

Vergaderjaar 2008–2009

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)

C herdruk¹

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 7 juli 2009

In het voorlopig verslag met betrekking tot bovengenoemd wetsvoorstel is door de leden van verschillende fracties ook een aantal vragen gesteld aan de regering. Bijgaand treft u het antwoord op deze vragen aan.

De leden van de VVD-fractie vroegen of de regering, met het blanco advies van de Raad van State in de hand, nog eens uiteen kan zetten op grond van welke Europese bepalingen zij van mening is dat deze regeling in strijd is met Europese wetgeving.

Volgens artikel 10 EG mogen lidstaten geen maatregelen nemen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-verdrag in gevaar kunnen brengen. Eén van die doelstellingen is toepassing van artikel 81 (kartelverbod) om te zorgen voor onvervalste mededinging binnen de Europese Unie. Dit betekent dat de lidstaten geen wetgeving mogen maken die afspraken vrijstelt die in strijd zijn met artikel 81 EG. 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 81 EG. Europeesrechtelijk is dit geen probleem, indien de bagatelvrijstelling alleen geldt voor afspraken die buiten de werkingsfeer van het EG-mededingingsrecht vallen. Dit is het geval indien er geen sprake is van interstatelijke werking. Op grond van artikel 81 EG zijn de afspraken immers alleen verboden indien zij de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Door het marktaandeelcriterium op 5% en het omzetcriterium op € 40 miljoen te stellen, is uitgesloten dat de bagatelvrijstelling afspraken vrijstelt die in strijd zijn met artikel 81 EG. Volgens de Europese Commissie hebben afspraken namelijk geen interstatelijke werking, als ondernemingen beneden deze drempels blijven (Mededeling van de Commissie Richtsnoeren betreffende het begrip «beïnvloeding van de handel» in de artikel 81 en 82 van het Verdrag, PbEG C 101/81, van 27 april 2004, randnummer 52). In het wetsvoorstel wordt de drempel van 5% marktaandeel verhoogd naar 10% en vervalt de omzetsgrens van € 40 miljoen. Daardoor kan er wel sprake zijn

¹ I.v.m. andere benaming van het documentsoort.

van interstatelijke werking en gaat de bagatelvrijstelling ook gelden voor hardcore-afspraken die door artikel 81 EG-verdrag worden verboden. De bagatelvrijstelling kan daarmee in strijd komen met de bepaling uit het EG-recht dat lidstaten geen afbreuk mogen doen aan de doelstellingen van het EG-verdrag. Bovendien leidt de aldus gewijzigde bagatelvrijstelling tot rechtsonzekerheid, omdat ondernemingen er ten onrechte van uit kunnen gaan dat de bagatelvrijstelling alleen afspraken vrijstelt die ook door het EG-verdrag worden toegestaan.

De leden van de VVD-fractie vroegen of de regering haar visie wil geven op de vraag of er naar haar mening zodanig sprake zou kunnen zijn van interstatelijke effecten dat de Europese Commissie en/of de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) zouden kunnen optreden ex artikel 81 EG. Van zodanige interstatelijke effecten kan inderdaad sprake zijn. Zoals opgemerkt, is het EG-kartelverbod van toepassing op afspraken die de handel tussen lidstaten beïnvloeden. Dit houdt in dat een afspraak van invloed moet zijn op grensoverschrijdende economische activiteiten tussen ten minste twee lidstaten of delen daarvan. Dat zal het geval zijn, als de producten waarop de afspraak betrekking heeft naar hun aard het voorwerp zijn van grensoverschrijdende handel. Wil het EG-kartelverbod van toepassing zijn, dan moet de beïnvloeding van de handel ook merkbaar zijn. Ter invulling van dit begrip heeft de Europese Commissie aangegeven dat van merkbaarheid geen sprake is, indien de betrokken ondernemingen samen niet meer dan 5% marktaandeel en € 40 miljoen omzet hebben. Indien een van deze drempels wordt overschreden, valt een mededingingsbeperkende afspraak dus binnen de werkingssfeer van artikel 81 EG. Zowel de Europese Commissie als de NMa kan hier tegen optreden. Met betrekking tot afspraken tussen kleine en middelgrote ondernemingen heeft de Europese Commissie aangegeven, dat die normaal gesproken de interstatelijke handel niet kunnen beïnvloeden, omdat de activiteiten van die ondernemingen hoogstens een lokaal of regionaal karakter hebben. Toch kunnen ook kleine en middelgrote ondernemingen, volgens de Europese Commissie, wél onder het EG-mededingingsrecht vallen, indien zij bij grensoverschrijdende economische activiteiten betrokken zijn. Omdat artikel 81 EG prevaleert boven de Mededingingswet heeft voor deze ondernemingen de versoepeling van de bagatelvrijstelling geen effect, terwijl ondernemingen die afspraken maken zonder dat van interstatelijke werking sprake is wel van die versoepeling profiteren.

De leden van de VVD-fractie vroegen hoe de regering zou reageren als deze flexibilisering van de Mededingingswet de bijzondere aandacht van de Europese Commissie krijgt.

De reactie van de regering zou afhangen van hetgeen die bijzondere aandacht van de Europese Commissie inhoudt. De Europese Commissie ziet erop toe dat lidstaten het Europese recht juist toepassen. Indien zij van oordeel is dat een lidstaat zijn verplichtingen uit het Europese recht niet nakomt, kan zij op grond van artikel 226 EG een met redenen omkleed advies uitbrengen, nadat zij de lidstaat in de gelegenheid heeft gesteld opmerkingen te maken. Indien de lidstaat dat advies niet binnen de door de Europese Commissie gestelde termijn opvolgt, kan zij de zaak voorleggen aan het Hof van Justitie van de EG. Stel dat bovengenoemde situatie zich voordoet en daarmee mocht blijken dat de voorgestelde wetsbepaling zich niet verdraagt met het Europese recht, dan zal de regering een wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet moeten indienen om die strijdigheid ongedaan te maken.

De leden van de VVD-fractie vroegen ook aan de regering naar haar standpunt over de vraag waarom dit wetsvoorstel een betere weg is dan

wanneer het parlement de regering in een door haar gewenste richting aanspoort invloed uit te oefenen op de NMa.

Zoals gezegd, bestaat tegen het vervangen van de criteria van 5% marktaandeel en € 40 miljoen omzet door alleen het criterium van 10% marktaandeel het bezwaar dat de bagatelvrijstelling daardoor mede van toepassing wordt op afspraken die onder het Europese kartelverbod kunnen vallen. Het bezwaar van strijdigheid met de Europese mededingingsregels wordt niet weggenomen als in de plaats van die wetwijziging de Minister van Economische Zaken in beleidsregels bepaalt dat de NMa het kartelverbod buiten toepassing moet laten ten aanzien van kartels met niet meer dan 10% marktaandeel. Net zoals de Mededingingswet dienen ook de beleidsregels van de minister in overeenstemming te zijn met de Europese mededingingsregels. Afgezien hiervan dient de inperking van de reikwijdte van een wettelijke bepaling bij wetwijziging te geschieden en niet via beleidsregels. Met zodanige beleidsregels zou een minister de indruk wekken dat hij wettelijke bepalingen niet serieus neemt en daarmee een verkeerd signaal afgeven. Ook is het uiterst twijfelachtig of dergelijke beleidsregels van de minister in rechte wel houdbaar zijn. Zowel in de jurisprudentie als beleidsmatig is uitgangspunt dat een wettelijke bepaling wordt gehandhaafd. Het bij beleidsregels van de minister bepalen dat de NMa tegen een bepaalde categorie overtredingen niet zal optreden past niet in die lijn. Bovendien binden die beleidsregels van de minister alleen de NMa. Beleidsregels van de minister die bepalen dat de NMa tegen een bepaalde categorie overtredingen niet zal optreden, vrijwaren ondernemingen niet tegen civielrechtelijke aansprakelijkheid, als door overtreding van het kartelverbod door derden schade is geleden.

De leden van de VVD-fractie vroegen of de regering schadeclaims voorziet vanwege de niet houdbare Nederlandse bagatelvrijstelling, wanneer ondernemingen worden getroffen door Europese sancties.

De regering kan niet voorzien of dergelijke schadeclaims zullen worden ingediend en ook niet of eventuele schadeclaims kans van slagen hebben. Naar nationaal recht zijn schadeclaims wegens onrechtmatige formele wetgeving mogelijk, maar de bewijsvoering is lastig. Wil een schadeclaim succesvol kunnen zijn, dan moet degene die schade claimt, aantonen dat aan een aantal eisen wordt voldaan: onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, relativiteit, causaal verband en schade. Zo is het wat de relativiteitseis betreft de vraag of de geschonden norm (gemeenschapstrouw) niet uitsluitend beoogt dat de nationale wetgever het EG-recht in acht neemt, maar ook is bedoeld om ondernemingen te beschermen tegen schade als gevolg van onrechtmatige nationale wetgeving. Een ander moeilijk punt is de eis van causaliteit tussen de boete die ondernemingen krijgen voor het maken van een afspraak die door het Europese mededingingsrecht verboden wordt, en de nationale formele wettelijke bepaling die diezelfde afspraak vrijstelt. De bagatelvrijstelling verplicht ondernemingen namelijk niet tot het aangaan van afspraken in strijd met het EG-mededingingsrecht, maar wekt mogelijk de schijn dat die afspraken ook volgens de Europese mededingingsregels zijn toegestaan. Ook is het de vraag of ondernemingen zonder meer mogen afgaan op de verenigbaarheid van nationale wetgeving met het EG-recht dan wel of zij niet geacht mogen worden zelf goed op de hoogte te zijn van de Europese regelgeving.

De leden van de SP-fractie vroegen een antwoord op de vraag of de regering het met hen eens is dat juist door het schrappen van de omzetgrens, de geoorloofde kartelvorming uit artikel 7 van de Mededingingswet tevens betrekking heeft op kartelvorming onder middelgrote ondernemingen en grote ondernemingen.

Deze vraag wordt beantwoord na het antwoord op de vraag van deze leden om het CBS een tabel van twaalf kolommen te laten opstellen voor het laatste beschikbare jaar op het niveau van de Standaard Bedrijfsin-

deling (SBI) met een globale indicatie van de strekking van het wetsvoorstel voor het kleinbedrijf, het middenbedrijf en het grootbedrijf. De gevraagde tabel¹ is bij deze memorie van antwoord gevoegd. Wat de bruikbaarheid van de tabel voor het daarmee beoogde doel betreft, is een aantal kanttekeningen op zijn plaats. In de tabel worden gegevens verstrekt over de aantallen ondernemingen en hun omzetten in verschillende branches. Het CBS heeft in de verschillende branches gebruik gemaakt van verschillende aggregatieniveaus. Hoe lager het aggregatieniveau (5–6 digit) hoe meer de cijfers gebaseerd zijn op schattingen. Een hoog aggregatieniveau (2–3 digit) daarentegen is vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt weer minder indicatief. Een branche is namelijk een groep bedrijven die zich bezighouden met eenzelfde deel van de productie, terwijl het bij de versoepeling van de bagatelvrijstelling gaat om de vraag hoe de verhoging van 5% naar 10% voor de mededingingsrechtelijk «relevante markt» uitwerkt. De relevante markt is een combinatie van een relevante productmarkt (aard van het product of dienst) en een relevante geografische markt (bijv. lokaal, regionaal of nationaal). Voor bepaalde branches zijn de gegevens tot een zodanig laag niveau uitgesplitst dat die branches mogelijk een indicatie geven van de relevante productmarkt. Voor andere branches gaat de uitsplitsing niet zo ver en zeggen de cijfers in feite niets of weinig over de relevante productmarkt. Per branche zal voorts de relevante geografische markt kunnen verschillen, al naar gelang de aard van het product of de aangeboden dienst. In de tabel van het CBS is Nederland telkens als de geografische markt te beschouwen. Een paar willekeurige voorbeelden uit de tabel mogen dit verduidelijken.

Branche 4511b Grond-, water- en wegenbouw

De geografische markt in deze branche is niet landelijk. De opdrachten voor de grond-, water- en wegenbouwbedrijven worden meestal via aanbesteding gegund. Dit betekent dat de gegevens uit de tabel niet zijn gebaseerd op de relevante markt en niet kunnen worden gebruikt om uitspraken te doen over het effect van het wetsvoorstel voor de grootbedrijven in deze branche.

Branche 5010400 Handel in en reparatie van personenauto's

Ook van deze branche mag worden aangenomen dat de geografische markt niet landelijk is. De tabel kan dan ook niet worden gebruikt om uitspraken over deze branche te doen.

Branche 5010200 Import van nieuwe personenauto's

Aangenomen mag worden dat deze branche zowel naar de aard van het product als in geografisch opzicht samenvalt met de relevante markt. Volgens de CBS-gegevens zijn er in heel Nederland 10 grootbedrijven met elk gemiddeld 6% aandeel in de totale omzet van deze branche. Omdat «branche» in dit geval mogelijk samenvalt met «relevante markt» heeft elk grootbedrijf dus ook 6% aandeel van de relevante markt. Zij zullen daarom niet profiteren van een verhoging van het bagatelcriterium naar 10% marktaandeel.

Branche 5157 Groothandel in afval en schroot

Ook in deze branche valt «branche» samen met relevante markt naar type handelsactiviteit en in geografisch opzicht. Volgens de CBS-gegevens zijn er in deze branche 10 grootbedrijven met elk 1% aandeel in de totale omzet, hetgeen overeenkomt met 1% van de relevante markt. Bij een

¹ Ter inzage gelegd op de afdeling Inhoudelijke Ondersteuning onder griffie nr. 144495.

verhoging van het bagatelcriterium naar 10% marktaandeel kunnen alle grootbedrijven in deze branche gezamenlijk één prijskartel vormen.

De leden van de SP-fractie vroegen voorts een eenduidig antwoord op de vraag of de regering het met hen eens is dat juist door het schrappen van de omzetgrens, de geoorloofde kartelvorming uit artikel 7 van de Mededingingswet tevens betrekking heeft op kartelvorming onder middelgrote ondernemingen en grote ondernemingen.

Uit bestudering van de tabel die is opgesteld door het CBS blijkt dat de gemiddelde omzet van grote ondernemingen in veruit de meeste gevallen boven de € 20 miljoen ligt. Dit betekent dat bij behoud van de omzetgrens van € 40 miljoen deze ondernemingen onderling geen kartelafspraken mogen maken. Bij het schrappen van de omzetgrens kunnen zij dit, indien zij binnen het marktaandeelcriterium vallen, wel. Dit wordt aan de hand van een aantal eerder genoemde voorbeelden aangetoond.

Branche 4511b Grond-, water- en wegenbouw

In deze branche is de gemiddelde omzet voor het grootbedrijf € 157,6 miljoen. Het wegvallen van de omzetgrens van € 40 miljoen leidt er toe dat grootbedrijven eerder kunnen samenwerken. Voorwaarde is wel dat het gezamenlijke marktaandeel beneden de 10% ligt. Voor het middenbedrijf is de gemiddelde omzet € 5,8 miljoen. Of het laten vervallen van de omzetgrens hier effect heeft, hangt samen met het marktaandeel van de bedrijven die gezamenlijk een kartel willen vormen. Indien er bijvoorbeeld 10 middenbedrijven zijn met elk 1% marktaandeel kunnen zij, indien er geen omzetgrens is, samenwerken terwijl er maar 6 middenbedrijven kunnen samenwerken bij een omzetgrens van € 40 miljoen.

Branche 5010400 Handel in en reparatie van personenauto's

De gemiddelde omzet per grootbedrijf is € 126 miljoen. Het laten vervallen van de omzetgrens leidt er ook hier toe dat de grootbedrijven eerder kunnen samenwerken. Voorwaarde is dat het gezamenlijke marktaandeel beneden de 10% ligt. Voor het middenbedrijf is de gemiddelde omzet € 9,8 miljoen. Of het laten vervallen van de omzetgrens hier effect heeft, hangt ook weer samen met het marktaandeel van de bedrijven die willen samenwerken. Indien er bijvoorbeeld 10 middenbedrijven zijn met elk 1% marktaandeel kunnen zij, indien er geen omzetgrens is, samenwerken terwijl er maar 4 middenbedrijven kunnen samenwerken bij een omzetgrens van € 40 miljoen.

Branche 5010200 Import van nieuwe personenauto's

In deze branche ligt zowel de gemiddelde omzet van het grootbedrijf als het middenbedrijf ruim boven € 40 miljoen. Toch zal het schrappen van de omzetgrens voor de grootbedrijven geen effect hebben, omdat het gemiddelde marktaandeel 6% bedraagt. Het marktaandeel van de middenbedrijven is 1,4%. Voor deze bedrijven is het schrappen van de omzetgrens wel relevant. In dat geval kunnen er namelijk 7 bedrijven samenwerken.

Branche 5157 Groothandel in afval en schroot

Uit beantwoording van de vorige vraag is gebleken dat bij een verhoging van het bagatelcriterium naar 10% marktaandeel alle grootbedrijven in deze branche kunnen samenwerken. Bij het behoud van de omzetgrens van € 40 miljoen kunnen zelfs twee grootbedrijven niet met elkaar samenwerken. De totale jaaromzet bedraagt immers € 284 miljoen, terwijl er 10

grootbedrijven zijn. Dit betekent een gemiddelde omzet van € 28,4 miljoen per grootbedrijf.

In de bovengenoemde branches kan het schrappen van de omzetgrens er toe leiden dat grootbedrijven en middenbedrijven kunnen profiteren. Het schrappen van de omzetgrens zal er naar verwachting toe leiden dat ook grootbedrijven onder de bagatelvrijstelling zullen vallen. Dit wordt bevestigd door lezing van de tabel van het CBS. Ook hier gelden echter de eerder genoemde kanttekeningen bij de tabel.

Het voorgaande komt erop neer dat uit de tabel, vanwege de kanttekeningen bij de bruikbaarheid daarvan, geen harde conclusies getrokken kunnen worden over de gevolgen van de voorgestelde versoepeling van de bagatelvrijstelling voor het grootbedrijf en het middenbedrijf. Wel is uit de tabel af te leiden dat het, afhankelijk van de afbakening van de relevante markt, mogelijk is dat ook het grootbedrijf in een bepaalde branche van die versoepeling profiteert.

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