

Advies in de zaak 6843, Amlin/Staat

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr J.P. Fokker (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn, mr M.C.M. van Dijk en mr S.M. Evers. De subcommissie werd bijgestaan door dr. I.E. Wendt (secretaris).

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 3 mei 2010 in zaaknummer 6843 stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vast dat Amlin (Overseas Holdings) Limited, Amlin plc (hierna tezamen: Amlin) en de Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) inbreuk hebben gemaakt op artikel 34 Mededingingswet (hierna: Mw) door de premature overdracht van het aandelenkapitaal van Fortis Corporate Insurance N.V. (hierna: FCI).¹
2. Daarbij legde de Raad boetes van respectievelijk € 1 366 000 (Amlin) en € 782 000 (de Staat) op.
3. Tegen het besluit heeft Amlin op 11 juni 2010 een bezwaarschrift ingediend.²
- 4.
5. Bij brief van 25 juni 2010 is aan de partijen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat op 1 september 2010 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).⁴ Op 1 september 2010 heeft deze hoorzitting plaatsgevonden waarbij de partijen en vertegenwoordigers van de NMa zijn gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie. Toen ter zitting bleek dat partijen de schriftelijke toelichting van de NMa niet hadden ontvangen heeft de Adviescommissie partijen in de gelegenheid gesteld uiterlijk 13 september 2010 schriftelijk te reageren. Amlin heeft bij fax van 10 september 2010 meegedeeld geen behoefte te hebben aan een reactie. Bij brief van 13 september 2010 heeft de Staat op de schriftelijke toelichting door de Raad gereageerd.
6. Het verslag van de hoorzitting werd op 19 oktober 2010 aan partijen rondgestuurd.

2. Besluit

7. Het besluit is als bijlage aan dit advies gehecht.

3A. Bezwaren Amlin en beoordeling bezwaren Amlin

Interpretatie van artikelen 29 en 31 Mw

8. Amlin maakt bezwaar tegen de door de NMa gehandhaafde interpretatie van de artikelen 29 en 31 Mw. Dit bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen.

¹ Prismanummer 6843/64.
² Prismanummer 6843/76.
³ Prismanummer 6843/79.
⁴ Prismanummers 6843/84 en 6843/85.

9. Allereerst maakt Amlin bezwaar tegen de toepassing van een tweeledige drempel van geboekte premies voor melding van een concentratie tussen verzekeringsmaatschappijen, te weten € 113 450 000 aan bruto geboekte premies wereldwijd, waarvan voor ten minste € 4 540 000 ontvangen van Nederlandse ingezetenen.
10. Amlin stelt dat de twee in artikel 29 lid 1 Mw vermelde drempels beide op verzekeraars van toepassing blijven (te weten € 113.450.000 aan bruto geboekte premies wereldwijd, "waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste € 30.000.000 in Nederland is behaald") en dat de tekst van artikel 31 lid 2 Mw een derde meldingsdrempel voor verzekeraars toevoegt. Amlin is van mening dat (het lezen van) een extra, derde, criterium ook een materiële toevoeging inhoudt doordat deze interpretatie rekening houdt met de premies die worden geboekt in het land waar het verzekerde risico is gelegen.
11. Verder stelt Amlin dat de voorwaarden "in Nederland" uit artikel 29 lid 1 Mw en "van Nederlandse ingezetenen" in artikel 31 lid 2 Mw cumulatief te lezen zijn.
12. Subsidair stelt Amlin dat de door de Raad gehandhaafde interpretatie van artikel 29 lid 1 en artikel 31 lid 2 Mw, d.w.z. de toepassing van een tweeledige drempel, nieuw is en door haar voorafgaand aan de totstandbrenging van de concentratie niet voorzien had kunnen worden. Daarom zou deze interpretatie geen basis vormen voor een meldingsplicht van Amlin, en bijgevolg evenmin voor het opleggen van een administratieve boete aan haar op grond van artikel 74 Mw. Door dit wel te doen zou de Raad het *lex certa* beginsel en artikelen 5:41 Awb, 56 lid 3 Mw en 5:46 lid 2 Awb hebben geschonden.
13. Amlin stelt verder dat het begrip "Nederlandse ingezetenen" uit artikel 31 lid 2 Mw niet duidelijk is en dat voor Amlin niet te achterhalen is waar een entiteit gevestigd is die uiteindelijk de premies betaalt omdat (i) Amlin haar premies veelal ontvangt van makelaars en tussenpersonen die niet noodzakelijk in dezelfde jurisdictie als de verzekeringsnemer gevestigd zijn en (ii) vele van de verzekerde partijen bedrijven zijn met het zwaartepunt van hun activiteiten buiten Nederland en met polissen die niet uitsluitend Nederlandse risico's dekken (dit geldt met name in de markt voor herverzekeringen waarop Amlin actief is).

Beoordeling

14. Allereerst is de Adviescommissie van oordeel dat in het geval van concentraties tussen verzekeraars in de zin van de Wet op het financieel toezicht de interpretatie van artikel 29 lid 1 Mw en artikel 31 lid 2 Mw een tweeledige drempel van de waarde van de bruto geboekte premies kent voor de vraag of het Nederlandse concentratietoezicht van toepassing is, te weten € 113 450 000 aan bruto geboekte premies wereldwijd, waarvan voor ten minste € 4 540 000 ontvangen van Nederlandse ingezetenen.
15. Enerzijds geeft de in artikel 31 lid 2 Mw gekozen formulering aan dat de wetgever voor gevallen van concentraties tussen verzekeraars de in artikel 29 lid 1 Mw bedoelde "omzet" heeft willen "vervangen" door "de waarde van de bruto geboekte premies". Dat dit niet letterlijk bedoeld is, volgt uit het feit dat de wetgever in artikel 31 lid 2 Mw voor de bruto geboekte premies een ander werkwoord heeft gebruikt (*ontvangen*) dan voor de in artikel 29 lid 1 Mw bedoelde omzet (*behalen*). Anderzijds blijkt uit de identieke zinsstructuur van de twee artikelen dat de wetgever de tweede zinsnede van artikel 29 lid 1 Mw ("[komma] waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste € 30 000 000 in Nederland is

behaald") volledig heeft willen vervangen door de tweede zinsnede van artikel 31 lid 2 Mw ("[komma] waarvan voor ten minste € 4 540 000 ontvangen van Nederlandse ingezetenen"). De Adviescommissie stelt verder vast dat Amlin niet heeft bestreden in het relevante boekjaar 2008 de drempel als bedoeld in artikel 31 lid 2 Mw te hebben overschreden.

16. Voor wat de hieruit resulterende meldingsplicht van Amlin betreft is de Adviescommissie van oordeel dat Amlin deze verplichting vroegtijdig onder ogen heeft gezien, althans had kunnen zien. Zo heeft Amlin tijdens de hoorzitting verklaard dat zij zich voor de overdracht van de aandelen van FCI door haar juridisch adviseur heeft laten adviseren over de relevante drempels. De Adviescommissie stelt verder vast dat Amlin de mogelijkheid heeft gehad om voor de concentratie een prenotificatie-gesprek op vertrouwelijke voet met de NMa te voeren, zo zij twijfels had over de reikwijdte van de vigerende wettelijke regels.⁵ Dat zij van deze mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt, vormt het resultaat van een afweging die voor rekening en risico van Amlin dient te blijven.
17. Nu Amlin heeft erkend dat zij de drempel van art. 31 lid 2 Mw in het relevante boekjaar heeft overschreden, behoeft haar bezwaar aangaande de problematiek van de geografische toerekening van omzetten c.q. geboekte premies in het licht van het voorafgaande geen verdere bespreking.
18. Derhalve dienen naar het oordeel van de Adviescommissie de bezwaren van Amlin aangaande de interpretatie van artikel 29 lid 1 Mw en artikel 31 lid 2 Mw te worden verworpen.

Hoogte boete

19. Amlin is van mening dat het bepalen van de boetegrondslag op basis van de Nederlandse jaaromzet in het boekjaar voorafgaande aan de boetebeschikking in strijd is met artikel 3:4(2) Awb omdat deze berekeningswijze geen verband houdt met de gevolgen van de overtreding. Amlin is voorts van mening dat het moment van het vaststellen van het bestreden besluit in 2010 arbitrair is in de zin dat het besluit ook reeds in 2009 genomen had kunnen worden, waardoor het boekjaar voorafgaande aan de boetebeschikking het jaar 2008 was geweest; het jaar waarin Amlin echter geen premies van Nederlandse ingezetene had ontvangen. Bovendien stelt Amlin dat de omzet van FCI niet bij de bepaling van de boetegrondslag in aanmerking genomen mocht worden omdat deze pas na de overtreding van artikel 34 Mw deel uitmaakte van de Amlin groep.

Beoordeling

20. Allereerst stelt de Adviescommissie vast dat de Raad op basis van artikel 74, lid 1, sub 1, onder a, Mw kan aanknopen bij het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Dat deze beschikking in de onderhavige zaak ook in 2009 genomen had kunnen worden, is een louter theoretisch argument omdat Amlin pas op 30 december 2009 de concentratie heeft gemeld⁶ en het bijbehorend rapport op 2 februari 2010 is opgemaakt.⁷

⁵ Zie de spelregels bij concentratiezaken van de NMa, [http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Over de NMA/Taken werkveld werkwijze/Werkwijze/Index.asp](http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Over%20de%20NMA/Taken%20werkveld%20werkwijze/Werkwijze/Index.asp).

⁶ Prismanummer 6843/19.

⁷ Prismanummer 6843/10.

21. Ten aanzien van de hoogte van de boete geeft de Adviescommissie de Raad in overweging om de (pro rata) omzet van FCI niet mee te wegen bij het bepalen van de boetegrondslag. Rechtens maakte FCI in 2009 nog geen onderdeel uit van Amlin omdat de rechtshandelingen tussen Amlin en de Staat nietig waren op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Hieraan doet niet af dat de ten onrechte niet gemelde concentratie alsnog gemeld werd en het wettelijke vereiste voor de geldigheid later alsnog vervuld werd.
22. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve de boete te verlagen door de omzet van FCI bij het bepalen van de boetegrondslag buiten beschouwing te laten.

4. Slotsom en Advies

48. De Adviescommissie adviseert de Raad in het besluit op bezwaar
 - o de hoogte van de boete opgelegd aan Amlin te verlagen;
49. De overige bezwaren dienen te worden verworpen.

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 6843

mr J.P. Fokker
Voorzitter

dr I.E. Wendt
Secretaris