

Ontwikkelingen in de toepassing van het mededingingsrecht op ondernemersverenigingen

mr J.J.A. Coumans en mr K.J. Tattersall

In dit artikel bespreken wij twee recente ontwikkelingen in de toepassing van de mededingingsregels op ondernemersverenigingen.¹

De eerste ontwikkeling deed zich voor in de Nederlandse praktijk met de vaststelling van de 'Richtsnoeren samenwerking tussen bedrijven: Richtsnoeren voor de beoordeling van samenwerking tussen bedrijven binnen en buiten brancheorganisaties' (hierna de 'Richtsnoeren') door de d-g NMa.² In dit artikel onderzoeken wij in hoeverre de daarin geformuleerde beleidsregels ook overeenstemmen met het eerder door de d-g NMa feitelijk gevoerd beleid. We doen dit met het oog op de bestuursrechtelijke regel, voortvloeiend uit het gelijkheidsbeginsel, dat wanneer de geformuleerde beleidsregel afwijkt van het feitelijk gevoerd beleid in een vergelijkbare zaak, het feitelijk beleid de voorrang krijgt.

De andere ontwikkeling is Europees. De Commissie hoopt namelijk, als onderdeel van de modernisering van de toepassing van de EG-mededingingsregels,³ in de loop van volgend jaar⁴ de bevoegdheid te krijgen om in geval van insolventie van een branchevereniging aan wie een boete is opgelegd, de boete rechtstreeks op de leden te verhalen. Wij onderzochten welke mogelijkheden een verenigingslid heeft om zich tegen een dergelijke handhavingmaatregel te verzetten.

Beide ontwikkelingen zullen hierna – vanwege hun onderscheiden aard – in aparte hoofdstukken worden behandeld. Het hoofdstuk over de Richtsnoeren valt uiteen in een bespreking van het wettelijk kader waarin de Richtsnoeren moeten worden geplaatst en aparte behandeling van uitdrukkelijk verboden samenwerkingsvormen en samenwerkingsvormen waarvan de beoordeling kan verschillen.⁵

Richtsnoeren Samenwerking tussen Bedrijven

Op 29 mei 2001 stelde de d-g NMa de 'Richtsnoeren samenwerking tussen bedrijven: Richtsnoeren voor de beoordeling van samenwerking tussen bedrijven binnen en buiten brancheorganisaties' vast.⁶ De Richtsnoeren zijn bedoeld om 'extra duidelijkheid te creëren over de wijze waarop de d-g NMa de hem toekomende taken en bevoegdheid zal uitoefenen' en dan met name ten aanzien van spe-

cifieke horizontale samenwerkingsvormen waarvoor groepsvrijstellingen of (EG-)richtsnoeren ontbreken.⁷

De Richtsnoeren zijn als volgt opgebouwd. Na de inleidende opmerkingen wordt het wettelijke kader geschetst waarbinnen deze richtsnoeren moeten worden geplaatst, gevolgd door de verhouding van deze richtsnoeren tot het EG-mededingingsbeleid. Daarna wordt onder meer ingegaan op de beoordeling van een aantal specifieke samenwerkingsvormen zoals de uitdrukkelijk niet toegelaten vormen van samenwerking, erkenningsregelingen, lidmaatschapscriteria en informatie-uitwisseling.

Wettelijk kader richtsnoeren

De Richtsnoeren hebben de status van beleidsregels in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb. Beleidsregels zijn 'een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan'. In het geval van ondernemersverenigingen gaat het er vooral om hoe de d-g zijn ontheffingsbevoegdheid op grond van artikel 17 Mw zal gebruiken.

Door de bestuursrechter is reeds meerdere malen bevestigd dat de d-g NMa een ruime bevoegdheid heeft, met name bij besluiten omtrent de verlening van een ontheffing.⁸ De rechterlijke toetsing dient zich volgens de

- 1 Wij beperken ons in dit artikel niet tot samenwerking in brancheverenigingen. We hebben voor ondernemersverenigingen gekozen omdat dit een breder terrein dekt.
- 2 Stcrt. 8 juni 2001, nr. 108, p. 28.
- 3 Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1017/68, Verordening (EEG) nr. 2988/74, Verordening (EEG) nr. 4056/86 en Verordening (EEG) nr. 3975/87 ('uitvoeringsverordening van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag'), COM (2000) 582 van 27 september 2000.
- 4 Volgens het Legislative Observatory van het Europees Parlement hebben de lidstaten op de Raadsvergadering van 4 december 2001 (ECOFIN) de wens uitgesproken om in 2002 de moderniseringsverordening aan te nemen. De voorziene datum van inwerkingtreding is een jaar na aanneming door de Raad en dus in de loop van 2003.
- 5 We behandelen in dit artikel niet alle typen van samenwerking die door de d-g NMa in de Richtsnoeren worden genoemd. Wij kozen slechts die samenwerkingsvormen ten aanzien waarvan er een vermeldenswaard verschil bestond tussen de Richtsnoeren en het feitelijk gevoerde beleid.
- 6 Supra, voetnoot 22.
- 7 Richtsnoeren, paragraaf 3.
- 8 Rechtbank Rotterdam 16 mei 2001, MEDED 99/2584-SIMO: Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde en 26 september 2001, MEDED 00/886-SIMO: Inter Partner Assistance.

mr J.J.A. Coumans is advocaat bij Nolst Trenité en mr K.J. Tattersall is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer.

bestuursrechter te beperken tot de vragen of de plicht tot een zorgvuldige voorbereiding is nageleefd, of de motivering van het besluit deugdelijk, consistent en kenbaar is en of de d-g in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat al dan niet aan de ontheffingsvoorwaarden is voldaan.

Gelet op de beperkte toetsing van ontheffingsbesluiten van de d-g NMa door de bestuursrechter zijn de Richtsnoeren van grote waarde voor ontheffingsaanvragers. Deze laatsten kunnen immers een beroep doen op de Richtsnoeren om ontheffingen van de d-g NMa af te dwingen. Ook zij die een ontheffing aanvragen met het oog op het verkrijgen van een weigering een ontheffing te verlenen omdat artikel 6 Mw niet van toepassing is, zullen met de Richtsnoeren tevreden zijn. Zij kunnen zich op de uitleg van een wettelijke bepaling door de d-g NMa in de Richtsnoeren beroepen. Dit is te danken aan de relatief verbindende kracht van beleidsregels op grond van artikel 4:84 Awb: de d-g NMa moet overeenkomstig de beleidsregels handelen, tenzij dit wegens bijzondere omstandigheden onevenredige gevolgen zou hebben voor een of meer belanghebbenden.

Hierin is meteen ook de keerzijde van de medaille te vinden: voor samenwerkingsvormen die volgens de Richtsnoeren in beginsel niet voor een ontheffing in aanmerking komen zal slechts in die gevallen een ontheffing kunnen worden verkregen als de aanvragers aannemelijk maken dat er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat de weigering om een ontheffing te verlenen voor hen onevenredige gevolgen zal hebben. Dit betekent een verzwaarde motivering van de ontheffingsaanvraag.⁹

Nog een tweede¹⁰ mogelijkheid staat open om aan de toepassing van de Richtsnoeren te ontsnappen. Indien een ontheffingsaanvrager kan aantonen dat de d-g NMa feitelijk een ander beleid heeft gevoerd dan omschreven in de beleidsregels, dan zal het gelijkheidsbeginsel zich verzetten tegen een onverkorte toepassing van die beleidsregels. Op grond van het gelijkheidsbeginsel zal het feitelijk gevoerde beleid moeten worden toegepast.¹¹ In het navolgende hebben wij het in de Richtsnoeren uitgezette beleid vergeleken met de beschikkingspraktijk van de d-g NMa in de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Richtsnoeren om te onderzoeken of er een dergelijke discrepantie tussen de Richtsnoeren en eerdere besluiten bestaat. Indien een dergelijke discrepantie kan worden aangetoond, heeft dit natuurlijk de grootste voordelen voor ontheffingsaanvragers wier samenwerking volgens de Richtsnoeren niet voor een ontheffing in aanmerking komt.

‘Uitdrukkelijk niet toegelaten vormen van samenwerking’

Prijsafspraken

De d-g NMa legt in de Richtsnoeren het volgende beleid ten aanzien van prijsafspraken vast:

‘Prijsafspraken tussen concurrenten, voor ieder product en voor iedere dienst, en in welke vorm ook strekken

ertoe de mededinging te beperken. De d-g NMa is van mening dat alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten (inclusief aanbevelingen) van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde gedragingen van ondernemingen die betrekking hebben op prijzen en tarieven, met inbegrip van kortingen en toeslagen, onder het verbod van artikel 6 Mw zullen vallen en niet in aanmerking komen voor ontheffing op grond van artikel 17 Mw’.¹²

Met name voor wat betreft de adviesprijzen is deze beleidsregel verrassend.

In een aantal zaken heeft de d-g NMa nu juist geoordeeld dat adviesprijzen niet onder het verbod van artikel 6 Mw vielen. In *Vereniging van Keurslagers*¹³ komt de d-g NMa tot de conclusie dat er geen sprake kan zijn van een uniforme prijspolitiek omdat de adviesprijzen betrekking hebben op beperkte reclameacties. De d-g NMa vervolgt zelfs met te overwegen dat deze reclameacties passen in een groter geheel ter profilering van de commerciële formule van de Keurslagers. In *Creafort*¹⁴ en *Leidse Stripshop*¹⁵ heeft de d-g NMa telefonische enquêtes gehouden om te bepalen of adviesprijzen in de praktijk wel een commerciële beperking inhielden. De enquêtes wezen uit dat dit niet het geval was.

Ten aanzien van adviesprijzen heeft de d-g NMa derhalve een andere uitleg aan artikel 6 Mw gegeven in de Richtsnoeren dan in het verleden. Ook voor vaste prijsafspraken heeft de d-g NMa ontheffingen verleend, ondanks het stellig in de Richtsnoeren geformuleerde beleid dat deze niet voor een ontheffing in aanmerking komen. Een voorbeeld is de zaak *Bloemenexpresse – Fleurop Interflora*¹⁶, met daarin goedkeuring voor het vaste bezorgingstarief, de vaste vergoeding voor administratie- en communicatiekosten en een vast provisiepercentage. De d-g beargumenteert de ontheffingverlening door te verwijzen naar de efficiencywinsten die worden geboekt door de hantering van vaste tarieven.

Indien een ontheffingsaanvrager aannemelijk kan maken dat zijn afspraak tot soortgelijke voordelen als in

9 Vergelijk ABRS 13 mei 1996, AB 1996, 312 waarin de Raad van State bevestigt dat het op de weg van de aanvrager ligt om bijzondere omstandigheden aan te voeren als het bestuursorgaan dergelijke bijzondere omstandigheden niet ambtshalve bekend zijn of behoren te zijn.

10 Een derde mogelijkheid is om EG-precedenten in te roepen die haaks op de beleidsregels staan om alsnog een ontheffing te bewerkstelligen. Het uitgangspunt is immers dat het Nederlandse mededingingsrecht niet strenger en niet soepeler zal worden toegepast dan het EG-mededingingsrecht (Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Mededingingswet, Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10). In dit artikel hebben wij de Richtsnoeren overigens niet getoetst aan EG-precedenten.

11 Zie CBB 22 mei 1990, AB 1991, 318 en ABRS 2 maart 1993, AB 1993, 364.

12 Richtsnoeren, paragraaf 25.

13 Besluit van de d-g NMa van 12 juli 2000 in zaak 120, Vereniging van Keurslagers.

14 Besluit van de d-g NMa van 7 juli 1999 in zaak 678, Creafort.

15 Besluit van de d-g NMa van 21 januari 1999 in zaak 413, Leidse Stripshop.

16 Besluit van de d-g NMa van 17 juni 1999 in zaak 447, Bloemenexpresse – Fleurop Interflora.

genoemde precedenten leidt, zal ook hij met een beroep op het gelijkheidsbeginsel een afwijking van de beleidsregels kunnen bewerkstelligen.

Klanten- of marktverdeling

In vrijwel identieke bewoordingen als die voor prijsafspraken, geeft de d-g NMa in de Richtsnoeren aan dat ook overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die betrekking hebben op de verdeling van markten, met inbegrip van productiequota, afspraken over vestiging, de geografische verdeling van markten en de verdeling van klanten niet voor een ontheffing in aanmerking zullen komen.¹⁷

Niettemin heeft de d-g NMa in een aantal zaken over marktverdelingsregelingen wel degelijk een ontheffing verleend. Een voorbeeld is de ontheffing die de *Vereniging van Fabrikanten van Kunststofleidingsystemen* kreeg.¹⁸ De verplichting van de aangesloten leden om een hoeveelheid afval van kunststofleidingsystemen naar rato van hun marktaandeel terug in te nemen, kwalificeerde de d-g NMa in dat besluit expliciet als een marktverdelingsregeling.¹⁹ Tegelijkertijd echter oordeelde de d-g NMa het terugnamestelsel als onmisbaar om de efficiencyvoordelen van de afvalverwerkingsregeling als zodanig te bereiken. Die efficiency bestond eruit om uit het afval nieuwe, vooralsnog onrendabele, technieken voor hergebruik van de kunststofleiding te ontwikkelen. Zonder een terugnameplicht zou de continuïteit van het project in gevaar komen.

Een vergelijkbare efficiency-argumentatie lag aan de basis van de ontheffing die acht alarmcentrales kregen voor hun rayoneringsafspraken binnen de Stichting Incident Management over de eerste berging van autowrakken na ongevallen.²⁰

Dat het efficiency-argument de doorslag kan geven bij de beoordeling van ontheffingen voor marktverdelingsregelingen wordt bevestigd door de *Huisartsen-zaak*.²¹ Hierin werd de ontheffingsaanvraag voor het vestigingsbeleid juist afgewezen omdat de Vereniging er niet in was geslaagd efficiencywinsten aan te tonen.

Uit het beleid dat door de d-g NMa is gevoerd, volgt derhalve dat het in de Richtsnoeren gepropageerde adagium dat markt- en klantenverdelingen niet voor ontheffingen in aanmerking komen niet overeind kan blijven. Ontheffingsaanvragers die een aantoonbare efficiencyverbetering tot stand brengen zullen zich op de lijn zoals uitgezet in de eerdere besluiten kunnen beroepen om aan de toepassing van de Richtsnoeren te ontsnappen.

Categorieën van samenwerking waarbij van geval tot geval moet worden onderzocht of ze voor een ontheffing in aanmerking komen

Lidmaatschapscriteria en erkenningsregelingen

Nogal wat beroering²² wekte de door de d-g NMa ingezette lijn voor de beoordeling van lidmaatschapscri-

ria van brancheorganisaties en erkenningsregelingen in de VNI-zaak.²³ De beroering had niet zozeer betrekking op de eis dat de lidmaatschapscriteria transparant en objectief moeten zijn, maar wel dat tegen weigering om tot het lidmaatschap te worden toegelaten er beroep bij een onafhankelijke beroepsinstantie moest openstaan. Daarbij vermeldde de d-g NMa specifiek dat een beroepsgang naar de civiele rechter niet aan dit vereiste voldeed. De VNI nam dit hoog op en riep strijd met het grondrecht op vereniging in artikel 8 van de Grondwet in. De d-g wees deze kritiek van de hand omdat het verenigingsrecht niet zou worden aangetast door het stellen van de eis van onafhankelijkheid en omdat bovendien elke vereniging zich bij het opstellen van haar regels had te houden aan het Nederlandse en EG-recht.²⁴

Over de eis van een onafhankelijke beroepsinstantie is opvallend weinig terug te vinden in de Richtsnoeren. In de Richtsnoeren staat slechts te lezen dat

'de regeling (dient) te voorzien in een onafhankelijke beslissing over toelating. Dat kan bij de eerste beoordeling zijn of nadat een erkenning geweigerd is, in beroep.'

Het zou voor de hand hebben gelegen dat de d-g NMa hierover meer duidelijkheid zou hebben verschaft. Anderzijds laat het ontbreken van specifieke richtlijnen, over hoe de onafhankelijke beslissing over lidmaatschap moet worden genomen, ruimte voor creativiteit bij de invulling hiervan door ondernemersverenigingen. In *Vereniging van Keurslagers*, een besluit dat van eerdere datum is dan VNI, nam de d-g NMa genoegen met een beroepscommissie die werd samengesteld uit de ledenraad, die op zijn beurt was samengesteld uit de voorzitters van de regionale werkgroepen van de Vereniging.²⁵

Aan de voorwaarden voor erkenning, certificering of lidmaatschap van brancheorganisaties stelt de d-g NMa in de Richtsnoeren de volgende inhoudelijke eisen. De regeling moet objectieve kwaliteitseisen stellen die transparant zijn. De eis van lidmaatschap van een brancheorganisatie voor het kunnen deelnemen aan een erkennings- of certificeringsregeling beschouwt de d-g NMa niet als een objectieve eis. Het verplicht volgen van een opleiding zal volgens de d-g NMa in de regel wel objectief zijn, tenzij het

17 Richtsnoeren, paragraaf 26.

18 Besluit van de d-g NMa van 23 juli 1999 in zaak 12, Vereniging van Fabrikanten van Kunststofleidingsystemen.

19 Supra, voetnoot 18, in paragraaf 42.

20 Besluit van de d-g NMa van 30 maart 1999 in zaken 38-41 en 269a-b, Takel en Berging.

21 Besluit van de d-g NMa van 11 april 2001 in zaak 537, Landelijke Huisartsen Vereniging.

22 Zie bijvoorbeeld het artikel 'NMa pakt zelfregulering branches aan' op de voorpagina van het Financieel Dagblad van 17 oktober 2000.

23 Besluit van de d-g NMa van 25 september 2000 in zaken 530, 456 en 534, VNI.

24 Supra, voetnoot 23, in paragraaf 76.

25 Supra, voetnoot 13, in paragraaf 11.

gaat om specifieke opleiding bij een specifieke instelling. In dat geval kan de mededinging op de opleidingsmarkt worden verstoord. Hiermee verwijst de d-g NMa impliciet naar de VNI-zaak, waarin hij ook een opleidingsverplichting moest beoordelen. In die zaak meende de d-g NMa dat bij gebrek aan alternatieve opleidingen VNI cursussen mocht aanwijzen. Iedereen die aan de kwaliteitseisen voldoet moet volgens de d-g NMa tot de erkennings- of certificeringsregeling of brancheorganisatie worden toegelaten.

Algemene voorwaarden

In de Richtsnoeren schrijft de d-g NMa dat de Mededingingswet geenszins in de weg staat aan het hanteren van algemene voorwaarden door brancheverenigingen. Slechts indien door het opstellen en de toepassing van algemene voorwaarden mededingingsbeperkende afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot stand komen is artikel 6 Mw van toepassing. Dit is met name het geval als algemene voorwaarden betrekking hebben op de prijs waarvoor de producten of diensten worden geleverd.²⁶

Voorbeelden van bepalingen in algemene voorwaarden met een prijsregulend karakter zijn te vinden in:

- *Nederlandse Textiel Conventie*: NTC maximeerde in de algemene voorwaarden de kortingen die haar leden mochten geven bij snelle betaling, bij afname door inkooporganisaties (delcrederekortingen) en omzetsstimulering;²⁷
- *Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel*: In deze zaak weigerde de d-g NMa een ontheffing te verlenen voor advieskortingen in algemene voorwaarden.

Bijgevolg is het door de d-g NMa gevoerde beleid op dit punt in overeenstemming met de beleidsregels, zodat het probleem van conflicten zich hier niet voordoet.

Hoewel dit niet in de Richtsnoeren als zodanig wordt genoemd, maar wel geïmpliceerd, kunnen ook andere bepalingen in algemene voorwaarden dan die betreffende prijs onder het toepassingsgebied van de Mededingingswet vallen. In *Vimpoltu* verbood de Commissie een besluit van een ondernemersvereniging waarin onder meer verplichtingen aan de leden werden opgelegd over standaardleverings- en betalingstermijnen en verkoopbevordering.²⁸ In *Vebidak* greep de d-g NMa in tegen een besluit van de branchevereniging van dakbedekkingsondernemingen dat hen verbood een garantie met een looptijd van meer dan 10 jaar af te geven.²⁹ Het is afwachten hoe het beleid van de d-g NMa zich op het punt van collectief vastgestelde en gehanteerde algemene voorwaarden, en dan met name op het punt van bepalingen die geen invloed op de prijsstelling hebben, zich zal ontwikkelen.

Het Produktschap voor Vee en Vlees kreeg wel een ontheffing voor een verplichting in de algemene voorwaarden om alleen te handelen in producten die onder de kwaliteitserkeningsregeling vielen, ondanks dat meer dan 70 procent van de primaire producenten aan de regeling deelnamen.³⁰ Volgens de d-g NMa zou het kwaliteitssysteem

oncontroleerbaar worden indien de deelnemers meerdere kwaliteiten producten zouden produceren. De mededinging werd niet voor een wezenlijk deel voor uitgeschakeld gehouden omdat de deelnemers vrij waren om aan het systeem mee te doen en daar ook weer uit te stappen. Bovendien werd de concurrentie op andere parameters, zoals prijs en te produceren hoeveelheid, niet uitgeschakeld. De d-g NMa verleende daarom een ontheffing.

Informatie-uitwisseling

De d-g NMa heeft nog maar weinig gelegenheid gehad om beleid over de toelaatbaarheid van informatie-uitwisseling tussen ondernemingen te ontwikkelen. Slechts in *Coöperatieve Vereniging van Ontdoeners van Afvalstoffen ADMES UA* wordt hierop ingegaan.³¹ ADMES kreeg van haar leden kopiefacturen van alle leveringen van afvaldiensten. Dit verwerkte ADMES in tabellen en overzichten voor het desbetreffende ADMES-lid. Bovendien werd deze informatie verwerkt tot anoniem gemaakte tabellen, overzichten, rekenmodellen en kengetallen die voor alle leden beschikbaar kwamen. De leden hadden geen toegang tot vertrouwelijke informatie zoals procesinformatie van een lid, omzetten en andere specifieke kengetallen over de procesvoering. De d-g NMa oordeelde dat deze informatie-uitwisseling niet mededingingsbeperkend was omdat de ADMES-leden geen toegang hadden tot de informatie waarover ADMES beschikte, geen inzage kregen in bedrijfsvertrouwelijke gegevens en de wel ter beschikking gestelde informatie anoniem bleef, bijvoorbeeld in de vorm van kengetallen.

In de richtsnoeren verduidelijkt de d-g NMa dat in de meeste gevallen de uitwisseling van informatie ouder dan twaalf maanden niet mededingingsbeperkend zal zijn. Daarentegen zal volgens de d-g NMa de systematische en regelmatige uitwisseling van recente individuele informatie over prijzen, (verwachte of voorgenomen) productiehoeveelheden, afzet of andere concurrentiegevoelige informatie tussen een beperkt aantal ondernemingen die samen een belangrijk deel van de relevante markt vertegenwoordigen volgens de d-g NMa in de regel onder het verbod vallen.

²⁶ Richtsnoeren, paragraaf 47.

²⁷ Besluit van de d-g NMa van 13 februari 2001 in zaak 203, *Nederlandse Textiel Conventie*. Zie ook het besluit van 20 december 2000 in zaak 272, *Nederlandse Kleding Conventie*.

²⁸ Beschikking van de Europese Commissie van 13 juli 1983, *Vimpoltu*, Pb. EG 1983, L200/44.

²⁹ Besluit van de d-g NMa van 22 juli 1999 in zaak 228, *Vebidak*.

³⁰ Besluit van de d-g NMa van 19 april 1999 in zaak 304, *Algemene voorwaarden overeenkomsten PVV/IKB Varkens 1991*.

³¹ Besluit van de d-g NMa van 21 september 2000 in zaak 197, *Coöperatieve Vereniging van Ontdoeners van Afvalstoffen Admes UA*. In deze zaak kwalificeerde de d-g NMa ADMES overigens als onderneming en niet als ondernemersvereniging.

Conclusie ten aanzien van de Richtsnoeren

Zoals hierboven uiteengezet zijn er met name ten aanzien van prijsafspraken en marktverdelingsregelingen aanmerkelijke verschillen tussen de beleidsregels die de d-g NMa heeft opgenomen in de Richtsnoeren en het feitelijk door hem gevoerde beleid ten aanzien van deze afspraken in het verband van een ondernemersvereniging. Uit het feitelijk gevoerde beleid lijkt te volgen dat een ontheffing toch kan worden verleend indien deze afspraken leiden tot aantoonbare efficiencyvoordelen.

Ten aanzien van andere praktijken, zoals lidmaatschapsprocedures en algemene voorwaarden, zijn de beleidsregels in de Richtsnoeren eerder summier te noemen. Hier biedt het feitelijk gevoerde beleid een aanvulling op de Richtsnoeren.

Het blijft afwachten hoe de d-g NMa, maar vooral ook de bestuursrechter, in de praktijk zal omgaan met de Richtsnoeren.

Boeteaansprakelijkheid van leden van brancheorganisaties in het Witboek modernisatie van de mededingingsregels

Van een heel andere aard, maar wel relevant voor ondernemersverenigingen, is de bepaling over boeteaansprakelijkheid van een ondernemersvereniging en haar leden die de Europese Commissie heeft opgenomen in haar voorstel voor de modernisatie van de mededingingsregels.³² De voorgestelde tekst van het artikel 22 lid 4 van de nieuwe procedurele verordening luidt:

‘Wanneer op grond van deze verordening aan een ondernemersvereniging een geldboete is opgelegd en deze insolvent is, kan de Commissie elke onderneming die op het ogenblik van de inbreuk lid van die vereniging is of was, tot betaling van die boete aanspreken. Het bedrag vereist van elk der leden mag niet meer bedragen dan 10 procent van haar totale omzet in het voorafgaande boekjaar.’

In de toelichting op het artikel schrijft de Commissie dat het in de praktijk vaak onmogelijk is om boetes bij ondernemersverenigingen te innen omdat deze verenigingen zelden of nooit over voldoende eigen middelen beschikken om de boete te betalen. Er staan de Commissie thans ook geen wettelijke middelen ter beschikking om de leden van de vereniging tot betaling van de boete aan te spreken.³³ De voorgestelde bepaling moet in die lacune voorzien.

Het Europese Parlement heeft inmiddels zijn instemming met dit artikellid betuigd, zij het dat er twee kleine wijzigingen worden voorgesteld.³⁴ Het Parlement wil de woorden ‘elke onderneming’ vervangen door ‘volgens het solidariteitsbeginsel de ondernemingen’. Het Parlement wil hiermee het hoofdelijkheidsbeginsel benadrukken (hetgeen beter tot uitdrukking komt in de Engelse tekst met de woorden ‘jointly and severally’). Voorts wil het Parlement de materiële toets voor aansprakelijkheid wijzigen van lid-

maatschap ten tijde van de inbreuk in verzaking van de plicht om de inbreuk te voorkomen.

Het voorstel van de Commissie om in geval van insolventie door de branchevereniging heen naar de leden te grijpen, zal zeker de effectiviteit van het mededingingsbeleid vergroten, of op zijn minst de boete-incassering. In Nederland zal dit ook een unieke afwijking in het ondernemingsrecht introduceren. Naar Nederlands recht zijn de leden van een vereniging immers niet aansprakelijk voor de schulden van de vereniging.³⁵ Na invoering van deze bepaling zullen zij dat dus wel worden voor boetes voor overtreding van de mededingingsregels door de vereniging. Maar is een dergelijke inningsbevoegdheid ook wettig? Wij menen van niet.

In de eerste plaats blijft het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ van artikel 6 EVRM primeren op een dergelijke, in een verordening neergelegde, bevoegdheid.³⁶ Wij wijzen in het bijzonder op het *Cement*-arrest, waarin het Gerecht van eerste aanleg aan dit beginsel toepassing gaf. Het Gerecht bepaalde dat de Commissie niet kan volstaan met de aansprakelijkstelling van een onderneming voor een inbreuk door een ondernemersvereniging op basis van het enkele lidmaatschap van die onderneming van de vereniging.³⁷ Meer bepaald stelde het Gerecht van eerste aanleg vast dat het lidmaatschap van een beroepsvereniging niet tot gevolg kan hebben dat het betrokken lid automatisch verantwoordelijk wordt gesteld voor de verschillende onrechtmatige gedragingen van de vereniging, zonder dat zou hoeven worden aangetoond dat het lid zelf aan de ten laste gelegde onrechtmatige gedragingen heeft deelgenomen.

32 Supra, voetnoot 3, p. 46.

33 Supra, voetnoot 3, p. 27.

34 Op de plenaire zitting van 6 september 2001.

35 Hetgeen overigens de vraag naar de rechtsbasis opwerpt. De Commissie heeft niet mede de rechtsbasis voor maatregelen op het gebied van het ondernemingsrecht, artikel 44 lid 2 sub g, (ex artikel 54 lid 3 sub g) van het EG-Verdrag, aan het voorstel ten grondslag gelegd. Omdat dit artikel de co-decisie-procedure voorschrijft, terwijl artikel 83 van het EG-Verdrag, de huidige rechtsbasis van het voorstel, slechts de consultatieprocedure voorschrijft, zou een dubbele rechtsbasis ook niet mogelijk zijn geweest. Omdat de doelstelling van het voorstel veel meer in de sfeer van het mededingingsrecht dan het ondernemingsrecht ligt is het inderdaad wellicht juist om artikel 83 van het EG-Verdrag voorrang te geven. Zie het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-300/89, Commissie tegen Raad (Titaniumdioxide), Jur. 1991, p. I-2867. Dat een verenigingslid niet gehouden is de schulden van de vereniging te voldoen volgt uit artikel 2:27 lid 4 sub c, 2:34a, 2:36 lid 3 en 2:46 BW.

36 Zie het arrest van het Europese Hof van Justitie van 8 juli 1999 in zaak C-199/92P, Hüls tegen Commissie, Jur. 1999, p. I-4287, r.o. 150, waarin het Hof heeft bevestigd dat met name het beginsel van onschuld dat voortvloeit uit Artikel 6 lid 2 van het EVRM van toepassing is op procedures betreffende inbreuken op de voor ondernemingen geldende mededingingsregels, die tot het opleggen van geldboetes of dwangsommen kunnen leiden.

37 Zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 15 maart 2000 in gevoegde zaken T-25/95 e.v., Cimenteries CBR e.a. tegen Commissie (Cement), Jur. 2000, p. II-491, overwegingen 1553 en 2775-2776.

Daarnaast heeft het Gerecht van eerste aanleg in inmiddels constante rechtspraak vastgesteld dat, wanneer de Commissie tegelijkertijd de deelneming van een vereniging en van haar leden aan één en dezelfde inbreuk in aanmerking wil nemen, zij moet aantonen dat het gedrag van de vereniging zich onderscheidt van dat van haar leden.³⁸

Conclusie ten aanzien van boeteaansprakelijkheid van leden van ondernemersverenigingen

De conclusie moet volgens ons luiden dat de voorgestelde bevoegdheid tot boete-inning van de Commissie induist tegen het elementaire beginsel dat een verenigingslid niet gestraft kan worden voor het handelen van de vereniging zonder dat eigen schuld van het verenigingslid wordt vastgesteld. Ons inziens kan een lid van een branchevereniging zich met succes op genoemde overwegingen van het Gerecht van eerste aanleg beroepen wanneer zij door de Commissie wordt aangesproken voor de betaling van de boete van de branchevereniging waarvan zij lid is.

38 Supra, voetnoot 35, overweging 27.