

Vergaderjaar 2008–2009

**31 531**

## **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 (versoepeling uitzondering verbod van mededingingsafspraken)**

**Nr. 6**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 7 januari 2009

#### **Inleiding**

Wij hebben met belangstelling kennisgenomen van het door de leden van de vaste commissie voor Economische Zaken opgestelde verslag van 9 oktober 2008. De verschillende vragen en opmerkingen hebben niet geleid tot aanpassing van het wetsvoorstel. De initiatiefnemers zijn verheugd over de positieve reacties van de meeste fracties op het voorstel tot verruiming van de zogeheten «bagatel» in de Mededingingswet. De indieners zien verruiming van de bagatelregeling als een goede manier om de positie van kleine leveranciers tegenover ondernemingen met inkoopmacht te versterken.

#### **De bagatelbepaling; inhoud en doel van de wetswijziging**

*De leden van de CDA-fractie zijn als sinds 1998 voor verruiming van de bagatel, want ze zien de zwakke onderhandelingspositie van kleine leveranciers zoals fysiotherapeuten als een probleem. De genoemde leden vragen waarom de initiatiefnemers vinden dat het verbod op misbruik van economische machtspositie (artikel 24 Mededingingswet) geen oplossing biedt voor de omschreven problematiek?*

De Mededingingswet is primair geschreven met het oog op verkoopmacht van ondernemingen. Het verbod op misbruik van economische machtspositie van art. 24 Mededingingswet kan desalniettemin ook van toepassing zijn als er sprake is van inkoopmacht. Dat is ruwweg het geval als er voldaan is aan twee voorwaarden: een onderneming heeft een economische machtspositie en maakt misbruik van die machtspositie. Dit blijkt overweging 101 van de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak van British Airways tegen de Commissie: «Art. 82 geldt immers zowel voor ondernemingen met betrekking tot welke, zoals in casu, wordt vastgesteld dat zij een machtspositie hebben tegenover hun leveranciers, als voor ondernemingen die eenzelfde machtspositie innemen tegenover hun cliënten».

Hoewel artikel 24 van toepassing is op misbruik van een inkoopmacht, biedt het naar de mening van de indieners onvoldoende soelaas voor de omschreven problematiek. De eerste reden is dat de

bepaling niet primair tot doel heeft om leveranciers te beschermen, met als gevolg dat er alleen onder specifieke omstandigheden sprake is van misbruik van inkoopmacht. Er kan grofweg gesteld worden dat er pas sprake kan zijn van misbruik van inkoopmacht als de consument niet van de benutting van de inkoopmachtspitatie profiteert. Dit blijkt uit de zaak Rewe/Meinl<sup>1</sup>, waarin de Commissie redenerend vanuit de ratio van het mededingingsrecht antwoord geeft op de vraag wanneer er sprake is van misbruik van inkoopmacht. Het afdwingen van gunstigere voorwaarden door de benutting van inkoopmacht hoeft niet slecht te zijn voor de economie als geheel. Vanuit het oogpunt van mededinging ontstaan er wel problemen als de machtige inkoper ook over verkoopmacht beschikt: «However, if the powerful buyer himself occupies in his selling market a strong position which is no longer kept sufficiently in check by the competition, any savings can no longer be expected to be passed on to consumers».

Ondernemingen met een machtspositie mogen hun macht volgens de beschikkingspraktijk en jurisprudentie inzetten om hard te onderhandelen. In de zaak Kingma<sup>2</sup> klaagde Kingma dat CZ Tilburg niet met hem wilde onderhandelen over een zorgovereenkomst met seniorenvoorwaarden. De NMa wees de klacht op grond van prioritering af. Daarbij speelde een belangrijke rol dat de NMa de kans klein achtte dat er sprake was van een overtreding van de Mededingingswet. De NMa bleek te hechten aan contractvrijheid, maar stelt wel voorwaarden aan de contracteereisen: «Toepassing van de Mededingingswet op het contracteerbeleid betekent evenwel niet dat een ziekenfonds moet onderhandelen met iedere vrije beroepsbeoefenaar, danwel dat een ziekenfonds zonder meer de voorwaarden van een vrijeberoepsbeoefenaar zou moeten accepteren. Een ziekenfonds is in beginsel vrij om te kiezen met wie hij een contract wil aangaan. Dit is niet anders indien het ziekenfonds een economische machtspositie heeft als bedoeld in artikel 24 Mw. Alsdan moeten de contracteereisen wel objectief zijn en transparant, hetgeen betekent dat de zorgaanbieder van te voren moet kunnen weten aan welke eisen hij moet voldoen. De eisen mogen verder niet op discriminatoire wijze worden toegepast».

Kortom, kleine leveranciers kunnen onder nauw omschreven omstandigheden enige bescherming ontlenen aan art. 24 Mededingingswet, maar deze bepaling heeft niet tot doel om leveranciers te beschermen tegen gebruik van inkoopmacht. De initiatiefnemers merken verder op dat de term «inkoopmacht» in de Memorie van Toelichting van dit wetsvoorstel niet in juridische zin moet worden opgevat, maar in feitelijke zin. Deze term dient niet te worden geïnterpreteerd zoals in de jurisprudentie<sup>3</sup> op basis van art. 24 Mededingingswet, maar heeft een feitelijke betekenis. De indieners doelen op de situatie waarin een leverancier een (zeer) zwakke onderhandelingspositie heeft, terwijl een inkoper, met name door een groot marktaandeel, een sterke onderhandelingspositie heeft. Van een inkoopmachtspitatie in de zin van de Mededingingswet hoeft geen sprake te zijn.

De tweede reden waarom art. 24 onvoldoende is om de door de CDA-fractie omschreven problematiek op te lossen, heeft een feitelijk karakter. (Kleine) leveranciers hebben een groot belang bij een goede relatie met hun afnemer. Het is onwaarschijnlijk dat ze het risico zullen nemen om deze relatie te verstoren door een klacht in te dienen bij de NMa. Daarbij komt dat mededingingsprocedures kostbaar zijn en veelal lang duren.

*De leden van de SP-fractie vragen of de initiatiefnemers in overweging willen nemen om na enkele jaren tot een evaluatie te komen, zodat vast-*

<sup>1</sup> Beschikking van de Commissie van 3 februari 1999, zaak IV/M.1221 (Rewe/Meinl), randnummers 71–74.

<sup>2</sup> Besluit NMa, nr. 3119, Kingma, 19 juni 2003.

<sup>3</sup> HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, AKZO v Commissie, Jur. 1991, p. I-3359.

*gesteld kan worden of de concurrentiepositie van kleine ondernemers verbeterd is, zodat eventueel aanvullende of alternatieve maatregelen genomen kunnen worden.*

De indieners vinden een evaluatie een goede suggestie. De evaluatie van de uitbreiding van de bagatel zou onderdeel kunnen zijn van de evaluatie van het functioneren van de NMa die op grond van art. 5h Mededingingswet elke vijf jaar plaatsvindt.

*De leden van de SP-fractie vinden het door de initiatiefnemers genoemde argument van aanscherping van de prioriteitstelling van de NMa niet valide, omdat de minister van Economische Zaken verantwoordelijk is voor de prioritering van de NMa.*

In eerste instantie is de NMa als ZBO zelf verantwoordelijk voor zijn prioritering. De indieners zijn van mening dat de prioritering van de NMa door de Kamer wel beïnvloed kan worden, zowel door een verzoek aan de minister als door een wetswijziging. Zij wijzen erop dat de staatssecretaris van Economische Zaken op verzoek van een ruime Kamermeerderheid op 29 mei 2007 heeft toegezegd dat de NMa met betrekking tot de postmarkt «capaciteit en prioriteit» heeft. Hoewel er aanwijzingen zijn dat er in deze markt misbruik van economische machtspositie wordt gemaakt door rooftprijzen te rekenen, heeft de NMa nog steeds geen onderzoek naar overtreding van art. 24 Mededingingswet afgerond. Kennelijk is de door de leden van de SP-fractie genoemde route om de prioriteiten van de NMa te beïnvloeden niet effectief geweest. De initiatiefnemers vinden het mede daarom wenselijk en nodig om via deze wetswijziging de prioriteiten van de NMa te beïnvloeden.

*De leden van de VVD-fractie zijn met name verheugd over de betere waarborging van het marktevenwicht (level playing field) tussen kleine leveranciers en grote ondernemingen, maar vragen wel waarom het begrip «marktaandeel» niet nader wordt ingevuld, omdat dit door het vervallen van het tweede lid letter b, tot onduidelijkheid zou kunnen leiden bij marktpartijen.*

De indieners vinden het niet nodig om het begrip «marktaandeel» nader in te vullen, omdat de voorgestelde aanpassing van de bagatel niet tot onduidelijkheid maar juist tot een toename van de rechtszekerheid van marktpartijen zal leiden. Het begrip marktaandeel is in Europese en Nederlandse lagere regelgeving en jurisprudentie namelijk duidelijk gedefinieerd. Met name de bekendmaking van de Commissie over de bepaling van de relevante markt schept helderheid. Sterker nog, de indieners vinden dat hun initiatiefwet leidt tot meer rechtszekerheid voor ondernemingen. Mededingingsautoriteiten treden in de praktijk nooit op tegen mededingingsbeperkende overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen met een beperkt marktaandeel, zelfs niet als het gaat om harde core restricties. Het verbod om hardcore afspraken te maken is voor ondernemingen met een laag gezamenlijk marktaandeel (10% of minder) dan ook feitelijk een dode letter. Door dit verbod niet op dergelijke ondernemingen van toepassing te verklaren, verkrijgen zij (rechts)zekerheid dat zij met dit soort afspraken onder het nationale recht geen risico lopen. Overigens is er ook in de literatuur steun voor vervanging van het omzetcriterium. Zo impliceert Mok dat het goed zou zijn om het omzetcriterium te vervangen, vanwege de «grotere betrouwbaarheid van een marktaandeelcriterium» (in «Kartelrecht», 2004, p. 183). De indieners zijn het daarmee, ook los van deze initiatiefwet, eens. Zij hebben een voorkeur voor het marktaandeelcriterium, omdat de omzeteis economisch niet te rechtvaardigen is. In sommige branches is € 40 miljoen heel veel, voor bijvoorbeeld een industrieel bedrijf ligt dat heel anders. De omzet van bedrijven zegt daardoor weinig of niets over hoe schadelijk een door hen gemaakte afspraak is. Door het schrappen van de omzetgrens in art. 7 lid 2 Mededingingswet sluit de Mededingingswet bovendien beter aan op de

Europese regels, want ook de «de minimis» bekendmaking kent geen omzetcriterium.

*De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen de indieners nader toe te lichten waarom gekozen wordt voor een middel, het verhogen van het maximale gezamenlijke marktaandeel in de bagatelvrijstelling, dat verder gaat dan de noodzaak een voorziening te treffen om een tegenwicht te kunnen bieden aan bedrijven met inkoopmacht. De genoemde leden verzoeken de indieners bij de beantwoording aan te geven welke alternatieven zijn overwogen. De leden van de fractie van de ChristenUnie wijzen er voorts op dat het toestaan van verdergaande mededinging beperkende afspraken, bijvoorbeeld over verkoopprijzen, direct in het nadeel is van consumenten. De leden van de fractie van de ChristenUnie verzoeken de indieners nader te motiveren waarom de verbetering van de positie van leveranciers die te maken hebben met inkoopmacht zwaarder zou moeten wegen dan de positie van de consument.*

De initiatiefnemers zijn ervan overtuigd dat de gevolgen voor consumenten beperkt zijn. Het wetsvoorstel staat ondernemingen toe om tot een gezamenlijk marktaandeel van 10% mededingingsafspraken te maken. Dat betekent dat de ondernemingen die niet meedoen aan dit samenwerkingsverband, samen tenminste 90% van de markt in handen hebben. Dat is voldoende om de bedrijven die samenwerken stevig te beconcurreren, zodat de gevolgen voor consumenten beperkt zijn.

De initiatiefnemers hebben verschillende alternatieven bekeken. Er bestaat in Frankrijk, Portugal, Duitsland, Spanje en Griekenland specifieke wetgeving die tot doel heeft om die lacune te vullen. Het gaat meestal om op «economische afhankelijkheid» gebaseerde wetgeving die ontworpen is om de onacceptabele benutting van inkoopmacht te bestrijden. Een voorbeeld is een verbod op de «misbruikelijke uitbuiting» van leveranciers en afnemers die economisch afhankelijk zijn van een onderneming omdat ze geen reëel alternatief hebben. Het misbruik kan bestaan uit de weigering om te leveren, discriminatoire contractvoorwaarden of het afbreken van een bestaande zakelijke relatie met als enige grond dat de wederpartij weigert om akkoord te gaan met ongerechtvaardigde eisen. Er zijn niet alleen pleidooien hoorbaar om nadere regels te stellen voor inkoopmacht, er wordt ook wel gepleit voor een verbod op verkoop met verlies. De genoemde alternatieven gaan naar de mening van de indieners erg ver. Een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid kan (mede afhankelijk van de vormgeving) aanzienlijke consequenties hebben voor consumenten, omdat de vrijheid van inkopers sterk wordt ingeperkt. Een verbod op verkoop met verlies kan grote economische consequenties hebben. Verkoop met verlies kan, anders dan rooiprijzen ofwel predatory pricing, een normale vorm van concurreren zijn. Zo is het niet ongebruikelijk dat bedrijven die tot een nieuwe markt toetreden in de eerste periode verlies maken, bijvoorbeeld omdat hun omzet te laag is om winst te kunnen maken. Een verbod op verkoop met verlies leidt in die situatie tot een beperking van de concurrentie.

### **Verhouding tot EG-mededingingsrecht**

*De leden van de CDA-fractie vinden het opmerkelijk dat de minister van Economische Zaken de Kamer jarenlang ten onrechte heeft voorgehouden dat verruiming van de bagatel vanwege Europese regels niet mogelijk is. Uit het advies van de Raad van State blijkt naar de mening van de genoemde leden dat de Raad geen juridische belemmeringen ziet. De leden van de CDA-fractie vragen of de initiatiefnemers de indruk hebben dat de minister de vermeende strijd met het EG-verdrag gebruikt heeft om een wetswijziging tegen te houden die zij om andere redenen onwenselijk vindt?*

De initiatiefnemers delen de mening van de CDA-fractie dat uit het blanco

advies van de Raad van State afgeleid mag worden dat de Raad vindt dat de voorgestelde verruiming van de bagatel volgens de Europese regels mogelijk is. Zij gaan ervan uit dat de minister kennis genomen heeft van het advies en dit zwaar laat wegen bij haar oordeel over het wetsvoorstel. De indieners delen de mening van de leden van de CDA-fractie dat het, met het oog op het advies van de Raad, opmerkelijk is dat verschillende ministers van Economische jarenlang gesteld hebben dat verruiming van de bagatel in strijd is het met het EG-verdrag.

*De leden van de SP-fractie vragen wat de gevolgen zijn als hardcore afspraken met interstatelijke werking volgens de nationale regels worden vrijgesteld, maar in het EG-recht gelden als merkbare beperking van de mededinging.*

De indieners verwachten niet dat deze situatie zich voordoet. Mocht dit toch het geval zijn, dan is dat geen probleem. De Europese Commissie en de NMa kunnen immers op grond van art. 81 EG-verdrag optreden tegen afspraken met interstatelijk effect die gelden als een merkbare beperking van de mededinging.

*Voorts zijn de leden van de SP-fractie enigszins verbaasd over de stelling waarmee de initiatiefnemers beweren dat de Europese Commissie weliswaar met behulp van de NMa kan optreden tegen afspraken met een interstatelijke werking, maar dat dit zich in de praktijk niet zal voordoen. De leden van de SP-fractie wijzen erop dat de initiatiefnemers weliswaar op grond van het verleden het gelijk aan hun zijde hebben, maar dat dit er niet noodzakelijk toe hoeft te leiden dat de Europese Commissie in de toekomst dezelfde wegen zal blijven bewandelen, zeker niet wanneer zij lucht krijgt van een wetswijziging die mogelijk conflicteert met de Europese mededingingsregels.*

Om te beginnen stellen de leden van de SP-fractie ten onrechte dat de voorgestelde aanpassing van art. 7 Mededingingswet mogelijk conflicteert met de Europese Mededingingsregels. In de toelichting is al uitvoerig toegelicht dat er geen formeel beletsel is om soepelere nationale regels vast te stellen. Ook het huidige art. 7 Mededingingswet staat in afwijking van de Europese regels hardcore kartels toe. De indieners wijzen er ten tweede op dat mededingingsautoriteiten in de praktijk nooit optreden tegen mededingingsbeperkende overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen met een klein marktaandeel, ook niet als het gaat om hard core afspraken. Door de economisering van het mededingingsbeleid richt de Commissie zich in toenemende mate op kartels die daadwerkelijk invloed hebben op de markt en niet op afspraken tussen bedrijven met een beperkt marktaandeel. Het zou derhalve zeer verrassend zijn als de Commissie zich in de toekomst wel op «kleine zaken» zou richten.

*De leden van de VVD-fractie vragen in hoeverre betrokken partijen in staat zijn om na te gaan of het Europese dan wel het Nederlandse kartelrecht van toepassing is, met het oog op interstatelijke effecten. Ook vragen de genoemde leden hoeveel MKB-bedrijven bij benadering profiteren van deze verruiming en in welke sectoren zij zich met name bevinden.*

De leden van de VVD-fractie vragen terecht of kleine ondernemingen wel in staat zijn om vast te stellen welk rechtstelsel van toepassing is. Dat is doorgaans echter geen probleem. Volgens de «de minimis» bekendmaking beïnvloeden overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen zelden de handel tussen lidstaten. Daar komt nog bij dat autoriteiten in de praktijk nooit optreden tegen mededingingsbeperkende overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen met een klein marktaandeel, ook niet als het gaat om hard core afspraken. Kleine en middelgrote ondernemingen kunnen er derhalve, uitzonderingen daargelaten, van uitgaan dat het Nederlandse kartelrecht van toepassing is. De initiatiefnemers kunnen niet exact aangeven hoeveel MKB-bedrijven van de verrui-

ming zullen profiteren, omdat moeilijk te voorspellen is hoeveel samenwerkingsverbanden de ondernemingen zelf tot stand brengen nadat dit wetsvoorstel van kracht is. De indieners verwachten dat in elk geval kleine winkels en hun toeleveranciers, diverse bedrijven in de creatieve sector, textielbedrijven, apothekers, fysiotherapeuten en autoschadeherstelbedrijven van de verruiming zullen profiteren.

*De leden van de fractie van de ChristenUnie stellen dat er geen interstatelijke werking van mededingingsbeperkende afspraken is als de bij een afspraak betrokken ondernemingen samen niet meer dan 5 procent marktaandeel en niet meer dan EUR 40 miljoen omzet hebben. Bij een overschrijding van deze grenzen kan er dus wel degelijk sprake zijn van een interstatelijk effect, aldus de genoemde leden. De leden van de fractie van de ChristenUnie verzoeken de indieners nader toe te lichten op welke wijze dit wetsvoorstel rechtszekerheid biedt aan de betrokken ondernemingen en bij de beantwoording tevens de mogelijkheid van de civiele rechtsgang te betrekken.*

Zoals aangegeven in de toelichting geldt volgens de genoemde richtsnoeren inderdaad dat overeenkomsten de handel tussen lidstaten in beginsel niet merkbaar kunnen beïnvloeden wanneer de bij een afspraak betrokken ondernemingen samen niet meer dan 5 procent marktaandeel en niet meer dan €40 miljoen omzet hebben. Zoals reeds geantwoord op een vraag van de leden van de VVD-fractie gaan de leden van de ChristenUnie echter voorbij aan een andere door de Commissie gestelde regel. Volgens de «de minimis» bekendmaking kunnen overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen «zelden» de handel tussen lidstaten beïnvloeden. In de richtsnoeren over interstatelijke handel wordt nader toegelicht dat «de activiteiten van KMO's normaal gesproken lokaal of hoogstens regionaal van karakter zijn». Daar komt nog bij dat autoriteiten in de praktijk nooit optreden tegen mededingingsbeperkende overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen met een klein marktaandeel, ook niet als het gaat om hard core afspraken. Kleine en middelgrote ondernemingen kunnen er normaal gesproken derhalve van uitgaan dat het Nederlandse kartelrecht van toepassing is. De leden van de ChristenUnie stellen terecht dat benadeelde partijen art. 81 EG-verdrag ook via de civiele rechter kunnen invoeren. Ook dan geldt echter dat dit alleen kan als er sprake is van interstatelijk effect. Zoals eerder betoogd hebben overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen zelden interstatelijk effect, wat betekent dat een gang naar de civiele rechter in de door de leden van de ChristenUnie omschreven situatie niet erg kansrijk is.

*De leden van de fractie van de ChristenUnie verzoeken de indieners van het wetsvoorstel nader toe te lichten hoe zij in dit kader de in de Europese rechtspraak ontwikkelde «nuttig effect regel» duiden. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgt uit de samenhang van de artikelen 81 en 82 met artikel 10 EG-Verdrag immers dat de lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. De genoemde leden vragen de indieners dan ook aan te geven of de voorgestelde wijziging van de Mededingingswet niet strijdig is met het EG-verdrag.*

De indieners zijn van mening 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. Als er sprake is van interstatelijk effect, de overeenkomst de mededinging merkbaar beïnvloedt en aan de andere voorwaarden voldaan is, staat niets eraan in de weg dat de Europese Commissie en de NMa op grond van art. 81 EG-verdrag optreden.

### **Gevolgen voor de overheid**

*De leden van de fractie van de ChristenUnie verzoeken de indieners om aan te geven of de verwachting dat de wetswijziging voor de belasting van de NMa, voor wat betreft de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid geen effect heeft, ook is getoetst bij de minister van Economische zaken dan wel bij de NMa.*

De indieners hebben hun analyse niet laten toetsen door de NMa of de minister van Economische Zaken. Er is wel met drie verschillende ministers van Economische Zaken uitvoerig over verruiming van de bagatel gedebatteerd. In die debatten hebben de ministers onder meer gesteld dat verruiming in strijd is met Europese regelgeving en gewezen op mogelijke gevolgen voor consumenten. Zij hebben nooit gewezen op een grotere belasting van de NMa, of op andere handhaving- of uitvoeringsproblemen.

Ten Hoopen  
Aptroot  
Vos