

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel van de Mededingingswet.

Nummer 3371 / 75.

Betreft zaak: vervoer zeecontainers over de weg

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

1.	Procedureverloop	3
2.	Branchebeschrijving	5
3.	De betrokken partijen	7
3.1.	Transport en Logistiek Nederland	7
3.2.	Alliantie Zeecontainervervoerders	8
3.3.	Vereniging van Zeecontainervervoerders	9
4.	Feiten en omstandigheden	10
4.1.	Informatieverstrekking aangaande kostenontwikkelingen.....	10
4.1.1.	Informatieverstrekking aangaande kostenontwikkeling en advies tot doorberekening in de vrachtprijs door TLN	10
4.1.2.	Informatieverstrekking aangaande kostenontwikkeling en advies tot doorberekening in de vrachtprijs door AZ.....	11
4.2.	Brandstofclausule.....	12
4.2.1.	Advies van TLN aangaande het hanteren van een brandstofclausule.....	12
4.2.2.	Advies van AZ aangaande het hanteren van een brandstofclausule	14
4.2.3.	Advies van VZV aangaande het hanteren van een brandstofclausule.....	14
4.3.	Kilometerheffing	15
4.3.1.	Advies van TLN over het doorberekenen van de kilometerheffing.....	16
4.3.2.	Advies van AZ over het doorberekenen van de kilometerheffing	19
5.	Zienswijze van partijen op het rapport.....	20
6.	Juridische beoordeling	22
6.1.	Formele aspecten	22
6.2.	Besluit van een ondernemersvereniging, algemeen	22
6.3.	Besluitkarakter advisering over brandstof en kilometerheffing	24
6.4.	Besluitkarakter jaarlijkse kosteninformatie TLN en AZ.....	24

6.5.	Mededingingsbeperking door aanbevolen doorberekening brandstofkosten	26
6.6.	Mededingingsbeperking door aanbevolen doorberekening kilometerheffing	27
6.7.	Conclusie overtreding artikel 6 Mw	27
7.	Artikel 81 EG-Verdrag	28
8.	Eindvaststelling overtreding TLN en AZ, toerekening	30
9.	Sanctie	31
9.1.	Wettelijk kader beboeting.....	31
9.2.	Zwaarte, achtergrond en context van de overtreding.....	31
9.3.	Conclusie omtrent beboeting.....	33
9.4.	Geen last onder dwangsom	33
10.	Besluit	34

1. Procedureverloop

1. In april 2003 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) onderzoek laten doen naar mogelijke overtreding van artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81 EG-Verdrag (hierna: EG) door een drietal ondernemersverenigingen op het gebied van transport van (zee)containers over de weg:
 - Transport en Logistiek Nederland (hierna: TLN);
 - Alliantie Zeecontainervervoerders (hierna: AZ); en
 - Vereniging van Zeecontainervervoerders (hierna: VZV).Tezamen worden de drie verenigingen hierna ook wel aangeduid als: de verenigingen.
2. Uit het onderzoek is een redelijk vermoeden gerezen dat de verenigingen artikel 6 Mw en artikel 81 EG hebben overtreden. Derhalve heeft de d-g NMa een rapport als bedoeld in artikel 59, lid 1, Mw (hierna: het rapport) doen opmaken. Het rapport is op 8 september 2003 aan TLN, AZ en VZV toegezonden.
3. Samengevat wordt in het rapport het volgende geconcludeerd. TLN en AZ hebben aan hun leden meerdere malen aanbevelingen gedaan met betrekking tot het doorberekenen van geraamde kostenstijgingen, de doorberekening van gestegen brandstofkosten en de doorberekening van de door Duitsland voorgenomen kilometerheffing in de door de leden gehanteerde vrachtprijzen. VZV heeft aan haar leden aanbevelingen gedaan met betrekking tot het doorberekenen van de gestegen brandstofkosten in de door haar leden gehanteerde tarieven. Bedoelde aanbevelingen vormen de uitdrukking van de wil van de ondernemersverenigingen om het gedrag van hun leden te coördineren en zijn te kwalificeren als besluiten van een ondernemersvereniging. Deze besluiten strekken ertoe de mededinging te beperken.
4. Blijkens het rapport hebben TLN, AZ en VZV tevens het verbod van artikel 81, lid 1, EG overtreden, aangezien als gevolg van de gewraakte gedragingen de tussenstaatse handel ongunstig kan worden beïnvloed.
5. Overeenkomstig artikel 60 Mw hebben TLN, AZ en VZV op 28 november 2003 schriftelijk hun zienswijze ingediend omtrent het rapport. Tevens vond op 4 december 2003 ten kantore van de NMa een hoorzitting plaats, waarbij TLN, AZ en VZV hun zienswijze

omtrent het rapport mondeling naar voren hebben gebracht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 23 januari 2004 aan betrokkenen is toegezonden.

6. Ingevolge artikel 11, lid 3, Verordening (EG) nr. 1/2003 heeft de d-g NMa de Europese Commissie in kennis gesteld van het onderzoek in deze zaak. Met toepassing van artikel 11, lid 5, van die verordening heeft de d-g NMa de Commissie geraadpleegd over het voornemen tot dit besluit.

2. Branchebeschrijving

7. De leden van TLN, AZ en VZV houden zich bezig met het vervoer over de weg van beladen of lege zeecontainers vanaf of naar een haven. De containers worden uit een zeeschip via een terminal op een vrachtwagen geladen en naar de ontvanger vervoerd. Zeecontainervervoer over de weg maakt vaak onderdeel uit van gecombineerd vervoer. Kenmerkend hiervoor is dat de lading via meer dan één vervoersmodaliteit (bijv. schip-spoor-vrachtwagen) wordt vervoerd, terwijl daarbij de goederen niet tijdens de overslag worden behandeld.¹
8. Sinds de introductie van de container als transporteenheid circa 30 jaar geleden is het gebruik ervan flink gegroeid. In 1999 bedroeg de groei van het mondiale containervervoer circa 7,8% per jaar en kwam daarmee uit op 201,35 mln. TEU.² Rotterdam is in Europa de grootste containeroverslaghaven. In 1999 werd in Rotterdam 6,34 mln. TEU overgeslagen. Voor de komende jaren wordt verwacht dat het containervervoer zal blijven groeien.³
9. In Nederland zijn bij benadering 10.000 ondernemingen actief in de wegtransportsector, circa 6.500 van deze ondernemingen zijn lid van TLN. Van die ondernemingen zijn ruim 1000 ondernemingen actief in (onder meer) het zeecontainervervoer over de weg. Een deel van die laatste ondernemingen houdt zich hoofdzakelijk bezig met het vervoer van zeecontainers, aangezien dat vervoer steeds meer een specialistische bedrijfstak is geworden.⁴
10. Naast het wegvervoer zijn er nog twee transportmodaliteiten die in aanmerking komen voor het zeecontainervervoer, namelijk het spoor en de binnenvaart. De verdeling van de zeecontainers over de drie modaliteiten wordt “modal split” genoemd. De keuze voor een bepaalde transportmodaliteit is onder meer afhankelijk van de afstand, kosten,

¹ “Internationale Studie Intermodaal Transport”, Ministerie Verkeer en Waterstaat, december 1997, p. 15.

² TEU staat voor Twenty feet Equivalent Unit, een standaard 20 feet container.

³ 3371/2 bijlage 5. Zie ook (03371103390033 t/m 0337110339084) “Trends in maritiem containervervoer, een bijdrage van Transport en Logistiek Nederland aan een concurrentiestrategie van ondernemingen in het wegvervoer van maritieme containers”, 2000.

⁴ 3371/2, bijlage 5, Website AZ.

kwaliteit en snelheid. In Nederland vindt meer dan de helft van het vervoer naar het achterland van containers plaats over de weg. Het aandeel van de binnenvaart bedraagt circa 30%, terwijl het aandeel van het spoorvervoer circa 14% bedraagt. Hoewel de verwachting is dat in de toekomst de concurrentie tussen de binnenvaart en het spoorvervoer met het wegvervoer, met name voor het vervoer over de langere afstanden, zal toenemen, blijft het vervoer over de weg in de vervoersketen⁵ een noodzakelijke schakel die spoorvervoer en binnenvaart niet kunnen vervangen.

11. Gezien de korte afstand waarover containervervoer over de weg voornamelijk plaatsvindt (straal van 150 kilometer), blijft een belangrijk deel van de containers die over de weg worden vervoerd, in Nederland. Het resterende deel gaat naar Duitsland als belangrijkste buitenlandse bestemming, gevolgd door België en Frankrijk.⁶
12. De sector zeecontainervervoer kent een competitieve marktstructuur. Rond 60% van de ondernemingen heeft minder dan vijf vrachtauto's.⁷
13. De markt van het zeecontainervervoer kent een grote concentratiegraad aan de vraagzijde. Ongeveer 60% van het vervoer is 'carrier haulage' waarbij een rederij het vervoer betaalt. Een drietal grote rederijen neemt circa 60% voor hun rekening. De overige 40% is 'merchant haulage', waarbij het de handelaar is die de goederen laat vervoeren. Bij de helft van die 40% laat een opdrachtgever de vervoerder rechtstreeks voor zich werken, bij de andere helft wordt een tussenpersoon (expediteur) ingeschakeld.
14. De drie grote rederijen hebben een grote invloed op de prijzen van het vervoer van zeecontainers over de weg. Deze rederijen werken veelal met tenders, waarin de prijzen worden vastgesteld door de rederijen zelf, waardoor vervoerders enkel kunnen aangeven onder welke overige voorwaarden ze bereid zijn het vervoer uit te voeren.

⁵ Met name voor het voor- en natransport.

⁶ 3371/2 bijlage 5, Website AZ.

⁷ 3371/2, bijlage 7, Website VZV.

3. De betrokken partijen

3.1. Transport en Logistiek Nederland

15. TLN is een vereniging naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Zoetermeer.⁸ Zij treedt op als de belangenbehartiger voor het beroepsgoederenvervoer over de weg. TLN rekent onder meer tot haar kerntaken: het houden van vergaderingen, het (doen) verlenen van bijstand en het geven van voorlichting aan de leden op elk daarvoor in aanmerking komend terrein, het bevorderen van samenwerking tussen de leden in de ruimste zin en het aangaan, wijzigen of opzeggen van CAO's.⁹
16. Haar statutaire doel is:
- a. “het verenigen van de beroepsgoederenvervoerders in één algemene organisatie;
 - b. het bevorderen van een gezonde ontwikkeling van het beroepsgoederenvervoer;
 - c. het in de ruimste zin behartigen van de economische, sociale en vaktechnische belangen van het Nederlandse beroepsgoederenvervoer in het algemeen en die van haar leden in het bijzonder, en;
 - d. het zijn en blijven van een vereniging voor alle leden groot én klein met alle diversiteit”.¹⁰
17. Om de leden ook per specialisme goed te kunnen vertegenwoordigen bestaan er binnen de vereniging zestien subverenigingen, ook wel deelmarkten genoemd. Deze deelmarkten behartigen de specifieke belangen van een bepaalde groep transportondernemers.¹¹
18. Tot 2000 was één van deze deelmarkten de Deelmarkt Maritiem Containervervoer (hierna: DMC). Daarbij waren circa 335 leden van TLN, die actief zijn op het gebied van zeecontainervervoer, aangesloten.¹² In 2000 is TLN/DMC een samenwerkingsverband

⁸ 3371/19, Statuten TLN, artikel 1.

⁹ 3371/2, bijlage 13, Website TLN.

¹⁰ 3371/19, Statuten TLN, artikel 3.

¹¹ 3371/2, bijlage 13, Website TLN.

¹² 3371/27, antwoord 4 d.d. 10 juli 2003 van TLN op vragenbrief van NMa d.d. 26 juni 2003.

aangegaan met VZV onder de naam Alliantie Zeecontainervervoer. DMC is daarmee opgehouden te bestaan.

3.2. Alliantie Zeecontainervervoerders

19. Zoals reeds aangegeven is AZ een samenwerkingsverband tussen VZV en TLN (DMC). De onderlinge taakverdeling tussen VZV en AZ is vastgelegd in het huishoudelijk reglement van AZ.¹³ AZ is een vereniging naar Nederlands recht en fungeert als subvereniging binnen TLN. Teneinde de positie van AZ als subvereniging van TLN te kunnen waarborgen, worden de leden van AZ onderscheiden in 'gewone leden' en 'bijzondere leden'. Gewone leden zijn leden van AZ die tevens lid zijn van TLN. Bijzondere leden zijn leden van AZ die niet tevens lid zijn van TLN maar wel lid zijn van VZV.¹⁴ AZ is statutair gevestigd te Zoetermeer en houdt kantoor te Rotterdam bij het regiokantoor van TLN. Haar secretariaat wordt gevoerd door een medewerker van TLN die tevens gedetacheerd is bij AZ.¹⁵
20. AZ heeft als statutair doel:
 - a. de belangen van haar leden te behartigen, voor zover deze belangen specifiek betrekking hebben op het vervoer van zeecontainers van die leden in de ruimste zin van het woord;
 - b. de behartiging van de overige daarvoor in aanmerking komende belangen overlaten aan TLN of de VZV;
 - c. de besluiten van AZ mogen niet in strijd zijn met het algemeen vervoersbelang zoals dat blijkt uit de statuten en beleidsplannen van TLN, dan wel de belangen van leden van andere deelmarkten, de financiële positie of de goede naam van TLN.¹⁶
21. Met circa 385 aangesloten bedrijven vertegenwoordigt AZ een groot deel van de ondernemingen die actief zijn in het zeecontainervervoer over de weg.

¹³ 3371/2, bijlage 4, Statuten AZ, artikel 3, lid 2.

¹⁴ 3371/2, bijlage 4, Statuten AZ, artikel 4, lid 2.

¹⁵ 3371/21, gespreksverslag TLN/AZ/VZV en NMa.

¹⁶ 3371/2, bijlage 4, Statuten AZ, artikel 2.

3.3. Vereniging van Zeecontainervervoerders

22. VZV is een vereniging naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam.¹⁷ Haar secretariaat wordt gevoerd bij het regiokantoor van TLN in Rotterdam door een medewerker van TLN die tevens is gedetacheerd bij VZV.¹⁸
23. Haar statutaire doel is:
- a. het bevorderen van regelmatig contact tussen de leden;
 - b. het uitdiepen en verbreden van deze contacten om zo te komen tot gezamenlijke commerciële operaties, afspraken en overeenkomsten in de meest uitgebreide zin van het woord;
 - c. het behartigen van de belangen van de leden.¹⁹
24. In 2000 waren 46 zeecontainervervoerders bij VZV aangesloten. Deze bedrijven houden zich voornamelijk bezig met het vervoer van zeecontainers over de weg. De leden van VZV bestaan uit enkele grote transportondernemingen, welke beschikken over circa 200 vrachtauto's elk, terwijl de rest wordt gevormd door kleinere bedrijven met tussen de 10 en 15 vrachtauto's. Gezamenlijk beschikken de 46 leden over ruim 1000 eigen vrachtauto's.

¹⁷ 3371/2, bijlage 8, Statuten VZV, artikel 1.

¹⁸ 3371/21, gespreksverslag TLN/AZ/VZV en NMa.

¹⁹ 3371/2, bijlage 8, Statuten VZV, artikel 2.

4 Feiten en omstandigheden

25. Partijen hebben de hierna weer te geven, in het rapport vastgestelde feiten niet weersproken. Voor zover zij hun zienswijze hebben gegeven over feiten, betreft die de interpretatie en de effecten van hun gedragingen.

4.1. Informatieverstrekking aangaande kostenontwikkelingen

26. TLN en AZ hebben hun leden op diverse manieren (nagenoeg) jaarlijks op de hoogte gesteld van zowel de kostenontwikkelingen in het lopende jaar als de verwachte kostenontwikkelingen in het daaropvolgende jaar. De informatie over de kostenontwikkelingen is afkomstig van NEA Transportonderzoek en -opleiding B.V. (hierna: NEA).²⁰
27. Het NEA verzamelt de informatie in opdracht van de Stichting Nationale en Internationale Wegvervoer Organisatie, een op de Wet goederenvervoer steunend zelfstandig bestuurorgaan. Met betrekking tot de kostenontwikkeling in het wegvervoer had NEA tot 2000 onderscheid gemaakt naar een viertal deelsectoren, namelijk wagenladingvervoer, vervoer met kippers/ containerafzetbakken, algemeen distributievervoer en fijnmazige distributie. Vanaf 2000 heeft NEA in opdracht van het NIWO het jaarlijkse kostprijsonderzoek uitgebreid met een drietal andere deelsectoren: rijdende melk ontvangst (RMO), koel/vriesvervoer en zeecontainervervoer.

4.1.1. Informatieverstrekking aangaande kostenontwikkeling en advies tot doorberekening in de vrachtprijs door TLN

28. TLN brengt haar leden per brief en via voorlichtingsbijeenkomsten op de hoogte van de resultaten van het door NEA verrichte onderzoek naar de kostenontwikkelingen in het vrachtvervoer over de weg.

²⁰ Voor het wegvervoer worden deze kostenontwikkelingen al sinds 1970 door NEA bijgehouden, 3371/2, bijlage 9, Website www.NEA.nl.

29. TLN heeft in de “najaarsbrieven” van 1999, 2000, 2001 en 2002 tevens gewezen op de noodzaak om de vrachtprijzen aan te passen aan de kostenontwikkelingen. Als voorbeeld dient de volgende passage.
30. In haar brief van 17 november 1999, waarin de kostenontwikkelingen voor 2000 zijn weergegeven, eindigt TLN met: *“De hiervoor geschetste ontwikkelingen plus eventuele achterstanden uit het verleden zullen het ongetwijfeld noodzakelijk maken dat u uw vrachtprijzen moet aanpassen. Een algemeen advies daarover geven met welk percentage is niet mogelijk. Immers ieder bedrijf heeft zijn eigen kenmerken en daarom ook een eigen samenstelling van zijn kostprijs. Met behulp van die samenstelling en de gegevens uit de tabellen kunt u uitrekenen welk effect de geschetste ontwikkelingen hebben op uw kostprijs. Het kostprijscalculatieschema dat TLN u ter beschikking heeft gesteld kan daarbij een goed hulpmiddel zijn”.*

4.1.2. Informatieverstrekking aangaande kostenontwikkeling en advies tot doorberekening in de vrachtprijs door AZ

31. AZ heeft blijkens het dossier tussen 1998 en 2003 jaarlijks, met uitzondering van 1999 met het oog op het jaar 2000, een brief aan haar leden heeft gestuurd over de kostenontwikkelingen van het zeecontainervervoer, waarin zij de belangrijkste conclusies uit het door NEA verrichte kostenonderzoek weergaf. Ook door middel van publicaties en voorlichtingsbijeenkomsten heeft AZ regelmatig de aandacht gevestigd op de kostenontwikkelingen in het zeecontainervervoer en op de mogelijke gevolgen daarvan voor de vrachtprijs.
32. In de kostenontwikkelingsbrieven die in de jaren 2000, 2001 en 2002 zijn verspreid, worden per subsector de gemiddelde totale kostenstijgingen voor het daaropvolgende jaar weergegeven. Deze gemiddelde totale kostenstijgingen worden ook genoemd in persberichten van AZ. In de kostenontwikkelingsbrieven van 2001 en 2002 wordt tevens verwezen naar de noodzaak de vrachtprijzen aan te passen. Als voorbeeld dient de volgende passage.
33. In de brief inclusief bijlagen, die op 13 november 2001 aan de leden van AZ is verzonden, staat vermeld: *“NEA onderzoek toont aan dat het kostenniveau in het binnenlands vervoer van zeecontainers in 2002 met 3,9% toeneemt (inclusief brandstofkosten en*

gevolgen congestie). Deze toename komt boven op de gerealiseerde kostenstijging van 3,3% in 2001 voor het binnenlands vervoer van zeecontainers(...) Met deze brief willen wij u wederom informeren over de belangrijke resultaten van dit onderzoek (...) Met behulp van deze informatie kunt u de noodzakelijke aanpassing van de vrachtprijzen berekenen. Deze kan per bedrijf en per klant verschillen afhankelijk van de kostensamenstelling".²¹

4.2. Brandstofclausule

34. Voor het merendeel van de kostenposten in het zeecontainervervoer kan de ontwikkeling op lange termijn worden voorzien, hetgeen een transportonderneming in staat stelt om tijdig op kostenstijgingen te anticiperen. Dat geldt niet voor de brandstofkosten, aangezien de dieselprijs sterk fluctueert, afhankelijk van vraag en aanbod op de wereldoliemarkt.²²

4.2.1. Advies van TLN aangaande het hanteren van een brandstofclausule

35. TLN heeft haar leden meermalen geadviseerd een brandstofclausule op te nemen om zodoende de schommelingen in de brandstofprijzen te kunnen opvangen. Een model van een brandstofclausule heeft TLN aan haar leden op uiteenlopende wijze ter beschikking gesteld. Bij de brandstofclausule heeft TLN daarenboven een tabel bijgevoegd welke voorziet in volledige doorberekening. In de tabel kan direct worden gelezen met hoeveel de (kost)prijs moet worden aangepast bij een bepaalde stijging of daling van de brandstofprijzen.
36. Op 30 juni 2000 stuurde de algemeen directeur van TLN een brief aan één van haar leden waarin wordt uiteengezet wat gedaan zou kunnen worden aan de sterke stijging van de dieselolieprijs. Zo wordt geschreven: "*Wat dit voor uw kostprijs, en daarmee uw vrachtprijs, betekent, is afhankelijk van de samenstelling van uw totale kostprijs. Die kent u het beste! Aan de hand van de procentuele brandstofkostenstijging en het procentuele*

²¹ 03371120420203. Nummers, beginnende met 03371, betreffen verwijzingen in het rapport.

²² 03371120420361, "Zonder transport staat alles stil", p. 19.

aandeel van de brandstofkosten in uw kostprijs, kunt u in bijgaande tabel (zie bijlage) aflezen wat het effect is op uw kostprijs. Globaal genomen ligt het effect tussen 0,6% en 2%. Er is echter bij deze percentages nog geen rekening gehouden met het gegeven dat, als u deze kostenstijging nog niet heeft kunnen doorberekenen, haar nu al gedurende een half jaar voor eigen rekening moet nemen. Weer een extra kostenpost dus. Om dat nadeel in de rest van het jaar in te lopen moet de vrachtprijs worden verhoogd met een percentage dat bijna op kan lopen tot het dubbele van de stijging tot nu.

Tot slot maken wij van de gelegenheid gebruik u nog eens te wijzen op de wenselijkheid bij al uw afspraken over vrachtprijzen een brandstofclausule toe te passen. Als dit op de juiste manier gebeurt en er wordt naar gehandeld dan geeft dat een heleboel rust in de verhouding met uw klanten. Een voorbeeld van zo'n clausule voegen wij bij deze brief".²³

37. Een voorbeeld van een door TLN gepresenteerde brandstofclausule is de volgende: *"Indien na de datum van ondertekening van deze overeenkomst, respectievelijk de jaarlijkse aanpassing van de overeengekomen vrachtprijs, respectievelijk van een aanpassing van de overeengekomen vrachtprijs als gevolg van toepassing van deze brandstofclausule, de brandstofprijs met ... % (of --,-- euro per liter) wijzigt zal de vrachtprijs met ... % (of --,-- euro per kilometer/uur/ton) worden aangepast".²⁴ Deze clausule is ook opgenomen in artikel 6 van de model wegvervoerovereenkomst.²⁵*
38. Bij de brandstofclausule wordt een tabel gevoegd, waaruit direct kan worden afgelezen met hoeveel de kostprijs moet worden aangepast als gevolg van een bepaalde stijging of daling van de brandstofprijs. Boven deze tabel is opgenomen: *"Noodzakelijke vrachtprijsaanpassing als gevolg van stijging van de brandstofprijs bij verschillende aandelen van de brandstof in de kostprijs".²⁶ De tabel gaat uit van volledige doorberekening.*
39. Boven bedoeld model brandstofclausule alsmede de daarbij gevoegde tabellen zijn op verschillende locaties van TLN gevonden.²⁷ Ook zijn deze gepubliceerd in onder meer het

²³ 03371113250276.

²⁴ 03371143380182

²⁵ 03371143380186.

²⁶ 03371143380183 en 03371113250280.

²⁷ Bij TLN: 03371113250283, 03371103390447, 03371103390018

“*Info voor Management Bulletin*” van TLN d.d. 6 maart 2003²⁸ en zijn deze gedurende de periode januari tot april 2003 beschikbaar geweest op het voor de leden van TLN afgeschermd deel van website van TLN (‘insite’).²⁹

4.2.2. Advies van AZ aangaande het hanteren van een brandstofclausule

40. Ook AZ heeft haar leden geadviseerd een brandstofclausule op te nemen om fluctuaties in de brandstofprijzen te kunnen opvangen.
41. In het verslag van de vergadering van de beleidsgroep van AZ d.d. 14 oktober 1999 is onder het kopje ‘Kosten en Tarieven’ opgenomen: *“Mailing verzonden. Veel reacties. Veel vervoerders duidelijk bezig om aan de hand van de kostenontwikkeling omtrent dieselolieprijzen een prijsverhoging bij verladers door te voeren. Op 25 november zal een kostprijsbijeenkomst georganiseerd worden”*.³⁰ Tijdens het overleg d.d. 18 november 1999 van de beleidsgroep van AZ is dit herhaald, waaraan is toegevoegd dat: *“de belangstelling is groot. Inmiddels zijn er ruim 50 aanmeldingen binnen”*.³¹
42. In een bijlage bij de brief d.d. 6 november 2002 van AZ aan één van haar leden heeft AZ gesteld: *“Om de schommelingen in en prijsstijgingen van de dieselprijs op te vangen adviseert de Alliantie Zeecontainervervoerders een brandstofclausule met de klant af te spreken. Een voorbeeld hiervan alsmede een rekentabel is verkrijgbaar bij het secretariaat”*.³² De tabel gaat uit van volledige doorberekening.

4.2.3. Advies van VZV aangaande het hanteren van een brandstofclausule

43. De navolgende feiten geven aan dat ook VZV haar leden heeft geadviseerd een brandstofclausule op te nemen.

²⁸ 03371120420109.

²⁹ 03371103390019, zie ook antwoord 8 d.d. 10 juli 2003 van TLN op vragenbrief van NMa d.d. 26 juni 2003 (3371/27).

³⁰ 03371120420038.

³¹ 03371120420041.

44. Op 15 oktober 1999 stuurt de voorzitter van VZV een brief aan TLN waarin hij een dringend beroep doet op TLN: *“om de komende dagen en zonodig weken via de media aandacht te vragen voor de sterk gestegen dieselprijzen en de consequenties hiervan op de totale kosten voor het wegvervoer in het algemeen en het containervervoer in het bijzonder. (...) De leden van VZV vragen TLN hen te ondersteunen bij het doorberekenen van de gestegen brandstofkosten in de tarieven o.a. door via de media en in haar contacten met de EVO en andere partijen het verladend bedrijfsleven op de hoogte te stellen van het feit dat vervoerders tot deze maatregel genoodzaakt zijn”*.³³
45. In de speech van de voorzitter van VZV ten behoeve van de nieuwjaarsvergadering van VZV d.d. 11 januari 2001 is opgenomen dat zij na de zomervakantie begin september 2000 bijeen waren voor de bestuursverkiezingen. *“Ook kwam de stijging van de dieselolie ter sprake. Vanuit de VZV werd u dan ook dringend geadviseerd een clause in uw tarieven in te bouwen. Naar mijn mening hebben inmiddels de meeste onder U dit ter harte genomen”*.³⁴
46. Niet is gebleken dat VZV adviseerde tot een volledige of bepaalde mate van doorberekening.

4.3. Kilometerheffing

47. Ten tijde van de uitvoering van het onderzoek was Duitsland voornemens vanaf 1 september 2003 een kilometerheffing ('LKW-Maut') in te voeren voor vrachtauto's vanaf 12 ton maximum toegestane massa. De heffing wordt geheven op gebruik van autosnelwegen; de hoogte van de heffing is afhankelijk van het aantal assen en de zo genoemde Euronorm. De invoering van de kilometerheffing is herhaaldelijk uitgesteld maar inmiddels per 1 januari 2005 ingevoerd.

³² 03371120420202.

³³ 03371120420334.

³⁴ 03371103391059.

4.3.1. Advies van TLN over het doorberekenen van de kilometerheffing

48. TLN heeft haar leden geadviseerd de kostenstijgingen die volgen uit de invoering van de kilometerheffing, integraal door te berekenen. Als hulpmiddel voor de doorberekening heeft TLN een model clause opgesteld en aan haar leden ter beschikking gesteld.
49. Zo heeft TLN op 1 augustus 2002 een brief aan haar leden verzonden, waarin deze worden ingelicht over de invoering van de kilometerheffing in de EU landen en met name in Duitsland en Oostenrijk. TLN geeft in deze brief aan dat: *“afhankelijk van het soort voertuig dat u inzet en het aantal te rijden kilometers in beide landen kunnen de kosten van kilometerheffing wel oplopen met 20%,”* en voorts *“uiteraard raden wij u aan de gevolgen van kilometerheffing nu al met uw opdrachtgever te bespreken.”* Ook is door TLN in deze brief aangegeven: *“het doorberekenen van de kilometerheffing aan uw opdrachtgever is absolute noodzaak”*³⁵ en tenslotte: *“Transport en Logistiek Nederland zal in het najaar van 2002 starten met voorlichtingsbijeenkomsten in de regio over de gevolgen van de Duitse en Oostenrijkse tol.”*³⁵
50. Naast de hierboven genoemde brief waren tijdens het bedrijfsbezoek bij TLN, op het deel van de website van TLN dat uitsluitend voor leden toegankelijk is, de navolgende tien aanbevelingen bij de introductie van de kilometerheffing gepubliceerd:
1. *“Bereken alle kosten voortvloeiende uit de kilometerheffing 100% door*
 2. *Maak gebruik van de referentietabellen van Transport en Logistiek Nederland*
 3. *Zet de kosten van kilometerheffing niet apart op de factuur*
 4. *Gebruik de clause van Transport en Logistiek Nederland*
 5. *Bepaal uw (nieuwe) tarieven op basis van maatwerk*
 6. *Bied nooit korting aan op het kilometerheffing tarief*
 7. *Betaal de tol niet handmatig, maar elektronisch*
 8. *Zet uitsluitend Euro 2 en 3 voertuigen in*
 9. *Vermijd rijden op ongeschikte Bundesstrassen*
 10. *Betrek uw opdrachtgever tijdig bij actuele ontwikkelingen”*³⁶

³⁵ 03371103390227 t/m 03371103390228, 03371143380064 t/m 03371143380065, 03371120420107 t/m 03371120420108 en 03371113250214 t/m 03371113250215.

³⁶ 03371103390010.

51. De referentietabellen geven per veronderstelde tolheffing, variërend van 10, 12, 13, 15 tot 17 eurocent per kilometer, aan wat het effect is van de Duitse tolheffing in procenten ten opzichte van de kostprijs.³⁷
52. In het Nieuwsblad Transport d.d. 3 december 2002 is voorts onder de aanhef ‘*Vervoer wil volledige doorberekening ‘Maut’ opgenomen: “Wegvervoerders moeten de kosten van de kilometerheffing die volgend jaar september van kracht wordt voor zwaar vrachtverkeer, volledig doorberekenen aan de verlader. Dat vindt Transport en Logistiek Nederland (TLN) die een standaard-clausule voor doorberekening heeft opgesteld.*’³⁸
53. In het tijdschrift Transport en Logistiek d.d. 5 december 2002 is een artikel gewijd aan een van de voorlichtingsbijeenkomsten over de invoering van de Duitse tol. Enkele passages daaruit luiden:
- “De invoering van de Duitse tol komt met rasse schreden naderbij. Veel vervoerders die nu al prijsonderhandelingen voeren met Duitse opdrachtgevers worden geconfronteerd met het feit dat ze de Duitse Maut moeten doorberekenen. Hoe en wat zijn vragen die aan de orde komen tijdens zes sessies in het land. Redactie Transport en Logistiek bezocht onlangs de bijeenkomst in Gilze-Rijen waar ruim 160 belangstellenden op af kwamen (...) De avonden over de kilometerafhankelijke tol werden en worden georganiseerd door het Landelijke Bestuur Internationaal (LBI), het bestuur dat binnen TLN de internationale belangen van leden behartigt (...) Voor Harreman staat als een paal boven water dat de kosten één op één moeten worden doorberekend aan de opdrachtgever. Wie dat niet doet kan op termijn zijn faillissement aanvragen (...) ‘Eensgezindheid en uniformiteit in het doorberekenen van de kilometerheffing is geen vraag meer maar een must’, aldus Harreman.’³⁹*
54. In bovengenoemd artikel uit Transport en Logistiek d.d. 5 december 2002 zijn overigens de tien aanbevelingen die kunnen worden gebruikt tijdens onderhandelingen met klanten nogmaals opgenomen en voorzien van commentaar. Zo is bij de tweede aanbeveling

³⁷ 03371103390011.

³⁸ 3371/2 bijlage 2, krantenartikel NT, 3-12-2002

³⁹ 3371/2, bijlage 22, tijdschriftartikel, Transport en Logistiek, nr. 49 – 5 december 2002, “Eensgezind doorberekenen is harde noodzaak.” Harreman is bestuurslid van het eerder genoemde LBI.

(‘maak gebruik van de referentietabellen van TLN’) opgenomen: *“Maak er gebruik van. Als iedereen dezelfde tabellen hanteert, wordt wellicht een stukje uniformiteit in de doorberekening bereikt.”* En bij de vierde (‘de kilometerheffingclausule van TLN gebruiken’): *“Zonder clause is het onderhandelen over de stijging van de tarieven vrijwel onmogelijk”*. Ten slotte is bij de zesde aanbeveling (‘geen korting aanbieden op het kilometerheffingtarief’) opgenomen: *“Geadviseerd wordt niet te concurreren op het tarief van de kilometerheffing door kortingen op het tarief aan te bieden. Daardoor is geheel doorbelasten onmogelijk”*.⁴⁰

55. Tenslotte stellen de algemeen voorzitter en waarnemend algemeen directeur van TLN in een nieuwjaarsbrief aan leden en relaties, eind december 2002 gepubliceerd in het tijdschrift Transport en Logistiek, het volgende: *“daarnaast krijgen vervoerders die op of door Duitsland rijden te maken met de invoering van de ‘Maut’ die in principe in zijn geheel moet worden doorberekend, omdat dit een door de overheid opgelegde kostencomponent is waarop de transportsector geen enkele invloed heeft, net zoals BTW. Om de leden hierover te informeren, heeft Transport en Logistiek het afgelopen jaar in den lande zes bijeenkomsten belegd.”*⁴¹
56. De brandstofclausule van TLN, waarover TLN expliciet aan haar leden heeft aanbevolen deze in het contract met hun opdrachtgever op te nemen⁴², is als volgt geformuleerd: *“De (hierboven genoemde/in de bijlage genoemde – afhankelijk van de situatie door de vervoerder zelf in te vullen –) vrachtprijzen en tarieven zijn exclusief stort-, tol- en bootgelden en exclusief eventuele rechten en bestaande, dan wel nog in te voeren, (kilometer)heffingen, die door de overheid of door derden worden opgelegd. Indien deze kosten aan de vervoerder worden opgelegd, zal de vervoerder deze extra kosten aan opdrachtgever doorberekenen.”*⁴³

4.3.2. Advies van AZ over het doorberekenen van de kilometerheffing

⁴⁰ 3371/2, bijlage 22, tijdschriftartikel, Transport en Logistiek, nr. 49 – 5 december 2002, “Eensgezind doorberekenen is harde noodzaak.”

⁴¹ 3371/2, bijlage 21, gespreksverslag TLN/AZ/VZV en NMa.

⁴² 03371103390012.

⁴³ 03371103390013.

57. Ook AZ heeft haar leden geadviseerd de kilometerheffing volledig door te berekenen. Tijdens de Algemene Ledenvergadering van AZ d.d. 5 april 2003 te Vlaardingen is ten aanzien van de invoering van de Duitse Maut onder meer het volgende besproken:

“Vast staat dat de invoering van de Maut leidt tot hogere kosten (...) De procentuele stijging is afhankelijk van uw kilometer kostprijs en het aandeel van tolweg kilometers op het totaal aantal kilometers. TLN heeft hiervoor handige tabellen beschikbaar zodat u handig kunt uitrekenen wat de gevolgen zijn. Wat ook vast staat is dat deze kosten 1 op 1 moet worden doorberekend aan uw klant (...) De Alliantie adviseert u reeds nu hierover met uw klanten over te praten en afspraken te maken. Probeer een clause over een te komen en ga niet in op voorstellen om over de hoogte van de km heffing te onderhandelen.”⁴⁴

⁴⁴ 03371120420062.

5. Zienswijze van partijen op het rapport

58. Partijen hebben in hun zienswijzen – kort en zakelijk weergegeven – het volgende naar voren gebracht.
59. Ten aanzien van de verkrijging van het bewijs menen de ondernemersverenigingen dat de digitale bestanden die bij de bedrijfsbezoeken zijn gemaakt, onrechtmatig zijn verkregen en dus niet tot bewijs mogen dienen.
60. Verder zijn partijen van oordeel dat de geconstateerde uitlatingen naar de leden niet zijn aan te merken als besluiten van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 6 Mw. Zij stellen dat het in de jurisprudentie die de d-g NMa aanhaalt,⁴⁵ nooit gaat om eenvoudige adviezen van een vereniging van haar leden maar dat er steeds sprake is van bijkomende omstandigheden die maken dat de betreffende handeling meer is dan enkel een advies.
61. Partijen voeren voorts aan dat bij hen niet de wil heeft bestaan om het gedrag van de leden te coördineren, zodat er de geen sprake is van een besluit van een ondernemersvereniging. Partijen beroepen zich op het feit dat er in de brieven telkens op wordt gewezen dat ieder lid een eigen kostenstructuur heeft en zelf berekeningen moet maken met behulp van de door NEA geleverde kostenontwikkelingen.
62. Ook menen partijen dat de in het rapport verweten gedragingen geen inbreuk op artikel 6 Mw vormen. Met het informeren van haar leden over de kostenontwikkelingen, wilden zij enkel hun leden bewust maken van de kostenstijgingen in de sector. Dit dient volgens partijen als een normale, de mededinging niet beperkende ondersteuning van de leden te worden beschouwd.
63. Daarnaast bestrijden zij de in het rapport gewekte suggestie dat NEA niet objectief is, omdat TLN de opdrachtgever van de betreffende onderzoeken is. Het is echter de Stichting NIWO die opdracht tot het onderzoek geeft; TLN is krachtens een regeling van de Minister van Verkeer en Waterstaat in het bestuur van die stichting vertegenwoordigd

⁴⁵ Arrest HvJEG van 29 oktober 1980, Van Landewyck, gevoegde zaken 209-215 en 218/78, Jur. 1980, p. 3125; arrest HvJEG van 8 november 1983, Navewa, Jur. 1983, p. 3369 en de beschikking EC van 5 juni 1996, FENEX, Pb. 1996 L 181/28.

maar heeft daarin geen doorslaggevende stem. Voorts zijn de resultaten van het NEA-onderzoek algemeen toegankelijk. Overigens gaat het er, aldus partijen, mededingingsrechtelijk niet om wie opdrachtgever is maar of de cijfers objectief zijn.

64. Ten aanzien van de geadviseerde clausules waarbij stijging van brandstofkosten en kosten van kilometerheffing in de vrachtprijzen worden doorberekend, stellen de ondernemingen dat zij hiermee enkel hun leden bewust wilden maken van deze kostenposten en de mogelijke invloed van deze kostenposten in de totale kostprijs wilden aangeven.
65. Met betrekking tot de brandstofclausule stellen partijen dat een loutere aanbeveling een bepaalde clausule in een contract op te nemen de mededinging niet beperkt. Partijen achten niet bewezen dat zij hun leden hebben geadviseerd de brandstofkostenstijgingen integraal door te berekenen. Met betrekking tot de voorbeeldclausules en de rekestabel die door TLN en AZ aan hun leden ter beschikking werden gesteld, voeren TLN en AZ aan dat dit louter hulpmiddelen zijn voor ondernemers.
66. Partijen achten voorts niet bewezen dat zij hun leden hebben geadviseerd de kilometerheffing integraal door te berekenen.
67. Ten slotte beroepen partijen zich op de overheidssteun die is gegeven aan de doorberekening van hogere brandstofprijzen en de kilometerheffing.

6. Juridische beoordeling

68. Hieronder zal allereerst ingegaan worden op de formele bedenkingen van partijen tegen de wijze waarop digitaal materiaal is verkregen (onderdeel 6.1). Daarna wordt mede naar aanleiding van de zienswijze van partijen het begrip ‘besluit van een ondernemersvereniging’ behandeld (onderdeel 6.2 – 6.4). Vervolgens wordt mede naar aanleiding van die zienswijze met betrekking tot de aanbevolen doorberekeningen het aspect mededingingsbeperking besproken (onderdeel 6.5 - 6.6). Tot slot wordt in onderdeel 6.7 geconcludeerd in hoeverre sprake is van strijd met artikel 6, lid 1, Mw.

6.1. Formele aspecten

69. Naar aanleiding van de bedenkingen tegen de wijze van verkrijging wijst de d-g NMa erop dat de digitale bestanden niet zijn geopend en derhalve ook niet zijn gebruikt ter staving van de bevindingen in het rapport. Het rapport en ook dit besluit zijn alleen gebaseerd op analogoog bewijsmateriaal. Derhalve treft de zienswijze op dit punt geen doel.

6.2. Besluit van een ondernemersvereniging, algemeen

70. Artikel 6, lid 1, Mw verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens hoofdstuk 1 van de Memorie van Toelichting op de Mededingingswet dient voor de interpretatie van het verbod van artikel 6 Mw de Europese beschikkingspraktijk en jurisprudentie als leidraad.⁴⁶

71. Het verrichten van diensten tegen betaling is een economische activiteit. De leden van de verenigingen houden zich bezig met het tegen betaling vervoeren van zeecontainers over de weg, zodat zij zijn aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, sub f, Mw.

⁴⁶ MvT, TK 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 13.

72. Zoals in paragraaf 3 is aangegeven zijn TLN, AZ en VZV verenigingen naar Nederlands recht. Aangezien hun leden ondernemingen zijn, zijn deze verenigingen aan te merken als ondernemersverenigingen in de zin van artikel 1, sub g, Mw. Zij behartigen met hun doelstellingen en activiteiten de belangen van de bij hen aangesloten ondernemingen.
73. Ten aanzien van het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' hanteert het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJEG) een functionele benadering. Het is niet van doorslaggevend belang hoe betrokken partijen een bepaalde afspraak juridisch karakteriseren. Volgens vaste rechtspraak valt onder het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' ook een beslissing die de leden juridisch niet bindt doch die de getrouwe uitdrukking vormt van de wil van een vereniging om het gedrag van haar leden op de betrokken markt te coördineren.⁴⁷ Daartoe is een formeel besluit niet nodig, terwijl ook een 'vrijblijvende aanbeveling' voldoende kan zijn.⁴⁸ Het gaat er slechts om of bepaalde entiteiten, de ondernemersverenigingen of de aangesloten ondernemingen, handelingen verrichten die ertoe strekken de verboden mededingingsbeperking teweeg te brengen.⁴⁹
74. Het breed, regelmatig en veelvormig vanuit centrale bestuursorganen van een ondernemersvereniging verspreiden van kosteninformatie met daarop gebaseerde adviezen kan een coördinerende invloed op de prijsstelling meebrengen.⁵⁰ Er kan van worden uitgegaan dat die adviezen bij de individuele prijsstelling van een lid een belangrijk ijkpunt vormen. Het is overigens voor de kwalificatie van adviezen niet doorslaggevend in hoeverre de leden de adviezen hebben opgevolgd en of de leden al dan niet zijn gedwongen om de adviezen op te volgen, en evenmin of dit is gecontroleerd.

⁴⁷Zie o.a. HvJEG van 8 november 1983, *Navewa*, Jur. 1983, p. 3369, r.o. 20; HvJEG 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer*, zaak 45/85, Jur. 1987, p. 405, r.o. 32; en de beschikking EC van 5 juni 1996, *FENEX*, Pb. 1996 L 181/28, randnummers 41-42.

⁴⁸ In HvJEG van 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer*, zaak 45/85, bevestigde het gerecht dat een aanbeveling, ondanks de aanduiding 'vrijblijvend', het karakter van een besluit van een ondernemersvereniging kan hebben (r.o. 26-32).

⁴⁹ Zie o.a. het arrest HvJEG van 15 mei 1975, *Frubo*, Jur. 1975, p. 563 en het arrest HvJEG van 29 oktober 1980, *Van Landewyck*, r.o. 88.

⁵⁰ Zie beschikking Europese Commissie van 12 december 1988, *Net Book Agreement*, Pb 1989, L 22/12, randnummer 48 en beschikking van 5 juni 1996, *FENEX*, randnummer 33.

75. Partijen zijn als gezaghebbende brancheorganisaties te beschouwen. Rond 55% van alle zeecontainervervoerders zijn lid van TLN of VZV en dus ook van AZ. Het effect van gedragingen van deze organisaties (en hun bestuurders) op de leden dient dan ook niet te worden onderschat. Dit betekent dat partijen met het verspreiden van prijsadviezen en informatie in staat zijn de prijsvorming door hun leden te coördineren.⁵¹ Daarnaast is van belang dat de leden een gemeenschappelijk, commercieel belang hebben hun gedragingen te coördineren.⁵²

6.3. Besluitkarakter advisering over brandstof en kilometerheffing

76. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen concludeert de d-g NMa dat de in onderdeel 4.2 en 4.3 beschreven advisering door de verenigingen aan de leden over (volledige) doorberekening van fluctuaties in de brandstofprijs en over (volledige) doorberekening van de voorgenomen Duitse kilometerheffing de getrouwe uitdrukking vormt van de wil van de verenigingen om het gedrag van de leden op de betrokken markt te coördineren. De adviezen zijn derhalve aan te merken als besluiten van ondernemersverenigingen in de zin van artikel 6, lid 1, Mw.

6.4. Besluitkarakter jaarlijkse kosteninformatie TLN en AZ

77. Ten aanzien van de in onderdeel 4.1 vermelde jaarlijkse informatieverstrekking over de kostenontwikkeling en de bijbehorende advisering oordeelt de d-g NMa dat geen sprake is van een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 6, lid 1, Mw. Ter onderbouwing van dit oordeel dient het volgende.
78. TLN en AZ hebben in jaarlijkse brieven de leden op de hoogte gebracht van de resultaten van het NEA-onderzoek naar verwachte kostenontwikkelingen. Zij hebben daarbij meermalen de leden geadviseerd met die kostenontwikkelingen rekening te houden bij de onderhandelingen met de opdrachtgevers of bij de vaststelling van de tarieven maar zij hebben niet geadviseerd de kostenontwikkelingen integraal of anderszins in een door hen geadviseerde bepaalde mate te laten doorwerken in de tarieven. Zij hebben juist steeds uitdrukkelijk gewezen op de eigen kostenstructuur en de eigen

⁵¹ Zie beschikking Europese Commissie van 12 december 1988, Net Book Agreement, Pb 1989, L 22/12, randnummer 48.

⁵² Beschikking Europese Commissie van 5 juni 1996, FENEX, randnummer 40, beschikking van 26 oktober 1999, FEG en TU, Pb 2000, L 39/1, randnummer 100.

tariefverantwoordelijkheid van de afzonderlijke leden.

79. De d-g NMa tekent daarbij aan dat het verschaffen van informatie over algemene kostenontwikkelingen op zich een legitieme taak is van een ondernemersvereniging. De leden zijn dan niet genoodzaakt ieder voor zich de informatie te verzamelen en te bewerken die zij nodig hebben voor een goede bedrijfsvoering. De door de d-g NMa vastgestelde Richtsnoeren samenwerking bedrijven⁵³ geven daarvoor in Hoofdstuk E (informatie-uitwisseling) uitdrukkelijk ruimte:

“Het verzamelen, bewerken en verspreiden van marktgegevens door een partij die zelf niet op de markt actief is (bijvoorbeeld een ondernemersvereniging), waaruit het marktgedrag van de individuele marktdeelnemers niet blijkt of is te herleiden, zal in het algemeen niet tot mededingingsrechtelijke problemen leiden. Bij voldoende marktspelers en een voldoende marktomvang zal de normale onzekerheid in de markt over het aan- of voorgenomen marktgedrag van concurrenten niet verdwijnen door een dergelijke informatie-uitwisseling.”

80. In dezelfde zin stelt hoofdstuk F van de Richtsnoeren samenwerking bedrijven (Opstellen van vergelijkingsmodellen en calculatieschema's):

“Het opstellen van vergelijkingsmodellen op grond waarvan een onderneming haar eigen prestaties kan vergelijken met het gemiddelde van de branche of anderszins, alsook het gemeenschappelijk uitvoeren van onderzoek naar factoren en omstandigheden die in algemene zin van invloed zijn op ondernemingen in een bepaalde branche, raken in beginsel de mededinging niet indien er geen sprake is van verdergaande samenwerking.”

81. Voorts was in het voorliggende geval de verschaft kosteninformatie grotendeels een bewerking van openbare of voor een ieder verkrijgbare gegevens en was de informatie afkomstig zijn van een betrouwbaar en deskundig te achten bron (NEA in opdracht van NIWO). In zoverre voegde de informatieverstopping door TLN en AZ weinig of niets toe aan hetgeen een ieder zelf kon weten en berekenen, en kon de informatieverstopping geen of nauwelijks effect hebben op de mededinging. In dezelfde zin werden de aard en toegankelijkheid van de informatie van belang geacht in het advies van de

⁵³ Besluit van 29 mei 2001, Stcrt. 108.

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet over de zaak BOVAG - NCBRM.⁵⁴

De commissie achtte een doorberekeningadvies dat was gebaseerd op openbare kostenindicatoren niet naar zijn aard mededingingsbeperkend (informatie die “van algemene aard is en breed toegankelijk”). Ook zag de commissie kennelijk geen probleem in de gehanteerde vaste samenstelling en verhouding van de (twee) onderscheiden kostensoorten (loonkosten en andere kosten).

82. De d-g NMa tekent ten slotte aan dat uit de jaarlijks verstrekte informatie geen gegevens over individuele ondernemingen kunnen worden afgeleid.
83. De overwegingen in de voorgaande randnummers brengen mee dat de jaarlijkse informatieverstrekking en advisering door TLN en AZ niet kunnen worden aangemerkt als uitdrukking van de wil van deze verenigingen om het gedrag van de leden te coördineren, en dus niet als besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 6, lid 1, Mw.

6.5. Mededingingsbeperking door aanbevolen doorberekening brandstofkosten

84. Zoals hierboven in onderdeel 4.2 beschreven hebben TLN en AZ hun leden doelbewust geadviseerd fluctuaties in de brandstofkosten volledig aan opdrachtgevers door te berekenen. Daartoe hebben TLN en AZ een model clausule aan de leden ter beschikking gesteld alsmede een bijbehorende tabel met bedragen voor “*noodzakelijke vrachtprijsaanpassing*” als gevolg van stijging van de brandstofprijs, welke bedragen variëren naargelang het aandeel van de brandstof in de kostprijs. Uit deze tabel blijkt dat hogere kosten integraal worden doorberekend, zodat met redelijke mate van zekerheid is te voorspellen wat de prijspolitiek van concurrenten op dit punt zal zijn. De advisering door TLN en AZ leidt dus reeds uit haar aard tot een beperking van de mededinging, in welk geval volgens vaste jurisprudentie geen onderzoek nodig is naar de concrete gevolgen voor de mededinging.

⁵⁴ Zie pag. 15 van het advies dat is gepubliceerd op de website van de NMa onder besluiten van 28-09-2004 op bezwaar in zaak 2973 (www.nmanet.nl).

85. Voor zover TLN en AZ de mededingingsbeperkende merkbaarheid van de gedragingen (besluiten) ontkennen, stelt de d-g NMa voorop dat de meerderheid van de zeecontainervervoerende ondernemingen lid zijn van deze verenigingen. Door te bevorderen dat deze meerderheid bepaalde kosten op gelijke, door de vereniging kenbaar gemaakte en aanbevolen wijze doorberekent, dreigt de onderlinge mededinging op het punt van die doorberekening (deels) teniet te gaan. Aldus kan zonder meer worden gesproken van een merkbare beperking van de mededinging.
86. Ook VZV heeft haar leden geadviseerd om een brandstofclausule op te nemen (randnummers 43-55). Uit het feitenmateriaal blijkt evenwel niet dat VZV een specifieke, uniforme doorberekening voor ogen had, zodat de mededinging niet op ongeoorloofde wijze behoeft te zijn beïnvloed.

6.6. Mededingingsbeperking door aanbevolen doorberekening kilometerheffing

87. Zoals hierboven in onderdeel 4.3 is uiteengezet hebben TLN en AZ doelbewust hun leden geadviseerd de kosten die voortvloeien uit de voorgenomen Duitse kilometerheffing, in hun geheel aan hun opdrachtgevers door te berekenen. Zij hebben hun leden daartoe model clausules met referentietabellen ter beschikking gesteld, die het percentueel effect van de tolheffing op de kostprijs aangeven, welke effect varieert van 10, 12, 13, 15 tot 17 eurocent per kilometer. Op gelijke gronden als voor de brandstofclausule zijn gegeven, strekt de geadviseerde integrale doorberekening naar zijn aard tot een beperking van de mededinging en kan de beperking als merkbaar worden beschouwd.
88. Ten aanzien van VZV is niet gebleken dat zij haar leden heeft geadviseerd tot integrale doorberekening van de kilometerheffing.

6.7. Conclusie overtreding artikel 6 Mw

89. Uit bovenstaande volgt dat TLN en AZ als ondernemersverenigingen met betrekking tot de brandstofkostenfluctuaties en de voorgenomen kilometerheffing besluiten hebben genomen waardoor de mededinging merkbaar wordt beperkt, zodat de besluiten in strijd zijn met artikel 6, lid 1, Mw.

7. Artikel 81 EG-verdrag

90. Ingevolge artikel 81, lid 1, EG zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
91. Artikel 88 Mw kent de d-g NMa de bevoegdheid toe artikel 81, lid 1, en 82 EG toe te passen in overeenstemming met de uitvoeringsverordeningen op grond van artikel 83 EG en artikel 84 EG. Artikel 1 van Verordening (EG) nr 1/2003 verplicht een Lid-Staat tot toepassing van artikel 81 en 82, wanneer besluiten van een ondernemersvereniging de tussenstaatse handel kunnen beïnvloeden.
92. Blijkens het rapport en de in randnummer 6 bedoelde kennisgeving aan de Europese Commissie kunnen de besluiten de tussenstaatse handel beïnvloeden, zodat de d-g NMa gehouden is te onderzoeken of sprake is van strijd met artikel 81, lid 1, EG.
93. Met betrekking tot de kwalificaties onderneming en ondernemersvereniging, overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging, en mededingingsbeperking is de toetsing aan artikel 81, lid 1, EG niet anders dan die aan artikel 6, lid 1, Mw. Derhalve wordt voor die toetsing verwezen naar paragraaf 6.
94. Het verbod van artikel 81, lid 1, EG is van toepassing, indien een mededingingsbeperkend besluit de handel tussen de Lid-Staten *ongunstig* kan beïnvloeden. Aan deze voorwaarde is voldaan zodra met een voldoende mate van waarschijnlijkheid is te verwachten dat het besluit “al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op het ruilverkeer tussen Lid-Staten een zodanige invloed kan uitoefenen, dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten wordt geschaad”.⁵⁵

⁵⁵ HvJEG 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia e.a. vs. Commissie, *Jur.* 1985, p. 2545, ov. 22.

95. Voor de toepasselijkheid van artikel 81, lid 1, EG is het niet nodig aan te tonen dat het individuele gedrag van iedere deelnemer het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden. Op grond van artikel 81, lid 1, EG is slechts vereist, dat een besluit van een ondernemersvereniging de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden.⁵⁶
96. Dit besluit betreft het vervoer van zeecontainers over de weg die vanaf of naar een zeeschip via terminals in (met name) Rotterdam overgeslagen worden. Rotterdam is in Europa de grootste containeroverslaghaven is. Een deel van de overgeslagen containers, en de daarin vervoerde goederen, betreft transitovervoer dat bestemd is voor of afkomstig is uit een andere Lid-Staat dan Nederland. In dat geval zijn de aanbieders en vragers van de desbetreffende goederen die door middel van zeecontainers worden vervoerd, in verschillende Lid-Staten gevestigd. Die aanbieders en vragers zijn direct of indirect de vragers naar zeecontainerdiensten. Een beperking van de mededinging tussen Nederlandse vervoerders kan er onder meer toe leiden dat binnen de Europese markt minder vervoer met zeecontainers plaatsvindt of dat zeecontainers langs andere zeehavens worden geleid dan Rotterdam, met name langs in andere Lidstaten dan Nederland gelegen zeehavens. Er is derhalve sprake van een potentiële vermindering of verlegging van handelsstromen tussen Lid-Staten, zodat de tussenstaatse handel in strijd zijn met artikel 81, lid 1, EG ongunstig kan worden beïnvloed. Aldus hebben TLN en AZ met hun doorberekeningadviezen artikel 81, lid 1, EG overtreden.

⁵⁶ GvEA 10 maart 1992, zaak T-13/89, Imperial Chemical Industries vs. Commissie, *Jur.* 1992, II-1021, ov. 304 en 305.

8. Eindvaststelling overtreding TLN en AZ, toerekening

97. De d-g NMa stelt vast dat TLN en AZ artikel 81, lid 1, EG en artikel 6, lid 1, Mw hebben overtreden door besluiten te nemen met betrekking tot de doorberekening van fluctuaties in de brandstofkosten en de doorberekening van de door Duitsland voorgenomen kilometerheffing in de door haar leden gehanteerde vrachtprijzen. De overtredingen van TLN hebben plaatsgevonden in de periode van 22 oktober 1999 tot 1 april 2003 respectievelijk van 1 augustus 2002 tot 16 december 2002; deze overtredingen worden toegerekend aan TLN. De overtredingen van AZ hebben plaatsgevonden rond 6 november 2002 respectievelijk rond 5 april 2003; deze overtredingen worden toegerekend aan AZ.
98. Ten aanzien van VZV heeft de d-g NMa geen overtreding vastgesteld.

9. Sanctie

9.1. Wettelijk kader beboeting

99. Ingevolge artikel 56, lid 1, Mw kan de d-g NMa ingeval van overtreding van artikel 6, lid 1, Mw of van artikel 24, lid 1, Mw een boete opleggen. Blijkens artikel 89 Mw is deze bevoegdheid van overeenkomstige toepassing bij overtreding van artikel 81, lid 1, en 82 EG.
100. Met betrekking tot de hoogte van de boete heeft de d-g NMa op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld: de Richtsnoeren Boetetoemeting.⁵⁷ De Richtsnoeren bevatten in lijn met artikel 57, lid 2, Mw een methodiek voor het bepalen van de boete waarbij de betrokken omzet en de ernst van de overtreding een belangrijke rol spelen. De methodiek is zo opgezet dat deze in het algemeen leidt tot een evenredige boete; mocht de resulterende boete niettemin onbillijk zijn, dan dient de d-g NMa van het resultaat af te wijken (vgl. randnummer 29 van de Richtsnoeren).

9.2. Zwaarte, achtergrond en context van de overtreding

101. De adviezen van TLN en AZ tot doorberekening van fluctuaties in de brandstofprijzen en tot doorberekening van de Duitse kilometerheffing kunnen worden aangemerkt als concrete prijsadviezen van een invloedrijke ondernemersvereniging aan haar leden. Als zodanig moeten die adviezen als zware overtredingen van de Europese en nationale mededingingsregels worden aangemerkt.
102. De brandstofkosten vormen een belangrijke maar moeilijk voorzienbare en in ieder geval niet te vermijden kostenpost in het wegtransport. In 2000 leidde een sterke stijging van de dieselprijs tot wegblokkades in Frankrijk. Nederland besloot, evenals diverse andere EU-landen, de transportondernemingen tegemoet te komen, en wel door middel van fiscale compensatie. Dat besluit is uitgewerkt in het "dieselakkoord" dat onder meer diende als overbrugging naar een situatie waarin adequate contracten met doorberekeningclausules voor kostenveranderingen kunnen worden afgesloten⁵⁸. In het

⁵⁷ Besluit van 19 december 2001, Stcrt. 248

⁵⁸ Brief d.d. 18 september 2000 van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer

verlengde van het dieselakkoord heeft de Minister van Verkeer en Waterstaat de Werkgroep Doorberekening ingesteld (voorzitter: mr. A. Staatsen). Die werkgroep heeft aanbevelingen gedaan, zoals:

- regulier overleg over brandstofdoorberekening tussen de maatschappelijke organisaties,
- kwartaalrapportages over kostenveranderingen teneinde deze tijdig door te berekenen,
- voorlichting door de maatschappelijke organisaties over het gebruik van brandstofclausules.

103. Het advies tot doorberekening van de kilometerheffing is gegeven naar aanleiding van het voornemen van de Duitse Bondsregering een kilometerheffing in te voeren voor snelweggebruik door vrachtauto's vanaf 12 ton maximum toegestane massa. De heffing is aanzienlijk en kan door Nederlandse ondernemingen in het wegtransport niet worden vermeden of gecompenseerd, bijvoorbeeld met een lagere wegenbelasting. Ook de voorgenoemde Duitse kilometerheffing heeft in Nederland geleid tot politieke discussie en standpuntbepaling. Zo schreef onder andere de Minister van Verkeer en Waterstaat op 6 mei 2003 aan de Tweede Kamer dat het onvermijdelijk lijkt *“dat de vervoerders deze extra kosten gaan doorberekenen aan hun opdrachtgevers. Dit zou in de regel voor alle (buitenlandse) kosten (verhogingen) moeten gelden”*.
104. De Nederlandse overheid heeft zich aldus bij herhaling en duidelijk uitgesproken voor doorberekening van boven bedoelde kosten (fluctuaties) en daarbij de implementatie aan het bedrijfsleven overgelaten. In dat kader hebben TLN en AZ de leden expliciet en in alle openheid tot volledige doorberekening geadviseerd en daartoe hulpmiddelen in de vorm van model clausules en tabellen aangereikt. TLN en AZ hebben deze advisering onmiddellijk uit eigen beweging beëindigd, nadat van de bedenkingen van de NMa was gebleken.

9.3. Conclusie omtrent beboeting

105. Gezien de boven uiteengezette achtergrond en context alsmede de onmiddellijke en vrijwillige beëindiging door de verenigingen acht de d-g NMa het niet billijk een boete op te leggen ter zake van de door TLN en AZ gegeven adviezen tot doorberekening van brandstofkostenfluctuaties en adviezen tot doorberekening van de Duitse tolheffing. Geenszins mag uit dit oordeel worden afgeleid dat een onderneming niet zelf volledig verantwoordelijk is voor het naleven van de mededingingsregels, en dat de d-g NMa bij andere, gelijksoortige overtredingen op dezelfde gronden als in casu zal afzien van het opleggen van een boete.

9.4. Geen last onder dwangsom

106. De d-g NMa heeft tenslotte onderzocht of er aanleiding bestaat ter zake van de vastgestelde overtredingen overeenkomstig artikel 56 en 58 Mw een last onder dwangsom op te leggen. Aangezien TLN en AZ de overtredingen hebben beëindigd, is daarvoor geen aanleiding.

10. Besluit

- I. De d-g NMa legt geen sanctie op aan de verenigingen Transport en Logistiek Nederland, Alliantie Zeecontainervervoerders en de Vereniging van Zeecontainervervoerders.
- II. Dit besluit richt zich tot ieder van boven genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum: 25 maart 2005

Mr. P. Kalbfleisch
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen 6 weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal NMa, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, DEN HAAG. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht de directeur-generaal NMa verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.