



UNETO-VNI, zaaknummer 2157-66, Besluit van de d-g NMa, 22 juli 2004. Lidmaatschapsregelingen brancheorganisatie.

(m.nt. mr R.N.M. Wesseling)*

Inleiding

Brancheorganisaties blijven zich verheugen in een warme belangstelling. De grenzen van het toelaatbare met betrekking tot de (formele) inrichting en (materiële) werkwijze van brancheorganisaties geven nog steeds aanleiding tot onzekerheid en debat. De NMa heeft getracht, onder meer in de Richtsnoeren samenwerking bedrijven,¹ duidelijkheid hieromtrent te verschaffen. Een aangepaste versie van deze Richtsnoeren is echter begin volgend jaar alweer in aantocht.² De noodzaak van deze aanpassing is mede ingegeven door de uitspraak van de Rechtbank te Rotterdam van 25 maart 2004³ (en het daaropvolgende besluit van de d-g NMa), het onderwerp van deze noot.

Feiten

De Vereniging van Nederlandse Installatiebedrijven (de 'VNI'), na de juridische fusie in 2001 met de Unie van Elektrotechnische ondernemers Uneto genaamd UNETO-VNI, is een vereniging van ondernemingen die zich onder meer bezighouden met de installatie van voorzieningen voor verwarming, gas, water, ventilatie en sanitair, alsmede de technische detailhandel.

Begin 1998 vraagt de VNI, gelet op art. 100 Mw, ontheffing van het verbod van art. 6 lid 1 Mw ten aanzien van een aantal (ontwerp-)statuten en reglementen van (bedrijfs-groepen van) de vereniging.

Bij besluit van 25 september 2000 zijn de aanvragen afgewezen; met betrekking tot een aantal van de voorgelegde regelingen concludeerde de NMa dat deze niet onder het verbod van art. 6 Mw vielen en ten aanzien van de overige regelingen werd geoordeeld dat deze niet voor ontheffing op grond van art. 17 Mw in aanmerking kwamen. Het daartegen ingediende bezwaar is bij besluit op bezwaar van 15 februari 2002 (gedeeltelijk) ongegrond verklaard. Tegen dit besluit is beroep ingesteld. De Rechtbank Rotterdam heeft op 25 maart

2004 het beroep gegrond verklaard en bepaald dat de NMa een nieuw besluit (op bezwaar) diende te nemen.

Vermelding verdient nog dat de VNI hangende de bezwaarprocedure de statuten weliswaar heeft aangepast, doch dat het bezwaar zich mede richtte tegen het oordeel van de NMa dat de (relevante bepalingen van de) oude statuten in strijd waren met art. 6 Mw.

In de bezwaar- en beroepsprocedure speelden de navolgende, meest relevante vragen:

1. Heeft VNI nog belang bij het bezwaar en het beroep nu zij, naar aanleiding van de door de NMa ingenomen standpunten in het eerste besluit, de statuten hangende de bezwaarprocedure zodanig had aangepast dat zij niet langer in strijd waren met art. 6 Mw?
2. Mocht de door VNI gehanteerde lidmaatschapsprocedure dadelijk getoetst worden aan de in de beschikkingenpraktijk van de Commissie alsmede de jurisprudentie van het Hof ontwikkelde objectiviteitscriteria?

Beoordeling

Ten aanzien van de eerste vraag

Ondanks het feit dat de statuten gewijzigd waren en het besluit op bezwaar dus geen betrekking kon hebben op de relevante bepalingen van de oude statuten, werd het beroep van de VNI door de Rechtbank ontvankelijk geoordeeld. De overwegingen van de NMa die tot het standpunt ten aanzien van de oude statuten (en dus tot de aanpassing daarvan) geleid hebben zijn op zichzelf te kenschetsen als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Het betreft hier immers een als definitief bedoeld (rechts-)oordeel en een 'bijzonder geval' conform de door de Rechtbank aangehaalde jurisprudentie.⁴ De Rechtbank overwoog daarbij dat een andersluidende interpretatie de VNI zou hebben

* Advocaat bij Levenbach Advocaten te Amsterdam.

1 29 mei 2001, *Stcr.* 108.

2 Speech d-g NMa d.d. 10 december 2004, gepubliceerd op de website van de NMa.

3 MEDED 02/796 – HRK.

4 CBB 13 augustus 2002, AB 2003/38; Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 16 november 1998, AB 1999/426.

genoodzaakt haar statuten ongewijzigd te laten en dan het risico te lopen dat (i) geruime tijd op basis van (wellicht) nietige statuten wordt geopereerd, en (ii) een boete wordt opgelegd. De noodzaak tot aanvaarding van deze (mogelijke) gevolgen werd als onevenredig bezwarend beschouwd.

Ten aanzien van de tweede vraag

Om lid te kunnen worden van de VNI dient de ondernemer te beschikken over een erkenning door VEWIN, ENERGIENED, dan wel een andere door het algemeen bestuur aan te wijzen vergelijkbare instelling. Voor het lidmaatschap van twee onder de VNI ressorterende bedrijfspgroepen gelden nadere kwaliteitseisen. Voorts bepalen de statuten dat het algemeen bestuur van de VNI omtrent de toelating tot het lidmaatschap besluit. De oude statuten bepaalden dat tegen een afwijzende beslissing van het bestuur beroep openstond bij de ledenraad. Deze bepaling is (zoals hiervoor vermeld 'onder protest') gewijzigd in die zin dat het beroepsorgaan niet langer de ledenraad doch een (onafhankelijke) rechtspraakcommissie geworden is. Aldus was er geen sprake (meer) van inbreuk op art. 6 Mw ten aanzien van aangepaste statuten, doch mogelijk nog steeds wat betreft de reglementen van twee bedrijfspgroepen van de VNI.

Omdat een groot aantal van de in Nederland werkzame technische installateurs lid zijn van de VNI en er belangrijke economische voordelen aan het lidmaatschap verbonden zijn, zoals de mogelijkheid tot kennisuitwisseling en het recht om het VNI-logo te voeren, kwam de NMa tot de conclusie dat het lidmaatschap van de VNI een factor van belang was in de markt en dat toepassing van de lidmaatschapsregeling derhalve tot een potentieel uitsluitingseffect zou kunnen leiden indien niet wordt voldaan aan (onder meer) de eisen van transparantie en onafhankelijkheid. Omdat naar het oordeel van de NMa de oude statuten en de reglementen van de twee bedrijfspgroepen niet voldeden aan deze eisen, kwamen zij niet voor ontheffing in aanmerking.

Dit alles gaat de Rechtbank te snel. Onder verwijzing naar het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg inzake *European Night Services*⁵ dienen naar het oordeel van de Rechtbank (kort gezegd) alle relevante (economische en juridische) omstandigheden van het geval te worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of een concrete regeling valt onder het verbod van art. 6 Mw, tenzij er sprake is van een regeling met duidelijke mededingingsbeperkingen (zoals in de zaak *SCK/FNK*).⁶ De Rechtbank oordeelde dat van dergelijke duidelijke mededingingsbeperkingen in casu geen sprake was. Volgens de Rechtbank had de NMa derhalve duidelijk dienen te maken welke concrete effecten de statuten en reglementen sorteerden. Het enkele feit dat een groot aantal installateurs aangesloten was bij de VNI alsmede de mogelijkheid tot het voeren van een logo/kwaliteitskeurmerk is daarvoor onvoldoende. Nu geen concrete voorbeelden voorlagen van uitsluiting van concurrenten, noch sprake was van klachten van ondernemers die niet tot het lidmaatschap van VNI of de bedrijfspgroepen waren toegelaten, komt de Recht-

bank tot de conclusie dat in dit geval sprake is van een louter theoretische mogelijkheid van uitsluiting van concurrenten. Dat is onvoldoende om inbreuk op art. 6 Mw te constateren.

Conclusie

In de Richtsnoeren samenwerking bedrijven geeft de NMa aan dat in geval van een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 20% van de betrokken ondernemingen, erkenningsregelingen kunnen leiden tot mededingingsbeperkende effecten, zoals een (potentieel) uitsluitingseffect, wanneer een dergelijke regeling belangrijke economische voordelen met zich meebrengt die niet onafhankelijk van de erkenning kunnen worden behaald. Aldus wordt de regeling een 'factor van belang'. In casu had de NMa aangenomen dat het feit dat de door de VNI erkende ondernemers gezamenlijk 80 tot 90% van de markt vertegenwoordigden en de mogelijkheid hadden een kwaliteitskeurmerk te voeren voldoende was om tot de slotsom te komen dat sprake was van een (potentieel) uitsluitingseffect, zonder dat verdere analyse van de feiten en omstandigheden van het geval noodzakelijk was.

De Rechtbank vindt dit te mager. Zelfs in geval van een zeer aanzienlijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen dient de NMa de betrokken markt(en) aan een grondige analyse te onderwerpen en moet er sprake zijn van (voorbeelden van) aanwijsbare mededingingsbeperkende effecten. Het bestaan van een louter theoretische mogelijkheid, zelfs als deze mogelijkheid onmiskenbaar aanwezig is door het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen, is onvoldoende om over te gaan tot de 'volgende' fase van toetsing van een lidmaatschaps- of erkenningsregeling aan de objectiviteitscriteria. Dit is alleen anders indien er sprake is van een regeling met duidelijke mededingingsbeperkingen zoals in de eerdergenoemde zaak *SCK/FNK*, waarbij het aan door de SCK gecertificeerde bedrijven niet was toegestaan kranen te huren bij niet-gecertificeerde bedrijven. Van een dergelijke beperking was ook sprake in de zaak *Stichting Ketten Kwaliteit Melk*,⁷ waarbij de bij de KKM aangesloten ondernemingen verplicht waren uitsluitend boerderijmelk te verwerken, afkomstig van door de Stichting erkende veehouderijbedrijven. Zolang er geen sprake is van dergelijke beperkingen, gelden dus eisen ten aanzien van de motivering van besluiten die zwaarder zijn dan de NMa tot dusverre had aangenomen.

De nieuwe Richtsnoeren samenwerking bedrijven zullen duidelijk dienen te maken dat (i) de omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de beantwoording van de vraag of (zoals in casu) het hanteren van bepaalde lidmaatschapsvoorwaarden daadwerkelijk tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt, en (ii) relevante effecten en/of voor-

5 Arrest van 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/94, T-395/94 en T-388/94, Jur. 1998 pag. II-3141.

6 Arrest van 22 oktober 1997, Pb. 1997, II-1739.

7 Zaaknummer 1237, Besluit van de d-g NMa, 14 maart 2000.

beelden deel uit dienen te maken van de analyse. Het bestaan van een substantieel marktaandeel en een keurmerk is op zichzelf onvoldoende om te constateren dat het lidmaatschap een factor van belang is en getoetst dient te worden aan de criteria van openheid, objectiviteit, duidelijkheid vóóraf, transparantie en onafhankelijkheid.