

Vergaderjaar 2010–2011

32 664

**Voorstel van wet van de leden Verburg, Aptroot en Dijkema tot wijziging van de Wet houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken**

Nr. 4

**ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENERS**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 28 april 2011 en de reactie van de indieners d.d. 27 mei 2011, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling is cursief afgedrukt. De Afdeling maakt een aantal opmerkingen bij het initiatiefwetsvoorstel, waarop hierna zal worden ingegaan.

*Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 25 februari 2011 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Verburg, Aptroot en Dijkema tot wijziging van de Wet houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken, met memorie van toelichting.*

*1. Op 15 juni 2010 is het wetsvoorstel houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het kartelverbod door de Eerste Kamer aangenomen.<sup>1</sup> Bij het wetsvoorstel is de zogeheten bagatelvrijstelling in de Mededingingswet<sup>2</sup> verruimd door de grens van 5% marktaandeel te verhogen naar 10% en door de omzetgrens van 40 miljoen EUR te laten vervallen. Deze vrijstelling geldt ongeacht het type kartel. Ook zogeheten hardcore-afspraken<sup>3</sup> vallen dus onder de vrijstelling.*

*Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is de vraag gerezen of deze verruiming in overeenstemming is met Europese recht. Op Europees niveau vallen hardcore-afspraken die de tussenstaatse handel raken niet onder de Bagatelbepending.<sup>4</sup> Om uitsluitel over de overeenstemming met het Europese recht te krijgen, heeft de minister van Economische Zaken contact opgenomen met de Europese Commissie. In een brief van 9 september 2010 heeft de Commissie, kort gezegd, aangegeven dat het voorstel kartels kan vrijstellen die onder Europees recht verboden zijn en dat dit afbreuk kan doen aan de doelstellingen van de Unie (beginsel van Unietrouw).<sup>5</sup> Voorts heeft de Commissie aangegeven dat het voorstel een risico van rechtsonzekerheid creëert. Naar*

<sup>1</sup> Kamerstukken I 2008/09, 31 531, A.

<sup>2</sup> Artikel 7 van de Mededingingswet.

<sup>3</sup> Onder hardcore-afspraken worden verstaan afspraken over prijzen, marktverdeling of quotering.

<sup>4</sup> Zie 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 368/1, randnr. 11.

<sup>5</sup> Artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

*aanleiding van de brief van de Commissie hebben de initiatiefnemers besloten het wetsvoorstel in die zin aan te passen dat de voorgestelde verruiming van de bagatelvrijstelling wordt beperkt tot kartels die de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden.*

### **Verhouding nieuwe initiatiefwetsvoorstel met oude initiatiefwetsvoorstel**

In het advies van de Raad van State geeft de Raad aan dat het wetsvoorstel, na aanpassing, in feite overeenkomt met het huidige criterium van de bagatelvrijstelling in artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet. Hieruit zou de conclusie getrokken kunnen worden dat het «nieuwe» initiatiefwetsvoorstel een verslechtering is ten opzichte van het «oude» initiatiefwetsvoorstel. Dit is echter niet het geval. De toegevoegde waarde van de aanpassing van het initiatiefwetsvoorstel vloeit voort uit het feit dat in de wetstekst zelf expliciet wordt opgenomen dat artikel 7, tweede lid van de Mededingingswet niet van toepassing is op overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen Lidstaten op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden. Dergelijke afspraken vallen onder het in artikel 101 VWEU<sup>1</sup> vastgelegde (Europese) kartelverbod. Daarmee is buiten twijfel gesteld dat het wetsvoorstel in overeenstemming is met het Europese recht en wordt zeker gesteld dat het wetsvoorstel geen afbreuk doet aan de doelstellingen van de EU. De kern van het wetsvoorstel is echter hetzelfde gebleven, want (hardcore) afspraken zonder effect op de tussenstaatse handel worden vrijgesteld van het kartelverbod, mits de betrokken ondernemingen samen een marktaandeel van ten hoogste 10% hebben. Dit zal hieronder nader worden toegelicht.

*De Afdeling merkt op dat met de aanpassing buiten twijfel is gesteld dat het wetsvoorstel in overeenstemming is met het Europese recht. Of met de aanpassing ook de rechtszekerheid is gediend, betwijfelt de Afdeling echter. Ingevolge het voorgestelde artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet zullen ondernemingen zelf moeten bepalen of een kartel al dan niet de tussenstaatse handel op merkbare wijze ongunstig beïnvloedt. Bovendien geldt dat het voor de uitleg van het criterium in de rede ligt dat aansluiting wordt gezocht bij de Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip «beïnvloeding van de handel».<sup>2</sup> Deze richtsnoeren gaan uit van een grens van 5% marktaandeel en een jaaromzet van niet meer dan 40 miljoen EUR. Een en ander betekent dat het wetsvoorstel, na aanpassing, in feite overeenkomt met het huidige criterium van de bagatelvrijstelling in artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet. Dit roept bij de Afdeling de vraag op wat de toegevoegde waarde is van de aanpassing.*

### **Gevolgen van de aanpassing voor de rechtszekerheid**

De Raad van State geeft aan dat de mogelijke spanning met het Europese recht is opgelost, maar vraagt zich af of «met de aanpassing ook de rechtszekerheid is gediend», omdat ondernemingen zelf moeten bepalen of de tussenstaatse handel op merkbare wijze ongunstig kan worden beïnvloed. De Raad van State wekt ten onrechte de indruk dat nieuwe negatieve gevolgen heeft voor de rechtszekerheid van bedrijven. Ook volgens de oorspronkelijke initiatiefwet moeten bedrijven zelf bepalen of er sprake is van een dergelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel. De initiatiefnemers hebben immers herhaaldelijk aangegeven dat als er sprake is van mogelijke ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel, de overeenkomst de mededinging merkbaar beïnvloedt en aan de andere voorwaarden is voldaan, art. 101 VWEU op grond van de Europese regels van toepassing is en niets eraan in de weg staat dat de mededingingsautoriteiten op grond van die bepaling optreden.<sup>3</sup> Deze regel wordt

<sup>1</sup> Voorheen art. 81 EG-verdrag.

<sup>2</sup> Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende het begrip «beïnvloeding van de handel» in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. 2004, C 101/81, randnr. 52.

<sup>3</sup> Een voorbeeld is de Memorie van Antwoord van 10 juli 2009, Kamerstukken I 2008/09, 31 531, D, p. 7.

door middel van de voorgestelde aanpassing weliswaar expliciet vastgelegd in artikel 7, tweede lid, sub b van de bagatelbepaling, maar dat neemt niet weg dat de regel nu ook al geldt.

### **Verhouding wetsvoorstel tot Richtsnoeren over het begrip «beïnvloeding van de handel»**

Volgens de Raad van State roept de beperking van de voorgestelde verruiming van de bagatelvrijstelling tot kartels die de handel tussen EU-lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden, de vraag op wat de toegevoegde waarde is van die beperking. Deze aanpassing van het wetsvoorstel komt volgens de Raad overeen met de bestaande criteria van de bagatelvrijstelling van 5% marktaandeel en € 40 miljoen omzet.

Uit de Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip «beïnvloeding van de handel» blijkt dat het niet mogelijk is om voor alle categorieën overeenkomsten algemene kwantitatieve regels vast te stellen waaruit valt af te leiden wanneer de handel tussen lidstaten merkbaar kan worden beïnvloed. Daarom heeft de Commissie criteria gegeven wanneer de handel normaal gesproken niet kan worden beïnvloed. Er kan derhalve niet worden gesteld dat overeenkomsten die niet voldoen aan het marktaandeelcriterium van 5% of het omzetcriterium van € 40 miljoen, automatisch de handel tussen lidstaten merkbaar kunnen beïnvloeden. Dit moet van geval tot geval worden bekeken.

Van belang is ook dat de Commissie in haar bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin artikel 101 van het VWEU, heeft verklaard dat overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen «normaal gesproken» de handel tussen lidstaten niet kunnen beïnvloeden. Deze ondernemingen kunnen derhalve gebruik maken van de nationale vrijstelling tot 10% marktaandeel die in het initiatiefwetsvoorstel is vastgelegd. De verruiming van de bagatelvrijstelling tot een gezamenlijk marktaandeel van 10% komt dan ook vooral het midden- en kleinbedrijf (MKB) ten goede, omdat afspraken van het MKB normaal gesproken de handel tussen lidstaten niet beïnvloeden. Dit komt overeen met het doel van het initiatiefwetsvoorstel om de positie van leveranciers uit het midden- en kleinbedrijf te versterken.

Kortom, MKB-bedrijven die actief zijn op een lokale of regionale markt (en zich derhalve niet bezighouden met import of export en alleen vestigingen in Nederland hebben), kunnen wel degelijk gebruik maken van de door de initiatiefwet verruimde, nationale bagatel.

*Een andere mogelijkheid die vorengenoemde bezwaren zou kunnen wegnemen en eveneens zou kunnen bijdragen aan de doelstelling van het wetsvoorstel versterking van de positie van leveranciers uit het midden- en kleinbedrijf – is aansluiting te zoeken bij de Europese Bagatelbekendmaking<sup>1</sup> en de bagatelvrijstelling in de ons omringende EU-lidstaten, en de hardcore-afspraken uit te zonderen van de nationale bagatelvrijstelling in artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet. In dat geval kan de vrijstelling worden gehandhaafd op de marktaandeelgrens van 10% zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de doelstellingen van de Europese Unie. Deze vrijstelling zou kunnen worden toegevoegd aan de huidige vrijstelling van artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet.<sup>2</sup> Hardcore-afspraken blijven aldus alleen dan uitgezonderd van het kartelverbod, indien het gezamenlijke marktaandeel op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter is dan 5%, en de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de bij de overeenkomst bestrokken ondernemingen voor de onder de overeenkomsten vallende*

<sup>1</sup> Zie 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 368/13, randnr. 7.

<sup>2</sup> Zie Kamerstukken II 2009/10, 31 531, F, blz. 4–6

*goederen of diensten, niet hoger is dan 40 miljoen euro. Beide vrijstellingen sluiten dan geheel aan bij de Europese Bagatelbepaling en de Europese Richtsnoeren betreffende het begrip «beïnvloeding van de handel».*

### **Voorstel van de Raad van State om hardcore-bepalingen uit te sluiten**

Allereerst is de door de Raad van State voorgestelde aanpassing vanuit juridisch oogpunt niet nodig, nu de argumenten van de Raad weerlegd zijn.

Het is mogelijk om, zoals de Raad voorstelt, hardcore-afspraken uit te zonderen van de nationale bagatelvrijstelling. Anders dan de Raad lijkt te suggereren, gelden ook in dat geval de Europese mededingingsregels en zijn afspraken die de interstatelijke handel merkbaar beïnvloeden, verboden. Bovendien zijn volgens het voorstel van de Raad hardcore-afspraken van ondernemingen met een marktaandeel van meer dan 5% of een gezamenlijke omzet van meer dan € 40 miljoen altijd verboden. In de formulering van het huidige initiatiefwetsvoorstel zijn hardcore-afspraken van ondernemingen met een marktaandeel van meer dan 5% of een gezamenlijke omzet van meer dan € 40 miljoen onder voorwaarden wel toegestaan (zie de voorgaande alinea). De Europese Commissie kijkt bij de beoordeling of een afspraak de handel tussen lidstaten merkbaar kan beïnvloeden namelijk niet naar de aard van de in de overeenkomst vervatte beperkingen. Het initiatiefwetsvoorstel, zoals dat voor advies aan de Raad van State is gezonden, komt dan ook beter tegemoet aan het doel van het initiatiefwetsvoorstel dan de door de Raad van State voorgestelde uitzondering van hardcore-afspraken. Sterker nog, het voorstel van de Raad doet ernstig afbreuk aan de effectiviteit van de initiatiefwet, want het MKB is juist gebaat bij het maken van hardcore afspraken. Het midden- en kleinbedrijf is vooral gebaat bij een ruimere vrijstelling voor prijsafspraken, want dit biedt MKB-leveranciers de mogelijkheid om samen op te trekken in onderhandelingen met grote bedrijven over de prijs die ze voor hun product of dienst ontvangen.

*De Afdeling adviseert de vorengenoemde mogelijkheid nader te bezien.*

*2. Voor een redactionele kanttekening verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.*

De redactionele kanttekening is opgenomen in het Voorstel van wet zoals gewijzigd naar aanleiding van het Advies van de Raad van State.

*De vice-president van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

De indieners,  
Verburg  
Aptroot  
Dijksma

**Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W15.11.0064/IV met een redactionele kanttekening die de Afdeling in overweging geeft.**

- In het voorgestelde artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet de woorden «het bepaalde in» schrappen (zie ook aanwijzing 52 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).