

Redactioneel

De koek was op. En nu?

Mr. H.H.P. Lugard*

Op 19 februari, de dag waarop het kabinet Balkende IV zou vallen, liet het VNO-NCW weten verheugd te zijn dat het babyverlof van de baan was. Immers, werkgevers zouden moeten opdraaien voor de kosten van de uitbreiding van het vaderschapsverlof, waarbij vaders (en overigens ook lesbische ‘meemoeders’) langer betaald zouden krijgen, hetgeen de werkgeversorganisatie niet wenselijk achtte. Niets bijzonders. Maar het persbericht kreeg toch onbedoeld een licht ironische lading toen de voorman van de PvdA, Wouter Bos, op 12 maart aankondigde de actieve politiek te verlaten om zich aan de opvoeding van zijn kinderen te kunnen wijden. Hoe dat zij, met deze twee – naar een weldenkend mens toch mag aannemen – ongerelateerde berichten zijn we aangeland bij de actuele politieke constellatie van ons land: in de aanloop naar de Tweede Kamerverkiezingen in juni verdwijnen en komen politieke kopstukken met zo’n snelheid op dat de Belgische kwaliteitskrant *De Standaard* verzuchtte dat de Nederlanders tegenwoordig wel erg avontuurlijk zijn.

De politieke commotie doet bijna vergeten dat de val van het kabinet ook nog een enkele implicatie voor het mededingingsrecht kan hebben. Dat betreft uiteraard de wetsvoorstellen die al in behandeling zijn. Zoals gebruikelijk bij een demissionair kabinet worden de lopende zaken afgehandeld en worden gevoelige wetsvoorstellen doorgeschoven naar een volgende kabinetsperiode. Wat zat er ook al weer in de wetgevende pijp en hoe varen die onderwerpen?

Ten eerste de strafrechtelijke sanctionering van de Mededingingswet waarbij de NMa zaken zal kunnen aanbrengen bij het OM. Dat onderwerp is complex, van aanzienlijk praktisch belang en kent uitgesproken voor- en tegenstanders. Zo zette Ottervanger in een eerder

redactioneel al vraagtekens bij de opportuniteit van celstraffen en pleitte hij voor een integrale doorlichting van het gehele systeem. Op basis van een toezegging aan de Kamer van de – nu demissionaire – minister van EZ Van der Hoeven om een voorstel te doen voor een dergelijk regime, hebben de medewerkers van het ministerie in de afgelopen periode gestaag gewerkt aan een wetsvoorstel. Naar verluidt is men nu in een zodanig vergevorderd stadium aangeland dat het ontwerp-wetsvoorstel en de memorie van toelichting op korte termijn openbaar gemaakt zullen worden in het kader van een publieke consultatie. Hoewel de redactie – en ongetwijfeld een groot aantal lezers van dit tijdschrift – zich verheugt op een boeiend debat, kan wel de vraag gesteld worden of het niet beter was geweest dit controversiële onderwerp even te laten rusten. Uiteraard dient het ministerie zich na de consultatie te beraden over de politieke vervolgstappen, maar de praktijk leert ook dat die beslissing in hoge mate beïnvloed kan worden door de dynamiek van de voorbereidingshandelingen. Kortom, hoewel het voor de hand had gelegen nog eens kritisch na te denken over deze materie, heeft de val van het kabinet vooralsnog geen gevolgen gehad voor dit dossier.

Dan het wetsvoorstel markt en overheid (*Kamerstukken I*, 31 354), waarover Algra eind 2008 in dit tijdschrift berichtte. Als bekend, beoogt dat wetsontwerp – kort gezegd – oneerlijke concurrentie door publiekrechtelijke rechtspersonen en overheidsbedrijven tegen te gaan. Het wetsontwerp is al op 24 maart 2009 aangenomen door de Tweede Kamer, maar heeft nu toch weer een flink aantal kritische vragen opgeroepen in de Eerste Kamer. Zo ligt een aantal vragen voor over de berekening van de integrale kostprijs die overheidsbedrijven ingevolge het wetsvoorstel in rekening moeten brengen, alsmede de vraag of en in hoeverre (fictieve) vennootschapsbelasting doorberekend moet worden. Het ziet er niettemin naar uit dat dit wetsvoorstel niet of slechts

* Mr. H.H.P. Lugard is werkzaam als advocaat en bedrijfsjurist bij Royal Philips Electronics en tevens redactielid van M&M.

weinig vertraging zal ondervinden als gevolg van de politieke situatie en, na een periode van vijftien jaar discussiëren over dit onderwerp, wordt het ook wel eens tijd dat deze materie verankerd wordt in de Mededingingswet.

Ook de behandeling van een derde dossier, het wetsvoorstel van Ten Hoopen, Aptroot en Vos voor verruiming van de bagatelregeling (*Kamerstukken I*, 31 531) lijkt ongestoord voortgang te maken. Dat wetsvoorstel voorziet in een verhoging van het gezamenlijke marktaandeel tot 10 procent en het schrappen van de thans nog geldende omzetgrens van 40 miljoen euro, waardoor ondernemingen veel meer ruimte krijgen om mededingingsafspraken te maken, met inbegrip van hardcore mededingingsbeperkingen. Dat is overigens een van de expliciete doelstellingen van de voorgestelde regeling: kleine leveranciers in staat te stellen samen op te trekken tegen bedrijven met inkoopmacht. Het wetsvoorstel is – ondanks pittige en naar mijn oordeel deels terecht kritiek – toch ongeschonden door de Tweede Kamer gekomen, maar heeft onlangs een aantal Eerste Kamerleden er toe gebracht de verenigbaarheid met het Europese mededingingsrecht aan de orde te stellen. In dat verband is de vraag gerezen hoe de civiele rechter dient te oordelen indien een marktpartij op basis van een onrechtmatige daad actie ageert tegen een mededingingsbeperkende afspraak die de handel met een of meerdere andere EU-lidstaten raakt, maar wel binnen de toekomstige vrijstelling valt. Ligt hier werkelijk een probleem? Ik zou menen dat die rechter in een dergelijk geval eenvoudigweg het minder strenge nationale recht buiten toepassing dient te laten. Of hij dat ook ambtshalve dient te doen, is overigens een andere, separate, vraag, maar het principe is duidelijk. Tot dusver de wetgevingsinitiatieven. Of toch niet?

Het fenomeen inkoopmacht en de negatieve connotaties die dat begrip bij sommigen oproept vormt een belangrijke reden voor de aanpassing van de bagatelregeling. Bovendien beoogt ook de Commissie met de vernieuwde groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten de inkoopmachtproblematiek aan te pakken. Onder de nu nog geldende regeling van Verordening (EG) nr. 2790/1999 is de mate van inkoopmacht in beginsel irrelevant voor de toepasselijkheid van de vrijstelling; de toekomstige regeling zal daarentegen mede gebaseerd zijn op het – nieuwe – uitgangspunt dat sterke afnemers hun inkoopmacht kunnen aanwenden om mededingingsbeperkende bepalingen aan hun leveranciers op te leggen. Daarom zullen overeenkomsten met afnemers met marktaandeel van meer dan 30 procent in de toekomst niet langer automatisch vrijgesteld zijn. De concept-richtsnoeren bevatten voorts specifieke bepalingen over toegangsvergoedingen en categorie-management-overeenkomsten.

Maar met dit alles zijn de gepercipieerde problemen kennelijk nog niet naar tevredenheid onder controle gebracht. Dat wordt duidelijk bij lezing van de brief van de minister van EZ aan de Tweede Kamer van 17 december 2009. In die brief staat de minister stil bij de zorgen die de Tweede Kamer de laatste jaren heeft

geuit over de negatieve gevolgen van inkoopmacht voor het midden- en kleinbedrijf. Blijkens de brief gaat het daarbij vooral om druk op de winstmarges van leveranciers, het afdwingen van lange betaaltermijnen en andere onredelijke voorwaarden en het eenzijdig wijzigen van eerder overeengekomen prijzen en overeenkomsten door grote afnemers. De huidige kredietcrisis zou die problemen nog verergeren. De brief stelt vast dat benadeelde leveranciers naast het mededingingsrecht ook naar het civiele recht kunnen grijpen, maar oordeelt dat leveranciers huiverig zijn hun afnemers aan te spreken uit vrees klanten te verliezen. De minister komt vervolgens tot de voorlopige slotsom dat er een – voorsnog vrijwillige – gedragscode in het leven moet worden geroepen, waaraan organisaties van leveranciers en afnemers zich committeren en die de uitgangspunten van de zakelijke relatie zou vastleggen. Zo zou de code de – bepaald evidente – bepaling kunnen bevatten dat overeenkomsten niet gewijzigd mogen worden zonder instemming van de wederpartij. De inhoud van de code zou kunnen aansluiten bij de *Code of Practice* die in het Verenigd Koninkrijk geldt en waaraan bijvoorbeeld de supermarkten gebonden zijn. En er zou sprake moeten zijn van effectief toezicht op naleving van de gedragscode en een systeem van geschilbeslechting. De minister zegt vervolgens toe na te gaan of voldoende draagvlak voor de gedragscode bestaat en zegt toe de Kamer voor 1 mei 2010 te berichten of zij een dergelijke code haalbaar acht.

Indien vaststaat dat economische praktijken een daadwerkelijk economisch en maatschappelijk probleem vormen en dat probleem bovendien van voldoende algemene aard is, getuigt het van goed economisch beleid om te bezien of regelgeving of ander overheidsingrijpen zinvol is. De minister is op voorhand van mening dat die noodzaak bestaat en baseert zich daarbij op het EIM-rapport van 25 november 2009, *De aard en omvang van inkoopmacht. Onderzoek naar de perceptie van leveranciers*. Maar biedt dat – op zich zeer heldere en informatieve – rapport voldoende basis voor ingrijpende maatregelen in de vorm van algemene regelgeving? Bij lezing valt in de eerste plaats op dat het rapport beperkt is tot een viertal specifieke branches, namelijk voedingsmiddelen, kleding, vloerbedekking en bouwmaterialen. Dat betekent dat de grootschalige detailhandel, de zorgsector, de overheid zelf en andere sectoren waarin sprake kan zijn van inkoopmacht buiten beschouwing blijven. Bovendien blijken de resultaten nogal uiteen te lopen: het aantal bedrijven dat vindt dat zij een (zeer) zwakke positie heeft ten opzichte van hun belangrijkste afnemers varieert van 16 procent van de handelaren in bouwmaterialen tot 35 procent van de leveranciers van kleding en schoeisel. Een flinke minderheid dus. Maar van die leveranciers meent ook 57 procent (voeding en drank) tot 74 procent (bouwmaterialen) juist een (zeer) sterke positie te hebben. De frequentie waarmee eenzijdige wijziging van contractvoorwaarden voorkomt, verschilt ook: 42 procent van de kledingleveranciers wordt daarmee geconfronteerd, tegen 14 procent van de leveranciers in de bouwsector. En overigens: het EIM-rapport

laat zich niet uit over de gevolgen van inkoopmacht: ondanks het feit dat het ondernemingsklimaat harder lijkt te zijn geworden, is daarmee niet gegeven dat inkoopmacht in de onderzochte sectoren ook leidt tot netto negatieve economische gevolgen. Het EIM stelt terecht vast dat inkoopmacht ook kan leiden tot meer investeringen in nieuwe processen en innovatie, maar trof geen causaal verband aan tussen dergelijke investeringen en de (sterke of zwakke) positie van de onderzochte bedrijven.

Bij de vraag of de overheid 'iets moet doen' ten aanzien van het misbruik maken van inkoopmacht, moet ook bedacht worden dat dit voor de NMa geen onontgonnen terrein is. Integendeel, de NMa heeft zich de afgelopen jaren behoorlijk intensief bezig gehouden met dit onderwerp. De supermarktoorlog en de Peijnenburg koek liggen nog vers in het geheugen. Zo liet de NMa al in december 2004 het *Visiedocument Inkoopmacht* het licht zien en rapporteerde zij in 2009 over prijsvorming in de agrifood sector. En op 28 januari van dit jaar publiceerde de NMa het rapport *Inkoopmacht Zorgverzekeraars*. Daarnaast heeft de NMa zich in de loop der tijd over een aantal individuele klachten over inkoopmacht gebogen. Daarbij valt overigens wel op dat dergelijke klachten nogal eens stuklopen op het belanghebbendevereiste van artikel 1:2 lid 1 Awb, of afgewezen worden omdat geen sprake is van een economische machtspositie aan de vraagzijde van de markt.

Het lijkt evident dat zich gevallen van misbruik van inkoopmacht voordoen die onwenselijk zijn. In die gevallen dienen rechtzoekenden op eenvoudige wijze hun recht te kunnen halen. Maar dat betekent niet dat problemen van individuele leveranciers, hoe beschermingswaardig ook, per definitie een mededingingsprobleem opleveren. Integendeel, van een dergelijk probleem is pas sprake indien inkoopmacht in de relevante markt zodanig frequent voorkomt dat de consumentenwelfare in de betrokken markt in het geding is. Juist nu het mededingingsrecht steeds duidelijker gericht is op het waarborgen van de collectieve belangen van afnemers en consumenten in specifieke markten, zou het onverstandig zijn het mededingingsrecht weer te snel toepasselijk te achten op louter individuele contractuele problemen.

De suggestie om het probleem van inkoopmacht te beteugelen door middel van een op Engelse leest geschoeide gedragscode komt op zich sympathiek voor, maar verdient op zijn minst nadere studie; de nogal summiere uiteenzetting van de Engelse situatie in de brief van de minister lijkt ook geen recht te doen aan de complexe, specifieke Engelse situatie. In de eerste plaats kent het Engelse systeem een groot aantal door het *Office of Fair Trading* geaccordeerde gedragscodes die primair betrekking hebben op de belangen van consumenten. Daarnaast is sprake van een aantal specifieke gedragscodes voor bepaalde sectoren, waarvan de *Groceries Supply Code of Practice* (GSCOP) waarschijnlijk het bekendst is. Maar juist die – onlangs gewijzigde – gedragscode heeft aanleiding gegeven tot weerstand, vooral van de zijde van supermarkten, over een veelvoud

van onderwerpen, waaronder de instantie die toezicht zou moeten houden op de naleving van de code.

Dat brengt mij op een laatste overweging over dit onderwerp: welke instantie zou in Nederland toezicht moeten houden op de naleving van de inkoopcode zoals die de minister thans voor ogen staat? Niet de Nederlandse Consumentenautoriteit; daar leent de aard van de materie zich niet voor. En de Ombudsman houdt zich vooral bezig met de overheid. De NMa dan? Dat zou in ieder geval noodzaken tot een fundamentele discussie over het takenpakket van de NMa. Immers, in tegenstelling tot de Engelse *OFT*, de Amerikaanse *Federal Trade Commission* (of zelfs de Koreaanse *Fair Trade Commission*) ziet het mandaat van de NMa niet op de bescherming van consumenten of specifieke marktdeelnemers. Het beperktere mandaat van de NMa is een groot goed dat naar mijn smaak nauwlettend in het oog gehouden moet worden. Een aantal partijen dat in kader van het EIM-rapport werd geïnterviewd gaf te kennen dat door de toegenomen problematiek van inkoopmacht 'zaken doen niet meer leuk is.' De inhoud van dit nummer maakt duidelijk dat de beoefening van het mededingingsrecht gelukkig nog wel interessant is. De Jong en Haasbeek hebben voor dit kroniekenummer de kroniek concentratiecontrole 2009 onderhanden genomen. Mollen deed hetzelfde voor de kroniek rechtspraak 2009, terwijl Dekker en Gelderman zich gebogen hebben over de kroniek NMa– besluiten 2009. Blauwbroek en Bulk leverden een prikkelende opinie aan over de borging van publieke belangen door de overheid. De redactie is hen allen dankbaar. Die erkenning gaat ook uit naar onze columnist Marcel Canoy die op de hem bekende, soms mild spottende, maar immer op originele, goed geïnformeerde en integere wijze zijn licht dit maal laat schijnen over de postmarkt. Wij wensen de lezer veel leesplezier.