



Nieuwe beleidsregels voor de toepassing en uitvoering van de mededingingsregels

Mr. Pascal Broers

Op 1 oktober 2009 is een drietal door de Minister van Economische Zaken (hierna: Minister) vastgestelde regelingen in werking getreden die betrekking hebben op de toepassing en uitvoering van de mededingingsregels. Voorheen werden uitvoeringsregels vastgesteld door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa). Het feit dat deze regels nu door de Minister worden vastgesteld past in het eerder door de Minister aangekondigd voornemen om beleid en uitvoering scherper te scheiden. In deze bijdrage worden de wijzigingen die met deze regelingen worden geïntroduceerd kort besproken.

Scheiding beleid en uitvoering

Tijdens het congres dat op 5 maart 2008 werd gehouden ter gelegenheid van het 10-jarig bestaan van de NMa gaf de Minister in haar speech al aan dat zij een betere scheiding tussen beleid en uitvoering wenselijk vindt.¹ De redenen hiervoor zijn enerzijds het voorkomen dat de NMa op de stoel van de wetgever gaat zitten en anderzijds ervoor zorg te dragen dat de toezichthouder haar werk in onafhankelijkheid kan uitvoeren.² Deze scheiding wordt door de Minister in twee stappen vorm gegeven. De eerste stap is de aanpassing van het Relatiestatuu EZ-NMa die inmiddels heeft plaatsgevonden. In het aangepaste Relatiestatuu EZ-NMa 2008³ is opgenomen dat de NMa nieuwe uitvoeringsregels of aanpassingen van bestaande uitvoeringsregels aan de Minister ter goedkeuring moet voorleggen. Indien de Minister van mening is dat de uitvoeringsregels in strijd zijn met het recht of het algemeen belang van een goede taakuitvoering van de NMa, kan zij de (aanpassing van) uitvoe-

ringsregels afkeuren.⁴ De tweede stap is nu gezet door het vervangen van de uitvoeringsregels voor boetes en clementie van de NMa door beleidsregels van de Minister. Volgens de Minister zijn de beleidsregels een belangrijk middel om ervoor te zorgen dat het optreden van de NMa in het verlengde ligt van de door de Minister uitgezette beleidsmatige koers. Het Ministerie van Financiën ging haar wat dat betreft al voor. In de gewijzigde Wet op het Financieel Toezicht⁵ is de rolverdeling ten opzichte van de toezichthouders, de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank, zodanig herzien dat het primaat van vaststelling van beleid is komen te liggen bij de wetgever. Duidelijk is dat de Minister meer grip wil krijgen op de wijze waarop de NMa uitvoering geeft aan haar taken. Doordat de NMa (uitvoerings)regels vaststelt, belast is met de opsporing én de boetes oplegt is de Trias Politica ver te zoeken. Daarom is er voor de door de Minister voorgestane scheiding tussen beleid en uitvoering alle aanleiding.

1 www.ez.nl.

2 Zie ook brieven van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer van 4 juli 2008 (Kamerstukken II 2007-2008, 24 036, nr. 349), van 21 oktober 2008 (Kamerstukken II 2008-2009, 24 036, nr. 360), van 7 april 2009 (Kamerstukken II 2008-2009, 31 700 XIII, nr. 55) en van 16 september 2009 (Kamerstukken II 2009-2010, 29 247, nr. 97).

3 Stcrt 2008, nr. 212

4 Zie brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer van 21 oktober 2008 (Kamerstukken II 2008-2009, 24 036, nr. 360).

5 Stb. 2008, 545.

Beleidsregels Combinatieovereenkomsten

Met de Beleidsregels voor combinatieovereenkomsten⁶ beoogt de Minister inzicht te geven aan ondernemingen wanneer zij een combinatie mogen aangaan die onder de Mededingingswet is toegestaan. Voorheen gold voor combinatievorming – onder bepaalde voorwaarden – een vrijstelling van het kartelverbod.⁷ Deze vrijstelling is vervallen per 1 januari 2009. Aanleiding voor het niet langer verlengen van het vrijstellingsbesluit was dat het volgens de Minister leidde tot schijnzekerheid voor ondernemingen en handhavingproblemen voor de Raad van Bestuur van de NMa, omdat geen sprake was van eenvoudige, ondubbelzinnige en algemene criteria die konden worden toegepast op de betrokken categorie afspraken.⁸ De Beleidsregels voor combinatieovereenkomsten zijn vastgesteld nadat over de concepten een tweetal consultatieronden is gehouden. Deze concepten zijn over het algemeen kritisch ontvangen.⁹ Naar aanleiding van de reacties op de consultaties zijn diverse aanpassingen doorgevoerd.

Combinatieovereenkomsten kunnen worden omschreven als overeenkomsten tussen twee of meer zelfstandige ondernemingen waarin ter zake van een aanbesteding de gezamenlijke indiening door die ondernemingen van een inschrijfcijfer voor de desbetreffende opdracht en de gezamenlijke uitvoering van die opdracht worden geregeld. Onder een aanbesteding wordt verstaan de al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een inschrijfcijfer in te dien en voor de uitvoering van een opdracht

tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten. Een combinatieovereenkomst kan ook worden aangegaan met betrekking tot meer dan één opdracht. Dat kan het geval zijn, wanneer een opdrachtgever de opdracht verdeelt in percelen en die percelen vervolgens afzonderlijk aanbesteedt.¹⁰

Op basis van de Beleidsregels voor combinatieovereenkomsten moet van geval tot geval en op basis van de concrete omstandigheden worden beoordeeld in hoeverre een combinatieovereenkomst in strijd is met het kartelverbod. Ondernemingen moeten zich bij het aangaan van een combinatie dus steeds afvragen of zij door deze combinatie geen afspraken maken die de concurrentie beperken. Volgens de Beleidsregels voor combinatieovereenkomsten is een combinatieovereenkomst in beginsel toegestaan indien:

- (a) de betrokken ondernemingen geen concurrenten van elkaar zijn, of
- (b) de betrokken ondernemingen wel concurrenten van elkaar zijn maar de opdracht niet zelfstandig kunnen uitvoeren, of
- (c) de combinatieovereenkomst de mededinging niet merkbaar beïnvloedt, of
- (d) de combinatieovereenkomst is afgedwongen door de opdrachtgever, of
- (e) de combinatieovereenkomst is aangegaan tussen ondernemingen binnen hetzelfde concern en die een economische eenheid vormen, waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen en de afspraken tussen de ondernemingen een interne taakverdeling tussen hen ten doel hebben.

6 Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ / 9153048, met betrekking tot de toepassing door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van artikel 6 van de Mededingingswet ten aanzien van combinatieovereenkomsten (Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009), Stcrt. 22 september 2009, nr. 14082.

7 Besluit van 25 november 1997, houdende vrijstelling van combinatieovereenkomsten ter zake van aanbestedingen van het verbod van mededingingsafspraken, Stb. 1997, 592.

8 Zie randnummer 5 van de Beleidsregels voor combinatieovereenkomsten.

9 Zie bijvoorbeeld E.H. Pijnacker Hordijk, "Combinatievorming en mededingingsrecht: de spuitjes zijn gaar.", Markt en Mededinging nr. 6, 2008.

10 Zie artikel 9 van Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PbEG L 134/114.

Daarnaast zijn met het kartelverbod strijdige combinatieovereenkomsten beschreven die tot doel hebben de mededinging te beperken¹² en combinatieovereenkomsten die als effect hebben de mededinging te beperken.¹³ Tot slot is in de Beleidsregels voor combinatieovereenkomsten een (beperkt) handvat gegeven over de wijze waarop de vrijstelling van artikel 6, derde lid van de Mededingingswet moet worden toegepast.¹⁴

Beleidsregels betreffende het opleggen van boetes door de NMa

De Beleidsregels voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009¹⁵ (hierna: Boetebeleidsregels) strekken ter vervanging van de NMa Boetecode 2007 (hierna: Boetecode). De Boetebeleidsregels omvatten de regels op basis waarvan de NMa boetes oplegt bij overtreding van een aantal wetten, waar onder de Mededingingswet.¹⁶

De belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de Boetecode die met de Boetebeleidsregels worden geïntroduceerd zijn:

- 1 Voor zeer zware overtredingen van de mededingingsregels, zoals prijskartels of marktverdelingsafspraken, kan de NMa de basisboete verhogen met maximaal 25% van de betrokken omzet die de onderneming in het laatste jaar van (haar deelname aan) de overtreding heeft behaald. Deze verhoging wordt door de Europese Commissie eveneens toegepast.
- 2 Voor alle overtredingen geldt dat de boete met 100% wordt verhoogd als een onderneming al eerder voor een vergelijkbare overtreding is beboet (recidive) tenzij dit gezien de omstandig-

heden van het geval evident onredelijk zou zijn.

- 3 De NMa houdt bij het vaststellen van een boete rekening met de ernst van de overtreding. Deze zogeheten ernstfactor wordt meegenomen bij het bepalen van de hoogte van de boete. Het maximum van de ernstfactor waarmee de basisboete vermenigvuldigd kan worden, is verhoogd van 3 naar 5.

Voor het overige heeft de Minister de boetesystematiek van de Boetecode in grote lijnen in stand gelaten. De nieuwe Boetebeleidsregels gelden voor overtredingen die begaan zijn na de inwerkingtreding van de regels per 1 oktober 2009. Overtredingen die begaan zijn voor deze datum, vallen nog onder de (oude) Boetecode van de NMa.

De Boetebeleidsregels bieden de NMa de mogelijkheid om in een aantal gevallen veel hogere boetes op te leggen dan onder de Boetecode mogelijk was. Als reden voor deze verruiming verwijst de Minister naar de zogeheten high trust beleidsdoelstelling zoals die is vastgelegd in het Coalitieakkoord van het kabinet-Balkenende IV (d.d. 7 februari 2007).¹⁷ High trust houdt in dat er minder middelen worden ingezet om overtredingen op te sporen in gevallen waarin de risico's beperkt zijn, maar dat er harder wordt opgetreden als de wet toch wordt overtreden. Volgens de Minister kan hierdoor met de inzet van minder middelen door de afschrikwekkende werking van hard optreden, toch eenzelfde of zelfs beter nalevingsresultaat worden bereikt.¹⁸ Omdat de daarvoor onmisbare spontane naleving niet vanzelf komt, kan deze worden gestimuleerd door strengere sancties in het vooruitzicht te stellen, zo stelt de Minister. Daarbij geeft zij aan

11 Zie randnummer 40 van de Beleidsregels.

12 Zie randnummers 41 tot en met 44 van de Beleidsregels voor combinatieovereenkomsten.

13 Zie randnummers 45 tot en met 50 van de Beleidsregels voor combinatieovereenkomsten.

14 Zie randnummer 54 van de Beleidsregels voor combinatieovereenkomsten.

15 Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ / 9150320, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving waarvan de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit is belast met het toezicht op de naleving (Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009), Stcrt. 22 september 2009, nr. 14079).

16 De Boetecode ziet daarnaast op boetes die worden opgelegd bij overtreding van bepalingen van de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, de Wet onafhankelijk Netbeheer, de Spoorwegwet, de Wet Luchtvaart, de Tijdelijke wet mediaconcentraties, de Wet personenvervoer 2000 en de Loodsenwet.

17 Zie de toelichting bij de Boetebeleidsregels.

18 Zie brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer van 23 september 2009.

dat binnen de bestaande wettelijke boetemaxima nog aanzienlijke ruimte bestaat om feitelijk hogere boetes op te leggen dan tot nu toe zijn opgelegd. Daarnaast geeft de Minister aan dat wordt aangesloten bij het boetebeleid van de Europese Commissie bij van mededingingsovertredingen en de systematiek van het Wetsvoorstel wijziging boetestelsel financiële wetgeving.¹⁹

Men kan zich afvragen of de aanzienlijke verruiming van de boetedreiging die hier aan de orde is, niet (veel) te summier is onderbouwd. De puur instrumentele redenering van de Minister doet op geen enkele wijze recht aan de juist in het mededingingsrecht zo noodzakelijke checks en balances. Zo wordt niet ingegaan op de vermeende noodzaak om de boetedreiging te verruimen. Het is bijvoorbeeld de vraag of er in Nederland sprake is van een toename van het aantal overtredingen of dat er op grote schaal sprake is van recidivisten. Gelet op de sanctiebesluiten die de NMa de laatste jaren heeft genomen lijkt hiervan geen sprake te zijn. Ook wordt er geen aandacht geschonken aan de mogelijke gevolgen die deze verruiming van boetedreiging zal hebben voor het bedrijfsleven, waaronder de vraag of er voldoende rechtsbescherming bestaat in de Mededingingswet. Dit mede gelet op het feit dat de (opsporings)bevoegdheden van de NMa de laatste jaren fors zijn uitgebreid, zonder dat de overigens uiterst summieze rechtsbescherming dienovereenkomstig is aangepast. Daarbij is het van belang om te onderkennen dat de opsporingsbevoegdheden en de sancties binnen het kader van de Mededingingswet vergelijkbaar of zelfs ruimer zijn dan die binnen het strafrecht bij vergelijkbare overtredingen, maar dat de rechtsbescherming die de Mededingingswet biedt op geen enkele wijze vergelijkbaar is met de in het strafrecht geboden rechtsbescherming. Dit is een belangrijke omissie in de Mededingingswet die moet worden hersteld.

Clementieregeling

De bestaande Richtsnoeren Clementie van de NMa²⁰ (hierna: Richtsnoeren Clementie) zijn vervangen door de Beleidsregels tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels²¹ (hierna: Clementieregeling). De Clementieregeling geeft aan onder welke voorwaarden ondernemingen en natuurlijke personen die bij een kartel betrokken zijn geweest in aanmerking kunnen komen voor boetevermindering. De karteldeelner die zich al eerste meldt bij de NMa kan een algehele boetevrijstelling krijgen. De NMa kan een clementietoezegging doen op voorwaarde dat een clementieverzoek wordt ingediend en dat medewerking wordt verleend aan het onderzoek van de NMa en de daaropvolgende procedure.

Inhoudelijk zijn de regels niet gewijzigd. Volgens de Minister was daarvoor geen aanleiding omdat de Richtsnoeren Clementie goed functioneerden. Zij vormden een stimulans om kartels bij de NMa te melden hetgeen de effectieve handhaving van het verbod van mededingingsbeperkende afspraken bevordert, aldus de Minister. Daarnaast sloten de Richtsnoeren Clementie inhoudelijk goed aan bij de clementieprogramma's van de Europese Commissie alsmede van de andere mededingingsautoriteiten binnen het samenwerkingsverband van nationale mededingingsautoriteiten binnen Europa, het European Competition Network. Op een aantal punten is de clementieregeling verduidelijkt en voorzien van een toelichting.

¹⁹ Kamerstukken II 2007-2008, 31 458, nr 2.

²⁰ Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 juni 2007, zoals gewijzigd bij besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 oktober 2007 (Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196).

²¹ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ / 9146574, tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels (Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels), Stcrt. 22 september 2009, nr. 14078).