

Vergaderjaar 2010–2011

**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 (versterking positie leveranciers uit het MKB)**

**Nr. 18**

### **VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG**

Vastgesteld 7 juni 2011

Binnen de vaste commissie voor Economische Zaken, Landbouw en Innovatie<sup>1</sup> hebben enkele fracties de behoefte om enkele vragen en opmerkingen voor te leggen aan de minister Economische Zaken, Landbouw en Innovatie over de brieven van 8 juli 2010 en 10 september 2010 van de minister van Economische Zaken inzake de bekrachtiging van het initiatiefwetsvoorstel van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos houdende een wijziging van de Mededingingswet ter versterking van de positie van leveranciers uit het MKB, (Kamerstuk 31 531-17 en 2010Z12672.

De vragen en opmerkingen zijn op 21 september 2010 aan de minister van Economische Zaken voorgelegd. Bij brief van 1 juni 2011 zijn ze door de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, voorzien van een inleiding, beantwoord.

De voorzitter van de commissie,  
Van der Ham

De griffier van de commissie,  
Franke

<sup>1</sup> Samenstelling:

Leden: Dijkzema, S.A.M. (PvdA), Snijder-Hazelhoff, J.F. (VVD), Verburg, G. (CDA), Koopmans, G.P.J. (CDA), Ham, B. van der (D66), voorzitter, Smeets, P.E. (PvdA), Samsom, D.M. (PvdA), Jansen, P.F.C. (SP), ondervoorzitter, Jacobi, L. (PvdA), Koppejan, A.J. (CDA), Graus, D.J.G. (PVV), Thieme, M.L. (PvdD), Gesthuizen, S.M.J.G. (SP), Wiegman-van Meppelen Scheppink, E.E. (CU), Tongeren, L. van (GL), Ziengs, E. (VVD), Braakhuis, B.A.M. (GL), Gerbrands, K. (PVV), Lodders, W.J.H. (VVD), Vliet, R.A. van (PVV), Dijkgraaf, E. (SGP), Schaart, A.H.M. (VVD) en Verhoeven, K. (D66).  
Plv. leden: Jadnanansing, T.M. (PvdA), Elias, T.M.Ch. (VVD), Ormel, H.J. (CDA), Blanksma-van den Heuvel, P.J.M.G. (CDA), Koolmees, W. (D66), Dijkers, S.W. (PvdA), Dekken, T.R. van (PvdA), Irrgang, E. (SP), Groot, V.A. (PvdA), Werf, M.C.I. van der (CDA), Dijk, A.P.C. van (PVV), Ouweland, E. (PvdD), Gerven, H.P.J. van (SP), Schouten, C.J. (CU), Gent, W. van (GL), Leegte, R.W. (VVD), Grashoff, H.J. (GL), Mos, R. de (PVV), Taverne, J. (VVD), Bommel, J.J.G. van (PVV), Staaij, C.G. van der (SGP), Houwers, J. (VVD) en Veldhoven, S. van (D66).

<b>Inhoudsopgave</b>	<b>Blz.</b>
<b>Inleiding van de minister</b>	<b>2</b>
<b>I Vragen en opmerkingen vanuit de fracties</b>	<b>2</b>
Vragen en opmerkingen van de leden van de fracties van VVD, PvdA en CDA	2
<b>II Reactie van de minister van Economische Zaken</b>	<b>4</b>

### **Inleiding van de minister**

Binnen de vaste commissie voor Economische Zaken hadden enkele fracties de behoefte om over de brieven van de minister van Economische Zaken inzake de bekrachtiging van het initiatiefwetsvoorstel van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos, houdende een wijziging van de Mededingingswet ter versterking van de positie van leveranciers uit het mkb, van respectievelijk 8 juli 2010 (Kamerstuk 31 531-17) en 10 september 2010 (2010Z12672), enkele vragen en opmerkingen voor te leggen. Alvorens ik op deze vragen en opmerkingen in ga, wil ik eerst kort de stand van zaken schetsen.

Tijdens de behandeling van het initiatiefwetsvoorstel (Kamerstukken II 2007/08, 31 531, nr. 2) in de Tweede en Eerste Kamer heeft de toenmalige minister van Economische Zaken meerdere malen haar twijfels uitgesproken over de verenigbaarheid van het initiatiefwetsvoorstel met het Europese recht. Per brief is de directeur-generaal Mededinging van de Europese Commissie gevraagd of hij hier uitsluitsel over kan geven. In de bijgevoegde brief van 9 september 2010 treft u het antwoord van de directeur-generaal Mededinging van de Europese Commissie aan.<sup>1</sup> Naar aanleiding van deze brief hebben de leden Verburg, Aptroot en Dijkema besloten om de voorgestelde verruiming van de bagatelvrijstelling te beperken tot afspraken die de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden. Zij hebben hiertoe een nieuw wetsvoorstel ingediend (Kamerstukken II 2010/11, 32 664, nr. 2).

Door het verzoek aan de Europese Commissie en het indienen van dit nieuwe wetsvoorstel door de leden Verburg, Aptroot en Dijkema heeft de beantwoording langer geduurd dan gebruikelijk. Ik zal alsnog uitgebreid antwoord geven op de vragen. De vragen zijn gesteld naar aanleiding van het initiatiefwetsvoorstel dat in 2008 is ingediend. In de beantwoording wordt dan ook ingegaan op de inhoud van dit initiatiefwetsvoorstel en niet op het nieuwe wetsvoorstel.

### **I. VRAGEN EN OPMERKINGEN VANUIT DE FRACTIES**

#### **Vragen en opmerkingen van de leden van de fracties van VVD, PvdA en CDA**

De leden van de fracties van de VVD, PvdA en het CDA hebben een gezamenlijke inbreng.

De leden van deze fracties vragen de regering te bevestigen dat (de afdeling advisering van) de Raad van State als onderdeel van de juridische toets standaard vaststelt of een wetsvoorstel in strijd is met hoger internationaal recht. Zij vragen voorts waarom de regering, ondanks het positieve oordeel van de Raad van State over dit wetsvoorstel, het toch nodig vond om deze kwestie ook aan de Europese

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

Commissie voor te leggen. Mogen deze leden in de toekomst vaker verwachten dat de regering het advies van de Raad van State laat volgen door een finale toetsing door de Europese Commissie?

Deelt de regering de mening van de leden van de fracties van de VVD, de PvdA en het CDA dat er in beide Kamers der Staten-Generaal een grondig inhoudelijk debat over de verhouding tussen de initiatiefwet en de Europese regels heeft plaatsgevonden, waarin de regering alle gelegenheid heeft gehad om haar standpunt toe te lichten? Indien ja, waarom legt de regering zich niet neer bij het oordeel van een ruime meerderheid van beide Kamers?

Kan de regering bevestigen dat het in de parlementaire geschiedenis nog niet is voorgekomen dat de regering weigerde een initiatiefwet te bekrachtigen waarover de Raad van State positief adviseerde en die door Tweede en Eerste Kamer is aangenomen? Hoe verhoudt deze weigering van de regering zich om een initiatiefwet te bekrachtigen, uitzonderingen daargelaten, tot het in artikel 82 van de Grondwet vastgelegde recht van initiatief? De leden van de aan het woord zijnde fracties zijn van mening dat nog langer wachten met bekrachtigen van deze initiatiefwet, uitholling betekent van het recht van initiatief van de Tweede Kamer.

De leden van de fracties van de VVD, PvdA en het CDA, constateren dat het inhoudelijke debat over de verhouding tussen de initiatiefwet en de Europese regels reeds heeft plaatsgevonden en dat de initiatiefnemers daarin overtuigende argumenten hebben gegeven. De indieners stelden terecht dat het EG-recht niet voorschrijft dat de Nederlandse wet gedragingen verbiedt die op basis van het Europese recht verboden zijn. Dat hoeft ook niet, want het EG-recht heeft directe werking. Op grond van art. 3, lid 1 van Verordening 1/2003 zijn mededingingsautoriteiten zelfs verplicht om het Europese kartelverbod toe te passen op afspraken met interstatelijk effect. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat het EG-verdrag dan voorrang heeft. Hoe kan de regering stellen dat het wetsvoorstel in strijd is met het verbod voor lidstaten om maatregelen te nemen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar brengen, als toepassing van het EG-recht op afspraken met interstatelijk effect op deze wijze zeker gesteld is? Hoe kan de regering stellen dat het initiatiefvoorstel de indruk wekt dat hardcore-afspraken (altijd) zijn toegestaan als de marktaandeelgrens van 10% niet wordt overschreden, terwijl de indieners consequent gesteld hebben dit alleen geldt voor (nationale) afspraken zonder interstatelijk effect?

De regering schrijft in haar brief van 8 juli 2010 dat ze de Europese Commissie zal vragen of «zij uitsluitel kan geven of zij het initiatiefvoorstel verenigbaar acht met het Europese recht». Omdat de exacte formulering van de vraagstelling bepalend kan zijn voor het antwoord van de Commissie, ontvangen de leden van de fracties van de VVD, PvdA en het CDA graag een afschrift van de brief aan de Commissie.

Tenslotte roepen de leden van deze fracties de regering op om het antwoord van de Commissie niet af te wachten, maar op de kortst mogelijke termijn, in ieder geval voor 1 oktober 2010, deze initiatiefwet te bekrachtigen.

## II REACTIE VAN DE MINISTER

### Beantwoording van de vragen

De leden van de fracties van de VVD, de PvdA en het CDA vroegen de regering te bevestigen dat de Raad van State als onderdeel van de juridische toets standaard vaststelt of een wetsvoorstel in strijd is met hoger internationaal recht. De regering gaat ervan uit dat de Raad van State, als aan een wetsvoorstel mogelijk internationaalrechtelijke aspecten verbonden zijn, toetst of het wetsvoorstel met dat internationale recht verenigbaar is. Uit het «blanco advies» van de raad (Kamerstukken II 2007/08, 31 531, nr. 4) over dit wetsvoorstel valt echter niet op te maken wat de overwegingen van de raad waren dit wetsvoorstel in overeenstemming met het Europese recht te achten, terwijl de regering op dat punt twijfels heeft. Om te voorkomen dat een met het Europese recht strijdig wetsvoorstel wordt bekrachtigd, is het wetsvoorstel ook voorgelegd aan de directeur-generaal Mededinging van de Europese Commissie. Of de regering in de toekomst vaker na het advies van de Raad van State een wetsvoorstel aan de Europese Commissie zal voorleggen, zal ervan afhangen of er aan een wetsvoorstel Europeesrechtelijke aspecten zitten, of er aanleiding is te veronderstellen dat het wetsvoorstel uit het oogpunt van Europees recht tot problemen kan leiden en of het advies van de raad op dat punt duidelijkheid verschaft.

Het antwoord van de regering op de vraag van deze leden of de regering tijdens de parlementaire behandeling gelegenheid heeft gehad haar standpunt over de verhouding tussen het wetsvoorstel en het Europese recht toe te lichten, luidt bevestigend. De argumenten van de beide Kamers waarom het wetsvoorstel wel verenigbaar zou zijn met het Europese recht, hebben de regering niet overtuigd en hebben de twijfels van de regering op dit punt niet weggenomen. De regering is hierop tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in beide Kamers uitvoerig ingegaan.

De leden van deze fracties vroegen of de regering kan bevestigen dat het in de parlementaire geschiedenis nog niet is voorgekomen dat de regering weigerde een initiatiefwet te bekrachtigen nadat de Raad van State positief adviseerde en die door de Tweede en de Eerste Kamer is aangenomen. Voor zover de regering heeft kunnen nagaan, is het ten minste twee maal voorgekomen dat een initiatiefwetsvoorstel niet is bekrachtigd, te weten in 1917 bij een wetsvoorstel Marchant en in 1928 bij een wetsvoorstel Zijlstra. Bij beide wetsvoorstellen was overigens geen sprake van een principieel inhoudelijk verschil van mening (aldus Van der Pot-Donner, Handboek voor het Nederlandse Staatsrecht, veertiende druk, 2001, pag. 562).

Verder vroegen de leden van deze fracties hoe deze weigering van de regering een initiatiefwet te bekrachtigen zich verhoudt tot het in artikel 82 van de Grondwet neergelegde recht van initiatief. In artikel 82 van de Grondwet is geregeld dat voorstellen van wet kunnen worden ingediend door of vanwege de Koning en door de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het recht van initiatief ziet op het recht van de Tweede Kamer om wetsvoorstellen in te dienen. Ingevolge artikel 87 van de Grondwet wordt een voorstel (van wet) wet, zodra het door de Staten-Generaal is aangenomen en door de Koning is bekrachtigd. Voor de totstandkoming van een wet, of dat nu een initiatiefwet of een door de regering geïnitieerde wet is, is dus zowel de instemming van de Staten-Generaal als die van de regering nodig. Artikel 81 van de Grondwet bepaalt daarom dat de vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk. Voor regeringsvoorstellen betekent dit dat deze slechts tot wet kunnen worden verheven na goedkeuring door de Staten-Generaal,

gevolgd door bekrachtiging. Voor initiatiefwetsvoorstellen is dat niet anders. Zoals hierboven al is aangegeven, heeft de regering tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in beide Kamers aangegeven twijfels te hebben over de verhouding van het wetsvoorstel met het Europese recht. Artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie bepaalt dat lidstaten zich dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen. Het bekrachtigen van een wetsvoorstel dat op gespannen voet staat met het Europese recht zou strijdig kunnen zijn met deze bepaling. Het gaat hier dus niet om de vraag of het wetsvoorstel al dan niet wenselijk is, maar om de vraag naar de verhouding van het wetsvoorstel met het Europese recht, een vraag betreffende de rechtmatigheid van het wetsvoorstel. De regering rekent het tot haar verantwoordelijkheid om hier een standpunt over in te nemen. De regering ziet niet in hoe hiermee het recht van initiatief van de Tweede Kamer zou worden uitgehouden.

De leden van deze fractie vroegen hoe de regering kan stellen dat het initiatiefwetsvoorstel in strijd is met het verbod voor lidstaten maatregelen te nemen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar brengen, nu het Hof van Justitie van de EG heeft bepaald dat het EG-Verdrag voorrang heeft boven de nationale Mededingingswet. De regering is het met deze leden eens dat de Europese mededingingsregels voorrang hebben boven de nationale mededingingsregels. Dit betekent inderdaad dat een mededingingsbeperkende afspraak die is vrijgesteld op grond van de – versoepelde – nationale bagatelvrijstelling, maar die tevens binnen de reikwijdte van het Europese kartelverbod valt, toch verboden is. In de tekst van het initiatiefwetsvoorstel is de bepaling waarin mededingingsafspraken worden vrijgesteld indien het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet meer dan 10% bedraagt, niet beperkt tot mededingingsafspraken zonder interstatelijke werking. De versoepelde bagatelvrijstelling is dus mede van toepassing op mededingingsafspraken die interstatelijke werking hebben en daardoor onder het Europese kartelverbod vallen. Hierdoor kan de versoepelde bagatelvrijstelling uit het wetsvoorstel in strijd komen met artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) dat bepaalt dat lidstaten zich moeten onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen. Eén van die doelstellingen is de vestiging van een interne markt. Volgens Protocol 27 houdt de interne markt een regime in dat verzekert dat de mededinging niet wordt verstoord. Artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) houdt een verbod in van afspraken die de mededinging binnen de interne markt verhinderen, beperken of vervalsen. Dit betekent dat het lidstaten niet is toegestaan wetgeving tot stand te brengen die in strijd is met artikel 101 VWEU. Dit volgt ook uit het arrest van het Hof van Justitie van de EG van 9 september 2003 (CIF – C-198/01). Dit arrest is specifiek met betrekking tot het Europese mededingingsrecht. In dit arrest is uitdrukkelijk bepaald dat overheden geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Het Hof van Justitie van de EG heeft met name geoordeeld dat de artikelen 10 EG (thans: artikel 4, derde lid, VEU) en artikel 81 EG (thans: artikel 101 VWEU) worden geschonden, wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 81 EG (thans: artikel 101 VWEU) strijdige mededingingsregelingen oplegt of *begunstigt*. Dit laatste is naar de mening van de regering het geval bij het initiatiefwetsvoorstel, omdat de versoepelde bagatelvrijstelling mede van toepassing is op mededingingsafspraken die verboden zijn op grond van artikel 101 VWEU. Ook vroegen deze leden hoe de regering kan stellen dat het initiatiefvoorstel de indruk wekt dat hardcore-afspraken (altijd) zijn toegestaan als

de marktaandeelgrens van 10% niet wordt overschreden, terwijl de indieners consequent gesteld hebben dat dit alleen geldt voor (nationale) afspraken zonder interstatelijk effect. Met het initiatiefwetsvoorstel vervalt de omzetgrens van € 40 miljoen en wordt het marktaandeel van 5% verhoogd naar 10%. Het feit dat dit alleen geldt voor afspraken zonder interstatelijk effect stond niet in het initiatiefwetsvoorstel. Hierdoor zouden ondernemingen ervan uit kunnen gaan dat afspraken beneden die 10%-grens zijn vrijgesteld. Die veronderstelling is niet altijd terecht en dat leidt tot rechtsonzekerheid.

Op verzoek van deze leden doe ik u hierbij de brief van 16 juli 2010 toekomen waarin de directeur-generaal voor Energie, Telecom en Markten van het Ministerie van Economische Zaken aan de directeur-generaal Mededinging van de Europese Commissie vraagt of de Europese Commissie kan toelichten of het wetsvoorstel wel of niet verenigbaar is met het Europese recht. Zoals ik reeds heb aangegeven, treft U in de bijlage ook de antwoordbrief van de directeur-generaal Mededinging van de Europese Commissie van 9 september 2010 aan.

Tenslotte roepen de leden van deze fracties de regering op om het antwoord van de Commissie niet af te wachten, maar op de kortst mogelijke termijn, in ieder geval voor 1 oktober 2010, deze initiatiefwet te bekrachtigen. Aangezien de twijfels rond de verenigbaarheid van het initiatiefwetsvoorstel met het Europese recht tijdens de behandeling van het wetsvoorstel niet zijn weggenomen, is aan de directeur-generaal Mededinging van de Europese Commissie gevraagd of hij hier uitsluitel over kan geven. In zijn brief van 9 september 2010 geeft hij aan dat door de verruiming van de bagatelvrijstelling hardcore-afspraken worden vrijgesteld die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden en daardoor onder het Europese recht verboden kunnen zijn. Naar zijn mening zou een zodanige vrijstelling vraagtekens oproepen ten aanzien van de verenigbaarheid met het Europese recht. Hij verwijst in dit verband naar artikel 4, derde lid, van het VEU, dat bepaalt dat lidstaten zich moeten onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen. Bovendien zou een zodanige vrijstelling om die reden voor onzekerheid bij bedrijven kunnen zorgen. Naar aanleiding van de brief van de directeur-generaal Mededinging hebben de leden Verburg, Aptroot en Dijkema besloten om een nieuw wetsvoorstel in te dienen. Met dit nieuwe wetsvoorstel wordt de voorgestelde verruiming van de bagatelvrijstelling beperkt tot afspraken die de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden. Als gevolg van deze beperking wordt duidelijk in de wettekst opgenomen dat de verruimde bagatelvrijstelling niet van toepassing is op afspraken die binnen de reikwijdte van het in artikel 101 VWEU neergelegde kartelverbod vallen. Indien dit nieuwe wetsvoorstel door beide Kamers wordt aangenomen, zal ik ervoor zorgen dat het wetsvoorstel wordt bekrachtigd.