

## Bagatelvrijstelling – uitzondering op het kartelverbod

Artikel 7 van de Mededingingswet (hierna: Mw) bevat de zogenaamde 'bagatelvrijstelling'. Het kartelverbod van artikel 6 Mw is, zoals uit artikel 7 volgt, niet van toepassing op afspraken die van ondergeschikte betekenis zijn. Dat geldt voor afspraken tussen ondernemingen die aan de voorwaarden van artikel 7 Mw voldoen. Er is dan geen sprake van een inbreuk.

Artikel 7 lid 1 Mw luidt als volgt:

*“1. Artikel 6, eerste lid geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in dat artikel indien:*

*a. bij de desbetreffende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn, dan wel bij de desbetreffende ondernemersvereniging niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn, en*

*b. de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de bij de desbetreffende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen dan wel de gezamenlijke omzet van de bij de desbetreffende ondernemersvereniging betrokken ondernemingen niet hoger is dan:*

*1°. € 5 500 000, indien daarbij uitsluitend ondernemingen zijn betrokken wier activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen;*

*2°. € 1 100 000, in alle andere gevallen.”*

Met ingang van 3 december 2011 luidt artikel 7 lid 2 Mw als volgt<sup>1</sup>:

*“Onverminderd het eerste lid, geldt artikel 6, eerste lid, voorts niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in dat artikel voor zover daarbij ondernemingen of ondernemingsverenigingen betrokken zijn die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op een of meer van de relevante markten indien:*

- het gezamenlijk marktaandeel van de bij de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen of ondernemingsverenigingen op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging van invloed is, groter is dan 10%, en*
- de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen de lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden.”*

Waar op deze site wordt verwezen naar artikel 7 lid 2 Mw, moet voor afspraken tussen ondernemingen vanaf 3 december 2011 worden uitgegaan van bovenstaande formulering.

---

<sup>1</sup> Wet houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken, zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2011-569.html> en <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2011-570.html>

Mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen die een gezamenlijk marktaandeel hebben van niet meer dan 10% en die op of na 3 december 2011 zijn gemaakt, zullen hierdoor niet langer een overtreding van het kartelverbod in artikel 6 Mw opleveren (zie toelichting hierna voor afspraken gemaakt vóór 3 december 2011). Hierbij geldt wel de voorwaarde dat deze afspraak de handel tussen de lidstaten van de EU niet potentieel ongunstig mag beïnvloeden. Is er wel sprake van een potentieel effect op de handel tussen de lidstaten, dan geldt de vrijstelling in art. 7 lid 2 Mw niet. De reden hiervoor is dat in een dergelijk geval de afspraak onder het Europese kartelverbod valt (artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, hierna: "VWEU"). Nationale (mededingings)bepalingen mogen aan het Europese kartelverbod geen afbreuk doen en dit niet doorkruisen, immers deze norm heeft rechtstreekse werking en voorrang boven de nationale mededingingsbepalingen.<sup>2</sup>

Voor mededingingsafspraken tussen ondernemingen tot 3 december 2011, geldt de oude (striktere) bagatelregeling van artikel 7 lid 2 Mw.<sup>3</sup> Deze bevat twee (cumulatieve) criteria waaraan voldaan moet worden voordat een mededingingsbeperkende afspraak buiten het toepassingsbereik van het kartelverbod valt: een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 5% en een gezamenlijke betrokken omzet van niet meer dan EUR 40 mln.

Om te kunnen beoordelen of een afspraak onder de huidige, verruimde bagatelvrijstelling van artikel 7 lid 2 Mw valt, moeten twee vragen worden beantwoord:

- Hebben de bij de afspraak betrokken ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel op de relevante markt van niet meer dan 10%? En:
- Heeft de afspraak een potentieel ongunstig effect op de handel tussen de lidstaten?

Om de eerste vraag te beantwoorden, moeten de betrokken partijen weten of inschatten wat hun gezamenlijke positie is op de markt waarop hun afspraak van invloed is, de zogenaamde 'relevante markt'. Indien er verschillende mogelijke relevante markten zijn en de betrokken partijen op geen van de mogelijke relevante markten een gezamenlijk marktaandeel hebben van meer dan 10%, wordt ook aan bovengenoemde voorwaarde voldaan. Omgekeerd geldt juist: indien de betrokken partijen op enige mogelijke relevante markt een gezamenlijk marktaandeel hebben van meer dan 10%, kan aan deze voorwaarde niet worden voldaan en is de bagatelvrijstelling van artikel 7 lid 2 Mw niet van toepassing. De bij de afspraak betrokken ondernemingen zullen dus goed in ogenschouw moeten nemen op welke markten zij actief zijn en willen samenwerken, en van welke andere, niet bij de overeenkomst betrokken ondernemingen

---

<sup>2</sup> De Europese Commissie heeft de zogeheten de-minimisededeling gepubliceerd, waarin zij aangeeft welke afspraken naar haar opvatting als niet-merkbaar kunnen worden beschouwd in de zin van de jurisprudentie en om die reden aan het verbod in artikel 101, lid 1 VWEU ontsnappen. Voor de laatste versie, zie Bekendmaking van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimisededeling), PbEU 2014, C 291/1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:291:FULL&from=EN>.

<sup>3</sup> CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118 (Boomkwekerijen I), par. 4.6.3.

zij concurrentie ondervinden. De relevante markt omvat de relevante productmarkt en de relevante geografische markt. De Bekendmaking van de Europese Commissie betreffende de bepaling van de relevante markt<sup>4</sup> bevat nuttige aanwijzingen voor het bepalen van de relevante productmarkt, de geografische markt en het marktaandeel van betrokken ondernemingen op die markt. ACM past deze Bekendmaking ook toe bij het bepalen van de relevante markt.

De beantwoording van de tweede vraag – heeft de afspraak een potentieel effect op de handel tussen de lidstaten – gaat in feite over de vraag of het Europese mededingingsrecht van toepassing is. Het Europese mededingingsrecht is van toepassing als een afspraak of gedraging een potentieel merkbaar effect heeft op de handel tussen de lidstaten. De Europese Commissie heeft richtsnoeren ontwikkeld voor de toepassing van dit criterium.<sup>5</sup> In deze Richtsnoeren heeft de Commissie een aantal praktische, kwantitatieve aannames geformuleerd, voor situaties waarin normaal gesproken geen sprake zal zijn van een merkbaar effect op de handel tussen de lidstaten. Deze aannames worden ook door ACM toegepast. In de eerste plaats is dat de aanname dat afspraken tussen kleine en middelgrote ondernemingen normaal gesproken de handel tussen de lidstaten niet kunnen beïnvloeden.<sup>6</sup> De reden voor deze aanname is het feit dat de activiteiten van zodanige ondernemingen normaal gesproken lokaal of hoogstens regionaal van karakter zijn. Toch kunnen zodanige ondernemingen onder de toepassing van het Europese mededingingsrecht vallen, met name wanneer zij in grensoverschrijdende economische activiteiten betrokken zijn.

In de tweede plaats heeft de Commissie in deze Richtsnoeren een algemene aanname geformuleerd, die er van uit gaat dat afspraken tussen ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 5% en een gezamenlijke betrokken omzet van niet meer dan € 40 miljoen, doorgaans geen merkbaar effect zullen hebben op de handel tussen de lidstaten.<sup>7</sup>

Deze aannames zijn weerlegbaar. Het is dus mogelijk dat de feiten in bepaalde specifieke gevallen aantonen dat, ondanks dat een afspraak binnen bovengenoemde kwantitatieve grenzen valt, de afspraak toch een mogelijk merkbaar effect op de handel tussen de lidstaten heeft.

Voor gevallen die niet vallen binnen deze aannames wordt in bovengenoemde Richtsnoeren van de Commissie uitgebreid aangegeven welke factoren van belang zijn voor de vraag of sprake is van een merkbaar effect op de handel tussen de lidstaten.

Ondernemingen kunnen, zo nodig bijgestaan door hun branchevereniging of mededingingsrechtelijke adviseurs, aan de hand van bovenstaande algemene informatie bepalen of hun afspraak aan de bagatelvrijstelling voldoet.

---

<sup>4</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb EG 1997, C 372/5, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN).

<sup>5</sup> Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 [thans 101 en 102] van het Verdrag, Pb EG 2004, C 101/7, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=EN).

<sup>6</sup> Zie voor een nadere toelichting op deze aanname en het begrip 'kleine en middelgrote ondernemingen' randnummer 50 van de Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel'.

<sup>7</sup> Zie randnummer 52 van de Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel'.