Eerste Kamer der Staten-Generaal

1

Vergaderjaar 2014–2015

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)

T

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 17 december 2014

Met deze brief informeer ik uw Kamer over de evaluatie van de verruiming van de bagatelvrijstelling (artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet), die in december 2011 op initiatief van de leden van de Tweede Kamer Ten Hoopen (CDA), Aptroot (VVD) en Vos (PvdA) in werking is getreden. De toenmalige Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie heeft tijdens de behandeling van het initiatiefwetsvoorstel in uw Kamer een evaluatie binnen drie jaar na inwerkingtreding van het wetsvoorstel toegezegd (Handelingen 2009–2010, nr. 31, pag. 1337). Onderzoeksbureau Panteia heeft de evaluatie in mijn opdracht uitgevoerd. Bijgevoegd treft u het evaluatierapport[1] aan dat is opgesteld door Panteia.

In deze brief wordt eerst uitleg gegeven over de bagatelvrijstelling. Vervolgens wordt ingegaan op de opzet van de evaluatie, waarna de hoofdconclusies uit het evaluatierapport kort worden weergegeven. Tot slot komen de beleidsconclusies die op basis van de evaluatie worden getrokken aan de orde.

De bagatelvrijstelling

Op grond van artikel 6 van de Mededingingswet is het verboden om kartelafspraken te maken. Op dit verbod bestaat een aantal uitzonderingen.
De bagatelvrijstelling in artikel 7 van de Mededingingswet is één van die uitzonderingen. Het doel van de bagatelvrijstelling is om afspraken met een beperkte economische betekenis buiten de reikwijdte van het kartelverbod te houden, omdat de gevolgen van dergelijke afspraken op de mededinging verwaarloosbaar worden geacht. Het eerste lid van artikel 7 van de Mededingingswet (de oorspronkelijke bagatelvrijstelling) staat afspraken toe tussen maximaal acht ondernemingen met een omzet

[1] Ter inzage gelegd op de afdeling Inhoudelijke ondersteuning onder griffie nr. 144495.14.

kst-31531-T
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2014

van maximaal € 5,5 miljoen voor het leveren van goederen of € 1,1 miljoen in andere gevallen.

Voordat het hierboven genoemde initiatiefwetsvoorstel van Ten Hoopen, Aptroot en Vos werd aangenomen, werden ondernemingen op basis van het tweede lid van artikel 7 van de Mededingingswet met een gezamenlijk marktaandeel van maximaal 5% en een gezamenlijke omzet van maximaal € 40 miljoen uitgezonderd van het kartelverbod. Deze drempels zijn indertijd gekozen opdat de vrijstelling geen betrekking zou hebben op afspraken die mogelijk in strijd zijn met het Europese mededingingsrecht. De Europese Commissie gaat namelijk uit van het vermoeden dat afspraken waarbij het gezamenlijk marktaandeel niet meer bedraagt dan 5% en de totale omzet niet meer bedraagt dan € 40 miljoen, de handel tussen lidstaten niet merkbaar kunnen beïnvloeden. Daarnaast hanteert de Europese Commissie een bagatelvrijstelling (*de minimis* bepaling) voor horizontale «niet-hardcore» afspraken bij een marktaandeel beneden de 10% en verticale «niet-hardcore» afspraken bij een marktaandeel beneden de 15%.

Met de inwerkingtreding van de initiatiefwet in 2011 is de marktaandeelgrens in artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet van 5% verruimd naar 10% en is de omzetgrens van € 40 miljoen vervallen. Het hoofddoel van de initiatiefwet is om de positie van leveranciers met een beperkt marktaandeel te versterken, opdat zij beter tegenwicht kunnen bieden aan inkoopmacht. Om de verruiming van de marktaandeelgrens in overeenstemming te brengen met het Europese recht is aan het artikellid toegevoegd dat de afspraken de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig mogen beïnvloeden. In dat geval is namelijk het Europese mededingingsrecht van toepassing en gelden de hierboven genoemde Europese grenzen.

Opzet evaluatie

Het doel van de evaluatie is te bezien welke effecten de verruiming van de bagatelvrijstelling heeft gehad op:
a. het gebruik van de bagatelvrijstelling;
b. het tegenwicht bieden aan inkoopmacht;
c. de rechtszekerheid voor ondernemingen, en
d. consumenten.

Hiertoe heeft Panteia twee enquêtes afgenomen: een internetenquête onder het brede bedrijfsleven (1311 respondenten) en een gerichte telefonische enquête onder bedrijven in vijf branches waar signalen bestaan voor inkoopmacht (502 respondenten in de branches voeding, kleding, kunststof, fysiotherapie en bouw). Deze branches zijn speciaal geselecteerd omdat de signalen over inkoopmacht in die branches het sterkst zijn. Daarnaast hebben diverse interviews plaatsgevonden met brancheorganisaties uit de vijf genoemde branches, met hoogleraren die kennis hebben van het onderwerp en met advocaten die praktijkervaring hebben met samenwerkingscontracten en de bagatelvrijstelling.

Hoofdconclusies rapport

Hieronder worden de effecten van de verruiming van de bagatelvrijstelling op de vier bovengenoemde onderdelen, inclusief de daarbij behorende belangrijkste bevindingen, beschreven.
a. Ten aanzien van het gebruik van de bagatelvrijstelling laat de evaluatie zien dat beperkt gebruik wordt gemaakt van de bagatelvrijstelling en dat het gebruik door de verruiming niet of nauwelijks is toegenomen. Slechts drie van de geënquêteerde bedrijven geeft aan

dat ze door de verruiming meer dan voorheen zijn gaan samenwerken. Overigens geeft 10% van de bedrijven uit de internetenquête aan de bagatelvrijstelling te kennen. In de verschillende branches waar de telefonische enquête is gehouden, verschilt de bekendheid: van 3% in de kunststofbranche tot 32% in de fysiotherapiebranche. Nadat uitleg is gegeven over de bagatelvrijstelling geeft 8% van de bedrijven aan dat ze in de toekomst mogelijk gebruik willen maken van de samenwerkingsmogelijkheid die de verruimde bagatelvrijstelling biedt. Bedrijven die geen gebruik denken te maken van de bagatelvrijstelling geven als redenen aan dat ze zichzelf te klein vinden, geen klanten in Nederland hebben of een te klein of te groot marktaandeel hebben. Ook geeft een deel van de bedrijven aan sowieso niet te willen samenwerken, omdat er geen goede samenwerkingspartners in Nederland zijn, de samenwerking hun vrijheid beperkt, ze met samenwerking slechte ervaringen hebben, of omdat hun eigen product, dienst of merk uniek is. Wanneer bedrijven willen samenwerken, gebeurt dat veelal vanuit andere invalshoeken, zoals de wens om netwerken te vormen die zijn gericht op gespecialiseerde zorg in de fysiotherapie of om (franchise)ketens te vormen met zelfstandige praktijken in de fysiotherapie.

b. Ten aanzien van het inperken van inkoopmacht wordt geconcludeerd dat de verruimde bagatelvrijstelling in de onderzochte branches geen oplossing is om voldoende tegenwicht te bieden aan die inkoopmacht. Door brancheorganisaties wordt aangegeven dat de grote afnemers, zoals supermarktketens, horecagroothandelaren of zorgverzekeraars, veelal meer dan 30% of zelfs meer dan 50% van de markt in handen hebben. Daartegen biedt samenwerken met concurrenten tot maximaal 10% marktaandeel onvoldoende tegenwicht. Uit het onderzoek blijkt ook dat er – niettegenstaande het doel van de verruiming van de bagatelvrijstelling – in de vijf branches niet meer gebruik is gemaakt van de bagatelvrijstelling dan onder de rest van het bedrijfsleven. Bedrijven beoordelen hun onderhandelingspositie ook niet als slecht, noch richting afnemers noch richting leveranciers. Doordat onder meer fusies en overnames, verticale samenwerking en franchising meer mogelijkheden voor samenwerking bieden en meer rechtszekerheid geven, wordt door advocaten ook vrijwel nooit het advies gegeven de bagatelvrijstelling te gebruiken.
c. Ten aanzien van de rechtszekerheid voor ondernemingen wordt geconcludeerd dat de verruiming van de bagatelvrijstelling niet tot meer of minder rechtsonzekerheid heeft geleid voor ondernemingen die willen samenwerken. Advocaten geven aan het bepalen van het marktaandeel lastig te vinden, omdat de exacte omvang van de markt niet altijd duidelijk is. Daarnaast zijn veel markten aan veranderingen onderhevig, als gevolg van fusies/overnames, een krimpende of juist groeiende markt, het wegvallen van concurrenten of het groeien van bedrijven die samenwerking zoeken, waardoor het gezamenlijke marktaandeel aanvankelijk wel onder de 10% kan liggen, maar na de veranderingen mogelijk niet meer. Door deze onzekerheden geldt bij veel advocaten het adagium «bij twijfel niet doen». Omdat de bepaling van het gezamenlijke marktaandeel in de bagatelvrijstelling is blijven bestaan, is de rechtsonzekerheid daarover hetzelfde gebleven. Verder wordt door een aantal bedrijven aangegeven dat de grensoverschrijdende handel merkbaar lijkt te worden beïnvloed, waardoor de Nederlandse bagatelvrijstelling niet van toepassing is. De rechtsonzekerheid over de toepasselijkheid van het Europese recht is eveneens niet toe- of afgenomen.
d. Ten aanzien van de effecten van de verruiming van de bagatelvrijstelling voor consumenten wordt aangegeven dat het zicht op dergelijke effecten ontbreekt. De reden hiervoor is dat er slechts zeer beperkt

gebruik wordt gemaakt van de verruimde bagatelvrijstelling. Het is daarom niet mogelijk de effecten voor consumenten correct te meten. Ook brancheorganisaties geven aan geen zicht te hebben op mogelijke effecten van de verruiming van de bagatelvrijstelling.

Beleidsconclusies

Op basis van de evaluatie kan worden geconcludeerd dat de verruiming van de bagatelvrijstelling niet of nauwelijks heeft geleid tot méér gebruik van de bagatelvrijstelling dan voorheen. Uit het evaluatierapport blijkt wel dat het bedrijfsleven enig gebruik maakt van de samenwerkingsmogelijkheid die de bagatelvrijstelling biedt. Tevens geeft 8% van de bedrijven aan dat ze in de toekomst mogelijk gebruik van de bagatelvrijstelling wil maken. Het bedrijfsleven heeft dus wel degelijk baat bij de regeling. Het oorspronkelijke doel van de bagatelvrijstelling, namelijk het uitzonderen van het kartelverbod van afspraken die vanwege hun zeer geringe omvang geacht worden een verwaarloosbaar effect op de mededinging te hebben, blijft een valide argument voor het bestaan van de vrijstelling. Aangezien de verruiming verder niet tot meer of minder rechtsonzekerheid heeft geleid, zie ik geen reden de huidige verruimde bagatelvrijstelling aan te passen of te laten vervallen.

Ik ben wel van mening dat het bedrijfsleven meer voordeel van de bagatelvrijstelling kan hebben als deze meer bekendheid geniet. Uit de gesprekken met de brancheorganisaties blijkt dat nauwelijks is gecommuniceerd over de verruiming van de bagatelvrijstelling. Het geringe percentage bedrijven dat aangeeft de bagatelvrijstelling te kennen, onderschrijft deze situatie. Brancheorganisaties zouden de bij hen aangesloten bedrijven van dienst kunnen zijn door meer voorlichting te geven en informatie beschikbaar te stellen over de samenwerkingsmogelijkheid die de bagatelvrijstelling biedt voor kleine bedrijven. Daarnaast zal ik er zelf voor zorgen dat op de relevante websites van de rijksoverheid extra uitleg en informatie wordt gegeven over de bagatelvrijstelling en de toepasselijkheid daarvan. Ook de Autoriteit Consument en Markt heeft op haar website informatie over de toepassing van de bagatelvrijstelling gepubliceerd (https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13591/Bagatelvrijstelling-uitzondering-op-het-kartelverbod/).

Tot slot kan worden geconcludeerd dat de verruiming niet het beoogde effect op het tegengaan van inkoopmacht heeft gehad. Opmerkelijk genoeg beoordelen bedrijven hun onderhandelingspositie ook niet als slecht, noch richting afnemers noch richting leveranciers. Voor bedrijven die worden geconfronteerd met inkoopmacht zijn andere mogelijkheden dan de bagatelvrijstelling beschikbaar om inkoopmacht tegen te gaan. Naast bestaande mogelijkheden (het evaluatierapport noemt onder andere fusies en overnames, verticale samenwerking en franchising als mogelijkheden), zijn vorig jaar twee pilots *Gedragscode eerlijke handelspraktijken* van start gegaan, in de agrofoodsector en de sector mode, textiel en schoeisel. De opzet van deze pilots is dat deze via zelfregulering tot stand komen. Het Ministerie van Economische Zaken heeft hierbij een faciliterende rol. Het is aan partijen in de pilotsectoren zich vrijwillig te conformeren aan de gedragscode eerlijke handelspraktijken. Op 6 juni jl. heb ik de Tweede Kamer over mijn eerste bevindingen van de gedragscodes eerlijke handelspraktijken geïnformeerd (Kamerstukken II 2012/13, 22 112, nr. 1862). Begin 2015 wordt een voortgangsrapportage over de pilots naar de Tweede Kamer gestuurd. In het najaar van 2015 worden de pilots geëvalueerd.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp