

Vergaderjaar 2007–2008

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 (versoepeling uitzondering verbod van mededingingsafspraken)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Inleiding

Dit voorstel van wet strekt ertoe de uitzondering op het verbod om mededingingsafspraken te maken ruimer te formuleren, waartoe de zogenaamde bagatelregeling in de Mededingingswet wordt gewijzigd. Het hoofddoel van de wijziging is om de positie van leveranciers met een beperkt marktaandeel te versterken. Hieronder wordt achtereenvolgens ingegaan op het huidige artikel 7 van de Mededingingswet, de inhoud en het doel van de wetwijziging en de verhouding tussen artikel 7 van de Mededingingswet en het EG-mededingingsrecht.

De bagatelbepaling; inhoud en doel van de wetwijziging

Volgens artikel 6 van de Mededingingswet zijn mededingingsafspraken verboden. Één van de uitzonderingen op die regel wordt gemaakt in artikel 7, de zogenaamde «bagatelvrijstelling». Volgens het tweede lid van dat artikel geldt het verbod op mededingingsafspraken niet indien voldaan is aan twee cumulatieve voorwaarden met betrekking tot horizontale afspraken: het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen bedraagt ten hoogste 5% en de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen is niet hoger dan € 40 000 000. Met dit wetsvoorstel wordt het maximale gezamenlijke marktaandeel verhoogd van 5% naar 10% en wordt de voorwaarde met betrekking tot de maximale gezamenlijke omzet geschrapt. De initiatiefnemers kiezen voor de grens van 10% omdat deze grens ook in het Europese mededingingsrecht bestaat (PbEG 2001, C368). Een verschil is wel dat volgens het EG-recht hardcore afspraken ook onder de bagatelgrens verboden zijn. Er zijn drie argumenten voor deze initiatiefwet.

In de eerste plaats wordt het volgende probleem aangepakt. Kleine leveranciers kunnen in onderhandelingen nu te weinig tegengewicht bieden aan de inkoopmacht van grote bedrijven. Met name de huidige omzetgrens die in het nu geldende stelsel gehanteerd wordt beperkt deze kleine leveranciers, want deze grens geeft ondernemingen in sectoren waarin hoge omzetten worden behaald, maar weinig ruimte, ook als ze een klein marktaandeel en daarmee weinig tot geen marktmacht hebben. Dit geldt bijvoorbeeld voor kleine winkels en hun toeleveranciers, diverse beroepen in de creatieve sector (freelance journalisten, vertalers en cameramensen)

en voor apothekers. Door verruiming van de bagatel kunnen kleine leveranciers vaker mededingingsafspraken maken. Daardoor kunnen zij bijvoorbeeld «verkoopcombinaties» vormen. Op die wijze wordt het gebrek aan evenwicht tussen kleine leveranciers en grote ondernemingen met inkoopmacht enigszins hersteld. Ook andere zorgverleners met een (zeer) klein marktaandeel hebben een zwakke onderhandelingspositie tegenover verzekeraars met een groot marktaandeel. De initiatiefnemers vinden dat problematisch, omdat het niet rechtvaardig is als kleine leveranciers vanwege het verbod op mededingingsafspraken onvoldoende onderhandelingsmacht kunnen opbouwen, terwijl daar vanuit mededingingsoogpunt geen reden voor is. Daarom willen de initiatiefnemers met dit wetsvoorstel het maximale gezamenlijke marktaandeel verhogen naar 10%. De ondernemingen die niet meedoen aan de afspraak hebben, nadat deze wetswijziging is doorgevoerd, immers altijd nog een marktaandeel van tenminste 90% en dat is voldoende om de bedrijven die samenwerken stevig te beconcurreren.

Het tweede argument voor verruiming van de bagatel heeft betrekking op het schrappen van de omzetgrens. Het nadeel van de huidige omzetgrens van € 40 000 000 in de bagatelregeling is dat daarvoor geen economische rechtvaardiging bestaat. Afspraken tussen ondernemingen met een groot marktaandeel maar met een lage omzet kunnen voor consumenten zeer schadelijk zijn. Het is daarom wenselijk om de omzetgrens te schrappen. Ook de de minimis-bekendmaking (de Europese bagatelregeling, PbEG 2001, C368) kent overigens geen omzetgrens.

Het derde argument heeft betrekking op de prioritering door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De toezichthouder heeft al meer oog voor grote, belangrijke zaken dan in de eerste jaren na oprichting, maar er is ruimte voor verdere aanscherping van de prioritering. De initiatiefnemers zien verruiming van de bagatel als een signaal aan de kartelwaakhond om de aandacht nog verder te verleggen van het MKB naar grote bedrijven. Daardoor kunnen de economische baten van het optreden van de NMa vergroot worden.

Verhouding tot EG-mededingingsrecht

In deze paragraaf wordt gezien hoe de voorgestelde wijziging zich verhoudt tot het EG-recht.

Voor het doel van dit wetsvoorstel zijn de volgende bronnen van belang:

- EG-verdrag, artikel 81. Dit artikel is de pendant van artikel 6 van de Mededingingswet. Deze bepaling verbiedt mededingingsafspraken die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ten koste van de concurrentie gaan;
- Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L1), artikel 3. Uit dit artikel vloeit voort dat nationaal mededingingsrecht niet strenger mag zijn dan de Europese mededingingsregels als het wordt toegepast op overeenkomsten met een grensoverschrijdend effect. Er is geen bepaling die soepeler regels verbiedt;
- Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis) (PbEG 2001, C368). In deze bekendmaking is aangegeven welke overeenkomsten de mededinging niet merkbaar beperken, in welke gevallen de Europese Commissie geen procedure zal beginnen. Zogenaamde hardcore afspraken vallen niet onder deze bekendmaking;
- Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende het begrip «beïnvloeding van de handel» in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2004, C101). In deze mededeling is omschreven wanneer er

sprake is van interstatelijke werking. Er is géén interstatelijke werking als de bij een afspraak betrokken ondernemingen samen niet meer dan 5% marktaandeel én niet meer dan € 40 mln omzet hebben.

Deze Europese bronnen in combinatie brengen mee dat het Europese kartelrecht geldt indien een overeenkomst én merkbaar de mededinging beperkt én interstatelijk effect heeft. Is slechts één van deze factoren van toepassing dan wordt het Europese kartelrecht niet toegepast.

Hardcore restricties (bijvoorbeeld prijsafspraken, verdeling markten en productie- of verkoopbeperking) vallen niet onder bekendmaking PbEG 2001, C368 en vormen dus altijd een merkbare beperking van de mededinging. Hebben deze restricties echter geen interstatelijk effect, dan zijn de Europese regels niet van toepassing.

Het voorgaande bepaalt de ruimte die de Nederlandse wetgever heeft. Hierboven werd al vermeld dat uit artikel 3 van Verordening 1/2003 volgt dat nationaal mededingingsrecht niet strenger mag zijn dan de Europese mededingingsregels als het wordt toegepast op overeenkomsten met een grensoverschrijdend effect. Er is echter geen formeel beletsel om soepeler regels vast te stellen. Het verruimen van de bagatelbepaling is derhalve vanuit Europeesrechtelijk oogpunt geoorloofd.

De mogelijkheid om soepeler regels vast te stellen wordt bevestigd door het feit dat Nederland tot 1 januari 1998 geen nationaal regime had dat vergelijkbaar was met het Europese en dat ook de huidige bagatelregel afwijkt van de Europese regels. Artikel 7 van de Mededingingswet staat immers bepaalde «hardcore» kartels toe, terwijl zulks in het Europees kartelrecht niet het geval is. Ook op enkele andere punten verschilt het nationale mededingingsrecht van het Europese. Zo bestaan er op grond van artikel 15 van de Mededingingswet enkele specifiek voor het Nederlandse mededingingsrecht geldende groepsvrijstellingen.

Indien zowel Europees recht als nationaal recht van toepassing is heeft de Mededingingswet gelding zolang dit niet in strijd komt met de eerder genoemde Europese bronnen. Waar die strijd wel bestaat gaat het Europese recht voor.

Vervolgens moet worden vastgesteld of zich binnen de formeel toegestane ruimte praktische problemen kunnen voordoen met de toepassing. De verruiming tot 10% maakt mogelijk dat een (hardcore) afspraak met interstatelijke werking volgens de nationale regels wordt vrijgesteld, maar in het EG-recht geldt als merkbare beperking van de mededinging. Een mogelijk risico hiervan is dat de betrokken instanties aan de hand van het criterium «het beïnvloeden van de handel tussen lidstaten» na moeten gaan of het Europese of Nederlandse kartelrecht van toepassing is. De initiatiefnemers verwachten dat dit risico zich in de praktijk niet of nauwelijks zal verwezenlijken. De interstatelijkheid zal kunnen worden vastgesteld op grond van de hierboven genoemde mededeling van de Europese Commissie over het begrip interstatelijke werking (PbEU 2004, C 101). In veel gevallen zal echter zonder enige moeite zijn vast te stellen dat een afspraak invloed heeft op de tussenstaatse handel, in welk geval het Europese recht (mede) van toepassing is. Dit zal derhalve weinig problemen opleveren.

Daarbij komt dat mededingingsautoriteiten in de praktijk nooit optreden tegen mededingingsbeperkende overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen met een beperkt marktaandeel, zelfs niet als het gaat om *hardcore* restricties. Het verbod om *hardcore* afspraken te maken is voor ondernemingen met een laag marktaandeel dan ook feitelijk een dode letter. Door dit verbod voor het nationale recht te schrappen, verkrijgen ondernemingen (rechts)zekerheid dat zij met dit soort afspraken onder het nationale recht geen risico lopen en wordt een duidelijk signaal gegeven aan de NMa dat zij dit soort afspraken ongemoeid moet laten. Dit laat onverlet dat de Europese Commissie op basis van het Europese recht

tegen afspraken met een interstatelijke werking kan optreden, en daarbij de bijstand van de NMa kan vragen, maar dit zal zich in de praktijk niet voordoen. De economisering van het mededingingsrecht heeft ertoe geleid dat de Europese Commissie zich in toenemende mate richt op *hardcore* kartels die daadwerkelijk invloed hebben op de markt. Dit doet zich bij afspraken tussen ondernemingen met maximaal 10% marktaandeel niet voor. Het wetsvoorstel leidt ertoe dat die ondernemingen geen onnodige beperkingen worden opgelegd.

Gevolgen voor de overheid

Door de verruiming van de bagatelregel krijgen ondernemingen (met een beperkt gezamenlijk marktaandeel) vaker de mogelijkheid om mededingingsafspraken te maken. Met dergelijke afspraken hoeft de NMa zich niet langer bezig te houden, ook niet als derden over dit soort afspraken klagen. Anderzijds kan het zich voordoen dat de NMa moet vaststellen of afspraken onder het marktaandeelcriterium vallen. Dit is arbeidsintensiever dan toepassing van het omzetcriterium. De NMa heeft veel ervaring met het vaststellen van marktaandelen. De indieners van dit wetsvoorstel gaan er bovendien vanuit dat de NMa niet vaak zal worden opgeroepen grensgevallen te beoordelen, omdat mededingingsproblemen in de regel pas ontstaan als ondernemingen met grotere marktaandelen afspraken maken. De indieners verwachten dan ook dat de wetswijziging voor de belasting van de NMa geen effect heeft. Ook financieel en in andere opzichten zijn er voor de overheid geen consequenties.

Artikelen

Artikel I

Met dit artikel wordt het maximale gezamenlijke marktaandeel van ondernemingen die als uitzondering op artikel 6 van de Mededingingswet mededingingsafspraken mogen maken verhoogd van 5% naar 10% en wordt de voorwaarde met betrekking tot de maximale gezamenlijke omzet geschrapt.

Artikel II

Met dit artikel wordt bepaald dat dit wetsvoorstel direct na publicatie in het Staatsblad in werking treedt. Aangezien deze initiatiefwet een verruiming inhoudt van de mogelijkheden van ondernemingen om in afwijking van artikel 6 van de Mededingingswet afspraken te maken, worden er geen rechten aangetast. Dit vormt dan ook geen reden voor latere inwerkingtreding of overgangsrecht.

Ten Hoopen
Aptroot
Vos