

Vergaderjaar 2009-2010

**31531** Voorstel van wet van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken (versterking positie leveranciers uit het MKB)

## **F BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN**

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 22 december 2009

In het nader voorlopig verslag met betrekking tot bovengenoemd wetsvoorstel is door de leden van verschillende fracties ook een aantal vragen gesteld aan de regering. Bijgaand treft u het antwoord op deze vragen aan.

De leden van de CDA-fractie vroegen om een reactie op het betoog van de initiatiefnemers in de memorie van antwoord dat invoering van dit wetsvoorstel niet tot strijdigheid met Europese regels leidt, dat geen aantasting dreigt van de rechtszekerheid, dat kartelautoriteiten in de praktijk niet optreden tegen (hardcore) kartels met een marktaandeel van 10% en dit in de toekomst ook niet valt te verwachten en dat slechts zelden de handel tussen de lidstaten zal worden beïnvloed.

### *Strijdigheid met Europees recht*

De initiatiefnemers geven aan dat de voorgestelde wijziging van de Mededingingswet niet strijdig is met het EG-Verdrag en de «nuttig effect regel» (art. 10 juncto 81 EG-verdrag) en de Europese mededingingsregels niet ongedaan maakt.

Volgens artikel 4 van het Werkingsverdrag van de Europese Unie (WVEU) (was artikel 81 EG-Verdrag – kartelverbod) mogen lidstaten geen maatregelen nemen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-verdrag in gevaar kunnen brengen. Eén van die doelstellingen is toepassing van artikel 101 WVEU om te zorgen voor onvervalste mededinging binnen de Europese Unie. Dit betekent dat de lidstaten geen wetgeving mogen maken die afspraken vrijstelt die in strijd zijn met artikel 101 WVEU. De bagatelvrijstelling uit de Mededingingswet is van toepassing op alle overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, dus ook op hardcore-afspraken zoals prijsafspraken, quoteringsafspraken en markt- of klantenverdelingsafspraken. Dit type afspraken is verboden op grond van artikel 101 WVEU. Europeesrechtelijk is dit geen probleem, indien de bagatelvrijstelling alleen geldt voor afspraken die buiten de werkingssfeer van het Europese mededingingsrecht vallen. Afspraken die binnen de werkingssfeer van het Europese mededingingsrecht vallen en door dat recht worden verboden, mogen niet door het nationale mededingingsrecht worden toegestaan. Afspraken vallen buiten de werkingssfeer van het Europese mededingingsrecht indien er geen sprake is van interstatelijke werking. Op grond van artikel 101 WVEU zijn de afspraken immers alleen verboden indien zij de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Door het marktaandeelcriterium op 5% en het omzetcriterium op € 40 miljoen te stellen, is uitgesloten dat de bagatelvrijstelling afspraken vrijstelt die in strijd zijn met artikel 101 WVEU. Volgens de Europese Commissie hebben afspraken namelijk geen interstatelijke werking, als ondernemingen beneden deze drempels blijven (Mededeling van de Commissie Richtsnoeren betreffende het begrip «beïnvloeding van de handel» in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG C 101/81, van 27 april 2004, randnummer 52). In het wetsvoorstel wordt de drempel van 5% marktaandeel verhoogd naar 10% en vervalt de omzetsgrens van € 40 miljoen. Daardoor kan er wel sprake zijn van interstatelijke werking en gaat de bagatelvrijstelling ook gelden voor hardcore-

afspraken die door artikel 101 WVEU worden verboden. De bagatelvrijstelling kan daarmee in strijd komen met de bepaling uit het EG-recht dat lidstaten geen afbreuk mogen doen aan de doelstellingen van het WVEU.

#### *Rechtsonzekerheid*

Daarnaast zijn de initiatiefnemers van mening dat een ruimere bagatel niet leidt tot meer rechtsonzekerheid voor het MKB: de grens voor het maximale gezamenlijke marktaandeel wordt met dit wetsvoorstel juist gelijk gesteld aan de Europese grens van 10%, kartelautoriteiten treden in de praktijk niet op tegen (hardcore) kartels met een marktaandeel van 10% en overeenkomsten tussen kleine en middelgrote bedrijven beïnvloeden volgens de «de minimis» bekendmaking «zelden» de handel tussen de lidstaten.

Ik ben van mening dat het wetsvoorstel wel degelijk tot rechtsonzekerheid kan leiden. Indien de omzetgrens vervalt en het marktaandeel van 5% wordt verhoogd naar 10%, zullen ondernemingen ervan uitgaan dat afspraken beneden die 10%-grens zijn vrijgesteld. Die veronderstelling is niet altijd terecht en dat leidt tot rechtsonzekerheid. Dit is bijvoorbeeld het geval als een hardcore-afpraak tussen ondernemingen de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en de betrokken ondernemingen gezamenlijk een marktaandeel van meer dan 5% hebben of een gezamenlijke omzet van meer dan € 40 miljoen. De hardcore-afpraak valt dan namelijk onder het Europese kartelverbod. Volgens randnummer 7 van de Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis) (Pb 2001/C 368/07) geldt voor horizontale afspraken een de minimis-grens van 10% marktaandeel. Volgens randnummer 11 van die bekendmaking geldt die grens echter niet voor hardcore-afspraken. Bovendien heeft het laten vervallen van de omzetgrens tot gevolg dat ondernemingen bij een beroep op de bagatelvrijstelling altijd moeten aantonen dat de grens van 10% marktaandeel niet wordt overschreden. Het bepalen van de relevante markt en het aandeel van een onderneming daarin is ingewikkelder en bewerkelijker en brengt meer onzekerheidsfactoren mee dan nagaan of een omzetgrens wordt overschreden.

#### *Interstatelijke werking*

Met betrekking tot de vraag om een reactie op het betoog van de initiatiefnemers dat slechts zelden de handel tussen de lidstaten zal worden beïnvloed, merk ik op dat de Europese Commissie met betrekking tot afspraken tussen kleine en middelgrote ondernemingen heeft aangegeven, dat die normaal gesproken de interstatelijke handel niet kunnen beïnvloeden, omdat de activiteiten van die ondernemingen hoogstens een lokaal of regionaal karakter hebben. Toch kunnen ook kleine en middelgrote ondernemingen, volgens de Europese Commissie, wel onder het Europese mededingingsrecht vallen, indien zij bij grensoverschrijdende economische activiteiten betrokken zijn.

#### *Optreden van kartelautoriteiten tegen kartels met een marktaandeel van 10%*

Tenslotte vroegen de leden van de CDA-fractie nog om een reactie op het betoog van de initiatiefnemers dat kartelautoriteiten in de praktijk niet optreden tegen (hardcore)kartels met een marktaandeel van 10% en dit in de toekomst ook niet valt te verwachten. De Europese Commissie richt zich over het algemeen op afspraken die zware vormen van concurrentiebeperking inhouden, zoals prijskartels waarbij ondernemingen uit meerdere lidstaten betrokken zijn. Dit neemt niet weg dat de Europese Commissie kan optreden tegen alle afspraken die binnen de reikwijdte van het Europese kartelverbod vallen. Dus ook tegen afspraken die net de grens van 5% marktaandeel of €40 miljoen omzet overschrijden. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) richt zich ook vooral op grotere kartels. Ook dit neemt niet weg dat ook de NMa tegen afspraken kan optreden met een relatief klein marktaandeel.

De leden van de SP-fractie vroegen of het ministerie cijfers voorhanden heeft waaruit blijkt in welke branches en in welke mate bedrijven thans gebruikmaken van de

uitzondering op het kartelverbod uit artikel 7 van de Mededingingswet en in welke mate zij met hun afspraken daadwerkelijk tegen één dan wel beide grenzen aanzitten. Ook vroegen zij in hoeverre het hierbij gaat om het kleinbedrijf en wat ongeveer het relatieve aandeel van de legale feitelijke kartelvorming is ten opzichte van de potentieel toegestane kartelvorming.

Bedrijven zijn niet verplicht te melden of zij onder artikel 7 van de Mededingingswet vallen, omdat de bagatelvrijstelling directe werking heeft. Voor zover bekend, is er ook nooit onderzoek gedaan naar de mate waarin bedrijven gebruik maken van de bagatelvrijstelling. Ik beschik dan ook niet over cijfers waaruit blijkt in welke branches en in welke mate bedrijven gebruikmaken van artikel 7 van de Mededingingswet en in welke mate zij met hun afspraken daadwerkelijk tegen één dan wel beide grenzen aanzitten. Daardoor is evenmin aan te geven in hoeverre het hierbij gaat om het kleinbedrijf en wat ongeveer het relatieve aandeel van de legale feitelijke kartelvorming is ten opzichte van de potentieel toegestane kartelvorming.

De leden van de SP-fractie vroegen of de minister de stelling aan durft dat verhoudingen tussen de drie ondernemingsgroepen (KB, MB en GB) op een hoog aggregatieniveau (digit 2–3) ruwweg indicatief zijn voor het gemiddelde op lagere aggregatieniveaus. Met andere woorden vragen zij of ik de stelling aan durf dat we ruwweg ervan uit kunnen gaan dat in de meerderheid van de mededingingsrechtelijk relevante markten het gemiddelde marktaandeel van grootbedrijven kleiner dan 5% is. En voorts dat dit marktaandeel in een aanzienlijk aantal markten (mogelijk 30%) kleiner dan 1% is.

Op grond van de beschikbare informatie is niet te zeggen of de verhoudingen tussen de drie ondernemingsgroepen op een hoog aggregatieniveau ruwweg indicatief zijn voor het gemiddelde op lagere aggregatieniveaus. In de brief van de Minister van Economische Zaken van 7 juli 2009 (Eerst Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31531, C) is reeds een aantal kanttekeningen bij de beschikbare gegevens geplaatst. Zo heb ik aangegeven dat hoe lager het aggregatieniveau (5–6 digit) is, hoe meer de cijfers gebaseerd zijn op schattingen. Een hoog aggregatieniveau (2–3 digit) daarentegen is vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt weer minder indicatief. Een branche is namelijk een groep bedrijven die zich bezighouden met eenzelfde deel van de productie, terwijl het bij de versoepeling van de bagatelvrijstelling gaat om de vraag hoe de verhoging van 5% naar 10% voor de mededingingsrechtelijk «relevante markt» uitwerkt. De relevante markt is een combinatie van een relevante productmarkt (aard van het product of dienst) en een relevante geografische markt (bijvoorbeeld lokaal, regionaal of nationaal). Voor bepaalde branches zijn de gegevens tot een zodanig laag niveau uitgesplitst dat die branches mogelijk een indicatie geven van de relevante productmarkt. Voor andere branches gaat de uitsplitsing niet zo ver en zeggen de cijfers in feite niets of weinig over de relevante productmarkt. Per branche zal voorts de relevante geografische markt kunnen verschillen, al naar gelang de aard van het product of de aangeboden dienst.

Op grond van het wetsvoorstel krijgen ook grootbedrijven meer ruimte om hardcore-afspraken te maken, indien hun gezamenlijk marktaandeel de voorgestelde 10% niet overschrijdt. Het kan dus gebeuren dat ook het grootbedrijf van dit wetsvoorstel profiteert. In welke mate en op welke markten dit het geval zal zijn, is op grond van de beschikbare informatie echter niet te zeggen.

De leden van de SP-fractie vroegen of de term “relevante markt” een mededingingsrechtelijk begrip is en, zo ja, op grond waarvan.

De term “relevante markt” is inderdaad een mededingingsrechtelijk begrip en is ontleend aan het Europese mededingingsrecht. Omdat de Mededingingswet is georiënteerd op het Europese mededingingsrecht wordt ook in die wet het begrip “relevante markt” in Europeesrechtelijke zin gebruikt. In dit verband is de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (Pb C372 van 9 december 1997, blz. 0005-0013) van belang. De bepaling van de markt is een instrument om de grenzen van de mededinging tussen

ondernemingen te onderkennen en af te bakenen. Het bepalen welke markt in een concreet geval relevant is, is dus essentieel voor de toepassing van de Europese en de nationale mededingingsregels. De genoemde Europese bekendmaking onderscheidt daarbij de relevante markt naar product of dienst en de relevante markt in geografische zin. Een relevante markt naar product of dienst omvat alle producten of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd. Een relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. De relevante markt wordt in een concreet geval vastgesteld aan de hand van de combinatie van de productmarkt en de geografische markt.

De leden van de SP-fractie vroegen naar voorbeelden van landen met een op Nederland gelijkende productie- en marktstructuur die een bagatelvoorziening in hun mededingingswetgeving kennen die overeenkomt met die in het wetsvoorstel.

Ter beantwoording van deze vraag is gekeken naar de mededingingswetgeving in Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en België. Dit levert het volgende beeld op.

#### *Duitsland*

Duitsland kent geen wettelijke bagatelvrijstelling. Wel heeft de Duitse mededingingsautoriteit een bekendmaking uitgevaardigd met betrekking tot de vraag wanneer afspraken geen merkbaar effect op de mededinging hebben. Om dit effect te kwantificeren wordt ook in Duitsland gebruik gemaakt van marktaandeelen, welke in lijn zijn met de grenzen aangegeven door de Europese Commissie. Voor horizontale afspraken geldt hierbij een gezamenlijk marktaandeel van 10% op de relevante markt en voor verticale afspraken een gezamenlijk marktaandeel van 15%. Indien op de relevante markt de mededinging wordt beperkt door overeenkomsten tussen parallelle netwerken, cumulatief marktafschermingseffect, geldt een gezamenlijk marktaandeel van 5%. De Duitse bagatelbekendmaking is niet van toepassing op de zogenoemde hardcore-afspraken, zoals prijsafspraken, gebiedsverdeling en exportbeperkingen. De bagatelbekendmaking doet niets af aan de discretionaire bevoegdheid van de Duitse mededingingsautoriteit om het kartelverbod toe te passen en de Duitse rechter is niet aan de bagatelbekendmaking van de mededingingsautoriteit gebonden.

#### *Frankrijk*

Het Franse recht kent wel een wettelijke bagatelvrijstelling, welke kan worden toegepast indien het gezamenlijke marktaandeel in het geval van horizontale afspraken niet hoger is dan 10%. Voor verticale afspraken mag dit gezamenlijke marktaandeel niet hoger zijn dan 15%. Ook de Franse bagatelvrijstelling is niet van toepassing in geval de afspraken hardcore restricties bevatten. Daarnaast vallen afspraken tussen ondernemingen in verband met aanbesteding door de Franse overheden niet onder de bagatelvrijstelling. Aanbesteding kan namelijk marktverdeling en andere mededingingsbeperkende afspraken tussen inschrijvers tot gevolg hebben.

#### *Verenigd Koninkrijk*

Het Verenigd Koninkrijk kent geen wettelijke bagatelvrijstelling. Wel heeft de Engelse mededingingsautoriteit een bekendmaking uitgevaardigd met betrekking tot de vraag wanneer afspraken geen merkbaar effect op de mededinging hebben. Zij volgt daarbij het standpunt van de Europese Commissie. Horizontale afspraken waarbij het gezamenlijke marktaandeel lager is dan 10% en verticale afspraken met een gezamenlijk marktaandeel van maximaal 15% worden over het algemeen geacht geen merkbare beperking van de mededinging in te houden. In het geval van afspraken tussen parallelle netwerken geldt ook in het Verenigd Koninkrijk een verlaagde grens van 5% gezamenlijk marktaandeel. In het geval er hardcore-afspraken zijn gemaakt tussen ondernemingen worden deze geacht de mededinging merkbaar te beperken.

### *België*

In 2006 heeft België haar nationale bagatelregeling ingetrokken en ook gekozen voor de nationale toepassing van de Europese bagatelbekendmaking. In België worden daarom dus ook de drempels van respectievelijk 10%, 15% en 5% gehanteerd, met uitzondering van hardcore-afspraken tussen ondernemingen.

Samengevat betekent dit dat geen van de onderzochte landen een bagatelvoorziening heeft die overeenkomt met de in het wetsvoorstel voorgestelde bagatelvrijstelling. In alle onderzochte landen geldt de bagatelvoorziening namelijk niet voor hardcore-afspraken, terwijl dat bij de bagatelvrijstelling in de Mededingingswet en bij dit wetsvoorstel wel het geval is. Doordat de bagatelvoorzieningen in de onderzochte landen niet voor hardcore-afspraken gelden, is het niet aannemelijk dat de invoering van die voorzieningen tot prijsopdrijving heeft geleid.

De leden van de SP-fractie vroegen of het een realistische mogelijkheid is dat dit wetsvoorstel gemiddeld genomen tegen de belangen van de consument en van het kleinbedrijf werkt.

Dit is inderdaad een realistische mogelijkheid. Hardcore-afspraken leveren uitsluitend voordelen op voor de daarbij betrokken ondernemingen en zijn in geen enkel opzicht in het belang van de consument. De voorgestelde verruiming van de bagatelvrijstelling versterkt dat negatieve effect voor de consument alleen maar. Eveneens is niet uit te sluiten dat de voorgestelde verruiming in het nadeel werkt van kleine afnemers voor zover het grootbedrijf leverancier is van het kleinbedrijf. De voorgestelde verruiming is namelijk niet beperkt tot het kleinbedrijf. Ook leveranciers die tot het grootbedrijf behoren, krijgen meer ruimte om hardcore-afspraken te maken, indien hun gezamenlijk marktaandeel de voorgestelde 10% niet overschrijdt.

Maria J.A. van der Hoeven  
Minister van Economische Zaken