

245. Beroepsorganisaties, zelfregulering en het kartelverbod

MR. J. RUIGEWAARD

Sinds enige tijd staat de verhouding tussen organisaties van vrijeberoepsbeoefenaren en het kartelverbod weer in de schijnwerpers. Zo heeft de ACM zich recent weer gebogen over de zelfregulering binnen de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) en hebben de notarissen kortgeleden op verzoek van de ACM hun werkwijze binnen de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) moeten aanpassen. In de jaren 90 en 00 hebben de nodige ontwikkelingen plaatsgevonden op het vlak van beroepsorganisaties en het kartelverbod, met als bekendste hoogtepunt de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak *Wouters*. In dit artikel zet ik kort de achtergrond uiteen en duid ik de recente ontwikkelingen die vooral zijn veroorzaakt door nieuwe online juridische diensten die lastig passen binnen de beroepsorganisaties.

Het vrije beroep en beroepsorganisaties

Achtergrond

Onder een vrij beroep kan worden verstaan een beroep dat wordt uitgeoefend op grond van een relevante beroepskwalificatie door een persoon die persoonlijk, op eigen verantwoordelijkheid en professioneel onafhankelijk, intellectueel-ideële prestaties verricht ten behoeve van de opdrachtgever en de samenleving in het algemeen.¹ Voorbeelden van vrije beroepsbeoefenaren zijn advocaten, notarissen, artsen, architecten en apothekers.

Paradoxaal genoeg zijn vrije beroepen over het algemeen sterk gereguleerd door overheidsregelgeving en/of zelfregulering via beroepsorganisaties. Een reden voor de regulering van vrije beroepen is de veronderstelling dat sprake is van marktfalen als gevolg van o.a. informatie-asymmetrie tussen de beroepsbeoefenaar en de afnemer. Het gaat namelijk om zeer gespecialiseerde diensten waarvan de kwaliteit pas na verloop van tijd door de afnemer kan worden beoordeeld, terwijl die afnemer slechts infrequent gebruikmaakt van de dienst.² Gesteld kan worden dat de (zelf)regulering onder andere dient ter bescherming van de afnemer.³ Daar staat tegenover dat (zelf)regulering ook het (eigen) belang van de vrije beroepsbeoefenaren kan dienen, waarbij concurrentiebeperkingen op de loer liggen.⁴ Deze perspectieven sluiten elkaar overigens niet uit. Zo kunnen bijvoorbeeld kwaliteits- of opleidingseisen

afnemers beschermen tegen ondermaatse dienstverlening, maar ook toetreding tot de markt bemoeilijken en daarmee concurrentie beperken. Het stellen van die regels is vaak bij wet opgedragen. Gedacht kan worden aan regels inzake organisatie, bekwaamheid en deontologie van de beroepsgroep. De beroepsbeoefenaren worden vaak via tuchtrecht gehouden aan de interne regels.⁵ De regulering van vrije beroepen heeft ook tot gevolg dat sommige beroepsgroepen een monopolie hebben ten aanzien van het aanbieden van bepaalde diensten (het zogeheten domeinmonopolie), zoals het procesmonopolie van advocaten of het verlijden van een authentieke akte door een notaris.

De zelfregulering van beroepsorganisaties kan de (commerciële) vrijheden van de vrije beroepsbeoefenaren aanzienlijk beperken. Zo mag een advocaat slechts in zeer een beperkt aantal gevallen op basis van *no cure, no pay* werken⁶ en waren notarissen tot 2012 verplicht tot 'objectieve reclame'.⁷ Daarbij komt dat afnemers vaak geen alternatieven tot hun beschikking hebben, gelet op het domeinmonopolie.

Wouters

Het spanningsveld tussen de beoogde publieke taak enerzijds en het kartelverbod anderzijds vormt de kern van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Wouters*.⁸ In de zaak *Wouters* ging het om een regel van de NOvA die geïntegreerde samenwerkingsverbanden tussen advo-

1 Richtlijn (EG) nr. 2005/36, overweging 43, PbEU 2005, L255/2.

2 P. Cavelaars, 'Marktwerking en prijsvorming in de vrije beroepen', DNB onderzoeksrapport januari 2003, p. 2.

3 Europese Commissie, *Report on Competition in Professional Services*, 2004.

4 P. Cavelaars, 'Marktwerking en prijsvorming in de vrije beroepen', DNB onderzoeksrapport januari 2003, p. 3.

5 Zie bijvoorbeeld de gedragscode Verantwoordelijkheid, integriteit & professionaliteit van de Koninklijke Maatschappij tot Bevordering der Bouwkunst Bond van Nederlandse Architecten (BNA).

6 Zie art. 7.7 Verordening op de advocatuur.

7 Nieuwsbericht NMa 13 november 2012 'Notarissen passen gedragsregels aan'.

8 HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98.

caten en accountants verbod. Volgens het Hof van Justitie kwalificeerde de regeling van de NOvA als een besluit van een ondernemersvereniging en was de betreffende regel ook mededingingsbeperkend. Daarmee was de kous echter nog niet af. Naar oordeel van het Hof van Justitie moest worden gekeken naar de doelstelling van de regel én of de mededingingsbeperking inherent is aan het nastreven van die doelstelling. In het geval van de zaak *Wouters* betrof het 'de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, die aan de eindgebruikers van juridische diensten de nodige garantie van integriteit en ervaring bieden en een goede rechtsbedeling verzekeren'.⁹ Volgens het Hof van Justitie kon de regel van de NOvA redelijkerwijs noodzakelijk worden geacht voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat zoals dit in Nederland is georganiseerd en viel de regel daarom niet onder het kartelverbod uit art. 101 VWEU. Op grond van de woordkeuze 'redelijkerwijs noodzakelijk' wordt aangenomen dat het Hof van Justitie in *Wouters* zowel de noodzakelijkheid als de evenredigheid van de maatregel toetst.¹⁰

Gelet op de constatering van de ACM dat de provisie-regel mogelijk de concurrentie tussen advocaten belemmert, had een toetsing aan de *Wouters*-leer voor de hand gelegen

Beroepsorganisaties zijn volgens het Hof van Justitie dus niet prima facie uitgezonderd van het kartelverbod. Op grond van *Wouters* moet echter onderzocht worden of de uit de regeling voortvloeiende beperkende gevolgen inherent zijn aan de nagestreefde doeleinden en of de regeling in die vorm noodzakelijk en evenredig is. Het Hof van Justitie heeft de *Wouters*-leer van inherente beperkingen inmiddels meermaals toegepast in bijvoorbeeld de zaken *OTOC*¹¹ (opleidingseisen accountants), *CNG*¹² (tariefvoorwaarden geologen), *API*¹³ (minimumtarieven voor transport), *Meca-Medina*¹⁴ (regels betreffende dopingcontrole) en *CHEZ*¹⁵ (minimumtarieven voor advocaten).¹⁶

Uitzonderingen kartelverbod voor beroepsorganisaties

Met de uitspraak van het Hof van Justitie in *Wouters* in het achterhoofd, kan worden vastgesteld dat gedragingen van beroepsorganisaties op verschillende manieren kunnen ontsnappen aan het kartelverbod.

Allereerst vallen gedragingen van beroepsorganisaties die geen economische activiteiten van de beroepsbeoefenaren reguleren niet binnen het bereik van het kartelverbod.¹⁷ Gelet op het feit dat de activiteiten van de beroepsbeoefenaren in de regel kwalificeren als economische activiteit, zal deze situatie niet snel aan de orde zijn (maar volstrekt ondenkbaar is het mijns inziens niet).

Ten tweede is het mogelijk dat een beroepsorganisatie uitvoering geeft aan een overheidsprerogatief. Daarvan is in geval van een beroepsorganisatie sprake als de gedragingen een overheidskarakter behouden. Volgens het Hof van Justitie moet een lidstaat dan wel zelf (i) de criteria van algemeen belang en (ii) de essentiële beginselen waaraan de uit te vaardigen regelgeving moet voldoen vastleggen en (iii) de bevoegdheid aan zich houden om zelf in laatste instantie te beslissen.¹⁸ Het was voor het Hof van Justitie in *Wouters* niet voldoende dat de NOvA haar bevoegdheden ontleende aan wetgeving. Het enkele feit dat een wettelijke basis bestaat voor zelfregulering betekent namelijk nog niet dat concreet sprake is van de uitvoering van een overheidsprerogatief.¹⁹

Ten derde kunnen gedragingen zijn uitgezonderd op basis van de bovenvermelde *Wouters*-leer: maatregelen zijn uitgezonderd wanneer deze inherent zijn aan het nastreven van doelstellingen die verbandhouden met de beroepsuitoefening van de vrije beroepsbeoefenaren.

Ten vierde kunnen beroepsorganisaties gebruikmaken van de uitzondering uit het derde lid van art. 101 VWEU en art. 6 Mw: een beperking kan zijn vrijgesteld van de toepassing van het kartelverbod als de voordelen daarvan de nadelen voor de concurrentie overtreffen, de voordelen (voor een belangrijk deel) toekomen aan de gebruikers, de beperking niet verder gaat dan nodig is om de voordelen te bewerkstelligen en er voldoende restconcurrentie overblijft. Anders dan bij de *Wouters*-leer gaat het bij lid 3 om klassieke *efficiency*-verbeteringen en bestaat er weinig tot geen ruimte voor de weging van andere (publieke) belangen, zoals de bescherming van afnemers (zoals in *Wouters*) of andere sociale en/of politieke doelstellingen.

9 HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98, r.o. 71 en r.o. 86.

10 In het EU-recht wordt bij de evenredigheidstoets met name gekeken of er geen minder beperkende maatregel voorhanden is.

11 HvJ EU 28 februari 2013, zaak C-1/12 *OTOC*, ECLI:EU:C:2013:127.

12 HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-136/12, *CNG*, ECLI:EU:C:2013:489.

13 HvJ EU 4 september 2014, gevoegde zaken C-184/13 tot C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, *API*, ECLI:EU:C:2014:2147.

14 HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-519/04, *Meca-Medina*, ECLI:EU:C:2006:464.

15 HvJ 23 november 2017, zaken C-427/16 and C-428/16, *CHEZ*, ECLI:EU:C:2017:890.

16 In de zaken *OTOC* en *API* ging de mededingingsbeperking volgens het Hof van Justitie verder dan noodzakelijk. In de zaken *CNG* en *CHEZ* werd de zaak terugverwezen naar de nationale rechter voor de noodzakelijkheids- en evenredigheidstoets. In *Meca-Medina* kon de gedraging profiteren van de *Wouters*-leer.

17 Bijvoorbeeld in het geval van activiteiten van 'zuiver sociale aard' gebaseerd op het solidariteitsbeginsel. Zie o.a. HvJ EG 17 februari 1993, zaak C-159/91, *Poucet*, ECLI:EU:C:1993:63; HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/94, *FFSA*, ECLI:EU:C:1995:392; HvJ EG 16 maart 2004, zaak C-264/01, *AOK*, ECLI:EU:C:2004:150.

18 HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98, r.o. 68.

19 Zie ook HvJ EU 4 september 2014, gevoegde zaken C-184/13 tot C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, *API*, ECLI:EU:C:2014:2147, r.o. 41.

Ontwikkelingen

Al ruim vóór de uitspraak van het Hof van Justitie in *Wouters* was er aandacht voor marktwerking en (zelf) regulering van vrije beroepen.²⁰ In 2004 heeft de ACM de zelfregulering van architecten, accountants, advocaten en notarissen in kaart gebracht en geconstateerd dat bij al die beroepsgroepen sprake was van concurrentiebeperkende zelfregulering. Naar aanleiding van die constatering hebben de beroepsorganisaties de kans gekregen om hun gedrag in lijn met het kartelverbod te brengen.

De ontwikkelingen op markten van vrije beroepen staan echter niet stil. Sinds de inventarisering van de ACM in 2004 is het nodige veranderd. Nieuwe producten en typen dienstverlening zijn – mede als gevolg van een modernisering en digitalisering van onze economie – mogelijk en (nieuwe) aanbieders zien daarin kansen. Enkele recente zaken laten zien dat deze ontwikkeling kan botsen met zelfregulering binnen beroepsgroepen.

Handhavingsverzoek Legal Dutch

Legal Dutch is een online platform dat rechtzoekende koppelt aan advocaten. Legal Dutch speelt daarbij nadrukkelijk in op de bestaande informatie-asymmetrie tussen rechtzoekenden en advocaten: *'We weten hoe jij over advocaten denkt. Ze zijn ontoegankelijk, snappen weinig van jouw business en zijn veel te duur. Bovendien is het tijdrovend om de juiste specialist te vinden. Op internet maken ze vaak niet duidelijk waar ze goed in zijn en wat ze kosten. Kortom, de markt is niet transparant. Zo ben je afhankelijk van een verwijzing uit je netwerk. Maar wie garandeert je dat je op die manier de juiste advocaat vindt? En hoe weet je zeker dat je een goede deal hebt?'*²¹

De Orde der apothekers beschermde dus niet zozeer het publieke belang van volksgezondheid, maar verdedigde juist de economische belangen van haar leden

In september 2017 diende Legal Dutch een handhavingsverzoek in bij de ACM met het verzoek op te treden tegen de NOvA. Zij beklagde zich daarin over de zogenoemde provisieregels.²² Volgens deze regel mag een advocaat niet betalen of betaald worden voor het verkrijgen van een opdracht, tenzij de advocaat kan aantonen dat hij daarbij niet handelt in strijd met de kernwaarden²³ en voorts dat hierbij slechts het belang van de rechtzoekende bepalend is. Volgens Legal Dutch maakt de provisieregels het

voor een platform zoals het hare onmogelijk om gebruik te maken van een verdienmodel waarbij de advocaat per opdracht betaalt. De ACM deelt die conclusie. Volgens de ACM maakt de provisieregels niet duidelijk wat in relatie tot online platforms wél is toegestaan met als gevolg dat advocaten worden belemmerd om deel te nemen aan dergelijke platforms. Dit vormt naar mening van de ACM mogelijk een beperking van de concurrentie tussen advocaten.²⁴

In reactie op de bevindingen van de ACM heeft de NOvA de provisieregels aangepast door in de toelichting te verduidelijken onder welke voorwaarden advocaten een provisie per opdracht mogen betalen aan online platforms. Gelet op die aanpassing wijst de ACM het handhavingsverzoek van Legal Dutch – onder verwijzing naar haar prioriteringsbeleid – af. Daarmee komt de ACM in haar besluit niet toe aan een analyse of de provisieregels vóór de gewijzigde toelichting kwalificeert als een inbreuk op het kartelverbod. Gelet op de constatering van de ACM dat de provisieregels mogelijk de concurrentie tussen advocaten belemmert, had in een dergelijke analyse een toetsing aan de *Wouters*-leer voor de hand gelegen. Dat sprake is van een doelstelling die verband houdt met de goede beroepsuitoefening kan mijns inziens worden aangenomen, omdat het raakt aan de kernwaarden van de advocatuur (onafhankelijkheid). De aanpassing door de NOvA van de (toelichting op de) provisieregels toont echter aan dat het geenszins zeker is dat de maatregel de horde van evenredigheid wel had gehaald.

Boete BMA aan Orde der apothekers

In mei 2019 legde de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) een boete van € 1 miljoen op aan de Orde der apothekers in België. Volgens de BMA heeft de Orde der apothekers mededingingsbeperkende praktijken aangevend die erop waren gericht om aanbieder MediCare-Market te belemmeren en uit te sluiten van de markt voor diensten geleverd door apothekers. MediCare-Market is een innovatieve onderneming die zich profileert als een supermarkt voor geneesmiddelen en parapharmaceutische producten (niet-medische verzorgingsproducten zoals hydraterende zalf, dieetproducten of vitaminen). MediCare-Market hanteert ruime openingstijden, kent een relatief breed assortiment aan producten en past regelmatig kortingen toe. Daarmee zou gezegd kunnen worden dat MediCare-Market en haar bedrijfsmodel een bedreiging vormt voor in België gevestigde apothekers.

De Nationale Raad van de Orde der apothekers – verantwoordelijk voor de deontologische code en behoedster van het niet-commerciële karakter van het beroep van apotheker – ontplooipte volgens BMA een strategie om het MediCare-Market model uit de markt te houden en haar ontwikkeling tegen te houden door *'het aanhangig maken van zaken voor de disciplinaire raden, de inleiding van een stakingsbevel, het publiek verspreiden van informatie met bedreigende taal aan het adres van MediCare-Market en maatregelen voor het aanwerven van de openbare macht.'*

20 Zo is bijvoorbeeld met het aantreden van het Paarse kabinet in 1994 is in het kader van de operatie *Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit* (MDW) onderzoek gedaan naar de marktwerking op verschillende markten van de vrije beroepen.

21 <https://www.legaldutch.nl/hoe-het-werkt/>.

22 Art. 2 lid 3 Gedragsregels advocatuur.

23 Onafhankelijkheid, partijdigheid en integriteit, zie art. 10a lid 1 Advw.

24 ACM-besluit op handhavingsverzoek 14 december 2018, p. 4.

Volgens de Orde der apothekers waren deze acties gerechtvaardigd omdat voor consumenten sprake zou zijn van verwarring tussen de apotheken en parapharmacieën van MediCare-Market. In parapharmacieën mogen uitsluitend parapharmaceutische middelen worden verkocht en geen geneesmiddelen. MediCare-Market lost dit op door per vestiging zowel een apotheek als parapharmacie met ieder een eigen ingang te exploiteren. Klanten kunnen via een glazen binnendeur van de parapharmacie naar de apotheek lopen. De BMA is kort over een mogelijke uitzondering op het kartelverbod op grond van de *Wouters*-leer: *'Tenslotte zijn deze beslissingen er niet op gericht om een legitiem doel te bereiken of, zijn op zijn minst niet noodzakelijk en niet in verhouding tot het bereiken van een dergelijk legitiem doel.'* Uit het besluit blijkt dat de BMA heeft onderzocht of er aanknopingspunten in het dossier waren die een uitzondering op grond van de *Wouters*-leer rechtvaardigden, maar concludeerde dat niets bevestigde dat er sprake was van een legitiem doel, zoals gevaar voor de volksgezondheid.²⁵ Het Hof van Beroep in Brussel liet in januari jl. de constatering dat een inbreuk is begaan op het mededingingsrecht in stand, maar droeg de BMA op de boete te verlagen.²⁶

Of de ACM op dat moment wel de handschoen oppakt, zal moeten afhangen van de deontologische argumenten die er bestaan

De Orde der apothekers beschermde dus niet zozeer het publieke belang van volksgezondheid, maar verdedigde juist de economische belangen van haar leden. Het is duidelijk dat in een dergelijk geval de *Wouters*-leer of lid 3 uitzondering geen soelaas kunnen bieden.

Voorlopige afwijzing handhavingsverzoek SRK

SRK is een rechtsbijstandsverzekeraar. SRK wil via haar initiatief BrandMR advocaten in loondienst bij SRK aanbieden tegen een vaste prijs aan rechtzoekenden die niet zijn verzekerd. Het doel van BrandMR is volgens SRK om het recht voor meer consumenten in Nederland toegankelijker te maken. Net als Legal Dutch lijkt SRK daarmee een antwoord te willen bieden op marktfalen (informatie-asymmetrie) in de advocatuur.

Op grond van de Verordening op de advocatuur (Voda) is het echter niet mogelijk dat advocaten in loondienst bij SRK optreden voor niet-verzekerden. Volgens SRK zijn de betreffende regels daarom in strijd met het kartelverbod. In november 2019 diende rechtsbijstandsverzekeraar SRK daarom een handhavingsverzoek in bij de ACM. In het

besluit op het handhavingsverzoek gaat de ACM niet zover als in het geval van Legal Dutch door te concluderen dat sprake is van een mogelijke beperking van de mededinging op de markt voor advocatuur. Uit het ACM-besluit kan worden opgemaakt dat de NOvA op dit moment onderzoekt of de Voda op enkele punten moet worden aangepast, mede met het oog op *'de problematiek van de alternative business structures (niet-advocaten als aandeelhouders) en de samenwerking met andere beroepsgroepen'*. Deze zelfreflectie is reden voor de ACM om een pas op de plaats te maken en het handhavingsverzoek voorlopig af te wijzen. Dat is een onbevredigende uitkomst voor SRK, omdat het geenszins vaststaat dat na interne bezinning de NOvA de knelpunten voor SRK en BrandMR zal aanpassen. Of de ACM op dat moment wel de handschoen oppakt, zal moeten afhangen van de deontologische argumenten die er bestaan voor het verbieden van een model als BrandMR en of een geheel verbod wel noodzakelijk en proportioneel is. Zo acht ik het goed voorstelbaar dat meerdere minder vergaande methoden bestaan om de onafhankelijkheid van advocaten in dienstbetrekking bij een rechtsbijstandsverzekeraar te borgen ook wanneer deze advocaten werkzaamheden verrichten voor niet-verzekerden. Vermeldenswaardig is dat de ACM in 2006 zelf ook al constateerde dat de beperkingen die uit de Voda²⁷ voortvloeiden voor advocaten in loondienst die werkzaamheden verrichten voor derden mogelijk niet verenigbaar waren met het kartelverbod.²⁸

De ACM tikt notarissen op de vingers

In april 2020 heeft de ACM de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) gevraagd informatie over het doorberekenen van een heffing voor het 'Kwaliteitsfonds Notariaat' aan te passen.²⁹ Sinds augustus 2018 zijn notarissen verplicht een bijdrage te leveren aan het Kwaliteitsfonds Notariaat. Uit dit fonds wordt o.a. het toezicht en tuchtrecht voor notarissen bekostigd. Vóór augustus 2018 werden de kosten voor toezicht en tuchtrecht niet aan het notariaat in rekening gebracht, maar betaald uit de algemene middelen.

Ironisch genoeg is het datzelfde markt-falen dat de zelfregulerende beroeps-organisatie stevig in het zadel houdt

De kosten voor het Kwaliteitsfonds Notariaat worden door de KNB in rekening gebracht bij notarissen op basis van het aantal akten dat zij passeren. De KNB adviseerde daarbij haar leden om deze kosten direct door te belasten aan

27 Destijds Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking.

28 Consultatiedocument NMA, Inventarisatie vrije beroepen: advocatuur, oktober 2006, p. 29-30.

29 Autoriteit Consument & Markt. Brancheorganisatie notarissen moet informatie over doorberekenen heffingen aanpassen, 14 april 2020, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/brancheorganisatie-notarissen-moet-informatie-over-doorberekenen-heffingen-aanpassen>.

25 Besluit BMA nr. ABC-2019-1 / O-14 van 28 mei 2019, r.o. 267.

26 Soenens, D., Gondola. Zaak Medi-Market: boete van 1 miljoen euro moet herzien worden, 9 januari 2020, <https://www.gondola.be/nl/news/zaak-medi-market-boete-van-1-miljoen-euro-moet-herzien-worden>. Een openbare versie van de uitspraak is niet beschikbaar.

de afnemers.³⁰ De ACM heeft de KNB duidelijk gemaakt dat het de KNB niet is toegestaan te adviseren over tarieven of onderdelen daarvan. Deze open deur was kennelijk voor de KNB nog gesloten. De KNB komt uiteindelijk weg met uitsluitend een tik op de vingers. Van een uitzondering op basis van *Wouters* kan mijns inziens geen sprake zijn, omdat het niet gaat over regels met betrekking tot de beroepsuitoefening, maar over een kwestie van kostendoorberekening.

Conclusie

Kenmerkend voor deze recente zaken is dat sprake is van een *disruptor* die de status quo binnen een beroepsgroep tracht te doorbreken (met uitzondering van de waarschuwing aan de notarissen). Deze spelers zien in het marktfalen bij vrije beroepsbeoefenaren juist een kans om met een concurrerend en innovatief product te komen. Ironisch genoeg is het datzelfde marktfalen dat de zelfregulerende beroepsorganisatie stevig in het zadel houdt. Opvallend is dat de ACM zich mijns inziens tot dusver mild opstelt en niet overgaat tot handhaving. In de SRK zaak is de houding van de ACM zelfs terughoudend te noemen. Zou de ACM niet – zoals de BMA – klare wijn moeten schenken door een inhoudelijk oordeel te vellen? De aanpak van de ACM roept

ook de vraag op of de ACM bij vergelijkbare gedragingen begaan door brancheverenigingen (niet-zijnde beroepsorganisaties) dezelfde coulance had opgebracht. Ik vermoed van niet, gezien bijvoorbeeld de beboeting van de Vereniging voor Huisartsen³¹ en de BMWT³². Het bevreedt mij te meer daar de juridische sector meermaals de kans heeft gekregen om schoon schip te maken. De zachte hand van de ACM is mogelijk ingegeven door de complexe belangenafweging van de *Wouters*-leer en de bijzondere context waarbinnen zelfregulerende beroepsorganisaties actief zijn, maar zonder inhoudelijke beoordeling blijft dat gissen. De inzet van zachte handhaving kan natuurlijk effectief zijn en resulteren in een *quick fix*, maar daar staat tegenover dat een gebrek aan een inhoudelijke beoordeling door de ACM weinig sturing en duidelijkheid biedt aan marktpartijen. In mijn ogen is die duidelijkheid wel gewenst, zeker in die gevallen waarin zelfregulering in de weg lijkt te staan aan het opkomen van innovatieve dienstverlening en producten.

Over de auteur

Mr. J. (Joris) Ruigewaard

Werkzaam bij Maverick Advocaten. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel. De auteur is niet betrokken (geweest) bij de zaken die aan bod komen in dit artikel. Ook is er geen contact geweest met procespartijen over de inhoud van deze bijdrage.

30 Zie bijvoorbeeld de rubriek 'vragen staat vrij', Notariaat Magazine editie 9, november 2018: 'Om alle kosten te dekken, zou er eigenlijk een hogere heffing moeten worden opgelegd, maar de KNB meent dat het niet wenselijk is dat met name de consument verder wordt belast dan de huidige 9,95 euro inclusief btw. (...) Het bestuur informeert de beroepsgroep hier tijdig over, zodat notarissen er rekening mee kunnen houden bij het uitbrengen van offertes.'

31 NMa-besluit van 30 december 2011 inzake 6888/435 (LHV).

32 ACM-besluit van 30 juni 2017, zaaknr. 7615.