

Vergaderjaar 2009–2010

**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)**

**I**

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

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 30 maart 2010

In het verslag van 24 februari 2010 van de vaste commissie voor Economische Zaken met betrekking tot het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet ter verruiming van de bagatelvrijstelling (31 531) is door de leden van verschillende fracties ook een aantal vragen gesteld aan de regering. Hieronder treft u de antwoorden op deze vragen aan.

*Europeesrechtelijke aspecten: Kartels aangaande prijzen, quotering en marktverdeling («hardcore»)*

De leden van de CDA-fractie merkten, kort samengevat, op dat de civiele rechter, als een marktpartij ageert uit onrechtmatige daad wegens een mededingingsbeperkende afspraak die de handel met enig EU-lidstaat raakt maar wel valt binnen de vrijstelling van het voorgestelde artikel 7, tweede lid Mw, dat tweede lid buiten toepassing moet laten. Tegen de achtergrond van deze analyse stellen de leden van de CDA-fractie de vraag of er werkelijk sprake is van een strijd tussen het initiatiefwetsvoorstel en de regels van het Europese recht.

De analyse van deze leden geeft precies weer waarom ik van mening ben dat het initiatiefwetsvoorstel tot rechtsonzekerheid kan leiden. Indien de omzetgrens van € 40 miljoen 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, zoals deze leden zelf ook aangeven, niet altijd terecht en dat leidt tot rechtsonzekerheid. Dit is 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. Daarnaast is er mijns inziens inderdaad sprake van strijd tussen het initiatiefwetsvoorstel en de regels van het Europese recht. Volgens artikel

4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) mogen lidstaten immers geen maatregelen nemen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen. Eén van die doelstellingen is het tot stand brengen van de interne markt. Uit protocol 27 blijkt dat de interne markt een regime moet omvatten dat verzekert dat de mededinging niet wordt verstoord. Artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) zorgt voor een 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 VWEU. In het arrest CIF (zaak C-198/01) wordt specifiek ten aanzien van het Europese mededingingsrecht uitdrukkelijk aangegeven dat de overheid geen wetgeving mag vaststellen of administratieve praktijk mag hanteren die een inbreuk op artikel 81 of 82 EG (thans: 101 en 102 VWEU) bevordert of ondernemingen zelfs verplicht tot een dergelijke inbreuk. 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 VWEU. Europeesrechtelijk is er onder de huidige wetgeving geen probleem, omdat de bestaande bagatelvrijstelling van artikel 7, tweede lid, alleen geldt voor afspraken die buiten de werkingssfeer van het Europese mededingingsrecht vallen. Dit is gerealiseerd door in artikel 7, tweede lid, de vrijstellingscriteria 5% marktaandeel en € 40 miljoen omzet op te nemen. Indien ondernemingen beneden deze beide drempels blijven, hebben mededingingsafspraken volgens de Europese Commissie geen interstatelijke werking en zijn daarop de Europese mededingingsregels niet van toepassing (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 initiatiefwetsvoorstel echter wordt de drempel van 5% marktaandeel verhoogd naar 10% en vervalt de omzetgrens van € 40 miljoen. Daardoor gaat de bagatelvrijstelling ook gelden voor hardcore-afspraken die de handel tussen EU-lidstaten beïnvloeden en door artikel 101 VWEU worden verboden. Daardoor bevordert de bagatelvrijstelling het maken van mededingingsafspraken die in strijd zijn met artikel 101 VWEU, en komt zijzelf in strijd met de bepaling uit het EU-recht dat lidstaten geen afbreuk mogen doen aan de doelstellingen van het VWEU.

#### *Wijziging van artikel 7 Mededingingswet op initiatief van de regering*

De leden van de SP-fractie vroegen of de regering aanleiding ziet de bagatelvrijstelling aan te passen, omdat deze hardcore-afspraken vrijstelt en dit type afspraken verboden is op grond van artikel 101 VWEU.

Voor een zodanige aanpassing zie ik geen aanleiding. Artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet is ingevoegd door het amendement van de leden Aptroot en Ten Hoopen dat door de Tweede Kamer is aanvaard bij de behandeling van het voorstel van de Wet tot wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 32). Het huidige artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet is, zoals toegelicht, alleen van toepassing op afspraken die buiten de reikwijdte van de Europese mededingingsregels vallen, en is daarom niet met die regels in strijd, ook al geldt de bagatelvrijstelling mede voor hardcore-afspraken.

Voor een afzonderlijk artikel om inkoopmacht als zodanig te beperken, zie ik evenmin aanleiding. In mijn brief van 17 december 2009 aan de Tweede Kamer over inkoopmacht (kamerstukken II 2009/10, 32 123 XIII, nr. 46) heb ik toegelicht dat inkoopmacht uit oogpunt van mededinging meestal geen probleem is, indien afnemers met inkoopmacht hun bij inkoop verkregen

voordelen doorgeven aan de consument. Als er in een geval een concrete aanwijzing is dat een afnemer misbruik maakt van zijn economische machtspositie, kan de NMa een onderzoek instellen en bij gebleken bewijs optreden wegens overtreding van het verbod van zodanig misbruik. Ook kan gezamenlijke inkoop door afnemers in strijd zijn met het kartelverbod en kan de NMa bij gebleken bewijs optreden wegens overtreding van dat verbod. Wat volgens een onderzoek van het EIM in de verhouding tussen leveranciers en afnemers door leveranciers voornamelijk als een probleem wordt gezien, is het feit dat leveranciers worden geconfronteerd met het eenzijdig wijzigen van eerder gesloten contracten door afnemers. Leveranciers deinzen ervoor terug de nakoming van hun contracten via de civiele rechter af te dwingen uit vrees goede klanten te verliezen. Om dit probleem op te lossen, heb ik in mijn brief aan de Tweede Kamer voorgesteld te verkennen of er draagvlak bestaat voor een gedragscode die op basis van vrijwilligheid wordt aangegaan door de meest betrokken ondernemersorganisaties van leveranciers en van afnemers. Wat de inhoud van de gedragscode betreft kan de in het Verenigd Koninkrijk geldende gedragscode voor supermarkten als voorbeeld dienen. Daarom ben ik voornemens met de meest betrokken organisaties van leveranciers en van afnemers het gesprek aan te gaan of deze optie haalbaar is, of zij bereid zijn aan de totstandkoming daarvan constructief mee te werken en of zij ideeën hebben voor de modaliteiten van een zodanige gedragscode. Ik heb de Tweede Kamer toegezegd haar uiterlijk 1 mei 2010 te informeren of ik de gedragscode haalbaar acht.

#### *Relevante markt*

De leden van de SP-fractie vroegen de regering bij de NZa te informeren wat deze bedoelt met haar opmerking in voetnoot 28 in de Monitor Huisartsenzorg 2008: »De relevante markt is niet in mededingingsrechtelijke zin afgebakend».

Desgevraagd merkt de NZa het volgende op. Het formeel bepalen (ofwel «afbakenen») van een relevante markt in mededingingsrechtelijke zin geschiedt doorgaans pas wanneer daar in een concrete zaak (bijvoorbeeld bij het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht bij een ziektekostenverzekeraar of zorgaanbieder) aanleiding voor is. Een dergelijke bepaling ofwel afbakening is door de NZa in het kader van de Monitor Huisartsenzorg 2008 niet uitgevoerd. Niettemin durft de NZa in de Monitor Huisartsenzorg 2008 wel te stellen dat de desbetreffende relevante markt in geografisch opzicht klein is, dat wil zeggen lokaal of regionaal van aard. Deze stelling is gebaseerd op het algemene inzicht dat patiënten doorgaans niet te lang onderweg willen zijn om de eigen huisarts te bereiken, en dat huisartsen doorgaans ook binnen een redelijke tijd bij de eigen patiënten thuis visite moet kunnen plegen. Zodoende vormen huisartsen met een praktijk die verder is afgelegen van een patiënt/consument geen reëel alternatief voor huisartsen in de directe omgeving van de patiënt/consument en is de geografische marktomvang dus klein te noemen. Hoewel met deze stelling een grove bovengrens is gegeven aan de mogelijke geografische omvang van de relevante markt voor huisartsenzorg, is hiermee nog geen daadwerkelijke afbakening van de desbetreffende relevante markt gemaakt. De NZa heeft met voetnoot 28 willen verduidelijken dat er van een formele bepaling ofwel afbakening van de relevante markt in de Monitor Huisartsenzorg 2008 geen sprake is.

De Minister van Economische Zaken,  
M. J. A. van der Hoeven