

De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht

183

J.W. van de Gronden*

I. Inleiding

In het vrije verkeer speelt de *Rule of Reason*, door het Hof aangeduid als dwingende vereisten van algemeen belang, een belangrijke rol. De noodzaak om bepaalde doelstellingen van algemeen belang te realiseren kan een rechtvaardiging vormen om het vrije verkeer van goederen, personen, diensten of kapitaal te beperken.¹ In het mededingingsrecht bestaat echter discussie in hoeverre met dergelijke doelstellingen rekening kan worden gehouden, indien bijvoorbeeld geconcludeerd wordt dat een afspraak de concurrentie beperkt. In deze discussie heeft Kamiel Mortelmans een belangrijke rol vervuld: hij heeft met de publicatie van het artikel over mededinging en niet-economische belangen het debat geïnitieerd² en daarmee de agenda bepaald voor dit belangrijke thema. Het wekt geen verwondering dat juist hij aandacht vroeg voor de rol van het algemeen belang in het mededingingsrecht, omdat hij het Europese economische recht in de breedte beoefend heeft en de kennis van de convergentie tussen het mededingingsrecht en de regels voor de interne markt/het vrije verkeer verdiept heeft.³

De vraag is gerezen of de benadering van de *Rule of Reason*, die ontwikkeld was in het vrije verkeer, ook toegepast kan worden in het mededingingsrecht. In het arrest *Wouters*⁴ is het Hof uitgebreid op deze problematiek ingegaan. Hierin werden de nadelige gevolgen van een beperkende gedraging afgezet tegen de noodzaak om doelstellingen van beroepsethiek te realiseren.

In deze bijdrage wordt nagegaan in hoeverre, sinds het arrest *Wouters*, in het mededingingsrecht een *Rule of Reason* is ontwikkeld, waarin rekening wordt gehouden met doelstellingen van algemeen belang. Hieronder wordt eerst ingegaan op het arrest *Wouters*. Vervolgens komt

de zaak *Meca-Medina* aan de orde. Daarna wordt het arrest *OTO* besproken. Vervolgens komen enige andere ontwikkelingen aan de orde. Afgesloten wordt met conclusies.

2. De Wouters-doctrine: de introductie van een doctrine

In de zaak *Wouters*, die het resultaat was van een prejudiciële verwijzing van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, stond centraal een verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOvA). Deze verordening verbood een geïntegreerd partnerschap tussen accountants en advocaten. De vraag was in hoeverre dit verbod geoorloofd was in het licht van het mededingingsrecht. De NOvA werd door het Hof namelijk gezien als een ondernemersvereniging en daarom diende deze verordening aan het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU getoetst te worden.

Bij de toetsing aan dit verbod begint het Hof met het analyseren van de beperkingen, waartoe de NOvA-verordening aanleiding geeft. Het Hof wijst op de voordelen die afnemers hebben indien zij een geïntegreerd pakket van accountancy- en advocaatdiensten zouden kunnen afnemen.⁵ Een samenwerkingsverband tussen advocaten en accountants zou kunnen leiden tot verlaging van de kostprijs van de aangeboden diensten.⁶ Het Hof komt

* J.W. van de Gronden is staatsraad bij de Raad van State, hoogleraar Recht van de Europese integratie aan de Radboud Universiteit Nijmegen en redacteur van dit tijdschrift. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1 Voor het eerst heeft het Hof dit geaccepteerd in HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, *Jur.* 1979, p. 649 (*Cassis de Dijon*).

2 Zie K.J.M. Mortelmans, 'Niet-economische belangen en de Mededingingswet', *NJB* 1999, afl. 27, p. 1244 e.v.

3 Zie bijvoorbeeld K.J.M. Mortelmans, 'Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition', *CML Rev.* 2001, Vol. 38, p. 613 e.v.

4 HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, *Jur.* 2002, p. I-1577 (*Wouters*).

5 Zie C-309/99 (*Wouters*), r.o. 87 en 88.

6 Zie C-309/99 (*Wouters*), r.o. 89.

dan ook tot de conclusie dat een verbod op een dergelijke geïntegreerde samenwerking de concurrentie beperkt.⁷ Daarna neemt het arrest *Wouters* echter een opvallende wending: in rechtsoverweging 97 benadrukt het Hof dat een overeenkomst of besluit van een ondernemersvereniging in zijn context bezien moet worden, alvorens de conclusie getrokken kan worden dat het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU is geschonden. Er kan blijkbaar sprake zijn van een beperking van de concurrentie, zonder dat op deze verdragsbepaling inbreuk is gemaakt.⁸ Het Hof benadrukt dat rekening moet worden gehouden met de algehele context van de te toetsen regeling en meer in het bijzonder met de doelstellingen ervan, die in de zaak *Wouters* verband hielden met de noodzaak om 'regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, die aan de eindgebruikers van juridische diensten de nodige garanties van integriteit en ervaring bieden en een goede rechtsbedeling verzekeren'.⁹ Vervolgens verwijst het Hof naar het arrest *Reisebüro Broede*,¹⁰ waarin de *Rule of Reason* uit het vrij verkeer was toegepast. In dit arrest achtte het Hof een regeling op grond waarvan bij de inning van schuldvorderingen de betrokkenheid van een advocaat vereist was, geoorloofd. Het Hof achtte het voorts van belang dat de beperkende gevolgen voor de mededinging voortvloeiend uit de NOVA-verordening inherent waren aan de nagestreefde doelstelling.¹¹ Gezien de mogelijke belangenconflicten die kunnen ontstaan bij de uitoefening van het beroep van een advocaat (partijperspectief) en een accountant (controle boekhouding),¹² oordeelt het Hof dat het verbod uit deze verordening niet verder gaat dan noodzakelijk is.¹³

De redenering van het Hof in de zaak *Wouters* geeft aanleiding tot het maken van de volgende drie opmerkingen. In de eerste plaats wordt benadrukt dat de mededingingsbeperkingen inherent¹⁴ zijn¹⁵ aan de te realiseren doelstellingen.¹⁶ Van belang is dat zonder de beperking in kwestie de doelstelling in kwestie niet kan worden gerealiseerd.¹⁷ De beperking is, met andere woorden, een *conditio sine qua non* voor deze doelstelling. De integriteit van een beroepsgroep wordt gezien als een reden om de

'inherente beperkingen' niet in strijd met het mededingingsrecht te achten.¹⁸ In de tweede plaats wordt verwezen naar de rechtspraak over de *Rule of Reason* uit het vrije verkeer. Het Hof lijkt aansluiting te hebben gezocht bij deze rechtspraak en zo een stap te hebben gezet om dit leerstuk te incorporeren in het mededingingsrecht. In de derde plaats hanteert het Hof een proportionaliteits-toets door te overwegen dat het verbod uit de NOVA-verordening niet verder ging dan noodzakelijk.

De nadruk op de inherente beperkingen lijkt ertoe te leiden dat het lastig is om een geslaagd beroep te doen op de benadering uit het arrest *Wouters*.¹⁹ Alleen bij een hele nauwe samenhang tussen beperking en de daarmee te realiseren doelstellingen kan een beroep op deze benadering gedaan worden. De beperking dient een *conditio sine qua non* te zijn voor de desbetreffende doelstelling. Het vereiste dat de beperkingen inherent moeten zijn aan de te realiseren doelstellingen, is afwezig in de rechtspraak over het vrije verkeer. Niet ontkend kan echter worden dat in *Wouters* aansluiting is gezocht bij de *Rule of Reason* uit het vrije verkeer. Dit lijkt er weer op te duiden dat juist vaak gebruik kan worden gemaakt van de oplossing geboden in *Wouters*, omdat veel rechtspraak over de dwingende vereisten van algemeen belang en het vrije verkeer voorhanden is. In hoeverre de *Rule of Reason* regelmatig kan worden toegepast, hangt ook af van de proportionaliteitstoets: wordt deze strikt of juist soepel gehanteerd?

Na het arrest *Wouters* is de in deze zaak ontwikkelde doctrine weinig toegepast. Dit lijkt te suggereren dat alleen in uitzonderlijke gevallen het arrest *Wouters* een rol zou kunnen spelen. De vraag rijst evenwel of deze gevolgtrekking juist is. Hieronder wordt daarom op de 'post-*Wouters*-rechtspraak' ingegaan.

7 Zie C-309/99 (*Wouters*), r.o. 94.

8 In dit verband moet worden opgemerkt dat het Hof in r.o. 95 en 96 reeds had vastgesteld dat de handel tussen de lidstaten was beïnvloed.

9 Zie C-309/99 (*Wouters*), het tweede gedeelte van r.o. 97.

10 HvJ EG 12 december 1996, C-3/95, *Jur.* 1996, p. I-6511 (*Reisebüro Broede*).

11 Zie vorige noot.

12 Zie C-309/99 (*Wouters*), r.o. 105.

13 Zie C-309/99 (*Wouters*), r.o. 109.

14 Uit bijvoorbeeld HvJ EG 12 december 1995, C-399/93, *Jur.* 1995, p. I-4515 (*Oude Luttikhuis*) blijkt dat de inherente benadering niet nieuw was. In het arrest *Wouters* past het Hof deze benadering evenwel voor de eerste keer toe op een niet-economisch belang. Zie in dit verband ook K.J.M. Mortelmans & J.W. van de Gronden, 'Het mededingingsrecht en niet-economische belangen', in: K.J.M. Mortelmans & J.W. van de Gronden, *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 319-323.

15 Overigens had de Commissie in haar beschikking in de zaak *EPI, PhEG* 1999, L 106/14, al een vergelijkbare redenering gevolgd met het oog op het verbod van *no cure no pay* voor octrooigemachtigden. Zie F. ten Have & J. Mulder, 'Het Nederlandse verbod op *no cure no pay* en quota pars litis: een mededingingsrechtelijk perspectief', *AA* 2007, p. 440.

16 Zie ook de annotatie bij dit arrest van Mortelmans en Van de Gronden, *AA* 2002, p. 457 en 458. Vergelijk in dit verband ook de annotatie van Mok in *Ondernemingsrecht* 2002, afl. 20 en de annotatie van Vossestein in *CML Rev.* 2002, Vol. 39, p. 859.

17 Zie in dit verband bijvoorbeeld HvJ EG 15 december 1994, C-250/92, *Jur.* 1994, p. I-5641 (*Goettrup-Klim*).

18 Zie J. Mulder, 'Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?', *SEW* 2014, afl. 12, p. 574 en 575.

19 Zo overwoog het Gerechtshof Arnhem in een geschil over het stamboek voor het Friese paard (ECLI:NL:RBARN:2008:BC3895) dat de beperking die bestond uit het gebruik van bepaalde dekhengsten, niet voldoende gewichtig was om onder de 'Wouters-doctrine' te vallen. Zie hierover Mulder 2014, p. 571.

3. Meca-Medina: de uitbreiding van de Wouters-doctrine

In de zaak *Meca-Medina* was de vraag aan de orde of antidopingregels van het internationaal Olympisch Comité onder het mededingingsrecht vielen. In deze zaak onderzoekt het Hof aan de hand van de Wouters-doctrine of deze regels in strijd zijn met artikel 101 VWEU.²⁰ Het Hof herhaalt in rechtsoverweging 92 hetgeen naar voren is gebracht in het arrest *Wouters*: een regeling moet in zijn context beoordeeld worden, waarbij onderzocht moet worden of de mededingingsbeperkingen inherent zijn aan de na te streven doelstellingen en voldoen aan het evenredigheidsvereiste. Het is geen verrassing dat het Hof tot de conclusie komt dat de antidopingregels in overeenstemming zijn met deze criteria. Moeilijk kan immers worden volgehouden dat de concurrentie op ongeoorloofde wijze wordt belemmerd, omdat geen doping mag worden gebruikt. Het is echter opmerkelijk dat het Hof in rechtsoverweging 45 stelt dat antidopingregels hun rechtvaardiging vinden in een legitiem doel. Met deze verwijzing heeft het Hof de doelstellingen, waarvoor de Wouters-doctrine kan worden ingeroepen, verbreed van deontologische doeleinden naar een meer algemene categorie van 'legitieme doelen'.²¹ Wel benadrukt het Hof in rechtsoverweging 45 dat de legitieme doelstelling die bij de bestrijding van de doping aan de orde is, onlosmakelijk is verbonden met de organisatie en het goede verloop van de sportcompetitie en juist een gezonde wedijver tussen de sporters beoogt te verzekeren. Het Hof benadrukt, met andere woorden, dat de beperkingen inherent dienen te zijn aan de te realiseren doelstelling. De beperkingen dienen een *conditio sine qua non* te zijn voor deze doelstellingen.

4. OTOC: een grote stap naar convergentie met het vrije verkeer

Hoewel in het arrest *Meca-Medina* het Hof de mogelijkheden van de Wouters-doctrine verruimd had, heeft het lang geduurd voordat het Hof weer in de gelegenheid gesteld werd om deze doctrine toe te passen. In 2013 kreeg het Hof deze mogelijkheid in de zaak *OTOC*.²² In deze zaak zet het Hof, haast ongemerkt, een grote stap met betrekking tot de Wouters-doctrine. Dit blijkt uit de wijze waarop het Hof omgaat met de benadering die in het arrest *Wouters* is ontwikkeld. Aan de orde was de

permanente opleiding van boekhouders in Portugal. De orde voor beëdigde boekhouders, OTOC, verplicht iedere boekhouder om in het kader van permanente educatie jaarlijks 35 punten te behalen. Deze cursussen dienen te worden gevolgd bij de orde zelf of bij de door hem erkende instellingen. In *OTOC* gaat het Hof na of dit systeem in overeenstemming is met artikel 101 VWEU.

Opvallend is dat een deel van de cursussen, die boekhouders op grond van de OTOC-regels moeten volgen, door OTOC zelf worden aangeboden. Het Hof stelt vast na bestudering van de reglementen van OTOC dat een niet te verwaarlozen deel van de opleiding voorbehouden is aan deze beroepsorganisatie.²³ Hierdoor kan de concurrentie op de markt belemmerd worden. Het Hof overweegt vervolgens dat OTOC tegelijkertijd in het kader van nascholing zelf cursussen aanbiedt en daarbij concurreert met andere aanbieders, terwijl zijn cursussen, in tegenstelling tot die van de andere aanbieders, niet onderworpen zijn aan een erkenningsprocedure.²⁴ Hierdoor hebben de marktdeelnemers geen gelijke kansen.²⁵

Vervolgens gaat het Hof na of het systeem van permanente educatie van OTOC gerechtvaardigd zou kunnen worden door de Wouters-doctrine. In rechtsoverweging 93 stelt het Hof dat een regeling bij de toetsing aan het kartelverbod beoordeeld moet worden in de algehele context, waarin deze functioneert. In het bijzonder moet gekeken worden naar de doelstelling die ermee wordt nagestreefd. Wat opvalt aan deze rechtsoverweging in vergelijking met de arresten *Wouters* en *Meca-Medina* is dat het Hof niet meer verlangt dat de beperkingen die voortvloeien uit de regeling in kwestie inherent zijn aan de nagestreefde doelstellingen. In de redenering van het Hof is het vereiste dat de beperkingen voortvloeien uit de realisering van de doelstellingen (het vereiste van *conditio sine qua non*) verdwenen. Hierboven is aangegeven dat het vereiste van inherente beperking typerend was voor de Wouters-doctrine. Door in *OTOC* dit vereiste los te laten heeft het Hof de convergentie tussen het mededingingsrecht en het vrije verkeer vergroot. In het mededingingsrecht lijkt er nu immers een *Rule of Reason* te zijn geaccepteerd, die veel gelijkenissen met die uit het vrije verkeer vertoont. Het vervolg van de toetsing van het Hof is er een die ook in het vrije verkeer verricht wordt. Het Hof stelt dat de doelstelling die het reglement nastreeft, het waarborgen van de kwaliteit van de dienstverlening van beëdigde boekhouders is.²⁶ Net zoals in het vrije verkeer wordt vervolgens nagegaan of de door OTOC gehanteerde regels geschikt zijn om deze doelstelling te realiseren. Voor zover deze regels een systeem van permanente educatie invoeren, is dit het geval.²⁷ Daarna wordt nagegaan of de reglementen van OTOC niet verdergaan dan noodzakelijk

20 HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04P, *Jur.* 2006, p. I-6991 (*Meca-Medina*).

21 J.W. van de Gronden. 'The Treaty provisions on Competition and Health Care', in: J.W. van de Gronden, E. Szyszczak, U. Neergaard & M. Krajewski, *Health Care and EU Law*, The Hague: TMC Asser Press/Springer 2011, p. 278.

22 HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (*OTOC*).

23 Zie C-1/12 (*OTOC*), r.o. 79.

24 Zie C-1/12 (*OTOC*), r.o. 87.

25 Zie C-1/12 (*OTOC*), r.o. 88 en 89.

26 Zie C-1/12 (*OTOC*), r.o. 94.

27 Zie C-1/12 (*OTOC*), r.o. 95.

is.²⁸ Het Hof stelt dat de kwaliteit van de dienstverlening ook gewaarborgd kan worden door het instellen van een systeem van toezicht dat is georganiseerd op basis van duidelijk omschreven, transparante, niet-discriminatoire en verifieerbare criteria die aan aanbieders gelijke toegang tot de markt bieden.²⁹ In wezen past het Hof hier de test van de minst beperkende maatregel toe, zoals dat ook vaak gebeurt in de rechtspraak over het vrije verkeer en de *Rule of Reason*. Al met al komt het Hof tot de conclusie dat de kans groot is dat het systeem van permanente educatie, zoals opgezet door OTOC, in strijd is met artikel 101 VWEU.

Nauwkeurige lezing van het arrest *OTOC* laat zien dat het Hof haast ongemerkt, een grote stap zet in de ontwikkeling van de Wouters-doctrine. Aan de ene kant wordt verwezen naar het arrest *Wouters*, maar aan de andere kant wordt een essentieel vereiste uit dit arrest weggelaten: het criterium dat de beperkingen inherent dienen te zijn aan de te realiseren doelstellingen, lijkt te zijn verdwenen.

Leidt dit ertoe dat de Wouters-doctrine sinds *OTOC* vaker kan worden toegepast dan voorheen het geval was? Na het arrest *OTOC* heeft het Hof nog twee keer toepassing gegeven aan deze doctrine. Hieronder wordt op deze rechtspraak ingegaan.

5. Verdere ontwikkelingen: het uitrollen van de Wouters-doctrine 2.0?

In de zaak *Consiglio nazionale dei geologi*³⁰ (hierna: CNG) stond een regeling van de beroepsvereniging van Italiaanse geologen centraal. Hierin waren voorschriften voor tarieven opgenomen die erop neerkwamen dat de tarifiering met het oog op de waardigheid van het beroep niet op een te laag niveau mocht worden vastgesteld; hierdoor kon een resultaat bereikt worden vergelijkbaar met minimumtarieven.

Aangezien op deze wijze ingegrepen wordt in de prijsvorming voor de diensten van de geologen, wekt het geen verbazing dat volgens het Hof de voorschriften van CNG de concurrentie beperken.³¹ Wel verrassend is dat het Hof vervolgens verwijst naar de Wouters-doctrine. Hoewel in het mededingingsrecht prijsafspraken als ernstige beperkingen (*hard-core-restricties*) worden gezien,³² sluit het Hof in *CNG* het blijkbaar niet uit dat de aan de orde zijnde prijsvoorschriften gerechtvaardigd kunnen worden. Het Hof stelt dat deze regeling in de algehele context waarin zij functioneert, moet worden gezien. Daarna noemt het Hof, in tegenstelling tot in *OTOC*, weer het

vereiste dat de beperkingen inherent dienen te zijn aan de te realiseren doelstellingen.³³

Betekent dit nu dat in het arrest *CNG* minder sprake is van convergentie met het vrije verkeer dan in *OTOC*? Uit een nauwkeurige lezing van de rechtsoverwegingen 55 en 56 van het arrest *CNG* lijkt voort te vloeien dat dit niet het geval is. In deze rechtsoverwegingen stelt het Hof te beschikken over te weinig gegevens in het dossier om na te gaan of de Wouters-doctrine van toepassing is. Wel worden aan de nationale rechter handvatten gegeven om zelf deze doctrine toe te passen. Hierbij krijgt de nationale rechter de opdracht om na te gaan of de criteria betreffende de tarieven en de waardigheid van het beroep waarborgen dat de afnemers (gebruikers) diensten van goede kwaliteit krijgen aangeboden. Hoewel het Hof erkent dat ook andere omstandigheden dan die verband houden met het tarief van invloed kunnen zijn op het kwaliteitsniveau, is niet uit te sluiten dat een minimumprijsniveau ook een dergelijk effect kan hebben. Er wordt met andere woorden een verband gelegd tussen kwaliteit en prijsniveau. Indien de nationale rechter kan vaststellen dat een causaal verband tussen beide bestaat, is blijkbaar voldaan aan de vereisten van de Wouters-doctrine. Deze benadering met betrekking tot het causaal verband is ook terug te vinden in het arrest *Cipolla*.³⁴ Hierin was de vraag aan de orde of een beperking van het vrije verkeer van diensten die het gevolg was van minimumprijsvoorschriften van de Italiaanse overheid, kon worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de kwaliteit van diensten aangeboden door advocaten te waarborgen. De nationale rechter dient na te gaan of voldaan is aan het geschiktheidsvereiste en aan de test van de minst beperkende maatregel. Het Hof sluit hierbij niet uit dat minimumtarieven ervoor zorgen dat de Italiaanse advocaten geen diensten van lage kwaliteit zouden aanbieden.³⁵ Hierbij is van belang dat wat de beoordeling van de kwaliteit van juridische diensten betreft, een aanzienlijke informatieasymmetrie bestaat tussen advocaten en hun cliënten.³⁶ De nationale rechter dient in de zaak *Cipolla* daarom na te gaan wat het causaal verband is tussen prijsregulering en de kwaliteit van de aangeboden diensten.

Wat is nu de verklaring voor de opmerkelijke overweging van het Hof dat toepassing van de Wouters-doctrine in het mededingingsrecht tariefafspraken zou kunnen rechtvaardigen? Naar mijn mening moet deze overweging verklaard worden door te wijzen op de convergentie met de rechtspraak over het vrije verkeer en nationale tariefvoorschriften. Door de nadruk te leggen op het onderzoek naar het causaal verband tussen het tariefniveau en de kwaliteit, draagt het Hof, evenals in het 'vrijverkeersarrest' *Cipolla*, de nationale rechter in het 'mededingingsrecht-

28 Zie C-1/12 (*OTOC*), r.o. 96-98.

29 Zie C-1/12 (*OTOC*), r.o. 99.

30 HvJ EU 18 juli 2013, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489 (*Consiglio nazionale dei geologi*).

31 Zie C-136/12 (*Consiglio nazionale dei geologi*), r.o. 52.

32 Zie bijvoorbeeld J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Mededingingsrecht. Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013 (2e druk), p. 51.

33 Zie C-136/12 (*Consiglio nazionale dei geologi*), het slot van r.o. 53.

34 HvJ EG 5 december 2006, C-94/04 en C-202/04, *Jur.* 2006, p. I-11421 (*Cipolla*).

35 Zie C-94/04 en C-202/04 (*Cipolla*), r.o. 67.

36 Zie C-94/04 en C-202/04 (*Cipolla*), r.o. 68.

arrest' CNG op de geschiktheid van de te beoordelen maatregel te onderzoeken. Het gaat erom of deze maatregel ertoe leidt dat de te realiseren doelstelling kan worden verwezenlijkt. Wat niet onderzocht hoeft te worden, is of de beperking van de tariefconcurrentie inherent is aan de doelstelling van het waarborgen van hoge kwaliteit. In CNG noemt het Hof het vereiste van de inherente beperking wel, maar past deze in wezen niet toe. Een andere opmerkelijke zaak is het arrest API.³⁷ In deze zaak hadden vertegenwoordigers uit de vervoerssector afspraken gemaakt over de minimumbedrijfskosten. Krachtens nationale wetgeving mocht de prijs voor vervoer van goederen over de weg niet lager zijn dan de bedrijfskosten. Naar het oordeel van het Hof komt dit neer op het verbindend verklaren door de overheid van een horizontale overeenkomst inzake bindende minimumtarieven,³⁸ waardoor de mededinging wordt beperkt. Aangezien deze beperking zijn oorzaak in overheidsregulering vindt, is de nuttigeffectnorm geschonden: op grond van artikel 4 lid 3 EU juncto artikel 101 VWEU mogen lidstaten niet het nuttig effect aan de verdragsbepaling inzake het kartelverbod ontnemen, hetgeen zij wel doen indien zij bijvoorbeeld een (horizontale) prijsafspraken algemeen verbindend verklaren. Wat opvalt aan deze zaak, is dat het Hof, voordat het concludeert dat de nuttigeffectnorm is geschonden, nagaat of de Wouters-doctrine uitkomst kan bieden.³⁹ Dit is bij mijn weten de eerste keer dat het Hof dit doet in een zaak betreffende een inbreuk op deze norm. Onderzocht wordt of het legitieme belang van de verkeersveiligheid gediend is bij de afspraken over de minimumbedrijfskosten. Uiteindelijk is de conclusie dat dit niet het geval is, omdat geen duidelijk verband bestaat tussen de bedrijfskosten en de verkeersveiligheid.⁴⁰ De maatregel is met andere woorden niet geschikt. Ook gaat de maatregel betreffende minimumbedrijfskosten verder dan noodzakelijk is: bedrijven krijgen door de Italiaanse regeling niet de kans om aan te tonen dat zij toch de verkeersveiligheid respecteren terwijl hun prijzen onder de voorgeschreven minimumbedrijfskosten liggen.⁴¹ Ook wijst het Hof op EU-voorschriften die de verkeersveiligheid doeltreffender en op minder beperkende wijze nastreven dan de aan de orde zijnde Italiaanse regeling.⁴² *De facto* wordt hier de test van de minst beperkende maatregel

toegepast. Uiteindelijk is de conclusie dat de nuttigeffectnorm is geschonden.

In API is de Wouters-doctrine opgevoerd als algemene rechtvaardigingsgrond in het kader van de nuttigeffectnorm van artikel 4 lid 3 EU juncto artikel 101 VWEU. De Wouters-doctrine wordt op deze wijze gepresenteerd als algemene exceptie in het mededingingsrecht, waardoor de convergentie met de *Rule of Reason* in het vrije verkeer wordt benadrukt. Deze convergentie komt ook tot uiting in de wijze waarop in API nagegaan is of aan de voorwaarden van de Wouters-doctrine was voldaan. De voorwaarden die het Hof afliep, spelen een grote rol in de rechtspraak over het vrije verkeer: geschiktheid en de test van de minst beperkende maatregel. In API is weer een stap gezet om de Wouters-doctrine te accepteren als een op het vrije verkeer gelijkende *Rule of Reason*. Het vereiste van de inherente beperking lijkt naar de achtergrond te worden gedrongen.

Overigens heeft het Gerecht in de zaak ONP recentelijk de Wouters-benadering toegepast.⁴³ Deze Unierechter oordeelde dat deze benadering geen afspraken over minimumprijzen kon rechtvaardigen, omdat deze afspraken niet intrinsiek waren aan een na te streven legitieme doelstelling. Nu tegen dit arrest geen hoger beroep is aangetekend, krijgt het Hof helaas niet de kans om hierover zijn licht te laten schijnen.

6. Conclusies

Het wachten is op een arrest van het Hof, waarin de laatste stap gezet wordt om de Wouters-doctrine uit het mededingingsrecht te erkennen als een *Rule of Reason* die volledig overeenkomt met die uit het vrije verkeer.⁴⁴ Indien dat gebeurt, kan deze doctrine een ruime vlucht nemen.⁴⁵ Vooralsnog lijkt evenwel de opvatting bij de bevoegde autoriteiten, zoals de ACM, te zijn dat de Wouters-doctrine nog veel onduidelijkheden met zich brengt;⁴⁶ in haar zienswijzen over duurzaamheidsinitiatieven, zoals het sluiten van de kolencentrales⁴⁷ en 'De Kip van Morgen'⁴⁸ heeft de ACM dan ook geen aandacht aan deze doctrine besteed. Verder heeft de Minister van EZ voor zijn beleidsregel over mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaam-

37 HvJ EU 4 september 2014, C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (API).

38 Zie C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13 (API), r.o. 43.

39 Zie C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13 (API), r.o. 46 e.v.

40 Zie C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13 (API), r.o. 52.

41 Zie C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13 (API), r.o. 55.

42 Zie C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13 (API), r.o. 56.

43 Gerecht EU 10 december 2014, T-90/11, ECLI:EU:T:2014:1049 (*Ordre national des pharmaciens (ONP)*).

44 Zie in dit verband ook C. Townley, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 128-140 en E.H. Pijnacker Hordijk, 'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', *M&M* 2013, afl. 6, p. 190-192.

45 Gerbrandy geeft aan dat het Hof in zijn rechtspraak een brede interpretatie heeft gegeven aan het mededingingsrecht, waarbij ruimte bestaat voor publieke belangen als die betreffende duurzaamheid. Zie A. Gerbrandy, 'Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht', *NtEr* 2013, afl. 9, p. 328-330.

46 De ACM heeft bijvoorbeeld aangegeven dat de rechtspraak van het Hof nog te veel onduidelijkheden bevat om de Wouters-doctrine toe te passen op duurzaamheidsinitiatieven. Zie het Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid van de ACM van mei 2014, p. 9 en 10. Zie in dit verband ook M. Alipour & M.L. Lousse, 'Publieke belangen en het kartelverbod: wat is de taak van de ACM', *MP* 2013, afl. 5, p. 188.

47 Zie de Analyse van de ACM met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van kolencentrales uit de jaren 80 in het kader van het SER Energieakkoord.

48 Zie de Analyse van de ACM van duurzaamheidsafspraken 'De Kip van Morgen'.

heid, aangeknoopt bij artikel 6 lid 3 Mededingingswet zonder te verwijzen naar het arrest *Wouters*.⁴⁹ Gezien de ruime interpretatie die het Hof gegeven heeft aan de Wouters-doctrine in de recente rechtspraak verzet het EU-mededingingsrecht zich evenwel niet principieel tegen de toepassing van deze doctrine op duurzaamheidsinitiatieven. Een dergelijke toepassing kan echter wel op veel praktische problemen stuiten, omdat er geen arresten zijn, waarin de relatie tussen de benadering van de Wouters-doctrine en dergelijke initiatieven wordt verduidelijkt. Voor nationale kartelautoriteiten komt daarbij nog het volgende probleem. Als het arrest *Wouters* van toepassing is, moet geconcludeerd worden dat artikel 101 VWEU niet geschonden is. Uit het arrest *Tele2 Polska*⁵⁰ vloeit echter voort dat het systeem van Verordening (EG) 1/2003⁵¹ zich ertegen verzet dat een nationale autoriteit bij besluit vaststelt dat artikel 101 VWEU niet is geschonden. Alleen de Commissie kan tot de niet-toepasselijkheid van artikel 101 VWEU concluderen in een besluit. Voor nationale mededingingsautoriteiten betekent dit dat zij geen besluit mogen vaststellen, waarin geoordeeld wordt dat vanwege de Wouters-doctrine artikel 101 VWEU niet van toepassing is.⁵² Wellicht dat zij in het kader van hun prioriteringsbeleid wel kunnen laten doorschemeren niet te willen optreden naar aanleiding van een klacht, omdat er een gereede kans bestaat dat de beperking in kwestie geoorloofd is in het licht van het arrest *Wouters*. Een ander probleem heeft te maken met artikel 101 lid 3 VWEU. Op grond van deze bepaling kunnen mededingingsbeperkende afspraken geoorloofd zijn, omdat zij een bijdrage leveren aan de verbetering van de productie, distributie of innovatie. Het probleem is echter dat het

Hof in het arrest *Wouters* en de rechtspraak die dit arrest uitwerkt (vrijwel) geen aandacht besteedt aan de rol van artikel 101 lid 3 VWEU. Daarmee blijft in het midden of afspraken die bepaalde doelstellingen van algemeen belang nastreven en daarbij de concurrentie beperken, gerechtvaardigd kunnen worden op grond van artikel 101 lid 3 VWEU. Verder heeft de Commissie in de Richtsnoeren over artikel 101 lid 3 de suggestie gewekt dat het lastig is om doelstellingen van algemeen belang mee te wegen bij de toepassing van deze verdragsbepaling.⁵³ Doordat onduidelijk is welke rol artikel 101 lid 3 VWEU kan spelen in het kader van doelstellingen van algemeen belang, komt de nadruk op de Wouters-benadering te liggen en wordt de kwestie van de *Rule of Reason* in het mededingingsrecht nog pregnanter.

Moet voor de *Rule of Reason* uitgegaan worden van volledige convergentie tussen het mededingingsrecht en het vrije verkeer? De vraag is of dit wenselijk is. Mortelmans heeft erop gewezen dat het onderscheid tussen private partijen en de overheid, wier primaire taak het behartigen van het publieke belang is, van belang blijft.⁵⁴ Zou dit onderscheid gerealiseerd kunnen worden door de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel? In dat geval zou de 'proportionaliteitsdrempel' hoger liggen voor ondernemingen dan voor overheden. Het is wenselijk dat bij de verdere ontwikkeling van de Wouters-doctrine het Hof hierover zijn licht laat schijnen. Duidelijk is dat de benadering in het arrest *Wouters* verder ontwikkeld dient te worden in de rechtspraak van het Hof. In de publicaties van Mortelmans zijn meer dan voldoende aanknopingspunten te vinden die een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan deze verdere ontwikkeling.

49 Zie Beleidsregel van 6 mei 2014 van de Minister van EZ, *Stcrt.* 2014, 13375.

50 HvJ EU 3 mei 2011, C-375/09, *Jur.* 2011, p. I-3055 (*Tele2 Polska*).

51 Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van artikel 81 en 82 van het Verdrag (thans artikel 101 en 102), *PbEG* 2003, L 1/1.

52 Uiteraard kan een nationale civiele rechter wel in een uitspraak ingaan op het arrest *Wouters*. Deze rechterlijke instantie zou bijvoorbeeld een vordering gebaseerd op artikel 101 VWEU kunnen afwijzen, omdat de beperking in kwestie toegestaan is in het licht van de Wouters-doctrine.

53 Zie r.o. 42 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/97.

54 Zie K.J.M. Mortelmans, 'Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition', *CML Rev.* 2001, Vol. 38, p. 649.