

Vergaderjaar 2009–2010

**24 036**

## **Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit**

**Nr. 370**

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

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 28 december 2009

Tijdens het algemeen overleg met uw Kamer op 18 november 2009 (24 036, nr. 369) heb ik toegezegd te bezien in hoeverre er aanleiding is tot aanpassing van randnummer 40d van de beleidsregels. Ook heb ik toegezegd contact te zullen opnemen met MKB Nederland om na te gaan waar er nog problemen zijn met de vermeende onhelderheid van de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009.

#### **Randnummer 40d**

Op 15 december 2009 is tijdens een bijeenkomst bij VNO NCW en MKB Nederland door mijn ministerie een toelichting gegeven bij de beleidsregels. Tijdens de bijeenkomst is ook de betekenis van randnummer 40d van de beleidsregels toegelicht, waarin staat dat een combinatie niet onder het kartelverbod valt indien zij wordt afgedwongen door de opdrachtgever. In dat geval is de concurrentie niet beperkt op instigatie van de deelnemers aan een combinatie en is daarom een zodanige combinatie zonder meer toegestaan. Dit sluit zeker niet uit dat een combinatie ook is toegestaan, indien zij is gevormd op verzoek van de opdrachtgever. Ondernemingen hebben in een dergelijke situatie echter de keuze wel of niet een combinatie te vormen en moeten zich daarom de vraag stellen wat daarvan de gevolgen zijn voor de concurrentie. Combinatievorming op verzoek van de opdrachtgever is dus toegestaan, op voorwaarde dat zij geen negatieve gevolgen heeft voor de concurrentie. Dit is in lijn met de uitleg van het kartelverbod. Het is derhalve niet nodig randnummer 40d te wijzigen, aangezien uit de beleidsregels reeds volgt dat combinatievorming op verzoek is toegestaan, mits die geen negatieve gevolgen voor de concurrentie heeft.

#### **Praktische handleiding voor het MKB**

Tijdens de bijeenkomst bij VNO NCW en MKB Nederland is tevens ingegaan op de functie van de beleidsregels, is een schematisch overzicht gegeven van de inhoud daarvan en is aangegeven via welke stapsgewijze

benadering ondernemingen kunnen nagaan of een combinatieovereenkomst is toegestaan.

Evenals tijdens het algemeen overleg met uw Kamer is ook tijdens de bijeenkomst bij VNO NCW en MKB Nederland de vraag gesteld of ik bereid ben samen met de NMa en het bedrijfsleven een praktische handleiding te maken die de toetsing vooral voor kleinere bedrijven eenvoudiger maakt.

Laat ik voorop stellen dat het belangrijk is dat het voor ondernemingen duidelijk is aan welke regels zij zich moeten houden. Ook heb ik er begrip voor dat het vooral voor kleine ondernemingen niet eenvoudig is via een «self assessment» na te gaan of een combinatie verenigbaar is met de Mededingingswet.

Bij het uitvoeren van een «self assessment» wordt aan ondernemingen houvast geboden door de Europese jurisprudentie en de verordeningen, richtsnoeren, mededelingen en bekendmakingen die afkomstig zijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Deze geven aan ondernemingen inzicht in de toepassing van de nationale Mededingingswet, omdat die georiënteerd is op het Europese mededingingsrecht en naar analogie daarvan wordt toegepast. De beleidsregels bevatten verwijzingen naar Europese jurisprudentie en verordeningen, richtsnoeren, mededelingen en bekendmakingen die voor de beoordeling van combinatieovereenkomsten relevant kunnen zijn.

Bovendien heb ik gebruik gemaakt van de mogelijkheid op grond van artikel 5d, eerste lid, van de Mededingingswet voor combinatieovereenkomsten beleidsregels vast te stellen. Deze beleidsregels zijn bedoeld om de NMa richting te geven hoe zij combinatieovereenkomsten onder de Mededingingswet moet beoordelen. Ook bieden de beleidsregels ondernemingen houvast bij de beoordeling of een combinatieovereenkomst die zij willen sluiten is toegestaan.

De beleidsregels zijn mede opgezet als een hulpmiddel voor ondernemers om hun «self assessment» uit te voeren door stapsgewijze na te lopen, of een combinatie wel de concurrentie kan beperken, of de bagatelvrijstelling van toepassing is, of de combinatie concurrentiebeperking tot gevolg heeft, en of de combinatie de strekking heeft de concurrentie te beperken.

Bij het opstellen van de beleidsregels heb ik het betrokken bedrijfsleven tweemaal geconsulteerd en is de versie die ik definitief heb vastgesteld substantieel gewijzigd ten opzichte van eerdere versies, omdat ik terdege rekening heb gehouden met de reacties op beide consultaties. Ik heb geprobeerd zoveel mogelijk duidelijkheid te bieden, onder andere door in te gaan op het verzoek voorbeelden in de beleidsregels op te nemen van situaties waarin combinaties wel of niet toegestaan zijn. Tijdens de bijeenkomst bij VNO NCW en MKB Nederland gaven de aanwezige ondernemingen aan dat de voorbeelden inderdaad tot een verdere verduidelijking hebben geleid, maar dat zij desondanks nog behoefte hebben aan een praktische handleiding.

Het is echter eigen aan de systematiek van een direct werkende verbodsbepaling en direct werkende vrijstellingen dat ondernemingen zelf verantwoordelijk zijn voor het uitvoeren van een «self assessment». Formeel is het aan de NMa te bewijzen of het kartelverbod in een bepaald geval is overtreden. Doen de betrokken ondernemingen in een dergelijk geval een beroep op de bagatelvrijstelling of op de algemene vrijstellingsmogelijkheid, dan is het aan hen te bewijzen dat zij aan de vrijstellingsvoorwaarden voldoen. De kwestie van de bewijslast komt echter pas aan de orde, indien het tot een inbreukprocedure komt. Ondernemingen hebben

er zelf belang bij dit niet zo ver te laten komen en daarom voordat zij tot afspraken komen eerst na te gaan of die niet onder het kartelverbod vallen of, als dat mogelijk wel het geval is, te voldoen aan de voorwaarden van een vrijstelling. Dit geldt ook voor ondernemingen die overwegen een combinatieovereenkomst sluiten.

De beleidsregels vormen geen handleiding of checklist met een aantal vaste criteria of snel en eenvoudig toepasbare vuistregels, aan de hand waarvan ondernemingen in ieder concreet geval precies kunnen nagaan of een combinatie wel of niet is toegestaan. Een poging om dergelijke criteria of vuistregels te formuleren zou tekort schieten bij een economische benadering van de mededingingsproblematiek. Daarvoor is de beoordeling of een combinatieovereenkomst wel of niet nadelig is voor de concurrentie, te zeer afhankelijk van specifieke omstandigheden op een markt die per geval verschillen. Het risico van enkele criteria of eenvoudige vuistregels is dat de indruk kan worden gewekt dat combinatieovereenkomsten zijn toegestaan die negatieve gevolgen voor de concurrentie hebben, of dat combinatieovereenkomsten verboden zijn die niet mededingingsbeperkend zijn of zelfs positieve effecten hebben.

Ik ga ervan uit dat de relevante Europese jurisprudentie, verordeningen, richtsnoeren, mededelingen en bekendmakingen samen met de beleidsregels ondernemingen voldoende houvast bieden om na te gaan of combinatieovereenkomsten onder de Mededingingswet zijn toegestaan.

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