

KONINKLIJKE NEDERLANDSE MAATSCHAPPIJ VOOR DIERGENEESKUNDE TEGEN D-G NMA, MEDED 99/2584-SIMO

Rechtbank Rotterdam d.d. 16 mei 2001

Ontheffingsverzoek, bezwaarfase, bewijslast,
minimum prijsafpraak.

(m.nt. mr F.J. Leeflang)

Inleiding

De Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde (hierna: 'KNMvD') had reeds een lange procedure bij de NMa achter de rug. Inmiddels heeft ook de Rechtbank Rotterdam zich gebogen over de zogenaamde Code voor Dierenartsen (hierna: 'Code') die de gedragsregels voor de beroepsgroep bevat. De rechtbank heeft de beslissing op bezwaar niet vernietigd, ondanks het uitvoerig beroep van de KNMvD, maar slechts een aantal kleine nuanceringen aangebracht.

Ontheffingsverzoek

Op 31 maart 1998 heeft de KNMvD een ontheffingsverzoek ingediend voor een aantal regelingen, te weten de indertijd geldende Code uit 1994 (hierna: 'Code 1994') en het Huishoudelijk Reglement. De Code bevat de gedragsregels voor dierenartsen. Ingevolge het Huishoudelijk Reglement geschiedt handhaving van die gedragsregels door middel van het stelsel van tuchtrecht met als tuchtorgaan de uit dierenartsen samengestelde Ereraad.

Vrij snel (op 27 augustus 1998) wees de NMa het verzoek tot ontheffing af.¹ In het betreffende besluit oordeelde de NMa dat de in artikel 10a van de Code 1994 opgenomen bepaling – inhoudende dat de dierenarts zich dient te onthouden van oneerlijke en/of ongepaste concurrentie – alsmede de bepalingen van het Huishoudelijk Reglement voorzover deze de handhaving van artikel 10a van de Code 1994 door de Ereraad betroffen, in strijd met artikel 6 lid 1 Mededingingswet waren. Derhalve heeft de NMa de aanvraag tot ontheffing afgewezen.

Bezwaar

Op 1 oktober 1998 is door de KNMvD bezwaar gemaakt. Ruim een jaar later, op 15 oktober 1999, heeft de NMa op het bezwaar beslist. De behandeling van het bezwaar verliep als volgt.

Bij het aanvullend bezwaarschrift had de KNMvD inmiddels de gewijzigde Code (hierna: 'Code 1998') ingediend. Daarin was in artikel 30 bepaald dat een dierenarts zich dient te onthouden van onrechtmatige concurrentie. De KNMvD verzocht de NMa de gewijzigde Code te betrekken in het bezwaar. Na de hoorzitting hebben de NMa en de KNMvD overleg gevoerd met het oog op een verdere aanpassing van de Code teneinde deze in overeenstemming te brengen met de Mededingingswet. In dat kader gaf de NMa aan dat zij kon instemmen met de gewijzigde tekst van

artikel 30 van de Code 1998, maar dat de toelichting daarbij nog wel kon worden verduidelijkt. Vervolgens diende de KNMvD een nadere (gewijzigde) toelichting in op artikel 30 van de Code 1998 en vestigde tevens de aandacht van de NMa op een vonnis in kort geding van de Rechtbank Den Haag over 'dumpprijzen'.² De NMa heeft daarna op de gewijzigde toelichting niet meer gereageerd. Vervolgens diende de KNMvD op 17 september 1999, overigens op verzoek van de NMa, een actuele, geïntegreerde versie van de gewijzigde Code 1998 in bij de NMa. Daarbij maakte de KNMvD kenbaar dat artikel 30 in de gewijzigde Code 1998 inmiddels was vervangen door artikel 32 dat als volgt luidde:

'De dierenarts dient zich te onthouden van onrechtmatige concurrentie.'

De toelichting luidde als volgt:

'Ook bij vrije concurrentie in overeenstemming met de Mededingingswet zijn er grenzen die de dierenarts behoort te respecteren. Concurrentie moet fair en eerlijk zijn. Artikel 32 brengt dit tot uitdrukking met het algemene voorschrift dat de dierenarts zich van onrechtmatige concurrentie dient te onthouden. Het werken onder de kostprijs met geen ander doel dan om de praktijk van een bepaalde collega te ondermijnen is hier een voorbeeld van.'

Vervolgens nam de NMa een beslissing op bezwaar en verklaarde het bezwaar van de KNMvD in zoverre ongegrond dat er geen ontheffing werd verleend voor artikel 32 van de Code 1998 in de uitleg die daaraan in de toelichting werd gegeven, alsmede voor de handhaving van dit zodanig uitgelegde artikel door de Ereraad. De NMa overwoog daarbij dat het aanbieden van goederen of diensten beneden de kostprijs op grond van de Mededingingswet niet verboden is. Indien sprake is van een economische machtspositie, kan het onder omstandigheden wel onrechtmatig zijn onder de kostprijs te werken met het oogmerk een concurrent van de markt te drijven. Daarbuiten hangt het echter van de omstandigheden van het geval af of het werken onder de kostprijs al dan niet onrechtmatig is. Op grond van de Mededingingswet is het maken van afspraken daarover – zoals in de toelichting op artikel 32 van de Code 1998 was geschied – echter verboden. Elke ondernemer dient vrij te zijn om zijn concurrentiegedrag onafhankelijk te bepalen. Een beperking van deze vrijheid en onafhankelijkheid door een besluit van een ondernemersvereniging (in casu de KNMvD) vormt derhalve een mededingingsbeperking. De NMa voegde daar nog aan toe dat een afspraak die strekt tot het niet onder de kostprijs aanbieden

¹ Zie voor een beschrijving van dit besluit M&M 1998, p. 162 e.v. en Nieuwsbrief Mededingingsrecht 1998, nr. 8, p. 7.

² President Rechtbank 's-Gravenhage, 28 september 1984, KG1984, nr. 305.

A n n o t a t i e s

den van diensten in feite neer zou komen op een minimumprijfsafpraak. Daarvan zou in de regel niet aangetoond kunnen worden dat deze in aanmerking komt voor een ontheffing op de voet van artikel 17 Mededingingswet omdat niet aan de eerste twee voorwaarden van artikel 17 Mededingingswet kan worden voldaan. Daarnaast had de KNMvD nagelaten te bewijzen dat deze afspraak voor ontheffing in aanmerking zou komen.

Beroepsgronden

Op 25 november 1999 heeft de KNMvD beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam. Op 21 februari 2001 heeft de rechtbank (pas) uitspraak gedaan. Door de KNMvD werd in beroep aangevoerd dat de NMa in strijd zou hebben gehandeld met het vertrouwensbeginsel/rechtzekerheidsbeginsel omdat de KNMvD gelet op het verloop van het overleg tussen partijen er van uit had mogen gaan dat de NMa geen mededingingsrechtelijke bezwaren (meer) aanwezig achtte tegen artikel 32 van de code 1998 en de toelichting daarop. Daarnaast zou de NMa onzorgvuldig hebben gehandeld door de KNMvD niet meer te horen alvorens een beslissing op bezwaar te nemen, alsmede het besluit niet te voorzien van een deugdelijke motivering.

Voorts zou de NMa volgens de KNMvD hebben miskend dat artikel 32 van de Code 1998 aangemerkt zou moeten worden als een deontologische gedragsregel voor die-renartsen. Volgens de KNMvD zijn de (communautaire) mededingingsregels niet van toepassing op deontologische regels die strekken tot handhaving van ethische standaarden, professionele vaardigheid, de kwaliteit van dienstverlening en de 'standing' van het beroep.³ Het verbod op onrechtmatige mededinging zoals opgenomen in artikel 32 van de Code 1998 zou een deontologische gedragsregel betreffen, waaraan het maken van een minimumprijfsafpraak volledig vreemd zou zijn.

Voorts voerde de KNMvD aan dat de NMa er onrecht van uit zou zijn gegaan dat het aanbieden van diensten beneden de kostprijs met name verboden is indien sprake is van een economische machtspositie. Juist in dat kader had de KNMvD tijdens de behandeling van het bezwaar de NMa gewezen op de rechtspraak van de civiele rechter over dumprijzen als een vorm van ongeoorloofde mededinging.⁴ De KNMvD achtte het dan ook onbegrijpelijk dat deze in het burgerlijke recht aanvaarde zorgvuldigheidsnorm door de NMa werd aangemerkt als een verboden beperking van de vrijheid van elke ondernemer om zijn concurrentiegedrag onafhankelijk te bepalen.

Beroep

De rechtbank vroeg zich eerst ambtshalve af of het bestreden besluit wel als een beslissing op bezwaar moest worden aangemerkt. Immers, gelet op alle nieuwe voorstellen en gewijzigde artikelen had de beslissing ook als een primair besluit aangemerkt kunnen worden. De rechtbank was van mening dat de strekking van de concurrentiebepaling (artikel 32 van de Code 1998) ongewijzigd was geble-

ven. Het feit dat de 'laatste' toelichting op het betreffende artikel afweek van de eerder gegeven toelichting maakte dat niet anders. Het betrof derhalve een beslissing op bezwaar. De rechtbank knoopte bij dit oordeel aan bij het feit dat ook de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie een proces van onderhandelingen en aanpassingen betreft. Bovendien had de KNMvD in dezen duidelijk gemaakt dat de Code zoals destijds ingediend voor ontheffing, nadien nog zou worden aangepast. De rechtbank wees er wel op dat de NMa zorgvuldigheid dient te betrachten en dat in dit soort situaties de belangen van derden die in het kader van de openbare voorbereidingsprocedure⁵ hun zienswijze naar voren hebben gebracht, niet mogen worden geschaad. Daarvan was echter in dit geval niet gebleken. De rechtbank achtte de KNMvD dan ook ontvankelijk in haar beroep.

Vervolgens oordeelde de rechtbank dat niet viel te zien op grond waarvan het vertrouwensbeginsel/rechtzekerheidsbeginsel zou zijn geschonden. De rechtbank kaatste de bal terug naar de KNMvD. Het feit dat de NMa over de tekst van het 'eerdere' artikel 30 en de toelichting daarop geen opmerkingen had gemaakt, had de KNMvD moeten doen beseffen dat een belangrijke wijziging van de toelichting op het 'nieuwe' artikel 32 van de Code 1998 niet tot de veronderstelling mocht leiden dat de NMa geen mededingingsrechtelijke bezwaren meer aanwezig achtte. Met andere woorden: de KNMvD was zelf verantwoordelijk voor de wijziging en dus ook voor de wijziging in opvatting van de NMa. In dat kader achtte de rechtbank het dan ook niet onzorgvuldig dat de KNMvD niet meer zou zijn gehoord.

Vervolgens stelde de rechtbank vast dat artikel 32 van de Code 1998 als zodanig niet in strijd met de Mededingingswet werd geacht. Echter, omdat de KNMvD zelf de betekenis van de norm door middel van een toelichting wenste te concretiseren, had de NMa niet onjuist gehandeld door de toelichting mede in haar beoordeling te betrekken.

De rechtbank volgde de KNMvD wel in haar stelling dat het mededingingsrecht buiten toepassing dient te blijven indien sprake is van basale beroepsregels die noodzakelijk zijn ter handhaving van ethische standaarden, professionele vaardigheid, de 'standing' van het beroep en de kwaliteiten van de dienstverlening.⁶ Hetzelfde gold volgens de rechtbank ook voor het nationale mededingingsrecht. Echter, de rechtbank volgde de KNMvD niet in haar standpunt dat artikel 32 van de Code 1998 (in samenhang

3 Vergelijk in dit verband de beschikking van de Europese Commissie van 7 april 1999, zaak IV/36.147, EPI gedragscode.

4 Kennelijk had de KNMvD, hoewel dit niet met zoveel woorden uit de uitspraak blijkt, tijdens het bezwaar ook gewezen op het hoger beroep van het vonnis van de president van de rechtbank Den Haag, te weten het arrest van het Hof Den Haag van 19 december 1985, NJ 1988, 323. Zie voor de vindplaats van het vonnis van de President voetnoot 2.

5 Ingevolge afdeling 3.4 van de Awb is deze van toepassing op behandeling van ontheffingsverzoeken.

6 Zie in dit verband de eerder geciteerde EPO-beschikking.

A n n o t a t i e s

met de toelichting) als een dergelijke basale regel moest worden aangemerkt. Dat het voorkomen van het werken onder de kostprijs met het doel de praktijk van een beroepsgenoot te ondermijnen noodzakelijk moet worden geacht ter handhaving van ethische standaarden, professionele vaardigheid, de 'standing' van het beroep van die renarts en de kwaliteiten van de dienstverlening, achtte de rechtbank onjuist. Artikel 32 van de Code 1998 in samenhang met de toelichting, werd door de rechtbank dan ook niet aangemerkt als een noodzakelijk deontologische gedragsregel.

De rechtbank oordeelde vervolgens dat het niet zonder meer verboden is om onder de kostprijs te werken, zelfs niet indien dit gebeurt met geen ander doel dan een concurrent van de markt te drijven. Inderdaad kan dit onder omstandigheden anders zijn, in elk geval indien sprake is van een economische machtspositie. De rechtbank volgde de KNMvD in haar stelling dat een dergelijk handelen in alle andere gevallen onrechtmatig is (op grond van artikel 6:162 BW) echter niet. Hoewel het arrest van het Hof Den Haag⁷ een aanknopingspunt zou bieden om te oordelen dat ook buiten de sfeer van economische machtspositie hantering van minimumprijzen onrechtmatig kan zijn, gaat het te ver om een dergelijk handelen categorisch – geabstraheerd van de omstandigheden van het geval – als onrechtmatig te kwalificeren. In dat opzicht zou de NMa volgens de rechtbank niet ten onrechte hebben vastgesteld dat door de toelichting op artikel 32 de concurrentievrijheid te veel aan banden werd gelegd. De rechtbank merkte daarbij echter wel op dat de kwalificatie 'minimumprijzafspraken' mogelijk te ver ging.

De rechtbank oordeelde dan ook dat artikel 32 van de Code 1998 in samenhang met de toelichting onder verbod van artikel 6 lid 1 Mededingingswet viel. Dat had automatisch dan tot gevolg dat ook de handhaving van die regeling door de Eerste Raad door de rechtbank in strijd met artikel 6 lid 1 Mededingingswet werd geacht.

Vervolgens toetste de rechtbank nog of de NMa juist had geoordeeld door geen ontheffing op de voet van artikel 17 Mededingingswet te verlenen. Wat de stelplicht en bewijslast betreft, oordeelde de rechtbank dat degene die zich op de uitzondering op het kartelverbod (artikel 17 Mededingingswet) beroept, dit beroep van een deugdelijke onderbouwing dient te voorzien op grond waarvan de NMa in staat is om het nodige onderzoek te verrichten. Dit zou volgens de rechtbank evenzeer gelden indien wordt gevraagd om een oordeel van de NMa dat de overeenkomst niet onder artikel 6 Mededingingswet zou vallen (afwijzing van een ontheffingsverzoek).

Alleen ten aanzien van het beroep van de KNMvD dat de beslissing op bezwaar niet op een deugdelijke motivering berustte, stelde de rechtbank vast dat de NMa in de beslissing op bezwaar inderdaad nauwelijks de deontologische aspecten – die door de KNMvD wel waren aangevoerd in bezwaar – aan de orde zou hebben gesteld. Tevens had de NMa in haar besluit het arrest van het Hof Den Haag

moeten bespreken. Niettemin achtte de rechtbank het ontbreken van deze aspecten niet van dusdanige aard dat op grond daarvan het bestreden besluit een deugdelijke motivering zou ontberen.⁸ Alle beroepsgronden van de KNMvD troffen derhalve geen doel.

C o m m e n t a a r

Hoewel de KNMvD blijkens de door haar aangevoerde beroepsgronden uit alle macht heeft geprobeerd de beslissing op bezwaar te laten vernietigen, was de rechtbank daarvan kennelijk niet onder de indruk en liet het bestreden besluit in stand. De rechtbank bracht slechts een aantal kleine nuanceringen aan, echter niet voldoende om het besluit te doen vernietigen.

Deze uitspraak leert eens te meer dat het van belang is om reeds gedurende de behandeling van het ontheffingsverzoek (het primaire besluit) zoveel mogelijk argumenten aan te voeren en de NMa continu erop te wijzen dat zij die argumenten in haar besluitvorming dient te betrekken. Is de NMa in haar primaire besluit daar niet op ingegaan, dan is het zaak om in bezwaar de NMa erop te wijzen dat haar primaire besluit ondeugdelijk is gemotiveerd. In dat geval zal de rechtbank mogelijk tot (gedeeltelijke) vernietiging overgaan. Indien de argumenten pas in bezwaar worden aangevoerd, kent de rechtbank vanzelfsprekend een beperktere toetsingsmarge en gaat het om de vraag of de NMa in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen. Duidelijk is dat de rechtbank de NMa in dat geval 'het voordeel van de twijfel geeft'. Hoewel de rechtbank in deze uitspraak wel een aantal kleine 'vingerwijzingen' aan de NMa geeft, lijkt zij de NMa dus een vrij ruime beoordelingsvrijheid toe te dichten.

Voorts leert deze uitspraak dat de NMa als bestuursorgaan kennelijk de vrijheid heeft om tijdens de behandeling van het bezwaar het proces van onderhandelingen en aanpassingen nog voort te zetten. Echter, een verzoekende partij is gewaarschuwd dat zonder een reactie van de NMa er nooit van uit mag worden gegaan dat de NMa instemt met de voorgestelde wijzigingen en geen mededingingsrechtelijke bezwaren meer aanwezig acht. In dat opzicht lijkt het noodzakelijk om bij wijzigingen van het oorspronkelijk ingediende ontheffingsverzoek altijd de NMa schriftelijk om een reactie te vragen.

Een ander belangrijk aspect van deze uitspraak is dat een onderneming die meent dat een bepaalde overeenkomst of regeling voor ontheffing in aanmerking komt, dit ook dient aan te tonen. Met andere woorden: de betreffende onderneming dient voldoende argumentatie aan te voeren op grond waarvan de NMa een beslissing ingevolge artikel 17 Mededingingswet kan nemen. Dit is niet nieuw; de NMa heeft meerdere malen geventileerd dat ontheffingsverzoeken zich voornamelijk concentreren op de vraag waarom een bepaalde overeenkomst niet onder arti-

⁷ Zie voor de vindplaats voetnoot 4.

⁸ Zie in dit verband het bepaalde in artikel 7:12 Awb.

A n n o t a t i e s

kel 6 Mededingingswet zou vallen, zonder dat partijen voldoende argumentatie aanvoeren waarom vervolgens – indien de d-g NMa deze mening niet deelt – de overeenkomst voor ontheffing in aanmerking moet komen.⁹ Ook indien een onderneming een afwijzing van de aanvraag tot ontheffing wenst te verkrijgen – bij gebreke van de wettelijke mogelijkheid van een negatieve verklaring – dient de onderneming erop voorbereid te zijn dat de NMa het verzoek tot ontheffing inderdaad afwijst, maar dan omdat de aangemelde overeenkomst kennelijk toch onder het verbod van artikel 6 Mededingingswet valt en er geen gronden voor ontheffing zijn aangevoerd.

Ten slotte heeft de rechtbank in deze uitspraak vastgesteld dat het handelen onder de kostprijs met geen ander doel dan een concurrent van de markt te drijven niet in de regel onder het kartelverbod van de Mededingingswet valt. Dit is anders indien sprake is van een economische machtspositie. Daarnaast zou een dergelijk handelen ook onder de Mededingingswet kunnen vallen indien de omstandigheden van het geval daar aanleiding toe geven. Er bestaat echter geen rechtsregel op grond waarvan een dergelijk handelen *categorisch* als onrechtmatig dient te worden aangemerkt. Op zich leert deze uitspraak dat het dus wel mogelijk is als ondernemersvereniging een gedragsregel in het leven te roepen op grond waarvan 'oneerlijke concurrentie' voorkomen moet worden door de leden. Echter, het verbod op oneerlijke concurrentie mag niet worden uitgelegd als een algemeen geldend verbod om onder de kostprijs te werken met het doel een concurrent van de markt te drijven.

Volgens de NMa zou een dergelijk verbod bovendien neerkomen op een 'minimumprijsafspraken'. Helaas heeft de rechtbank in dit verband slechts één enkele zin gewijd aan de kwalificatie 'minimumprijsafspraken'. Dit betreft inderdaad een wat vergezochte kwalificatie welke opvatting de rechtbank kennelijk deelde. Het zou de rechtbank hebben gesierd indien de rechtbank het standpunt had ingenomen dat deze kwalificatie onjuist zou zijn, al is het maar om te voorkomen dat de NMa door middel van dit soort kwalificaties indirect een regel in het leven roept op grond waarvan minimumprijsafspraken nooit en te nimmer voor een ontheffing in aanmerking zouden kunnen komen.

9 Zo ook op de bijeenkomst van Markt & Mededinging op 24 april 2001.