

Vergaderjaar 2019–2020

35 467

Wijziging van de Mededingingswet en de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in verband met de implementatie van richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt (PbEU 2019, L 11)

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 11 september 2020

I. ALGEMEEN

De leden van de VVD-fractie hebben met interesse kennisgenomen van de voorgenomen wetwijziging. De wijziging is positief ontvangen door deze leden. Zij vinden het positief dat grensoverschrijdende overtredingen van het mededingingsrecht via deze richtlijn makkelijker kunnen worden beboet en dat het eenvoudiger wordt om boetes te innen bij bedrijven over de grens.

De leden van de CDA-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel. Deze leden hebben hierover nog de volgende vragen en opmerkingen.

De leden van de SP-fractie hebben kennisgenomen van het voorliggende wetsvoorstel en vinden het een goede zaak dat deze wetgeving tracht te verzekeren dat mededingingsautoriteiten binnen de Europese Unie onafhankelijk opereren, maar constateren dat voor de Autoriteit Consument en Markt (ACM) dit in de praktijk al geldt. Over een aantal andere veranderingen die dit wetsvoorstel met zich meebrengt, hebben zij nog enkele vragen.

Met belangstelling heb ik kennis genomen van de vragen van de leden van de fracties van de VVD, het CDA en de SP over het bovengenoemde wetsvoorstel in het verslag. Graag ga ik op deze vragen in.

1.1. Nationaal mededingingsrecht

Vraag 1

De leden van de CDA-fractie lezen dat in situaties waarin het Europese mededingingsrecht van toepassing is, het nationale mededingingsrecht niet strenger mag zijn dan het Europese mededingingsrecht. Kan de

regering aangeven op welke punten er sprake is van een strenger nationaal mededingingsrecht in relatie tot het Europese mededingingsrecht?

Het nationale mededingingsrecht mag inderdaad niet strenger of soepeler zijn in situaties waarin het Europese mededingingsrecht mede van toepassing is. Deze verhouding is nader geregeld in artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003¹. De verordening belet lidstaten niet om, in situaties waarin het Europese mededingingsrecht niet van toepassing is, strengere nationale mededingingswetten aan te nemen en toe te passen.

Het kabinet heeft er echter voor gekozen om het nationale mededingingsrecht (de Mededingingswet) te oriënteren op en aan te laten sluiten bij het Europese mededingingsrecht (Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10 en Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 3). Dit om te voorkomen dat er verschil ontstaat in de uitvoeringspraktijk als het Europese en/of het nationale mededingingsrecht wordt toegepast. Dit uitgangspunt is ook leidend geweest bij de implementatie van richtlijn 2019/1². Daarom zijn de bepalingen uit de richtlijn, zoals geïmplementeerd in nationale wetgeving, zowel van toepassing wanneer de ACM het Europese mededingingsrecht toepast als wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepast, waarbij het niet van belang is of het gaat om parallelle of zelfstandige toepassing.

De uitzondering op dit uitgangspunt zijn de bepalingen inzake de wederzijdse bijstand die nationale mededingingsautoriteiten elkaar moeten kunnen verlenen. Het wordt hier wenselijk gevonden niet te voorzien in een mogelijkheid tot het verlenen van bijstand door de ACM in het geval dat een mededingingsautoriteit van een andere lidstaat het nationale mededingingsrecht van die lidstaat zelfstandig toepast. In dergelijke interne situaties is immers geen sprake van een interstatelijk effect, waardoor bijstand van of aan andere mededingingsautoriteiten niet nodig wordt geacht.

2.1. Aanleiding en doel

De leden van de CDA-fractie lezen dat uit de evaluatie van de ACM (2015) blijkt dat de ACM ruim voldoende mogelijkheden en bevoegdheden heeft om artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) goed en doelmatig toe te passen.

Twee van de conclusies uit die betreffende evaluatie (pagina 37) luiden als volgt:

- *«Echter, met betrekking tot de detectie van mededingingsrechtelijke overtredingen vragen stakeholders zich af of de ACM voldoende overtredingen zoals kartels en misbruik van een economische machtspositie opspoorde. Die vraag is op zich gerechtvaardigd, omdat bijvoorbeeld op grond van «misbruik van een economische machtspositie» sinds de fusie nog geen sanctiebesluiten zijn genomen en omdat de ACM op grond van de outputcijfers minder kartels lijkt op te sporen. Ook zijn er relatief minder gestarte onderzoeken, kartelbesluiten en kartelboetes in vergelijking met de jaren voor de fusie en in vergelijking met bijvoorbeeld Duitsland.»*

¹ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEU 2003, L 1).

² Richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt (PbEU 2019, L 11).

- *«Het is op basis van dit onderzoek niet vast te stellen of de ACM kartels goed genoeg detecteert of dat de relatief lage detectie komt doordat bedrijven minder overtredingen begaan en minder verboden afspraken maken of ze steeds beter weten te verhullen.»*

Vraag 2

De leden van de CDA-fractie vragen of de regering kan aangeven hoe het bovenstaande zich in de periode 2015 tot heden heeft ontwikkeld. Hoezeer verwacht de regering dat het voorliggende wetsvoorstel de «detectiefunctie» van de ACM verder versterkt? Hoe is opvolging gegeven aan de aanbeveling uit de ACM-evaluatie om aanvullende aandacht te hebben voor de afschrikwekkende werking?

De detectiefunctie van de ACM wordt niet verder verstrekt door het voorliggende wetsvoorstel. Echter, heeft de ACM in de afgelopen jaren haar detectiefunctie wel verder geprofessionaliseerd, onder meer door het datagedreven toezicht te intensiveren. De ACM detecteert vaker problemen door analyse van grote databestanden en investeert nog steeds in nieuwe technieken, vaardigheden en competenties. De ACM heeft bovendien afspraken gemaakt met andere overheidsinstellingen over het uitwisselen van data.

Verder blijkt uit de ACM-evaluatie (Kamerstukken II, 2014/15, 25 168, nr. 132) dat de ACM slagvaardig is. Volgens de onderzoekers hanteert de ACM een strategie van probleemoplossend toezicht. Het wetsvoorstel brengt daarin geen verandering. Uit de evaluatie kwam wel naar voren dat de (gepercipieerde) beperkte afschrikwekkende werking van de ACM een aandachtspunt was. Om deze afschrikwekkende werking te verhogen, zijn met ingang van 1 juli 2016 de boetemaxima voor de ACM verhoogd. Door verhoging van de voor de ACM geldende boetemaxima werd beoogd de preventieve afschrikwerking van het markttoezicht te verbeteren.

Bij de invulling van het toezicht en het inzetten van instrumenten staat de effectiviteit en de impact ervan centraal. Vaak is een toezegging of een last onder dwangsom een effectief middel om een overtreding te beëindigen. Daarnaast is het voor de afschrikwekkende werking van het toezicht noodzakelijk dat de ACM boetes oplegt.

3.1. Hoofdpijnen van het wetsvoorstel

Vraag 3

De leden van de SP-fractie lezen dat de bevoegdheden van de ACM worden aangepast in overeenstemming met de richtlijn. Zo wordt bepaald dat de ACM een rechterlijke machtiging nodig heeft om privévervoermiddelen, gebouwen of terreinen te inspecteren, waar dit voorheen alleen voor een woning nodig was. Deze leden vragen in hoeverre het praktische werk van de ACM wordt bemoeilijkt door deze extra stap en in hoeverre dit een extra druk op de rechterlijke macht legt. Zij vragen wat de visie van de ACM is op deze beperking. Ook vragen zij in hoeverre dit een effectieve en snelle fraudebestrijding in de weg gaat staan.

Richtlijn 2019/1 verplicht lidstaten inderdaad tot het eisen van een rechterlijke machtiging in het geval mededingingsautoriteiten privévervoermiddelen, gebouwen of terrein inspecteren. In de praktijk zal deze verplichting voor de ACM en de rechterlijke macht geen grote gevolgen hebben. Waar het gaat om «gebouwen of terreinen», geldt namelijk dat deze, wanneer deze zich op het privéterrein van natuurlijke personen bevinden, in de huidige situatie reeds onder het begrip «woningen»

vallen, in welk geval reeds een rechterlijke machtiging vereist is om een inspectie uit te mogen voeren. Het enige verschil tussen de huidige en de toekomstige situatie heeft betrekking op de inspectie van privévervoermiddelen (waar het gaat om vervoermiddelen van een onderneming, is op grond van de richtlijn geen rechterlijke machtiging vereist). Hiervoor geldt dat de ACM reeds op basis van artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht kan vorderen dat documenten die zich in privévervoermiddelen bevinden, worden overlegd. Het onderzoeken van een privévervoermiddel is in dat geval niet nodig. Een rechterlijke machtiging is onder de richtlijn slechts vereist wanneer de ACM toch een dergelijk onderzoek zou moeten uitvoeren, wat in de praktijk niet vaak zal voorkomen. De invloed van het vereiste van een rechterlijke machtiging voor het inspecteren van privévervoermiddelen, gebouwen of terreinen op het werk van de ACM en de rechterlijke macht zal daarom, tevens in de visie van de ACM, zeer beperkt zijn en zal geen gevolgen hebben voor een effectieve handhaving.

4. Gevolgen van het voorstel

Vraag 4

De leden van de VVD-fractie lezen dat de implementatie van de richtlijn ervoor zorgt dat lidstaten een boete kunnen innen voor een andere autoriteit. Hierbij vragen deze leden hoe het proces van het innen van boetes en het optreden voor elkaars rekening in werking gaat. Daarbij vragen zij ook op welke manier mededingingsautoriteiten hier bureaucratie kunnen ervaren. Wat wordt hier aan gedaan?

Een mededingingsautoriteit van een andere lidstaat kan via een Europees geüniformeerd formulier van het European Competition Network (bestaande uit de mededingingsautoriteiten van de lidstaten van de EU en de Europese Commissie) een verzoek bij een andere nationale mededingingsautoriteit indienen om een boete voor haar te innen.

Wanneer de ACM een dergelijk verzoek binnenkrijgt, dat voldoet aan de voorwaarden die de richtlijn hieraan stelt (artikel 27 van de richtlijn en voorgesteld artikel 89gd van de Mededingingswet (artikel II, onderdeel N van het wetsvoorstel)), zal de ACM overgaan tot inning van de boete zoals zij ook haar eigen boetes int, overeenkomstig afdeling 4.4.4 van de Algemene wet bestuursrecht. Dit proces begint met het aanmanen van de betreffende onderneming en kan uitmonden in invordering bij dwangbevel, waarbij een deurwaarder wordt ingeschakeld en beslag kan worden gelegd. Aangezien de ACM de bevoegdheid heeft om een boete bij dwangbevel in te vorderen, wat ervoor zorgt dat de ACM geen executoriale titel bij een rechter hoeft te verkrijgen, is de regeldruk die ACM ervaart bij het innen van boetes beperkt. Tussen het innen van nationale boetes en boetes die door de ACM worden geïnd voor een andere nationale autoriteit bestaat geen verschil in de mate van regeldruk.

Vraag 5

De leden van de VVD-fractie vragen ook hoe wordt geborgd dat mededingingsautoriteiten in verschillende lidstaten van hetzelfde kwaliteitsniveau zijn en kunnen voldoen aan deze nieuwe bevoegdheden. Tevens willen deze leden graag weten hoe er wordt omgegaan met situaties waarbij boetes niet kunnen worden geïnd omdat de overtreder niet voldoende middelen heeft om de boete te betalen. Welke lidstaat is in dat geval verantwoordelijk voor de administratieve kosten van het innen van een boete?

De richtlijn bevat in de artikelen 3 tot en met 12 een aantal minimumvoorwaarden waaraan nationale mededingingsautoriteiten moeten voldoen. Deze voorwaarden zien op de onafhankelijkheid, middelen en bevoegdheden van mededingingsautoriteiten. Deze artikelen verplichten alle lidstaten om voor hun mededingingsautoriteit de randvoorwaarden te scheppen die een minimum kwaliteitsniveau waarborgen.

De richtlijn geeft lidstaten de mogelijkheid om nationale mededingingsautoriteiten in staat te stellen om bij een oninbare boete de verzoekende autoriteit (de autoriteit die de boete heeft opgelegd) te vragen om de gemaakte kosten van de aangezochte autoriteit te dragen. Het wetsvoorstel bepaalt in het voorgestelde artikel 89ge, lid 2, van de Mededingingswet (artikel II, onderdeel N van het wetsvoorstel) dat de ACM de gemaakte kosten bij een oninbare boete zal verhalen op de verzoekende autoriteit, tenzij de baten daarvan niet opwegen tegen de kosten die de ACM maakt om deze kosten te verhalen.

Vraag 6

De leden van de CDA-fractie lezen dat voor bedrijven die (ook) in het buitenland opereren en mededingingswetgeving overtreden, het wetsvoorstel enige gevolgen kan hebben. Is bekend hoe vaak dit voorkomt, dat wil zeggen dat Nederlandse bedrijven in het buitenland de mededingingsregels overtreden?

Het is niet bekend hoe vaak dit voorkomt. De mededingingsautoriteiten in de verschillende landen houden geen statistieken bij van de herkomst van overtredende bedrijven. Wel is duidelijk dat het voorkomt dat Nederlandse bedrijven in het buitenland de mededingingsregels overtreden. Dit kan een overtreding betreffen die de geografische markt van meerdere lidstaten beslaat. Dergelijke overtredingen worden regelmatig aangepakt door de Europese Commissie. Het kan ook een overtreding zijn van een Nederlands opererend bedrijf in een specifieke Europese lidstaat. De overtreding zal in dat geval worden aangepakt door de mededingingsautoriteit van die lidstaat.

Vraag 7

Verder lezen de leden van de CDA-fractie dat door het Europees gelijk-trekken van clementieregels, wat ook zijn weerslag heeft in dit wetsvoorstel, de verwachting is dat deelnemers aan een kartel eerder geneigd zullen zijn deze te melden. Ook lezen deze leden dat het risico dat een ander bedrijf in een ander land door andere regels voorrang in clementie krijgt met de wijzigingen in regelgeving beperkter is. In Nederland staat in de Beleidsregel clementie beschreven hoe de ACM met clementieverzoeken omgaat. Deze leden zijn benieuwd in hoeverre de clementieregeling zoals opgenomen in deze wetswijziging afwijkt van de beleidsregel zoals die tot nu toe geldt in Nederland? Kan de regering toelichten hoe eventueel voorrang in clementieregelingen werkt en hoe met dit wetsvoorstel (op basis van de richtlijn) het risico van voorrang beperkter is geworden?

Het wetsvoorstel biedt een grondslag voor het vastleggen van clementieregels bij algemene maatregel van bestuur (amvb). Deze amvb zal inhoudelijk grotendeels overeenkomen met de thans geldende Beleidsregel clementie. De Beleidsregel clementie is namelijk al in lijn met het Model Leniency Programme, dat voor leden van het European Competition Network (bestaande uit de mededingingsautoriteiten van de lidstaten van de EU en de Europese Commissie) een model voor de vormgeving van clementieregelingen biedt. Dit Model Leniency

Programme vormde de basis voor de bepalingen over clementie die in richtlijn 2019/1 zijn vastgelegd. De bepalingen die in de amvb zullen worden opgenomen, zullen daarom inhoudelijk grotendeels hetzelfde zijn als de bepalingen in de Beleidsregel clementie. In de nota van toelichting bij de amvb zal de verhouding van de nieuwe voorschriften tot de thans geldende Beleidsregel clementie nader worden toegelicht.

Door de clementieregelingen tussen lidstaten te harmoniseren, verkrijgen ondernemingen meer rechtszekerheid over de voorwaarden van clementie en over hun clementieverzoek. Op dit moment zijn er namelijk opvallende verschillen tussen de clementieregelingen die in de lidstaten worden toegepast. Deze verschillen leiden bij de ondernemingen die inbreuken plegen tot rechtsonzekerheid met betrekking tot de voorwaarden voor hun clementieverzoek en tot onzekerheid met betrekking tot hun immuniteitsstatuut volgens de respectievelijke clementieregelingen. Door de onzekerheid kunnen potentiële clementieverzoekers minder gestimuleerd worden om clementie aan te vragen. Dat kan leiden tot minder doeltreffende handhaving van de mededingingsregels in de Europese Unie, aangezien er minder geheime kartels worden ontdekt. Daarnaast ondermijnen de verschillen tussen de clementieregelingen het gelijke speelveld voor ondernemingen die actief zijn op de interne markt. De richtlijn beoogt meer rechtszekerheid te bieden voor ondernemingen en de aantrekkelijkheid van de clementieregelingen binnen de Unie te vergroten. Doordat de Europese clementieregels worden gelijkgetrokken, wordt verwacht dat deelnemers aan een kartel eerder geneigd zullen zijn om het kartel te melden. Het risico dat een ander bedrijf in een ander land door andere regels voorrang in clementie krijgt, wordt met deze de wijzigingen in regelgeving namelijk kleiner.

Door bijvoorbeeld de voorwaarden voor het aanvaarden van beknopte clementieverzoeken te harmoniseren, wordt bewerkstelligd dat bedrijven verzekerd kunnen zijn van een bepaalde plek in de rij voor clementie. Deze plek is relevant voor de vraag of boete-immuniteit nog beschikbaar is of met welk percentage de boete zal worden verminderd. Eventuele voorrang van een andere onderneming in de rij voor clementie als gevolg van andere voorwaarden voor het aanvaarden van beknopte clementieverzoeken in een andere lidstaat, is dan niet meer aan de orde. Op deze manier wordt de aantrekkelijkheid van de clementieregeling vergroot.

Vraag 8

Ook lezen de leden van de CDA-fractie dat voor zover informatieverplichtingen voor bedrijven zouden voortvloeien uit de nog op te stellen algemene maatregel van bestuur (amvb) over clementie, de lasten op dat moment in beeld zullen worden gebracht. Over deze amvb staat elders in de memorie van toelichting dat die zowel betrekking zal hebben op clementie betreffende overtredingen van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) als op clementie betreffende overtredingen ten aanzien waarvan artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU parallel zouden worden toegepast. Kan de regering aan de leden duidelijk maken wat precies in een dergelijke amvb nader kan worden uitgewerkt?

In deze amvb worden de clementieregels geïmplementeerd die zijn opgenomen in de artikelen 17 tot en met 23 van richtlijn 2019/1. Het gaat hierbij onder meer om voorschriften met betrekking tot de voorwaarden waaronder clementie kan worden verleend, de eisen die aan clementieverzoeken worden gesteld, de manier waarop clementieverzoeken moeten worden ingediend en de wijze waarop mededingingsautoriteiten vervolgens met dergelijke verzoeken dienen om te gaan. Deze amvb zal de thans geldende Beleidsregel clementie vervangen. De reden voor opname

van deze regels in een amvb is de verplichting die voortvloeit uit de richtlijn om voorschriften met betrekking tot clementie in regelgeving te implementeren. Inhoudelijk gezien zal de amvb grotendeels overeenkomen met Beleidsregel clementie (zie het antwoord op vraag 7). Dit betekent dat ook het toepassingsbereik van de amvb hetzelfde blijft als het toepassingsbereik van de Beleidsregel clementie: de clementieregels zullen zowel betrekking hebben op overtredingen van artikel 6 van de Mededingingswet, als op betreffende overtredingen ten aanzien waarvan artikel 6 van de Mededingingswet en artikel 101 VWEU parallel zouden worden toegepast.

Vraag 9

De leden van de CDA-fractie merken op dat de Beleidsregel clementie vooralsnog alleen ziet op overtredingen van het kartelverbod en niet op overtredingen van het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Deze vragen wat hiervoor de reden is. Heeft de regering wellicht overwogen om tegelijk met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/12 de Beleidsregel clementie hierop aan te passen en te verruimen? Waarom wel of niet? Wat betekent dit voor de handhavingspraktijk? Is het verbod op misbruik van een economische machtspositie lastiger te handhaven, zo vragen deze leden? Beschikt de regering over actuele cijfers van het aantal zaken ten aanzien van het verbod op misbruik van een machtspositie dat de ACM rond krijgt?

Clementieregelingen zijn essentiële instrumenten voor het opsporen van kartels en dragen bij tot efficiënte vervolging en oplegging van sancties voor de ernstige inbreuken op het mededingingsrecht. De opsporing en het verkrijgen van bewijs inzake geheime kartels is zeer lastig zonder de essentiële informatie van clementieverzoekers. Verder hebben de clementieregels een preventieve invloed op de vorming van kartels. De clementieregelingen zijn dus essentieel voor de handhaving van het kartelverbod.

Het kabinet heeft niet overwogen om de clementieregels ook van toepassing te laten zijn op het verbod op misbruik van een economische machtspositie, aangezien de clementieregels niet direct geschikt zijn voor de handhaving van dit verbod. In tegenstelling tot de opsporing van kartels is de opsporing van misbruik van economische machtspositie niet of nauwelijks gebaat bij de mogelijkheid tot clementie. Misbruik van een economische machtspositie kan namelijk beter worden opgespoord dan kartelovertreedingen doordat concurrenten, afnemers of leveranciers van de onderneming met een economische machtspositie, die schade ondervinden van misbruik door deze onderneming, dit misbruik melden bij de ACM door middel van een signaal of een handhavingsverzoek.

Verder worden overtredingen van het verbod op misbruik van een economische machtspositie in de meeste gevallen begaan door één onderneming met een machtspositie. Een belangrijke eigenschap van clementie is dat een onderneming die zelf het kartelverbod heeft overtreden een mededingingsautoriteit in kennis stelt van alle andere ondernemingen die bij die overtreding betrokken zijn en bewijs aanlevert tegen zowel zichzelf als die andere ondernemingen. In het geval van overtredingen van het verbod op misbruik van een economische machtspositie zijn er meestal geen andere overtreders om de ACM van de overtreding in kennis te stellen. Als clementie onder de voorwaarden die gelden voor kartels ook zou worden toegepast op misbruik van een economische machtspositie, dan zou de enige overtreder boete-immuniteit kunnen krijgen voor een overtreding die deze onderneming zelfstandig heeft begaan. Dat is een ongewenste situatie.

Daarnaast ziet het wetsvoorstel alleen op de implementatie van de richtlijn. Er worden geen verdere wijzigingen doorgevoerd. Bovendien zou een eventuele verruiming van de clementieregels op Europees niveau moeten worden besloten, zodat lidstaten dezelfde regels toepassen en wordt voorkomen dat er verschil ontstaat in de uitvoeringspraktijk wanneer het Europese of het nationale mededingingsrecht wordt toegepast.

De ACM heeft de afgelopen jaren geïnvesteerd in onderzoek naar misbruik van economische machtsposities. Zo heeft zij in een zaak tegen de NS een boete opgelegd voor misbruik van een economische machtspositie (de juridische procedures lopen nog). In een andere misbruikzaak heeft de ACM vorig jaar een toezegging geaccepteerd (aanpassingen kortingssystematiek radioadvertenties OMS). Verder lopen op dit moment een aantal onderzoeken naar misbruik van economische machtsposities, o.a. in de farmaceutische industrie en naar de App Store van Apple.

II. ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I, Onderdeel C

Vraag 10

De leden van de SP-fractie zien dat verantwoordelijke Ministers op grond van deze wetswijziging geen besluiten van de ACM kunnen vernietigen op het gebied van energie, post, telecommunicatie en vervoer op grond van een specifieke voor de marktsector geldende wet. Deze leden herinneren zich dat nog afgelopen jaar het kabinet een besluit van de ACM over fusie tussen PostNL en Sandd naast zich neerlegde op grond van artikel 47 van de Mw. Zij vragen of een dergelijke stap na het aannemen van dit wetsvoorstel nog mogelijk zou zijn, of dat dit alleen geldt bij nieuwe beleidsregels voor een specifieke sector. Meer in algemeen vragen deze leden, gezien het vitale belang voor de samenleving van energie, post, telecommunicatie en vervoer, of het niet verstandiger zou zijn de mogelijkheid tot vernietiging van besluiten te behouden, omdat hierbij andere afwegingen zwaarder kunnen wegen dan alleen het goed functioneren van een markt. Zij zien weinig meerwaarde in dit onderdeel van de wet, omdat het beschermen van vitale sectoren steeds meer een prioriteit is. Deze leden vragen hoe de regering hierin staat.

Het wetsvoorstel heeft geen effect op de mogelijkheden van de Minister om toepassing te geven aan artikel 47 van de Mededingingswet, waarmee onder bepaalde omstandigheden een vergunning kan worden verleend voor een concentratie na het weigeren van die vergunning door de ACM. Artikel 47 van de Mededingingswet betreft immers geen vernietiging van een besluit van de ACM. Het betreft een bevoegdheid van de Minister om, wanneer de ACM een vergunning voor het tot stand brengen van een concentratie heeft geweigerd, daarvoor alsnog een vergunning te verlenen wanneer naar zijn oordeel gewichtige redenen van algemeen belang zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging.

De bepaling uit het wetsvoorstel, waarin wordt geregeld dat de verantwoordelijke Ministers geen besluiten kunnen vernietigen op het gebied van mededinging, moet in samenhang met artikel 10, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt worden gelezen. Dit eerste lid bepaalt dat, in afwijking van artikel 22, eerste lid, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, de verantwoordelijke Ministers een besluit van de ACM uitsluitend kunnen vernietigen indien het een besluit van algemene strekking betreft en de vernietiging geschiedt wegens

onbevoegdheid van de ACM. Op basis van de huidige wetgeving kan de verantwoordelijke Minister daarom uitsluitend gebruikmaken van zijn bevoegdheid tot vernietiging indien de ACM geen (toereikende) grondslag had om het betreffende besluit te nemen en daarmee de grenzen van haar bevoegdheid heeft overschreden (*ultra vires*).

In de praktijk gaat het bij deze besluiten van algemene strekking om beleidsregels die de ACM vaststelt. Wanneer de ACM individuele besluiten (beschikkingen) neemt, was en is vernietiging door de Ministers niet mogelijk. Vanwege de strenge onafhankelijkheidseisen die Europese wetgeving reeds stelde op het gebied van energie, post, telecommunicatie en vervoer was de bevoegdheid van artikel 10, eerste lid, van de Mededingingswet, tot het vernietigen van deze beleidsregels, al verder ingeperkt in het derde lid. Met dit wetsvoorstel wordt mededinging toegevoegd aan dit derde lid, waardoor het, net zoals nu al het geval is bij de gebieden energie, post, telecommunicatie en vervoer, niet meer mogelijk is voor de Ministers om besluiten van algemene strekking die de ACM in strijd met haar bevoegdheid neemt, te vernietigen. Deze toevoeging is noodzakelijk ter implementatie van de richtlijn aangezien de onafhankelijkheidseisen die richtlijn 2019/1 aan nationale mededingingsautoriteiten overeenkomen met de eisen die reeds met betrekking tot de onafhankelijkheid van toezichthouders op de gebieden van energie, post, telecommunicatie en vervoer werden gesteld. Dit laat onverlet dat de Minister zelf beleidsregels kan vaststellen die met betrekking tot het toezicht van ACM uiteraard voorrang hebben op beleidsregels van de ACM zelf.

ARTIKEL II, Onderdeel N

Vraag 11

De leden van de CDA-fractie constateren dat met onderdeel N diverse artikelen in de Mw worden opgenomen die betrekking hebben op de bijstand die nationale mededingingsautoriteiten elkaar moeten kunnen verlenen. Het betreft de artikelen 89ga – 89gg. Deze leden lezen dat voor bedrijven die (ook) in het buitenland opereren en mededingingswetgeving overtreden, de ACM op basis van dit wetsvoorstel boetes kan innen die andere mededingingsautoriteiten opleggen. Zij vinden dit positief en een verbetering van de naleving en handhaving. Kan de ACM deze boetes innen of is de ACM verplicht deze te innen enkel op verzoek van een collega-mededingingsautoriteit in het buitenland? Ziet de regering een risico in het moeten innen van boetes in situaties die in Nederland niet als een overtreding zouden worden gekwalificeerd, of is dat risico er niet of nihil daar de mededingingswetgeving inmiddels voldoende is geharmoniseerd? Zijn er cijfers inzichtelijk of verwachtingen hoe vaak er nu sprake is van boetes van Nederlandse bedrijven die in het buitenland opereren en waarvan nu geen boetes (kunnen) worden geïnd? Zijn er vice versa cijfers bekend van hoe vaak er nu door de ACM aan buitenlandse bedrijven die in Nederland opereren boetes worden opgelegd die niet (kunnen) worden geïnd?

De ACM wordt als gevolg van de richtlijn verplicht om in specifieke situaties boetes voor buitenlandse mededingingsautoriteiten te innen. Het uitgangspunt daarbij is de situatie waarin een buitenlandse mededingingsautoriteit een boete heeft opgelegd en redelijke inspanningen heeft geleverd om deze boete op haar eigen grondgebied te innen, maar heeft vastgesteld dat de onderneming in de lidstaat van deze autoriteit niet over voldoende activa beschikt om invordering mogelijk te maken. In die situatie is de ACM, na een geldig verzoek dat voldoet aan de in de richtlijn opgenomen eisen, verplicht om te trachten de boete ten uitvoer te leggen. In iedere andere situatie, maar in het bijzonder in de situatie dat de

onderneming aan wie de boete is opgelegd niet in de lidstaat van de verzoekende autoriteit is gevestigd, kán de ACM de boete ten uitvoer leggen, maar is zij daartoe niet verplicht.

De ACM kan alleen boetes innen voor zover deze boetes zijn opgelegd voor een overtreding van artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), waarbij deze overtreding eventueel ook de nationale mededingingsregels van een lidstaat schendt. De artikelen 101 en 102 VWEU gelden in de gehele Europese Unie, waardoor er geen risico bestaat dat de ACM een boete moet innen voor een gedraging die in Nederland niet kwalificeert als een overtreding.

Er zijn geen cijfers bekend van hoe vaak er sprake is van Nederlandse bedrijven die in het buitenland opereren en waarvan nu geen boetes (kunnen) worden geïnd. De verwachting is dat dit gedurende een periode van vijf jaar hooguit enkele keren voorkomt. Vice versa is het sinds de oprichting van de ACM enkele keren voorgekomen dat een boete aan een buitenlandse onderneming niet kon worden ingevorderd.

ARTIKEL II, Artikel 89gc

Vraag 12

De leden van de SP-fractie lezen dat de ACM verplicht wordt bestuurlijke boetes of last onder dwangsom op verzoek van andere nationale mededingingsautoriteit op te leggen, wanneer de autoriteit voldoende inspanningen heeft vertoond dat de betreffende onderneming niet genoeg activa heeft om invordering in de eigen lidstaat mogelijk te maken. Deze leden juichen het toe dat bedrijven die fouten maken grensoverschrijdend kunnen worden aangepakt wanneer deze bedrijven met herstructurering sancties proberen te ontlopen. Zij maken zich echter wel zorgen om misbruik. Deze leden constateren dat in sommige lidstaten de onafhankelijkheid van instituten zwaar onder druk staat, ook wanneer het Unierecht die onafhankelijkheid vereist. Zij vragen of de mogelijkheid bestaat dat een dergelijke lidstaat een nationale toezichthouder inzet als economisch strijdmiddel en verzoeken doet aan de ACM om in Nederland opererende bedrijven bestuurlijke boetes of last onder dwangsom op te leggen zonder dat hiervoor redelijk grond is. Deze leden vragen in hoeverre de ACM nog de bevoegdheid heeft een dergelijk verzoek naast zich neer te leggen wanneer een buitenlandse nationale mededingingsautoriteit stelt de benodigde inspanningen te hebben gedaan.

Op grond van artikel 27, zesde lid, onderdeel b, van richtlijn 2019/1 mogen mededingingsautoriteiten een verzoek om tenuitvoerlegging weigeren wanneer zij op redelijke gronden kunnen aantonen dat de uitvoering van het verzoek duidelijk strijdig zou zijn met de openbare orde van de lidstaat waar tenuitvoerlegging wordt verlangd. De ACM zou dus op grond van het nieuwe artikel 89d van de Mededingingswet (artikel II, onderdeel N van het wetsvoorstel) een verzoek om tenuitvoerlegging kunnen weigeren indien zij op redelijke gronden kan aantonen dat de verzoekende autoriteit een verzoek tot tenuitvoerlegging als economisch strijdmiddel gebruikt en daarmee een verzoek tot tenuitvoerlegging op onjuiste gronden doet.

ARTIKEL II, Artikel 89gf

De leden van de CDA-fractie lezen dat het voorgestelde artikel 89gf voortvloeit uit artikel 28 van de richtlijn en de bevoegdheidsverdeling regelt tussen lidstaten in het geval van geschillen inzake verzoeken tot kennisgeving (artikel 25 van de richtlijn) of tot tenuitvoerlegging van besluiten tot oplegging van geldboeten of dwangsommen (artikel 26 van

de richtlijn). Dit artikel 28 bepaalt dat geschillen die betrekking hebben op de rechtmatigheid van een verzoek tot kennisgeving, van een besluit tot oplegging van een geldboete of dwangsom of van het uniforme instrument op basis waarvan de tenuitvoerlegging in de lidstaat van de aangezochte autoriteit mogelijk is, onder de bevoegdheid van de bevoegde instanties van de lidstaat van de verzoekende autoriteit vallen.

Vraag 13

Begrijpen de leden van de CDA-fractie het goed dat dit betekent dat als een mededingingsautoriteit uit een andere lidstaat de Nederlandse ACM verzoekt tot het opleggen van een geldboete op een in Nederland gevestigde onderneming, dat in theorie op het moment dat de ACM daar geen uitvoering aan wil geven het geschil wordt beslecht voor de bevoegde rechter in het land van de betreffende mededingingsautoriteit waar de (vermeende) overtreding heeft plaatsgevonden?

Dat hangt ervan af. Alleen in het geval dat de buitenlandse tak van een Nederlandse onderneming onvoldoende geld in kas heeft om een boete te betalen, is de ACM verplicht mee te werken aan de tenuitvoerlegging van het innen van een boete bij de Nederlandse (moeder)onderneming. De ACM werkt in dat geval mee aan de invordering van de boete die door de buitenlandse autoriteit is opgelegd. De ACM legt dus niet zelf een boete op.

Zoals uiteengezet in het antwoord op vraag 12, kan de ACM een verzoek tot uitvoering van een besluit tot boeteoplegging weigeren indien de ACM op redelijke gronden kan aantonen dat de uitvoering van het verzoek duidelijk strijdig zou zijn met de openbare orde. Geschillen daarover worden beslecht door de rechter van de lidstaat van de verzoekende autoriteit. In het geval van een geschil over de rechtmatigheid van een verzoek tot uitvoering van de oplegging van geldboeten of dwangsommen, wordt dit geschil op grond van artikel 28, eerste lid, onderdeel a, van richtlijn 2019/1 inderdaad beslecht door de bevoegde rechter in het land van de mededingingsautoriteit die om de tenuitvoerlegging van het boetebesluit verzoekt.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,
M.C.G. Keijzer