de eerste plaats zijn overeenkomsten tussen maximaal acht ondernemingen, die gezamenlijk niet meer dan EUR 5,5 miljoen omzet hebben behaald in het voorafgaande kalenderjaar, in het geval van het leveren van goederen, of EUR 1,1 miljoen in alle andere gevallen, automatisch vrijgesteld (art. 7 lid 1 Mw). Daarnaast wordt een additionele bagatelregeling geïntroduceerd voor overeenkomsten tussen ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van maximaal 5% op de relevante markt(en), die op de desbetreffende markt(en) een gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar mogen hebben behaald van maximaal EUR 40 miljoen (art. 7 lid 2 Mw).

Omdat de bovenstaande bagatelbepaling ook betrekking heeft op 'hardcore'-beperkingen moet zij niet worden verward met de De-Minimis Bekendmaking van de Commissie. Daarin worden overeenkomsten tussen ondernemingen geacht de mededinging niet merkbaar te beperken zolang geen sprake is van hardcorebeperkingen én het gezamenlijke marktaandeel niet groter is dan 10% voor horizontale overeenkomsten en 15% voor verticale overeenkomsten. Hardcorebeperkingen tussen concurrenten in de zin van de

13. Verordening 139/2004, PbEG 2004, L 24/1.

14. Zie ontwerp-Richtsnoeren Remedies van april 2007 op [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

De-Minimis Bekendmaking zijn: overeenkomsten waarbij direct of indirect (1) prijzen worden vastgesteld, (2) productie of verkoop wordt beperkt, of (3) markten of klanten worden toegewezen.<sup>15</sup>

#### *Overig*

De NMa kan toezeggingen van ondernemingen, vóóordat zij een boete of last onder dwangsom oplegt naar aanleiding van een geconstateerde inbreuk op het kartelverbod of het verbod op het misbruik maken van een economische machtspositie, verbindend verklaren (art. 49a-49d Mw).

De wetgever maakt een einde aan de discussie wanneer wettelijke rente over een boete hangende bezwaar of beroep verschuldigd wordt. Een boete wordt vermeerderd met wettelijke rente vanaf dertien weken nadat de boete bekend is gemaakt. Indien een boete, die is betaald in bezwaar of beroep, wordt gewijzigd of vernietigd, wordt over de termijn tussen betaling en terugbetaling wettelijke rente vergoed over het te veel betaalde bedrag (art. 67 Mw).

#### **Conclusie**

Met de wijzigingen die in het najaar in werking zullen treden, voldoet de wetgever mijns inziens aan zijn doelstelling de effectiviteit en doelmatigheid van de handhaving van de Mededingingswet te vergroten en de systematiek van de wet zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met de geldende Europese mededingingsrechtelijke regels.

Hiermee zullen de discussies over verdere wijzigingen van de Mededingingswet en het functioneren van de NMa niet eindigen. In de komende tijd zal het debat zich verder toespitsen op thema's die ook tijdens de evaluatie aan de orde zijn geweest. Zullen gevangenisstraffen voor feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers worden ingesteld? Hoe zal de strafrechtelijke handhaving van mogelijke gevangenisstraffen gestalte krijgen? Op welke manier kunnen civielrechtelijke claims tegen kartelovertreeders worden ondersteund?

*Mr. E.J. Offers  
Stibbe*

---

15. De-Minimis Bekendmaking, PbEG 2001, C 368/13.