

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)

H

VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR ECONOMISCHE ZAKEN¹

Vastgesteld 24 februari 2010

De leden van de **CDA**-fractie hadden de behoefte na de beantwoording bij de nadere memorie van antwoord nog enkele nadere vragen te stellen aan zowel de verdedigers als de regering.

De leden van de **SP**-fractie danken de initiatiefnemers en de regering voor antwoorden op hun vragen uit het nader voorlopig verslag. Zij blijven vooralsnog grote bezwaren houden tegen een nog verdere legalisering van kartelvorming. Deze gelden primair de omzetgrens van € 40 miljoen. Doch los daarvan hebben zij, gezien de antwoorden, eveneens steeds grotere bezwaren tegen een ophoging van de marktaandeelgrens tot 10%.

1. Aanleiding tot het wetsvoorstel

Uit de antwoorden van de initiatiefnemers en de regering blijkt dat de aanleiding tot het wetsvoorstel niet of onvoldoende onderbouwd is. De leden van de **SP**-fractie hebben daarover nadere vragen.

Het is goed gebruik dat wetwijzigingsvoorstellen worden ingediend indien er een maatschappelijk probleem is en nadat de omvang van dit probleem is geïnventariseerd en deze blijkt te nopen tot wijziging van de wet. In het onderhavige geval zou het dan gaan om de mate waarin leveranciers uit het midden- en kleinbedrijf last ondervinden van de huidige bagatelbepaling in de Mededingingswet, in zoverre deze – naar het oordeel van de initiatiefnemers – niet ruim genoeg zou zijn. De leden van de **SP**-fractie zijn zeer verbaasd dat uit de antwoorden op hun vragen hieromtrent in het nader verslag¹ (onder nummer 8) blijkt dat zo'n inventarisatie niet bestaat. De regering schrijft:

«Voor zover bekend, is er ... nooit onderzoek gedaan naar de mate waarin bedrijven gebruik maken van de bagatelvrijstelling. Ik beschik dan ook niet over cijfers waaruit blijkt in welke branches en in welke mate bedrijven gebruikmaken van artikel 7 van de Mededingingswet en in welke mate zij met hun afspraken daadwerkelijk tegen één dan wel beide grenzen aanzitten. Daardoor is evenmin aan te geven in hoeverre het hierbij gaat om het kleinbedrijf en wat ongeveer het relatieve aandeel van de legale

¹ Samenstelling:

Schuurman (CU), Van den Berg (SGP), Meindersma (PvdA), Broekers-Knol (VVD), Terpstra (CDA), Kneppers-Heynert (VVD) (voorzitter), Kox (SP), Essers (CDA), Hamel (PvdA), Sylvester (PvdA), Schouw (D66), Van Driel (PvdA), Doek (CDA), Franken (CDA), Böhler (GL), Willems (CDA), Reuten (SP) (vice-voorzitter), Hofstra (VVD), Asscher (VVD), Laurier (GL), Koffeman (PvdD), Elzinga (SP), Vliegthart (SP), Kuiper (CU) en Yildirim (Fractie-Yildirim).

² Kamerstuk EK 2009/10, 31 531, nr. E, p. 3.

feitelijke kartelvorming is ten opzichte van de potentieel toegestane kartelvorming.»¹

De initiatiefnemers schrijven:

«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.»²

Zijn de initiatiefnemers het met de leden van de SP-fractie eens dat wetsvoorstellen onder andere gebaseerd dienen te zijn op een gedegen probleeminventarisatie? Delen zij ook de opvatting dat niet slechts moet worden afgegaan op incidenteel gesignaleerde problemen zodat er een gedegen belangenafweging kan worden gemaakt? Zo ja, waarom is deze gedegen probleeminventarisatie achterwege gebleven? En voorts: hoe kan de wetgever naar het oordeel van de initiatiefnemers in het onderhavige geval dan een gedegen belangenafweging maken?

2. Oplossing voor een onbekend probleem

De leden van de **SP**-fractie houden de initiatiefnemers voor dat zij een oplossing hebben gezocht voor een naar omvang en strekking onbekend probleem. De strekking van de «oplossing» voor het geheel van de mededinging is echter evenmin onderzocht. In dit verband zijn de bedrijfstakingers die de regering verstrekte op vragen van de SP-fractie weliswaar niet afdoende, doch zij geven wel een indicatie van de mogelijke gevaren van de «oplossing» en die vergen nader onderzoek. Het is opmerkelijk dat de initiatiefnemers thans erkennen:

«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.»^{3 4}

Dit is uitermate relevant omdat de discussie in de Tweede Kamer zich immers toespitte op de (vermeende en uitsluitende) voordelen van het wetsvoorstel voor het midden- en kleinbedrijf, zodanig zelfs dat dit aanleiding gaf om de titel en considerans van het wetsvoorstel te wijzigen (van: «versoepeling uitzondering verbod van mededingingsafspraken» in: «versterking positie leveranciers uit het MKB»). De initiatiefnemers stellen vervolgens echter opnieuw:

«De initiatiefnemers menen dan ook dat met name het MKB van deze wetswijziging zal profiteren.»⁵

Waar het echter op aan komt is om die mening aan de hand van onderzoek te onderbouwen. Hoe dan ook is de regering kennelijk een andere mening toegedaan. Op de vraag van de leden van de SP-fractie of zij het een realistische mogelijkheid acht dat dit wetsvoorstel gemiddeld genomen tegen de belangen van de consument en van het kleinbedrijf werkt, stelt zij immers:

«Dit is inderdaad een realistische mogelijkheid. Hardcore-afspraken leveren uitsluitend voordelen op voor de daarbij betrokken ondernemingen en zijn in geen enkel opzicht in het belang van de consument. De voorgestelde verruiming van de bagatelvrijstelling versterkt dat negatieve effect voor de consument alleen maar. Eveneens is niet uit te sluiten dat de voorgestelde verruiming in het nadeel werkt van kleine afnemers voor zover het grootbedrijf leverancier is van het kleinbedrijf.»⁶

¹ Kamerstuk EK 2009/10, 31 531, nr. F, p. 3.

² Kamerstuk EK 2009/10, 31 531, nr. G, p. 4.

³ Kamerstuk EK 2009/10, 31 531, nr. G, p. 3.

⁴ Zij vervolgen: «Niet de omzet of het aantal werknemers, maar het marktaandeel van ondernemingen is bepalend voor de vraag of bedrijven de mededinging kunnen beperken.» Op de irrelevantie van de omzet valt af te dingen. Echter, omzet of aantal werknemers is in ieder geval relevant voor de onderscheiding klein- midden en grootbedrijf (of beschikken de initiatiefnemers over een ander criterium?). Indien een degelijke onderscheiding niet gemaakt wordt, is het opschift en de considerans gratuit en is het merendeel van de discussie over het voorstel in de Tweede Kamer onbegrijpelijk. Voorts hebben de leden van de SP-fractie niet beweed «dat afspraken tussen grote bedrijven schadelijker zijn dan tussen ondernemingen die tot het midden- en kleinbedrijf gerekend worden.» Deze opmerking van de initiatiefnemers is retorisch ongepast en zij worden hierbij uitgenodigd deze expliciet terug te nemen. De kwestie ligt geheel omgekeerd. In de Tweede Kamer waren het de initiatiefnemers die voortdurend hamerden op het belang van het wetsvoorstel voor het MKB waarmee zij de tegenoverstelling initieerden. Voor een zuivere discussie met de Eerste Kamer zou het goed zijn als de initiatiefnemers dit zouden erkennen, en zij worden hierbij daartoe uitgenodigd.

⁵ Kamerstuk EK 2009/10, 31 531, nr. G, p. 3.

⁶ Kamerstuk EK 2009/10, 31 531, nr. F, p. 5.

Achten de initiatiefnemers dit slechts de ene mening tegenover de andere? Zo ja, zijn zij het dan met de leden van de SP-fractie eens dat de wetgever dan toch de plicht heeft om gedegen onderzoek uit te (doen) voeren alvorens over te gaan tot een dergelijke voor de mededinging verstrekende wetswijziging? (Rapportages van belangenorganisaties kunnen daarbij meegewogen worden, maar onderzoek zal zich verder moeten uitstrekken dan evaluatie van de opvattingen van degenen die uitdrukkelijk hun belangen geëquipeerd zijn.)

Europeesrechtelijke aspecten: Kartels aangaande prijzen, quotering en marktverdeling («hard core»)

De verdedigers van het wetsvoorstel wezen erop, dat praktisch niet wordt opgetreden door mededingingsautoriteiten inzake afspraken die zo genaamde hard-corebepalingen bevatten in het geval het marktaandeel geringer is dan 10%.

De leden van de **CDA**-fractie 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. Kijkend naar de Europese regels is zowel de bestuursrechter als de civiele rechter 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 niet gebonden aan de in die bekendmaking neergelegde criteria. Wel zullen die criteria wellicht een reflexwerking hebben.

De vraag voor de leden van de CDA-fractie is dan wat de verdedigers verwachten dat de civiele rechter in Nederland zal doen als een markt-partij 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, de rechter het tweede lid van artikel 7 buiten toepassing moeten laten en zal hij 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 niet kunnen beroepen op de de-minimisbekendmaking en zal de rechter autonoom moeten toetsen of sprake is van een verboden afspraak. Delen de verdedigers van het wetsvoorstel deze analyse? Hoe zien zij de rechtszekerheid voor de ondernemingen voor wie dit voorstel is bedoeld in het licht van die analyse? Zijn de verdedigers het ermee eens, 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?

Tegen de achtergrond van dezelfde analyse de vraag van de leden van de CDA-fractie aan de **regering** of er werkelijk sprake is van een strijd tussen het wetsvoorstel en regels van Europees recht?

De leden van de **SP**-fractie worden door de initiatiefnemers graag nader geïnformeerd over hun opvatting met betrekking tot de strekking van Europese en nationale wetgeving aangaande mededinging. De initiatiefnemers stellen in de nadere memorie van antwoord:

«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.»¹

Bedoelen zij hier dat het geen probleem is indien de regels strijdig zijn of bedoelen zij dat de Europese regels prioriteit hebben en daarom niet nationaal geregeld behoeven te worden of bedoelen zij wellicht beide? Achten de initiatiefnemers de huidige EU-regels met betrekking tot zogenoemde «hard core» afspraken redelijk en onderschrijven zij die? Delen zij de opvatting dat deze de consument toch tenminste enige bescherming bieden tegen kartels? Voor zover de strekking van genoemde regels beperkt is tot interstatelijke handel, waarom zijn zij dan toch niet redelijk voor intrastatelijke handel?

In dit verband is in ieder geval de verhoging van de omzetgrens relevant. Maar zelfs indien deze in het wetsvoorstel zou ontbreken, dan blijft er het probleem van de marktaandeelgrens van 5% uit de huidige wet, en a fortiori die van 10% uit het voorstel. De regering stelt hierover:

«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 WVEU.»²

Voorts vragen de leden van de SP-fractie de initiatiefnemers om commentaar te leveren op het antwoord van de regering aangaande hun vraag over eventuele bagatelbepalingen in de mededingingswetten van andere landen. De regering concludeert: «In alle onderzochte landen geldt de bagatelvoorziening ... niet voor hardcore-afspraken, terwijl dat bij de bagatelvrijstelling in de Mededingingswet en bij dit wetsvoorstel wel het geval is.»³

Nu kunnen al deze onderzochte landen het bij het verkeerde eind hebben, maar het is dan aan de initiatiefnemers om dit te beargumenteren. Met name zullen de initiatiefnemers dan moeten aangeven waarom de belangen van de consument ondergeschikt zijn aan andere belangen.

De leden van de SP-fractie onderkennen de problemen waarvoor het middenbedrijf en vooral het kleinbedrijf zich gesteld ziet ten aanzien van inkoopmacht. Doch zoals zij in het voorlopig verslag reeds stelden gaat dit wetsvoorstel niet uitsluitend over inkoopmacht (de titel en de considerans van het wetsvoorstel zijn dan ook, op z'n minst, misleidend). Het had voor de hand gelegen om in een wetsvoorstel bij die inkoopmacht aan te grijpen en niet bij de mededinging in het algemeen. Kunnen de initiatiefnemers bevestigen dat dit beter zou zijn?

4. Wijziging van artikel 7 Mededingingswet op initiatief van de regering

De regering constateert in haar brief – het werd reeds aangehaald:

«De bagatelvrijstelling uit de Mededingingswet is van toepassing op alle overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, dus ook op hardcore-afspraken zoals prijsafspraken, quoteringsaf-

¹ Kamerstuk EK 2009/10, 31 531, nr. G, p. 1.

² Kamerstuk EK 2009/10, 31 531, nr. F, p. 1.

³ Kamerstuk EK 2009/10, 31 531, nr. F, p. 5.

spraken en markt- of klantenverdelingsafspraken. Dit type afspraken is verboden op grond van artikel 101 WVEU.»¹

De leden van de **SP**-fractie vragen de **regering** of zij hierin aanleiding ziet om de Mededingingswet op dit punt aan te passen? Zo nee, waarom niet? Ziet zij daarbij mogelijkheden om in een afzonderlijk artikel inkoopmacht te beperken zodanig dat de consument er aannemelijkerwijs niet door getroffen wordt?

5. Relevante markt

In het nader voorlopig verslag vroegen de leden van de **SP**-fractie de regering of «relevante markt» een mededingingsrechtelijk begrip in de zin van de Mededingingswet is. Haar antwoord is, bondig geformuleerd: ja. Het (uitgebreidere) antwoord is bevredigend (waarvoor dank). De onderhavige vraag werd mede ingegeven door de volgende opmerking van de NZa: «De relevante markt is niet in mededingingsrechtelijke zin afgebakend.»² Kan de **regering** bij de NZa navragen wat de laatste met deze opmerking bedoelt en kan de regering de Kamer van het antwoord van de NZa, en voorzien vaar haar commentaar, in kennis stellen?³

Vertrouwende, dat deze vragen volledig en tijdig zullen worden beantwoord, acht de commissie de openbare beraadslaging over het onderhavige wetsvoorstel voldoende voorbereid.

De voorzitter van de vaste commissie voor Economische Zaken,
Kneppers-Heynert

De griffier van de vaste commissie voor Economische Zaken,
Warmolt de Boer

¹ Kamerstuk EK 2009/10, 31 531, nr. F, p. 1.

² NZa, Monitor Huisartsenzorg 2008, p. 25.
<http://www.minvws.nl/kamerstukken/cz/2009/reactie-nza-op-3-rapporten-inzake-huisartsenzorg-en-functionele-bekostiging.asp>

³ Een overeenkomstige discussie loopt bij wetsvoorstel 31 354. Indien de betreffende vraag daar (eerder) beantwoord wordt, kan deze hier onbeantwoord blijven.