

WPNR

Nummer 6834

Jaargang 141

13 maart 2010

Prof. mr. W.J.M. van Veen

Privaatrecht Actueel

De notaris en Titel 7.13

Het ontwerp invoeringswet Titel 7.13 is onlangs door de Tweede Kamer aangenomen. Op de valreep zijn enkele vooral voor het notariaat relevante wijzigingen in het wetsvoorstel aangebracht.

Mw. mr. dr. L. Jordens-Cotran

Boek 10 BW en de voltrekking en

**geldigheid van het huwelijk (art. 10:27
t/m 34 BW)**

Eén enkele wijziging in de regeling van internationale huwelijken in Boek 10 BW. De aangegeven grondslag hiervan, de favor matrimonii, is hierbij weinig consequent toegepast.

Mr. drs. A.C.W. Pijs en

prof. mr. W.H. van Boom

Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid

Het vermoeden van causaal verband is mede gestaafd op Europeesrechtelijke gronden. Het oordeel van de Hoge Raad wordt gezien in het licht van zijn eerdere jurisprudentie betreffende het (bewijs van het) causaal verband in geval van schending van informatieplichten.

Mr. J.C.A. Houdijk

Proefschrift; drie stellingen

Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen

Met zijn ruime toepassingsbereik, botst het mededingingsrecht geregeld met andersoortige beleidsterreinen. Het is de vraag of dit rechtsgebied over het juiste instrumentarium beschikt om met niet-economische belangen om te gaan.



Drie stellingen

Mr. J.C.A. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen. Het Europese en Nederlandse anti-trustrecht in botsing met belangen van intellectuele eigendom, vrije beroepen, cultuur, gezondheidszorg en milieubescherming*, Serie Onderneming en Recht, 900 pagina's, ISBN 978 90 13 06924 2, Deventer: Kluwer 2009. Promotores: prof. dr. A.-M. van den Bossche (Universiteit Antwerpen) en prof. mr. J.W. van de Gronden (Radboud Universiteit Nijmegen). Het proefschrift is verdedigd aan de Radboud Universiteit Nijmegen op 22 oktober 2009.

1. Inleiding

Het mededingingsrecht bepaalt de spelregels voor een effectieve concurrentie tussen marktpartijen. Tot deze spelregels behoren bepalingen die ondernemingen verbieden om onderling prijsafspraken te maken en verkoopgebieden te verdelen. Het mededingingsrecht beoogt met dit soort verbodsbepalingen om het mechanisme van marktwerking, dat geldt als motor van de economie, ten volle tot zijn recht te laten komen.

Het mededingingsrecht is de laatste decennia als rechtsgebied sterk in opkomst in Nederland. Nu marktwerking meer en meer in de verschillende sectoren van de maatschappij is doorgedrongen, en ook steeds scherper is gaan functioneren op vele terreinen van de economie, volgt het mededingingsrecht haar op de voet. Met zijn ruime toepassingsbereik en directe werking komt het rechtsgebied onvermijdelijk in botsing met andere rechts- en beleidsterreinen.

In mijn proefschrift doe ik onderzoek naar de vraag hoe het Europese en Nederlandse¹ mededingingsrecht (meer specifiek: het kartelverbod² en het verbod op misbruik van een machtspositie³) omgaat met botsende belangen en beleidsterreinen, en ik doe aanbevelingen omtrent het (juiste) gebruik van exceptiemethoden en -instrumenten.

Zoals bij eigenlijk ieder rechtsgebied het geval is, bestaan ook binnen het mededingingsrecht uitzonderingen op de hoofdregels (c.q. excepties op de verbodsbepalingen), teneinde andersoortige belangen dan concurrentie de ruimte te geven om tot ontplooiing te komen. Over de vraag hoe de bestaande uitzonderingen precies toegepast moeten worden, en of zij volstaan om het mededingingsrecht voldoende in toom te houden, bestaat veel discussie. Deze discussie speelt zich niet alleen af in de literatuur, maar komt ook naar voren in de nationale en Europese rechtspraak over de toepassing van het mededingingsrecht, en in maatschappelijke discussies.

Het mededingingsrecht kent namelijk een inconsistente, niet altijd even heldere methodiek om met botsende belangen om te gaan. Dit brengt het gevaar met zich mee dat bijvoorbeeld maatschappelijke belangen ondersneeuwen in hun collisie met het mededingingsrecht en het achterliggende proces van marktwerking.

Het proefschrift richt zich op de vraag of instrumenten of methoden beschikbaar zijn die meer eenheid, consistentie en expliciteit brengen in de manier waarop het mededingingsrecht omgaat met botsende belangen. Van de Europese wetgever zijn op dit punt geen initiatieven te verwachten, in de vorm van een aanpassing van de bestaande mededingingsartikelen of de introductie van een nieuwe exceptie in de Europese verdragen: de lidstaten hebben het door de jaren heen al moeilijk genoeg gehad met andere wijzigingen van de EU-Verdragen. Aangezien het Europese mededingingsrecht als ijkpunt geldt voor de Nederlandsrechtelijke pendant van de Mededingingswet (hierna ook: "Mw"), is het niet waarschijnlijk dat de Nederlandse wetgever op dit onderwerp wél tot actie zal overgaan. Het is voorlopig aan de rechtspraak en de literatuur om, zo goed en zo kwaad als dat gaat, een oplossing te vinden voor de voorliggende botsingsproblematiek.

Het proefschriftonderzoek krijgt vorm aan de hand van vijf *case studies*, die elk in een apart hoofdstuk zijn uitgewerkt. De volgende thema's vormen onderwerp van studie in hun botsing met het mededingingsrecht: intellectuele eigendom, (juridische) vrije beroepen, cultuur, gezondheidszorg en milieubescherming.

De onderwerpen van de vijf deelonderzoeken vormen bekende, soms ook beruchte probleemgebieden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie

1. Het Nederlandse mededingingsrecht is afgeleid van het Europese mededingingsrecht. De inhoud ervan komt dus grotendeels overeen met de Europeesrechtelijke pendant, en wijkt slechts op een beperkt aantal onderdelen af. Zie onder meer Kamerstukken II 1995/1966, 24707, nr. 3 p. 10 en p. 61. Vgl. ook HR 17 december 2004, NJ 2005, 214.
2. Het kartelverbod ligt vast in art. 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en in art. 6 Mededingingswet. Het kartelverbod verbiedt ondernemingen om onderling mededingingsbeperkende afspraken te maken (bijvoorbeeld prijsafspraken), en het verbiedt ondernemersverenigingen om mededingingsbeperkende besluiten uit te vaardigen voor hun leden (bijvoorbeeld in een reglement van een ondernemersvereniging). Ook een vrijeberoepsorganisatie die deontologische regels vaststelt voor de beroepsgroep, kan onder omstandigheden gekwalificeerd worden als een ondernemersvereniging die besluiten uitvaardigt voor haar leden, en aldus binnen de reikwijdte van het kartelverbod komen.
3. Het misbruikverbod ligt vast in art. 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en in art. 24 Mededingingswet. Het misbruikverbod verbiedt een onderneming of een samenstel van ondernemingen die een machtspositie hebben op een bepaalde productmarkt, om deze dominante positie te misbruiken, bijvoorbeeld door andere bedrijven uit te sluiten van de markt of excessieve prijzen te vragen van de consument.

van de EU, in de Nederlandse rechtspraak en in de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Eén van de probleemgebieden die aan bod komt in het proefschrift is het veld van de juridische vrije beroepen. In veel lidstaten van de EU leeft van oudsher de wens dat de juridische beroepsgroep zélf (een deel van) haar regelgeving vaststelt: omwille van de onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid, omwille van de expertise, omwille van de effectiviteit van de regelgeving. Dit uitgangspunt geldt in het bijzonder voor de advocatuur; wat betreft het notariaat ligt het zwaartepunt traditioneel meer bij door de overheid uitgevaardigde dan wel gecontroleerde beroepsregelgeving. In deze opzet is (in ieder geval wat betreft de advocatuur) een regulator al gauw onderdeel van het ondernemersveld, en bestaat de kans op een mededingingsrechtelijke spanning tussen enerzijds beroepsdeontologie en anderzijds het mededingingsrecht.

2. Stelling: Het mededingingsrecht benadert niet-mededingingsbelangen onsamenhangend en niet-uniform

Uit mijn onderzoek blijkt dat het mededingingsrecht (dat wil zeggen de rechtspraak over dit rechtsgebied en de beschikkingspraktijk van de mededingingsautoriteiten dienaangaande) bij het bepalen van zijn toepasselijkheid de geselecteerde terreinen relatief onsamenhangend en niet-uniform benadert. Ten opzichte van ieder onderzocht collisiegebied hanteert het mededingingsrecht een eigen, karakteristieke benadering.

Dit geldt in het bijzonder voor het kartelverbod. Vele exceptievarianten komen voorbij in de jurisprudentie. Het gaat daarbij om de voorwaarden van het kartelverbod zelf,⁴ verdragsrechtelijke/wettelijke uitzonderingsbepalingen,⁵ jurisprudentiële exceptiemethoden,⁶ en aparte uitzonderingen in of middels andere wetten.⁷

De reden dat al deze (zeer verschillende typen) uitzonderingsmethoden tot ontwikkeling zijn gekomen c.q. zijn gebruikt, ligt mede in het feit dat de Verdragsrechtelijke uitzonderingsbepalingen onvoldoende zijn toegesneden op de integratie van niet-mededingings-, meer in het bijzonder niet-economische, belangen in het mededingingsrecht. Deze analyse gaat in gelijke mate op voor de (vergelijkbare) uitzonderingsbepalingen in de Nederlandse Mededingingswet.

Zo lenen de voorwaarden van art. 101 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: "VWEU")⁸ zich niet voor een afweging van mededingingsrechtelijke belangen tegenover niet-economische belangen, zoals de belangen van de rechtsstaat of culturele ontwikkeling.⁹ Een zodanig ruime interpretatie van de vier cumula-

tieve criteria van lid 3, dat ook niet-economische belangen daarin een vertaling zouden kunnen krijgen, komt dicht in de buurt van een *contra legem* invulling van deze voorwaarden.

Dit is zeker het geval in de interpretatie van deze bepaling door de Commissie in haar Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 101 lid 3 EG.¹⁰ De Commissie heeft in deze bekendmaking de focus gelegd bij economische efficiëntie. In deze interpretatie biedt art. 101 lid 3 weinig ruimte voor de invulling van economisch lastig meetbare (niet-economische) belangen, zoals de waarden van de rechtsstaat (denk hierbij aan rechtsstatelijke principes zoals de onafhankelijkheid van de advocaat en notaris, de intrinsieke kwaliteit van het juridische proces en een goede rechtsbedeling) of culturele ontwikkeling.

Ook art. 106 lid 2 VWEU heeft zijn beperkingen. Deze bepaling maakt een uitzondering mogelijk op de toepassing van onder meer art. 101 en 102 VWEU ten aanzien van ondernemingen die belast zijn met het

4. In strikte zin zijn dit natuurlijk geen uitzonderingsbepalingen, maar louter kwalificerende elementen van het (kartel) verbod. Toch gaan achter de toepassing van deze criteria afwegingen schuil die sterk verbonden zijn met de excepties. Denk bijvoorbeeld aan de begrenzing van het ondernemingsbegrip (de AOK/FENIN-doctrine). Zie gev. zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband e.a., *Jur.* 2004, I-2493; zaak T-319/99, FENIN t. Commissie, *Jur.* 2003, II-357.
5. Verdragsrechtelijke uitzonderingsbepalingen zijn in het bijzonder: (a) art. 101 lid 3 VWEU en (b) art. 106 lid 2 VWEU, en de equivalenten in de Nederlandse Mededingingswet, (a) art. 6 lid 3 Mw, en (b) art. 11 en 25 Mw.
6. Jurisprudentiële exceptiemethoden behelzen onder meer: (a) de Wouters-benadering (vgl. zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577), (b) de Meca-Medina-methode (vgl. zaak C-519/04 P, Meca-Medina en Majcen t. Commissie, *Jur.* 2006, I-6991), (c) de Brentjens-techniek (vgl. zaak C-67/96, Albany, *Jur.* 1999, I-5751; gev. zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, Brentjens, *Jur.* 1999, I-6025; zaak C-219/97, Drijvende Bokken, *Jur.* 1999, I-6121).
7. De uitvaardiging van wetten door de wetgever of regels door een overheidsinstantie met als doel of gevolg dat een systeem buiten het bereik van het kartelverbod valt, zoals gebeurd is met de uitvaardiging van de Nederlandse Wet op de vaste boekenprijs met het oog op het kartelverbod van de Mededingingswet.
8. Art. 101 lid 3 VWEU biedt de mogelijkheid om een uitzondering te maken op het verbod van art. 101 lid 1 VWEU, waarin het kartelverbod is vastgelegd. De voorwaarden van art. 101 lid 3 EG luiden als volgt: (i) de beperking draagt bij tot verbetering van de productie of de verdeling van producten of tot verbetering van de technische en economische vooruitgang; (ii) een billijk aandeel van de voordelen van de overeenkomst komt ten goede aan de gebruikers (consumenten); (iii) de beperking is onmisbaar voor het bereiken van de doelstellingen van de overeenkomst; en (iv) de beperking leidt niet tot een wezenlijke uitschakeling van de mededinging voor de betreffende producten. Deze voorwaarden zijn cumulatief.
9. Hetgeen hier gezegd wordt met betrekking tot art. 101 lid 3 VWEU, geldt in gelijke mate voor de Nederlandsrechtelijke evenknie art. 6 lid 3 Mw. Art. 6 lid 3 Mw kent exact dezelfde voorwaarden als art. 101 lid 3 VWEU.
10. Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG (nu: art. 101 lid 3 VWEU), Pb. 2004, C 101/97, randnr. 48-72.

beheer van diensten van algemeen economisch belang of met een fiscaal monopolie.¹¹ Deze uitzondering geldt alleen voor zover de toepassing van een verbodsbepaling de vervulling in feite of in rechte van de aan een onderneming toevertrouwde bijzondere taak verhindert.

Aan de toepassing van art. 106 lid 2 VWEU zijn echter een aantal problemen verbonden, die ook aan het licht komen bij een eventueel beroep op de bepaling ter zake de uitvaardiging van deontologische regels in de juridische vrijeberoepssector.

Art. 106 lid 2 VWEU is slechts gericht tot *ondernemingen* die een bijzondere taak toevertrouwd hebben gekregen van de overheid; de *ondernemersvereniging* is niet als 'adressaat' opgenomen in deze exceptie.¹² In de vrijeberoepssector is het in de eerste plaats de beroepsorganisatie die de regels uitvaardigt, niet zozeer de zelfstandige advocaat/notaris, maatschap of NV.

Afgezien van de vraag *wie* precies een beroep zou kunnen doen op art. 106 lid 2 in het kader van de uitvaardiging van deontologische regels, is het tevens de vraag of de uitvaardiging zelf binnen de reikwijdte van het begrip 'dienst van algemeen economisch belang' kan vallen zoals dit tot dusver is uitgelegd en toegepast in de jurisprudentie van de EU-rechter.

Nu 'wettelijke' bepalingen zoals art. 101 lid 3 en art. 106 lid 2 VWEU onvoldoende zijn toegesneden op het maken van een afweging in de botsing tussen mededingings- en niet-economische belangen, is het de vraag of een andere exceptiemethode voorhanden is die meer geschikt is als instrument om een genuanceerde afweging van belangen te maken.

3. Stelling: Het concept van de 'rule of reason' kan als exceptiemethode een voorname rol spelen in de botsingsproblematiek van het mededingingsrecht

Een methode die in mijn ogen een belangrijke rol zou kunnen spelen in de botsingsproblematiek, teneinde tot een afweging van belangen te komen, is de benadering van de zogenaamde Europese of maatschappelijke 'rule of reason'. Deze benadering maakt een geëxpliciteerde en consistente beslissing mogelijk in zaken die draaien om de collisie tussen het mededingingsrecht en andersoortige domeinen. Van het fenomeen van de 'rule of reason' zijn evidente sporen te vinden in de rechtspraak van het Hof van Justitie,¹³ al is dit concept *binnen het mededingingsrecht* nog niet echt uitgewerkt noch alom aanvaard als exceptiemethodiek. Voor de goede orde: een wettelijke basis voor deze benadering ontbreekt, het gaat om een fenomeen dat in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen.

De 'rule of reason' bestaat uit een aantal voorwaarden, waaronder drie toetsen die betrekking hebben

op geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit (*stricto sensu*). Zij biedt instanties die het (mededingings) recht in concrete zaken toepassen en/of toetsen (Europese Commissie, Nederlandse Mededingingsautoriteit, de nationale en de Europese rechter) een goed uitgewerkt kader om tot een beslissing te komen.

De geschiktheidstoets richt zich op de vraag of een mededingingsbeperkende afspraak of regel een geschikt middel is om te zorgen dat een legitiem 'hoger doel' bereikt wordt, bijvoorbeeld de doelstelling dat juridische dienstverlening in Nederland op onafhankelijke wijze en op een kwalitatief hoog niveau verricht wordt.

De tweede toets stelt vragen over de noodzakelijkheid: zijn er andere manieren om de doelstelling in kwestie, bijvoorbeeld onafhankelijke juridische dienstverlening, te verwezenlijken die minder schadelijke gevolgen met zich meebrengen voor de vrije mededinging? In de noodzakelijkheidstoets ligt zowel een mededingings- als een niet-economische toets besloten: (i) zijn er geschikte maatregelen te bedenken die minder mededingingsbeperkend zijn (een mededingingstoets), (ii) en desniettemin het niet-economische belang even goed dienen als de regel die ter toetsing voorligt (een niet-economische toets)?

Ten slotte richt de proportionaliteitstoets zich op de vraag of de mededingingsbeperking die het gevolg is van de mededingingsbeperkende afspraak of regel het beoogde doel waard is. De vraag naar proportionaliteit in enge zin leidt tot een meer (rechts-) politieke afweging. Met dit criterium moet als het ware afgewogen worden of het economische nadeel (de gegeven mededingingsbeperking) het niet-economische doel dat er mee gediend wordt 'waard' is. Toetsende instanties zullen bij deze laatste test doorgaans terughoudendheid betrachten.

De 'rule of reason' is toepasbaar in vele juridische probleemsituaties: naast vrijeberoepszaken kan men denken aan collisieproblemen in de cultuursector (denk aan afspraken over vertalertarieven), gezond-

11. Hetgeen hier gezegd wordt met betrekking tot art. 106 lid 3 VWEU, geldt in gelijke mate voor de Nederlandsrechtelijke evenknie van art. 11 en art. 25 Mw.

12. De advocaat-generaal bij het Hof van Justitie wees in zijn conclusie (dit is een soort advies) in de Wouters-zaak het gebruik van de optie van art. 106 lid 2 VWEU om deze reden dan ook af. In de Wouters-zaak stond de uitvaardiging van een beroepsregel door de Nederlandse Orde van Advocaten centraal. Zie de conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, I-1577, r.o. 167-169.

13. De maatschappelijke 'rule of reason' is tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende het Europese vrij verkeer van goederen, werknemers, diensten en kapitaal.

heidszorg (denk aan afspraken over het al dan niet voorschrijven van bepaalde medicijnen), en op het terrein van milieubescherming (denk aan afspraken tussen ondernemingen over de collectieve verwijdering van afval).

4. Stelling: Van een 'deconfiture' van het mededingingsrecht door toedoen van een 'rule of reason'-benadering is geenszins sprake

Bij mededingingsjuristen is veel verzet tegen het gebruik van de 'rule of reason', omdat men vreest dat een maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht op een of andere wijze afbreuk zou doen aan de doelstellingen van dit rechtsgebied.¹⁴ Niets is echter minder waar. Een (maatschappelijke) 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht biedt slechts een instrument om belangen tegen elkaar af te wegen, en doet dat door een aantal specifieke voorwaarden neer te leggen. Aldus biedt de regel houvast. Het gaat er hierbij dus niet om dat het mededingingsrecht deze belangen zelf na zou (moeten) streven.

Van het gebruik van de 'rule of reason'-benadering gaat wel een erkenning uit dat er naast mededingingsbelangen ook andersoortige belangen bestaan die in ieder geval een plaats in de afweging verdienen – aan deze initiële erkenning heeft het in het verleden nog wel eens ontbroken in het mededingingsrecht.

Voor degenen die het mededingingsrecht graag met volle kracht aan het werk zien vanuit de doelstellingen van efficiëntie en maximalisatie van consumentenwelvaart, bieden deze criteria een mogelijkheid om te bepleiten dat het mededingingsbelang dient te prevaleren en dat minder mededingingsbeperkende alternatieven voor de voorliggende maatregel uitstekend werken. Voor de tegenstanders van al te vergaande marktwerking biedt de regel aangrijpingspunten om juist een omgekeerde stelling te betrekken.

Degenen die het bestaan van een maatschappelijke 'rule of reason' afzweren, voeren de toets vaak via de achterdeur toch weer in door de kerncriteria der noodzakelijkheid en proportionaliteit in een toetsing met een andere naam ter hand te nemen.¹⁵

Van een 'deconfiture' van het mededingingsrecht door toedoen van een 'rule of reason'-benadering is dus geenszins sprake. Sterker, mede door de aanwezigheid van de (maatschappelijke) 'rule of reason' kan het mededingingsrecht zelf zich concentreren op de kerndoelstelling van economische efficiëntie en (tegenwoordig) consumentenwelvaart.¹⁶ De 'rule of reason' biedt een solide basis voor een coherente benadering wat betreft de integratie van niet-economische belangen in het mededingingsrecht.

5. Conclusie

Het mededingingsrecht is de laatste decennia als rechtsgebied sterk in opkomst geweest in Nederland. Marktwerking is meer en meer in de verschillende sectoren van de maatschappij doorgedrongen. Zij is ook steeds scherper gaan functioneren op vele terreinen van de economie.

Met de opkomst van het mededingingsrecht zijn ook de botsingen van dit rechtsgebied met maatschappelijke belangen toegenomen. De laatste jaren is er meer aandacht gekomen voor de plaats van andersoortige belangen dan (pure) marktwerking binnen het economische leven in het algemeen, en het mededingingsrecht in het bijzonder.

Een van de belangrijkste aanbevelingen in mijn proefschrift bestaat er in om binnen het mededingingsrecht de zogenaamde exceptie van de 'rule of reason' een voornamere plaats te geven. Mijn onderzoek geeft daarmee praktische handvatten voor beslissers, en biedt hun het nodige houvast bij soms lastige afwegingen tussen economische en niet-economische belangen.

*Mr. J.C.A. Houdijk**

14. Zie bijvoorbeeld E. Loozen, 'Professional ethics and restraints of competition', *E.L.Rev.* 31 (2006), issue 1, p. 47.

15. Vgl. E. Loozen, 'Professional ethics and restraints of competition', *E.L.Rev.* 31 (2006), issue 1, p. 28-30 en 45-47; R. Whish, *Competition Law*, London: LexisNexis UK 2003, p. 120-127.

16. Door andersoortige belangen een plaats te geven op de weerszijde van de weegschaal, bestaat er geen noodzaak om in de kern wezensvreemde belangen te brengen binnen de doelstellingen van het mededingingsrecht zelf.

* Advocaat Europees en mededingingsrecht te Brussel (Belgie).