

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)

G

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 15 januari 2010

Het door de leden van de vaste commissie voor Economische Zaken van de Eerste Kamer opgestelde nader voorlopig verslag van 29 september 2009 bevat enkele vragen. Bijgaand treft u het antwoord op deze vragen aan.

Verhouding tot EG-mededingingsrecht

De leden van de fractie van het CDA stellen mede namens die van de VVD-fractie vragen over de verhouding tussen het wetsvoorstel en relevante Europese regels. Zij vragen de initiatiefnemers om te reageren op enkele standpunten en argumenten van de minister van Economische Zaken. Het gaat om de vraag of afspraken met interstatelijke werking volgens het wetsvoorstel worden vrijgesteld, terwijl ze volgens het EG-verdrag verboden zijn; de vraag of de wet afbreuk kan doen aan de doelstellingen van het EG-verdrag; de vraag of afspraken binnen de werkingssfeer van art. 81 EG-verdrag kunnen vallen en of het onderhavige wetsvoorstel tot meer rechtsonzekerheid van bedrijven kan leiden. Ook de leden van de fracties van SGP en ChristenUnie vragen of er rechtsonzekerheid wordt gecreëerd doordat de nationale en Europese regelgeving conflicteert.

De minister stelt dat het vervangen van de bagatelcriteria van 5% markt-aandeel en € 40 miljoen omzet door alleen het criterium van 10% markt-aandeel tot gevolg heeft dat de bagatelvrijstelling daardoor van toepassing kan worden op afspraken met interstatelijk effect die onder het Europese kartelverbod kunnen vallen. Dat is volgens de minister onwenselijk, omdat het in strijd is met art. 10 juncto 81 EG-verdrag en leidt tot rechtsonzekerheid voor ondernemingen. De initiatiefnemers blijven van mening dat het geen probleem is als afspraken die naar Europees recht verboden zijn niet tevens door nationale regelgeving worden verboden. Bovendien zijn zij van mening dat die situatie zich in de praktijk niet of nauwelijks zal voordoen, zodat dit gepercipieerde probleem eigenlijk uitsluitend in theorie bestaat. Als er al sprake is van een verschil van inzicht tussen de Minister en de initiatiefnemers, is hooguit sprake van een situatie waarin de minister in haar beantwoording andere accenten legt dan ondergetekenden.

De initiatiefnemers stellen voorop dat zij het niet problematisch vinden als afspraken die op basis van het Europese recht verboden zijn dit niet tevens zijn op basis van het nationale recht. Het Europese mededingingsrecht heeft namelijk directe werking. De situatie dat afspraken uitsluitend door het Europese kartelverbod worden getroffen en niet tevens door een nationale pendant is bovendien niet nieuw. Dit heeft zich niet alleen voorgedaan onder de Wet economische mededinging die tot 1998 gold, maar doet zich ook voor onder het huidige artikel 7, lid 1 Mw. Ook die bagatelbepaling stelt afspraken vrij die op basis van het Europese recht verboden zijn als zij de handel tussen lidstaten beïnvloeden.

Het Europese kartelverbod is echter alleen van toepassing op afspraken die leiden tot een «merkbaar» beïnvloeding van de handel tussen EU lidstaten. De Europese Commissie heeft in een bekendmaking van 27 april 2004 over de beïnvloeding van de interstatelijke handel bepaald dat van een merkbare beïnvloeding van de handel tussen EU lidstaten in de regel alleen sprake kan zijn als de betrokken ondernemingen samen maximaal 5% marktaandeel en € 40 miljoen omzet hebben. Afspraken tussen kleine en middelgrote ondernemingen beïnvloeden de interstatelijke handel daarom «normaal gesproken» niet, omdat «de activiteiten van KMO's normaal gesproken lokaal of hoogstens regionaal van karakter zijn». Daar voegt de Europese Commissie in de «de minimis» bekendmaking van 22 december 2001 nog aan toe dat overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen «zelden» de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. De term «zelden», die de Commissie letterlijk gebruikt, wijst erop dat er slechts een enkele keer, bij uitzondering, sprake is van MKB-afspraken met interstatelijk effect.

Belangrijker is in de ogen van de initiatiefnemers dat mededingingsautoriteiten nooit optreden tegen mededingingsbeperkende overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen met een klein marktaandeel, ook niet als het gaat om hard core afspraken. De reden daarvoor is duidelijk: 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. Juist een verbod werkt in een dergelijk geval rechtsonzekerheid in de hand: ondernemingen die dergelijke afspraken maken blijven geconfronteerd met het risico dat de NMa op enig moment toch in actie komt tegen de door hen gemaakte afspraken. Ook al is dit risico hoofdzakelijk theoretisch; in het licht van de hoge boetes die vandaag de dag terecht worden opgelegd aan deelnemers aan een «echt» kartel is een dergelijke risico onwenselijk. Tegelijkertijd komen partijen die menen dat zij mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen met een beperkt marktaandeel kunnen aanvechten, bedrogen uit wanneer zij een klacht indienen bij de NMa: een dergelijke klacht wordt door de NMa met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid afgewezen, omdat de NMa daaraan geen prioriteit geeft.

De voorgestelde regeling maakt aan die onzekere en onduidelijke situatie een einde voor een groep overeenkomsten tussen ondernemingen met een zeer beperkt marktaandeel. De initiatiefnemers vinden dit wenselijk, omdat dit een duidelijk signaal is in de richting van ondernemingen dat samenwerken niet per definitie onwenselijk is. Tegelijkertijd is dit een duidelijk signaal in de richting van de NMa, dat zij moet optreden tegen gedragingen die wel daadwerkelijk schade toebrengen aan de concurrentie. Het wetsvoorstel stimuleert in de ogen van de initiatiefnemers dan ook dat de NMa echte kartels gaat bestrijden. De wel gehoorde stelling dat het wetsvoorstel een stap terug vormt in de richting van Nederland karteland, wensen de initiatiefnemers dan ook met klem te weerspreken.

De initiatiefnemers zijn het er natuurlijk mee eens dat het een probleem zou zijn als de wet strijdig zou zijn met het EG-verdrag¹. 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 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»².

Vragen van de leden van de fractie van de SP

De leden van de SP-fractie stellen een aantal vragen. Zij verzoeken de initiatiefnemers bij de beantwoording de nummering één tot zeven aan te houden. De initiatiefnemers geven hier in het navolgende gehoor aan en beantwoorden daarbij tevens een vraag van de leden van de fracties van CDA en VVD over de gevolgen voor het grootbedrijf.

1. De leden van de fractie van de SP vragen te bevestigen of het wetsvoorstel een algemene strekking heeft en of ook grote bedrijven hiervan kunnen profiteren. De leden van de fractie van het CDA vragen mede namens die van de VVD-fractie of ook het grootbedrijf van de verruiming kan profiteren.

De initiatiefnemers verwijzen naar de Memorie van antwoord³, waar deze vraag reeds beantwoord is. Het wetsvoorstel heeft een algemene strekking en grote bedrijven kunnen van de verruiming 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 mededinging kunnen beperken. Deze visie wordt in de literatuur algemeen onderschreven. De initiatiefnemers constateren dat de leden van de SP-fractie, ook in het Nader voorlopig verslag, geen overtuigende argumenten geven voor het standpunt dat afspraken tussen grote bedrijven schadelijker zijn dan tussen ondernemingen die tot het midden- en kleinbedrijf gerekend worden. Hoewel dat niet het belangrijkste argument is, blijven de indieners ten tweede van mening dat het voor grote bedrijven moeilijker is om van de versoepeling te profiteren. Zij 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 dan ook dat met name het MKB van deze wetswijziging zal profiteren.

2. De leden van de SP-fractie vragen te bevestigen dat in de meeste branches waarvoor relevante cijfers beschikbaar zijn het grootbedrijf evenzeer binnen de grens van 10% marktaandeel tot kartelvorming kunnen overgaan.

De initiatiefnemers delen de conclusie van de minister, dat uit de tabel blijkt dat het grootbedrijf in bepaalde branches mogelijk van de verruiming profiteert, maar dat uit de tabel geen harde conclusies kunnen worden getrokken. De initiatiefnemers menen dat het ook geen probleem is als grootbedrijven meeprofiteren van de verruiming van de bagatelgrenzen, omdat samenwerking tussen grote ondernemingen met een beperkt marktaandeel niet schadelijk is voor afnemers. Diegenen die zich verzetten tegen het wetsvoorstel houden vast aan het dogma dat samenwerking boven alles gaat en dat concurrentie per definitie beter is dan samenwerking. De initiatiefnemers delen die mening niet. Zij menen dat

¹ De «nuttig effect regel» (art. 10 juncto 81 EG-verdrag).

² HvJ 13 februari 1969, zaak 14/68, Walt Wilhelm, Jur. 1969, 169.

³ Kamerstukken 2008–2009, 31 531, D, p. 4.

samenwerking tussen ondernemingen met een gering marktaandeel moet worden toegejuicht. Ook de mening dat het grootbedrijf «evenzeer» van de versoepeling kan profiteren, delen de initiatiefnemers niet. In het antwoord op vraag één is reeds beargumenteerd dat kleine en middelgrote ondernemingen meer van de verruiming kunnen profiteren. Juist het midden- en kleinbedrijf heeft behoefte aan verruiming van de bagatel, omdat kleine leveranciers door de wetswijziging vaker mogen samenwerken.

3. De leden van de SP-fractie vragen de initiatiefnemers indien zij vraag twee ontkennend beantwoorden, of ze de Eerste Kamer dan adequate CBS-cijfers kunnen verstrekken die weerleggen dat in een meerderheid van de branches juist het grootbedrijf kan profiteren van de door het wetsvoorstel toegestane kartelvorming?

De initiatiefnemers betwisten de stelling van de leden van de SP-fractie dat ook het grootbedrijf mogelijk van de wetswijziging kan profiteren, niet. Zij hebben hier echter geen moeite mee, omdat het wetsvoorstel belemmeringen wegneemt voor samenwerking tussen een nog veel groter aantal kleine bedrijven. Het beeld dat het wetsvoorstel leidt tot «toegestane kartelvorming» bestrijden de initiatiefnemers met klem: kartelvorming moet worden verboden, maar is bij samenwerking tussen ondernemingen met een zeer beperkt marktaandeel ook niet aan de orde.

4. De leden van de SP-fractie vragen of de initiatiefnemers zich kunnen voorstellen dat het voor bijvoorbeeld een tiental grootbedrijven in een branche eenvoudiger is om een kartel te effectueren dan voor een honderdtal kleine bedrijven in die branche?

De initiatiefnemers kunnen zich voorstellen dat het makkelijker is om met een klein aantal bedrijven een kartel op te richten, dan met een groot aantal. Als grote bedrijven een groot marktaandeel hebben, profiteren zij echter terecht niet van de verruimde bagatelregeling. Dit zal bij een samenwerking tussen een tiental grootbedrijven in de regel het geval zijn.

5. De leden van de SP-fractie vragen of de initiatiefnemers zich kunnen voorstellen dat het wetsvoorstel in Nederland een kartelgolf doet ontstaan, met name onder het grootbedrijf?

De initiatiefnemers kunnen zich dat niet voorstellen. Kartels tussen ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van 10% bestaan niet. Het komt wel voor dat dergelijke ondernemingen met elkaar samenwerken. Het wetsvoorstel maakt duidelijk dat dergelijke samenwerkingsvormen zijn toegestaan. Dit geeft de betrokken ondernemingen rechtszekerheid. Daarvan profiteren vooral kleinere ondernemingen, die het zich in de regel niet kunnen veroorloven om zich te laten adviseren door dure advocaten die zijn gespecialiseerd in het mededingingsrecht. Zij lopen niet meer het risico te worden beboet door de NMa.

6. De leden van de SP-fractie vragen of de kartelgolf tegen de belangen van de consument en het kleinbedrijf kan inwerken en of de initiatiefnemers over gedegen cijfers beschikken die «de waarschijnlijkheid van zo'n kartelgolf empirisch weerleggen»?

Dergelijke gegevens zijn er niet, omdat kartels tussen ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van 10% niet bestaan. De gevreesde kartelgolf is dan ook nergens op de wereld waargenomen, ook niet in landen die in het geheel geen mededingingsregels kennen. Als er in dergelijke landen kartels voorkomen, gaat het om kartels tussen deelnemers met een hoog gezamenlijk marktaandeel.

7. De leden van de SP-fractie vragen of de initiatiefnemers zich realiseren dat kartelvorming onder een relatief klein aantal grote bedrijven eenvoudiger is dan onder een relatief groot aantal kleine bedrijven en dat in een

dergelijke constellatie het MKB door kartelvorming aan zijn inkoopzijde dreigt te worden weggedrukt. Ook vragen zij of de initiatiefnemers zich realiseren dat prijsleiderschappen in zo'n constellatie effectief gezien de vrije hand moet worden gegeven?

De initiatiefnemers benadrukken nogmaals dat het wetsvoorstel niet ziet op het mogelijk maken van kartelvorming. Kartels tussen partijen met een gezamenlijk marktaandeel van 10% bestaan niet. Het wetsvoorstel beoogt samenwerking tussen ondernemingen met een gering marktaandeel mogelijk te maken. Die samenwerking kan MKB-bedrijven in staat stellen enig tegenwicht te bieden tegen de inkoopmacht van bepaalde afnemers.

De veronderstelling van de SP-fractie dat het wetsvoorstel kartelvorming aan de inkoopkant zou stimuleren, is niet juist. Die samenwerking bestaat ook nu al en de NMa legt de samenwerkende inkopers geen strobreed in de weg. Bijvoorbeeld supermarkketens als Jumbo en C1000 benutten de door de NMa gecreëerde ruimte nu al om hun inkoopmacht te vergroten. De initiatiefnemers zijn niet bang dat het wetsvoorstel leidt tot meer prijsleiderschap. Men spreekt van prijsleiderschap als kleinere ondernemingen de prijspolitiek volgen van een of enkele grote sterke ondernemingen. Deze gang van zaken vindt over het algemeen plaats in oligopolistische markten, waarin slechts enkele grote aanbieders actief zijn. Een bedrijf of kartel met een marktaandeel van hoogstens 10% kan niet als «groot» omschreven worden en zal ook niet als prijsleider fungeren. De initiatiefnemers hebben in de Memorie van antwoord reeds toegelicht dat de ruimere bagatel niet kan leiden tot een oligopolie, of een marktstructuur die daarbij in de buurt komt¹.

De leden van de SP-fractie vragen de initiatiefnemers of zij wellicht beschikken over de in vraag 8 aan de minister gevraagde cijfers. De initiatiefnemers beschikken hier niet over.

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

¹ Kamerstukken 2008–2009, 31 531, D, p. 3.