

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. 5**

### **VERSLAG**

Vastgesteld 9 oktober 2008

De vaste commissie voor Economische Zaken<sup>1</sup> belast met het voorbereidend onderzoek van bovengenoemd wetsvoorstel, heeft de eer als volgt verslag uit te brengen van haar bevindingen.

Onder het voorbehoud dat de initiatiefnemers de vragen en opmerkingen in dit verslag afdoende zullen beantwoorden, acht de commissie hiermee de openbare behandeling van het voorstel van wet voldoende voorbereid.

### **Inhoudsopgave**

1. Inleiding	1
2. De bagatelbepaling: inhoud en doel van de wetwijziging	2
3. Verhouding tot EG-mededingingsrecht	3
4. Gevolgen voor de overheid	4

### **Inleiding**

De leden van de CDA-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsontwerp.

De leden van de SP-fractie hebben met instemming kennisgenomen van het initiatief tot wetwijziging van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos.

De leden van VVD-fractie hebben verheugd kennisgenomen van het wetsvoorstel ter versoepeling van de bagatelvrijstelling.

De leden van de fractie van de ChristenUnie hebben kennisgenomen van het wetsvoorstel houdende de wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken. Zij spreken hun waardering uit voor de inspanningen van de indieners om tot dit initiatiefwetsvoorstel te komen. Met het voorstel wordt beoogd de positie van leveranciers met een beperkt marktaandeel te versterken om een tegenwicht te kunnen bieden aan de inkoopmacht van grote bedrijven. Hoewel het beoogde doel van het wetsvoorstel duidelijk is, roept het gekozen middel vooralsnog vooral vragen op bij de

<sup>1</sup> Samenstelling:

Leden: Van der Vlies (SGP), Schreijer-Pierik (CDA), Vendrik (GL), Ten Hoopen (CDA), Tichelaar (PvdA), Voorzitter, Hessels (CDA), Onder voorzitter, Van der Ham (D66), Van Velzen (SP), Aptroot (VVD), Smeets (PvdA), Samsom (PvdA), Dezentjé Hamming-Bluemink (VVD), Irrgang (SP), Jansen (SP), Biskop (CDA), Ortega-Martijn (CU), Blanksma-van den Heuvel (CDA), Van der Burg (VVD), Graus (PVV), Zijlstra (VVD), Besselink (PvdA), Gesthuizen (SP), Ouweland (PvdD), Vos (PvdA) en De Rouwe (CDA).

, Plv. leden: Van der Staaij (SGP), Van Dijk (CDA), Sap (GL), Van Vroonhoven-Kok (CDA), Blom (PvdA), Aasted-Madsen-van Stiphout (CDA), Koşer Kaya (D66), Ulenbelt (SP), Blok (VVD), Boelhouwer (PvdA), Kalma (PvdA), Weekers (VVD), Karabulut (SP), Luijben (SP), De Nerée tot Babberich (CDA), Cramer (CU), Atsma (CDA), De Krom (VVD), Madlener (PVV), Vacature (algemeen), Van Dam (PvdA), Gerkens (SP), Thieme (PvdD), Heerts (PvdA) en Uitslag (CDA).

leden van de fractie van de ChristenUnie, onder meer met het oog op de belangen van de consument.

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

De leden van de CDA-fractie delen de mening van de initiatiefnemers dat «inkoopmacht» in sectoren zoals de zorg- en landbouwsector een probleem is en verkeerd uitpakt voor kleine leveranciers. Grote afnemers zoals zorgverzekeraars hebben een sterke positie, terwijl kleine leveranciers zoals fysiotherapeuten een zeer zwakke onderhandelingspositie hebben. Ze kunnen in een aantal gevallen feitelijk alleen maar akkoord gaan met een contractsaanbod van de wederpartij. Dat is niet rechtvaardig en vanuit het oogpunt van eerlijke concurrentie onnodig. De leden van de CDA-fractie pleiten daarom al vanaf de totstandkoming van de Mededingingswet en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in 1998 voor verruiming van de bagatel. Dat pleidooi heeft, ondanks een aangenomen amendement dat leidde tot beperkte verruiming, helaas geen weerklank gekregen bij de opvolgende ministers van Economische Zaken. Echter, het verbod op misbruik van economische machtspositie (artikel 24 Mededingingswet) is ook bestemd om misbruik van inkoopmacht tegen te gaan. Waarom vinden de initiatiefnemers dat deze bepaling geen oplossing biedt voor de omschreven problematiek?

Wanneer dit wetsvoorstel er daadwerkelijk toe zal leiden dat kleine leveranciers een sterkere concurrentiepositie verwerven ten opzichte van de nu zeer grote inkoopmacht van grotere bedrijven, kan het vanzelfsprekend op de warme steun van de leden van de SP-fractie rekenen. Wel vragen deze leden of de initiatiefnemers in overweging willen nemen om na enkele jaren tot een evaluatie te komen. Mocht hieruit blijken dat de daadwerkelijke concurrentiepositie van kleine ondernemers niet verbeterd is, dan pleiten de leden van de SP-fractie voor aanvullende of alternatieve maatregelen.

Het door de initiatiefnemers genoemde argument van een aanscherping van de prioriteitstelling van de NMa, is naar de mening van de leden van de SP-fractie niet valide. Als zelfstandig bestuursorgaan valt de NMa onder de verantwoordelijkheid van het ministerie van Economische Zaken en wanneer blijkt dat de NMa zich onvoldoende op grote bedrijven richt, dan dient de verantwoordelijke bewindspersoon er naar de mening van deze leden zorg voor te dragen dat dit verandert. Een wetswijziging op die gronden gaat voorbij aan de verantwoordelijkheid van de minister van Economische Zaken.

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. Wel vragen deze leden waarom het begrip «marktaandeel» niet nader wordt ingevuld, daar dit, door het vervallen van het tweede lid letter b, tot onduidelijkheid zou kunnen leiden bij marktpartijen.

Het hoofddoel van de voorgestelde wijziging is om de positie van leveranciers met een beperkt marktaandeel te versterken door deze leveranciers in staat te stellen een tegengewicht te bieden aan de inkoopmacht van grote bedrijven. Echter, ook ondernemingen die niet te maken hebben met inkoopmacht, worden door dit voorstel in staat gesteld om door middel van mededinging beperkende afspraken hun positie, bijvoorbeeld ten opzichte van de consument, verdergaand te versterken. 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 tegengewicht te kunnen

bieden aan bedrijven met inkoopmacht. Deze leden verzoeken de indieners bij de beantwoording aan te geven welke alternatieven zijn overwogen.

Deze leden wijzen er voorts op dat het toestaan van verdergaande mededinging beperkende afspraken, bijvoorbeeld over verkoopprijzen, direct in het nadeel is van consumenten. Zij zullen immers uiteindelijk de hogere verkoopprijzen die het gevolg zijn van de prijsafspraken moeten betalen. 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.

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

De minister van Economische Zaken heeft herhaaldelijk gesteld dat verruiming van de bagatel in strijd is met de Europese regels en daarom juridisch niet kan. De initiatiefnemers betogen in de memorie van toelichting uitvoerig dat er geen belemmeringen zijn. Uit het blanco advies van de Raad van State leiden de leden van de CDA-fractie af dat de Raad geen juridische belemmeringen ziet en derhalve de redenering van de minister niet delen. 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. Wat vinden de initiatiefnemers van de opstelling van de minister? Hebben de initiatiefnemers de indruk dat de minister de vermeende strijd met het EG-verdrag gebruikt heeft om een wetwijziging tegen te houden die zij om andere redenen onwenselijk vindt?

De leden van de SP-fractie zijn niet volledig gerust over de gevolgen van een eventuele verruiming van de bagatelregeling tot 10% als daarmee mogelijk wordt dat hardcore afspraken met interstatelijke werking volgens de nationale regels worden vrijgesteld, maar in het EG-recht gelden als merkbare beperking van de mededinging. De initiatiefnemers geven aan dat dit risico zich niet of nauwelijks zal voordoen en dat deze wijziging dus weinig problemen zal opleveren. Wat verwachten de initiatiefnemers als mogelijke gevolgen in de zeldzame gevallen dat deze regeling wel problemen zal opleveren?

Voorts zijn de aan het woord zijnde leden enigszins verbaasd over de stelligheid 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 wetwijziging die mogelijk conflicteert met de Europese mededingingsregels.

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. Het Europese recht, indien van toepassing, is immers stringenter dan de nationale wetgeving en heeft hierop voorrang. Tenslotte vragen deze leden hoeveel MKB-bedrijven bij benadering profiteren van deze verruiming en in welke sectoren zij zich met name bevinden.

De leden van de fractie van de ChristenUnie wijzen erop dat de initiatiefnemers kiezen voor de grens van 10 procent omdat deze grens ook in het Europese mededingingsrecht bestaat. In het Europese mededingingsrecht geldt geen wettelijke bagatelregeling. Er zijn wel beleidsregels van de Europese Commissie, waaronder de «de minimis-regeling» waarnaar de

indieners verwijzen. Volgens deze regeling vallen kartels buiten het verbod van artikel 81, lid 1 van het EG-Verdrag indien het marktaandeel van de betrokken ondernemingen onder de 10 procent ligt bij horizontale kartels, en onder de 15 procent bij verticale kartels. De regeling geldt echter niet voor «hardcore-afspraken» zoals prijsafspraken en marktverdelingsafspraken.

De memorie van toelichting stelt dat er uit de Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende het begrip «beïnvloeding van de handel» in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2004, C101) volgt 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, waardoor artikel 81 en 82 EG van toepassing kunnen zijn. In het geval van een «hardcore» afspraak blijft artikel 81, lid 1 EG dan onverminderd van kracht. De leden van de fractie van de ChristenUnie wijzen er daarbij op dat de NMa ook tot taak heeft om overtredingen van artikel 81, lid 1, EG, te bestrijden. Dit volgt uit artikel 88 van de Mededingingswet. Ook kunnen benadeelde partijen via de civiele rechter een artikel 81, lid 1 EG inroepen. In dat geval is de civiele rechter gehouden dit artikel toe te passen.

Het voorstel van de indieners lijkt dan ook geen zekerheid te bieden dat een mededingingsbeperkende afspraak waarbij de betrokken ondernemingen een marktaandeel hebben tussen de 5 en de 10 procent of de omzet de EUR 40 miljoen overschrijdt, buiten het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt. Er zou dan slechts sprake zijn van schijnzekerheid, waar geen enkele ondernemer bij gebaat is. De leden van de fractie van de ChristenUnie verzoeken de indieners dan ook 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.

De initiatiefnemers concluderen in de memorie van toelichting dat de verruiming tot 10 procent het mogelijk maakt dat een (hardcore) afspraak met interstatelijke werking volgens de nationale regels wordt vrijgesteld, maar in het EG-recht geldt als merkbare beperking van de mededinging. In de memorie van toelichting op het voorstel wordt voorts gesteld dat uit artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003 voortvloeit dat nationaal mededingingsrecht niet strenger mag zijn dan de Europese mededingingsregels als het wordt toegepast op overeenkomsten met een grensoverschrijdend effect. Er is, zo stellen de indieners, geen bepaling die soepeler regels verbiedt. 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 leden van de fractie van de ChristenUnie vragen de indieners dan ook aan te geven of de voorgestelde wijziging van de mededingingswet niet strijdig is met het EG-verdrag.

### **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 voorzitter van de vaste commissie voor Economische Zaken,  
Tichelaar

De griffier van de commissie,  
Franke