



J.C.J. WOUTERS, J.W. SAVELBERGH EN PRICE WATERHOUSE
BELASTINGADVISEURS BV / ALGEMENE RAAD VAN DE
NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN, ZAAK C-309/99 EN
STRAFZAAK TEGEN MANUELE ARDUINO, ZAAK
C-35/99

Zaak C-309/99, arrest van het Hof van Justitie van de
Europese Gemeenschappen d.d. 19 februari 2002
Zaak C-35/99, arrest van het Hof van Justitie van de
Europese Gemeenschappen d.d. 19 februari 2002
(m.nt. mr E.H. Pijnacker Hordijk)

Inleiding

Deze bespreking betreft een tweetal arresten waarin regelingen van nationale advocatenorganisaties getoetst worden aan het EG-recht. De zaak Wouters is in Nederland niet onbekend: inzet is de verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) die ziet op samenwerkingsverbanden tussen advocaten en andere professionele dienstverleners. Het arrest Arduino gaat over de tariefvoorschriften die om de twee jaar door de Italiaanse Nationale Orde van Advocaten (CNF) worden vastgesteld inzake de vertegenwoordiging in en buiten rechte in burgerlijke en strafzaken. In beide zaken concludeert het Hof dat de nationale regelingen verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht. De wegen waarlangs het Hof deze conclusies bereikt lopen echter van geval tot geval sterk uiteen. Het zal niettemin geen toeval zijn dat het Hof beide arresten op dezelfde dag heeft gewezen.¹

Zaak C-309/99, Wouters

Punt van geschil is de rechtsgeldigheid van Samenwerkingsverordening 1993 van de NOvA. Deze verordening, vastgesteld door het 'parlement' van de NOvA, het college van afgevaardigden, beperkt de mogelijkheden van (structurele) samenwerkingsverbanden tussen advocaten en beroepsbeoefenaren die een niet-juridisch beroep uitoefenen. Onder samenwerkingsverbanden worden verstaan 'iedere samenwerking waarin de deelnemers voor gezamenlijke rekening en risico praktijk uitoefenen of te dien

aanzien de zeggenschap dan wel de eindverantwoordelijkheid met elkaar delen.' Ingevolge artikel 3 van de Samenwerkingsverordening is het 'de advocaat slechts toegestaan een samenwerkingsverband aan te gaan of te laten voortbestaan indien de praktijk van ieder der deelnemers aan het samenwerkingsverband in hoofdzaak is gericht op de uitoefening van de rechtspraktijk'. Deze bepaling sluit samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants in beginsel uit. Ingevolge artikel 8 van de Samenwerkingsverordening dient een toegestaan (intensief) samenwerkingsverband 'in zijn optreden naar buiten een gemeenschappelijke naam te voeren', hetgeen impliceert dat een (ook) met de Samenwerkingsverordening verenigbaar 'los' samenwerkingsverband niet onder een gemeenschappelijke naam mag opereren.

Wouters is de naamgever van het aan de accountantsorganisatie Arthur Andersen verbonden advocatenkantoor in Nederland, Savelbergh was een van de grondleggers van de advocatuurlijke poot van (thans) PriceWaterhouseCoopers. Beiden wilden een op winstdeling gestoeld samenwerkingsverband aangaan met (onder meer) accountants en onder de naam van de betrokken accountantsorganisatie de praktijk uitoefenen. Wouters en Savelbergh zagen zich beiden in hun initiatieven gedwarsboemd door de lokale Raad van Toezicht van de NOvA, die de respectievelijke samenwerkingsverbanden strijdig oordeelden met de Samenwerkingsverordening. Tegen de besluiten van de Raden van Toezicht werd beroep ingesteld bij de Algemene Raad van de NOvA, en vervolgens bij de rechtbank te Rotterdam. Bij vonnis van 7 februari 1997 wees de rechtbank de vorderingen van Wouters c.s. af. De rechtbank was van oordeel dat de NOvA een publiekrechtelijk lichaam is dat bij de wet is ingesteld om het algemeen belang te dienen. De NOvA gebruikte, aldus de rechtbank,

¹ De zaak Arduino betreft een prejudiciële verwijzing d.d. 13 januari 1999, de zaak Wouters een verwijzing d.d. 10 augustus 1999. Voor de fijnproevers: in beide zaken was de Belgische rechter Wathelet rechter-rapporteur, vond de mondelinge behandeling plaats op 12 december 2000, nam A-G Léger zijn conclusie op 10 juli 2001 en werd het arrest gewezen door een *plenum* van 13 rechters.

haar verordenende bevoegdheden teneinde in het algemeen belang de onafhankelijkheid en de partijdigheid van de rechtshulp verlenende advocaat te garanderen. Om die reden kon de NOvA naar het oordeel van de rechtbank niet als 'ondernemersvereniging' in de zin van artikel 81 lid 1 EG worden aangemerkt. Aan de inhoudelijke mededingingsrechtelijke beoordeling van de Samenwerkingsverordening behoefde de rechtbank aldus niet toe te komen. Tegen de uitspraak van de rechtbank stelden Wouters c.s. hoger beroep in bij de Raad van State. Deze legde bij uitspraak van 10 augustus 1999 een batterij prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor. De Raad van State vroeg het Hof van Justitie niet alleen om een nadere interpretatie van het begrip 'ondernemersvereniging', maar ook om een inhoudelijke toetsing² van de Samenwerkingsverordening aan de mededingingsregels en de Verdragsregels inzake het vrij verkeer van diensten en het vestigingsrecht.

Het begrip 'ondernemersvereniging'

Het Hof diende zich allereerst uit te spreken over de vraag of advocaten ondernemingen zijn in de zin van artikel 81 lid 1 EG. Het antwoord op die vraag luidde vanzelfsprekend bevestigend; advocaten oefenen immers een economische activiteit uit.³ Daarmee bleek echter de vraag of de NOvA dan ook als 'ondernemersvereniging' in de zin van artikel 81 lid 1 EG moet worden aangemerkt, nog niet een-twee-drie beantwoord. Uiteindelijk komt het Hof na een aantal omwegen tot een bevestigend antwoord. De betreffende overwegingen luiden als volgt:

'56. Uitgemaakt moet dus worden of een beroepsorganisatie, wanneer zij een verordening als de Samenwerkingsverordening 1993 vaststelt, als een ondernemersvereniging moet worden aangemerkt dan wel als een overheidsorgaan.

57. Volgens de rechtspraak van het Hof zijn de mededingingsregels van het Verdrag niet van toepassing op een activiteit die, wegens haar aard en doel en de regels waaraan zij is onderworpen, buiten de sfeer van het economisch verkeer valt [...], dan wel neerkomt op de uitoefening van overheidsprerogatieven [...].

58. In de eerste plaats vervult een beroepsorganisatie als de Nederlandse Orde van Advocaten, wanneer zij een verordening als de Samenwerkingsverordening 1993 vaststelt, niet een op het solidariteitsbeginsel berustende sociale taak, zulks in tegenstelling tot bepaalde organen van sociale zekerheid [...], noch oefent zij typische overheidsprerogatieven uit [...]. Zij treedt op als het regulerend orgaan van een beroep waarvan de uitoefening overigens een economische activiteit is.

59. De omstandigheid dat de Algemene Raad krachtens artikel 26 van de Advocatenwet tevens belast is met het behartigen van de belangen van de advocaten als zodanig, sluit deze beroepsorganisatie niet bij voorbaat uit van de werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag, zelfs niet wanneer zij haar regulerende functie op het gebied van de beoefening van de advocatuur uitoefent [...].

60. Verder wettigen ook andere factoren de conclusie dat een beroepsorganisatie die over verordenende bevoegdheid beschikt, zoals de Nederlandse Orde van Advocaten, niet aan de toepassing van artikel 85 van het Verdrag kan ontsnappen.

61. Ten eerste blijkt uit de Advocatenwet, dat de bestuursorganen van de Nederlandse Orde van Advocaten uitsluitend zijn samengesteld uit advocaten, die enkel door beroepsgenoten worden gekozen. De nationale autoriteiten hebben geen bemoeienis met de benoeming van de leden van de raden van toezicht, van het college van afgevaardigden en van de Algemene Raad [...].

62. Ten tweede behoeft de Nederlandse Orde van Advocaten bij de vaststelling van handelingen als de Samenwerkingsverordening 1993 evenmin een aantal criteria van algemeen belang in acht te nemen. Artikel 28 van de Advocatenwet, waaraan zij haar bevoegdheid ontleent om verordeningen vast te stellen, schrijft enkel voor dat deze verordeningen in het belang van de goede uitoefening van de praktijk moeten zijn [...].

63. Ten slotte valt de Samenwerkingsverordening 1993 niet buiten de sfeer van het economisch verkeer, gelet op de invloed van deze verordening op het gedrag van de leden van de Nederlandse Orde van Advocaten op de markt voor juridische dienstverlening als gevolg van het daarin vervatte verbod van bepaalde multidisciplinaire samenwerkingsverbanden.

64. In het licht van de voorgaande overwegingen moet een beroepsorganisatie als de Nederlandse Orde van Advocaten als een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag worden aangemerkt wanneer zij een verordening als de Samenwerkingsverordening 1993 vaststelt. Hierin ligt namelijk de wil van de vertegenwoordigers van de beoefenaren van een beroep besloten dat de beroepsgenoten in het kader van hun economische activiteit een bepaald gedrag volgen.

65. Overigens is het van weinig belang dat de Nederlandse Orde van Advocaten een publiekrechtelijke instelling is.

66. Artikel 85 van het Verdrag is immers volgens zijn eigen bewoordingen van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen. Het juridisch kader waarin dergelijke overeenkomsten worden gesloten en dergelijke besluiten worden genomen, alsmede de juridische kwalificatie die in de verschillende nationale rechtsordes aan dit kader wordt gegeven, zijn derhalve niet van invloed op de toepasselijkheid

2 Dat wil zeggen: een interpretatie van de relevante Verdragsbepalingen in het licht van de Samenwerkingsverordening; formeel is het Hof van Justitie (slechts) bevoegd om het Gemeenschapsrecht te interpreteren. De toepassing op de 'feiten' is het prerogatief van de nationale rechter.

3 Overigens verzuimde het Hof een onderscheid te maken tussen advocaten in loondienst en zelfstandige of in maatschapsverband opererende advocaten. Het is immers evident dat advocaten in loondienst (met inbegrip van advocaten in loondienst van een maatschap) geen ondernemingen zijn.

van de communautaire mededingingsregels en inzonderheid van artikel 85 van het Verdrag [...].

68. Een lidstaat kan, wanneer hij regelgevende bevoegdheden aan een beroepsorganisatie verleent, zelf de criteria van algemeen belang vastleggen en de essentiële beginselen waaraan de uit te vaardigen regelgeving moet voldoen, alsook de bevoegdheid aan zich houden om zelf in laatste instantie te beslissen. In dat geval behouden de door de beroepsorganisatie uitgevaardigde regels een overheidskarakter en ontsnappen zij aan de voor ondernemingen geldende verdragsregels.

69. In het andere geval komen de door de beroepsorganisatie vastgestelde regels enkel voor rekening van deze organisatie zelf. Weliswaar moeten deze regels, indien artikel 85, lid 1, van het Verdrag van toepassing is, bij de Commissie worden aangemeld, doch deze verplichting is niet van dien aard dat zij de regelgevende activiteit van beroepsorganisaties volledig verlamt, zoals de Duitse regering stelt, omdat de Commissie in het bijzonder de mogelijkheid heeft om krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag een groepsvrijstellingsverordening vast te stellen.

70. De omstandigheid dat elk van de in de punten 68 en 69 van dit arrest beschreven stelsels gemeenschapsrechtelijk verschillende gevolgen heeft, doet niet af aan de vrijheid van de lidstaten om voor het ene dan wel het andere stelsel te opteren.'

De materiële beoordeling in het licht van de mededingingsregels en de regels inzake het vrij verkeer

Na de NOvA als ondernemersvereniging te hebben gekwalificeerd, buigt het Hof zich vervolgens over de inhoudelijke beoordeling van de Samenwerkingsverordening in het licht van de relevante Verdragsbepalingen. De toetsing spitst zich toe op de mededingingsregels. Het Hof gaat allereerst in op de vraag of de samenwerkingsverordening de mededinging 'aantast'. De betreffende overwegingen luiden als volgt:

'87. Met betrekking tot de aantasting van de mededinging zij om te beginnen opgemerkt, dat de expertise van advocaten en van accountants elkaar kunnen aanvullen. Aangezien in het kader van de juridische dienstverlening, met name op het gebied van het ondernemingsrecht, steeds vaker een accountant moet worden ingeschakeld, zou een geïntegreerd samenwerkingsverband tussen advocaten en accountants een breder pakket aan diensten kunnen aanbieden en zelfs vernieuwingen kunnen voorstellen. Aldus zou de cliënt zich voor een groot deel van de benodigde diensten voor de organisatie, het beheer en de werking van zijn onderneming tot één enkele entiteit kunnen wenden (voordeel van de zogenaamde one-stop-shop).

88. Daarnaast zou een geïntegreerd samenwerkingsverband tussen advocaten en accountants tegemoetkomen aan de gewijzigde behoeften als gevolg van de toenemende vervlechting van nationale markten en van de daarmee gepaard gaande noodzaak van permanente aanpassing aan de nationale en internationale regelgeving.

89. Tot slot valt evenmin uit te sluiten, dat de schaalvoordelen die door dergelijke geïntegreerde samenwerkingsverbanden kunnen worden gerealiseerd, een positieve uitwerking hebben op de kostprijs van de diensten.

90. Een verbod van geïntegreerde samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants, zoals neergelegd in de Samenwerkingsverordening 1993, kan dan ook de productie en de technische ontwikkeling in de zin van artikel 85, lid 1, sub b, van het Verdrag beperken.

91. Stellig wordt de accountantsmarkt gekenmerkt door een hoge concentratiegraad, zodat de ondernemingen die deze markt domineren doorgaans worden aangeduid als de big five en de voorgenomen concentratie van twee van hen, Price Waterhouse en Coopers & Lybrand, aanleiding heeft gegeven tot beschikking 1999/152/EEG van de Commissie van 20 mei 1998 waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de EER-overeenkomst [...].

92. Daar staat echter tegenover dat het verbod van belangenconflicten dat voor alle advocaten in de Gemeenschap geldt, een structurele grens kan vormen voor een sterke concentratie van advocatenkantoren, en dus hun mogelijkheden kan beperken om van schaalvoordelen te profiteren of structureel samen te werken met beoefenaren van beroepen in sterk geconcentreerde sectoren.

93. Zo gezien zouden geïntegreerde samenwerkingsverbanden tussen de advocatuur, waarvan het sterk gedecentraliseerde karakter nauw verband houdt met een aantal van de fundamentele kenmerken ervan, en een zo sterk geconcentreerde sector als die van de accountants, indien zij zonder voorbehoud of ongelimiteerd werden toegestaan, de mate van op de markt voor juridische dienstverlening aanwezige concurrentie algemeen kunnen beperken als gevolg van de aanzienlijke vermindering van het aantal op die markt opererende ondernemingen.

94. Aangezien echter de instandhouding van een voldoende mate van concurrentie op de markt voor juridische dienstverlening ook kan worden verzekerd door minder vergaande maatregelen dan een nationale regeling als de Samenwerkingsverordening 1993, die elke vorm van geïntegreerde samenwerking, ongeacht de omvang van de betrokken advocaten- en accountantskantoren, volstrekt verbiedt, beperkt een dergelijke regeling de mededinging.'

Vervolgens buigt het Hof zich over de vraag of de tussenstaatse handel wordt beïnvloed. Het antwoord luidt bevestigend: de betrokken ondernemersafpraak dekt het gehele grondgebied van de lidstaat Nederland en raakt bovendien bezoekende advocaten en internationaal opererende accountantskantoren. Daarmee is echter de kous nog niet af. Het Hof acht het nodig de Samenwerkingsverordening aan een nadere analyse in het licht van de 'algehele context' te onderwerpen. Die nadere analyse leidt tot de conclusie dat de Samenwerkingsverordening per saldo geen inbreuk op artikel 81 lid 1 EG oplevert. De betreffende overwegingen luiden als volgt:

'97. Opgemerkt zij evenwel, dat niet elke overeenkomst tus-

sen ondernemingen of elk besluit van een ondernemersvereniging die de handelingsvrijheid van de partijen of van een van hen beperkt, automatisch onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt. Bij de toepassing van deze bepaling op een concreet geval moet namelijk in de eerste plaats rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit van de ondernemersvereniging is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan, welke in casu verband houden met 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 [...]. Vervolgens moet worden onderzocht, of de daaruit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan deze nagestreefde doeleinden.

98. Hierbij moet rekening worden gehouden met het juridisch kader dat in Nederland geldt voor enerzijds de advocaten en de Nederlandse Orde van Advocaten, waarbij alle in deze lidstaat ingeschreven advocaten zijn aangesloten, en anderzijds de accountants.

99. Met betrekking tot advocaten zij vooraf opgemerkt, dat het vaste rechtspraak is dat bij gebreke van specifieke gemeenschapsbepalingen terzake elke lidstaat vrij is om de uitoefening van het beroep van advocaat op zijn grondgebied te regelen [...]. De op dit beroep toepasselijke regels kunnen dan ook aanzienlijk verschillen per lidstaat.

100. Volgens de in Nederland heersende opvattingen, waar de nationale orde van advocaten krachtens artikel 28 van de Advocatenwet is belast met het vaststellen van verordeningen in het belang van de goede uitoefening van het beroep van advocaat, houden de in dit verband vastgestelde essentiële regels met name de verplichting in om de cliënt in volledige onafhankelijkheid en in het exclusieve belang van die cliënt te verdedigen, de reeds genoemde verplichting om elk risico van belangenconflicten te vermijden en de verplichting om een strikt beroepsgeheim in acht te nemen.

101. Deze deontologische verplichtingen hebben niet te verwaarlozen gevolgen voor de structuur van de markt voor juridische dienstverlening, en meer in het bijzonder voor de mogelijkheden om het beroep van advocaat tezamen met andere op die markt opererende beoefenaren van vrije beroepen uit te oefenen.

102. Zo dient de advocaat op grond van deze verplichtingen een onafhankelijke positie in te nemen jegens overheidsorganen, andere marktpartijen en derden, door wie hij zich nimmer mag laten beïnvloeden. Wat dit aangaat, moet de advocaat de garantie bieden dat al zijn initiatieven in een zaak uitsluitend in het belang van zijn cliënt worden genomen.

103. Voor het beroep van accountant daarentegen gelden in het algemeen en meer in het bijzonder in Nederland geen vergelijkbare deontologische regels.

104. Zoals de advocaat-generaal terecht heeft opge-

merkt in de punten 185 en 186 van zijn conclusie, kan er een zekere onverenigbaarheid bestaan tussen de adviserende activiteit van de advocaat en de controlerende activiteit van de accountant. Uit de door verweerder in het hoofdgeding ingediende schriftelijke opmerkingen blijkt, dat de accountant in Nederland een taak heeft op het gebied van de controle van de jaarrekeningen. Uit hoofde daarvan verricht hij een objectief onderzoek en een objectieve controle van de boekhouding van zijn cliënten, teneinde aan belanghebbende derden zijn persoonlijke visie op de betrouwbaarheid van deze boekhoudkundige gegevens te kunnen geven. Hieruit volgt dat hij in de betrokken lidstaat niet is onderworpen aan een beroepsgeheim dat vergelijkbaar is met dat van de advocaat, in tegenstelling tot hetgeen bijvoorbeeld naar Duits recht geldt.

105. Mitsdien moet worden vastgesteld, dat de Samenwerkingsverordening 1993 in de betrokken lidstaat de eerbiediging van de deontologie van de advocatuur beoogt te verzekeren, en dat de Nederlandse Orde van Advocaten, gelet op de in die lidstaat heersende opvattingen over dit beroep, zich op het standpunt mocht stellen dat de advocaat zijn cliënt niet langer onafhankelijk en met inachtneming van een strikt beroepsgeheim kan adviseren en verdedigen, indien hij deel uitmaakt van een structuur die mede tot taak heeft verslag te doen van de financiële resultaten van handelingen waarbij hij betrokken is geweest, en deze te certificeren.

106. Overigens roept de combinatie van wettelijke controle op de boekhouding en advisering, met name op juridisch gebied, ook vragen op binnen de accountantswereld zelf, zoals blijkt uit het Groenboek 96/C 321/01 van de Commissie, getiteld De rol, de positie en de aansprakelijkheid van de met de wettelijke controle belaste accountant in de Europese Unie [...].

107. Een verordening als de Samenwerkingsverordening 1993 kon derhalve redelijkerwijs noodzakelijk worden geacht ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dat in de betrokken lidstaat is georganiseerd.

108. Bovendien betekent het feit dat in een andere lidstaat bepalingen gelden die verschillen van die van de betrokken lidstaat, niet dat de in laatstbedoelde lidstaat geldende bepalingen onevenredig zijn en derhalve onverenigbaar met het gemeenschapsrecht [...]. Ook al zijn geïntegreerde samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants in sommige lidstaten wel toegestaan, dit neemt niet weg dat de Nederlandse Orde van Advocaten zich op het standpunt mag stellen dat de door de Samenwerkingsverordening 1993 nagestreefde doelstellingen, met name gelet op de rechtsregeling waaraan advocaten, respectievelijk accountants in Nederland zijn onderworpen, niet kunnen worden bereikt door minder beperkende maatregelen [...].

109. Bijgevolg lijken de mededingingsbeperkende gevolgen, zoals die welke een verordening als de Samenwerkingsverordening 1993 heeft voor in Nederland werk-

zame advocaten, niet verder te gaan dan noodzakelijk is ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat [...].

110. Gelet op de voorgaande overwegingen, moet op de tweede vraag worden geantwoord, dat een nationale regeling als de Samenwerkingsverordening 1993, die is vastgesteld door een instelling als de Nederlandse Orde van Advocaten, geen inbreuk maakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, aangezien deze instelling zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat voornoemde regeling, niet-tegenstaande de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen, noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dit in de betrokken lidstaat is georganiseerd.'

Tot slot resteerde de toetsing aan de Verdragsregels inzake het vrij verkeer van diensten en het vestigingsrecht. Het Hof is hier kort over: zo de Samenwerkingsverordening al de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden zou beperken, moet die beperking gerechtvaardigd worden geacht op de in de r.o. 97-109 uiteengezette gronden.

Zaak C-35/99, Arduino

Deze zaak heeft als gezegd betrekking op de door de Italiaanse CNF vastgestelde tariefvoorschriften. In dit arrest gaat het Hof niet expliciet in op de vraag of de Italiaanse tegenvoeter van de NOvA als een 'ondernemersvereniging' moet worden aangemerkt. In de argumentatie van het Hof wordt dit als feitelijk gegeven verondersteld. De toetsing van het Hof spitst zich toe op de vraag of sprake is van een schending van de trits van (thans) de artikelen 3 lid 1 sub g, 10 en 81 EG, die met name daarin zou bestaan dat de Italiaanse overheid de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers zou hebben overgedragen. Het Hof oordeelt dat een dergelijke delegatie niet aan de orde is. De relevante overwegingen luiden als volgt:

'36. Het feit dat een lidstaat de opstelling van een ontwerptariefregeling opdraagt aan een beroepsorganisatie, ontnemt aan de uiteindelijk vastgestelde tariefregeling niet automatisch het karakter van overheidsregeling.

37. Dit is het geval wanneer de leden van de beroepsorganisatie kunnen worden aangemerkt als deskundigen die onafhankelijk zijn van de betrokken marktdeelnemers en die wettelijk verplicht zijn bij de vaststelling van de tarieven niet alleen met de belangen van de ondernemingen of ondernemersverenigingen in de sector die hen benoemd heeft, rekening te houden maar ook met het algemeen belang en met de belangen van ondernemingen in andere sectoren of van hen die van de betrokken diensten gebruik maken [...].

38. In het hoofdgeding blijkt uit de beschrijving van het nationaal juridisch kader, dat de Italiaanse staat de CNF, die uitsluitend is samengesteld uit advocaten die door beroepsgenoten zijn gekozen, verplicht om elke twee jaar een ontwerp voor een tariefregeling voor de honoraria van advocaten op te stellen, die minimum- en maximumbedra-

gen bevat. Weliswaar moeten de honoraria en vergoedingen krachtens artikel 58 van het RDL worden vastgesteld op basis van het belang van de zaak, de aanleg waarin de zaak bij de rechter is aangebracht, en, in strafzaken, de duur ervan, doch in feite vermeldt het RDL geen criteria van algemeen belang die de CNF in acht moet nemen.

39. Dit betekent dat de in het hoofdgeding bedoelde nationale regeling procedurele noch materiële voorschriften bevat die met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kunnen verzekeren dat de CNF zich bij de opstelling van de ontwerptariefregeling gedraagt als een verlengstuk van het openbaar gezag dat handelt in het algemeen belang.

40. Nochtans lijkt de Italiaanse staat geen afstand te hebben gedaan van haar bevoegdheid om in laatste instantie te beslissen of toezicht te houden op de toepassing van de tariefregeling. [...]

41. In de eerste plaats is de CNF slechts belast met de opstelling van een ontwerptariefregeling, die als zodanig niet verbindend is. Zonder ministeriële goedkeuring treedt de ontwerptariefregeling niet in werking en blijft het oude goedgekeurde tarief van kracht. De minister heeft dan ook de bevoegdheid om het ontwerp van de CNF te wijzigen. De minister wordt bovendien bijgestaan door twee publiekrechtelijke organen, de Consiglio di Stato en het CIP, bij wie hij voor de goedkeuring van de tariefregeling advies moet inwinnen.

42. In de tweede plaats bepaalt artikel 60 van het RDL, dat de vaststelling van de kosten door de gerechtelijke instanties geschiedt op basis van de in artikel 57 van het RDL bedoelde criteria, met inachtneming van de moeilijkheid en het aantal behandelde geschilpunten. Verder kan de rechter in bepaalde uitzonderlijke omstandigheden, mits genoegzaam gemotiveerd, afwijken van de krachtens artikel 58 van het RDL vastgestelde maximum- en minimumbedragen.

43. In deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld, dat de Italiaanse staat de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied heeft overgedragen aan particuliere marktdeelnemers, hetgeen aan de in het hoofdgeding bedoelde regeling haar overheidskarakter zou ontnemen. Om de redenen uiteengezet in de punten 41 en 42 van dit arrest, kan de Italiaanse staat evenmin worden verweten de totstandkoming van met artikel 85 strijdige mededingingsregelingen te hebben opgelegd of begunstigd dan wel de werking daarvan te hebben versterkt.'

De conclusie luidt derhalve dat de tariefregeling van de CNF in werkelijkheid als een overheidsmaatregel moet worden aangemerkt die (uitsluitend) aan de minister moet worden toegeschreven.

Commentaar

De kwalificatie van de Samenwerkingsverordening als besluit van een ondernemersvereniging versus de kwalificatie van de tariefbesluiten van de Italiaanse Orde van Advocaten als (indirecte) overheidsmaatregel

Zoals dit kopje al suggereert, lijken de bevindingen van het Hof in Wouters en Arduino op het eerste gezicht op gespannen voet met elkaar te staan. In het arrest Wouters stelt het Hof centraal de vraag of de NOvA als ondernemersvereniging moet worden aangemerkt. In het arrest Arduino staat centraal de vraag naar de rol van de Italiaanse overheid. Bepalend voor dit verschil in focus is het feit dat de verordeningen van de NOvA niet onderhevig zijn aan goedkeuring van overheidswege. Voor de regelingen van de Italiaanse CNF is dat anders. Bovendien kan de minister van Justitie blijkens het arrest van het Hof – mede na consultatie van een interministerieel comité voor de prijzen – zijn eigen oordeel voor dat van het CNF in de plaats stellen.⁴ Op het eerste gezicht een wezenlijk verschil.⁵ Bedacht moet echter worden dat de verordeningen van het college van afgevaardigden van de NOvA vatbaar zijn voor spontane vernietiging door de Kroon wegens strijd met het algemeen belang. Weliswaar kan de Kroon zijn eigen oordeel niet in de plaats stellen van dat van het college van afgevaardigden, maar dat neemt niet weg dat de overheid kan ingrijpen in de besluitvorming van de NOvA.⁶ Conclusie: graduele verschillen in nationaalwettelijke context kunnen ingrijpende consequenties hebben voor de Europeesrechtelijke appreciatie.

Het verschil in aanpak brengt mee dat het Hof in Wouters zich nader moet buigen over de eigen positie van de NOvA onder de mededingingsregels, terwijl het Hof in Arduino niet aan een dergelijke analyse behoeft toe te komen. De kwalificatie van de NOvA als ondernemersvereniging komt op zich niet als een verrassing, maar de overwegingen munten niet uit door helderheid. De redenering van het Hof is een tweetrapsraket. In eerste linie oordeelt het Hof dat de activiteiten van de NOvA niet naar hun aard buiten de werking van de mededingingsregels vallen: deze activiteiten vallen niet buiten de sfeer van het economisch verkeer, en de NOvA oefent ook geen typische overheidsprerogatieven uit. De argumentatie komt gekunsteld voor. De door het Hof aangehaalde precedënten zien immers op de toepassings sfeer van het begrip ‘onderneming’.⁷ Beter inzichtelijk is dan ook het tweede onderdeel van de tweetrapsraket, waarbij het Hof aanknoopt bij de jurisprudentie over de trits van (thans) artikel 3 lid 1 sub g), 10 en 81 EG. In feite toetst het Hof hier aan de in Arduino geëxpliciteerde criteria. Van een verboden delegatie is blijkens r.o. 37 van het arrest Arduino géén sprake ‘wanneer de leden van de beroepsorganisatie kunnen worden aangemerkt als deskundigen die onafhankelijk zijn van de betrokken marktdeelnemers en die wettelijk verplicht zijn bij de vaststelling van de tarieven niet alleen met de belangen van de ondernemingen [...] in de sector die hen benoemd heeft rekening

te houden, maar ook met het algemeen belang en met het belang van ondernemingen in andere sectoren of van hen die van de betrokken diensten gebruik maken’. De toetsing aan deze criteria valt in het onderhavige geval negatief uit. Het Hof ziet het college van afgevaardigden als rechtstreekse vertegenwoordigers van de belangen van de eigen beroepsgroep, en ontwaart ook geen specifieke verplichting om het algemeen belang in acht te nemen. Overigens oordeelt het Hof in Arduino in gelijke zin over de positie van de CNF: ook de CNF bestaat uit vertegenwoordigers van de beroepsgroep, en ook de CNF heeft geen wettelijke verplichting het algemeen belang in acht te nemen. Opvallend is dat het Hof een tamelijk legistische koers volgt. Terwijl de Nederlandse rechtbank in eerste aanleg nog oordeelde dat de NOvA binnen het kader van de Advocatenwet het algemeen belang centraal dient te stellen, is het Hof niet bereid het belang van het bevorderen van de goede uitoefening van de praktijk met het algemeen belang te vereenzelvigen. Verbazingwekkend is dit niet: het Hof staat op grotere afstand van de Nederlandse praktijk en heeft ervoor te waken dat de door hemzelf ontwikkelde criteria niet te gemakkelijk verwateren.

-
- 4 Blijkens de zaak C-185/91, Reiff, 17 november 1993, Jur. 1993, p. I-5801, is dit in de plaats stellen van het eigen oordeel van de toezicht houdende overheidsinstantie voor dat van de private initiatiefnemer mede doorslaggevend voor de niet-toepasselijkheid van de trits. Overigens valt op dat het Hof in r.o. 41 aanneemt dat de minister van Justitie ‘dan ook’ de bevoegdheid heeft de ontwerpregelgeving van de CNF te wijzigen, terwijl uit het feitelijk gedeelte van het arrest niet blijkt dat dit een expliciet toegekende bevoegdheid is. Uit de conclusie van de advocaat-generaal blijkt duidelijk dat de constatering in r.o. 41 het Hof in de mond is gelegd door de Italiaanse regering. De Italiaanse regering heeft het Hof kennelijk voorgehouden dat de minister van Justitie zijn goedkeuringsrecht op zodanige wijze kan uitoefenen dat hij de facto de CNF dwingt het voorgelegde ontwerp te amenderen. Anders gezegd: de minister stelt niet naar eigen goeddunken de verordening vast, maar kan de CNF *de facto* dwingen een herzien ontwerp ter goedkeuring voor te leggen dat aan de bezwaren van de minister tegemoetkomt.
- 5 Het verschil komt nog scherper tot uiting in de conclusie van de A-G in Arduino. Hij karakteriseert de ontwerp-regeling van de CNF als een zuiver preparatoire handeling in het wetgevingsproces (r.o. 69): ‘It follows that, in contrast to classic price agreements, the decision of the CNF adopting the draft scale is a preparatory act in the legislative procedure laid down by the Italian legal system. It is required by national legislation and enjoys purely consultative status. The object of the contested decision is, therefore, to enable the public authorities to adopt rules adapted to the particular features and needs of the profession.’
- 6 Denkbaar is immers dat de Kroon zijn vernietigingsrecht zo toepast dat de facto sprake is van een impliciete amendering van de verordening van de Algemene Raad. Veel hangt af van de wijze waarop de Kroon een eventueel vernietigingsbesluit motiveert. Indien uit die motivering voldoende blijkt wat de steen des aanstoots is van de Kroon en op welke wijze aan de bezwaren van de Kroon tegemoet kan worden gekomen, staat het de Algemene Raad vrij om in tweede aanleg een nieuwe verordening vast te stellen die aan de bezwaren van de Kroon tegemoet komt. Bovendien zal de praktijk zo zijn dat de Algemene Raad over ontwerpverordeningen overleg pleegt met het Ministerie van Justitie mede om het risico van spontane vernietiging van een eenmaal aangenomen verordening door de Kroon te minimaliseren.
- 7 Het Hof verwijst naar gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Poucet en Pistre, 17 februari 1993, Jur. 1993, p. I-637, zaak C-364/92, SAT Fluggesellschaft, 19 januari 1994, Jur. 1994, p. I-43 en zaak C-343/95, Diego Cali, 18 maart 1997, Jur. 1997, p. I-1547.

In r.o. 63 noemt het Hof nog een aanvullende reden – de verordening valt niet buiten de sfeer van het economisch verkeer – die in het licht van eerdere jurisprudentie niet valt te plaatsen, en die ook niet valt te rijmen met het arrest Arduino. Van de tariefregeling van de CNF kan immers moeilijk worden volgehouden dat deze geen invloed zou hebben op het gedrag van zijn leden.

Wat hiervan zij, de boodschap van het Hof is duidelijk: maatregelen van een beroepsorganisatie waarbij deze autonoom de uitoefening van economische activiteiten van de aangesloten beroepsgenoten reguleert, zijn niet zonder meer aan de toepassingsfeer van het mededingingsrecht onttrokken.

Het mag geen verbazing wekken dat het Hof geen belang hecht aan het publiekrechtelijk karakter van de NOvA; het is vaste jurisprudentie dat de nationaalrechtelijke kwalificatie van een instelling of een maatregel niet van belang is voor de toepassing van het Europese (mededingings)recht. Dat heeft alles te maken met de *primauté* (voorrang) van het gemeenschapsrecht (en niet met een of andere speciale status van het *mededingingsrecht*). Voor de toepassing van het nationale mededingingsrecht ligt dat mijns inziens anders. Het (nationale) mededingingsrecht is als zodanig niet van hogere orde dan ander (nationaal) recht. De NOvA is een openbare beroepsorganisatie in de zin van artikel 134 Grondwet en de verordeningen van het college van afgevaardigden vormen wetgeving in materiële zin. Ingevolge artikel 30 Advocatenwet kunnen de betreffende verordeningen door de Kroon worden vernietigd wegens strijd met het algemeen belang. In een goedkeuringsrecht voor resp. repressief toezicht door de minister van Economische Zaken of een zelfstandig bestuursorgaan is niet voorzien.

Aandacht verdient tot slot de door het Hof in r.o. 68 en 69 geschetste dychotomie. Dat de tegenstelling minder zwart-wit is dan het Hof wil doen voorkomen wordt bevestigd door het arrest Arduino; men kan immers moeilijk volhouden dat het wettelijk kader waarbinnen de CNF opereert geheel voldoet aan de in r.o. 68 van Wouters samengevatte eisen. De verwijzing in r.o. 69 naar de mogelijkheid van vaststelling van een groepsvrijstelling door de Commissie is in drieërlei opzicht merkwaardig. Ten eerste blijkt uit het vervolg van het arrest dat ontheffingen en vrijstellingen überhaupt overbodig zijn (respectievelijk dat er nog een derde weg is). Ten tweede ontbreekt een machtigingsverordening van de Raad die de Commissie nodig heeft om een groepsvrijstelling te kunnen vaststellen. Ten derde past de toespeling op een groepsvrijstelling niet goed binnen het kader van het 'moderniseringsdebat'. Kortom, de verwijzing naar de mogelijkheid van een groepsvrijstelling lijkt weinig doordacht.

Inhoudelijke toetsing aan het mededingingsrecht

Aan een inhoudelijke mededingingsrechtelijke toetsing komt het Hof in Arduino niet toe. In Wouters vormt het de hoofdschotel. De inhoudelijke mededingingsrechtelijke

lijke beoordeling van de Samenwerkingsverordening is opmerkelijk te noemen. Enerzijds oordeelt het Hof dat de verordening de mededinging beperkt doordat het de voordelen van een geïntegreerd samenwerkingsverband – one-stop-shop, mogelijke schaalvoordelen – van advocaten en accountants aan gebruikers onthoudt. Anderzijds zou het samengaan van advocaten en accountants 'de mate van op de markt voor juridische dienstverlening aanwezige concurrentie algemeen kunnen beperken', gegeven het feit dat de 'accountantsmarkt' gekenmerkt wordt door een concentratiegraad die in de markt voor juridische dienstverlening gegeven de regels met betrekking tot belangenconflicten niet kan worden bereikt. Deze passage is frappant, waar zij suggereert dat een hoge concentratiegraad als zodanig concurrentiebeperkend moet worden geacht en maatregelen gericht op het tegengaan van een dergelijke concentratiegraad concurrentiebevorderend. Dit is een gedachtegang die in het mededingingsrecht tot nog toe zonder precedent is en waarbij vanuit economisch en juridisch opzicht de nodige vraagtekens kunnen worden geplaatst. Opmerking verdient tot slot dat het Hof hier concurrentiebevorderende en concurrentiebeperkende aspecten van het samenwerkingsverbod tegen elkaar lijkt af te wegen binnen het kader van de beoordeling onder artikel 81 lid 1 EG (zie met name r.o. 90 versus r.o. 93). Dit biedt voedsel voor de gedachte dat het Gerecht het in het Métropole-arrest toch niet bij het juiste eind heeft gehad toen het uit de jurisprudentie van het Hof de stelling destilleerde dat positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging uitsluitend binnen het kader van artikel 81 lid 3 EG tegen elkaar moeten worden afgewogen.⁸

Vervolgens toetst het Hof de Samenwerkingsverordening aan het proportionaliteitsbeginsel om te constateren dat 'de instandhouding van een voldoende mate van concurrentie' ook met minder vergaande middelen dan een totaal samenwerkingsverbod kan worden bewerkstelligd. In dit licht komt het Hof tot de conclusie dat de Samenwerkingsverordening de mededinging beperkt.

De analyse van het Hof met betrekking tot de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten is standaard en behoeft geen nader commentaar.

Het meest belangwekkende onderdeel vormen de r.o. 97 e.v. van het arrest. Uit de overwegingen blijkt dat de regelgeving van beroepsorganisaties, in het licht van de doelstellingen van die organisaties, een bijzondere beoordeling in het licht van het mededingingsrecht behoeven. Centraal staat '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'. Uitgangspunt voor de mededingingsrechtelijke beoordeling is derhalve

⁸ Zaak T-112/99, 18 september 2001, n.n.g., met name r.o. 77, 78.

het gegeven dat er regels inzake deontologie in ruime zin *moeten* zijn. Op communautair niveau heeft geen harmonisatie plaatsgevonden van de regelgeving inzake de uitoefening van het (juridische) beroep, en binnen de Nederlandse maatschappelijke verhoudingen is de NOvA belast met de wettelijke taak deontologische regels in de bovenbedoelde ruime zin vast te stellen. In dat licht bezien dient de mededingingsrechtelijke beoordeling zich te beperken tot de vraag of de mededingingsbeperkingen inherent kunnen worden geacht aan de doelstellingen die door – in casu – de NOvA worden nagestreefd. Anders gezegd: de leer van de inherente beperkingen wordt weer eens volop in de schijnwerpers geplaatst.

‘Volgens de in Nederland heersende opvattingen’, aldus het Hof, houden de in het belang van de goede praktijkuitoefening door de NOvA vastgestelde essentiële regels ‘met name de verplichting in om de cliënt in volledige onafhankelijkheid en in het exclusieve belang van die cliënt te verdedigen, de reeds genoemde verplichting om elk risico van belangenconflicten te vermijden en de verplichting om een strikt beroepsgeheim in acht te nemen.’ Het is duidelijk dat in deze beoordeling door het Hof het algemeen belang centraal staat. Er is hier een zekere spanning met de voorafgaande r.o. 62 waar het Hof het belang van een goede praktijkuitoefening uitdrukkelijk niet schaarde onder ‘criteria van algemeen belang’.

Vervolgens gaat het Hof uitvoerig in op de verschillende posities van advocaten en accountants. Het Hof verwijst zelfs naar een Groenboek van de Commissie over de positie van de accountant teneinde te onderstrepen dat de combinatie van wettelijke controle op de boekhouding en (juridische) advisering ook ‘binnen de accountantswereld zelf’ vragen oproept.

Tegen deze achtergrond oordeelt het Hof uiteindelijk dat de Samenwerkingsverordening ‘redelijkerwijze noodzakelijk (kon) worden geacht ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dat in de betrokken lidstaat is georganiseerd.’ Tot slot wijst het Hof er nog expliciet op dat het enkele feit dat lidstaten ten aanzien van het betreffende onderwerp uiteenlopende regelingen hebben getroffen niet van belang is voor de proportionaliteitstoets. Het Hof verwijst in dit verband naar het arrest *Reisebüro Broede*,⁹ waarin het een Duitse (wettelijke) regeling sanctioneerde waarbij de gerechtelijke incasso van schuldvorderingen wordt voorbehouden aan advocaten. Regelgeving inzake het procesmonopolie wordt door het Hof kennelijk onder één noemer gebracht met regulering van de samenwerking tussen leden van verschillende beroepsgroepen.

In de rechtspraak van het Hof wordt doorgaans onderscheiden tussen een noodzakelijkheids- (of geschiktheids)stoets en een proportionaliteitstoets. In het arrest *Wouters* lopen noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets door elkaar heen (vergelijk r.o. 107 en 108). Dit doet geen afbreuk aan de centrale boodschap van het arrest.

Wat is die centrale boodschap? De essentie van het arrest schuilt daarin dat het Hof aan de NOvA een ruime discretionaire vrijheid toekent bij de beoordeling van de noodzaak en proportionaliteit van een maatregel als de Samenwerkingsverordening in het licht van het belang van de waarborging van een goede praktijkuitoefening. Het Hof beperkt zich uitdrukkelijk tot een marginale toetsing aan het noodzakelijkheids- respectievelijk proportionaliteitsbeginsel:¹⁰ het Hof beoordeelt niet zelf of de Samenwerkingsverordening noodzakelijk en proportioneel moet worden geacht, maar slechts of de NOvA in redelijkheid kon menen dat zulks het geval is.¹¹ Anders gezegd: het Hof weigert uitdrukkelijk op de stoel van de nationale beroepsorganisatie plaats te nemen. Het Hof houdt zich verre van een integrale en gedetailleerde herbeoordeling van de rechtvaardiging die de NOvA aan de Samenwerkingsverordening ten grondslag heeft gelegd. Frappant is in dit verband ook dat het Hof – anders dan te doen gebruikelijk – de uitvoering van de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets niet terugdelegeert aan de nationale rechter, maar zelf de knoop doorhakt. Het Hof snijdt de weg voor de Raad van State af om zelf alsnog een inhoudelijke toetsing van de Samenwerkingsverordening in het licht van het proportionaliteitsbeginsel door te voeren. Het oordeel van het Hof heeft op dit onderdeel een sterke rechts-politieke dimensie.

Het leerstuk van de ‘inherente beperking’ krijgt in de zaak *Wouters* een nieuwe dimensie.¹² In feite komt deze erop neer dat nationale beroepsorganisaties niet ten volle aan het mededingingsrecht zijn onderworpen. De bevoegde rechter (en dus ook de Commissie of een andere bevoegde mededingingsautoriteit) dient zich bij zijn mededingingsrechtelijke toetsing te beperken tot de beantwoording van de vraag of de beroepsorganisatie in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat een door die organisatie uitgevaardigd voorschrift noodzakelijk kan worden geacht ter verzekering van de belangen waarvoor de beroepsorganisatie binnen het nationale wettelijke kader heeft te waken.

Tot slot, en dat is niet zonder relevantie voor het optreden van de NMa in de kwestie *no-cure-no-pay*, het arrest *Wouters* biedt geen enkel aanknopingspunt voor een differentiatie tussen verordeningen en gedragsregels van de NOvA, wanneer het aankomt op de inhoudelijke mededingingsrechtelijke beoordeling daarvan.

9 Zaak C-3/95, 12 december 1996, Jur. 1996, p. I-6511.

10 De marginale toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel in r.o. 107-108 staat haaks op de volle toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel in r.o. 93.

11 Het Hof volgt daarmee de lijn die door de Commissie is ingezet in de beschikking EPI, Pb. EG 1999, L 106/14. Deze beschikking is besproken door Pijnacker Hordijk en Glazener in *M&M* 1999, nr. 3/4, p. 116 e.v.

12 Zie over dit onderwerp nog onlangs Loozen in *M&M* 2002, p. 11 e.v.