

Vergaderjaar 2020–2021

35 770

Wijziging van de Mededingingswet in verband met het expliciteren van de uitsluiting van het kartelverbod van gedragingen in het kader van het gemeenschappelijke landbouw- en visserijbeleid en technische wijzigingen van het concentratietoezicht, en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

1. Inleiding

Met onderhavig wetsvoorstel worden op twee onderdelen wijzigingen van vooral technische aard aangebracht in de Mededingingswet en een wijziging in het Burgerlijk Wetboek. In de eerste plaats wordt de uitsluiting van het kartelverbod van gedragingen in het kader van het Gemeenschappelijke Landbouwbeleid (hierna: GLB) en het Gemeenschappelijke Visserijbeleid (hierna: GVB) in een apart wetsartikel geëxpliciteerd. Met deze wijziging wordt uitvoering gegeven aan het in het regeerakkoord «Vertrouwen in de toekomst» neergelegde voornemen om de Mededingingswet aan te passen zodat de mogelijkheid van samenwerking in de land- en tuinbouw geëxpliciteerd wordt. In de tweede plaats worden wijzigingen aangebracht in het concentratietoezicht. Tot slot voorziet dit wetsvoorstel in de toepassing van de Europeesrechtelijke bepalingen over privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, zoals geïmplementeerd met de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht, op zuiver nationale overtredingen van het mededingingsrecht. Dit gebeurt door middel van een wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

In hoofdstuk 2 van deze memorie wordt de wijziging van de Mededingingswet in verband met het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (hierna: GLB) en het Gemeenschappelijk Visserijbeleid (hierna: GVB) toegelicht. In de hoofdstukken 3 en 4 wordt ingegaan op de wijzigingen ten aanzien van het concentratietoezicht en de nationale toepassing van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Hoofdstuk 5 beschrijft de gevolgen van dit wetsvoorstel en hoofdstuk 6 de ontvangen consultatiereacties en adviezen. Hoofdstuk 7 bevat tot slot een artikelsgewijze toelichting.

Deze toelichting wordt, voor de onderdelen die betrekking hebben op de uitsluiting van het kartelverbod van gedragingen in het kader van het GLB en het GVB, gegeven mede namens de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.

2. Expliciet toestaan samenwerking landbouw en visserij

2.1 Aanleiding

De landbouwsector in Nederland wordt getypeerd door een groot aantal primaire producenten, die vaak homogene producten verkopen waarvan zij het aanbod lastig op korte termijn kunnen aanpassen aan de vraag. Ze verhandelen hun producten in een internationale markt en hebben te maken met risico's die niet altijd makkelijk af te dekken zijn. In 2012 constateerde het Planbureau voor de Leefomgeving dat er zowel in de primaire landbouw als in de rest van de productieketen schaalvergroting optreedt.¹ Als gevolg hiervan kennen schakels verderop in de keten een grote mate van concentratie, waardoor de onderhandelingsmacht tussen de verschillende partijen in de keten onevenwichtig verdeeld kan zijn. Dit zorgt er voor dat de positie van boeren en tuinders in de keten onder druk staat. Enerzijds bestaat er een continue druk om verkoopprijzen te verlagen, omdat de prijs van producten voor consumenten een belangrijk aankoopcriterium is. Anderzijds wordt er juist van primaire producenten gevraagd om aan hogere, bovenwettelijke eisen te voldoen, bijvoorbeeld ten aanzien van dierenwelzijn en duurzaamheid.

Onderlinge samenwerking is een manier voor boeren en tuinders om hun positie in de keten te versterken. Dat kan de onderhandelingspositie van de ondernemer in de keten verbeteren en het inkomen van de boeren en tuinders positief beïnvloeden, bijvoorbeeld via lagere transactiekosten, efficiëntieverbeteringen, afzetzekerheid, toegang tot markten en het delen van kennis en innovatie. De studie «Positie primaire producent in de keten» van Wageningen Economic Research² wijst uit dat primaire agrarische ondernemers al op verschillende manieren samenwerken, maar dat nog niet alle mogelijkheden worden benut. Boeren blijken onder meer juridische belemmeringen te ervaren bij het vormgeven van hun samenwerking. De mededingingsregelgeving wordt daarbij het vaakst genoemd door de geïnterviewde boeren, terwijl ook aan de Europese regelgeving ten aanzien van de gemeenschappelijke marktordening in het kader van het GLB wordt gerefereerd.

De mededingingsregelgeving bevat normen – zoals het kartelverbod – die mededingingsbeperkende gedragingen tegengaan. Het is tot op zekere hoogte logisch dat boeren het mededingingsrecht als belemmerend ervaren. Onduidelijkheid is ook deels inherent aan het mededingingsrecht, waarin de normen, zoals het kartelverbod, in algemene termen zijn geformuleerd. Dit heeft als voordeel dat deze normen door de tijd en door verschillende economische sectoren heen goed toepasbaar zijn gebleken. Het gevolg is dat de normen telkens vertaald moeten worden naar de omstandigheden van het specifieke geval. Het toezicht op deze normen vindt bovendien achteraf plaats. Dit kan leiden tot onzekerheid of een gedraging toegestaan is onder de mededingingsregelgeving.

Dat het mededingingsrecht als belemmerend en onduidelijk wordt ervaren, is dan ook niet uniek voor de landbouwsector en geldt – in meer of mindere mate – voor alle economische sectoren. Wat wel uniek is voor

¹ <https://themasites.pbl.nl/balansvandeleeftomgeving/jaargang-2012>.

² Wageningen Economic Research, Wageningen, juni 2018, «Positie primaire producent in de keten».

de landbouwsector, is dat het GLB bepaalde gedragingen van landbouwers uitsluit van het kartelverbod, in aanvulling op de uitzonderingen die krachtens het algemene mededingingsrecht voor alle sectoren gelden. Deze in juridisch-technische zin bijzondere uitsluitingen worden in de volgende paragraaf nader toegelicht.

2.2 Europeesrechtelijk kader en huidige implementatie

De kern van het Europese mededingingsrecht wordt gevormd door het zogenoemde kartelverbod (artikel 101 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie, hierna: VWEU) en het verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 102 VWEU). Het kartelverbod van artikel 101, eerste lid, VWEU houdt in dat overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging op de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden zijn. Artikel 102 VWEU verbiedt één of meer ondernemingen misbruik te maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed. Het toezicht op deze verbodsbepalingen vindt achteraf plaats (ex post).

Daarnaast bevat het VWEU specifieke bepalingen over de mededinging in de landbouw- en visserijsector.³

Bij het opstellen van deze verdragsbepalingen werd al voorzien dat voor het bereiken van de doelstellingen van het GLB en het GVB⁴ collectieve acties door landbouwers en vissers zouden moeten worden gefaciliteerd en bevorderd en daarmee spanningen met het algemene mededingingsrecht zouden kunnen ontstaan. Om die reden bepaalt artikel 42 VWEU dat de Uniewetgever dient te bepalen in hoeverre het mededingingsrecht van toepassing is op de voortbrenging van en handel in landbouw- en visserijproducten. Met artikel 42 VWEU is, volgens jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU), tot uitdrukking gebracht dat het kartelverbod en het verbod op misbruik van een machtspositie van toepassing zijn op de landbouw- en visserijsector, maar dat de doelstellingen van het GLB en GVB in voorkomend geval voorrang hebben op de doelstellingen van de EU op het gebied van mededinging.⁵

De reikwijdte van artikel 42 VWEU, en daarmee de uitsluiting van gedragingen van het mededingingsrecht, is op twee manieren beperkt. De eerste beperking volgt uit het feit dat artikel 42 VWEU betrekking heeft op landbouwproducten, die in artikel 38, eerste lid, VWEU zijn gedefinieerd als «de voortbrengselen van bodem, veeteelt en visserij alsmede de producten in eerste graad van bewerking welke met de genoemde voortbrengselen rechtstreeks verband houden». Tevens moet het gaan om de in bijlage 1 van het VWEU genoemde producten. De tweede beperking volgt uit de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van het HvJEU dat artikel 42 VWEU betrekking heeft op toepassing van de mededingings-

³ Artikel 38, eerste lid, VWEU bepaalt dat verwijzingen naar het gemeenschappelijk landbouwbeleid of naar de landbouw worden geacht tevens te gelden als verwijzing naar de visserij, met inachtneming van de bijzondere kenmerken van de visserijsector.

⁴ Het verbeteren van de productiviteit, een redelijke levensstandaard verzekeren voor de landbouwbevolking, het stabiliseren van markten, de voedselvoorziening veilig stellen en redelijke prijzen voor verbruikers verzekeren (artikel 38 VWEU).

⁵ HvJEU 29 oktober 1980, zaaknr. C-139/79 (Maizena GmbH tegen Raad van de Europese Gemeenschappen), r.o. 23; HvJEU 5 oktober 1994, zaaknr. C-280/93 (Bondsrepubliek Duitsland tegen Raad van de Europese Unie), r.o. 61; HvJEU 12 december 2002, zaaknr. C-456/00 (Franse Republiek tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen), r.o. 33.

regels in de «landbouwsector». De landbouwsector en de visserijsector bestaan uit ondernemingen die zich bezig houden met de productie en afzet van landbouw- en visserijproducten, en de producenten- en brancheorganisaties waar zij onderdeel van zijn.

De Uniewetgever heeft op dit moment in drie verordeningen, twee op het terrein van landbouw en één op het terrein van visserij, bepaald dat de mededingingsregels van toepassing zijn op de landbouw- en visserijsector, behalve in de gevallen waarin gedragingen in de betreffende verordeningen zijn uitgesloten.⁶ De drie verordeningen voorzien in enkele algemene uitsluitingen van het kartelverbod, bijvoorbeeld voor gedragingen die bijdragen aan alle GLB- of GVB-doelstellingen of in crisissituaties. De GMO-verordening voor landbouwproducten voorziet daarnaast in specifieke uitsluitingen van het kartelverbod voor erkende producentenorganisaties, unies van producentenorganisaties en brancheorganisaties, om bepaalde vormen van afstemming en tussen landbouwproducenten over de omvang van de productie of de prijzen mogelijk te maken.

Het is vaste jurisprudentie van het HvJEU dat deze afwijkingen strikt moeten worden uitgelegd.⁷

Deze uitsluitingen van het kartelverbod voor het GLB en het GVB zijn voorts, met name in de GMO-verordening voor landbouwproducten, op een ingewikkelde wijze geformuleerd en volgen soms impliciet uit de verordeningsbepalingen, zo blijkt uit het Witlofarrest.⁸ Dit maakt deze uitsluitingen in de praktijk lastig toepasbaar.

De in het kader van het GLB en het GVB van het kartelverbod uitgesloten gedragingen hebben het bijzondere karakter van een uitsluiting en niet het karakter van een uitzondering op of een vrijstelling, zo heeft het HvJEU in hetzelfde voornoemde Witlofarrest bepaald. Deze gevallen hebben daarmee een ander juridisch karakter dan bijvoorbeeld de groepsvrijstellingen van het kartelverbod die krachtens artikel 103, derde lid, VWEU van kracht zijn.

Het Europese mededingingsrecht is geïmplementeerd in de Mededingingswet. Het nationale mededingingsrecht mag 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 nr. 1/2003.⁹ 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. De Mededingingswet heeft als uitgangspunt dat het nationale mededingingsrecht niet strenger zal en niet soepeler mag zijn dan de

⁶ Artikel 206 van verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de Verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad (PbEU 2013, L 347); artikel 1 bis van Verordening (EG) nr. 1184/2006 van de Raad van 24 juli 2006 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten (PbEU 2006, L 214); artikel 40 van Verordening (EU) nr. 1379/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2013 houdende een gemeenschappelijke marktordening voor visserijproducten en aquacultuurproducten, tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 1184/2006 en (EG) nr. 1224/2009 van de Raad en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 104/2000 van de Raad (PbEU 2013, L 354).

⁷ Zie o.a. HvJEU 12 december 1995, zaaknr. C-399/93 (H.G. Oude Luttikhuis e.a. tegen Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA), r.o. 23.

⁸ HvJEU 17 november 2017, zaaknr. C-671/15 (Président de l'Autorité de la concurrence / Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) e.a.), r.o. 38.

⁹ 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).

EU-mededingingsregels.¹⁰ Dit draagt bij aan een uniforme uitvoeringspraktijk en zorgt er voor dat de toepassing van de Mededingingswet in belangrijke mate wordt beïnvloed door de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie, de richtsnoeren die door de Europese Commissie zijn opgesteld en de jurisprudentie van het HvJEU. De uitsluitingen van het kartelverbod die krachtens artikel 42 VWEU voor de landbouw en de visserij gelden, werken thans in de Mededingingswet door via artikel 12, dat kort gezegd bepaalt dat het kartelverbod (artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet) niet geldt voor gedragingen waarvoor krachtens een verordening van de Raad of van de Europese Commissie artikel 101, eerste lid, VWEU buiten toepassing is verklaard. Verordeningen in het kader van het GLB en het GVB vallen daarmee ook onder de reikwijdte van artikel 12 van de Mededingingswet.

2.3 Voorgestelde aanpassing van de Mededingingswet

De onduidelijke formulering van de uitsluitingen van het kartelverbod in de betreffende EU-verordeningen en de daaruit voortvloeiende onzekerheid over de toepassing daarvan, is een vraagstuk dat primair op EU-niveau moet worden opgelost. De inzet van het kabinet is dan ook om in het toekomstige GLB de positie van de boer in de keten te versterken door ruimte en helderheid te bieden voor horizontale samenwerking (tussen producenten) en verticale samenwerking (in de keten) voor wat betreft de uitzonderingsmogelijkheden voor de landbouw op de Europese mededingingsregelgeving.¹¹ Daarnaast zou het wenselijk zijn als de Europese Commissie voor deze situatie richtsnoeren zou opstellen, om onduidelijkheden weg te nemen en een uniforme toepassing van deze bepalingen in de EU te bevorderen.

Die inzet op EU-niveau neemt niet weg dat het kabinet ook op nationaal niveau een bijdrage wil leveren aan het wegnemen van de onduidelijkheden over de toepassing van de mededingingsregels in de landbouwsector. Wat betreft de rol die wetgeving daarbij kan spelen, past enige bescheidenheid. Het is niet aan de nationale wetgever om knopen door te hakken op de punten waarop het EU-recht onduidelijkheden geeft. Zou de nationale wetgever een bepaalde uitleg van EU-recht in regelgeving vastleggen en het HvJEU komt tot een andere uitleg, dan is de betreffende nationale regelgeving strijdig met het EU-recht. Ook een verruiming van het nationale deel van het mededingingsrecht, specifiek gericht op landbouw, is geen optie. Het Europese en nationale mededingingsrecht zouden dan voor de landbouwsector verschillend toegepast worden, hetgeen een nieuwe bron van onzekerheid zou zijn in het licht van het internationale karakter van de sector. Het nationale mededingingsrecht heeft voorts maar voor een beperkt deel van de landbouwsector betekenis, omdat het nationale mededingingsrecht enkel van toepassing is op gedragingen die geen gevolgen hebben voor de interne markt.

Uit de jurisprudentie van het HvJEU, met name het recente voornoemde Witlofarrest, blijkt dat de uitsluitingen van het kartelverbod in het kader van het GLB een uniek juridisch-technisch karakter hebben. Dit is voor het kabinet reden om voor te stellen om de doorwerking van deze uitsluitingen op het niveau van de wet zelf expliciet te maken, in de vorm van een nieuw artikel 11a (zie artikel I, onderdeel A, van dit wetsvoorstel). Dit artikel heeft zowel betrekking op de visserijsector als de landbouwsector, want beide sectoren vallen onder hetzelfde regime onder het VWEU waar het gaat om de verhouding tot het mededingingsrecht.

¹⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.

¹¹ Kamerstukken II, 2018/19, 28 625, nr. 256.

Het toevoegen van het voorgestelde artikel 11a heeft primair een technisch karakter, omdat de uitsluitingen van het kartelverbod in het kader van het GLB en het GVB al doorwerkten via artikel 12 van de Mededingingswet. Het kabinet acht deze wijziging om twee redenen van belang. In de eerste plaats wordt op deze manier expliciet gemaakt dat het GLB (en het GVB) meer ruimte biedt voor samenwerking dan voor andere sectoren geldt. In de tweede plaats sluit deze wijze van doorwerking beter aan bij de systematiek van de Mededingingswet, waarin de uitzonderingen op het kartelverbod die in het VWEU zelf zijn neergelegd, op het niveau van de wet zijn opgenomen.¹²

In een uitzondering op het verbod op misbruik van een machtspositie (artikel 24 van de Mededingingswet) voor het GLB en GVB wordt niet voorzien in dit wetsvoorstel. Gezien het feit dat uit de verordeningen op grond van artikel 42 VWEU volgt dat er naar de huidige stand van het EU-recht geen gedragingen in de landbouw- en visserijsector zijn uitgesloten van het verbod op misbruik van een machtspositie zoals opgenomen in artikel 102 VWEU, is het kabinet van oordeel dat het opnemen van een op het voorgestelde artikel 11a gelijkende bepaling in de Mededingingswet ten aanzien van het verbod op misbruik van een machtspositie niet nodig is. Mocht er in de toekomst sprake zijn van uitsluiting van gedragingen in de landbouw- en visserijsector van het verbod op misbruik van een machtspositie op EU-niveau, dan zal alsnog de Mededingingswet daarop worden aangepast. Hoewel meer theoretisch van aard, geldt hetzelfde voor eventuele afwijkingen ten aanzien van artikel 106 VWEU inzake openbare bedrijven en ondernemingen die zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang.

Het voorgestelde artikel 11a, eerste lid, zal – eenmaal verheven tot wet – niet op zichzelf leiden tot minder onzekerheid bij landbouwers en vissers over de toepassing van het kartelverbod. Daarom wordt voorgesteld om de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit in de Staatscourant te laten mededelen welke gevallen zijn uitgesloten van het kartelverbod (het voorgestelde artikel 11a, tweede lid).

Een dergelijke mededeling is een in wetgeving gebruikelijke wijze om duidelijkheid te geven over de inhoud van Europese wetgeving of besluiten die rechtstreeks doorwerken en wijzigingen daarin. Voor de goede orde zij opgemerkt dat deze mededeling een zuiver declaratoir karakter heeft en geen rechtsgevolgen heeft. De mededeling is ook geen voorwaarde voor de doorwerking van de uitsluitingen van het kartelverbod; het voorgestelde artikel 11a, eerste lid, voorziet in die doorwerking.

Daarnaast zal de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit samen met de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat en de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een handreiking publiceren die de samenwerkingsmogelijkheden in de landbouw verduidelijkt en stimuleert teneinde de positie van de boer in de keten te versterken. Deze handreiking zal in de plaats komen van de «Handleiding mededingingsrecht voor producentenorganisaties en brancheorganisaties in de landbouwsector» uit 2014.¹³ Het publiceren van de handreiking moet boeren handvatten geven om in concrete gevallen te bepalen wat de mogelijkheden en onmogelijkheden voor samenwerking zijn. Deze handreiking is onderdeel van een bredere voorlichtingscampagne die LNV in het kader van de aangepaste Mededingingswet gaat opstarten. Deze campagne heeft als doel boeren en tuinders te informeren over de

¹² Zie bijvoorbeeld de artikelen 6, derde lid, 7, 10 en 11 van de Mededingingswet.

¹³ Kamerstukken II 2014/15, 28 625, nr. 222.

mogelijkheden tot samenwerking in de sector. Tot slot wordt er een samenwerkingsambassadeur aangesteld (motie Geurts¹⁴). Meer nog dan het geven van voorlichting, gaat deze ambassadeur actief de samenwerking bevorderen.

Onderhavige wijziging van de Mededingingswet en de flankerende maatregelen daarbij zijn onderdeel van een breder pakket aan maatregelen om de positie van de boer in de keten te versterken, zoals aangekondigd in het regeerakkoord «Vertrouwen in de toekomst».¹⁵ Dit pakket is in de brief «Positie van de boer in de keten»¹⁶ van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, mede namens de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, uitgewerkt en bestaat uit: het wettelijk verbieden van oneerlijke handelspraktijken in de land- en tuinbouwsector¹⁷, het bieden van ruimte aan duurzaamheidsinitiatieven met het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven¹⁸ en de oprichting van een agro-nutrimonitor bij de ACM, om meer inzicht te krijgen in het functioneren van de markt in landbouwproducten.

3. Wijzigingen in het concentratietoezicht

Hoofdstuk 5 van de Mededingingswet gaat over concentraties. Op grond van de bepalingen in dit hoofdstuk moet een voorgenomen concentratie bij de ACM worden gemeld. Na de melding vindt een eerste onderzoek plaats naar de gevolgen van de concentratie voor de mededinging. Alleen indien er reden is om aan te nemen dat als gevolg van de concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, kan tot een tweede fase onderzoek worden besloten. Deze fase eindigt met het al dan niet verlenen van een vergunning voor de concentratie.

Uitgangspunt van de Mededingingswet is dat zo veel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij het Europese mededingingsrecht. Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEG 2004, L 24) (hierna: de EG-concentratieverordening) bevat het Europeesrechtelijk kader voor het concentratietoezicht. Bij de inrichting van het Nederlandse concentratietoezicht is aansluiting gezocht bij dit Europeesrechtelijk kader.¹⁹ Gebleken is echter dat de bepalingen over het concentratietoezicht in de Mededingingswet op enkele onderdelen niet geheel overeenkomen met het Europeesrechtelijk kader; dat wordt met dit wetsvoorstel hersteld. Daarnaast wordt een aantal bepalingen meer in lijn gebracht met de geldende praktijk en worden enkele bepalingen verduidelijkt. Vanwege de technische aard van deze wijzigingen wordt voor een nadere toelichting op de wijzigingen verwezen naar het artikelsgewijze deel van deze memorie van toelichting.

4. Wijzigingen privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht

Op 10 februari 2017 is de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht in werking getreden (Stb. 2017, 28). Met deze wet wordt richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (PbEU

¹⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 000 XIV, nr. 81.

¹⁵ Kamerstukken II 2017/18, 34 700, nr. 34, bijlage, p. 34 en 44.

¹⁶ Kamerstukken II 2017/18, 28 625, nr. 257.

¹⁷ Een ontwerp van dit wetsvoorstel is medio 2019 geconsulteerd.

¹⁸ Kamerstukken II 2019/20, 35 247, nr.2.

¹⁹ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 32.

2014, L 349) (hierna: de richtlijn) geïmplementeerd in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna ook: Rv). Met deze richtlijn is beoogd te garanderen dat benadeelden van mededingingsinbreuken daadwerkelijk schadevergoeding kunnen vorderen. Daarnaast bevat de richtlijn maatregelen om te voorkomen dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht de publiekrechtelijke handhaving door de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten (in Nederland de ACM) doorkruist.

De richtlijn is alleen van toepassing op overtredingen van de artikelen 101 en 102 van het VWEU en op overtredingen van het nationale mededingingsrecht die parallel met de verdragsartikelen worden toegepast. Dit geldt, vanwege het beleid om implementatievoorstellen niet te voorzien van zogenoemde nationale koppen, ook voor het toepassingsbereik van de implementatiewet. In de memorie van toelichting bij de implementatiewet is het voornemen geuit om in een separaat wetsvoorstel de bepalingen ook op zuiver nationale overtredingen van het mededingingsrecht van toepassing te verklaren.²⁰ Het uitgangspunt van de Mededingingswet is dat deze niet strenger en niet soepeler is dan het Europese mededingingsrecht.²¹ De Mededingingswet volgt dan ook het Europese mededingingsrecht: nationaal worden dezelfde materiële normen en dezelfde begrippen gehanteerd. Het ligt in de rede om op nationale gevallen dezelfde aansprakelijkheids-, schadevergoedings- en bewijsrechtelijke regels toe te passen als toepasselijk zijn op schadevergoedingsacties naar aanleiding van een overtreding van het Europese mededingingsrecht. Het maakt voor gedupeerden immers niet uit of het een zuiver nationaal geval betreft of niet; in beide gevallen wordt een inbreuk gemaakt op dezelfde mededingingsrechtelijke materiële regels. Het ligt niet in de rede om dan andere regels te hanteren bij schadevergoedingsacties naar aanleiding van een inbreuk op het mededingingsrecht. Dit zou uiteindelijk het ongewenste effect kunnen hebben dat in soortgelijke gevallen de mate waarin de schade wordt vergoed uiteenloopt. Ook voor clementieontvangers verdient het de voorkeur dat dezelfde regels van toepassing zijn.

Dat is bijvoorbeeld van belang voor de bescherming die zij in beginsel genieten bij hoofdelijke aansprakelijkheid.²²

De uitleg van de artikelen uit de implementatiewet is voorbehouden aan het HvJEU (artikelen 6:193k tot en met 6:193t BW, 44a, derde lid, 161a, en 844–850 Rv). Met de inwerkingtreding van onderhavig wetsvoorstel wordt deze uitleg ook leidend als deze artikelen van toepassing zijn op zuiver nationale gevallen. Dezelfde of vergelijkbare begrippen uit de implementatiewet komen overigens ook op andere plaatsen in het Nederlandse recht voor. Te denken valt aan het begrip «onderneming». De interpretatie van deze begrippen buiten de context van Boek 6, titel 3, afdeling 3B, BW inzake de schending van mededingingsrecht, bijvoorbeeld in de context van Boek 2 BW, blijft voorbehouden aan de nationale rechter.²³

In geval van een inbreuk op het mededingingsrecht kunnen degenen die hierdoor schade hebben geleden schadevergoeding vorderen. Ingevolge het oorspronkelijke onderdeel a van artikel 6:193k BW werd onder een inbreuk op het mededingingsrecht verstaan een inbreuk op artikel 101 of 102 van het VWEU of het mededingingsrecht van een lidstaat van de

²⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 2.

²¹ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.

²² Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 5.

²³ vgl. Kamerstukken II 2016/17, 34 490, nr. 6, p. 2.

Europese Unie dat parallel wordt toegepast. Voorgesteld wordt de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet als derde element aan deze opsomming toe te voegen. Hierdoor kwalificeren als een inbreuk op het mededingingsrecht: (a) een inbreuk op de desbetreffende verdragsbepalingen; (b) een inbreuk op het nationale mededingingsrecht in geval van parallelle toepassing; (c) een inbreuk op het nationale mededingingsrecht. Zo kan in al die gevallen onder dezelfde aansprakelijkheids-, schadevergoedings- en bewijsrechtelijke bepalingen vergoeding van geleden schade worden gevorderd. Van de mededingingsrechtelijke besluiten van de ACM is ongeveer 60 procent gebaseerd op parallelle toepassing van het mededingingsrecht. Ongeveer 40 procent van de besluiten is gebaseerd op alleen het nationale mededingingsrecht.

Volstaan kan worden met deze wijziging van artikel 6:193k, onderdeel a, BW, omdat de geïmplementeerde bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verwijzen naar de inbreuk op het mededingingsrecht als bedoeld in dit artikel in het BW (zie artikelen 44a, 161a en 844 Rv). In het verloop daarvan wordt ook voorzien in een wijziging van de definitie van het begrip «mededingingsautoriteit» in artikel 6:193k, onderdeel c, BW, zodat deze definitie ook betrekking heeft op de taken van ACM met betrekking tot het nationale mededingingsrecht.

5. Gevolgen wetsvoorstel

5.1 Gevolgen (niet-financieel)

Het effect van dit wetsvoorstel is beperkt, aangezien het wijzigingen van overwegend technische aard betreft. De wijziging in verband met het expliciet maken van de ruimte voor samenwerking door boeren en vissers (zie hoofdstuk 2 van deze memorie) moet in samenhang gezien worden met de flankerende maatregelen die de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit heeft aangekondigd om de samenwerking te stimuleren, waaronder de te publiceren handreiking die gezamenlijk met de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat en de ACM wordt vastgesteld.

Het ligt in de rede dat primaire agrarische ondernemers door de toegenomen duidelijkheid die door dit hele maatregelenpakket geboden wordt over wettelijke toegestane samenwerkingsmogelijkheden, vaker kiezen om met elkaar samen te werken. Dit kan immers zorgen voor lagere transactiekosten, efficiëntieverbeteringen, afzet zekerheid, toegang tot markten en het delen van kennis en innovatie. Meer duidelijkheid kan zo bijdragen aan het versterken van de positie van de boer in de keten.

5.2 Uitvoering, toezicht en handhaving

De ACM is belast met de uitvoering, toezicht en handhaving van het bepaalde in de Mededingingswet en dus ook de onderdelen van onderhavig wetsvoorstel. De voorgestelde wijzigingen van de Mededingingswet zijn overwegend technisch van aard en hebben geen directe wijzigingen in de uitvoering, toezicht en handhaving tot gevolg. De wijziging in verband met het expliciet maken van de ruimte voor samenwerking door boeren en vissers (zie hoofdstuk 2 van deze memorie) en de flankerende maatregelen daarbij hebben mede tot doel om de samenwerking tussen boeren en vissers te vergemakkelijken. Indien daardoor een toename van samenwerking tussen deze actoren ontstaat, dan ligt het in de rede dat de ACM dat ook zal merken bij de uitvoering, toezicht en handhaving van de Mededingingswet.

De ACM heeft een uitvoerings- en handhaafbaarheidstoets gedaan ten aanzien van het wetsvoorstel²⁴. Ten aanzien van de wijzigingen in de Mededingingswet voor samenwerkingsmogelijkheden in de landbouw- en visserijsector stipt zij vier punten aan.

Allereerst wijst de ACM terecht op het feit dat de uitsluitingen van het kartelverbod ook neergelegd kunnen zijn in gedelegeerde handelingen van bijvoorbeeld de Europese Commissie en niet enkel in verordening van de Europese Raad en het Europees Parlement. Het voorgestelde nieuwe artikel 11a is hierop aangepast.

Ten tweede merkt de ACM op dat de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid van de wet vergroot zou worden als zou worden verhelderd of met het wetsvoorstel ook de regulering van de doorwerking van de artikelen 102 en 106 VWEU is beoogd. Naar aanleiding van deze opmerking is paragraaf 2.3 van deze memorie aangevuld om verder te verhelderen dat onderhavig wetsvoorstel niet voorziet in de regulering van de doorwerking van de artikelen 102 en 106 VWEU.

Ten derde is op verzoek van de ACM in paragraaf 2.3 van deze memorie verduidelijkt dat de mededeling in de Staatscourant, zoals voorzien in het voorgestelde artikel 11a, tweede lid, geen voorwaarde is voor doorwerking van een uitsluiting van het kartelverbod.

Tot slot heeft de ACM verzocht in onderhavige memorie te verduidelijken wie verantwoordelijk en betrokken is bij de te publiceren handreiking. De Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit zal er zorg voor dragen dat gezamenlijk met de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat en de ACM de handreiking wordt gepubliceerd.

De ACM acht de andere wijzigingen in deze wet als uitvoerbaar en handhaafbaar en heeft daarom geen opmerkingen.

5.3 Financiële gevolgen

De ACM stelt dat zij verwacht voor een goede uitvoering van de wet, alsmede voor het creëren van een goede handreiking voor primaire agrarische ondernemers over samenwerkingsmogelijkheden, een incidenteel bedrag van € 150.000,- nodig te hebben.

Daarbij stelt de ACM dat zij naar aanleiding van dit wetsvoorstel en een toekomstige mededeling van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit vragen van ondernemers verwacht die beantwoord moeten worden, alsmede inzet nodig heeft om de handreiking mede tot stand te brengen.

Voor de wijzigingen in het concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht worden geen financiële gevolgen verwacht.

5.4 Regeldruk

Dit wetsvoorstel heeft geen gevolgen voor de regeldruk. De wijziging met betrekking tot het expliciteren van de bijzondere positie van de landbouw- en visserijsector in het mededingingsrecht brengt geen inhoudelijke wijzigingen voor bedrijven in deze sectoren met zich mee. De wijzigingen die met dit wetsvoorstel in het concentratietoezicht worden aangebracht zijn voornamelijk van technische aard. Het betreft het in lijn brengen van

²⁴ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

bepalingen met de EG-concentratieverordening en de geldende praktijk. Daarom zijn de gevolgen voor het bedrijfsleven (regeldruk en nalevingslasten) naar verwachting zeer beperkt. Hetzelfde geldt voor de gevolgen voor de uitvoeringspraktijk van de ACM. De uitbreiding van de toepassing van de met de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht geïntroduceerde bepalingen naar zuiver nationale overtredingen van het mededingingsrecht, heeft geen regeldrukgevolgen voor burgers. De wijziging brengt ook geen nalevingskosten voor het bedrijfsleven met zich, omdat niet wordt voorzien in wettelijke informatieverplichtingen jegens de overheid.

6. Advies en consultatie

Van 22 juli tot 19 augustus 2019 is het onderdeel van het ontwerpvoorstel dat betrekking heeft op de landbouw- en visserijsector via internet geconsulteerd. Op deze consultatie zijn zes openbare reacties binnengekomen. Vijf waren van vertegenwoordigende organisaties, te weten de Nederlandse Melkveehouders Vakbond (NMV), de Dutch Dairymen Board (DDB), het Brabants Agrarisch Jongeren Kontakt, de Nederlandse Akkerbouw Vakbond (NAV) en BarentsKrans N.V. namens Land- en Tuinbouw Organisatie Nederland (LTO). De zesde was afkomstig van juridisch landbouwkundig consultant Litjens.

De wijzigingen met betrekking tot het concentratietoezicht en de privaatrechtelijke handhaving zijn geconsulteerd in de periode van 1 september tot en met 29 oktober 2017 als onderdeel van het ontwerpvoorstel wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over markt en overheid en wijzigingen in het concentratietoezicht, en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Die consultatie heeft 29 reacties opgeleverd, waarvan 25 openbaar. Daarnaast is het wetsvoorstel voorgelegd aan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, het Interprovinciaal Overleg, de Unie van Waterschappen, de Raad voor de Rechtspraak²⁵ en het Adviescollege toetsing regeldruk (hierna: ATR)²⁶. Op deze reacties en adviezen wordt hierna ingegaan, voor zover deze betrekking hadden op de onderdelen die in onderhavig wetsvoorstel zijn opgenomen.

6.1 Wijzigingen met betrekking tot de landbouw- en visserijsector

6.1.1. Adviezen

De ATR heeft geen opmerkingen gemaakt ten aanzien van deze wijziging en verwacht geen extra regeldruk, aangezien het geen nieuwe regels creëert.

6.1.2. Internetconsultatie

In de reacties wordt unaniem steun uitgesproken voor het aanpakken van de geschetste problematiek. Over de manier waarop de problematiek aangepakt dient te worden, bestaan wel verschillende meningen. Uit de reacties zijn over het geheel gezien vier punten te ontleden die aanleiding hebben gegeven tot aanpassing of verduidelijking van de wetswijziging dan wel de toelichting.

²⁵ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

²⁶ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

Ten eerste wordt in verschillende reacties kritisch gereageerd op het publiceren van de Europeesrechtelijke uitzonderingen op het mededingingsrecht in de landbouwsector in de Staatscourant. Concreet stellen enkele partijen een alternatief voor, namelijk het stellen van nationale landbouwregels. Zoals in paragraaf 2.3 van deze memorie is toegelicht, acht het kabinet het niet wenselijk om voor de binnenlandse markt de Europese regels nader te concretiseren of van die regels af te wijken. In verschillende reacties wordt voorts bepleit dat de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit de mededeling zou moeten publiceren en niet de Minister van Economische Zaken en Klimaat zoals in het geconsulteerde ontwerp het geval was. Omdat de verordeningen op het terrein van landbouw en visserij vallen binnen het beleidsterrein waar de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit voor verantwoordelijk is, is artikel 11a, tweede lid, in lijn met deze reactie aangepast.

In verschillende reacties werden voorts bedenkingen geuit bij het onderdeel van het geconsulteerde ontwerp waarin was voorzien in de explicitering van afwijkingen van het verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 van de Mededingingswet). Het kabinet is het met de indieners van deze reacties eens dat het opnemen van een uitzonderingsbepaling in de Mededingingswet ten aanzien van het misbruik van een economische machtspositie – hoewel systematisch juist – in de praktijk geen betekenis zou hebben en juist verwarring kan wekken. Het betreffende artikel 24a is derhalve uit onderhavig wetsvoorstel verwijderd.

Overigens werd in de reacties ook gesteld dat het opnemen van een bepaling ten aanzien van het verbod op misbruik van een economische machtspositie ook nadelig zou kunnen uitpakken voor primaire producenten, omdat een dergelijke uitsluiting gebruikt zou kunnen worden door de verwerkende industrie jegens primaire producenten. In reactie hierop wordt aangegeven dat het toepassingsbereik van artikel 42 VWEU zich beperkt tot ondernemingen in de landbouw- en visserijsector en organisaties waar zij deel van uitmaken, zoals producentenorganisatie en brancheorganisaties (hierna: BO's). Op grond van artikel 42 VWEU kunnen derhalve geen gedragingen van de verwerkende industrie worden uitgesloten van de artikelen 101 en 102 VWEU, behalve voor zover het gedragingen betreft van een BO, waarvan zowel producenten als ondernemingen uit de verdere toeleveringsketen (verwerking, verhandeling en distributie) lid kunnen zijn. Het kabinet ziet het risico, zoals in deze reacties verwoord, dan ook niet.

Tot slot blijkt uit de reacties dat verschillende partijen van mening zijn dat de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit het beste in staat is om een handreiking te schrijven vanuit het perspectief van de boer of tuinder.

Het kabinet vindt het belangrijk dat de handreiking zo goed mogelijk aansluit bij de dagelijkse praktijk van de producent en op draagvlak bij vertegenwoordigers van de sector kan rekenen. Daarom dient zowel de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit een rol te hebben, als de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat en de ACM, die gezamenlijk een handreiking zullen opstellen. Doel van de handreiking is om helder te maken wat de mogelijkheden zijn om samen te werken en welke voordelen dat op kan leveren. Over de handreiking zal laagdrempelig en eenvoudig worden gecommuniceerd (de eerder genoemde voorlichtingscampagne), direct en in samenwerking met betrokken organisaties in de sector.

6.2 Wijzigingen concentratietoezicht

6.2.1. Adviezen

ATR heeft ten aanzien van de wijzigingen met betrekking tot het concentratietoezicht een opmerking gemaakt over de invoering van een termijn van een jaar, na de mededeling dat er geen vergunning nodig is om de concentratie te voltrekken, dan wel na het verstrekken van de vergunning, waarbinnen de concentratie tot stand moet worden gebracht (hierna: de 1-jaarstermijn). ATR vond dat de opmerking dat deze wijziging tot een zeer beperkte toename van de regeldruk zou leiden, nader moest worden onderbouwd. Zoals hierna zal worden toegelicht maakt dit geen onderdeel meer uit van het wetsvoorstel. Om die reden is er geen aanleiding om alsnog in te gaan op de gevolgen van deze wijziging voor de regeldruk.

6.2.2. Internetconsultatie

CMS, NautaDutilh en de Nederlandse Orde van Advocaten hebben opmerkingen gemaakt over de 1-jaarstermijn. Zo wordt door deze partijen geen noodzaak gezien voor een beperking van de termijn waarbinnen een concentratie moet worden voltrokken. Bovendien wordt onvoldoende toegelicht waarom op dit punt van de EG-concentratieverordening wordt afgeweken, terwijl bij de andere wijzigingen juist de inzet is om meer aansluiting bij het Europese kader te zoeken. Het is verder volgens deze partijen niet duidelijk welk probleem wordt opgelost en welke rechtvaardiging er is voor de afwijking van de EG-concentratieverordening. Naar aanleiding van deze opmerkingen heeft de regering besloten om de 1-jaarstermijn niet langer onderdeel te laten zijn van het wetsvoorstel.

De Nederlandse Orde van Advocaten heeft de opmerking gemaakt dat de voorgestelde bewoordingen van artikel 27 nog steeds afwijken van de EG-concentratieverordening. De reden voor de afwijkende bewoordingen is verduidelijkt in de toelichting bij deze wijziging (artikel I, onderdeel B).

NautaDutilh noemt de suggestie om te verduidelijken wanneer de 2-jaarstermijn van de wijziging van artikel 30, tweede lid, aanvangt (artikel I, onderdeel D). Omdat met de voorgestelde wijziging dit artikellid inhoudelijk en tekstueel in lijn wordt gebracht met de EG-concentratieverordening, wordt deze suggestie niet overgenomen. De suggestie van CMS bij dit artikel om in de toelichting uiteen te zetten dat deze wijziging ertoe leidt dat de theorie van de economische verbondenheid niet langer door ACM zal worden toegepast in haar concentratietoezicht, wordt ook niet overgenomen. De reden hiervoor is dat de ACM een onafhankelijke toezichthouder is.

CMS heeft verder een opmerking gemaakt over het schrappen van het vereiste dat in het geval dat de ACM voorwaarden verbindt aan het voltrekken van een concentratie zonder dat daarvoor een vergunning is vereist, altijd aan de gestelde voorwaarden moet worden voldaan voordat de concentratie tot stand wordt gebracht (artikel I, onderdeel E).

Omdat een vergelijking met de Europese regelgeving ontbreekt, is het volgens CMS onduidelijk hoe deze wijziging zich verhoudt tot de Europese procedure. In de toelichting bij artikel 37 is hier nader op ingegaan.

Ten aanzien van de wijziging van artikel 39 geeft NautaDutilh aan dat het de voorkeur heeft niet aan te sluiten bij de Nederlandse tekst van de EG-concentratieverordening omdat deze onjuist en onduidelijk is vertaald (artikel I, onderdeel F). Deze suggestie is ook overgenomen.

6.3. Private handhaving mededingingsrecht

6.3.1. Adviezen

ATR heeft geen opmerkingen ten aanzien van de wijzigingen met betrekking tot de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

Vanwege de potentiële gevolgen voor de rechtspraak van de wijzigingen in het BW met het oog op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, is het betreffende onderdeel van dit wetsvoorstel voor advies voorgelegd aan de Raad voor de Rechtspraak. De Raad voor de Rechtspraak heeft geen inhoudelijke opmerkingen ten aanzien van dit onderdeel van het wetsvoorstel.

6.3.2. Internetconsultatie

CMS heeft gereageerd op dit onderdeel van het wetsvoorstel. CMS doet de suggestie om in de voorgestelde wijziging van artikel 6:193k, onderdeel a, van het BW, de nieuw toe te voegen verwijzing naar de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet te beperken tot het eerste lid van beide artikelen. In het desbetreffende onderdeel a wordt echter ook verwezen naar de artikelen 101 en 102 VWEU. Het zou enkel logisch zijn de verwijzingen te beperken tot bepaalde leden, als dat wordt doorgevoerd ten aanzien van alle verwijzingen naar andere artikelen in het desbetreffende onderdeel. De reden dat er ten aanzien van artikel 101 VWEU niet naar een bepaald lid wordt verwezen, is dat in artikel 2, eerste lid, van richtlijn 2014/104/EU ook wordt verwezen naar het volledige artikel 101 VWEU. Om niet van de richtlijn af te wijken en binnen het artikel uniform te verwijzen, wordt de suggestie niet overgenomen.

7. Artikelsgewijze toelichting

Artikel I

Onderdeel A

Met onderhavig onderdeel wordt een nieuw artikel 11a aan de Mededingingswet toegevoegd om de bijzondere positie van activiteiten die vallen onder de reikwijdte van het GLB en het GVB ten opzichte van het kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet te expliciteren. Voor een toelichting op deze wijziging zij verwezen naar de hoofdstuk 2 van onderhavige memorie.

Onderdeel B

Met dit onderdeel wordt het eerste lid van artikel 27 van de Mededingingswet gewijzigd. In dit lid is opgenomen wat er onder een concentratie moet worden verstaan. Met de voorgestelde wijziging wordt beoogd beter aan te sluiten bij de definitie van concentratie zoals opgenomen in artikel 3, eerste lid, van de EG-concentratieverordening. Deze verordening bevat het Europeesrechtelijk kader voor het concentratietoezicht.

Bij de inrichting van het Nederlandse concentratietoezicht is aansluiting gezocht bij het Europese concentratietoezicht.²⁷ Er is voor gekozen om de definitie van concentratie niet letterlijk over te nemen uit de EG-concentratieverordening. De gekozen definitie is materieel gelijk aan

²⁷ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 32.

die in de EG-concentratieverordening. Er zijn echter enkele wijzigingen aangebracht in de vormgeving om de definitie duidelijker te maken.

Onderdeel C

In artikel 28 van de Mededingingswet wordt een abusievelijk weggefallen woord toegevoegd en wordt een onjuiste verwijzing naar de Wet op het financieel toezicht aangepast.

Onderdeel D

In artikel 30, tweede lid, van de Mededingingswet wordt een tweetal wijzigingen aangebracht. Deze wijzigingen houden verband met artikel 5, tweede lid, van de EG-concentratieverordening. Dit lid ziet op concentraties die plaatsvinden via de verwerving van delen van ondernemingen. Daarover bepaalt de verordening dat wanneer er twee of meer van dergelijke transacties plaatsvinden binnen een periode van twee jaar tussen dezelfde personen of ondernemingen, deze transacties worden aangemerkt als één concentratie die plaats vond op de dag van de laatste transactie.

Onder «dezelfde ondernemingen» worden door de ACM in ieder geval verstaan de ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde groep van ondernemingen, bedoeld in artikel 2:24b van het BW. Ook wordt hieronder begrepen de situatie dat in een latere transactie de verkopende partij uit de eerste transactie volledig wordt overgenomen door de kopende partij uit de eerste transactie.

De eerste wijziging betreft de periode waarbinnen de transacties plaatsvinden. De wetgever heeft er destijds voor gekozen om voor het nationale concentratietoezicht, zoals opgenomen in de Mededingingswet, niet uit te gaan van voornoemde periode van twee jaar, maar van een door de ACM in aanmerking te nemen periode.²⁸ Marktpartijen hechten aan een vooraf helder vastgestelde termijn. In de praktijk hanteert de ACM thans al de termijn van twee jaar zoals opgenomen in artikel 5, tweede lid, van de EC-concentratieverordening. Om deze reden is besloten op dit punt aan te sluiten bij de EG-concentratieverordening.

De tweede wijziging ziet op de aard van de verwervingen die eventueel moeten worden beschouwd als één concentratie. Volgens het huidige artikel gaat het hierbij om verwervingen die «afhankelijk van elkaar zijn of op een economische wijze zodanig met elkaar zijn verbonden dat deze verwervingen als één verwerving moeten worden beoordeeld» (zogenoemde «leer van de afhankelijke transacties»). Uit artikel 5, tweede lid, van de EG-concentratieverordening blijkt dat het zou gaan om verwervingen die plaatsvinden tussen dezelfde personen of ondernemingen. In de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEU 2008, C 95) (hierna: de mededeling) wordt nader op dit onderwerp ingegaan (punten 36 tot en met 50). Uit de mededeling blijkt dat de «leer van de afhankelijke transacties» betrokken moet worden bij de vraag of sprake is van een concentratie en dus een rol speelt bij de definitie van een concentratie. Artikel 5, tweede lid, van de EG-concentratieverordening bevat slechts een specifieke regel op basis waarvan opeenvolgende transacties als één concentratie moeten worden beschouwd met het oog op de berekening van de omzet van een onderneming.

²⁸ Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 19.

Gelet op voornoemde mededeling wordt artikel 30, tweede lid, van de Mededingingswet op dit punt inhoudelijk en tekstueel in lijn gebracht met artikel 5, tweede lid, van de EG-concentratieverordening.

Onderdeel E

In artikel 37 van de Mededingingswet is opgenomen hoe de ACM omgaat met een melding van een voorgenomen concentratie. Daarin zijn drie mogelijkheden. De ACM deelt mee dat een vergunning is vereist. In dat geval moet de vergunningprocedure worden doorlopen en mag de concentratie pas tot stand worden gebracht na een positieve uitkomst van deze procedure. De ACM kan ook meedelen dat geen vergunning is vereist. Uit het zesde lid van dit artikel blijkt dat in een dergelijk geval de desbetreffende concentratie direct mag worden voltrokken. Tot slot kan de ACM meedelen dat er geen vergunning is vereist, maar dat er wel aan een aantal voorwaarden moet worden voldaan. In dat geval moet eerst aan de gestelde voorwaarden worden voldaan voordat de concentratie mag worden voltrokken. Deze systematiek volgt eveneens uit het eerder genoemde zesde lid.

In het geval dat de ACM voorwaarden verbindt aan het voltrekken van een concentratie zonder dat daarvoor een vergunning is vereist, moet altijd aan de gestelde voorwaarden worden voldaan *voordat* de concentratie tot stand wordt gebracht. Deze situatie sluit niet aan bij de praktijk. Er zijn voorwaarden waarvan het niet noodzakelijk, en in bepaalde gevallen zelfs disproportioneel, is om de uitvoering ervan voorafgaand aan de totstandkoming van de concentratie te eisen. Hierbij valt te denken aan de voorwaarde dat bepaalde bedrijfsactiviteiten moeten worden afgestoten. Het afstoten van een bedrijfsonderdeel binnen een relatief korte periode kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat de verkoper een onredelijk lage prijs ontvangt voor het af te stoten onderdeel. Daarom kiezen partijen er in een dergelijke situatie vaak voor om de melding te wijzigen. Zij nemen de voorwaarden die de ACM voornemens is te stellen dan op in de beschrijving van de transactie en leggen de (gewijzigde) voorgenomen concentratie ter beoordeling aan de ACM voor. Deze situatie leidt tot extra lasten voor zowel bedrijfsleven als de ACM. Voorgesteld wordt daarom de hoofdregel dat de voorwaarden moeten zijn uitgevoerd alvorens de concentratie tot stand mag worden gebracht, te laten vervallen. Overigens heeft de ACM de mogelijkheid om op grond van artikel 37, vierde lid, de eis te stellen dat op voorhand aan (delen van) de voorwaarden moet zijn voldaan. Ook met deze aanpassing wordt het nationale concentratietoezicht meer in lijn gebracht met het Europese concentratietoezicht. Ook de Europese Commissie beoordeelt of voorwaarden aan een concentratie moeten worden verbonden en of deze voorwaarden moeten zijn uitgevoerd voordat de concentratie tot stand wordt gebracht.

Uit het zesde lid volgt ook dat wanneer marktpartijen niet of niet tijdig aan de gestelde voorwaarden voldoen alsnog een vergunning is vereist. Uit een oogpunt van coherentie is deze eis verplaatst naar het vierde lid van artikel 37. Dit vierde lid bevat dan het gehele regime met betrekking tot voorwaarden voor het tot stand brengen van een concentratie zonder vergunning.

Onderdeel F

Artikel 39, eerste lid, van de Mededingingswet is de nationaalrechtelijke evenknie van artikel 7, tweede lid, van de EG-concentratieverordening. Met deze bepalingen is beoogd te regelen dat concentraties die tot stand komen via een openbaar overnamebod of via een reeks van transacties met effecten om daarmee zeggenschap van meerdere verkopers te

verkrijgen kan plaatsvinden als deze concentratie direct daarna alsnog aan de ACM wordt gemeld. Voorgesteld wordt om ook hier in de formulering in de Mededingingswet zo dicht mogelijk aan te sluiten bij de formulering in de EG-concentratieverordening.

Daarbij is er om wetstechnische redenen voor gekozen voorbeelden die in het artikel van de EG-concentratieverordening zijn opgenomen, niet op te nemen in de Mededingingswet. Zo wordt in het betreffende artikel een voorbeeld genoemd van een reeks van transacties met effecten. Daaronder vallen blijkens de tekst ook effecten converteerbaar in andere effecten, die ter verhandeling worden toegelaten tot een markt, zoals een effectenbeurs. Deze toevoeging is in artikel 39 niet opgenomen.

Hoewel de Nederlandse wetgever een systeem heeft gekozen waarbij artikel 39 van de Mededingingswet verwijst naar de *stand still* verplichting in artikel 34 van de wet (en niet naar artikel 41, eerste lid) lijkt daarmee destijds niet te zijn beoogd dat de uitzondering op de *stand still* verplichting enkel in de meldingsfase zou gelden. De implementatie van een openbaar bod dat zich uitstrekt gedurende de vergunningsfase zou dan de facto in strijd zijn met de Mededingingswet. Een dergelijke redenering zou daarmee het onwenselijke resultaat hebben dat wanneer een partij in de meldingsfase op basis van een openbaar bod aandelen zou verwerven (onder toepassing van artikel 39), zij deze verwerving ongedaan zou moeten maken in de vergunningsfase op grond van de *stand still* verplichting in artikel 41, eerste lid. Daarnaast zou de door de wetgever beoogde aansluiting bij artikel 7, tweede lid, van de EG-concentratieverordening op die wijze worden doorbroken. Artikel 7, tweede lid, van de EG-concentratieverordening kan immers zowel worden ingeroepen in de eerste fase als in de tweede fase (in Nederland de meldingsfase en de vergunningsfase). Daarom wordt in artikel 39, tweede lid, verduidelijkt dat de uitzondering van artikel 39 zowel in de meldingsfase als in de vergunningsfase geldt.

Artikel II

Voor een nadere toelichting op deze wijziging wordt verwezen naar hoofdstuk 4 van deze memorie.

Artikel III

Met artikel I is geregeld dat de met de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht geïntroduceerde bepalingen over privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht ook op zuiver nationale overtredingen van het mededingingsrecht van toepassing zijn. Artikel III voorziet in een overgangsrechtelijke bepaling hierbij. Het regelt dat de procesrechtelijke bepalingen die met voornoemde Implementatiewet zijn opgenomen in Boek 6 van het Burgerlijk wetboek (artikel 193r) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (artikelen 44, derde lid, 161a en 844 tot en met 850) voor wat betreft zuiver nationale inbreuken alleen van toepassing zijn op die zaken die na inwerkingtreding van artikel I aanhangig worden gemaakt bij de rechter. Hiermee wordt voorkomen dat op dergelijke zaken die al aanhangig zijn bij de rechter voor inwerkingtreding van artikel II gedurende het verloop van de zaak een ander regime van toepassing wordt. Deze bepaling wordt opgenomen in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, welke wet diverse overgangsrechtelijke bepalingen bevat als gevolg van wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel IV

In artikel IV van onderhavig wetsvoorstel is bepaald dat deze wet in werking treedt op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, waarbij wordt voorzien in de mogelijkheid van gedifferentieerde inwerkingtreding.

Hier is voor gekozen omdat dit wetsvoorstel drie onderwerpen van uiteenlopende aard bevat waarvan op voorhand niet kan worden uitgesloten dat gedifferentieerde inwerkingtreding wenselijk of noodzakelijk blijkt.

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