

# Openbaarheid van kartels

In de Tweede Kamer en met name in de vaste commissie voor Economische Zaken heeft zich afgelopen najaar een interessante discussie ontploerd over de openbaarmaking van mededingingsregelingen. Het mededingingsbeleid wordt in Nederland gevoerd op basis van de Wet Economische Mededinging (WEM). Mededingingsregelingen moeten op grond van deze wet bij de overheid worden aangemeld, die ze vervolgens in een geheim register plaatst en beoordeelt op grond van het algemeen belang. Nadat een wetsvoorstel tot openbaarmaking van dit kartelregister na een lange weg in de zomer van 1986 in de Eerste Kamer sneuvelde, leek openbaarmaking van kartelregelingen voorlopig van de baan.

Staatssecretaris Evenhuis verraste echter vriend en vijand door in een vergadering met de vaste commissie voor Economische Zaken op 9 april 1987 zich te laten ontvallen: "De openbaarheid van het kartelregister wordt echter ook beïnvloed door de Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB)". En: "dat met de WOB in feite een situatie wordt benaderd die men trachtte te bereiken met het openbaar kartelregister"<sup>1</sup>. Hier werd een geheel nieuwe route tot openbaarmaking van (sommige) mededingingsregelingen zichtbaar. Deze weg zou met name toegankelijk zijn geworden door een recente uitspraak van de Raad van State.

Wat volgde was een pittige discussie tussen de staatssecretaris en (een deel van) de Kamer. Met name het CDA, bij monde van de heer Schartman, betoonde zich een fervent tegenstander van toepassing van de WOB om mededingingsregelingen openbaar te maken en trok sterk in twijfel of de WOB wel op de WEM van toepassing is. De werkgeversorganisaties, verenigd in de Raad van Centrale Ondernemingsorganisaties (RCO), bestookten de staatssecretaris en betrokken parlementsleden met protesten en argumenten tegen de dreigende openbaarmaking van mededingingsregelingen. De staatssecretaris hield echter voet bij stuk. De discussie werd verder nog gekenmerkt door een hernieuwd pleidooi van vele kanten om opnieuw met een wetsvoorstel tot openbaarmaking van het kartelregister te komen. Het lijkt tijd om de zaken omtrent openbaarmaking van het kartelregister op een rijtje te zetten en enige kritische kanttekeningen te plaatsen bij de afgelopen periode.

## Voorgeschiedenis

De discussie over openbaarheid van het kartelregister is niet van gisteren. Reeds in de memorie van toelichting bij hoofdstuk XIII van de rijksbegroting voor 1969 wordt gesproken over een openbaar kartelregister. In 1970 wordt de SER om advies gevraagd. De raad stond in meerderheid positief tegenover het voorstel over te gaan op een regime waarin openbaarheid als uitgangspunt en regel zou gelden. Nog in 1975 sprak Lubbers, de toenmalige minister van Economische Zaken, het voornemen uit de totstandkoming van een openbaar kartelregister te bevorderen. Het duurde evenwel tot 1981 voordat een wetsvoorstel tot invoering van een openbaar kartelregister (verder wetsvoorstel OKR te noemen) de Tweede Kamer bereikte.

Nog voor de Tweede Kamer zich definitief uitsprak, trok de toenmalige staatssecretaris van Economische Zaken reeds een angel uit het wetsontwerp. De bepaling als gevolg waarvan ten onrechte niet aangemelde mededingingsregelingen automatisch hun rechtskracht zouden verliezen werd, op instigatie van de Dereguleringscommissie-Van der Grinten, geschrapt.

Het doel van het wetsvoorstel bestond eruit dat mededingingsregelingen van horizontale aard die het karakter van kartels dragen, dat wil zeggen marktbeheersend zijn, in een openbaar register zouden moeten worden aangemeld. In beginsel zouden deze regelingen dan voor ieder ter inzage liggen. In beginsel omdat de minister individuele regelingen van openbaarheid zou kunnen uitzonderen, hoofdzakelijk op aan de Wet openbaarheid van bestuur ontleende gronden.

Een probleem was om de kartelmatige, marktbeheersende mededingingsregelingen, die in beginsel openbaar zouden zijn na aanmelding, te scheiden van de niet-kartelmatige mededingingsregelingen, die mededingingspolitiek niet interessant zijn en van aanmelding zouden behoren te worden vrijgesteld. Dit uitzonderen van niet-kartelmatige horizontale mededingingsregelingen kon ten dele eenvoudig in de wet zelf gebeuren. Er bleef echter een groep mededingingsregelingen waarvan uitzondering om uitvoerige en ingewikkelde bepalingen vroeg. Voor deze regelingen werd een bevoegdheid in de

wet geschapen om bij algemene maatregel van bestuur deze nader te omschrijven mededingingsregelingen van de meldingsplicht uit te zonderen. Beoeld waren vooral regelingen waarmee samenwerkingsorganisaties in het midden- en kleinbedrijf (mkb) het marktgedrag van hun deelnemers aan voorschriften binden. Daarbij werd met name gedacht aan franchise-overeenkomsten, vrijwillig-filiaalbedrijven, inkoopcombinaties en coöperaties in de agrarische sector. Een grote meerderheid van de Tweede Kamer vroeg en kreeg de toezegging dat de algemene maatregel van bestuur op een 'mkb-vriendelijke' manier zou worden ingevuld. Het wetsvoorstel werd daarop in september 1983 door een brede meerderheid aanvaard.

Het was omtrent wenselijkheid en strekking van deze algemene maatregel van bestuur dat staatssecretaris Bolkestein aan de Commissie Economische Mededinging (CEM) om advies vroeg in december 1983. In haar antwoord van 7 maart 1985 kwam de CEM met een voor de staatssecretaris negatief advies. De CEM onderschreef dat het begrip marktbeheersing het in beginsel goede criterium is om vrijstelling van aanmelding op te baseren. Eveneens onderschreef zij dat het niet mogelijk is het begrip marktbeheersing of het begrip kartel op een voor de wets-toepassing bruikbare wijze te omschrijven. De in de adviesaanvraag vanwege deze onmogelijkheid gekozen oplossing om sommige concreet omschreven samenwerkingsvormen in de agrarische en direct aan de consumenten leverende bedrijfstakken uit te zonderen, achtte de CEM een slechte noodoplossing. Zij vond de uitzonderingen in het algemeen te beperkt en niet voldoende aan het relevante criterium van marktbeheersing. Vandaar dat de CEM in meerderheid negatief adviseerde.

Wel deed zij een voorstel de openbaarheid op een andere manier te beperken dan via een vrijstellingsregeling. Haar voorstel behelsde een ont koppeling van de plicht tot aanmelding en de openbaarmaking. De minister zou moeten beslissen over openbaarmaking van elke mededingingsregeling apart op grond van het marktbeheersingscriterium. Een gedetailleerde beschrijving van het begrip marktbeheersing hoeft dan niet in de wet te worden geformuleerd, waardoor het eerdere probleem is omzeild. Probleem was echter wel dat realisering van het voorstel van de CEM niet binnen het voorliggende wetsvoorstel OKR mogelijk was, doch

1. Tweede Kamer, 19 700, hfst. 13, nr. 131, blz. 6.

tot herziening noodzaakte en dus tot aanzienlijke vertraging zou leiden<sup>2</sup>.

Staatssecretaris Bolkestein koos er voor dit advies niet op te volgen en het wetsvoorstel OKR te handhaven. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer gaf echter de afgrenzing van de uitzonderingen van aanmelding weer discussie. Buiten de Senaat waren het vooral de ondernemingsorganisaties verenigd in het RCO die zich sterk uitspraken tegen het wetsvoorstel, en dit ook in gesprekken en een brief aan de Eerste Kamer kenbaar maakten<sup>3</sup>. De VVD-fractie schaarde zich achter het advies van de CEM en wees daarmee het wetsvoorstel af. Het CDA was wel bereid het wetsvoorstel te steunen, echter alleen als de staatssecretaris toezegde naast een aantal andere samenwerkingsvormen binnen het mkb alle franchise-overeenkomsten vrij te stellen. De staatssecretaris wilde niet zover gaan en had met name bezwaar tegen vrijstelling van wat hij noemde offensieve franchise-overeenkomsten. Nadat de staatssecretaris op dit punt niet wilde toegeven stemde ook het CDA tegen en werd het wetsvoorstel op 24 juni 1986 verworpen in de Eerste Kamer.

De nieuwe staatssecretaris van Economische Zaken Evenhuis gaf in een brief aan de Tweede Kamer te kennen zowel ten aanzien van de loskoppeling van aanmelding en openbaarmaking als ten aanzien van een ongeclausuleerde vrijstelling van franchising overeen te stemmen met zijn ambtsvoorganger<sup>4</sup>. Hij achtte het daarom niet zinvol nu opnieuw een wetsvoorstel in voorbereiding te nemen. Daarmee leek openbaarmaking van mededingingsregelingen voorlopig van de baan.

## De WEM en de WOB

Zoals in de inleiding reeds vermeld werd verraste staatssecretaris Evenhuis vriend en vijand door op 9 april 1987 te stellen dat de WOB ook van toepassing is op de WEM, en dat via deze weg een vergelijkbare openbaarheid kan worden bereikt als die eerder via het wetsvoorstel OKR werd getracht te bereiken. De staatssecretaris gaf aan dat ieder gericht verzoek volgens de richtlijnen van de WOB zou worden gehonoreerd. Als voorschot op zulke individuele verzoeken maakte de staatssecretaris op vragen van het kamerlid Pronk (PvdA) alvast een lijst met landelijke en regionale mededingingsregelingen bekend.

De werkgeversorganisaties reageerden furieus. De werkgevers voelden zich in de rug aangevallen. In brieven aan de staatssecretaris en de Staten-Generaal werd betoogd dat artikel 42 uit

de WEM tot geheimhouding verplicht ten aanzien van aangemelde mededingingsregelingen. Wat de in dit artikel vervatte bepaling tot geheimhouding betreft zou de WEM zich tot de WOB verhouden als bijzondere tot algemene wet. Als zodanig zou de WEM hier voorrang hebben boven de WOB. Uit een tijdens de behandeling van de WOB ingetrokken amendement-Van der Sanden en uit de Aanwijzingen inzake de openbaarheid van Bestuur van de minister-president van 21 december 1979<sup>5</sup> zou blijken, dat de bedoeling van de WOB is dat bestaande bepalingen in andere wetten over openbaarheid en geheimhouding voorrang hebben boven de WOB. Het feit dat de WEM niet is aangepast na aanneming van de WOB zou bevestigen dat toepassing van de WOB op de WEM niet de bedoeling is geweest. Ook in de vaste Kamercommissie voor Economische Zaken en in de Tweede Kamer werd de staatssecretaris door met name het CDA-lid Scharman en, in minder scherpe bewoordingen, het VVD-lid Nijhuis met identieke argumenten bestookt.

De staatssecretaris verdedigde zich door allereerst te stellen dat de vraag of een bepaald verzoek om openbaarmaking moet worden ingewilligd op grond van de WOB een juridische en niet een beleidsmatige aangelegenheid is. Hij achtte bovendien artikel 42 uit de WEM geen beletsel voor toepassing van de WOB. Voor een goede uitleg op dit punt is het wellicht juist eerst dit artikel letterlijk weer te geven. Artikel 42 zegt: "Allen, die betrokken zijn of zijn geweest bij de uitvoering van deze wet, zijn verplicht tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun hoedanigheid bekend is geworden, voor zover zij niet in die hoedanigheid tot mededeling daarvan bevoegd of verplicht zijn." De discussie concentreerde zich op de bijzin na de derde komma; "voor zover zij niet in die hoedanigheid tot mededeling daarvan bevoegd of verplicht zijn".

Volgens de tegenstanders van toepassing van de WOB zou deze zin slechts slaan op de openbaarmaking in het kader van de WEM zelf, met name daar waar in artikel 19 en 24 openbaarmaking als sanctie wordt genoemd. De staatssecretaris en andere voorstanders menen juist dat deze bijzin de weg voor toepassing van de WOB vrijmaakt. Zij voeren daarbij aan dat ter uitvoering van de WOB een interdepartementale commissie een modelbepaling heeft opgesteld, als richtlijn bij het formuleren van geheimhoudingsbepalingen in wettelijke regelingen.

Deze modelbepaling bevat een verplichting tot geheimhouding van gegevens met een vertrouwelijk karakter, behoudens voor zover enig wettelijk voorschrift tot bekendmaking verplicht. In de toelichting op deze bepaling wordt ge-

zegd dat bij 'enig wettelijk voorschrift' in de eerste plaats gedacht moet worden aan de gehoudenheid tot openbaarmaking op grond van de WOB. Toetsing van artikel 42 van de WEM aan die modelbepaling heeft op de departementen van Economische Zaken en van Justitie tot de conclusie geleid dat dit artikel met het oog op de WOB niet behoefde te worden gewijzigd. Immers, artikel 42 van de WEM stemt inhoudelijk overeen met de modelbepaling en is zelfs nog iets ruimer gesteld, aangezien in dit artikel gesproken wordt van een bevoegdheid of een verplichting.

Kort en goed beweert de staatssecretaris dus dat juist het feit dat de WEM niet is aangepast aangeeft dat de WOB wel van toepassing is. Overleg met het departement van Algemene Zaken over de Aanwijzingen inzake openbaarheid van Bestuur van de minister-president zou deze opvatting alleen maar onderstrepen<sup>6</sup>. Voorlopig is deze opvatting van de staatssecretaris nog niet goetst door de Raad van State, maar de staatssecretaris lijkt redelijk sterk te staan met zijn opvatting.

Een tweede punt van kritiek op de staatssecretaris kwam voort uit de vraag waarom toepassing van de WOB pas nu als mogelijkheid wordt gezien. De staatssecretaris gaf aan dat de prioriteit van de bewindslieden eertijds lag bij de beleidsmatige aanpak van een openbaar kartelregister. Daar komt bij dat de invloed en reikwijdte van de WOB slechts geleidelijk duidelijk wordt. In dit verband verwees de staatssecretaris met name naar een uitspraak van de Raad van State die de zaak in een stroomversnelling zou hebben gebracht. Hij doelde hier op een uitspraak van 30 september 1985 waarin werd besloten dat een TNO-rapport over de geur-emissie van een chemische fabriek niet viel aan te merken als bedrijfs- of fabricagegegevens.

Deze uitspraak is van belang omdat de WOB twee uitzonderingsgronden kent die voor mededingingsregelingen relevant zijn. De eerste uitzonderingsgrond (WOB art.4c) geldt bedrijfs- en fabricagegegevens voor zover deze door natuurlijke of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meege-

2. Dit was een belangrijke reden voor één lid, prof. W.A.A.M. de Roos, een afwijkend standpunt te laten opnemen in een minderheidsnota. De Roos zag wel een mogelijkheid om binnen het wetsvoorstel OKR tot een aanvaardbare oplossing te komen (zie bijlage II, Minderheidsnota, in: *Advies inzake vrijstellingen openbare kartelregister*, CEM, 7 maart 1985).

3. *Onderneming*, 13 december 1985 en 4 juli 1986.

4. Tweede Kamer, 19 700, hfst. 13, nr. 75.

5. *Staatscourant*, 9 januari 1980.

6. Tweede Kamer, 20 200, hfst. 13, nr. 44, blz. 8.

deeld<sup>7</sup>. Bij een ruime interpretatie van wat bedrijfs- en fabricagegegevens zijn wordt openbaarmaking van mededingingsregelingen via de WOB zeer moeilijk en eventueel geheel onmogelijk. Een enge interpretatie zal juist een tegenovergesteld effect hebben. In de uitspraak van de Raad van State wordt gezegd dat de weigeringsgrond "restrictief dient te worden uitgelegd. Er is slechts sprake van bedrijfs- en fabricagegegevens indien en voor zover uit die gegevens wetenswaardigheden kunnen worden gelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het produktieproces dan wel met betrekking tot de afzet van de produkten of de kring van afnemers en leveranciers"<sup>8</sup>. Deze uitspraak zou de mogelijkheid tot openbaarmaking van mededingingsregelingen via de WOB voor het eerst echt duidelijk hebben gemaakt.

Ondertussen is het wachten op uitspraken van de Raad van State voor er zekerheid is omtrent deze route van openbaarmaking en voordat duidelijk is hoe breed deze weg is. Tot nu toe zijn het voornamelijk journalisten geweest die bij het Ministerie van Economische Zaken om openbaarheid van mededingingsregelingen hebben verzocht. Van zo'n twintig regelingen bleken de betrokkenen geen bezwaar tegen openbaarheid te hebben en werd het verzoek om openbaarheid dus ingewilligd. Bij tien andere aanvragen, waarvan er zes door het Ministerie werden toegewezen en vier geheel of gedeeltelijk afgewezen, is openbaarmaking opgehouden omdat de betrokkenen bezwaar hebben aangetekend. Uitspraken van de Raad van State in deze zaken zijn eind februari te verwachten.

## Kanttekeningen

Zoals in de inleiding gezegd, lijkt het tijd enige (kritische) kanttekeningen te plaatsen bij de ontwikkelingen tot nu toe. De eerste betreft de vraag of openbaarmaking via de WOB verder gaat dan het wetsvoorstel OKR beoogde. De beantwoording van deze vraag wordt bemoeilijkt doordat de systematiek van openbaarmaking verschilt. Bij het wetsvoorstel OKR was het de bedoeling een voor iedereen toegankelijk openbaar register te creëren, een actief openbaarmakingsbeleid. De openbaarmaking via de WOB is als passieve openbaarmaking te bestempelen; naar aanleiding van individuele verzoeken komt het ministerie tot een besluit over openbaarmaking van een specifieke regeling. Wat dit aspect betreft gaat de weg via de WOB dus minder ver.

Wat echter als we kijken naar de reikwijdte, naar de vraag welke regelingen

wel en niet openbaar zullen worden gemaakt? Deze vraag is in zoverre moeilijk te beantwoorden dat definitieve uitspraken van de Raad van State nog niet de grenzen hebben bepaald van de openbaarmaking via de WOB, en dat anderzijds ook het wetsvoorstel OKR nooit in praktijk is gebracht. Toch valt hier wel een verwachting uit te spreken. Openbaarmaking via de WOB kent twee uitzonderingsgronden die hier relevant zijn, in de artikelen 4c en 4i genoemd. In het wetsvoorstel OKR komt van deze uitzonderingsgronden alleen die uit artikel 4i in een iets specifiekere vorm terug; onevenredige schade voor zakenbelangen is hier een reden om bepaalde gegevens buiten de openbaarheid te houden. In zoverre lijkt het wetsvoorstel OKR ruimer met betrekking tot openbaarheid. Echter, in de memorie van toelichting wordt gesuggereerd dat onevenredige schade voor zakenbelangen onder andere ontstaat "als bepalingen in mededingingsregelingen individuele bedrijfsgegevens onthullen"<sup>9</sup>. Tot zover lijkt er dus weinig verschil in de reikwijdte van openbaarmaking.

Echter, in het wetsvoorstel OKR en daarbij horende maatregel van bestuur was, naast de uitzonderingsgronden voor individuele mededingingsregelingen, voorzien in uitzondering van aanmelding en dus openbaarmaking van groepen mededingingsregelingen. Beoogd werd die mededingingsregelingen uit te zonderen die mededingingspolitiek gezien niet van belang zijn daar zij geen marktbeheersend karakter dragen. Bij openbaarmaking via de WOB speelt dit marktbeheersingscriterium geen rol. Daarmee lijkt openbaarmaking via de WOB dus verder te gaan dan het wetsvoorstel OKR beoogde.

Het lijkt niet erg wenselijk dat de openbaarheid verder gaat dan waarvoor eerder door de Tweede Kamer, op grond van mededingingspolitieke argumenten, is gekozen. De gewenste uitzonderingen voor niet-kartelmatige mededingingsregelingen, in het bijzonder in het mkb, zijn met reden geformuleerd. Mededingingspolitiek zijn zij niet van belang, openbaarheid schaadt mogelijk wel de bij de regeling betrokkenen en belast het departement onnodig<sup>10</sup>.

Een andere vraag is of het juist is dat de rechter beslist over openbaarmaking van mededingingsregelingen. Wanneer men het belang van openbaarheid benadrukt, dat ook de WOB in het algemeen inspireert, lijkt het juist de afweging bij de rechter te leggen. Geeft men het marktbeheersingscriterium meer gewicht, dan lijkt een afweging ter departementen meer voor de hand te liggen. Immers, het betreft dan vooral een economische in plaats van een juridische afweging.

Een met het bovenstaande samen-

hangend argument betreft de mogelijkheid dat openbaarmaking via de WOB tot perverse uitkomsten leidt vanuit mededingingspolitiek oogpunt bezien. Een voorbeeld mag dit toelichten. Quoteerings- of marktverdelingsregelingen worden in het algemeen beschouwd als behorend tot de zogenaamde 'zware' kartels waarop openbaarheid juist van toepassing dient te zijn. Echter, zij bevatten gegevens met betrekking tot de afzet van de producenten en eventueel van de kring van afnemers. Volgens de eerder beschreven uitspraak van de Raad van State van 30 december 1985 lijkt dit te vallen onder wat moet worden verstaan als bedrijfs- en fabricagegegevens. Daarmee zou deze categorie van mededingingsregelingen juist van openbaarheid worden uitgezonderd op grond van de WOB.

De wens om het openbaar maken van mededingingsregelingen op mededingingspolitieke criteria te laten plaatsvinden, is waarschijnlijk de achtergrond van de kamerbreed ondersteunde motie van het lid Nijhuis<sup>11</sup>. Hierin dringt de Kamer er bij de regering op aan een (nieuw) wetsvoorstel OKR voor te bereiden op basis van het advies van de CEM. Dit lijkt gezien de vorige kanttekeningen geen onverstandig besluit. Echter, als de Raad van State oordeelt dat de WOB ook van toepassing is op de WEM, dan lijkt het raadzaam om bij een nieuw wetsvoorstel OKR ook artikel 42 van de WEM te herzien opdat niet twee, eventueel conflicterende, wegen tot openbaarmaking resulteren.

Als laatste kanttekening kan gewenzen worden op een onbedoeld maar mogelijk positief effect van openbaarmaking via de WOB. Als openbaarmaking via de Raad van State verloopt is openbaarmaking en uitvoering van het mededingingsbeleid niet in één hand. Daarmee neemt misschien de druk tot het voeren van een actief mededingingsbeleid toe. En dat laatste is in de ogen van velen ongetwijfeld geen overbodigheid.

**Luc Peepkorn**

Universitair docent van de vakgroep SEB/Economie van de Faculteit der Sociale Wetenschappen, Erasmus Universiteit Rotterdam.

7. De tweede uitzonderingsgrond (WOB art.4i) maakt duidelijk dat openbaarmaking niet hoeft indien en voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het voorkomen van onevenredige benadeling van de betrokkenen.

8. *Administratief-rechtelijke Beslissingen*, jg. 1987, afl. 4, nr. 43.

9. Tweede Kamer, 16 555, nr. 3, blz. 31.

10. Bij een ruime interpretatie van de uitzonderingsgrond omtrent onevenredige benadeling zal het echter met deze schade voor de betrokkenen wel meevallen.

11. Tweede Kamer, 20 200, hfst. 13, nr. 44, blz.8.