



Aanbevelingen van ondernemersverenigingen en het kartelverbod

mr. K. Schillemans

Inleiding

Artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG-Verdrag verbieden naast overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (o.a.f.g.) die de mededinging beperken ook besluiten van ondernemersverenigingen met datzelfde doel of gevolg. Het kartelverbod heeft immers tot doel te voorkomen dat ondernemingen samenspannen met een beperking van de mededinging als doel of gevolg, en daarbij is de gekozen vorm van samenspanning niet van belang.

Zo beschouwd strekt de verwijzing in het nationale en Europese kartelverbod naar 'besluiten van ondernemersverenigingen' ertoe te voorkomen dat een vorm van wilsovereenstemming dan wel overleg tussen ondernemingen ongesanctioneerd blijft door de vorm waarin deze wordt gegoten en het kartelverbod omzeild wordt.

Een recent besluit van de NMa doet de vraag rijzen of de verwijzing naar het begrip 'besluit van ondernemersvereniging' meer kan zijn dan dat.¹ In het besluit wordt gesuggereerd dat een aanbeveling van een ondernemersvereniging aan haar leden zelfs mededingingsrechtelijk gesanctioneerd kan worden indien niet vaststaat dat het deel uitmaakt of onderwerp vormt van wilsovereenstemming van de bij de betrokken vereniging aangesloten ondernemingen of tussen hen gevoerd overleg.² Niet het gedrag en de wil van de leden, maar de enkele wil c.q. bedoeling van de ondernemersvereniging zou daarbij van doorslaggevend belang zijn.

Zoals hierna zal worden uiteengezet, dienen de wil en het gedrag van de leden alsmede de impliciete dan wel expliciete wilsovereenstemming tussen hen altijd het uitgangspunt te zijn bij de vraag of het kartelverbod is geschonden. De wil van de vereniging kan uiteraard een rol spelen in de analyse, maar mag niet *per se* de basis vormen voor de vaststelling van een inbreuk. Zulks is in lijn met het gegeven dat het kartelverbod als zodanig slechts betrekking heeft op het gedrag van ondernemingen³ en volgt tevens uit het – historisch – perspectief van de Europese rechtspraak inzake besluiten van ondernemersverenigingen, alsmede het – toekomstig – perspectief van verordening 1/2003.

De NMa en aanbevelingen van ondernemersverenigingen: BOVAG

In haar besluit van 13 november 2003 heeft de NMa de BOVAG en de NCBRM, beide brancheorganisaties waarvan de leden actief zijn op de Nederlandse markt voor fietsen, beboet wegens overtreding van artikel 6 Mw.

Beide brancheorganisaties adviseerden hun leden onder meer niet mee te werken aan een bedrijfsfietsactie waarbij rijwielhandelaren werden uitgenodigd uit eigen voorraad bedrijfsfietsen te leveren tegen een vergoeding van 85% van de catalogusprijs. Tevens zouden de brancheorganisaties hun leden over tariefverhogingen hebben

Mr. K. Schillemans is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer.

1 Besluit van 13 november 2003, zaaknr. 2973/270.0187, BOVAG en NCBRM.

2 Daarmee is niet gezegd dat er in casu geen sprake was van een dergelijke overeenstemming of overleg.

3 Zie onder meer zaak C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), arrest van het Hof 9 september, r.o. 45.

geadviseerd. Centraal stond de vraag of de adviezen van beide brancheorganisaties aan hun leden gekwalificeerd dienen te worden als besluiten van ondernemersverenigingen in de zin van artikel 6 Mw.

De NMa beantwoordde deze vraag bevestigend en verwees daarbij naar Europese rechtspraak, die zij als volgt samenvatte:

‘86. Ten aanzien van het begrip ‘besluit van een ondernemersvereniging’ hanteert het HvJEG een functionele benadering. Het is niet van doorslaggevend belang hoe men een bepaalde afspraak juridisch gezien kwalificeert. Volgens vaste jurisprudentie omvat dit begrip juridisch bindende beslissingen, beslissingen die, hoewel niet juridisch bindend, wel door de betrokkenen worden opgevolgd als ook niet-bindende beslissingen, die de getrouwe uitdrukking vormen van de wil van de leden van een ondernemersvereniging om zich op de markt overeenkomstig de bewoordingen van de aanbeveling te gedragen. *Er is, met andere woorden, ook sprake van een ‘besluit van een ondernemersvereniging’, indien dit slechts wordt gepresenteerd als een ‘aanbeveling’, voor zover het de bedoeling c.q. de wil van de betrokken ondernemersvereniging is dat het door de leden wordt opgevolgd.*’ (cursivering KS)

De laatste volzin van deze passage behoeft nadere aandacht. Deze wordt gepresenteerd als een logisch gevolg van het daarvoor gestelde. Maar is dat wel terecht? De drie categorieën van besluiten van ondernemersverenigingen die in de derde volzin zijn samengevat, hebben immers als gemeenschappelijk kenmerk dat acht wordt geslagen op de gedragingen dan wel de wil van de leden. De laatste zin gaat echter een stap verder en uitsluitend de wil van de vereniging staat daarin centraal.

Door de bank genomen kan de wil van de vereniging niet losgekoppeld worden van de wil van de leden of is de wil van de vereniging een rechtstreeks gevolg van de wil van de leden. Dit is met name zo indien de wil van de vereniging totstandkomt of wordt vastgelegd in een algemene vergadering van de leden.

Er zijn echter ook gevallen denkbaar waarin de ondernemersvereniging niet als uitsluitend een verzameling van de leden kan worden beschouwd. Dit geldt wellicht met name bij brancheorganisaties en in het bijzonder indien het bestuur daarvan niet bestaat uit afgevaardigden van de leden. Het is niet ondenkbaar dat dergelijke brancheorganisaties belangen kunnen hebben die niet altijd parallel hoeven te lopen met die van alle leden. De laatste volzin van de hierboven geciteerde passage lijkt dan ook een niet onbelangrijke uitbreiding te kunnen vormen op de daarvoor genoemde drie categorieën van besluiten waar strikt genomen zelfs aanbevelingen onder zouden kunnen vallen die niet tot stand zijn gekomen als gevolg van overleg met of tussen de leden en die de wil van de leden niet weerspiegelen. De vraag rijst of het kartelverbod in dergelijke gevallen van toepassing kan zijn.

Verband der Sachversicherer

In haar besluit verwijst de NMa naar een rechtsoverweging van het Hof van Justitie in de zaak *Verband der Sachversicherer*.⁴ Deze overweging luidt:

‘32. Op grond van het voorgaande moet worden vastgesteld dat de aanbeveling, ongeacht hoe zij juridisch precies moet worden gekwalificeerd, een getrouwe weergave was van verzoekers wil om het gedrag van zijn leden op de Duitse verzekeringsmarkt overeenkomstig de aanbeveling te coördineren. Zij vormt derhalve een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1 EEG-Verdrag.’

Volgt uit dit arrest inderdaad dat het kartelverbod van toepassing kan zijn op grond van het enkele feit dat het de bedoeling van de betrokken vereniging is dat de leden het aanbevolen gedrag ook opvolgen?⁵

De zaak betrof een aanbeveling van het Verband der Sachversicherer aan haar leden ‘ter stabilisering en sanering van het bedrijf der industriële brand- en bedrijfsongedrebrekingsverzekering’, die betrekking had op een premieverhoging.

Het Verband stelde zich op het standpunt dat de betrokken aanbeveling geheel onverbindend was,⁶ terwijl de Commissie van mening was⁷ dat aanbevelingen van een ondernemersvereniging, die door haar comités zijn uitgewerkt en vervolgens ter kennis van haar leden gebracht, de uitdrukking zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging van de bij die vereniging aangesloten ondernemingen met de bedoeling hun onderlinge mededinging te beperken.

Het Hof gaf een eigen invulling aan het relevante toetsingskader en stelde allereerst dat er in casu met verschillende elementen rekening gehouden diende te worden, waaronder het gegeven dat:

‘29. [...] de bij het Verband der Sachversicherer aangesloten verzekeringsondernemingen een gemeenschappelijk belang hadden bij sanering van de markt door middel van verhoging van de premies [...].

30. [...] ofschoon de [aanbeveling] onverbindend heet te zijn, zij dwingend een collectieve forfaitaire en lineaire premieverhoging voor[schrijft]. Dat zulks de bedoeling was, blijkt overigens uit de omstandigheid dat de Duitse herverzekeringsondernemingen kort na de mededeling van de aanbeveling aan de leden van het Verband der Sachver-

4 De NMa verwijst naar deze zaak in een voetnoot bij overweging 86 van het besluit.

5 Opvallend is voorts dat de NMa r.o. 32 parafraseert en spreekt over de wens van de vereniging dat de aanbeveling wordt opgevolgd, terwijl r.o. 32 verwijst naar de wil van de vereniging om het gedrag van de leden te coördineren. Dit is geen verwaarloosbaar verschil; aangenomen kan worden dat het doel van een aanbeveling altijd is dat die wordt opgevolgd, anders zou die niet worden gedaan. Dat wil niet zeggen dat het tevens altijd primair de wil van de vereniging is dat door de aanbeveling het gedrag van de leden wordt gecoördineerd.

6 R.o. 27.

7 R.o. 28.

sicherer besloten, om in hun herverzekeringscontracten betreffende dezelfde risico's een speciale 'premieberekeningsclausule' op te nemen, volgens welke een niet met de aanbeveling strokende tarifiering in geval van schade als onderverzekering zou worden beschouwd.

31. [...] uit verzoekers statuten [blijkt], dat hij bevoegd is om de activiteiten van zijn leden, onder meer op mededingingsgebied, te coördineren.'

Mijns inziens duiden alle drie de elementen op het belang dat de leden hadden bij de aanbeveling alsmede op de wijze waarop de aanbeveling in de praktijk leidde tot het gewenste gedrag. De verwijzing naar de statuten duidt voorts op de verantwoordelijkheid van de leden bij de totstandkoming van de aanbeveling. Dit arrest biedt dan ook geen rechtvaardiging voor een toepassing van het kartelverbod op grond van de enkele wil van de betrokken ondernemersvereniging die een aanbeveling uitvaardigt.

De conclusie van A-G Darmon bevestigt deze visie. Hij benadrukt allereerst het anti-omzeilingskarakter van het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' door te stellen dat het kartelverbod elke vorm van wilsovereenstemming of elke vorm van overleg tussen ondernemingen omvat waarmee 'in de vorm van een overeenkomst of een besluit van ondernemersverenigingen dan wel als onderling afgestemde feitelijke gedraging' de door het kartelverbod verboden gevolgen worden beoogd.

De vraag die logischerwijs rijst, is hoe een besluit van een ondernemersvereniging kan worden uitgelegd als 'een vorm van wilsovereenstemming of overleg tussen ondernemingen'. A-G Darmon herinnert daartoe aan de stelling van A-G Mayras⁸ in de zaak *Cementhandelaren* dat het verschil tussen het besluit van een ondernemersvereniging en de gewone overeenkomst is dat de economische subjecten door aansluiting bij een vereniging de statuten en de regels ervan accepteren en door de meerderheidsbesluiten van de beslissende uitvoerende organen zijn gebonden.

Volgt het dwingend karakter van een overeenkomst uit de directe wilsovereenstemming tussen partijen, dan blijkt het besluit van een ondernemersvereniging uit de instemming geconcretiseerd in de toetreding tot een vereniging waaraan de ondernemingen-leden statutair een bindende beslissingsbevoegdheid hebben verleend, aldus A-G Darmon. Hij acht het voor de toepassing van het begrip voorts doorslaggevend dat de samenwerking tussen ondernemingen het gevolg is van toetreding tot de vereniging, en dat de statuten hun instemming met de door de vereniging getroffen maatregelen impliceren.

Zo beschouwd dekt een bindend besluit van een ondernemersvereniging dezelfde lading als een 'overeenkomst tussen ondernemingen' – zij het in een specifieke context. Op gelijke wijze kan gesteld worden dat aanbevelingen van ondernemersverenigingen onder omstandigheden dezelfde lading dekken als een o.a.f.g. Dat bleek al uit de opmerkingen van de Commissie in deze zaak. A-G Darmon kan zich daar in vinden. Hij stelt dat indien de betrokken handeling van de ondernemersvereniging de betrokken

ondernemingen vrij laten, het kartelverbod alleen van toepassing kan zijn indien de maatregel van de vereniging diende ter ondersteuning van onderling overleg, waarbij in de praktijk iets wordt opgelegd dat rechtens onverbindend is, in welk geval er sprake is van een o.a.f.g.

Verordening 1/2003

Indien vastgesteld wordt dat een ondernemersvereniging een besluit neemt dat de mededinging beperkt en de vereniging overeenkomstig beboet wordt, kan dat direct dan wel indirect – afhankelijk van de statutaire bepalingen van de ondernemersvereniging daaromtrent – financiële gevolgen hebben voor de leden. In veel gevallen is dat aanvaardbaar. Immers, zoals aangegeven, de belangen van de ondernemersvereniging zullen veelal parallel lopen met de belangen van de leden en de ondernemersvereniging zal handelen conform de wil of in opdracht van de leden. Moeilijker te aanvaarden is echter dat leden zouden opdraaien voor een aanbeveling van de betrokken ondernemersvereniging uitsluitend omdat ze daarvan lid zijn, zonder een rol te hebben gespeeld bij het totstandkomen van de aanbeveling, en deze wellicht zelfs verwerpelijk vinden.

Verordening 1/2003⁹ kan in dit verband een rol spelen. Op grond van artikel 23, lid 4 van deze verordening is een insolvente vereniging verplicht om van haar leden een bijdrage te vragen teneinde de boete te betalen. Indien die bijdragen niet op tijd zijn betaald, kan de Commissie elke onderneming waarvan de vertegenwoordigers lid waren van de betrokken besluitvormende organen van de vereniging rechtstreeks tot betaling van de boete aanspreken. Als ook dat niet voldoende blijkt, kan de Commissie ieder lid van de vereniging dat actief was op de markt waarop de inbreuk plaatsvond aanspreken tot betaling van de boete.

Onverkorte toepassing van deze regel zou tot de onwenselijke situatie kunnen leiden dat individuele leden worden aangesproken die feitelijk niet betrokken waren bij de totstandkoming van de betrokken handeling en deze evenmin steunden. Kennelijk om dergelijke situaties te vermijden, bepaalt artikel 23, lid 4 van verordening 1/2003 dat leden niet door de Commissie tot betaling kunnen worden aangesproken indien deze kunnen aantonen dat zij de betrokken inbreukmakende beslissing van de vereniging niet hebben uitgevoerd en hetzij niet op de hoogte waren van het bestaan ervan, hetzij er actief afstand van hebben genomen voor de aanvang van het onderzoek van de Commissie van de zaak.

⁸ Zaak 8/72, *Cementhandelaren*, Jurispr. 1972, p. 977.

⁹ Verordening van de Raad van 16 december 2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. Nr. L001 van 04/01/2003, p. 1-25.

Hebben *bona fide* leden hier iets aan indien de betrokken ondernemersvereniging een aanbeveling doet met het doel het beleid van de leden te coördineren en reeds op grond van de enkele wil van de vereniging een inbreuk kan worden vastgesteld? Aan het vereiste dat de betrokken aanbeveling niet wordt uitgevoerd kan het lid nog wel voldoen. Het niet op de hoogte zijn zal echter niet gemakkelijk gaan aangezien verwacht mag worden dat de betrokken ondernemersvereniging haar leden weet te vinden. Het betrokken lid zou dan waarschijnlijk ook niets anders resten dan actief afstand te moeten nemen van de aanbeveling. Gezien de aard van een aanbeveling geen eenvoudige of wellicht zelfs onmogelijke opgave. Hoe kan men immers afstand nemen van een advies? Door de betrokken vereniging en de andere leden na het ontvangen van de aanbeveling een brief te sturen? Artikel 23, lid 4 van verordening 1/2003 lijkt dan ook niet goed te rijmen met een toepassing van het begrip ‘besluit van een ondernemersvereniging’ waarin de wil van de vereniging *per se* tot een vaststelling van een inbreuk kan leiden.

Daarentegen duidt de tekst van artikel 23, lid 4, van de verordening veeleer op een begrip ‘besluit van een ondernemersvereniging’ waarbij het gedrag en de wil van de leden centraal staan bij het totstandkomen van de inbreuk, of het nu een bindend besluit of een aanbeveling betreft. Zo mag de Commissie de leden aanspreken waarvan de vertegenwoordigers lid waren van de betrokken besluitvormende organen. Voorts ligt het voor de hand dat het – alternatieve – vereiste van het actief afstand nemen van de inbreuk zo uitgelegd dient te worden dat de betrokken onderneming met veel bombarie zal moeten weglopen

van bijvoorbeeld een algemene vergadering van de leden waarin het uitvaardigen van een aanbeveling of het aannemen van een bindend besluit wordt besproken. Het ‘niet op de hoogte zijn’ lijkt eveneens in de context van het totstandkomen van de aanbeveling te moeten worden geplaatst.

Zo beschouwd is de tekst van artikel 23, lid 4, van de Verordening geheel in lijn met de gedachte dat het begrip ‘besluit van een onderneming’ niets meer of minder is dan een derde kartelvariëteit,¹⁰ die net als de andere twee – de overeenkomst en de o.a.f.g. – valt of staat met het kunnen aantonen van samenspanning tussen de betrokken ondernemingen, in welke vorm dan ook.

Afsluitende opmerkingen

Zoals hierboven uiteengezet, dient bij de toepassing van het begrip ‘besluit van een ondernemersvereniging’, de wil en het gedrag van de leden altijd als uitgangspunt genomen te worden, ook indien het aanbevelingen van een ondernemersvereniging betreft.

Recente rechtspraak van het Hof inzake de uitleg van het begrip ‘overeenkomst’ in de zin van artikel 81 van het EG-Verdrag bevestigt dat unilateraal getroffen maatregelen die tot doel hebben de mededinging te beperken als zodanig niet onder het kartelverbod vallen.¹¹ Instemming dan wel stilzwijgende aanvaarding van de maatregel dient ook aangetoond te worden indien de betrokken partijen in een langdurige commerciële relatie met elkaar staan. Ik zie geen reden daaraan minder strikte eisen te stellen in het kader van een besluit van een ondernemersvereniging.

¹⁰ Zie ook Mayras in zijn conclusie bij de zaak Cementhandelaren.

¹¹ Arrest van het Hof van 6 januari 2004, Bayer, gevoegde zaken C-2/01 P en C-3/01 P. Zie ook het arrest van het Gerecht van 3 december 2003, Volkswagen, zaak T-208/01.