

Mededingingswet ingrijpend gewijzigd en zorginstellingen sneller naar de NMa

Mr. Y.A. Maasdam



Per 1 oktober 2007 is de Mededingingswet (Mw) ingrijpend gewijzigd.¹ Aanleiding voor de wijzigingen is de evaluatie van de wet in 2002 en de wijzigingen in het Europees mededingingsrecht uit 2004. De wetswijzigingen betreffen onder meer de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de NMa, de mogelijkheid om natuurlijke personen die opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan inbreuken op de Mededingingswet een boete op te leggen en de verruiming van de bagatelgrenzen. Specifiek voor de zorgsector is er per 1 januari 2008 een algemene maatregel van bestuur in werking getreden waarin de omzeldrempel voor de meldingsplicht van fusies bij de NMa voor ziekenhuizen, AWBZ-instellingen en andere zorginstellingen is verlaagd. Hieronder volgt een samenvatting van de belangrijkste wijzigingen.

Verruiming onderzoek- en handhavingbevoegdheden

Doorzoeken van privé-woningen

De NMa mag sinds 1 oktober 2007 privé-woningen doorzoeken zonder dat hiervoor de toestemming van de bewoner vereist is.² De NMa heeft wel een machtiging nodig van de rechter-commissaris. De bevoegdheid tot doorzoeken is in principe ruim: de ambtenaren mogen alle ruimtes doorzoeken, inclusief computers. De Europese Commissie was al bevoegd om privé-woningen te doorzoeken. Deze nieuwe bevoegdheid sluit dus aan op de Europese regelgeving.

Persoonlijke boete

De meest principiële wijziging betreft de bevoegdheid van de NMa om behalve aan ondernemingen ook aan natuurlijke personen een boete op te leggen. De boete kan worden opgelegd aan personen binnen een onderneming die opdracht

hebben gegeven tot of leiding hebben gegeven aan een overtreding van de Mededingingswet. De boete kan niet alleen worden opgelegd voor overtreding van het kartelverbod of het verbod op misbruik van een economische machtspositie, maar ook voor overtreding van de medewerkingverplichting (artikel 69 Mw), van verplichtingen inzake financiële transparantie (artikel 25b en 25e Mw), voor het verbreken van een door de NMa aangebrachte verzegeling (artikel 70b Mw) en voor overtredingen van het concentratietoezicht (artikel 71 tot en met 75 Mw). Onder leidinggeven wordt ook verstaan het achterwege laten van maatregelen ter voorkoming van de overtreding, en het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat overtreding plaats zal hebben. De boete kan maximaal € 450.000 bedragen. In een concreet geval kan de boete uiteraard lager liggen.

De NMa heeft inmiddels de clementieregeling aangepast waarin het mogelijk is gemaakt dat niet

¹ Stb. 2007, nrs. 284 en 291.

² Zie artikelen 55-55c Mw.

alleen ondernemingen maar ook werknemers en oud-werknemers een beroep kunnen doen op de clementieregeling.³ De NMa hoopt daarmee dat er (nog) vaker een beroep zal worden gedaan op de clementieregeling en kartels sneller aan het licht komen.

Structurele maatregel en toezeggingsbesluit

Artikel 58a Mw voorziet in de nieuwe mogelijkheid om een structurele maatregel op te leggen waarbij ondernemingen die een inbreuk plegen op het kartelverbod (artikel 6 Mw) of misbruik maken van hun machtspositie (artikel 24 Mw) worden gelast een einde te maken aan de inbreuk. De Europese Commissie beschikt eveneens over deze bevoegdheid. Bij de structurele maatregel moet gedacht worden aan de opdracht tot het aanbrennen van wijzigingen in de ondernemingsstructuur, bijvoorbeeld door bedrijfsactiviteiten of een dochteronderneming af te stoten of aandelen te verkopen. Overtreding van een bindende aanwijzing kan weer leiden tot het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.

Belangrijker nog is de introductie van het zogenaamde toezeggingsbesluit. Het toezeggingsbesluit houdt in dat de NMa geen boete aan de onderneming voor overtreding van de artikelen 6 en 24 Mw zal opleggen indien de onderneming aan de NMa toezegt bepaalde gedragsaanpassingen door te voeren. Een dergelijk besluit kan alleen worden genomen indien (a) verzekerd is dat de onderneming als gevolg van het besluit zal handelen in overeenstemming met genoemde bepalingen, (b) de onderneming aannemelijk maakt dat zij het besluit op controleerbare wijze zal naleven en (c) in een concreet geval het nemen van een dergelijk besluit uit een

oogpunt van handhaving van de Mededingingswet doelmatiger is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.⁴ De Europese equivalent van deze bepaling is neergelegd in artikel 5 van EG-Verordening 1/2003.⁵ De Europese Commissie heeft echter nog maar weinig gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Het valt dus nog te bezien in hoeverre de NMa van deze mogelijkheid gebruik zal gaan maken. Het biedt in ieder geval wel aan ondernemingen een kans om een verbindende deal met de NMa te sluiten in plaats van jaren te procederen over boetes.⁶

Boete verbreking verzegeling en verruiming duur verzegeling

Ter zake van het verbreken van door de NMa aangebrachte verzegeling kan nu door de NMa een bestuurlijke boete worden opgelegd van maximaal € 450.000. Voorheen kon deze overtreding alleen strafrechtelijk worden gehandhaafd. Ook is nieuw dat de ambtenaren van de NMa bevoegd zijn om bedrijfsruimten en voorwerpen (bijvoorbeeld kasten, laden en computers) te verzegelen zonder enige beperking in tijd. Voorheen was verzegeling slechts toegestaan tussen 18.00 uur en 8.00 uur.

Verhoging boetemaxima overtreding concentratietoezicht

De nieuwe Mededingingswet voorziet verder in hogere boetes voor overtreding van de regels betreffende het concentratietoezicht. Overtreding van de formele bepalingen, zoals het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens bij een melding van een concentratie, zijn verhoogd naar € 450.000 of 1 % van de jaaromzet. Voor overtreding van de materieelrechtelijke bepalingen, zoals het verbod om de concentratie tot stand te

3 Stcrt. van 10 oktober 2007, nr. 196, p.26.

4 Zie artikel 49a Mw.

5 Verordening van de Raad (EG) nr. 1/2003, van 16 december 2002, betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG L1/14 van 4 januari 2003.

6 Zie voor een uitgebreide bespreking van dit nieuwe (bestuursrechtelijke) instrument, mr. M.J. Frese, 'Het toezeggingsbesluit; kenmerken van een nieuw handhavinginstrument', M&M 2007, nr. 2, p. 39 e.v.

brengen voordat de NMa deze heeft goedgekeurd, kan een boete worden opgelegd van € 450.000 of, als dat meer is, 10% van de jaaromzet.

Verruiming bagatelgrenzen kartelverbod
Verder is van belang dat de generieke vrijstelling voor het kartelverbod in de bagatelbepaling is verruimd. Afspraken tussen minder dan acht ondernemingen die een gezamenlijke omzet hebben van minder dan € 5,5 miljoen (was € 4,5 miljoen) indien het gaat om levering van goederen en minder dan € 1,1 miljoen (was € 908.000) in alle andere gevallen, zijn vrijgesteld van het kartelverbod (artikel 7, eerste lid, Mw).

Bij amendement⁷ is daarnaast nog een nieuw tweede lid aan artikel 7 toegevoegd waarin een tweede bagatelvrijstelling is opgenomen; het kartelverbod geldt eveneens niet voor afspraken tussen (potentiële) concurrenten waarvan het gezamenlijke marktaandeel lager is dan 5 % én de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar lager is dan € 40 miljoen. Deze nieuwe bagatelbepaling strekt ertoe het voor kleine ondernemingen mogelijk te maken om verkoopcombinaties te vormen. Dit om tegenwicht te kunnen bieden aan ondernemingen met grote inkoopmacht. Door deze nieuwe bagatelbepaling wordt een opening geboden aan MKB ondernemers om een gezamenlijke verkoopstrategie te ontwikkelen, mits wordt voldaan aan de genoemde voorwaarden.

Bij aanbestedingen zou deze bepaling nog wel eens tot gekke situaties kunnen leiden. Als een aan-

bestedende dienst bijvoorbeeld een aanbesteding organiseert voor de inkoop van diensten die traditioneel geleverd wordt door kleine ondernemingen (bijvoorbeeld architectdiensten) dan zouden de potentiële inschrijvers wellicht met een beroep op de bagatelbepaling de aanbesteding kunnen afstemmen. In dit geval zou dan bepalend zijn hoe de relevante markt moet worden afgebakend; een ad-hocmarkt per aanbesteding of een ruimere markt voor verlening van architectdiensten. De beschikkingspraktijk van de NMa is daar (nog) niet eenduidig over, al lijkt de NMa ertoe te neigen aanbestedingen te beschouwen als ad-hocmarkten.⁸ Het is dus afwachten hoe deze bepaling in de praktijk zal gaan uitwerken.

Aanpassing van het concentratietoezicht

Nieuw toetsingscriterium concentraties

Een andere belangrijke wijziging is dat onder de nieuwe Mededingingswet het toetsingscriterium voor de beoordeling van concentraties aangepast. De NMa zal onderzoeken of een aangemelde concentratie 'de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie'.⁹ Dezelfde wijziging is in Europa in 2004 doorgevoerd. Het criterium laat de mogelijkheid open dat een concentratie wordt verboden of voorwaardelijk wordt toegestaan, ook als niet aannemelijk is dat daardoor een economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt.

7 Amendement van de leden Aptroot en Ten Hoopen, op stuk nr. 33.

8 Zie besluit en van de NMa van 14 juni 2004, 3690 / Aanbesteding dakrenovatie Sporthal "De Springers", randnrs. 95 t/m 97, 3689 / Aanbesteding dakrenovatie AMC, randnrs. 109 t/ 111, 3691 / Aanbesteding dakrenovaties Emmtec, randnrs. 139 t/m 141, 3687 / Aanbesteding Complex 1731, randnrs. 115 t/m 117, waarin de NMa aangeeft dat bij een onderhandse aanbesteding waarbij een aantal partijen zijn uitgenodigd om een offerte in te dienen, de relevante markt vanuit de aanbodzijde bezien op dat moment bestaat uit de aangeschreven ondernemingen. In het besluit van de NMa van 15 december 2005, zaak 4014, Openbaar Groen Maastricht, lijkt de NMa een ruimere marktafbakening te hanteren als het gaat om een openbare aanbesteding. In die zaak werd de positie van de betrokken partijen op de markt voor onderhoud van openbaar groen in de regio Maastricht onderzocht. Wellicht dat de NMa per type aanbesteding wel voor een verschillende marktafbakening kiest.

9 Zie het nieuwe artikel 37, tweede lid, en artikel 41, tweede lid Mw.

Meldingsplicht coöperatieve joint ventures

Verder dienen voortaan ook zogenaamde coöperatieve joint ventures te worden gemeld in het kader van het concentratietoezicht. Dit zijn gemeenschappelijke ondernemingen die zelfstandig actief worden op een markt en waarbij er het gevaar bestaat dat de moederondernemingen hun concurrentiegedrag gaan coördineren. De NMa zal dergelijke concentraties zowel toetsen aan het materiële criterium van artikel 37 Mw als aan het kartelverbod van artikel 6 Mw. Onder het Europese concentratietoezicht diende dergelijke gemeenschappelijke ondernemingen al geruime tijd te worden gemeld.

Remedies in de eerste fase

Als een concentratie op mededingingsbezwaren stuit dan kunnen de meldende partijen oplossingen aanbieden om de bezwaren weg te nemen (zogenaamde remedies). In het nieuwe artikel 37, vierde lid Mw is nu formeel geregeld dat ook in de eerste fase remedies kunnen worden aangeboden. De NMa kan aan een eerste fase besluit nu ook voorwaarden verbinden als dergelijke remedies worden aanvaard.

Zorginstellingen sneller naar de NMa

Tot slot is er voor de zorgsector onlangs een belangrijke maatregel in werking getreden.¹⁰ Per 1 januari 2008 is de omzetsdrempel voor de meldingsplicht van fusies bij de NMa voor ziekenhuizen, AWBZ-instellingen en andere zorginstellingen verlaagd voor een periode van vijf jaar. Een fusie moet vanaf 1 januari 2008 worden gemeld als de gezamenlijke omzet van de betrokken instellingen meer dan € 55 miljoen bedroeg in het voorafgaande jaar (was € 113,45 miljoen) én twee of meer betrokken instellingen ieder afzonderlijk meer dan € 10 miljoen omzet hebben behaald (was € 30 miljoen). Bovendien moeten fusieplannen pas worden aangemeld als tenminste twee van de betrokken

ondernemingen ieder afzonderlijk meer dan 5,5 miljoen euro van de omzet uit zorgactiviteiten hebben behaald. Dit om te voorkomen dat ondernemingen die een geringe omzet in de zorgsector behalen, onder deze nieuwe drempel vallen.

Door deze verlaging van de omzetsdrempel zullen er naar verwachting meer meldingen worden ingedield bij de NMa. Dat zullen met name fusies zijn tussen kleinere zorginstellingen zoals verpleeg- en verzorgingshuizen die meestal in dezelfde regio actief zijn. De NMa zal dergelijke fusies ook sneller als problematisch bestempelen, gelet op de enge afbakening van deze zorgmarkten. Wellicht heeft dit juist tot gevolg dat er op termijn minder snel naar het fusie-instrument zal worden gegrepen. Als alternatief zullen instellingen dan wellicht juist eerder neigen naar het aangaan van samenwerking verbanden. Maar dat laatste moet natuurlijk wel worden getoetst aan het kartelverbod, dus hoe dan ook ontkomen zorginstellingen (voorlopig) niet aan het verscherpte toezicht van de NMa.

Conclusie

Deze recente wijzigingen in de Nederlandse mededingingsregelgeving geven de NMa nog meer onderzoek- en handhavinginstrumenten in handen. Bovendien zullen zorginstellingen fusies vaker moeten melden bij de NMa. Of de NMa daarmee ook daadwerkelijk meer kartels zal opsporen c.q. mededingingsproblemen weet te voorkomen of op te lossen is echter de vraag. Een doelmatige en effectieve handhaving van de Mededingingswet hangt mijns inziens vooral af van de inzet van kwalitatief goed en adequaat toezicht en het uitvoerdigen van heldere en eenduidige richtsnoeren ten behoeve van 'self assessment' en in veel mindere mate van het afschrikwekkend effect van hoge boetes en persoonlijke boetes. De tijd zal het leren.

¹⁰ Besluit van 6 december 2007, houdende tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, Stb. 2007, nr. 518.