

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)

J

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 15 april 2010

Het door de leden van de vaste commissie voor Economische Zaken van de Eerste Kamer opgestelde verslag van 24 februari 2010 bevat enkele vragen. Bijgaand treft u het antwoord op deze vragen aan. De initiatiefnemers antwoorden in de eerste paragraaf op de vragen van de leden van de fractie van de SP en in de tweede paragraaf gaan zij in op de vragen van de leden van de fractie van het CDA.

Vragen van de leden van de fractie van de SP

De leden van de fractie van de SP vragen of wetsvoorstellen naar de mening van de initiatiefnemers gebaseerd dienen te zijn op een gedegen probleeminventarisatie en waarom deze achterwege is gebleven en hoe de wetgever zonder probleemanalyse een gedegen belangenafweging kan maken.

De initiatiefnemers zijn van mening dat er weliswaar geen empirisch onderzoek is verricht, maar dat wel degelijk vaststaat dat er sprake is van een probleem, waar bovendien uitgebreid onderzoek naar is gedaan. De Memorie van antwoord¹ bevat een korte duiding van en verwijzing naar het onderzoek door Dobson Consulting, het Visiedocument Inkoopmacht van de NMa en een artikel over het European Competition Forum. Hieruit blijkt kortweg dat de benutting van inkoopmacht door verschillende partijen als een probleem wordt ervaren. Wat betreft de Nederlandse situatie kan gesteld worden dat inkoopmacht als een probleem wordt gezien, ondanks de huidige bagatelregeling. De initiatiefnemers wijzen de leden van de SP-fractie voorts op een brief van VNO-NCW en MKB-Nederland aan de leden van de Eerste Kamer. Daarin wordt marktmacht aan de inkoopzijde van de markt omschreven als «een probleem dat in sterke mate door ondernemers in het midden- en kleinbedrijf wordt gevoeld».

De leden van de fractie van de SP houden de initiatiefnemers voor dat de omvang en strekking van het probleem waar het onderhavige wetsvoorstel een oplossing voor wil bieden, onbekend is. Datzelfde geldt

¹ Kamerstukken 2008–2009, 31 531, D, p. 2.

voor de gevolgen van de oplossing. De leden van de SP-fractie wijzen erop dat onvoldoende onderzocht is wat de gevolgen van verruiming van de bagatel voor het grootbedrijf, het midden- en kleinbedrijf en de consument zijn. Zij vragen of de opmerkingen van de minister, dat consumenten en kleine afnemers van het grootbedrijf nadelen kunnen ondervinden van deze wetswijziging, slechts gezien moet worden als een mening die tegenover de mening van de initiatiefnemers staat. De leden van de SP-fractie vragen of en stellen dat de wetgever gezien dit verschil van mening onderzoek zou moeten doen naar de gevolgen van de wetswijziging.

De initiatiefnemers zijn, onder meer in de Memorie van antwoord¹, reeds ingegaan op de vraag of grote bedrijven meer van de wetswijziging zullen profiteren dan kleine bedrijven. De leden van de fractie van de SP stellen terecht dat het wetsvoorstel een algemene strekking heeft en dat grote bedrijven van de verruiming kunnen profiteren, maar zoals reeds uitgebreid is verwoord vinden de initiatiefnemers dat het er niet om gaat of grote of kleine bedrijven afspraken maken. Niet de omzet of het aantal werknemers, maar het marktaandeel van ondernemingen is bepalend voor de vraag of bedrijven de concurrentie kunnen beperken. Zoals eerder verwoord² was ook minister Wijers ten tijde van de totstandkoming van de Mededingingswet een vergelijkbare mening toegedaan: «wel geeft het marktaandeel als kwantitatief bagatelcriterium de betrouwbaarste aanwijzing in hoeverre een kartel in staat is de marktpositie van derde ondernemingen, afnemers, toeleveranciers en voorzieningsmogelijkheden te beïnvloeden». Aangezien (ook) de indieners de vraag of een bedrijf dat gebruikt maakt van de bagatel «groot» of «klein» is niet of nauwelijks relevant vinden, is er geen aanleiding om onderzoek te doen naar welke categorie bedrijven van de verruiming zal profiteren. Overigens blijven de indieners ten tweede van mening dat het voor grote bedrijven moeilijker is om van de versoepeling te profiteren. De initiatiefnemers hebben daarvoor argumenten naar voren gebracht. Grote bedrijven hebben gemiddeld een groter marktaandeel dan kleine bedrijven in dezelfde branche. Daardoor is het voor grote bedrijven moeilijker om beneden het nieuwe gezamenlijke marktaandeel van 10% te blijven. De initiatiefnemers menen – op basis van deze redenering – dan ook dat met name het MKB van deze wetswijziging zal profiteren. De initiatiefnemers zijn eerder al ingegaan op de verwachte gevolgen voor de consument. Voor de onderbouwing van hun stelling dat verruiming voor consumenten niet of nauwelijks negatieve gevolgen heeft, verwijzen zij naar de Memorie van antwoord³. Als MKB-bedrijven door de bagatelregeling beter kunnen functioneren en overleven is dat uiteindelijk goed voor de concurrentie en dus voor de consument.

De leden van de fractie van de SP vragen of de initiatiefnemers het geen probleem vinden als de Mededingingswet strijdig is met de Europese regels en waarom zij dat vinden. Ook vragen zij wat de initiatiefnemers vinden van de EU-regels voor hardcore afspraken, of ze de opvatting delen dat de regels de consument tenminste enigszins beschermen tegen kartels en waarom de EU-regels niet redelijk zouden zijn voor intrastatelijke handel?

De initiatiefnemers vinden het wel een probleem als de Mededingingswet strijdig zou zijn met het EG-verdrag. Die situatie doet zich echter niet voor. Het EG-recht schrijft niet voor dat de Nederlandse wet gedragingen verbiedt die tevens op basis van het Europese recht verboden zijn. Dat hoeft ook niet, want het EG-recht heeft directe werking. Sterker nog, op grond van artikel 3 lid 1 Verordening 1/2003 zijn mededingingsautoriteiten verplicht artikel 81 EG-verdrag toe te passen op afspraken met interstatelijk effect. Het Hof van Justitie verwoordde dat als volgt: «dat dan ook

¹ Kamerstukken 2008–2009, 31 531, D, p. 4, 5.

² Kamerstukken 2008–2009, 31 531, D, p. 4.

³ Kamerstukken 2008–2009, 31 531, D, p. 5.

conflicten tussen communautaire en nationale voorschriften op het stuk der ondernemersafspraken met toepassing van het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht moet worden opgelost»¹. Zoals aangegeven in een eerder stadium van behandeling is het feit dat mededingingsautoriteiten nooit optreden tegen mededingingsbeperkende overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen met een klein markt-aandeel, ook niet als het gaat om hard core afspraken, ook een belangrijk argument.

De reden voor deze keuze van de autoriteiten ligt voor de hand: dergelijke afspraken hebben niet of nauwelijks negatieve gevolgen voor de concurrentie en afnemers kunnen daardoor dan ook niet of nauwelijks worden benadeeld. Onder die omstandigheden is er geen enkele aanleiding dergelijke afspraken te verbieden.

Deze initiatiefwet heeft uitsluitend betrekking op de nationale regelgeving, die van toepassing is als er geen interstatelijk effect is. De initiatiefnemers geven er de voorkeur aan om in deze gedachteswisseling geen standpunt in te nemen over de EU-regels voor hardcore afspraken. Wel is het een feit dat ook de Commissie nooit optreedt tegen mededingingsbeperkende overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen met een klein markt-aandeel. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of er iets zou veranderen als de Europese regels aangepast zouden worden. De initiatiefnemers hebben in hun antwoord op de voorgaande vraag reeds aangegeven dat hun wetsvoorstel niet of nauwelijks ten koste van consumenten gaat. Zij vinden dan ook niet dat de consument veel beter af is onder de Europese regels. De indieners wijzen er ten slotte op dat de voorgestelde wetswijziging minder ruimte biedt voor verticale afspraken (voor zover die niet als hardcore gelden) dan de Europese regels. Op dat punt bieden de Europese regels de consument derhalve juist minder bescherming.

De leden van de SP-fractie vragen waarom Nederland er als enige land voor kiest om hardcore afspraken vrij te stellen. Zij vragen tot slot of het niet beter zou zijn geweest om te kiezen voor een specifieke oplossing voor het door hen erkende probleem dat inkoopmacht kan zijn, dan te kiezen voor een algemene versoepeling van het kartelverbod.

De indieners constateren, net als de leden van de SP-fractie, dat de Mededingingswet hardcore afspraken ook nu al vrijstelt. Dit is dus niet zozeer een keuze van de initiatiefnemers, als wel een herhaaldelijke keuze van de regering en het parlement. De indieners vinden het van cruciaal belang om ook hardcore afspraken vrij te stellen. Juist door deze keuze kan het hoofddoel van het wetsvoorstel worden bereikt: leveranciers kunnen verkoopcombinaties vormen, waardoor hun onderhandelingspositie tegenover grote ondernemingen met inkoopmacht sterker kan worden.

De initiatiefnemers delen de mening dat een specifieke, gerichte oplossing voor het ongewenste gebruik van inkoopmacht voordelen heeft. Een dergelijke oplossing heeft echter als nadeel dat de mededingingsregels complexer worden. Om die reden en omdat de indieners, zoals reeds beargumenteerd is, ervan uitgaan dat er nauwelijks of geen negatieve gevolgen voor consumenten zijn, hebben de initiatiefnemers gekozen voor een algemene verruiming van de bagatel. Overigens moet de aanwezigheid van inkoopmacht als een gegeven beschouwd worden, gezien de marktaandelen van bijvoorbeeld supermarktketens. Die worden geaccepteerd en de NMa kan er op basis van de wet – buiten de fusiecontrole en zo lang er geen sprake is van een economische machtspositie en misbruik van die positie – niets aan veranderen.

¹ HvJ 13 februari 1969, zaak 14/68, Walt Wilhelm, Jur. 1969, 169.

Vragen van de leden van de fractie van de CDA

De leden van de fractie van het CDA wezen erop, dat onderscheid moet worden gemaakt tussen toepassing van nationale en Europese regels enerzijds en anderzijds de wijze van handhaving. Op grond van de nationale Mededingingswet dient de rechter – zowel de bestuursrechter als de civiele rechter – de norm van artikel 6 Mw te handhaven en tevens de uitzonderingen als geregeld in artikel 7 toe te passen. Luidt die bepaling zoals voorgesteld door de verdedigers van het wetsvoorstel, dan zal in het geval de handel tussen de lidstaten er niet mee is gemoeid de rechter zonder meer die bepalingen moeten toepassen en is ook de NMa eraan gebonden, aldus de leden van de fractie van het CDA. Kijkend naar de Europese regels is zowel de bestuursrechter als de civiele rechter naar hun mening gebonden aan artikel 101 WVEU en de vrijstellingen in de verordeningen inzake verticale en horizontale overeenkomsten. Gaat het om de de-minimisbekendmaking, dan is de Europese Commissie daar als door haar afgekondigde beleidslijn wel aan gebonden en zal de bestuursrechter de commissie daar aan houden. De civiele rechter – en dat geldt zowel de nationale als het Hof te Luxemburg – is volgens de leden van de CDA-fractie niet gebonden aan de in die bekendmaking neergelegde criteria. Wel zullen die criteria wellicht een reflexwerking hebben.

De leden van de CDA-fractie vragen wat de verdedigers verwachten dat de civiele rechter in Nederland zal doen als een marktpartij ageert uit onrechtmatige daad wegens een mededingingsbeperkende afspraak die de handel met enig EU-lid-staat raakt maar wel valt binnen de vrijstelling van het voorgestelde artikel 7, tweede lid Mw. In die situatie zal, zo komt het de leden van de CDA-fractie voor, het tweede lid van artikel 7 buiten toepassing moeten laten en zal de rechter moeten toetsen aan het EU-verdrag en de vrijstellingen in de EU-verordeningen. Is de nationaal toegestane afspraak niet gelegitimeerd door artikel 101 WVEU of de verordeningen, dan zullen de marktpartijen bij die afspraak zich volgens de leden van de fractie van het CDA niet kunnen beroepen op de de-minimisbekendmaking en zal de rechter autonoom moeten toetsen of sprake is van een verboden afspraak.

De leden van de CDA-fractie vragen of de initiatiefnemers deze analyse delen en hoe zij de rechtszekerheid voor de ondernemingen voor wie dit voorstel is bedoeld in het licht van die analyse zien. Zij vragen of de verdedigers de mening delen, dat de huidige tekst van het tweede lid van artikel 7 Mw, – waarvoor in beginsel ook geldt dat de de-minimisbekendmaking geen betekenis heeft in het geval van effect op de interstatelijke handel – thans meer rechtszekerheid biedt in het geval de afspraak zo'n effect heeft?

De analyse van de leden van de CDA-fractie is juist. Als een afspraak effect heeft op de tussenstaatse handel, dient de nationale rechter artikel 101 WVEU toe te passen en komt hij aan toepassing van artikel 7, tweede lid Mededingingswet niet toe. In dat geval zal hij overigens nog wel moeten beoordelen of de afspraak een merkbaar effect op de mededinging heeft. Pas als dat is vastgesteld, dient getoetst te worden of de afspraak voldoet aan een groepsvrijstelling of aan de criteria voor vrijstelling van artikel 101, derde lid WVEU.

De verdedigers delen niet het standpunt dat de huidige tekst van het tweede lid van artikel 7 thans meer rechtszekerheid biedt voor afspraken met een effect op de tussenstaatse handel. Voor dergelijke afspraken is dit lid namelijk – zoals de leden van de CDA-fractie terecht constateren – zonder betekenis. Het huidige en voorgestelde artikel 7, tweede lid is alleen van betekenis voor afspraken zonder effect op de tussenstaatse

handel. Het merendeel van de afspraken, waarmee de nationale rechter wordt geconfronteerd, valt naar de inschatting van de indieners van het wetsvoorstel in die categorie. Voor die afspraken biedt de voorgestelde bepaling een verruimde uitzondering op het verbod van artikel 6, eerste lid, waarvan ondernemingen kunnen profiteren zonder dat afnemers daar nadeel van ondervinden.

J. ten Hoopen
C. B. Aptroot
M. L. Vos