

## AFSPRAKEN TUSSEN NOTARISSEN TE BREDA, ZAAKNUMMER 952

Besluit van de D-G NMa d.d. 14 september 1999.  
Mededingingswet, artikelen 6, 53, 56 en 62, marktverdelingsafpraak, cautieplicht, Wet Economische Mededinging, Besluit Marktverdelingsregelingen, boete, last onder dwangsom.  
(m.nt. mr A.R. Bosman)

### Feiten

In november 1998 verrichtten ambtenaren van de NMa ambtshalve een onaangekondigd bedrijfsonderzoek bij een viertal notariškantoren in Breda. Tijdens dit onderzoek werd belastend materiaal gevonden, waaronder een overeenkomst uit 1995 waaruit bleek dat er sedert 1947 tussen de notarissen in Breda afspraken bestaan betreffende het passeren van akten waarbij de gemeente Breda of een instelling van de gemeente partij is. De afspraken voorzagen onder andere in het verdelen van akten van de gemeente(instellingen) volgens een vastgesteld schema. Ieder jaar werden twee notarissen aangewezen, waarbij de ene notaris de aankoop- en de andere de verkoopakten voor zijn rekening nam. Het met het passeren verkregen honorarium werd in een pot gestort en na aftrek van kosten verdeeld onder de partijen bij de overeenkomst. Ook hadden de notarissen zich verbonden zonder elkaars toestemming geen personeel van elkaar over te nemen. In de loop van 1996 werden diverse pogingen ondernomen de regeling aan te passen. Dit mondde uit in een brief van 18 maart 1997 die namens alle notarissen werd gestuurd aan de gemeente Breda en waarin werd voorgesteld de overeenkomst uit 1995 te beëindigen per 1 april 1997 en te vervangen door een regeling waarbij de koper de notaris zou kiezen en indien van deze keuzemogelijkheid geen gebruik zou worden gemaakt, de akten bij toerbeurt door de betrokken notarissen zouden worden gepasseerd. Voor de gemeente was dit voorstel niet aanvaardbaar en van die zijde werd aangedrongen op continuering van de bestaande regeling uit 1995. In maart 1998 deden de notarissen een hernieuwde poging om met de gemeente overeenstemming te bereiken, echter thans op basis van een voorstel dat inhoudelijk zoveel mogelijk aansloot bij de oude regeling. Hiermee ging de gemeente uiteindelijk akkoord. Op basis van de nieuwe regeling kreeg de koper een keuzerecht. Er werden per kwartaal twee notarissen aangewezen die in actie kwamen in geval de koper van dit keuzerecht geen gebruik maakte en indien de gemeente koper was. De ene notaris passeerde de akte waarbij de gemeente kocht of in erfpacht uitgaf en de andere notaris passeerde alle overige akten. De kwantitatieve betekenis van de regeling was beperkt nu de koper de notariskeuze maakte en in 80 à 90% van de gevallen de koper niet de gemeente was. De nieuwe regeling ging in op 1 april 1998 en werd eenzijdig door de notarissen beëindigd per 1 april 1999.

### Rapport

In het rapport dat naar aanleiding van de bevindingen in de onderzoeksfase werd opgemaakt wordt geconcludeerd dat de opeenvolging van overeenkomsten tussen de notarissen heeft geleid tot een voortdurend systeem van marktverdeling welke naar haar aard mededingingsbeperkend is en mitsdien ingevolge artikel 6 Mw verboden.<sup>1</sup> De regeling strekt er volgens het rapport toe de onderlinge concurrentie tussen de notarissen in Breda ten aanzien van het verwerven van opdrachten uit te schakelen. De verdeling wordt in haar werking versterkt doordat de gemeente daarmee heeft ingestemd, met als gevolg dat de notarissen met standplaats buiten Breda niet in aanmerking komen voor opdrachten van notariële werkzaamheden voor de gemeente. Overigens wordt in het rapport overwogen dat het systeem van marktverdeling reeds verboden was op grond van het onder de Wet Economische Mededinging vigerende Besluit Marktverdelingsregelingen (BMV). Dit alles leidt tot de conclusie dat sprake is van een ernstige inbreuk op het kartelverbod waarvoor aan betrokkenen zowel een boete<sup>2</sup> als een last onder dwangsom<sup>3</sup> zou moeten worden opgelegd.

### Beoordeling

Tegen het rapport werden door de notarissen een groot aantal bezwaren kenbaar gemaakt. Zo stelden de notarissen dat door de onderzoekende ambtenaren de cautieplicht<sup>4</sup> werd geschonden, doordat tijdens het bedrijfsonderzoek aan de onderzochte notarissen niet, althans onvoldoende, duidelijk was gemaakt dat zij niet tot antwoorden verplicht waren. De D-G verwerpt dit betoog, onder andere door erop te wijzen dat de ambtenaren die het onderzoek hebben verricht wel degelijk het doel van hun bezoek hebben toegelicht en de betrokken notarissen hebben gewezen op het feit dat deze niet verplicht waren verklaringen af te leggen.

De notarissen betwistten daarnaast dat zij individueel een onderneming zijn in de zin van de Mw. In hun ogen zou alleen de maatschap waarvan zij deel uitmaken als zodanig kunnen worden aangemerkt. Ook dit betoog verwerpt de D-G door, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en de beschikkingspraktijk van de Commissie<sup>5</sup>, te stellen dat notarissen 'zelfstandig juridische diensten aanbieden die door afnemers worden gekozen' en aldus ieder voor zich zijn aan te merken als een entiteit die economische activiteiten verricht. De D-G voegt daar nog aan

1 De beoordeling in het rapport beperkt zich tot de afspraak tussen de notarissen omtrent de verdeling van de opdrachten. De rol van de gemeente en de afspraak aangaande het niet-overnemen van personeel zijn nog onderwerp van nader onderzoek.

2 Artikel 56lid 1 onder a Mw.

3 Artikel 56 lid 1 onder b Mw.

4 Artikel 53 Mw.

5 Beschikking van 30 januari 1995 in de zaak Coapi (Pb. EG 1995, L 122).

## A n n o t a t i e s

toe dat ook onder de WEM notarissen al als onderneming werden gekwalificeerd.

Uitvoerig gaat de D-G in op het betoog van de notarissen dat de gemeente Breda de bepalende factor was voor de inhoud van de overeenkomst. Volgens de notarissen hebben niet zij de markt verdeeld maar de gemeente Breda die de regeling juist wenste om een correcte en efficiënte afwikkeling van gemeentelijke grondtransacties te waarborgen. De D-G wijst er in de eerste plaats op dat de regeling de vorm heeft van een overeenkomst tussen de notarissen onderling. Deze overeenkomst is gewijzigd in overleg met, en na correspondentie tussen, de betrokken notarissen. Of de gemeente al dan niet partij was bij de overeenkomst doet aan het mededingingsbeperkende karakter van de overeenkomst niet af. Daar komt nog bij dat de D-G niet heeft kunnen vaststellen dat door de gemeente enige dwang is uitgeoefend die de notarissen de vrijheid zou hebben ontnomen handelingen te verrichten of na te laten op grond van hun eigen beoordeling van hun wettelijke verplichtingen. Voorts verwerpt de D-G de stelling van de notarissen dat de gemeente als afnemer van diensten de vrijheid heeft desgewenst zaken te doen met elke leverancier. Volgens de D-G mogen de leveranciers daaraan immers niet de bevoegdheid ontlenuen afspraken te maken die strijdig zijn met een dwingend wetsartikel.

Ook het argument van de notarissen dat in de notariële dienstverlening geen sprake is van concurrentie aangezien de tarieven voor notariële werkzaamheden vastliggen, sneuvelt. De D-G erkent weliswaar dat in het notariaat tot de invoering van de nieuwe Wet op het Notarisambt niet op prijs wordt geconcurrereerd maar dit neemt, aldus de D-G, niet weg dat wel degelijk tussen notarissen onderling geconcurrereerd kan worden op kwaliteit, service en snelheid en de regeling sluit die vorm van concurrentie uit.

Tenslotte gaat de D-G voorbij aan het argument van de notarissen dat de regeling tot doel had om in geval van nood werkzaamheden evenredig over de verschillende kantoren te verdelen, om een eerlijke verdeling tot stand te brengen van verliesgevende werkzaamheden en om 'vriendjespolitiek' bij de toedeling van werkzaamheden te voorkomen en bijgevolg zeker niet de strekking had de mededinging te beperken. Een marktverdelingsafpraak als de onderhavige heeft volgens de D-G immers naar haar aard de strekking de mededinging te beperken, onafhankelijk van de intentie waarmee deze afspraak zou zijn gemaakt. Los daarvan is de D-G van mening dat de afspraak ook mededingingsbeperkende gevolgen had, nu de onderlinge concurrentie tussen notarissen ten aanzien van het verwerven van opdrachten van de gemeente werd uitgeschakeld. Deze effecten zijn op de markt ook merkbaar omdat een niet onaanzienlijk deel van de Bredase markt voor notariële dienstverlening bij onroerend-goedtransacties hierdoor wordt beïnvloed.

Na alle argumenten van de notarissen terzijde te hebben geschoven gaat de D-G vervolgens in op de sancties. Hij acht een boete op zijn plaats gelet op de ernst en de

duur van de overtreding. Marktverdeling levert een ernstige overtreding op van het verbod op artikel 6 Mw en rechtvaardigt, indachtig ook het beleid van de Commissie ten aanzien van dit soort regelingen<sup>6</sup>, op zichzelf een hoge boete. Ten aanzien van de duur wordt opgemerkt dat de overtreding een looptijd van 15 maanden had, te weten van 1 januari 1998 (de datum van inwerkingtreding van de Mededingingswet) tot 1 april 1999 (de datum waarop de regeling door de notarissen werd beëindigd). De D-G bestempelt dat als een gemiddelde duur en zulks vormt een indicatie voor een gemiddelde boete. Dat de notarissen na het bekend worden van het rapport de regeling eenzijdig hebben beëindigd, vormt aanleiding de boete te verlagen. Als verzachtende omstandigheid wordt ook aangemerkt het feit dat de geconstateerde marktverdeling betrekking had op slechts een deel van de activiteiten van de notarissen. Tot 1 april 1998 ging het immers alleen om transacties waarbij de gemeente Breda partij was en in de periode 1 april 1998 tot 1 april 1999 betrof het uitsluitend transacties waarbij de gemeente kopende partij was of met betrekking waartoe de koper geen keuze had gemaakt. Bij het bepalen van de hoogte van de boete wenste de D-G geen rekening te houden met de door de notarissen aangevoerde onbekendheid met de bepalingen van de Mededingingswet. Allereerst kent de Mededingingswet de mogelijkheid om zich te disculperen niet en bovendien kunnen de notarissen naar zijn mening in gemoede niet beweren dat zij van het onderwerp niet op de hoogte waren. De D-G wijst erop dat in de (juridische) pers aan de Mededingingswet veelvuldig aandacht is besteed. Voorts herinnert hij eraan dat vanaf 1993 tussen de Koninklijke Notariële Broederschap uitvoerig overleg is gevoerd met het Ministerie van Economische Zaken over de toepasselijkheid van de mededingingsregels op het notariaat. Alles afwegende acht de D-G een boete variërend van f 15.000,- tot f 20.000,- op zijn plaats. Hij ziet ervan af een last onder dwangsom op te leggen omdat de notarissen de overeenkomst inmiddels hebben beëindigd.

### Commentaar

Bij het besluit zijn de nodige kanttekeningen te maken, zowel ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling als ten aanzien van de middelen die door de NMa in deze zaak zijn ingezet.

Strikt genomen is de conclusie van de D-G dat tussen de notarissen in Breda een vorm van marktverdeling is overeengekomen natuurlijk juist. Daarmee is het echter nog geenszins een marktverdelingsregeling in de klassieke zin van het woord zoals er in het verleden al zoveel door de Europese Commissie zijn veroordeeld. Bij marktverdelingsafspraken denkt men immers meteen aan het bewust uit-

6 Vgl. o.a. Mededeling van de Europese Commissie van 14 januari 1998, Pb. EG 1998, C9.

## A n n o t a t i e s

schakelen van onderlinge concurrentie en daarvan lijkt hier voor wat betreft de notarissen niet echt sprake te zijn. De verklaring van de notarissen dat ze tegemoet kwamen aan de uitdrukkelijke wens van de gemeente Breda om structuur aan te brengen in de wijze van afhandeling van grondtransacties klinkt bepaald plausibel. Het belang dat de gemeente Breda had bij de regeling wordt alleen al onderstreept door de weigering in maart 1998 om akkoord te gaan met het voorstel van de notarissen om deze af te schaffen. Dit doet de rol van de notarissen en het doel wat hen voor ogen stond op zijn minst in een ander daglicht staan en in dat verband is het te betreuren dat de NMa heeft gemeend de rol van de gemeente separaat te moeten onderzoeken. De D-G heeft voor de bijzondere positie van de notarissen echter geen oog en past artikel 6 Mw strikt toe. Hij stelt vast dat de markt is verdeeld en dat een marktverdelingsregeling *per se* mededingingsbeperkend is. Een onderzoek naar de gevolgen van de regeling voor de mededinging is bijgevolg niet aan de orde. Dit is op zichzelf jammer aangezien uit dit onderzoek wel eens had kunnen blijken dat de gevolgen voor de mededinging beperkt zijn. Dit geldt zeker voor de afspraak die gold van 1 april 1998 tot 1 april 1999. Het aantal transacties waarop deze regeling zag is relatief klein en niet vergeten mag worden dat eenzelfde resultaat bereikt had kunnen worden wanneer de gemeente Breda ertoe zou zijn overgegaan eenzijdig één of meer notarissen aan te wijzen voor afhandeling van haar grondtransacties. Een handelwijze die overigens door veel gemeentes wordt toegepast.

De D-G is evenmin bereid gebleken met de mogelijk geringe gevolgen voor de mededinging rekening te houden bij het vaststellen van de sanctie. Ook hier redeneert de D-G strikt. Er is sprake van een marktverdelingsregeling, dit is per definitie een ernstige inbreuk en zulks rechtvaardigt een boete. Hiermee gaat de D-G erg kort door de bocht. Ik meen dat zelfs de vraag gesteld kan worden of in deze zaak wel een boete geïndiceerd was. In casu gaat het niet om een groot belangrijk kartel met ernstige nadelige gevolgen voor de mededinging, maar om een regeling die tegemoet komt aan de wensen van één afnemer van notariële diensten in een markt waar op grond van wettelijk regelingen weinig concurrentiemogelijkheden zijn. Het gaat voorts om een regeling die geen nadelige gevolgen heeft voor de afnemers van notariële diensten in de regio, laat staan dat aan deze afnemers op duurzame wijze schade wordt toegebracht.<sup>7</sup> Overigens wijst niets erop dat de notarissen de intentie hadden daadwerkelijk de mededinging tussen hen uit te schakelen. Van belang is tenslotte dat de notarissen na ontvangst van het rapport van de D-G de regeling onmiddellijk hebben stopgezet. Alles overwegende had de D-G kunnen besluiten de notarissen er met een waarschuwing van af te laten komen. Met een besluit van die strekking zou immers ook wel zijn bereikt dat vergelijkbare regelingen elders zullen worden beëindigd.<sup>8</sup>

De D-G heeft echter gekozen voor een andere oplossing en een boete opgelegd. Daarmee heeft hij na zijn

recente besluit inzake de Samenwerkende elektriciteitsproductiebedrijven<sup>9</sup> wederom duidelijk gemaakt dat hij niet zal aarzelen de Mededingingswet toe te passen en zonodig boetes op te leggen in gedeeltelijk geliberaliseerde sectoren.

Het besluit geeft niet aan hoe de D-G uiteindelijk is gekomen tot de bedragen waarmee de notarissen zijn beboet. Aangenomen mag worden dat bij het bepalen van de hoogte van deze bedragen rekening is gehouden met de omzet van de betrokken notarissen. Of daarbij gekeken is naar de totale individuele omzet van iedere notaris of alleen naar de omzet die per notaris werd gerealiseerd door het toerbeurtsysteem wordt niet duidelijk. Hiermee heeft de D-G een mogelijkheid voorbij laten gaan om het door hem gevoerde beleid ten aanzien van de berekening van de boete nader vorm te geven.

Een kanttekening kan ook geplaatst worden bij het gebruik in deze zaak door de NMa van het middel van het *onaangekondigde* bedrijfsonderzoek. We weten uit de Europese praktijk dat die eer over het algemeen alleen te beurt valt aan ondernemingen waarvan het vermoeden bestaat dat deze bewijsmateriaal vernietigen. Toegegeven zij dat de Commissie meer en meer gebruik maakt van dit middel ook in zaken waarin een dergelijk vermoeden niet bestaat, maar dat doet aan het uitgangspunt niet af. In het geval van notarissen lijkt het moeilijk voorstelbaar dat deze bewijsmateriaal zouden hebben vernietigd indien de ambtenaren van de NMa hun komst zouden hebben aangekondigd of wanneer de NMa aan de betrokken notarissen vragen zou hebben gesteld over het bestaan van regelingen met de gemeente. Wat hier ook van zij, het bevestigt het reeds voor de totstandkoming van de Mededingingswet uitgesproken vermoeden dat de NMa vaker onaangekondigd dan aangekondigd bezoeken aan ondernemingen zal afleggen.<sup>10</sup>

Ten slotte nog een opmerking over het effect van het besluit voor de praktijk. Het ligt voor de hand dat de diverse regelingen met betrekking tot het afhandelen van gemeentelijke grondtransacties in de komende tijd kritisch tegen het licht zullen worden gehouden. De vraag daarbij zal zijn of regelingen die getroffen worden door artikel 6 Mw zullen worden vervangen door een systeem waarbij de gemeente eenzijdig werkzaamheden toewijst. Het is niet ondenkbaar dat ondanks het feit dat recentelijk de notariële

7 Het toebrengen van duurzame schade aan consumenten is een van de factoren aan de hand waarvan door de Europese Commissie de zwaarte van een inbreuk wordt bepaald. Vgl. Mededeling van de Europese Commissie van 14 januari 1998, Pb. EG 1998, C9.

8 In een persbericht dat naar aanleiding van deze zaak werd uitgegeven spreekt de NMa de hoop uit dat vergelijkbare regelingen zullen worden beëindigd en wordt aangekondigd dat zulks in de praktijk ook zal worden gecontroleerd. Persbericht 9922 van 15 september 1999.

9 Vgl. zaak 650/Hydro Energy B.V. vs. SEP waarin de NMa aan SEP een boete oplegde van f 14 mio wegens inbreuk op artikel 24 Mw.

10 Vgl. M.M. Slotboom, De NMa staat voor de deur: toezicht en onderzoek in het kader van de Mededingingswet; *TVVS* 1997, nr. 11, p. 325.

## A n n o t a t i e s

le tarieven beperkt zijn vrijgemaakt,<sup>11</sup> een gemeente nog steeds een beleid zal willen voeren dat erop gericht is het door hen te vergeven werk gelijkelijk onder de lokale notarissen te verdelen, teneinde aldus een goede verstandhouding met die notarissen te waarborgen en niet in de positie te worden gemanoeuvreed dat een voorkeur voor de ene of de andere notaris dient te worden uitgesproken. Als voor deze optie zou worden gekozen verandert er feitelijk niet veel en lijkt het effect van het besluit van de D-G voor het notariaat al met al beperkt.

---

<sup>11</sup> Vanaf 1 oktober 1999 is het een notaris toegestaan om, onder andere, bij onroerend-goedtransacties af te wijken van het basistarief (i.e. het tarief dat werd gehanteerd tot 1 oktober 1999).