

‘Van oude sectoren en nieuwe bevoegdheden’ – de NMa-Agenda 2008

Inleiding

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) maakt in de NMa-Agenda 2008¹ haar plannen voor 2008 definitief bekend. In een eind vorig jaar verschenen consultatiedocument werd al een kijkje in de keuken gegund. Daaruit bleek al dat de belangstelling van de NMa blijft uitgaan naar sectoren zoals de zorg en de financiële dienstverlening. Interessant in de NMa-Agenda 2008 is verder dat de NMa nader ingaat op de uitbreiding en versterking van de instrumenten die haar ter beschikking staan voor de uitvoering van haar taken.

De NMa hanteert als uitgangspunt voor haar plannen dat de focus gericht moet zijn op overtredingen die leiden tot de grootste schade, en op sectoren waar het risico op overtredingen het grootst is. Dit uitgangspunt komt ook terug in de lezing die mr. Pieter Kalbfleisch, voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa, onlangs hield op een congres over de ontwikkelingen mededingingsrecht 2007. Daarin stelt hij dat ‘de zaken die de NMa aanpakt, naar normzetting en effect de juiste zaken moeten zijn.’

Aandachtsvelden voor 2008

Vanuit dit uitgangspunt heeft de NMa voor 2008 als aandachtsvelden genoemd:

- zorg;
- financiële dienstverlening;
- food- en agri-industrie;
- energie;
- post.

Het lijstje is niet buitengewoon verrassend, indien wordt bedacht dat zorg, financiële dienstverlening en energie ook in de voorgaande jaren de bijzondere aandacht van de NMa hadden. Alleen food- en agri-industrie en post zijn nieuwkomers, hetgeen ‘ten koste is gegaan’ van vervoer en media en communicatie (aandachtsvelden in 2006 en 2007). Overigens betekent dit uiteraard niet dat de laatstgenoemde sectoren, of andere niet op het lijstje voorkomende sectoren, nu zonder meer vrij spel krijgen van de NMa. In de NMa-Agenda 2008 waarschuwt de NMa met zoveel woorden dat zij altijd een afweging moet maken tussen openheid en onderzoeksbelangen, dat het verrassingseffect een wezenlijk onderdeel is van de handhavingsstrategie en dat om die reden niet alle (deel)sectoren worden genoemd waarop de NMa in 2008 verwacht aan te treden.

Voor de *zorgsector* waarschuwt de NMa op onverholven wijze dat, daar waar zij de afgelopen jaren met name aandacht besteedde aan voorlichting in verband met de groeiende ruimte voor concurrentie, in 2008 deze ‘guidance’ in toenemende mate zal worden gekoppeld aan handhaving. Daarbij zegt de NMa aanwijzingen te hebben dat in verschillende sectoren van de zorg verboden afspraken bestaan. De *financiële dienstverlening* kan blijven rekenen op de aandacht van de NMa vanwege het grote economische belang en de marktstructuur. Voor wat betreft dit laatste wijst de NMa op het bestaan van veel samenwerkingsverbanden tussen verzekeraars en ook tussen banken. De NMa erkent dat samenwerking nuttig kan zijn, maar het risico meebrengt dat de grenzen van het toelaatbare worden overschreden. In de *energiesector* lijkt het met name te gaan om het toezicht op voorgenoemen fusies en overnames van energiebedrijven.

De *food- en agri-industrie* is tot de ‘shortlist’ van de NMa doorgedrongen vanwege de van oudsher veelvoorkomende samenwerkingsverbanden en de steeds verder toenemende concentratiegraad als gevolg waarvan een verhoogd risico voor onderling afgestemd feitelijk gedrag over prijzen en hoeveelheden ontstaat. De NMa voegt hier dreigend aan toe dat aanhoudende signalen van tipgevers uit de sector en economische analyses dit beeld bevestigen. De *postmarkt* is in beeld gekomen vanwege de afronding van het proces van liberalisering – in 2008 wordt het laatste deel zeer waarschijnlijk vrijgegeven.

Uitbreiding en versterking van het instrumentarium

Interessanter is dat de NMa in de NMa-Agenda 2008 nader ingaat op de uitbreiding en versterking van de instrumenten die haar ter beschikking staan voor de uitvoering van haar taken. Per 1 oktober 2007 heeft de NMa als gevolg van een wijziging van de Mededingingswet immers een aantal additionele bevoegdheden gekregen die ‘bijdragen aan de afschrikwekkende werking van het mededingingsrecht en het effectief functioneren van de NMa’.

Bestrafing van opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers

De wellicht belangrijkste wijziging betreft de mogelijkheid voor de NMa om – naast ondernemingen – ook opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers met een boete te bestraffen bij een overtreding van het verbod van concurrentiebeperkende afspraken (ook wel bekend als het kartelverbod) of het verbod van misbruik van een economische machtspositie. De boete voor deze individuele personen kan oplopen tot maximaal 450.000 euro.

Voor de toepassing van deze nieuwe sanctiebevoegdheid door de NMa is uiteraard van wezenlijk belang wanneer sprake is van een natuurlijke persoon die tot het feit (de overtreding) opdracht heeft gegeven of die aan de verboden gedraging feitelijk leiding heeft gegeven. Het begrip ‘opdracht geven’ impliceert dat er een uitdrukkelijke last

1. De NMa-Agenda en het daaraan voorafgaande consultatiedocument zijn beschikbaar via www.nmanet.nl.

moet zijn gegeven – door de opdrachtgever – voor het overtreden van het wettelijke voorschrift. De situatie ligt aanzienlijk gecompliceerder voor wat betreft het begrip ‘feitelijk leidinggeven’. Volgens de wetgever kan voor de uitleg van dit begrip aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie over artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht. Daarbij wordt expliciet verwezen naar de Slavenburg-arresten van de Hoge Raad,² waaruit volgt dat er sprake is van iemand die feitelijk leidinggeeft aan een overtreding indien deze maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is; en bewust de kans aanvaardt dat een bepaalde verboden gedraging zich voordoet, zodat hij die gedraging bevordert.

Met name door het gebruik van het begrip ‘feitelijk leidinggeven’ zijn het niet alleen bestuurders van een onderneming die beducht moeten zijn voor een boete. Volgens de NMa kan een feitelijk leidinggever immers feitelijk leidinggeven aan de handeling van een ondergeschikte, maar ook feitelijk leidinggeven aan zijn eigen kartelgedraging. Dit betekent dat het begrip feitelijk leidinggever – evenals het begrip opdrachtgever – personen op allerlei hiërarchische niveaus binnen een onderneming omvat.

Deze wetswijziging kan ook belangrijke gevolgen hebben voor de clementietoekenning. Op grond van de clementieregeling kan een clementieverzoeker, afhankelijk van de feiten en omstandigheden en met toepassing van een aantal voorwaarden, in aanmerking komen voor boete-immuniteit of een (al dan niet significante) boetevermindering indien hij informatie over een kartel verstrekt aan de NMa. Nu niet langer alleen ondernemingen maar ook individuele personen bestraft kunnen worden in geval van een overtreding van het kartelverbod, krijgt de clementieregeling ook belang voor individuele personen die opdracht hebben gegeven tot, of feitelijk leiding hebben gegeven aan kartelafspraken. Zij kunnen immers ook voor zichzelf – en eventueel niet voor de onderneming – om clementie verzoeken. Indien een individuele persoon alleen voor zichzelf een clementieverzoek indient, kan dit gevolgen hebben voor de hoogte van de clementie die nog aan de onderneming kan worden toegekend. Anderzijds geldt een door de onderneming ingediend clementieverzoek niet alleen voor de onderneming zelf maar ook voor de binnen de onderneming werkzame (en niet uitdrukkelijk in het clementieverzoek uitgezonderde) personen die als opdrachtgever of feitelijk leidinggever zouden kunnen worden aangemerkt. De onderneming en deze individuele personen komen dan in aanmerking voor dezelfde clementie.

Deze feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers, maar bijvoorbeeld ook (andere) werknemers, moeten daar-

naast rekening houden met de mogelijkheid voor de NMa om zonder toestemming van de bewoner een woning te betreden en te doorzoeken. De NMa meent dat zij daarmee meer kans maakt om bewijs van verboden afspraken te vinden.

Toezeggingen

Een belangrijke wijziging is verder dat de NMa tijdens een onderzoek naar verboden afspraken toezeggingen van ondernemingen kan accepteren en vastleggen in een besluit. In feite komt het erop neer dat de betrokken ondernemingen bepaalde gedragswijzigingen toezeggen aan de NMa en de NMa in ruil hiervoor de onderzoeksprocedure beëindigt. Volgens de NMa wordt met dit instrument bereikt dat het gedrag wordt veranderd zonder dat een langdurige en dure procedure noodzakelijk is. Voor ondernemingen kan dit een belangrijk middel zijn om een discussie met de NMa over de (on)toelaatbaarheid van gemaakte afspraken af te ronden zonder dat het tot een sanctiebesluit komt. Daarbij geldt overigens wel de kanttekening dat de NMa in beginsel geen toezeggingen accepteert als een mededingingsbeperking evident het doel is van de omstrede afspraken of gedragingen.

Advocacy

Hoewel de NMa al in het consultatiedocument expliciet aangeeft dat de bezuinigingen op het overheidsapparaat dwingen tot een focus op overtredingen die leiden tot de grootste schade, ziet zij het ook als haar taak om te adviseren in gevallen waar zij niet over bevoegdheden beschikt om zelf op te treden. De NMa rangschikt dit onder de noemer *advocacy*: dit houdt volgens de NMa in dat, gebaseerd op analyses die voortkomen uit de uitoefening van haar wettelijke taken, mededingingsproblemen (veelal samenhangend met de structuur van de markt) en eventuele oplossingen worden gesignaleerd en worden voorgesteld aan betrokken ministeries, en overleg wordt gevoerd met andere toezichthouders. De inzet van dit instrument zou volgens de NMa in de toekomst eerder toe- dan afnemen, omdat met toepassing van dit instrument mededingingsrisico's aan de basis bestreden kunnen worden. Dit roept uiteraard de vraag op of de NMa hiermee niet te veel op de stoel van de beleidsbepalers gaat zitten. Daarnaast is een vraag – die de NMa in het consultatiedocument ook expliciet voorlegt – aan welke voorwaarden *advocacy* zou moeten voldoen om voldoende effect te hebben.

Boetecode en richtsnoeren clementie

In de NMa-Agenda 2008 wijst de NMa verder op de nieuwe boetecode, waarin de NMa aangeeft op welke wijze zij invulling wil geven aan haar bevoegdheid om boetes op te leggen, en op de nieuwe richtsnoeren clementie, waarin de NMa nader uiteenzet in welke gevallen en onder welke voorwaarden een vrijstelling of verlaging van een boete mogelijk is. Zowel de nieuwe boetecode als de nieuwe richtsnoeren clementie zijn gepubliceerd op www.nma-net.nl.

2. Slavenburg I: HR 19 november 1985, NJ 1986/125; Slavenburg II: HR 16 december 1986, NJ 1987, 321.

Samenwerking

De NMa werkt met de Europese Commissie en andere nationale toezichthouders samen om civiele handhaving zo effectief en doelmatig mogelijk te maken. Het is duidelijk dat de NMa haar taak om mededingingsbeperkende gedragingen aan te pakken wil delen met het bedrijfsleven en consumenten, en dat bedrijfsleven en die consumenten oproept om ook zelf – in civiele procedures – het mededingingsrecht in te roepen ter verdediging van de eigen belangen en, meer in het algemeen, van eerlijke concurrentieverhoudingen. In dit verband moet worden bedacht dat tot dusverre slechts spaarzaam gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om het mededingingsrecht in te roepen in civiele procedures – bijvoorbeeld om de geldigheid van contractuele afspraken aan te vechten.

Terugblik en vooruitblik

Het consultatiedocument en de NMa-Agenda vallen samen met het tienjarig bestaan van de NMa (1998-2008). In die periode is de NMa gegroeid van ongeveer 150 werknemers tot bijna 400. Haar begroting is in die periode gestegen van ongeveer EUR 28 miljoen in 1998 tot ongeveer EUR 46 miljoen in 2008. De NMa is in de eerste tien jaar van haar bestaan in staat gebleken om zowel het toezicht op overnames en fusies als het toezicht op kartels en op gereguleerde sectoren op adequate wijze vorm te geven, met als hoogtepunt de aanpak van het karteloverleg in de diverse bouwsectoren. Er is dus alleszins reden voor een feestje in verband met dit jubileum. Het is ook positief dat de NMa met het consultatiedocument haar agenda voorwerp maakt van een consultatie, hoewel het jubileum van de NMa (met het oog op de volgende tien jaar) eigenlijk ook aanleiding zou moeten zijn voor een bredere evaluatie van haar beleid. Zo blijft de politieke invloed op de NMa voorwerp van discussie, ook nadat de NMa een zelfstandig bestuursorgaan is geworden. Juist vanwege deze zelfstandigheid ontstaan problemen doordat het optreden van de NMa niet goed kan worden ingebed in een bredere sectorpolitiek voor bijvoorbeeld energie, openbaar vervoer en landbouw en visserij.

Maar ook op enkele meer specifieke onderwerpen is een evaluatie van het mededingingsbeleid en van de taken van de NMa wellicht op haar plaats. Zo is er eind 2007 naar aanleiding van opmerkingen van enkele Kamerleden een discussie ontstaan over het systeem van verplichte melding van fusies en concentraties. Dit systeem geldt wanneer de jaaromzet van bij een fusie of overname betrokken ondernemingen bepaalde omzetcategorieën overschrijdt. Dit systeem leidt ertoe dat in Nederland jaarlijks voor ongeveer honderd transacties voorafgaande toestemming aan de NMa gevraagd moet worden, terwijl hoogstens bij 10% van die transacties daadwerkelijk sprake is van een mededingingsprobleem. Met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk hanteren ook de andere lidstaten van de EG een dergelijk systeem van verplichte melding, wat tot zeer hoge transactiekosten voor ondernemingen leidt.

Afschaffing van de verplichte melding en invoering van een systeem van vrijwillige melding zouden deze transactiekosten aanzienlijk kunnen beperken. In een systeem van vrijwillige melding kunnen de betrokken ondernemingen zelf bepalen of zij uit oogpunt van rechtszekerheid een transactie melden en daarmee uitdrukkelijk vooraf goedkeuring van de mededingingsautoriteiten vragen. Aannemelijk is dat dan alleen die transacties gemeld zullen worden waarin mogelijk sprake is van een mededingingsprobleem.

Een ander punt van discussie is de eventuele aanwijzing van de NMa als toezichthouder bij de naleving door overheden van het aanbestedingsrecht. Door diverse auteurs en door ondernemers is gepleit voor oprichting van een aanbestedingsautoriteit en voor aanwijzing als zodanig van de NMa. De oprichting van een dergelijke autoriteit is ook onderwerp van een consultatie die het ministerie van Economische Zaken eind 2007 is gestart in verband met de implementatie en uitwerking van de nieuwe Aanbestedingswet die in 2009 in werking zal treden.

Er is kortom alle reden om de NMa te feliciteren, maar er is ook alle reden om aan de hand van een evaluatie van de afgelopen tien jaar en een inventarisatie van mogelijke nieuwe taken (verder dan 2008) vooruit te kijken.

*Mr. drs. M.G.A.M. Custers
Mr. M.J.J.M. Essers
Loyens & Loeff*