

De herziening van Verordening 17 vanuit advocatuurlijk perspectief: een boeiende accentverschuiving

mr drs R.M. Hermans en mr S.B. Noë

De modernisering van Verordening 17 die de Commissie voorstaat zal een accentverschuiving in de praktijk van de in het mededingingsrecht gespecialiseerde advocaat met zich meebrengen. Kern van het witboek is het voorstel om directe werking toe te kennen aan artikel 81 lid 3 EG. Daarnaast bevat het een verlanglijstje met aanvullende bevoegdheden voor de Commissie. Voor de mededingingsrechtelijke praktijk lijken zich drie lijnen af te tekenen. Ten eerste brengt de directe werking van artikel 81 lid 3 EG met zich mee dat het opstellen van ontheffingsaanvragen verleden tijd wordt. De taak om te beoordelen of mededingingsbeperkende afspraken verenigbaar zijn met artikel 81 EG komt primair op de schouders van ondernemingen en hun raadslieden (advocaten en bedrijfsjuristen) te rusten. Ten tweede brengt de directe werking van artikel 81 lid 3 EG met zich mee dat ook de nationale rechter – en arbiters – bevoegd worden deze bepaling toe te passen. Het ligt voor de hand dat dit tot meer civiele procedures leidt. Ten derde hoopt de Commissie meer tijd te krijgen om de meest kwalijke vormen van inbreuken op de mededingingsregels op te sporen, hetgeen een stijging van het aantal kartelzaken in het vooruitzicht stelt. In deze bijdrage zullen wij langs deze drie lijnen enkele onderwerpen nader uitwerken om vervolgens een voorlopige balans op te maken.

Directe werking van artikel 81 lid 3 EG: alternatieven voor wijlen de aanmelding

Met de modernisering van Verordening 17¹ zal de noodzaak mededingingsregelingen aan te melden bij de Commissie ter verkrijging van een ontheffing op grond van artikel 81 lid 3 EG verdwijnen. Weinig advocaten zullen het heengaan van de verplichting het Formulier A/B in te vullen betreuren. De noodzaak marktgegevens te verzamelen zal echter blijven bestaan. In veel gevallen kan slechts een verantwoord advies over de toepasselijkheid van artikel 81 EG worden gegeven na een gedegen analyse van de relevante markt. Met de *noodzaak* mededingingsbeperkende afspraken aan te melden om in aanmerking te komen voor ontheffing verdwijnt ook de *mogelijkheid* dit te doen om in grensgevallen zekerheid te verkrijgen. De Commissie sug-

gereert dat thans geen gewettigde twijfel meer bestaat omtrent de voorwaarden voor ontheffing (nr. 70). Dit lijkt ons al te optimistisch gesteld. De beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg hebben inderdaad ervoor gezorgd dat de inhoud van deze voorwaarden thans veel duidelijker is dan bij vaststelling van Verordening 17. De praktijk leert echter dat rechtspraak en beschikkingspraktijk lang niet altijd gemakkelijk toe te passen zijn. Daarbij komt dat de hervormingen op het gebied van verticale afspraken en horizontale samenwerkingsovereenkomsten tal van nieuwe vragen zullen opwerpen.² In de praktijk zal dan ook behoefte blijven bestaan aan meer zekerheid omtrent de mededingingsrechtelijke merites van overeenkomsten dan een advocaat of bedrijfsjurist zal kunnen verschaffen. Hoe kan deze zekerheid worden verkregen?

'Comfort' kan wellicht nog altijd van de Commissie worden verkregen. De Commissie verliest haar (exclusieve) bevoegdheid individuele ontheffingen te verlenen maar blijft bevoegd bij beschikking toepassing te geven aan artikel 81 EG (nr. 88-89). Aan een positieve beschikking zal ten grondslag liggen dat de mededingingsregeling niet valt onder het eerste lid of – indien dit wel het geval is – dat zij aan de voorwaarden van het derde lid voldoet. Een dergelijke beschikking is zuiver declaratoir van aard en heeft dezelfde juridische waarde als een negatieve verklaring. Doorgaans wordt aangenomen dat een dergelijke verklaring de nationale rechter niet bindt maar wel een factor vormt die hij in aanmerking kan nemen.³ De Commissie zal slechts in uitzonderlijke gevallen dergelijke beschikkingen geven zodat ondernemingen op zoek naar zekerheid hiervan weinig te verwachten hebben. Pregnante nieuwe

1 Vervat in het Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag van 28 april 1999. De integrale tekst is te vinden op http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/nl/wb_modernisation.pdf. Verwijzingen naar randnummers (nr.) in dit artikel betreffen steeds het witboek. In dit artikel wordt de sinds 1 mei 1999 geldende nieuwe nummering van het EG-Verdrag gehanteerd.

2 Zie de ontwerpverordening van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 EG op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen en de begeleidende richtlijnen (Pb. EG 1999, C /270/7) alsmede het 28^e Verslag over het mededingingsbeleid (1998).

3 Zie Waelbroeck en Frignani, *Commentaire Mégret, 4 – Concurrence*, Brussel 1997, p. 407-408. In zaak T-138/89, Nederlandse Bankiersvereniging, Jur. 1992, p. II-2181 nam de Commissie het standpunt in dat een negatieve verklaring de nationale rechter niet bindt.

mr drs R.M. Hermans en mr S.B. Noë zijn beiden advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Den Haag.

A r t i k e l e n

rechtsvragen kunnen op deze wijze echter wellicht wel aan de orde worden gesteld.

Informeel heeft de Commissie aangegeven begrip te hebben voor de behoefte van ondernemingen aan zekerheid. Naar verluidt wordt gedacht over een systeem van 'business review letters' zoals dat in het Amerikaanse mededingingsrecht bestaat.⁴ Op grond van de Business Review Procedure kunnen ondernemingen de Antitrust Division van het Department of Justice verzoeken kenbaar te maken of zij op zou treden tegen bepaalde mededingingsregelingen. Een verzoek is alleen mogelijk ten aanzien van gedragingen die nog niet ten uitvoer zijn gelegd en de Antitrust Division is niet verplicht een business review letter af te geven. Business review letters binden noch de rechter, noch de Antitrust Division, al zal de laatste niet zonder nadere aankondiging optreden tegen een mededingingsregeling in afwijking van een business review letter. Al met al lijken dergelijke brieven enigszins op de huidige comfort letters.

Een andere mogelijkheid is bij de NMa te rade te gaan. Het is uitdrukkelijk de bedoeling van de Commissie de rol van de nationale mededingingsautoriteiten te versterken (rnr. 91 e.v.). Zij zullen – indien daartoe door de nationale wetgever gemachtigd⁵ – bevoegd zijn om artikel 81 lid 3 EG toe te passen. De NMa zou op vergelijkbare wijze als de Commissie beschikkingen met de rechtskracht van een negatieve verklaring kunnen afgeven, al dan niet in het kader van een procedure op grond van het Nederlandse mededingingsrecht. Van groot belang voor de nationale rechtspraktijk is of de wetgever artikel 17 Mw – het nationale equivalent van artikel 81 lid 3 EG – eveneens van rechtswege zal laten werken. Het handhaven van artikel 17 Mw in zijn huidige vorm lijkt naar huidig EG-recht niet verboden. Het is vaste jurisprudentie dat nationaal mededingingsrecht ook kan worden toegepast op mededingingsregelingen die onder het bereik van artikel 81 EG vallen, zolang geen afbreuk wordt gedaan aan de nuttige werking van het EG-Verdrag.⁶ Handhaven van het huidige machtingstelsel lijkt wel ongerijmd, gezien het uitgangspunt dat de Mededingingswet niet strenger en niet soepeler dan de Europese mededingingsregels beoogt te zijn. Waarom zou naar Nederlands recht voor ontheffing een besluit van de NMa nodig zijn terwijl naar EG-recht van rechtswege een ontheffing geldt? Omdat EG-groepsvrijstellingen doorwerken in het Nederlandse mededingingsrecht⁷ is deze discussie overigens alleen van belang ten aanzien van mededingingsregelingen die niet onder de bepalingen van een dergelijke verordening vallen.

Duidelijk is dat voor de praktijk veel zal afhangen van de keuze die de wetgever maakt ten aanzien van de Mededingingswet en de rol die de NMa daarbij wordt toegedacht. Denkbaar is dat een systeem van negatieve verklaringen of business review letters op Commissie of (waarschijnlijker) nationaal niveau deels de plaats inneemt van de huidige aanmeldingspraktijk. Voor het overige zal het aan advocaten en bedrijfsjuristen zijn te beoordelen of

mededingingsregelingen in overeenstemming met artikel 81 EG zijn.

De rechter als mededingingsautoriteit

Thans wordt de rechter doorgaans met artikel 81 EG geconfronteerd in gevallen waarin de eiser nakoming vordert van een overeenkomst en de gedaagde zich daartegen verweert door te stellen dat de overeenkomst nietig is omdat zij valt onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG en de Commissie geen ontheffing heeft verleend. Dergelijke geschillen zullen na de herziening van Verordening 17 verleden tijd zijn aangezien de rechter dan zelf artikel 81 lid 3 EG kan toepassen. Op deze plaats zouden wij willen ingaan op de mogelijkheid de rechter te adiiëren wanneer nog geen materieel geschil bestaat. Kunnen ondernemingen zich tot de rechter wenden om door middel van een verklaring voor recht zekerheid te verkrijgen over de geldigheid van een tussen hen gesloten overeenkomst? Artikel 3:302 BW bepaalt dat de rechter op vordering van een bij de rechtshandeling onmiddellijk betrokken persoon omtrent die rechtsverhouding een verklaring voor recht uitspreekt. In beginsel zou de rechter derhalve op vordering van een partij bij een overeenkomst een verklaring voor recht kunnen uitspreken dat die overeenkomst niet in strijd komt met het eerste lid of voldoet aan de voorwaarden van het derde lid van artikel 81 EG en derhalve rechtsgeldig is. Hierbij rijzen een aantal vragen: hebben partijen wel voldoende belang bij een verklaring voor recht dat een overeenkomst rechtsgeldig is? Is een dergelijke vordering wel ontvankelijk als er nog geen sprake is van een geschil? En, last but not least, kan de rechter die verklaring voor recht zomaar toewijzen, bijvoorbeeld als de wederpartij verstek laat gaan of zich aan het oordeel van de rechter refereert?

Gezag van gewijsde

Artikel 3:302 BW hangt samen met artikel 67 Rv. Het eerste lid daarvan bepaalt dat beslissingen aangaande de rechtsbetrekking in geschil, vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht hebben. Het belang van een verklaring voor recht dat een overeenkomst in overeen-

4 De procedure is geregeld in Section 50.6 van de Code of Federal Regulations. Business review letters worden gepubliceerd op de website van de Antitrust Division: www.usdoj.gov/atr/. Een van de meest recente brieven zag op een inkoopcombinatie van begrafenisondernemers die de deelnemers in staat zou stellen korting tot 40% op lijkisten te bedingen.

5 Artikel 88 Mw heeft daartoe aanpassing, aangezien het de NMa slechts bevoegd verklaart artikel 85 lid 1 EG-Verdrag (thans artikel 81 lid 1 EG) toe te passen. De op basis van artikel 88 EG-Verdrag (thans artikel 84 EG) bestaande bevoegdheden waarnaar artikel 88 Mw eveneens verwijst zien uitsluitend op sectoren waarvoor nog geen implementatieregels zijn vastgesteld (na de voorgenomen wijzigingen zijn dat alleen nog de wilde vaart en luchtvervoer tussen de Gemeenschap en derde landen).

6 Zaak 14/68, *Walt-Wilhelm vs. Bundeskartellamt*, Jur. 1969, p. 1.

7 Artikel 12 Mw. In het witboek (rnr. 85) wordt voorgesteld een dergelijke regel verplicht te stellen.

A r t i k e l e n

stemming is met het mededingingsrecht, is daarmee gegeven. Indien de rechter een dergelijke verklaring voor recht heeft uitgesproken kan een partij bij die overeenkomst later een vordering tot nakoming niet pareren met de stelling dat de overeenkomst in strijd met het mededingingsrecht en daarom nietig is. Het gezag van gewijsde geldt alleen tussen partijen⁸, niet ten opzichte van derden waaronder de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten. In het witboek (nr. 102) schrijft de Commissie 'wanneer een nationale rechterlijke instantie (bijvoorbeeld door de vordering af te wijzen op grond dat de mededingingsregeling aan de voorwaarde van artikel 85, lid 3 voldoet) een "positief" vonnis heeft geveld dat definitief is geworden, kan de Commissie steeds tussen beiden komen en de overeenkomst verbieden, onder voorbehoud van het principe van het gezag van gewijsde (res judicata) van een rechterlijke eindbeslissing met betrekking tot een geschil tussen de partijen'. Dit is in overeenstemming met het ook in het gemeenschapsrecht geldende beginsel dat 'het gezag van gewijsde niet toelaat, dat door de rechter vastgestelde rechtsbetrekkingen andermaal het voorwerp van het geding vormen'.⁹ Niet duidelijk is wat de gevolgen zijn van een verbodsbeschikking van de Commissie die ziet op een overeenkomst waarvan de rechter bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis heeft beslist dat zij in overeenstemming is met het mededingingsrecht. Sluit een dergelijke verbodsbeschikking een vordering tot nakoming van een overeenkomst voor de toekomst uit? Kan nog schadevergoeding wegens wanprestatie worden gevorderd? De Commissie laat zich hierover in het witboek niet uit. Het antwoord op dit soort vragen is ook niet te vinden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Een illustratie van de problemen die zich kunnen voordoen geeft het besluit van de NMa van 25 maart 1999 inzake Free Record Shop/Erasmus.¹⁰ In die zaak had de kortgedingrechter Erasmus op vordering van de pianist Wibi Soerjadi verboden om van de live-opnamen van Soerjadi in Muziekcentrum Vredenburg te Utrecht cd's in de handel te brengen en te vermenigvuldigen, anders dan via de ten processe bedoelde cd op het Erasmuslabel tegen een prijs van NLG 14,95, zulks op straffe van een dwangsom. Het toepasselijke mededingingsrecht is in de procedure niet aan de orde gekomen.¹¹ Door dit vonnis van de rechter gedwongen had Erasmus aan haar afnemers, waaronder Free Record Shop, opgelegd dat de desbetreffende cd alleen tegen een prijs van NLG 14,95 per stuk mocht worden verkocht. Toen Free Record Shop zich hieraan niet hield, stopte Erasmus de levering, waarna Free Record Shop een klacht tegen Erasmus indiende bij de NMa. De NMa oordeelde dat het beding inzake de verplichte wederverkoopprijs in strijd was met artikel 6 Mw en verbod Erasmus, kort gezegd, dit beding nog langer te handhaven, eveneens op straffe van een dwangsom. Erasmus werd op deze manier geconfronteerd met twee tegenstrijdige bevelen: een bevel van de rechter om een verplichte wederverkoopprijs op te leggen aan haar afnemers en een bevel van de NMa om dit niet te doen, nota bene beide op straffe van een dwangsom! In dit geval ging het om een

vonnis in kort geding waaraan geen gezag van gewijsde toekomt. Uit het besluit van de NMa blijkt evenwel niet dat zij zich, als het rechterlijk bevel in de bodemprocedure was gegeven en het vonnis in kracht van gewijsde was gegaan, daarvan ook maar iets zou hebben aangetrokken. Hierbij moet uiteraard worden bedacht dat de rechter aan het toepasselijke mededingingsrecht voorbijgegaan was. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om verder in te gaan op de problemen die zich kunnen voordoen indien de Commissie of de NMa de mededingingsrechtelijke aspecten van een zaak anders beoordeelt dan de rechter. In ieder geval lijkt het erop dat een partij, die zich in een procedure tot nakoming van een overeenkomst kan beroepen op het gezag van gewijsde van een uitspraak dat die overeenkomst in overeenstemming is met het mededingingsrecht, een sterke positie heeft.

Een waarschuwing is hierbij echter op zijn plaats. Het beroep op het gezag van gewijsde van een eerdere uitspraak gaat niet op als er sprake is van een relevante wijziging van omstandigheden.¹² Dit zou zich in de praktijk gemakkelijk kunnen voordoen aangezien de mededingingsrechtelijke beoordeling van een overeenkomst in sterke mate wordt bepaald door de marktpositie van partijen. Indien de omstandigheden op de relevante markt zodanig zijn gewijzigd dat de mededingingsrechtelijke beoordeling anders uitvalt, gaat het beroep op het gezag van gewijsde van een eerdere uitspraak niet meer op. Het enkele feit dat de Commissie tot een ander oordeel komt over de aanvaardbaarheid van de mededingingsbeperkende afspraak dan de burgerlijke rechter, is naar ons oordeel overigens geen relevante wijziging van omstandigheden. In dat geval zou de Commissie immers nimmer het gezag van gewijsde behoeven te respecteren, hetgeen in strijd zou zijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

Voldoende belang bij een verklaring voor recht

Wij zijn van mening dat het feit dat op het moment dat de vordering wordt ingesteld van een echt geschil tussen partijen geen sprake is er in beginsel niet aan in de weg staat dat een verklaring voor recht wordt uitgesproken.¹³ De Hoge Raad heeft in 1951 beslist¹⁴ 'dat een vordering,

8 Waaronder begrepen hun rechtsopvolgers onder algemene of bijzondere titel (artikel 67 lid 2 Rv).

9 Gevoegde zaken 79/63 en 82/63, Reynier en Erba/Commissie, Jur. 1964, p. 539 e.v., m.n. p. 556; zie ook het arrest van 1 juni 1999 in zaak C-126/97, Ecoswiss China Time Ltd /Benetton International NV, n.n.g., r.o. 48, en nr. 48 van de conclusie van advocaat-generaal Saggio bij dat arrest.

10 Zaaknummer 570.

11 Dit was ten tijde van het vonnis van de president (16 september 1997) de Wet economische mededinging en ten tijde van het arrest van het Hof (5 februari 1998) de Mededingingswet. Aangezien verticale prijsbinding voor cd's krachtens de Wet economische mededinging ook al verboden was zou Erasmus in beide instanties de vordering van Soerjadi met succes hebben kunnen pareren met een beroep op het mededingingsrecht.

12 Zie Y.E.M. Beukers, *Eenmaal andermaal?, Beschouwingen over het gezag van gewijsde en ne bis in idem in het Burgerlijk Procesrecht*, diss. 1994, p. 78.

13 Zo ook *Vermogensrecht* (Jongbloed) artikel 302, aant. 2.

A r t i k e l e n

welke uitsluitend strekt om bij gewijsde het bestaan van een rechtsverhouding te doen vaststellen, slechts toelaatbaar is indien de eiser er belang bij heeft, dat zodanige de wederpartij bindende verklaring reeds dadelijk door den rechter wordt gegeven'. Een dergelijk belang zal in het algemeen aanwezig zijn. De beslissing of een bepaalde overeenkomst al dan niet in strijd is met het mededingingsrecht, is onttrokken aan de partijautonomie. Het feit dat beide partijen het er op het moment van het instellen van de vordering over eens zijn dat de overeenkomst in overeenstemming is met het mededingingsrecht brengt daarom niet mee dat zij geen belang hebben bij een rechterlijke vaststelling terzake. In vele gevallen zullen partijen uitgaande van de rechtsgeldigheid van de overeenkomst investeringen plegen of hun ondernemingsactiviteiten daarop afstemmen. Daarmee is een voldoende belang bij de vordering gegeven. Daarbij vinden wij mede van belang dat de thans bestaande mogelijkheid om zekerheid over de toelaatbaarheid van de overeenkomst te verkrijgen – het indienen van een verzoek om ontheffing op grond van artikel 81 lid 3 EG bij de Commissie – niet meer mogelijk is.

De inhoudelijke toetsing door de rechter

Het mededingingsrecht is van openbare orde. Het Hof van Justitie heeft in de Van Schijndel-zaak¹⁵ beslist dat in een geding dat betrekking heeft op ter vrije beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen de nationale rechter de mededingingsregels dient toe te passen zelfs wanneer daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft, geen beroep is gedaan, indien het nationale recht deze toepassing toelaat. Dit betekent dat de rechter een verklaring voor recht dat een bepaalde overeenkomst in overeenstemming met het mededingingsrecht is niet kan geven, zonder ambtshalve onderzocht te hebben of sprake is van schending van het mededingingsrecht. Het probleem daarbij is dat de burgerlijke rechter niet goed geëquipeerd is om een dergelijk onderzoek zelfstandig te verrichten. In het Nederlandse burgerlijk procesrecht bestaat geen algemene verplichting voor partijen om de rechter alle voor de beoordeling van de zaak relevante informatie te verstrekken. De rechter zou echter informatie kunnen verkrijgen door op grond van artikel 19a Rv een comparitie van partijen voor het verstrekken van inlichtingen te gelasten. Indien de partijen de rechter onvoldoende voorlichten, zou de rechter op die grond de vordering kunnen afwijzen. Een andere, meer voor de hand liggende, mogelijkheid is dat de rechter (op kosten van partijen) een deskundigenbericht gelast om zich te laten voorlichten over de relevante markt en de positie van partijen.

Volledigheidshalve wijzen wij nog op het voorstel om in Verordening 17 te bepalen dat nationale rechterlijke instanties de Commissie moeten informeren over procedures waarin de artikelen 81 en 82 EG worden toegepast en de Commissie het recht te geven op verzoek van de rechter bij wie een dergelijk geschil aanhangig is als *amicus curiae* te interveniëren (nr. 107).¹⁶

Thans verleent de Commissie een vrijstelling op grond van artikel 81 lid 3 EG alleen voor een bepaalde periode van bijvoorbeeld 10 jaar. Wij hebben ons afgevraagd of de burgerlijke rechter een verklaring voor recht dat een bepaalde overeenkomst in overeenstemming is met het mededingingsrecht eveneens in de tijd zou kunnen of moeten beperken door in het dictum van de uitspraak op te nemen dat deze slechts voor een bepaalde periode geldt. In het burgerlijk procesrecht is geen bepaling te vinden die dit verbiedt. Voor een dergelijke limitering pleit dat het antwoord op de vraag of een overeenkomst al dan niet strijdig is met het mededingingsrecht afhankelijk is van marktomstandigheden die kunnen wijzigen en dat het niet mogelijk is om op langere termijn te voorspellen hoe de markt er zal uitzien. Bedacht moet worden dat als de rechter op deze wijze zijn uitspraak in de tijd limiteert het gesloten stelsel van rechtsmiddelen¹⁷ eraan in de weg staat om binnen die periode nog een beroep te doen op gewijzigde omstandigheden die aan een beroep op het gezag van gewijsde in de weg zouden staan.

Conclusie

Een verklaring voor recht lijkt een interessante mogelijkheid om tenminste tussen partijen zekerheid te verkrijgen omtrent de mededingingsrechtelijke merites van hun overeenkomst. Hierboven hebben wij enige gedachten geformuleerd over hoe dit in de praktijk zijn beslag zou kunnen krijgen. De rechter zal daarnaast ongetwijfeld ook op andere manieren met artikel 81 EG te maken krijgen.

Intensivering van de opsporing van kartels

In het kader van de versterking van de controle op de naleving van de mededingingsregels stelt de Commissie voor haar onderzoeksbevoegdheden te verruimen, de procedure voor het indienen (en verwerpen) van klachten te stroomlijnen en haar bevoegdheden tot het opleggen van sancties te verruimen. Wij zullen hieronder op dit laatste onderwerp ingaan.

De Commissie overweegt allereerst de geldboetes en dwangsommen te verhogen die kunnen worden opgelegd aan ondernemingen die niet meewerken aan een onderzoek van de Commissie of onjuiste informatie verstrekken (nr. 123-125). De huidige boetes en dwangsommen zijn inderdaad laag, zodat het voorstel van de Commissie redelijk is. Dat kan niet worden gezegd van de suggestie te bepalen dat leden van een ondernemersvereniging hoofdelijk aansprakelijk zijn voor aan de vereniging opgelegde boetes (nr. 127-128). Dit idee komt voort uit de problemen die de

14 HR 30 maart 1951, NJ 1952, 29.

15 Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor fysiotherapeuten, Jur. p. I-4705, NJ 1997, 166.

16 Zie hieromtrent nader de bijdrage van mr P.V.F. Bos.

17 Zie over dit gesloten stelsel van rechtsmiddelen: HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588 (curatoren Jamin/Geels).

A r t i k e l e n

Commissie heeft gehad om de in de Nederlandse Kranenzaak aan een ondernemersvereniging opgelegde boete te innen.¹⁸ Volgens vaste jurisprudentie mag de Commissie bij de berekening van de hoogte van een aan een ondernemersvereniging op te leggen boete uitgaan van de omzet van alle ondernemingen die lid zijn van de desbetreffende vereniging, althans wanneer de vereniging haar leden op grond van haar interne regels kan binden.¹⁹ Ondernemersverenigingen zullen niet steeds in staat zijn op deze grondslag vastgestelde boetes te voldoen, terwijl leden (althans naar Nederlands recht) niet aansprakelijk zijn voor de schulden van een vereniging. Volgens de rechtspraak impliceert het opleggen van een boete aan een ondernemersvereniging echter in geen enkel opzicht dat een boete aan de leden wordt opgelegd.²⁰ Het voorstel van de Commissie brengt met zich mee dat leden aansprakelijk kunnen zijn voor de betaling van een boete, zonder dat zij zich individueel tegen de beschuldigingen van de Commissie hebben kunnen verweren. De Commissie stelt voor door middel van een bekendmaking in het Publicatieblad leden op te hoogte te stellen van de inleiding van de procedure en het uitbrengen van de punten van bezwaar. Aangezien de leden geen partij zijn in de procedure tegen de vereniging hebben zij echter niet het recht hun standpunt naar voren te brengen of weren te voeren die specifiek op hen zien. Een dergelijke vergaande groepsaansprakelijkheid lijkt in strijd te komen met het artikel 6 EVRM.²¹ Het voorstel impliceert verder dat individuele leden kunnen worden gedwongen tot betaling van een boete die in geen verhouding staat tot hun betrokkenheid bij de inbreuk – zo die al bestaat. Dit staat haaks op het beginsel dat boetes in verhouding moeten staan tot de zwaarte en de duur van de inbreuk en de grootte van de onderneming.²² Onaanvaardbaar is naar onze mening in elk geval dat een lid wordt aangesproken voor een bedrag dat het in Verordening 17 vastgestelde maximum van 10% van zijn omzet overschrijdt. De logische conclusie hiervan – dat een onderne-

mersvereniging nimmer een boete kan worden opgelegd die meer bedraagt dan 10% van de omzet van het lid met de laagste omzet – zal de Commissie wel niet willen trekken.

Balans

De implicaties van het witboek voor de praktijk van de mededingingsrechtadvocaat zijn velerlei. Hierboven hebben wij enkele aspecten aangestipt en elders in dit nummer worden andere relevante onderwerpen besproken. Een voorzichtige balans lijkt dat het voorgestelde beleid zal leiden tot meer advies- en procedeerwerk. Op onderdelen van het witboek is kritiek mogelijk en de verhouding tussen de toepassing van het mededingingsrecht door de rechter en de Commissie of nationale mededingingsautoriteiten verdient nadere aandacht. De kern van het witboek – afschaffing van het ontheffingsmonopolie van de Commissie – lijkt een noodzakelijke aanpassing van het recht aan de werkelijkheid. Duidelijk is dat de advocatuurlijke praktijk er niet eenvoudiger op zal worden en dat ook in de toekomst nog veel interessant werk te doen valt.

18 Beschikking Nederlandse Kraanverhuurbedrijven, Pb. EG 1995, L 312/79.

19 Zie gevoegde zaken T-39/92 en T-40/92, CB en Europay, Jur. 1994, p. II-49, r.o. 136 en r.o. 252 van de in de vorige noot aangehaalde kranenzaak.

20 Gevoegde zaken T-39/92 en T-40/92, CB en Europay, Jur. 1994, p. II-49, r.o. 139.

21 Hoewel artikel 15 lid 4 van Verordening 17 bepaalt dat wegens inbreuk op de mededingingsregels opgelegde boetes geen strafrechtelijk karakter hebben, pleegt op grond van het Öztürk-arrest (EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937) te worden aangenomen dat wel degelijk sprake is van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Zie omtrent het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen het in de vorige noot genoemde CB en Europay-arrest.

22 Zaak 27/76, United Brands, Jur. 1978, p. 207, r.o. 302.