



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/77600>

Please be advised that this information was generated on 2019-10-08 and may be subject to change.

PUBLIEKE BELANGEN IN HET
MEDEDINGINGSRECHT:
EEN ONDERZOEK IN VIJF DOMEINEN

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

onder redactie van

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann

Prof.mr. N.E.D. Faber

deel 52

PUBLIEKE BELANGEN IN HET MEDEDINGINGSRECHT: EEN ONDERZOEK IN VIJF DOMEINEN

**HET EUROPESE EN NEDERLANDSE ANTITRUSTRECHT
IN BOTSING MET BELANGEN VAN INTELLECTUELE
EIGENDOM, VRIJE BEROEPEN, CULTUUR,
GEZONDHEIDSZORG EN MILIEUBESCHERMING**

**EEN WETENSCHAPPELIJKE PROEVE
OP HET GEBIED VAN DE RECHTSGELEERDHEID**

PROEFSCHRIFT

**TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT NIJMEGEN
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS,
PROF.MR. S.C.J.J. KORTMANN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN
OP DONDERDAG 22 OKTOBER 2009
OM 15.30 UUR PRECIES**

DOOR

JOOST CORNELIS ADRIAAN HOUDIJK

**GEBOREN OP 21 JANUARI 1975
TE NIJMEGEN**

KLUWER – DEVENTER – 2009

Promotores: Prof.dr. A.-M. Van den Bossche (Universiteit Antwerpen)
Prof.mr. J.W. van den Gronden

Manuscriptcommissie:

- Prof.mr. J.H. Jans (Rijksuniversiteit Groningen)
- Prof.mr. A.A. Quaedvlieg
- Prof.dr. J.H.V. Stuyck (K.U. Leuven; Radboud Universiteit Nijmegen)

ISBN 978 90 13 06924 2

Willy Cremers, grafisch ontwerp
Gonnie Jakobs, lay-out tekst

© 2009, J C A Houdijk, Brussel (B)

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

WOORD VOORAF

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.

Houdijk onderzoekt in dit boek hoe het mededingingsrecht omgaat met botsende belangen en beleidsterreinen, en doet aanbevelingen omtrent het (juiste) gebruik van exceptiemethoden en -instrumenten. Hij richt zich daarbij in het bijzonder op het kartelverbod en op het verbod op misbruik van machtspositie. Het onderzoek 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 geruchtmakende probleemgebieden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, in de Nederlandse rechtspraak en in de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit. De *case studies* geven een representatief beeld van de collisie tussen het mededingingsrecht en andersoortige belangen of beleidsterreinen en de soms zeer uiteenlopende wijzen waarop het mededingingsrecht met botsingen omgaat.

Hoewel het uiteindelijke doel van het boek een analyse van exceptiemethoden en -instrumenten is, bevatten de verschillende hoofdstukken een uitgebreid overzicht van de stand van zaken op elk van de geselecteerde collisiegebieden. De lezer krijgt daarmee een goed inzicht in de voorliggende problematiek en een compleet overzicht van de relevante jurisprudentie en literatuur terzake. Deze studie is daarmee zowel voor de wetenschap als voor de praktijk van groot belang. De redactie neemt het proefschrift van Houdijk dan ook met veel genoegen op in de Serie Onderneming en Recht.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber

Nijmegen, juli 2009

"Lawyers do not make discoveries, but they sometimes invent things"

(John Temple Lang, 1997)¹

Voor mijn moeder

1 J. Temple Lang, 'The Core of the Constitutional Law of the Community – Article 5 EC', in: L. Gormley (ed.), *Current and Future Perspectives on EC Competition Law*, London: Kluwer Law International 1997, p. 41.

INHOUDSOPGAVE

Lijst van gebruikte afkortingen

XXI

HOOFDSTUK I	ONDERZOEKSOPZET	1
1.	Aanleiding voor en thema van het onderzoek	1
2.	Vraagstelling	2
2.1.	Centrale vraagstelling	2
2.2.	Afbakening van het onderzoek	3
2.3.	Onderzoeksvragen	9
3.	Belang van het onderzoek	10
4.	Onderzoeksmethode	12
5.	Concrete opzet	13
HOOFDSTUK II	ACHTERGROND EN WERKING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT	15
1.	Het proces van mededinging en marktwerking	16
1.1.	Wat is mededinging?	16
1.2.	Wat is de waarde van mededinging voor een economie?	17
1.3.	De plaats van concurrentie in de maatschappij en de politieke keuzes die hiervoor bepalend zijn	18
1.4.	Wat is een economische activiteit en wat is een niet-economische activiteit?	20
1.5.	Externaliteiten van economisch gedrag	25
1.6.	Zelfregulering	26
2.	De (rechts)theoretische achtergrond van het mededingingsrecht	28
2.1.	Mededingingsrecht als rechtsbeschermingfiguur voor het concurrentieproces	28
2.2.	Economische theorieën achter en doelen van het mededingings- recht	29
3.	Het Europese mededingingsrecht	31
3.1.	Inleiding	31
3.2.	De (economische) doelstellingen van het EG-Verdrag	32
3.3.	De doelstellingen van het communautaire mededingingsrecht	33
3.4.	Art. 81 EG	38
3.4.1.	Inleiding – Het kartelverbod	38
3.4.2.	Het verbod van art. 81 lid 1 EG	40
3.4.3.	Verschillende typen overeenkomsten onder het kartel- verbod	47

3.4.4.	De exceptie van art. 81 lid 3 EG	49
3.4.5.	Enige ideeën in de literatuur over de mogelijkheid van het meewegen van andere dan mededingingsbelangen in het kader van art. 81 lid 3 EG	53
3.5.	Art. 82 EG	58
3.5.1.	De kernelementen van het misbruikverbod	58
3.5.2.	De hervorming van art. 82 EG	62
3.6.	De 'effet utile'-leer	63
3.7.	Art. 86 EG	67
3.7.1.	Inleidende opmerkingen	67
3.7.2.	Enige theorieën over de toepassing van art. 86 EG	69
3.7.3.	De zes voorwaarden van art. 86 lid 2 EG	74
3.8.	De jurisprudentiële uitzonderingsinstrumenten	85
3.8.1.	Verschillende exceptiemethoden in de rechtspraak van het Hof van Justitie	85
3.8.2.	De 'rule of reason'	88
3.8.3.	De leer van de inherente beperkingen	96
3.8.4.	De figuur van de 'State Action Defence'	97
3.8.5.	De objectieve rechtvaardigingsgrond	98
3.9.	Het procedurele recht m.b.t. de toepassing van art. 81 en 82 EG: de decentrale toepassing van art. 81 en 82 EG en de uitvoeringsverordening Vo. 1/2003	99
3.10.	De relatie van de antitrust-artikelen tot andere bepalingen uit het EG-Verdrag	102
3.10.1.	Andere beleidsterreinen in het EG-Verdrag dan het mededingingsrecht	102
3.10.2.	Art. 16 EG: Diensten van algemeen economisch belang	103
3.10.3.	Bijzondere mededingingsregimes en gereguleerde sectoren	107
3.10.4.	Nieuwe ontwikkelingen in het Europese recht – Het mededingingsrecht onder de nieuwe Europese Verdragen	109
4.	Het Nederlandse mededingingsrecht	111
4.1.	De werking en de doelstellingen van het Nederlandse mededingingsrecht	111
4.2.	De bepalingen van de Nederlandse Mededingingswet	114
4.2.1.	Het kartelverbod, het misbruikverbod en de excepties	114
4.2.2.	De betekenis van Vo. 1/2003 voor het functioneren van de NMa	117
5.	Samenvatting	118
HOOFDSTUK III MEDEDINGINGSRECHT EN INTELLECTUELE EIGENDOM		121
1.	Het regelgevend kader in het intellectuele eigendomsrecht	121
1.1.	De IE-rechtsgebieden	121

2.3.5.4.	De belangrijkste overwegingen en het dictum	195
2.3.5.5.	Een analyse van de voorwaarden voor misbruik	197
2.3.5.6.	Welke vragen bleven over na het arrest?	208
2.3.6.	De <i>Microsoft</i> -zaak	211
2.3.6.1.	De (oorspronkelijke) <i>Microsoft</i> -beschikking van de Commissie op het punt van licentieweigering	211
2.3.6.2.	De <i>Microsoft</i> -uitspraak van het Gerecht op het punt van licentieweigering	214
2.3.6.3.	De Commissiebeschikkingen in de <i>Microsoft</i> -zaak over de licentievoorwaarden (c.q. tariefsbepaling)	221
2.3.7.	De verhouding mededingingsrecht – IE-recht na analyse van de Europese rechtspraak	224
2.3.7.1.	De keuzes van de Gemeenschapsrechter	224
2.3.7.2.	Vragen over de algemene geldigheid van de <i>IMS Health</i> -voorwaarden	226
2.3.7.3.	Voorstel voor een alternatieve benadering	228
2.3.7.4.	Overzicht van uitzonderlijke situaties van misbruik bij de uitoefening van IE-rechten	230
3.	De botsing tussen Nederlands mededingingsrecht en het IE-recht	236
3.1.	Context	237
3.2.	Uitgebreide 'case-study': de Nederlandse programma-gegevenszaak	238
3.2.1.	Het geschil tussen De Telegraaf en de omroepen	239
3.2.2.	De civiele procedure <i>NOS c.s./De Telegraaf</i>	241
3.2.2.1.	Voorgeschiedenis	241
3.2.2.2.	De vragen van intellectueel eigendomsrecht	243
3.2.2.3.	Het arrest van de Hoge Raad	244
3.2.3.	De bestuursrechtelijke procedure <i>NMa/NOS c.s.</i>	246
3.2.3.1.	De verschillende fases in de procedure	246
3.2.3.2.	De uitspraak van het CBB	248
3.2.3.3.	Nadere analyse van de uitspraak van het CBB	250
3.2.3.4.	Het belang van de aanwezigheid van IE-bescherming voor het misbruikvraagstuk	252
3.2.4.	De zaak <i>SBS/Quote</i>	253
3.2.4.1.	Een nieuwe loot aan de stam van programma-gegevenszaken	253
3.2.4.2.	Het kort geding-vonnis	254
3.2.5.	De Nederlandse politiek en de programmeergegevens	257
3.2.6.	De positie van het databankenrecht in de botsing tussen mededingingsrecht en IE-recht	260
3.2.7.	Verschillende soorten misbruik in de programma-gegevenscasus	264
3.3.	De Nederlandse internetzaken: citeren en kopiëren van websites en de toepassing van het mededingingsrecht	269
3.3.1.	De makelaarszaken	269

3.3.2.	Andere internetzaken	272
3.4.	Farmaceutische databanken	274
4.	Samenvatting	275
4.1.	De uitoefening van IE-rechten op een primaire respectievelijk secundaire markt	275
4.2.	De voorwaarden voor misbruik bij licentieweigering van een IE-recht	276
4.3.	De 'nieuw product'-voorwaarde	277
4.4.	Verschillende categorieën misbruik in IE-zaken – de Microsoft- variant	279
4.5.	Het model voor de toekomst	281
 HOOFDSTUK IV MEDEDINGINGSRECHT EN DE (JURIDISCHE) VRIJE BEROEPEN		 283
1.	Het regelgevend kader in de juridische vrije beroepen	283
1.1.	Inleiding	283
1.2.	Begripsbepaling en oorsprong Nederlandse vrijeberoeps- regelgeving	286
1.3.	De hervormingsplannen m.b.t. de Nederlandse vrijeberoeps- regelgeving	291
1.3.1.	De oorsprong van de hervormingsplannen	291
1.3.2.	Ontwikkelingen in het Europese vrijverkeersrecht m.b.t. de toegangs- en vestigingsvereisten voor het vrije beroep	293
1.3.3.	Ontwikkelingen in het Europese mededingingsbeleid m.b.t. de hervorming van de vrijeberoepsdeontologie	298
1.3.4.	De Nederlandse beleidsvoorstellen voor hervorming van de vrijeberoepsdeontologie	300
1.3.5.	Hervormingsdrang in perspectief	310
1.4.	De nadere opzet van dit hoofdstuk	310
2.	De verschillende stappen in de toepassing van het mededingingsrecht op vrijeberoepsregulering	312
2.1.	De structuur van het communautaire en het Nederlandse mededingingsrecht	312
2.1.1.	De uitgangspunten van het antitrustrecht	312
2.1.2.	De juridische vrijeberoepsregels onder het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie	314
2.2.	De toepasselijkheid van het kartelverbod op vrijeberoeps- regulators	317
2.2.1.	De advocaat en de notaris als ondernemer resp. de beroepsorganisatie als ondernemersvereniging	317
2.2.2.	De vrijeberoepsorganisatie als instantie voor zelfregulering	319
2.2.3.	De vrijeberoepsorganisatie als instantie voor overheids- regulering	325

2.2.4.	Een derde weg: de 'effet utile'-leer en de uitvaardiging van juridische vrijeberoepsregelgeving	326
2.2.5.	De toepassing van de 'effet utile'-leer in de vrijeberoepssector nader beschouwd	329
2.2.5.1.	Uitgangspunten in de rechtspraak omtrent 'effet utile'	329
2.2.5.2.	Nieuwe ideeën van de Advocaten-Generaal Jacobs en Léger over de toepassing van de 'effet utile'-leer	332
2.2.5.3.	Wat is de juiste benadering inzake toepassing van de 'effet utile'-leer?	336
2.2.6.	De gevolgen van de Europese jurisprudentie voor de vrijeberoepsregelgeving van de Nederlandse Orde van Advocaten	339
2.2.7.	De gevolgen van de Europese jurisprudentie voor de vrijeberoepsregelgeving van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie	342
2.2.8.	De lijn van de Gemeenschapsrechter ten aanzien van (juridische) vrijeberoepsorganisaties: een recapitulatie	344
2.3.	De excepties op de toepassing van art. 81 EG – een heldere afweging van belangen onder het mededingingsrecht	347
2.3.1.	Inleiding op de excepties	347
2.3.2.	Art. 81 lid 3 EG	349
2.3.3.	Art. 86 lid 2 EG	350
2.3.4.	De 'rule of reason'	352
2.3.5.	De leer van de inherente beperkingen	359
2.3.6.	De rechtvaardigingstoets in de 'effet utile'-leer	360
3.	De mededingingsrechtelijke houdbaarheid van een aantal specifieke categorieën vrijeberoepsregels	362
3.1.	Systemen van vaste en aanbevolen prijzen	362
3.1.1.	Uitgangspunten in het Europese recht: de visie van de Commissie	362
3.1.2.	Vaste tariefssystemen in de advocatuur	362
3.1.3.	Vaste tariefssystemen in het notariaat	365
3.2.	Publiciteits- en acquisitiebeperkingen	366
3.2.1.	De uitgangspunten in het Europese recht	366
3.2.2.	De reclamevoorschriften in de advocatuur	369
3.2.3.	De reclamevoorschriften in het notariaat	372
3.3.	Exclusieve werkzaamheden	373
3.3.1.	De uitgangspunten van exclusiviteit en marktuitsluiting: gedwongen winkelnering	373
3.3.2.	Exclusieve werkzaamheden van advocaten	374
3.3.3.	Exclusieve werkzaamheden van notarissen	375
3.3.4.	Wetswijzigingen betreffende exclusieve werkzaamheden en het mededingingsrecht	377

3.4.	Voorschriften betreffende de zakelijke structuur en de eis van een onafhankelijke beroepsuitoefening	378
3.4.1.	Uitgangspunten achter en doelstellingen van structuurregels	378
3.4.2.	Structuurvoorschriften in de advocatuur	379
3.4.3.	Structuurvoorschriften in het notariaat	383
3.5.	Het verbod op 'no cure, no pay'	384
3.5.1.	De uitgangspunten achter de betalingsvormen van 'no cure, no pay' en 'quota pars litis'	384
3.5.2.	De Europese rechtspraak en beschikkingspraktijk over het verbod op 'no cure, no pay'	386
3.5.3.	De Nederlandse beschikkingspraktijk over het verbod op 'no cure, no pay'	387
3.5.4.	De Nederlandse verboden op 'no cure, no pay' en 'quota pars litis' in een ander jasje	391
3.6.	Stage- en opleidingsvoorschriften	394
3.6.1.	Uitgangspunten achter opleidingseisen	394
3.6.2.	Het optreden van de NMa inzake opleidingseisen	394
3.6.3.	De status van opleidingseisen onder het mededingingsrecht	396
3.7.	Methoden voor kwaliteitstoetsing, geschillenoplossing en tuchtrechtspraak	397
3.7.1.	De uitgangspunten in het Europese recht	397
3.7.2.	De status van kwaliteitssystemen onder het mededingingsrecht	397
3.7.3.	De status van geschillenoplossing en tuchtrechtspraak onder het mededingingsrecht	399
4.	Samenvatting	402
4.1.	De categorieën vrijeberoepsregels die in botsing komen met het mededingingsrecht	402
4.2.	De toepassing van het antitrustrecht op regelgevende vrijeberoepsorganisaties	404
4.3.	De NOvA en de KNB als vrijeberoepsregelgever: ondernemersvereniging of staatsorgaan?	407
4.4.	De strekking van de 'effet utile'-leer	409
4.5.	De rol van de 'rule of reason' bij de toetsing van deontologische regels	410
4.6.	De concrete houdbaarheid van de verschillende categorieën juridische beroepsregels in Nederland onder het kartelverbod	412
4.7.	Balans en vooruitblik	416

HOOFDSTUK V MEDEDINGINGSRECHT EN CULTUUR 419

1.	De regelgeving in de cultuursector	419
1.1.	Europeesrechtelijk cultuurkader	420

1.2.	Nationaal cultuurn kader	422
2.	Het mededingingsrecht en het Nederlandse systeem van de vaste boekenprijs	424
2.1.	Inleiding – Het traject naar de Wet op de vaste boekenprijs	424
2.2.	De kenmerken van de Wet op de vaste boekenprijs	427
2.3.	De vaste boekenprijs onder het EG-mededingingsrecht	429
2.3.1.	De knelpunten met het EG-mededingingsrecht	429
2.3.2.	Beïnvloeding van de tussenstaatse handel	432
2.3.3.	De 'effet utile'-leer	436
2.3.3.1.	Inleiding	436
2.3.3.2.	Europese <i>landmark cases</i> betreffende 'effet utile'	438
2.3.3.3.	De Wet op de vaste boekenprijs onder de 'effet utile'-leer	448
2.3.3.4.	Het optreden van de NMa	450
2.3.4.	Toepassing van art. 81 lid 3 EG	453
2.3.5.	Toepassing van art. 86 lid 2 EG	458
2.3.6.	Toepassing van de 'rule of reason'	461
2.4.	Toekomstperspectieven van het systeem van de vaste boekenprijs	465
3.	Mededingingsrecht en vaste prijzen voor schrijvers, vertalers en scenaristen in Nederland	467
3.1.	Het Nederlandse systeem van vaste prijzen voor literatoren	467
3.2.	Het optreden van de NMa	467
3.3.	De argumenten vóór en tégen een systeem van vaste vergoedingen in de literaire sector	470
4.	Mededingingsrecht en collectieve beheersorganisaties	471
4.1.	Collectieve beheersorganisaties: bestaan en functioneren	471
4.2.	CBO's en misbruik van machtspositie	476
4.2.1.	Verschillende vormen van misbruik	476
4.2.2.	De lijn van de Gemeenschapsrechter	477
4.2.3.	De lijn van de NMa	479
4.3.	CBO's en kartelvorming	482
4.4.	De rol van art. 86 EG in het domein van het collectieve rechtenbeheer	485
4.5.	De toekomst van het collectieve rechtenbeheer	487
5.	Samenvatting	490
5.1.	De vaste boekenprijs in Nederland onder het kartelrecht	491
5.2.	Vaste prijzen voor schrijvers, vertalers en scenaristen in Nederland onder het kartelrecht	496
5.3.	Collectieve beheersorganisaties in Nederland onder het kartelrecht	497

HOOFDSTUK VI	MEDEDINGINGSRECHT EN GEZONDHEIDSZORG	505
1.	Het regelgevend kader	506
1.1.	Internationaal gezondheidsrecht – Internationale verdragen en grondrechten	507
1.2.	Het communautaire rechtskader voor de gezondheidszorg in Europa	509
1.2.1.	Primair EG-recht inzake volksgezondheid	509
1.2.2.	Secundair EG-recht inzake volksgezondheid	512
1.2.3.	Soft law inzake volksgezondheid en toekomstige Verdragsbepalingen	516
1.3.	Het wettelijk kader van de Nederlandse gezondheidszorg	519
1.3.1.	De zorgmarkten en hun specifieke regelgeving	519
1.3.2.	De oude Ziekenfondswet	521
1.3.3.	De Zorgverzekeringswet	523
1.3.4.	De Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten	527
1.3.5.	De Wet marktordening gezondheidszorg	530
1.3.6.	De Wet toelating zorginstellingen	531
1.3.7.	Overige wettelijke regelingen en instanties	533
1.3.8.	De systematiek van de zorgmarkt: regels en karakteristieken	535
2.	EG-mededingingsrecht en volksgezondheid	537
2.1.	Essentiële toetsingscriteria bij de toepassing van het EG-mededingingsrecht in sociale en zorgzaken	538
2.2.	EG-mededingingsrecht, solidariteit en sociale belangen	545
2.3.	De toepassing van de mededingingsregels in de gezondheidszorg – de uitgangspunten in het Europese recht	548
2.3.1.	Inleiding	548
2.3.2.	De <i>FENIN</i> -zaak	550
2.3.3.	De <i>AOK Bundesverband</i> -zaak	552
2.3.4.	Enige conclusies	555
3.	Mededingingsrecht en de Nederlandse zorgsector	557
3.1.	Historische ontwikkelingen in het mededingingsbeleid ten aanzien van de Nederlandse zorgsector – de initiatieven van de NMa	558
3.2.	De positie van de <i>zorgverzekeraars</i> in het antitrustrecht	561
3.2.1.	Het ondernemingscriterium en de exceptie voor diensten van algemeen economisch belang nader beschouwd	561
3.2.1.1.	Het ondernemingscriterium	561
3.2.1.2.	Art. 86 lid 2 EG	563
3.2.2.	Samenwerking tussen zorgverzekeraars en het kartelverbod	568
3.2.3.	Het optreden van zorgverzekeraars en het misbruik- verbod	570

3.2.3.1.	De inzet van het misbruikinstrumentarium op de zorgverzekeringsmarkt	570
3.2.3.2.	Het optreden van zorgverzekeraars in de relatie tot zorgverleners: rechtspraak en beschikkingspraktijk	572
3.2.3.3.	Het optreden van zorgverzekeraars in de relatie tot zorgverleners: conclusies uit de rechtspraktijk	576
3.3.	De positie van de <i>zorgaanbieders</i> in het antitrustrecht	577
3.3.1.	Het ondernemingscriterium en de speelruimte voor concurrentie	577
3.3.2.	Samenwerking tussen zorgaanbieders en het kartelverbod	579
3.3.3.	De houding van zorgaanbieders ten opzichte van zorgverzekeraars	582
3.4.	De positie van het zorgkantoor, de zorgmakelaar en de regiovertegenwoordiger in het antitrustrecht	587
3.4.1.	Het zorgkantoor	587
3.4.2.	De zorgmakelaar	589
3.4.3.	De regiovertegenwoordiger	590
3.5.	De toepassing van het antitrustrecht op de Nederlandse zorgsector: een korte evaluatie	592
3.6.	Een overzicht van de ter beschikking staande exceptiemethoden en -instrumenten in de collisie tussen antitrust- en zorgbelangen	595
3.6.1.	Excepties voor het kartelverbod	595
3.6.2.	Excepties voor het verbod op misbruik van een machtspositie	603
4.	Samenvatting	603
4.1.	De Nederlandse zorgsector: opzet en functioneren	603
4.2.	Het ondernemingscriterium	605
4.3.	Kartelgedrag in de zorgsector	605
4.3.1.	Samenwerking tussen zorgverzekeraars	606
4.3.2.	Samenwerking tussen zorgaanbieders	607
4.3.3.	Activiteiten van intermediairs	607
4.4.	Misbruikgedrag in de zorgsector	610
4.5.	Afronding: exceptiemethoden in antitrustzaken in de zorgsector	611
HOOFDSTUK VII MEDEDINGINGSRECHT EN MILIEUBESCHERMING		617
1.	Het regelgevend kader	617
1.1.	Europeesrechtelijk milieukader	617
1.1.1.	De beginselen van Europees milieubeleid – De rol van het integratiebeginsel van art. 6 EG	617
1.1.2.	De betekenis en de kracht van het milieu-integratiebeginsel	622

1.1.3.	De uitgangspunten van EG-milieubeleid in art. 174 EG	626
1.1.4.	De Milieuactieprogramma's van de EG	628
1.1.5.	De maatregelen inzake energie en klimaatverandering	634
1.2.	Het Nederlands wettelijk milieukader in internationaal perspectief	635
2.	De botsing tussen het EG-mededingingsrecht en milieubelangen	636
2.1.	Milieubeleidovereenkomsten	637
2.2.	Internalisatie van milieukosten: het vervuiler-betaalt-beginsel	642
2.3.	Het EG-mededingingsbeleid ten aanzien van milieubelangen	649
2.3.1.	De uitgangspunten in de Mededingingsverslagen van de Commissie	649
2.3.2.	Commissierichtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten op milieugebied	650
2.4.	De beschikkingspraktijk van de Commissie: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 81 EG	655
2.4.1.	Informele besluiten van de Commissie	656
2.4.1.1.	<i>VOTOB</i>	656
2.4.1.2.	<i>ACEA</i>	657
2.4.1.3.	<i>CEMEP</i>	658
2.4.1.4.	<i>Valpak</i>	659
2.4.1.5.	<i>IFCO</i>	659
2.4.1.6.	<i>Valpak vs. IFCO</i>	660
2.4.2.	Formele ontheffingsbeschikkingen van de Commissie	660
2.4.2.1.	<i>NAWEWA-ANSEAU</i>	661
2.4.2.2.	<i>Assurpol</i>	662
2.4.2.3.	<i>Exxon/Shell</i>	663
2.4.2.4.	<i>Philips-Osram</i>	664
2.4.2.5.	<i>CECED</i>	665
2.4.3.	Conclusies betreffende de beschikkingspraktijk van de Commissie	667
2.5.	De 'rule of reason' en milieubescherming	669
2.5.1.	De toepassing van art. 81 lid 3 EG	669
2.5.2.	De toepassing van de leer van de inherente beperkingen en van de 'rule of reason'	671
2.5.3.	Art. 81 lid 3 EG vs. de 'rule of reason'	672
2.6.	De rechtspraak van de Gemeenschapsrechter: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 82 en 86 EG	673
2.6.1.	Uitgangspunten betreffende de toepassing van art. 82 EG	673
2.6.2.	<i>Dusseldorp</i>	674
2.6.3.	<i>Sydhavnens</i>	675
2.6.4.	<i>Der Grüne Punkt-DSD</i>	676
2.6.5.	Slotsom misbruik van machtspositie en milieu	677
3.	De botsing tussen het Nederlandse mededingingsrecht en milieubelangen	677
3.1.	Milieuenvenanten in Nederland	678

3.2.	De beschikkingspraktijk van de NMa: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 6 Mw	678
3.2.1.	<i>Stibat</i>	678
3.2.2.	<i>De Autorecycling-zaken</i>	682
3.2.3.	<i>Vereniging van Fabrikanten van Kunststof Leidingssystemen</i>	684
3.2.4.	<i>Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland</i>	686
3.2.5.	<i>Stichting Papier Recycling Nederland</i>	687
3.2.6.	Enige vergelijkingen tussen de NMa-besluiten	688
3.2.7.	Opmerkingen van de NMa over milieuovereenkomsten in haar jaarverslag	690
3.2.8.	Conclusies betreffende de beschikkingspraktijk van de NMa	691
3.3.	De beschikkingspraktijk van de NMa: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 24 Mw	692
4.	Samenvatting	693
4.1.	De Verdragsbepalingen	693
4.2.	Art. 6 EG: het milieu-integratiebeginsel	694
4.3.	Art. 174 lid 2 EG: het vervuiler betaalt-beginsel en de internalisatie van milieukosten	695
4.4.	De beleidsperspectieven van de Gemeenschap betreffende de relatie tussen milieu en mededinging	696
4.5.	De beschikkingspraktijk van de Commissie: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 81 EG	698
4.6.	De rechtspraak van de Gemeenschapsrechter: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 82 en 86 EG	701
4.7.	De beschikkingspraktijk van de NMa betreffende de collisie tussen milieu- en mededingingsbelangen	701
HOOFDSTUK VIII SYNTHESE		703
1.	Inleiding	703
2.	De onderzoekszopzet	703
2.1.	Probleemstelling	703
2.2.	Enige uitgangspunten bij het vinden van een oplossing van de problematiek	704
3.	Resultaten uit de vijf hoofdstukken	705
3.1.	Mededingingsrecht en intellectuele eigendom	705
3.1.1.	De misbruikcriteria bij licentieweigering – de <i>Magill/IMS Health</i> -variant	705
3.1.2.	Een aantal varianten van 'uitzonderlijke omstandigheden' waarin sprake is van misbruik	706
3.1.3.	De <i>Microsoft</i> -variant	707
3.1.4.	Het model voor de toekomst	708
3.2.	Mededingingsrecht en de vrije beroepen	709
3.2.1.	Inleidende opmerkingen	709

3.2.2.	'Effet utile' en het voorstel van de Advocaten-Generaal Léger en Jacobs	710
3.2.3.	De Verdragsrechtelijke excepties	712
3.2.4.	De <i>Wouters-style</i> 'rule of reason'	713
3.3.	Mededingingsrecht en cultuur	714
3.3.1.	Vaste prijzen in de Nederlandse literaire sector	714
3.3.2.	Collectieve beheersorganisaties in Nederland	718
3.4.	Mededingingsrecht en gezondheidszorg	721
3.4.1.	De Nederlandse zorgsector: opzet en functioneren	721
3.4.2.	Het ondernemingscriterium	722
3.4.3.	Kartel- en misbruikgedrag in de zorgsector	723
3.4.4.	Afronding: exceptiemethoden in antitrustzaken in de zorgsector	725
3.5.	Mededingingsrecht en milieubescherming	729
3.5.1.	Art. 6 EG: het milieu-integratiebeginsel	729
3.5.2.	Art.174 lid 2 EG: het vervuiler betaalt-beginsel en de internalisatie van milieukosten	729
3.5.3.	De beleidsperspectieven van de Gemeenschap betreffende de relatie tussen milieu en mededinging	731
3.5.4.	De beschikkingspraktijk van de Commissie: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 81 EG	731
3.5.5.	De rechtspraak van de Gemeenschapsrechter: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 82 en 86 EG	734
3.5.6.	De beschikkingspraktijk van de NMa betreffende de collisie tussen milieu- en mededingingsbelangen	734
4.	Conclusies en aanbevelingen	735
4.1.	Inleiding	735
4.2.	Beantwoording van de onderzoeksvragen	737
4.2.1.	Beantwoording van de eerste onderzoeksvraag – subvraag 1	737
4.2.2.	Beantwoording van de eerste onderzoeksvraag – subvraag 2	742
4.2.3.	Beantwoording van de eerste onderzoeksvraag – subvraag 3	743
4.2.4.	Beantwoording van de tweede onderzoeksvraag	744
4.3.	Het gebruik van de 'rule of reason'	747
4.3.1.	Begripsduiding	748
4.3.2.	De proportionaliteitstoets in de 'rule of reason'	750
4.3.3.	Het gebruik van (andere) in de jurisprudentie en literatuur opgekomen exceptiemethoden	753
4.3.4.	Erkende en niet-erkende algemene belangen	754
4.3.5.	Slotsom	755

Lijst van aangehaalde literatuur	779
Register van aangehaalde jurisprudentie Hof van Justitie en Gerecht van Eerste Aanleg	821
Register van aangehaalde beschikkingen van de Europese Commissie	843
Register van aangehaalde jurisprudentie Nederlandse rechters	847
Register van aangehaalde beschikkingen van de Nederlandse Mededingingsautoriteit	851
Trefwoordenregister	857
Dankwoord	869
Curriculum Vitae	

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AG	Advocaat-Generaal
AM	Actualiteiten Mededingingsrecht
AMI	Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
art.	artikel(en)
Aw	Auteurswet 1912
AW	Advocatenwet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
BC	Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst
BMW	Eenvormige Beneluxwet op de Merken
BTMW	Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen en Modellen
BvIE	Bureau voor de Industriële Eigendom
C	1) Cour de Justice (Hof van Justitie); 2) Communication
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBO	collectieve beheersorganisatie
CCBE	Conseil des barreaux européens (Council of the Bars and Law Societies of the European Union)
CEPLIS	Conseil Européen des Professions Libérales (Europese koepel-organisatie van vrijeberoepsbeoefenaren)
CMLR	Common Market Law Reports
CMLRev.	Common Market Law Review
COM	Document van de Europese Commissie
CPB	Centraal Planbureau
c.q.	casu quo
c.s.	cum suis
CTG	College Tarieven Gezondheidszorg
CTZ	College voor Toezicht op de Zorgverzekeringen
CVZ	College voor zorgverzekeringen
DAEB	dienst van algemeen economisch belang
DBC	diagnose behandelcombinatie
def.	definitief
D-G	Directoraat-Generaal
d-g NMa	directeur-generaal NMa
diss.	dissertatie
DTe	Directie Toezicht Energie (onderdeel van de NMa)
Dw	Databankenwet
e.a.	en andere(n)

EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
E.C.L.R.	European Competition Law Review
ed(s).	editor(s)
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EELR	European Environmental Law Review
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap(pen); EG-Verdrag
E.I.P.R.	European Intellectual Property Review
EK	Eerste Kamer der Staten-Generaal
E.L.Rev.	European Law Review
EOV	Europees Octrooiverdrag
EP	Europees Parlement
EPO	European Patent Office (Europees Octrooibureau)
et al.	et alii (en anderen)
EU	Europese Unie
EUI	Europees Universitair Instituut
Euratom	Europese Gemeenschap voor Atoomenergie
e.v.	en volgende
EVA	Europese Vrijhandelsassociatie
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
gev.	gevoegde
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg
Hand. I/II	Handelingen Eerste Kamer resp. Tweede Kamer
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IE	intellectuele eigendom
i.e.	id est (dat is; dat wil zeggen)
IER	Tijdschrift voor Intellectuele Eigendom en Reclamerecht
IGZ	Inspectie voor de Gezondheidszorg
i.h.b.	in het bijzonder
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
inw.tr.	inwerkingtreding
I.P.Q.	Intellectual Property Quarterly
IPR	Internationaal Privaatrecht
j°	juncto (in verbinding met)
Jur.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie EG en van het Gerecht van Eerste Aanleg
KB	Koninklijk Besluit
KG	kort geding
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
KNMG	Koninklijke Nederlandsche Maatschappij ter bevordering der Geneeskunst
L	Législation

LIEI	Legal Issues of Economic Integration (voorheen Legal Issues of European Integration)
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
MDW	Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit
M&M	Markt en Mededinging
m nt	met noot
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
Mw	Mededingingswet
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
n n g	nog niet gepubliceerd
NOS	Nederlandse Omroepstichting
NOvA	Nederlandse Orde van Advocaten
nr(s)	nummer(s)
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NUV	Nederlands Uitgeversverbond
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
o a f g	onderling afgestemde feitelijke gedraging
OCW	Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen
O&O	onderzoek en ontwikkeling
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
ov	overweging
p	pagina('s)
P	(in combinatie met zaaknummer) Pourvoi (beroep)
par	paragraaf/paragrafen
Pb	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen/Europese Unie
PCT	Patent Cooperation Treaty (Verdrag tot samenwerking inzake octrooien)
pgb	persoonsgebonden budget
Pres	President
R	(in combinatie met zaaknummer) Référé (kort geding)
Rb	(Arrondissements)rechtbank
red	redacteur/redactie
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r o	rechtsoverweging
ROW	Rijksoctrooiwet
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvS	Raad van State
RW	Rechtskundig Weekblad
SEW	Sociaal Economische Wetgeving Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Stb	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Stcrt	Nederlandse Staatscourant

suppl.	supplement
t.	tegen
T	Tribunal de Première Instance (Gerecht van Eerste Aanleg)
TAEB	taak van algemeen economisch belang
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
Trb.	Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden
TRIPs	(Agreement on) Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTBER	Technology Transfer Block Exemption Regulation
UAC	Universele Auteursrechtconventie
UPOV	Union pour la protection des obtentions végétales (Internationaal verdrag tot bescherming van kweekproducten)
UvP	Unieverdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom
vgl.	vergelijk
Vo.	Verordening
Vol.	Volume
vs.	versus
VWS	Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Vzngr.	Voorzieningenrechter
WBMV	Wet op bijzondere medische verrichtingen
WCT	WIPO Copyright Treaty (Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht)
WEM	Wet Economische Mededinging
Wet BIG	Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
WEZ	Wet exploitatie zorginstellingen
WHO	World Health Organization (Wereldgezondheidsorganisatie)
WIPO	World Intellectual Property Organization (Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom)
Wm	Wet milieubeheer
WMG	Wet Marktordening Gezondheidszorg
WNA	Wet op het Notarisambt
WNR	Wet op de naburige rechten
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WTG	Wet tarieven gezondheidszorg
WTZ/WTZi	Wet toelating zorginstellingen
WZV	Wet Ziekenhuisvoorzieningen
YEL	Yearbook of European Law
ZA	Zorgautoriteit
ZBO	zelfstandig bestuursorgaan
ZFW	Ziekenfondswet
ZPW	Zaaizaad- en Plantgoedwet
Zvw	Zorgverzekeringswet

ONDERZOEKSOPZET

1. AANLEIDING VOOR EN THEMA VAN HET ONDERZOEK

"Er zijn nog maar drie sectoren waar het concurrentiebeleid zich slechts in heel geringe mate of helemaal niet mee bezighoudt: landbouw, defensie en godsdienst. Maar zelfs deze zekerheid brokkelt langzaam af."

Karel van Miert, juni 2000 (*Mijn jaren in Europa*, p. 323 en 324).

De stelling van Van Miert is typerend voor de reikwijdte van het mededingingsrecht in het huidige tijdsgewricht, en op onderdelen zelfs al achterhaald.¹ Geen maatschappelijk veld lijkt nog veilig voor het rechtsgebied. Met de introductie van marktwerking in bepaalde sectoren van de maatschappij, en de steeds scherper functionerende concurrentie op vele terreinen van de economie, neemt ook de rol van het mededingingsrecht toe als hoeder van dit proces.

De laatste twee decennia geven een beeld van het mededingingsrecht (op zowel Europees als, vanaf eind jaren negentig, nationaal niveau) als een rechtsgebied dat zich steeds verder uitstrekt over een steeds sterker 'ver-economiseerde' maatschappij. Het rechtsgebied komt daardoor onvermijdelijk in botsing met andersoortige belangen en beleidsterreinen.

Het aantal maatschappelijke terreinen dat in aanraking kan komen met het mededingingsrecht is in principe ongelimiteerd. Zij vormen geen statisch geheel, maar zijn door de tijd heen aan verandering onderhevig. Basisvereiste is dat sprake is van de verrichting van economische activiteiten. Vele sectoren van de maatschappij voldoen inmiddels, in ieder geval op onderdelen, aan deze voorwaarde. Marktwerking kan historisch aanwezig zijn op deelreinen van de maatschappij. Marktwerking kan ook geïntroduceerd worden door de overheid in velden waar zij tot dan toe de dienstverlening voor haar rekening nam. Zij trekt zich dan (gedeeltelijk of

1 Vgl. het onderzoek van de Europese Commissie bij de Italiaanse staat naar het verstrekken van staatssteun in de vorm van een belastingvoordeel van tussen de 700 miljoen en 2 miljard euro aan de Rooms-Katholieke Kerk. Zie NRC 14 september 2007, 'Onderzoek naar belasting kerk'.

volledig) terug met haar verzorgende activiteiten uit een bepaald terrein, en laat de dienstverlening over aan private actoren.

Eén van de vragen die opkomt is dan hoe het mededingingsrecht omgaat met niet-mededingingsbelangen en -terreinen waar het rechtsgebied onvermijdelijk op stuit. Niet-mededingingsbelangen zijn die belangen die niet volledig en enkel zijn opgebouwd uit de mededingingsoverwegingen die schuilgaan achter het Europese en nationale (Nederlandse) mededingingsrecht,² maar juist een andersoortige waarde vertegenwoordigen. Denk hierbij aan belangen van de rechtsstaat, milieu, cultuur, volksgezondheid en intellectuele eigendom.

Krijgt het mededingingsrecht automatisch voorrang op elk niet-mededingingsbelang dat niet volledig spoort met zijn bepalingen, of dient het rechtsgebied bij iedere botsing een pas op de plaats te maken; of ligt de waarheid ergens in het midden? En is in dit vraagstuk nog een onderscheid te maken naar het soort belang waar het mededingingsrecht tegenaan botst, waarbij aangetekend kan worden dat op bepaalde beleidsterreinen lidstaten hun wetgevingssoevereiniteit hebben behouden? De rechtspraktijk en de beleidsmakers krijgen met deze begrenzingvragen te maken in een aantal sectoren, vakgebieden en belangenterreinen. Uit jurisprudentie en literatuur blijkt dat ze lastig te beantwoorden zijn.³ Dit boek bevat een uitgebreide selectie van deze jurisprudentie en literatuur waarin de collisie tussen het mededingingsrecht en andersoortige belangen onderwerp van geschil en discussie is.

2. VRAAGSTELLING

2.1. Centrale vraagstelling

De problemen worden veroorzaakt door de discrepantie tussen de waarde(n) achter het mededingingsrecht en de waarden achter andersoortige belangen: dit leidt tot confrontaties tussen beleidsterreinen die niet met elkaar overeenkomen. Een juridisch spanningsveld is het gevolg. Het zijn de actoren in het maatschappelijk en economisch verkeer die geconfronteerd worden met rechtsonzekerheid over de gevolgen van hun acties. De instanties die gehouden zijn om de problemen op te lossen zijn uiteindelijk de rechterlijke macht, maar in een eerder stadium ook mededingingsautoriteiten en beleidsmakers.

2 Zie voor een beschrijving van de ratio achter en doelstellingen van het mededingingsrecht Paragraaf 2, 3 3 en 4 1 van Hoofdstuk II

3 Vgl. Van de Gronden 2006b, p. 135

De vraagstelling van dit boek luidt als volgt. In hoeverre mogen ondernemingen of ondernemersverenigingen onder het Nederlandse en Europese mededingingsrecht regels voorstellen of afspraken maken ter behartiging van andere belangen dan mededingingsbelangen? Welke methoden gebruikt het mededingingsrecht om eventuele collisies met niet-mededingingsbelangen op te lossen, en is het mogelijk om hieruit de meest geschikte te kiezen voor een aantal sectoren en belangen? De geschiktheid van een methode wordt hierbij bezien aan de hand van het houvast dat nauwkeurige, consistente en coherente toetsingscriteria bieden om een balans te vinden tussen botsende belangen. Het zwaartepunt van het onderzoek ligt uiteindelijk bij het vinden van het meest geschikte instrumentarium voor de toepassing van het mededingingsrecht op een aantal geselecteerde gebieden.

2.2. Afbakening van het onderzoek

De Europese Gemeenschap kent achtentwintig mededingingsrechtsgebieden. Naast het Europese mededingingsrecht bestaan nationale varianten in alle zevenentwintig lidstaten van de EG. Onderwerp van studie in dit boek zijn het communautaire en het Nederlandse mededingingsrecht. Op deze wijze komt het volledige mededingingsrecht aan bod dat binnen Nederland van toepassing is, en kunnen tevens vergelijkingen worden gemaakt tussen de Europese en de Nederlandse variant van het rechtsgebied. Dit sluit aan bij de opzet van dit boek, waarin de vijf onderzoeksdoelgebieden, waarover even verderop meer, vanuit de Nederlandse situatie worden onderzocht.

Binnen het communautaire en het Nederlandse mededingingsrecht staan in dit boek centraal de kernbepalingen van het rechtsgebied die zijn gericht tot ondernemingen: art. 81 en 82 EG en art. 6 Mw en 24 Mw. Het kartelverbod en het verbod op misbruik van machtspositie die in genoemde bepalingen vastliggen, worden in dit boek aangeduid met de verzamelnaam 'antitrustrecht'.⁴

De Europese Commissie omschrijft dit rechtsgebied als volgt:

4 De term 'antitrust' betekent letterlijk "Of laws and regulations; designed to protect trade and commerce from unfair business practices". Het begrip 'antitrust law' houdt in: "Law intended to promote free competition in the market place by outlawing monopolies." Binnen dit boek dekt het begrip 'antitrustrecht' alle mededingingsrechtelijke EG-Verdragsbepalingen die regels stellen aan het marktgedrag van ondernemingen, en de Nederlandsrechtelijke equivalenten.

"The antitrust area covers two prohibition rules set out in the EC Treaty. First, agreements between two or more firms which restrict competition are prohibited by Article 81 of the Treaty, subject to some limited exceptions. This provision covers a wide variety of behaviours. The most obvious example of illegal conduct infringing Article 81 is a cartel between competitors (which may involve price-fixing or market sharing). Second, firms in a dominant position may not abuse that position (Article 82 of the EC Treaty). This is for example the case for predatory pricing aiming at eliminating competitors from the market."⁵

Het gaat in het antitrustrecht om mededingingsregels die toezien op het marktgedrag van ondernemingen. De mededingingsregels die zich richten op de marktstructuur (de Concentratiecontrole) blijven buiten beschouwing van dit boek.⁶ Dit boek richt zich dan ook op het uitdiepen van de collisies binnen het antitrustrecht tot op het niveau van (een uitgebreid scala aan) binnen de lidstaten bestaande afspraken en maatregelen die de mededinging beperken, en niet zozeer op een zo breed mogelijke benadering van de collisieproblematiek binnen het Europese recht.⁷ Wel komt aan bod in hoeverre overheden het marktgedrag van ondernemingen mogen sturen. In dit kader is de 'effet utile'-leer van belang.

Het thema van dit boek luidt 'publieke belangen in het mededingingsrecht'. Hierboven is het begrip 'mededingingsrecht' reeds nader belicht. Onder publieke belangen versta ik die belangen waaraan blijkens wet- en regelgeving en officiële beleidsstukken de Nederlandse staat en/of de Europese Gemeenschap betekenis hechten en wier realisatie zij nastrevenswaardig achten.⁸ Het mededingingsrecht dient zelf een (van overheids-

5 Zie de website van DG Concurrentie: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/overview_en.html>.

6 Een ander verschil tussen het antitrustrecht en de fusiecontrole is dat het eerste rechtsgebied een controle (handhaving) *ex post* impliceert, en het tweede rechtsgebied een controle *ex ante* met zich mee brengt. Verder bestaat in het Europese recht nog een (tamelijk formalistisch) onderscheid naar de plaats waar beide mededingingsregelingen zijn opgenomen. Het kartelverbod en het verbod op misbruik van machtspositie zijn vastgelegd in het primaire recht. Het concentratiecontroletoezicht heeft een regeling in het secundaire recht. Binnen het Nederlandse recht hebben beide bepalingen overigens een plaats op hetzelfde niveau: ze zijn allebei opgenomen in de Mededingingswet.

7 Zie voor een breedtebenadering inzake de interactie tussen het Europese interne markt-recht en nationale (vaak niet-economische) beleidsterreinen van de lidstaten: De Vries 2006.

8 Deze omschrijving ligt dicht aan tegen de benadering van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, die de beantwoording van de vraag wat publieke belangen zijn in handen legt van politici (de wetgever). Volgens de WRR is sprake van een publiek belang indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt door het tot doelstelling van beleid te maken en tevens een structurele betrokkenheid bij deze doelstelling te betonen. Het spectrum van 'behartiging' kan overigens lopen van garanderen tot stimuleren. Het is dus niet zo dat de over-

wege erkend) publiek belang, namelijk een goed functionerende markteconomie. Marktwerking is door de EG-lidstaten geaccepteerd als motor van het economisch leven. Dit wil niet zeggen dat het proces van concurrentie een onbegrensde werking heeft, evenmin als het rechtsgebied dat dit proces beschermt. Er bestaan namelijk ook vele andere publieke belangen in de maatschappij, die niet automatisch volledig corresponderen of compatibel zijn met het fenomeen van marktwerking. In geval publieke belangen langs particuliere weg behartigd of gevolgd worden en daarbij botsen met het mededingingsrecht, komt de vraag op welke van de betrokken doelstellingen voorrang krijgt, en hoe de toepassing van het mededingingsrecht precies verloopt in dit soort situaties.

Dit onderzoek richt zich op de collisie tussen enerzijds het Europese en Nederlandse antitrustrecht en anderzijds publieke belangen met een niet-mededingingsrechtelijke achtergrond. De beleids- en rechtsgebieden waar het mededingingsrecht op kan botsen zijn talrijk. Een uitputtende behandeling van alle terreinen is dan ook niet mogelijk en een selectie is noodzakelijk om het onderzoek hanteerbaar te houden. In deze selectie moeten wel die niet-mededingingsbelangen aan bod komen die hun 'botsingswaarde' met het mededingingsrecht al ruimschoots hebben bewezen in de rechtspraktijk – dit komt de urgentie en uitvoerbaarheid van het onderzoek ten goede.

De steeds verder voortschrijdende introductie van marktwerking in de maatschappij en de toepassing van het mededingingsrecht in vele sectoren

heid per se dwingend moet optreden bij het nastreven van maatschappelijke waarden om van een 'publiek belang' te kunnen spreken. Zie WRR, *Het borgen van publiek belang* (rapport nr 56), Sdu Uitgevers Den Haag 2000, p 19-21. Tegenover de benadering van de WRR stelt Teulings c.s. de zienswijze dat de identificatie van publieke belangen niet louter een politieke aangelegenheid is, maar wel degelijk onderworpen kan worden aan een objectieve, wetenschappelijke analyse. Teulings c.s. houdt een economisch perspectief aan en betoogt dat publieke belangen ontstaan als sprake is van gecompliceerde externe effecten van (trans)acties ten aanzien van derden die niet rechtstreeks betrokken zijn bij die acties, kortom van marktfalen. Zie Teulings, Bovenberg & Van Dalen 2003, p 168-170. Op de zienswijze van Teulings c.s. zijn kritische reacties gekomen van De Bruijn c.s. en Theeuwes. De Bruijn c.s. merkt o.a. op dat publieke belangen ook beschermd kunnen worden door private partijen. Zie De Bruijn, Ten Heuvelhof & Van Twist 2004, p 6 en 7. Theeuwes betwijfelt of het mogelijk is om het begrip publiek belang objectief af te bakenen. Het lijkt een ongrijpbare term. Zie Theeuwes 2004, p 18 en 27. Koorevaar ten slotte voert in reactie op alle voorgaande betogen aan dat het begrip publiek belang vanuit verschillende perspectieven gezien kan worden (economisch, sociologisch en politicologisch) die allemaal op zichzelf incompleet zijn. Publieke belangen kunnen (politiek) erkend en niet-erkend zijn. Niet-erkende publieke belangen zijn belangen die uit een economisch of sociologisch-bestuurskundige analyse wel als publiek belang naar voren komen, maar (nog) niet agendabepalend zijn. Zie Koorevaar 2004, p 1-3.

zijn niet het exclusieve domein van het recht. Ook vanuit een economische, politicologische, bestuurlijke, filosofische, historische en maatschappelijke invalshoek kan gekeken worden naar de effecten die de introductie van meer marktwerking met zich mee brengt.

Ondanks al deze bronnen zal de analyse primair juridisch zijn. Genoemde invalshoeken hebben echter wel hun invloed op wetgeving en de toepassing van het recht en sijnepelen door in juridische overwegingen. Ze bepalen in ieder geval het speelveld waarin het recht en zijn juridische concepten opereren – zeker in een onderzoek dat enerzijds draait om een economisch rechtsgebied en anderzijds om maatschappelijke belangen. Louter positiefrechtelijk zal dit boek dus niet zijn.⁹

De volgende vijf thema's vormen onderwerp van studie in hun botsing met het antitrustrecht in dit boek: intellectuele eigendom, (juridische) vrije beroepen, cultuur, gezondheidszorg en milieubescherming. Collisies tussen het antitrustrecht en genoemde terreinen zijn omstandig gebleken de afgelopen twee decennia uit arresten van het Hof van Justitie, uit initiatieven van de Europese Commissie (zowel handhavend als beleidsvormend), uit de beschikkingspraktijk van nationale mededingingsautoriteiten, uit beleidsstukken van de lidstaten en uit commentaren in de literatuur. Het zwaartepunt ligt afwisselend bij het kartelverbod dan wel het verbod op misbruik van machtspositie – dit verschilt per domein. Beide onderdelen van het antitrustrecht zullen echter over het geheel van de gekozen gebieden genomen uitgebreid aan bod komen.

De vijf domeinen bieden een representatieve aanpak. De gezondheidszorg en de (juridische) vrije beroepen zijn sectoren. Intellectuele eigendom en milieubescherming zijn belangen die horizontaal doorwerken in het maatschappelijke en economische leven. Cultuur lijkt op de eerste plaats sectorgebonden, maar kan desniettemin ook het karakter dragen van een horizontaal doorwerkend belang. Denk bij dit laatste aan de betekenis van taal of folklore in een maatschappij. In dit boek ligt de nadruk op specifieke culturele sectoren met een literaire of anderszins artistieke achtergrond.

Uit Nederlandse en Europese wet- en regelgeving en beleidsstukken blijkt dat de Nederlandse staat en de Europese Gemeenschap de genoemde vijf thema's als domeinen van publieke betekenis beschouwen. De domeinen zijn in de wijze waarop en de vorm waarin ze uitvoering krijgen

9 Wiarda gaf al aan dat er meer typen van rechtsvinding zijn dan de louter tekstuele benadering. Rechteren kunnen volgens Wiarda drie verschillende houdingen aannemen bij het zoeken van de toepasselijke rechtsregel: zij zijn spreekbuis van de wet, zij vertolken hetgeen de wet beoogt, of zij formuleren zelf een regel als goede mannen naar billijkheid. Zie Wiarda & Koopmans 1999, p. 13-15.

wellicht in meer of mindere mate te conformeren aan marktwerking en daarmee aan het mededingingsrecht. Ze hebben echter een eigen kernwaarde die niet (louter) is opgebouwd uit een mededingingselement. In die zin zijn ze niet-mededingingsrechtelijk van aard. Ze staan niet gelijk aan de kerndoelstelling van het mededingingsrecht: werkzame concurrentie.

De primaire overeenkomst die alle geselecteerde gebieden bindt in dit boek is natuurlijk dat zij in botsing komen met het mededingingsrecht. Maar er zijn meer overeenkomsten tussen de gebieden.

De vijf velden die in hun collisie met het mededingingsrecht centraal staan in dit boek, zijn allemaal terreinen waarop de lidstaten soeverein zijn, dan wel hoogstens een met de EG gedeelde bevoegdheid hebben. Een exclusieve Gemeenschapsrechtelijke competentie ontbreekt. Gezondheidszorg, cultuur en vrije beroepen zijn alle terreinen waar de primaire regelgevende bevoegdheid nagenoeg geheel bij de lidstaten ligt (of de private organisaties in die lidstaten). De EG heeft op deze gebieden hoogstens een coördinerende of aanvullende rol te vervullen. Op het terrein van de intellectuele eigendom ligt de bevoegdheid tot regelgeving in eerste instantie bij de lidstaten zelf, al heeft via de band van de interne markt inmiddels wel een omvangrijke harmonisatieoperatie plaatsgevonden. Op het gebied van de milieubescherming delen de EG en de lidstaten de bevoegdheid om regels uit te vaardigen.¹⁰

Drie belangen hebben een expliciete integratieclausule in het EG-Verdrag: volksgezondheid, cultuur en milieubescherming.¹¹ Intellectuele eigendom kan wellicht gebruik maken van een expliciete *hands off*-bepaling in het EG-Verdrag,¹² evenals de zorgsector.¹³ De vrije beroepen komen als zelfstandig onderwerp niet aan bod in het EG-Verdrag.

10 Voor een nadere uitleg over de competentieverdeling tussen de lidstaten en de Europese Gemeenschap op elk van de genoemde onderzoeksterreinen wordt graag verwezen naar de relevante hoofdstukken over elk deelgebied

11 Zie art. 152 lid 1 EG voor volksgezondheid, art. 151 lid 4 EG voor cultuur en art. 6 EG voor milieubescherming

12 Zie art. 295 EG dat bepaalt dat het EG-Verdrag de regeling van eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat.

13 Zie art. 152 lid 5 EG "Bij het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid worden de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig geeerbiedigd ()"

Op alle vijf de terreinen vinden bepaalde vormen van zelfregulering plaats teneinde doelstellingen te bereiken die mede een publieke achtergrond hebben.¹⁴

Consumentenbescherming kent ook een integratieclausule in het EG-Verdrag. Toch wordt de confrontatie tussen het mededingingsrecht en dit belang niet nader uitgewerkt in dit boek.¹⁵ Dit heeft te maken met de omstandigheid dat consumentenbescherming in de rechtsleer meer en meer is opgeschoven naar de kerndoelstellingen van het mededingingsrecht. Maximalisatie van consumentenwelvaart wordt tegenwoordig in de doctrine regelmatig aangevoerd als het nieuwe hoofddoel van het (communautaire) mededingingsrecht. Dit belang kent ook zijn plaats in de uitzonderingsgronden van art. 81 lid 3. Het lijkt erop dat dit belang al een intrinsieke plaats heeft binnen het mededingingsrecht: het mededingingsrecht streeft dit doel reeds "eigener beweging" na. Het belang wordt daarmee niet van buiten opgedrongen. Bij de doelstellingen van het mededingingsrecht komt het aan bod in dit boek.

Sociale politiek (i.e. cao's en collectieve pensioenregelingen) wordt evenmin behandeld als apart botsingsgebied,¹⁶ aangezien de Europese rechter dit terrein een status aparte heeft gegeven ten opzichte van het mededingingsrecht.¹⁷ Wat betreft het Nederlandse mededingingsrecht is zelfs een expliciete uitzondering opgenomen in de Mededingingswet.¹⁸

De sectoren landbouw en vervoer blijven ook buiten het onderzoek. Deze sectoren hebben (deels) hun eigen marktregime dat zijn basis vindt in het EG-Verdrag. Van een integrale toepassing van het reguliere Europese mededingingsrecht is in deze sectoren (formeel) nog geen sprake.

14 Zelfs op het gebied van de intellectuele eigendom zijn organisaties actief die aan vormen van zelfregulering doen. Denk hierbij aan zaak T-144/99, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau t. Commissie ("EPI-gedragscode"), *Jur* 2001, II-1087, waarover meer in Paragraaf 2.3.4 van Hoofdstuk IV.

15 Zie nader over het onderwerp mededingingsrecht en consumentenbescherming Cseres 2005.

16 Zie nader over de interactie tussen het mededingingsrecht en sociale politiek Wirtz 2006.

17 Zie zaak C-67/96, Albany, *Jur* 1999, I-5751, r.o. 59 en 60; gev. zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, Brentjens, *Jur* 1999, I-6025, r.o. 56 en 57, zaak C-219/97, Drijvende Bokken, *Jur* 1999, I-6121, r.o. 46 en 47.

18 Art. 16 Mw verklaart het Nederlandse kartelverbod buiten toepassing voor wat betreft CAO's en collectieve pensioenregelingen. Zie hierover Wirtz 2006, p. 197, 205, 305, 306, 313.

ke,¹⁹ al heeft het rechtsgebied inmiddels wel een belangrijke rol verworven.

2.3. Onderzoeksvragen

Op basis van de centrale vraagstelling zijn twee onderzoeksvragen geformuleerd in dit boek, waarvan de eerste in deelvragen uiteenvalt. Deze deelvragen zijn beschrijvend-analytisch van aard:

- a) *Welke criteria worden gebruikt in de Europese en Nederlandse rechtspraak en de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de NMa om de grenzen van het communautaire en het Nederlandse antitrustrecht te bepalen wanneer het in botsing komt met belangen op de volgende terreinen: intellectuele eigendom, (juridische) vrije beroepen, cultuur, gezondheidszorg en milieubescherming?*
- b) *Zijn er verbanden aan te wijzen tussen de juridische benaderingswijzen die in elk van de geselecteerde gebieden worden gebruikt teneinde de botsing met het Europese en Nederlandse antitrustrecht op te lossen, welke verbanden samenhangen met de aard van deze gebieden en de overeenkomsten daartussen?*
- c) *Hoe ziet het evenwicht er uit dat in elk van de vijf gebieden wordt bereikt in de botsing tussen mededingings- en niet-mededingingsbelangen?*

19 Art. 36 EG schrijft voor dat de Verdragsrechtelijke mededingingsregels alleen van toepassing zijn op het terrein van de landbouw voor zover de Raad dit regime van toepassing verklaart. Voor de landbouwsector bestaat dan ook een afzonderlijke regeling, oorspronkelijk vastgelegd in Vo. 26/62, Pb. 1962, 993, en opnieuw gecodificeerd in Vo. 1184/2006 Pb. 2006, L 214/7. Vo. 1184/2006 verklaart het communautaire mededingingsrecht van toepassing op een groot aantal landbouwproductmarkten. Voorts bestaan er wel degelijk hervormingsideeën voor de sector. Zie Van Rijn 2007, p. 2-7.

Vervoer is sinds 1 mei 2004 niet meer *a priori* uitgezonderd van het commune mededingingsrecht. Met de uitvaardiging van Vo. 1/2003 is de generieke 'mededingingsverordening' op basis van art. 83 EG voor de transportsector (Vo. 141/62, Pb. 1962, 124/2751) ingetrokken. Maar de transportsector kent nog wel bijzondere concurrentieregimes die zijn toegespitst op bepaalde subdomeinen (zie bijvoorbeeld Vo. 1017/68 over vervoer per spoor, op de weg en over de binnenwateren, en Vo. 4056/86 over de zeevaart). Daarnaast heeft de EG via positieve integratie (met name op basis van art. 71 EG) inmiddels een groot aantal Verordeningen en Richtlijnen uitgevaardigd die zijn toegespitst op deelgebieden van de vervoersector, zoals verkeer, spoor, luchtvaart en zeevaart. In deze deelsectoren blijft bijgevolg voor de toepassing van de Verdragsrechtelijke vrijverkeers- en mededingingsverboden minder ruimte over.

Deze vraag vergt een analyse van de relevante rechtspraak van de Gemeenschapsrechter en de Nederlandse rechter, en een analyse van de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de NMa.

De tweede vraag is normatief van aard:

Welk juridische benaderingswijze is het meest geschikt om een afweging te maken tussen mededingings- en niet-mededingingsbelangen bij de toepassing van het Europese en Nederlandse antitrustrecht in elk van de vijf geselecteerde terreinen, en tot welke uitkomst leidt deze afweging van belangen binnen elk gebied met de in casu 'meest geschikte benaderingswijze'?

Hierbij hoeft binnen elk geselecteerd terrein niet bij voorbaat sprake te zijn van een uniforme benadering: verschillende onderdelen van het deelgebied kunnen de toepassing van uiteenlopende juridische methoden vergen.

Onder 'de meest geschikte benaderingswijze' wordt hier verstaan het juridische instrument of de methode waarmee met het oog op de criteria die eigen zijn aan elk van de beschikbare instrumenten/methoden in wet en rechtspraak en gezien de feitelijke omstandigheden van het geval, het meest precies een evenwicht kan worden bepaald tussen de botsende belangen in kwestie. Het gaat er hierbij om welk middel de best uitgewerkte maatstaven biedt om de weging van belangen zo nauwkeurig en expliciet mogelijk en op consistente wijze te structureren, en aldus het meeste houvast verschaft aan de beoordelende instantie.

3. Belang van het onderzoek

Het mededingingsrecht is in zijn toepassing gebonden aan en daardoor feitelijk begrensd door zijn eigen verbodsvoorwaarden en uitzonderingsbepalingen. Er komt een moment dat men moet vaststellen dat de toepassingsgrenzen van een rechtsgebied zijn bereikt, hetzij doordat de verbodsvoorwaarden redelijkerwijs niet nóg breder zijn uit te leggen, hetzij doordat excepties de werking van de verboden limiteren.

Het mededingingsrecht wordt gedwongen zijn grenzen duidelijk te bepalen en een eventuele onverkorte toepassing goed te onderbouwen, op het moment dat het rechtsgebied in zijn applicatie bepaalde niet-mededingingsrechtelijke regels, belangen of rechten aan de kant zou schuiven. Deze externe druk (van andersoortige regels, belangen, rechten) zorgt voor een confrontatie die het mededingingsrecht aanzet tot een evenwichtige toepassing van zowel de verbodsvoorwaarden als de uitzonderingscrite-

ria. De vraag is hoe deze balans het beste vastgesteld kan worden en waar het evenwicht vervolgens ligt.

Dit onderzoek geeft een beter inzicht in de wijze waarop het mededingingsrecht wordt toegepast in conflictsituaties met belangen op de terreinen van intellectuele eigendom, (juridische) vrije beroepen, cultuur, gezondheidszorg en milieubescherming. Op dit punt draagt de studie bij aan de toegankelijkheid en toepasbaarheid van het mededingingsrecht voor de rechtspraktijk.

Daarnaast bevat dit onderzoek aanbevelingen over het juiste gebruik van het beschikbare juridische instrumentarium en over de afweging van belangen met behulp van dit instrumentarium in elk van de vijf geselecteerde gebieden. Hierbij worden keuzes gemaakt ten aanzien van de inzet van rechtsinstrumenten en -methoden binnen het mededingingsrecht, waarover in de literatuur geen overeenstemming bestaat. Ook over de uiteindelijke (juridische) afweging van belangen bestaan verschillende zienswijzen in literatuur en zelfs rechtspraak. En ook bij deze uiteindelijke invulling en weging van belangen maakt dit boek keuzes: telkens per deelgebied, per casusonderdeel. Op deze wijze draagt het onderzoek bij aan de coherentie en systematiek van het mededingingsrecht en aldus aan de vorming van de rechtsleer.

Aangezien een EG-Verdragswijziging op het punt van de antitrustbepalingen wellicht wenselijk,²⁰ maar gezien de Verdragsperikelen van de afgelopen twee decennia niet al te reëel is,²¹ is dit thema niet opgenomen in de

20 Zie bijvoorbeeld Monti 2002, p. 1096-1099, en Townley 2004, p. 385-388.

21 De enige mededingingsgerelateerde Verdragswijziging van dit moment, betreft de verwijdering van de 'onvervalste mededingings'-clausule (zoals opgenomen in art. 3 lid 1 sub g van het huidige EG-Verdrag) en de 'vrije en onvervalste mededingings'-clausule (zoals opgenomen in art. I-3 van de niet-ingevoerde Grondwet voor Europa) uit de beginselbepalingen van de Europese Unie. Dit gebeurt in het EU Hervormingsverdrag, dat wijzigingen aanbrengt in de bestaande verdragen (i.e. het Verdrag betreffende de Europese Unie en het hertitelde Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). In Protocol nr. 6 bij het Hervormingsverdrag komt onvervalste mededinging overigens wel terug als onderdeel van de interne markt. De precieze gevolgen van deze wijziging voor de antitrust-rechtspraktijk moeten worden afgewacht. Een uitgebreide academische discussie over deze vraag is zeker mogelijk, maar uiteindelijk zal het de Gemeenschapsrechter zijn die richting moet geven in deze kwestie. Zie voor een terughoudende analyse van de effecten van genoemde Verdragswijziging, met als conclusie dat deze weinig zal veranderen aan de stand van het communautaire mededingingsrecht: Drijber 2007, p. 131-136. Zie voor een waarschuwing voor de negatieve gevolgen van genoemde Verdragswijziging voor de ontwikkeling van het Europese mededingingsrecht, vooral met betrekking tot voorheen afgeschermd sectoren en op het vlak van staatsbemoeienis met het concurrentieproces: Riley 2007, p. 703-707.

vraagstelling van het boek. Geen focus dus op de wenselijkheid van wijzigingen van of aanvullingen op een Verdragsbepaling als art. 81 EG of in zijn voetspoor art. 6 Mw. Het is zinvoller om de aandacht te richten op het oplossen van de afbakenings- en toepassingsproblematiek van het mededingingsrecht ten opzichte van niet-mededingingsbelangen via het bestaande pakket van in het EG-Verdrag en de jurisprudentie ontwikkelde methoden.

4. Onderzoeksmethode

De zoektocht naar de grenzen van het mededingingsrecht wordt in vijf *casestudies* vorm gegeven. De onderzoeksmethoden die worden gebruikt in dit boek zijn het jurisprudentieonderzoek en het literatuuronderzoek. Ook vindt een interne rechtsvergelijking plaats tussen de verschillende methoden die het mededingingsrecht gebruikt om mogelijke collisies in de geselecteerde gebieden op te lossen. Hierbij worden de methoden die het mededingingsrecht gebruikt in het ene onderzoeksdomein vergeleken met benaderingen uit het andere onderzoeksgebied.

In het jurisprudentieonderzoek worden de voor het betreffende onderwerp belangrijke zaken uit de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter en de Nederlandse rechter aan een nadere studie onderworpen. Bij de Gemeenschapsrechter gaat het dan om het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie EG. Bij de rechtspraak van de Nederlandse rechter is de cirkel van rechterlijke instanties veel groter. De focus ligt op uitspraken van de Rechtbank Rotterdam (sector bestuursrecht), het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en de Hoge Raad.

In het literatuuronderzoek komen relevante teksten aan bod uit boeken en tijdschriften van Nederlandse, Belgische, Engelse, Franse en Duitse signatuur, voornamelijk van de laatste twintig jaar. Ook beleidsstukken en onderzoeksnota's van Europese of nationale herkomst behoren tot de studiebronnen.

Een eerste element van rechtsvergelijking heeft betrekking op de wijze waarop het mededingingsrecht in elk van de vijf geselecteerde gebieden omgaat met botsende belangen. De idee is dat een methode die effectief werkt op het ene terrein om de collisie tussen het mededingingsrecht en een ander belang op te lossen, ook effectief kan werken in een ander 'bottingsgebied'.

Een tweede element van rechtsvergelijking zit in de toepassing van enerzijds het communautaire antitrustrecht binnen de vijf botsingsgebieden, en anderzijds het Nederlandse mededingingsrecht op deze terreinen. De toepassing van beide mededingingsrechtgebieden binnen één terrein biedt een extra vergelijkingsdimensie: het gaat dan om de verschillen en de overeenkomsten tussen de benaderingswijze van het Europese mededingingsrecht van een geselecteerd niet-mededingingsbelang, en de benaderingswijze van het Nederlandse mededingingsrecht van een dergelijk belang. Een kruisbestuiving tussen beide rechtsgebieden lijkt zeker mogelijk. Voor de invloed van het communautaire mededingingsrecht op het Nederlandse mededingingsrecht is dit zelfs een *understatement*, aangezien de Nederlandse variant geënt is op de Europese. Mogelijk kan ook het communautaire mededingingsrecht nog iets leren van de Nederlandse pendant, vooral op gebieden van decentrale aard waar het nationale mededingingsrecht veel vaker toepassing heeft dan het Europese en op die manier een signaal- of zelfs voorbeeldfunctie kan vervullen.²²

De methode van rechtsvergelijking biedt een referentiekader bij de behandeling van de verschillende 'botsingsgebieden' en kan nieuwe perspectieven opleveren binnen een specifiek domein. Zij schept de mogelijkheid om bij de toepassing van het mededingingsrecht in uiteenlopende domeinen, de samenhang in het gebruik van verschillende rechtsinstrumenten en -methoden vast te stellen en eventueel te bevorderen. Dit komt een heldere toepassing van het rechtsgebied ten goede.

5. Concrete opzet

De onderzoeksvragen vinden hun uitwerking in vijf hoofdstukken over de collision tussen het antitrustrecht en een specifiek niet-mededingingsbelang. Hierbij vindt per deel een nauwkeurige analyse plaats van de verschillende afspraken en regels die binnen ieder 'botsingsgebied' voor problemen zorgen met het mededingingsrecht. Vanuit een interpretatie van bestaande rechtspraak volgt een tentatieve beschouwing over de mededingingsrechtelijke status van afspraken en regels in een specifiek veld waarover nog geen helderheid bestaat in de jurisprudentie.

De twee onderzoeksvragen worden in een geïntegreerde vorm behandeld in elk hoofdstuk. Analyse van rechtspraak en bepaalde normatieve keuzen ten aanzien van het gebruik van rechtsconcepten kunnen elkaar

22 Denk in dit kader aan de zorgsector, waar in het Nederlandse domein de NMa inmiddels een ruime ervaring heeft met de toepassing van met name het Nederlandse mededingingsrecht.

hierin afwisselen. De hoofdstukken vormen elk een afgerond geheel op het onderwerp dat ze behandelen en sluiten af met een samenvatting van de belangrijkste punten en conclusies.

De synthese bevat een korte synopsis van de antwoorden die in de aparte delen zijn gegeven op de onderzoeksvragen, en legt de nadruk op de samenhang in het gebruik van rechtsinstrumenten en -methoden door het mededingingsrecht binnen de verschillende gebieden van collisie.

De geselecteerde terreinen komen in deze volgorde aan bod: intellectuele eigendom (hoofdstuk III), juridische vrije beroepen (hoofdstuk IV), cultuur (hoofdstuk V), gezondheidszorg (hoofdstuk VI) en milieubescherming (hoofdstuk VII). Deze onderdelen worden voorafgegaan door een beschrijving van de achtergrond en werking van het mededingingsrecht als rechtsgebied (hoofdstuk II). De hoofdstukken worden besloten met een synthese van de geanalyseerde 'omgangsmethodieken' die het mededingingsrecht gebruikt op elk van genoemde terreinen (hoofdstuk VIII). Aan het einde van dit boek is een Engelstalige samenvatting opgenomen (hoofdstuk IX).

Ieder apart hoofdstuk kent in grote lijnen een vergelijkbare indeling. De hoofdstukken beginnen allemaal met een overzicht van het rechtsgebied of beleidsterrein dat in botsing komt of dreigt te komen met het mededingingsrecht. Hierbij vindt een beschrijving plaats van de rechtsbepalingen die binnen het terrein in kwestie van kracht zijn, en van de wijze waarop het gebied of de sector functioneert. Daarna volgt de daadwerkelijke analyse van de methoden die de rechtspraktijk (in het bijzonder de rechter) gebruikt om de collisie tussen het mededingingsrecht en niet-mededingingsnormen op te lossen. Hierbij sluit aan een beschouwing over het concrete evenwicht dat ten aanzien van specifieke afspraken, besluiten of regels wordt bereikt in deze botsing op elk geselecteerd terrein. Ieder hoofdstuk wordt afgesloten met een overzicht van de belangrijkste punten en conclusies wat betreft de collisie tussen antitrustrecht en het niet-mededingingsbelang dat in het hoofdstuk centraal staat. Hiertoe behoren ook aanbevelingen betreffende het (juiste) gebruik van excepties binnen het antitrustrecht in geval van een botsing met een andersoortig beleidsterrein.

ACHTERGROND EN WERKING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT

'The Sherman Act [lees: antitrust law; *JH*] may be understandable when viewed as a projection of the nineteenth century's fear and economic ignorance. But it is utter nonsense in the context of today's economic knowledge.'

(Alan Greenspan, 12 juni 1998, *Guest Lecture to SSU Students*, 12 juni 1998)

Of het mededingingsrecht nu een onzinnige uitvinding is of het juiste middel vormt voor een effectieve bescherming van de belangrijkste drijvende kracht achter de economie, feit is dat het rechtsgebied inmiddels niet meer weg te denken is uit het economisch leven in de Westerse landen.

In dit hoofdstuk komen de achtergrond, ratio en wettelijke bepalingen van het Europese en Nederlandse mededingingsrecht aan de orde. Hierbij staat het antitrustrecht centraal, dat uiteenvalt in het kartelverbod en het misbruikverbod.

Allereerst wordt aandacht geschonken aan mededinging en marktwerking als proces: wat betekenen deze begrippen en wat is hun waarde voor de economie? In deze beschouwing komen ook de termen economische en niet-economische activiteit aan bod.

Vervolgens gaat de aandacht uit naar de (rechts)theoretische achtergrond van het mededingingsrecht. Hierbij komen de economische theorieën achter en de doelen van het mededingingsrecht aan bod.

Hierna volgt een uiteenzetting over het Europese antitrustrecht, waarbij de verboden van art. 81 lid 1 en art. 82 EG onder de loep worden genomen, evenals de Verdragsexcepties van art. 81 lid 3 en art. 86 lid 2 EG. Ook de in de rechtspraak en literatuur ontwikkelde uitzonderingsmethoden komen aan bod. Vervolgens wordt aandacht besteed aan het procedurele recht betreffende de toepassing van art. 81 en 82 EG in de vorm van uitvoeringsverordening 1/2003. Ook komt de relatie van art. 81 en 82 tot andere bepalingen uit het EG-Verdrag aan de orde. Dit onderdeel omvat

nieuwe ontwikkelingen in het Europese recht in de vorm van nieuwe Europese Verdragen.

Bij de uitleg van het Nederlandse antitrustrecht komen de nationale equivalenten van het kartel- en misbruikverbod aan de orde, evenals de daarbij behorende wettelijke excepties. Tevens wordt kort aandacht besteed aan de betekenis van Vo. 1/2003 voor het functioneren van de NMa.

Een samenvatting besluit dit hoofdstuk.

1. HET PROCES VAN MEDEDINGING EN MARKTWERKING

1.1. Wat is mededinging?

Van mededinging bestaan verscheidene definities. De doctrine heeft niet één enkele begripsomschrijving tot standaard verheven.¹ Een van de definities die men vindt in de literatuur is de volgende:

"Competition is basically the relationship between a number of undertakings which sell goods or services of the same kind at the same time to an identifiable group of customers."²

Mededinging is het proces van onderlinge rivaliteit op grond waarvan ondernemingen onafhankelijk van elkaar dingen naar de gunst van de consument. Aan de hand van dit proces bepalen vraag en aanbod op anonieme wijze de prijzen van een goed of dienst tussen marktpartijen. In een vrije markteconomie wordt de allocatie van productiemiddelen bepaald door het spel van vraag en aanbod. Zij wordt niet gestuurd door overheidsregulering.

Mededinging vormt aldus de motor van marktwerking. Marktwerking is een meer conceptueel begrip: het betreft het marktspel dat draait op het principe van vraag en aanbod en daarmee (in ieder geval volgens de gangbare 'Westerse' economische theorie) zorgt voor een optimale aanwending van schaarse productiemiddelen. Hiermee garandeert zij een maximale welvaart.

Van marktwerking bestaat de volgende omschrijving:

1 Black 2005, p. 6.

2 Goyder 2003, p. 8.

"[] a free market economy – that is, an economic system in which the allocation of resources is determined solely by supply and demand in free markets and is not directed by government regulation"³

In een vrijemarktsysteem bepalen individuen het beste gebruik van schaarse middelen door hun voorkeuren te volgen bij de aanschaf van producten en binnen bepaalde grenzen keuzes te maken teneinde hun persoonlijke voldoening te maximaliseren.⁴ Het hoofdkenmerk van een marktsituatie met perfecte concurrentie, is dat geen enkel bedrijf zelf de marktprijs kan beïnvloeden.⁵

De keuze voor marktwerking als ordeningsmechanisme van de economie (en dus voor mededinging als motor achter marktwerking) is een politieke. Ook andere ordeningssystemen zijn mogelijk, zoals een centraal geleide economie. In Europa is gekozen voor de liberale opvatting van de noodzaak van deugdelijke marktwerking. Ook de Oost-Europese landen hebben deze politieke omslag inmiddels gemaakt.⁶ Marktwerking als principe van economische ordening staat dus voorop in Europa en komt ook als zodanig tot uitdrukking in de mededingingswetten van de verschillende landen en in de mededingingsrechtelijke bepalingen van het EG-Verdrag.

Porter onderscheidt vijf basiskrachten die de staat van de concurrentie in een bedrijfstak bepalen: (i) de onderhandelingsmacht van kopers; (ii) de onderhandelingsmacht van leveranciers; (iii) de dreiging van nieuwe toetreders tot de markt; (iv) de dreiging van vervangende producten/substituten; (v) de intensiteit van de rivaliteit.⁷ Al deze factoren spelen een rol in de wijze waarop mededingingswetten uitvoering krijgen in de praktijk.

1.2. Wat is de waarde van mededinging voor een economie?

Als waarden van de mededinging en het rechtsgebied dat het concurrentieproces beschermt, kunnen gelden: (i) allocatieve en productieve effi-

3 Jones & Sufrin 2004, p. 1.

4 Zie Odudu 2002, p. 464

5 Zie Odudu 2002, p. 464

6 Overigens wil een politieke keuze voor een op marktwerking gebaseerde economie niet zeggen dat daarmee de markt ook meteen op basis van concurrentie functioneert. Een hervormingsproces neemt altijd enige tijd in beslag, en de actoren in de samenleving zullen zich de rol van marktspeler eigen moeten maken.

7 Porter 1998, p. 21-23

ciëntie;⁸ (ii) marktintegratie (eenmaking van de markten van verschillende landen); (iii) economische vrijheid;⁹ en (iv) consumentenwelvaart.¹⁰ Soms kunnen deze waarden elkaar ondersteunen, maar ze kunnen ook met elkaar conflicteren.¹¹ Wat betreft het Europese antitrustrecht wordt tegenwoordig de volgende rangorde van waarden gehanteerd. Het primaire doel is het beschermen en bevorderen van efficiëntie. Pas daarna komen marktintegratie en economische vrijheid aan bod.¹² Het communautaire mededingingsrecht heeft zich met de steeds verder integrerende economieën van de Europese lidstaten ontwikkeld van een perspectief gericht op marktintegratie naar een 'effective competition'-benadering.¹³ Het nationale (Nederlandse) mededingingsrecht volgt qua doelstelling de lijn van het Europese rechtsgebied, al is het doel van marktintegratie hem vreemd.¹⁴

Het marktmechanisme leidt overigens niet automatisch tot superieure economische resultaten. Hiervoor kent het mechanisme te veel mankementen in de vorm van situaties van marktfalen. Zo staan (i) collectieve goederen, (ii) economische machtsposities, (iii) asymmetrische informatie, en (iv) externe effecten, aan perfecte marktwerking in de weg.¹⁵

1.3. De plaats van concurrentie in de maatschappij en de politieke keuzes die hiervoor bepalend zijn

Eén van de politieke keuzen die meer ruimte aan concurrentie heeft gegeven in verscheidene sectoren van de economie is het fenomeen van de liberalisering van sectoren. Liberalisering is het proces waarbij steeds meer marktwerking wordt toegelaten en overheidsbemoeienis wordt vermindert; het gaat in dit proces om het openstellen van de markt voor andere of meer dan de gevestigde (overheids)bedrijven.¹⁶ De Nederlandse rege-

8 Het gaat bij efficiëntie om maximalisatie van schaarse middelen. Een andere, meer toegespitste omschrijving van efficiëntie is de optimale afstemming tussen vraag en aanbod. Allocatieve efficiëntie richt zich op de maximalisatie van output. Productieve efficiëntie behelst een bredere toets, waarbij ook de innovatiefactor een rol speelt.

9 Month 2002, p. 1064, Odudu 2006, p. 9-16.

10 Vgl. Driehuis & Velthuisen 2006, p. 76.

11 Zie Month 2002, p. 1064, Odudu 2006, p. 16.

12 Odudu 2006, p. 16-22.

13 Driehuis & Velthuisen 2006, p. 76.

14 Zoals gezegd, het doel van marktintegratie in het Europese recht heeft echter toch iets aan belang ingeboet de laatste twee decennia.

15 Driehuis & Velthuisen 2006, p. 75 en 76.

16 Lutje Schipholt & Broekhof 2001, p. 19.

ring omschrijft liberalisering (in vrij algemene bewoordingen) als de invoering van concurrentieprikkels in een sector.¹⁷

De overheid kan in principe zelf actief zijn op de markt en zo zelf deelnemen aan het spel van vraag en aanbod.¹⁸ Naast het fenomeen van de liberaliseringsoperatie heeft ook de figuur van de privatisering opgang gedaan in de lidstaten van de EG. Bij deze laatste figuur trekt een overheid zich terug uit de markt en laat de activiteiten aldaar over aan particulier georganiseerde ondernemingen. Privatisering is dus het proces waarbij publieke eigendom overgaat in private handen.¹⁹

Wil een lidstaat de volledige controle behouden over het functioneren van een bepaalde sector zonder lastige interventies van het EG-recht, dan kan hij het aanbieden van de diensten in kwestie het best in eigen hand houden.²⁰

In Europa zijn de afgelopen twintig jaar²¹ veel door de staat belangrijk geachte diensten geliberaliseerd en geprivatiseerd.²² Activiteiten die de staat voorheen exclusief 'in eigen beheer' uitvoerde, hadden voortaan plaats in een concurrerende omgeving, vaak met private partijen als marktspelers:

17 Nootie van het kabinet bij brief van de minister van Economische Zaken van 21 februari 2000, 'Publieke belangen en marktordering Liberalisering en privatisering in netwerksectoren', *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 018, nr 1, p 6

18 Van der Woude 2001, p 14

19 J Groenendijk 1998, p. 27 De Nederlandse regering omschrijft privatisering als de afstoting van het eigendom door de overheid: het juridische eigendom van een onderneming komt in private handen Zie Nootie van het kabinet bij brief van de minister van Economische Zaken van 21 februari 2000, 'Publieke belangen en marktordering Liberalisering en privatisering in netwerksectoren', *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 018, nr 1, p 6 De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) definieert privatisering op een iets andere wijze, namelijk als het inschakelen van private partijen bij het realiseren van publieke belangen Zie Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang* (rapport nr 56), Sdu Uitgevers Den Haag 2000, p 25

20 De gedachte is dat wanneer een lidstaat een bepaald type dienstverlening geheel buiten de markt houdt, ook het economische EG-recht buiten toepassing blijft Vgl Slot, Park & Cuyvers 2007, p 112 Slot c s wijst er op dat de communautaire aanbestedingsregels en de op basis van art 43 en 49 EG in de jurisprudentie neergelegde regels voor de verlening van concessies, een uitzondering vormen op de niet-toepassing van het EG-recht ten aanzien van zuivere overheidsdiensten Een lidstaat dient zich ook bij de uitoefening van typische overheidsstaken aan deze communautaire regels te houden Zie Slot, Park & Cuyvers 2007, p 102

21 Na het uitbrengen van het rapport "The cost of non-Europe" in 1986 en het opstellen van de "Single European Act" in 1987 is de liberalisering in Europa van start gegaan – eerst de luchtvaart, toen telecommunicatie en post Als aanzet tot liberalisering gold het feit dat de economieën van de EG-lidstaten eind jaren tachtig beter gingen draaien Vgl Rees 1996, p 63

22 Zie hierover Szyszczak 2007, 139-176

telecommunicatie, post, milieucontrole, elektriciteit, gas, water, spoorwegen.

De mededinging in sectoren van de economie kan belemmerd worden door het bestaan van toetredingsdrempels: hobbels die bedrijven moeten nemen om te kunnen (gaan) opereren op een markt.²³ Deze toetredingsdrempels kunnen organisatorisch of financieel van aard zijn, maar ze kunnen ook een regulatieve achtergrond hebben. Middels deregulering pogen overheden het functioneren van ondernemingen op de markt te vergemakkelijken en de toegang tot de markt van nieuwe toetreders te stimuleren. Deregulering is het beperken van wet- en regelgeving en bemoeienissen van overheidswege.²⁴

1.4. Wat is een economische activiteit en wat is een niet-economische activiteit?

Economische activiteiten

Het mededingingsrecht is een rechtsgebied dat is gericht op bescherming van het proces van *economische* mededinging en heeft daarmee betrekking op *economische* handelingen. We hebben het hier immers over marktwerking als principe van economische ordening. Mededinging als begrip ('concurrentie') vindt men niet alleen terug in de economie, maar ook bijvoorbeeld in de sport, wetenschap en politiek.

Een definitievraag die binnen het bestek van dit boek opkomt, is de vraag wat een economische handeling is die maakt dat het mededingingsrecht van toepassing is. Het mededingingsrecht zal immers alleen van toepassing zijn indien een handeling is te kwalificeren als 'economisch'. Deze definitievraag vormt hiermee meteen een belangrijk criterium voor de toepassing van het mededingingsrecht: de vraag speelt dan ook regelmatig op in de toepassingspraktijk van dit rechtsgebied.

Het vinden van een duidelijke, goed werkbare definitie voor het begrip 'economische activiteit' is geen sinecure. Met de definitie van het begrip 'economisch'²⁵ uit Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal,

23 Lutje Schipholt & Broekhof 2001, p. 19.

24 Lutje Schipholt & Broekhof 2001, p. 19.

25 Zie de begripsbepaling in Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal 1999 van het woord 'economisch': "(als) van, behorend tot de economie".

komt men eigenlijk niet verder, evenmin als met de uitleg van het begrip 'economie'.²⁶

Een mogelijkheid is om de term 'economische activiteit' te omschrijven als een bezigheid die het voorwerp van marktwerking is. Dit is een neutrale omschrijving, waarbij uiteindelijk het definitieprobleem verschuift: wanneer is een bezigheid nu precies voorwerp van marktwerking?

In dit kader geeft Van der Woude een subjectieve omschrijving van het begrip economische activiteit, te weten een bezigheid waarvan de overheid vindt dat die het voorwerp van marktwerking kan of moet zijn.²⁷

Binnen deze overheid is het op de eerste plaats de nationale en communautaire wetgever die bepaalt of een activiteit aan de markt wordt overgelaten, of 'in eigen beheer' wordt verricht. Zo geschiedt de uitgifte van paspoorten door een overheidsinstantie als de gemeente, en niet door partijen op de vrije markt. Een duidelijke afbakening is hiermee niet bereikt, aangezien een overheidslichaam ook *economische* activiteiten kan uitoefenen, en daarmee op de markt actief is.

Met de wetgever is de opsomming van 'definitiebepalers' vanwege de overheid niet ten einde. De uitleg van het begrip 'economisch' geschiedt tevens door andere overheidsorganen als de onafhankelijke (nationale en communautaire) rechter, en bestuursorganen als de NMa en de Europese Commissie.

Bij de interpretatie van het begrip 'economisch' kan in het kader van dit boek aansluiting gezocht worden bij de uitleg die het Hof van Justitie aan de term heeft gegeven.

De Gemeenschapsrechter heeft de volgende definitie gegeven van de term 'economische activiteit': "onder economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt."²⁸

26 Zie de begripsbepaling in Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal 1999 van het woord 'economie'. (a) "de wetenschap betreffende de rol van het bedrijfsleven, de industrie, mijnbouw, landbouw en veeteelt, en de productie, de verdeling en de consumptie van natuurlijke rijkdommen en materiele goederen in de menselijke samenleving", (b) "het geheel van de financiële middelen, de handel en de industrie van een land, streek e d "

27 Van der Woude 2001, p 7

28 Zaak 118/85, Commissie t Italie, *Jur* 1987, 2599, r o 7, zaak C-35/96, Commissie t Italie ('CNSD II'), *Jur* 1998, I-3851, r o 36, zaak C-218/00, Battistello, *Jur* 2002, I-691, r o 23

Het aanbieden van goederen of diensten geschiedt gewoonlijk tegen vergoeding. In dit kader houdt het Hof van Justitie wat betreft de verlening van diensten de volgende lijn aan:

"een dienst [is] elke niet in loondienst verrichte economische activiteit [...] die gewoonlijk tegen vergoeding wordt verricht zonder dat wordt verlangd dat de dienst wordt betaald door degene te wiens behoefte hij wordt verricht. Het wezenlijke kenmerk van de vergoeding bestaat dus hierin, dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt, ongeacht de wijze waarop deze economische tegenprestatie wordt gefinancierd."²⁹

Overigens is op dit punt enige voorzichtigheid geboden bij het overnemen van passages uit de jurisprudentie betreffende het communautaire vrij verkeer van diensten. Absolute zekerheid dat de term 'economische activiteit' exact dezelfde betekenis heeft in het Europese vrijverkeersrecht als in het EG-mededingingsrecht bestaat vooralsnog niet.³⁰

Odudu werkt het begrip 'economische activiteit' nog iets verder uit en beoogt dat de Gemeenschapsrechter drie cumulatieve vereisten hanteert om tot deze kwalificatie te komen: (i) het aanbieden van goederen of diensten op de markt; (ii) het dragen van economisch of financieel risico; (iii) de potentie om winst te maken.³¹

Een belangrijke grens die de Gemeenschapsrechter in de definitiekwestie aanhoudt is die van de typische overheidsprerogatieven. Het uitvoeren van activiteiten die wegens hun aard en doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen buiten het economisch verkeer vallen of neerkomen op het uitoefenen van een overheidsprerogatief, wordt niet als een economische activiteit aangemerkt.³²

In deze 'abstract-economische' benadering³³ behoren bepaalde onderwerpen tot de kerntaken van de overheid. Hierop zijn de mededingingsbepalingen niet van toepassing. Men kan hier denken aan de taken

29 Zie Voorstel voor een richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, SEC(2004) 21, COM/2004/0002 def., par. 7 sub a), met verwijzing naar o.a. zaak 352/85, Bond van Adverteerders t. Nederland, *Jur.* 1988, 2085, r.o. 16, en zaak 263/86, België t. Humbel en Edel, *Jur.* 1988, 5365, r.o. 17.

30 Zie voor een negatieve zienswijze op dit punt: Conclusie A-G Poirares Maduro van 10 november 2005 in zaak C-205/03P, FENIN, *Jur.* 2006, I-6295, r.o. 51; Steyger 2007, p. 390 en 391. Zie voor een positieve zienswijze op dit punt: Van de Gronden 2007, p. 400-402.

31 Odudu 2006, p. 26-45.

32 Zie zaak 118/85, Commissie t. Italië, *Jur.* 1987, 2599, r.o. 7; zaak C-343/95, Diego Cali & Figli Srl. t. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), *Jur.* 1997, I-1547, r.o. 16.

33 Van de Gronden 2001c, p. 303.

van de klassieke nachtwakerstaat: de uitoefening van de regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden (c.q. het openbaar gezag en het zorgdragen voor de collectieve veiligheid).³⁴

De selectie van de gebieden die behoren tot de categorie van overheidsprerogatieven is niet statisch. In het kerntakenpakket van de overheid kan men activiteiten onderscheiden die wellicht in de toekomst economisch van aard zullen worden geacht.³⁵ Van der Woude noemt hier het voorbeeld van het debat over de privatisering van het gevangeniswezen.³⁶

Een tweede lijn die het Hof van Justitie aanhoudt is die van de concreet-juridische benadering.³⁷ Hierbij is het de vraag hoeveel ruimte een lidstaat laat voor het verrichten van economische activiteiten.³⁸ Is sprake van een mechanische wetstoepassing en ontbreekt een beleidsmarge voor de betrokken organisatie, dan wordt de aanwezigheid van economische activiteiten niet verondersteld.³⁹

Aan deze analyse dient nog een element te worden toegevoegd. Zelfs indien de overheid organisaties een bepaalde wettelijke ruimte heeft gelaten om zelf activiteiten te ontplooiën, dan houdt dit niet automatisch in dat zij economische activiteiten ontplooiën. De Gemeenschapsrechter heeft de lijn aangehouden dat organisaties die zuiver sociale doelen nastreven met een bedrijfsvoering waarin zij desondanks bepaalde zelfstandige (commerciële) keuzen kunnen maken, geen economische activiteiten uitoefenen.⁴⁰ De vraag of organisaties opereren op basis van solidariteit vormt in dit kader een belangrijk onderscheidend criterium.

Niet-economische activiteiten

Aangezien een eenduidige invulling van het begrip 'economisch' eigenlijk niet te geven is, zal dat ook niet lukken met de term 'niet-economisch'.

In de redenering van Van der Woude kan men niet-economische activiteiten omschrijven als die bezigheden (of elementen van bezigheden) waar-

34 Van der Woude 2001, p. 6.

35 Van der Woude 2001, p. 6.

36 Van der Woude 2001, p. 6.

37 Van de Gronden 2001c, p. 303.

38 Van de Gronden 2001c, p. 303.

39 Van de Gronden 2001c, p. 303.

40 Zie zaak C-350/07, *Kattner Stahlbau t. Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*, n.n.g.; gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Poucet & Pistre*, *Jur.* 1993, I-637; zaak C-218/00, *Cisal*, *Jur.* 2002, I-691; zaak T-319/99, *FENIN t. Commissie*, *Jur.* 2003, II-357; gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK Bundesverband e.a.*, *Jur.* 2004, I-2493.

van de overheid vindt dat ze niet het voorwerp van marktwerking kunnen of mogen zijn. In dit kader zijn hierboven reeds genoemd de taken van de klassieke nachtwakerstaat, zoals het openbaar gezag.

In de uitleg van de Gemeenschapsrechter zijn niet-economische activiteiten die handelingen of gedragingen die niet bestaan uit het aanbieden van goederen of diensten tegen vergoeding op een bepaalde markt.

In de literatuur komt een synoniem voor niet-economische belangen naar voren en dat is 'facettenbelangen',⁴¹ overigens zonder dat hier een pasklare definitie aan is verbonden. Tot de categorie 'facettenbeleid' behoren sociaal-economische beleidsterreinen of domeinen met sociaal-economische raakvlakken, zoals volksgezondheid, onderwijs, cultuur, milieu, consumentenbescherming, maar ook gebieden als sport, toerisme, civiele bescherming, jeugd- en ouderenbeleid, ruimtelijke ordening en media.⁴² Hier kan men doelstellingen als de bescherming van de zwakkeren in de samenleving, ontwikkelingssamenwerking en de verdediging van de democratie aan toevoegen.⁴³

Het feit dat bij de definitie van het facettenbeleid een belang als 'niet-economisch' wordt bestempeld, wil niet zeggen dat in de uitvoeringsvorm waarin het belang behartigd wordt geen economische elementen vervat kunnen zijn. Zo lijken toerisme en media bij uitstek economische terreinen in de manier waarop zij dagelijks uitvoering krijgen.

Tegenover het Europese facettenbeleid staat het EG-sectorbeleid. In deze categorie vallen de economisch-industriële beleidsterreinen, zoals landbouw en visserij, vervoer, energie en industrie.⁴⁴

In het kader van dit boek, dienen de termen 'economisch' en 'niet-economisch' ter aanduiding van verzamelingen van belangen. In de zuivere onderzoeksofzet is echter niet op de eerste plaats de tweedeling economisch/niet-economisch onderscheidend, als wel de distinctie tussen mededingings- en niet-mededingingsbelang.

41 Zie Mortelmans 2001b, p. 345; Sevenster & Vedder 2000, p. 3.

42 Kapteyn & VerLoren van Themaat 1995, p. 639 en 649.

43 Zie Sevenster & Vedder 2000, p. 3.

44 Sevenster & Vedder 2000, p. 3.

1.5. Externaliteiten van economisch gedrag

Economische activiteiten van marktpartijen kunnen gevolgen hebben voor andere spelers in de markt, of voor de maatschappij in brede zin. Deze gevolgen worden ook wel 'externe effecten' genoemd. In de woorden van Rahnasto, die de veel gebruikte definitie van Samuelson en Nordhaus aanhaalt van 'external effects':

"An externality or spill-over effect occurs when production or consumption inflicts incidental costs or benefits on others; that is, costs or benefits are imposed on others yet are not paid for by those who impose them. More precisely, an externality is an effect of one economic agent's behavior on another's well-being, where that effect is not reflected in dollar or market transaction."⁴⁵

De definitie van Veljanovski is wat korter, maar komt op hetzelfde neer:

"An externality exists if a transaction or action which imposes a cost or benefit on others is not taken into account by the transacting parties."⁴⁶

Ook de termen 'sociale kosten', 'sociale voordelen' en 'spill-over effecten' worden soms gebruikt om de externe effecten aan te duiden.

Externaliteiten kunnen betrekking hebben op 'economische' kosten, waarbij concurrenten benadeeld worden door een transactie tussen bepaalde bedrijven of het optreden van een enkele onderneming in de markt. In dit soort situaties kan het mededingingsrecht wellicht handhavend optreden, ter bescherming van het proces van vrije concurrentie. Een voorbeeld is het gebied van de intellectuele eigendom, waar de uitoefening van een IE-recht beperkingen voor concurrenten met zich mee brengt.

Externaliteiten kunnen ook betrekking hebben op 'maatschappelijke' kosten, waarbij (bepaalde groepen) burgers de prijs betalen van een activiteit van bepaalde ondernemingen. Men denke hier aan ondernemingsactiviteiten die het milieu vervuilen, maar waarbij de kosten van deze vervuiling niet doorberekend worden aan de betrokken ondernemingen. Het is dan de maatschappij die uiteindelijk zal opdraaien voor de vervuilingkosten. In dit soort gevallen dient de overheid eigenlijk in te grijpen en zorg te dragen voor een goed functionerend toerekeningsstelsel. Dit gebeurt echter lang niet altijd: vanwege de gelimiteerde personeelsbezetting van overheidsorganen, vanwege hun beperkte controlemogelijkheden, vanwege de

45 Rahnasto 2003, p. 1.

46 Veljanovski 2006, par. 7-015.

complexiteit van een sector, etc. Mochten bedrijven willen samenwerken om zelf bepaalde vervuilingelementen te verminderen, dan is het juist het rechtsgebied van het mededingingsrecht dat dit soort ondernemersactiviteiten niet voetstoots accepteert.

1.6. Zelfregulering

Beperkingen in de concurrentiemogelijkheden tussen bedrijven kunnen voortvloeien uit overheidsregelgeving, of uit ondernemersgedrag zelf. Ook zijn tussenvormen mogelijk waarin de overheid bedrijven aanzet tot of ondersteunt in het verrichten van mededingingsbeperkende handelingen.

Hierboven zagen we dat de algemene tendens bij lidstaten echter is dat zij middels liberalisering en deregulering marktpartijen meer en meer ruimte trachten te geven voor commerciële initiatieven, in concurrentie met elkaar. Hierbij is het niet de bedoeling dat de bedrijven in een bepaalde sector vervolgens in onderling overleg de mededinging beperken en aldus de door de overheid geschapen concurrentiemogelijkheden teniet doen.

Een vorm van ondernemersgedrag dat de onderlinge concurrentie kan beperken en dat zich dan ook mag verheugen in een gezond wantrouwen van de kant van het mededingingsrecht, is zelfregulering.

In dit boek worden een groot aantal regels behandeld die voortkomen uit zelfregulering en die zijn opgesteld door private organisaties of een groep van particuliere actoren. Men kan hierbij denken aan de vrije beroepen, sport, cultuur en milieubescherming. Zelfs binnen de IE-wereld komt zelfregulering voor.⁴⁷

Ogus somt de volgende kritiekpunten op ten aanzien van zelfregulering: (i) zelfregulering is een vorm van modern corporatisme: groeperingen die beslissingmacht hebben hoeven geen politieke verantwoording af te leggen langs de conventionele constitutionele kanalen; (ii) een zelfregulerend orgaan kan misbruik maken van zijn bevoegdheden indien de interne democratische legitimatie met betrekking tot de leden van de beroepsgroep niet in orde is; (iii) misbruik van bevoegdheden komt helemaal dichtbij indien zelfregulering de positie van derdepartijen schaadt; (iv) zelfregulerende organen volgen in hun optreden de doctrine van de machtscheiding in het geheel niet na: zij combineren vaak activiteiten als beleids-

47 Denk aan zaak T-144/99, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau t. Commissie ("EPI-gedragscode"), *Jur.* 2001, II-1087.

vorming, regelgeving, wetsinterpretatie en -handhaving en rechtspraak; (v) zelfregulerende instanties hebben de reputatie zwak op te treden tegen leden die zich niet aan de regels houden; (vi) economische modellen laten zien dat ondernemingen economisch profiteren van zelfreguleringsregimes; (vii) zelfreguleringsorganen met exclusieve bevoegdheden beperken de toegang tot hun professie en stellen de gevestigde orde daarmee in staat om bovencompetitieve verdiensten te genereren en andere mededingingsbeperkende situaties in stand te houden.⁴⁸

Ogus geeft echter meteen aan dat deze kritiekpunten te stereotiep zijn en het fenomeen van zelfregulering te divers om de bovenstaande opmerkingen het algehele beeld te laten bepalen.⁴⁹

Veelal ontstaan er botsingen tussen de regels die beroeps-, bedrijfs- en sportorganisaties uitvaardigen en het mededingingsrecht. Indien ondernemingen economisch profiteren van zelfreguleringsstelsels, zal vanuit mededingingsrechtelijk perspectief al snel de verdenking ontstaan dat dit ten koste gaat van afnemers en/of consumenten.

De optie om alle modi van zelfregulering dan maar te vervangen door (pure) overheidsregels lijkt niet reëel. Daarvoor biedt de figuur van zelfregulering onder omstandigheden te veel voordelen,⁵⁰ en is overheidsregelgeving in bepaalde gevallen vanuit grondrechtelijk en/of principieel oogpunt ongewenst. Zo gelden als voordelen van zelfregulering: (i) de aanwezigheid van grotere kennis en kunde bij het opstellen van regels in de beroepsgroep dan bij de overheid; (ii) een hogere acceptatiegraad en daardoor betere naleving van door de beroepsgroep uitgevaardigde regels. In de literatuur vindt men pleidooien voor een verdere doorvoering van het fenomeen van zelfregulering door bedrijven,⁵¹ al ziet men ook pleidooien tegen het bestaan van exclusieve bevoegdheden bij een beroepsgroep in verband met de afscherpende werking daarvan jegens (potentiële) concurrenten.⁵²

48 Ogus 1995, p. 98 en 99.

49 Ogus 1995, p. 99.

50 In de woorden van Ogus: "Put succinctly, the public interest justification for self-regulation in a particular context is based on three conditions being fulfilled: first, that the activity is afflicted by some form of market failure, notably externalities or information asymmetries; secondly, that private law instruments are inadequate or too costly to correct the failure; and, thirdly, that self-regulation is a better (cheaper) method of solving the problem than conventional public regulation." Zie Ogus 1995, p. 97.

51 Zie bijvoorbeeld Aalders 2008, p. 2294 en 2297.

52 Zie bijvoorbeeld Baarsma & De Jonge 2009.

De discussie richt zich vooral op de vraag in welke mate zelfregulering moet worden doorgevoerd en hoe het systeem van zelfregulering het beste georganiseerd kan worden. Doel is om het juiste evenwicht te vinden waarbij de voordelen van zelfregulering zo groot, en de nadelen zo klein mogelijk zijn. De ideeën lopen op dit vlak echter sterk uiteen. Zo zijn er academici die een systeem van concurrerende zelfreguleringsorganen binnen één bestel voorstaan, teneinde deze organen te dwingen marktbarrières en bovencompetitieve winsten te laten varen,⁵³ terwijl beroepsbeoefenaren in het veld rabiaat tégen concurrerende organisaties zijn, omdat een dergelijk stelsel effectief het einde zou betekenen van een groot aantal deontologische regels.

Maatschappelijke waarden krijgen hun reflectie niet louter in concrete overheidswet- en regelgeving. Deze waarden kunnen hun weerslag ook hebben in maatschappelijke normen en in regels van particuliere organisaties. In die zin vervullen deze organisaties een belangrijke maatschappelijke rol.

Uiteraard kan men niet automatisch de poort openzetten voor alle regels die een beroeps- of sportorganisatie voorschrijft aan haar leden, omdat daarmee een voedingsbodemploeg voor de meest flagrante kartelafspraken zou ontstaan. Het zoeken is naar een genuanceerde methode om een goed evenwicht te bereiken tussen enerzijds een ruime betrokkenheid van het maatschappelijke veld en het ondernemingsveld bij het opstellen en handhaven van normen en regels en anderzijds een strak toezicht op het ontstaan en voortbestaan van mededingingsbelemmerende afspraken en regels.

2. DE (RECHTS)THEORETISCHE ACHTERGROND VAN HET MEDEDINGINGSRECHT

2.1. Mededingingsrecht als rechtsbeschermingsfiguur voor het concurrentieproces

Het mededingingsrecht richt zich op een complex proces van rivaliteit tussen ondernemingen die naar de gunst van de afnemer dingen.⁵⁴ De hier-

53 Zie Ogus 1995, p. 102-107; zie opinie R. J. Van den Bergh in Rapport Commissie advocatuur van 24 april 2006, P.C.E. van Wijnen e.a., *Een maatschappelijke Orde*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006, p. 34 en 35.

54 De volgende, meer uitgewerkte omschrijving vindt men ook regelmatig terug. Het mededingingsrecht richt zich op het beschermen van de economische mededinging en daarmee op de bescherming van het proces van onderlinge rivaliteit op grond waarvan ondernemingen onafhankelijk van elkaar dingen naar de gunst van de con-

voor beschreven mededinging fungeert als motor van de marktwerking. De idee achter marktwerking is dat het spel van vraag en aanbod een optimale aanwending van de schaarse productiemiddelen en aldus een maximale welvaart garandeert.

Het mededingingsrecht probeert de mededinging als motor van de marktwerking dus zo soepel mogelijk te laten draaien.

Met de uitvaardiging van hun eigen mededingingsregimes⁵⁵ hebben de Europese Gemeenschap en de lidstaten van de EG afzonderlijk, bewust gekozen voor marktwerking als principe van economische ordening.⁵⁶

2.2. Economische theorieën achter en doelen van het mededingingsrecht

Het mededingingsrecht is niet te 'depolitiseren', in de zin dat het rechtsgebied los komt te staan van enige politieke achtergrond. Waar de keuze voor marktwerking als ordeningsmechanisme van de economie een politieke is, geldt hetzelfde voor het instellen van het mededingingsrecht als handhavingmechanisme.

Het lijkt voorts onmogelijk om politieke overwegingen geheel buiten de toepassing van dit rechtsgebied te houden.⁵⁷ Ook een mededingingsautoriteit met het statuut van een zelfstandig bestuursorgaan en een daarmee verbonden onafhankelijke positie ten opzichte van de politiek, past het rechtsgebied toe op basis van bepaalde normatieve grondslagen.⁵⁸ Bij deze toepassing kan zij stuiten op terreinen met afwijkende normatieve grondslagen. Tenzij de wet een mechanische rangorde van belangen voorschrijft, waaruit exact duidelijk wordt welk belang in welke situatie voorrang krijgt (*quod non*), zal de toepassing van het mededingingsrecht afwegingen met zich mee brengen die ook een politieke dimensie hebben.

sument en aan de hand waarvan vraag en aanbod op anonieme wijze de prijzen bepalen die op hun beurt weer sturend zijn voor de optimale allocatie van de schaarse productiemiddelen.

55 Het is overigens de vraag of de wetgever (op communautair en nationaal niveau) marktwerking als principe van economische ordening *immer* tot het juiste maatschappelijke resultaat vindt leiden. De wetgever heeft ook in zijn mededingingswetgeving al uitzonderingen gemaakt op een onverkorte toepassing van dit rechtsgebied. Hij heeft daarmee aangegeven dat het proces van mededinging als motor achter de marktwerking in zijn ogen niet in alle gevallen onverkort tot een maximaal welzijn voor de bevolking hoeft te leiden.

56 Zie ook Van der Woude 2001, p. 17.

57 Zie Monti 2007, p. 505.

58 Vgl. Monti 2007, p. 505.

De achterliggende doelstellingen van een mededingingsrechtelijk stelsel zijn niet automatisch gegeven: het objectief is het waarborgen van de concurrentie, maar de vraag ten gunste van wie of wat deze borging plaatsvindt, is daarmee niet beantwoord. Indien een mededingingsrechtsgebied zelf zijn eigen doelstellingen niet precies vastlegt, kan daarover onzekerheid (blijven) bestaan. Zo zijn de discussies in de literatuur over de doelen van de in Europa uitgevaardigde mededingingswetten (waaronder het regime van de Europese Gemeenschap terzake) mede aangewakkerd door het feit dat deze wetten zelf veelal geen precieze omschrijving bevatten van hun specifieke doelstelling(en) binnen het juridische en economische bestel.⁵⁹

Doctrinair zijn twee stromingen bepalend (geweest) voor de doelstellingen die door de jaren heen zijn verbonden aan, in ieder geval, het Europese mededingingsrecht en de Nederlandse (afgeleide) variant daarvan: de neoklassieke doctrine en de ordoliberaale leer.

In de neoklassieke zienswijze dient de regulering van de markt allocatieve efficiëntie (d.w.z. een efficiënte allocatie van consumptie- en productiemiddelen) te garanderen, waarbij economische welvaart voor de maatschappij wordt gemaximaliseerd via het efficiënte gebruik van bestaande hulpbronnen. Economische efficiëntie staat dus als doelstelling centraal in deze leer.

Als volgers van de doctrine gelden Robert Bork⁶⁰ en Richard Posner.⁶¹ Deze laatste zou ook mede aan de wieg staan van de 'Law and Economics'-stroming van de *Chicago School*.⁶² Beide auteurs zijn bepaald geen aanhanger van de bescherming van kleine en middelgrote ondernemingen in het economisch proces onder het antitrustrecht.⁶³

In de ordoliberaale zienswijze is het doel van marktregulering de bescherming van individuele economische handelsvrijheid als een waarde in zichzelf, met oog voor distributieve rechtvaardigheid. In deze doctrine speelt het mededingingsrecht een centrale rol in de organisatie van de economie. Net zoals staatkundige regels *politieke* macht controleren en verdelen, zo

59 Vgl. Monti 2007, p. 2-4, 18, 19.

60 Zie bijvoorbeeld Bork 1993.

61 Zie bijvoorbeeld Posner 2001; Posner 2003, vooral hoofdstuk 1, 2, 9 en 10.

62 De *Chicago School* is een economische onderzoeksschool die in haar studies sterk gericht is op de vrije markteconomie. 'Neoclassical price theory' en 'free market libertarianism' staan centraal in het wetenschappelijke denken van deze onderzoeksgroep. Voorgangers van de school waren lange tijd George Stigler en Milton Friedman.

63 Zie Bork 1993, p. 90 en 91, en 426-429, en Posner 2001, p. 25 en 26.

zouden mededingingsregels *economische* macht moeten reguleren.⁶⁴ Een gecontroleerde markteconomie is de meest geschikte vorm van economische organisatie om de doelstellingen van economische groei en eerlijke distributie van economische voordelen te verwezenlijken.⁶⁵

Economische handelsvrijheid van iedere individuele onderneming staat als doelstelling dus centraal in de ordoliberalen leer. Als grondlegger van het ordoliberalisme geldt Walter Eucken.⁶⁶

Het objectief van een rechtsgebied hoeft niet beperkt te zijn tot één doelstelling.⁶⁷ Zo kan men met betrekking tot het Europese mededingingsrecht verscheidene doelstellingen onderkennen.⁶⁸ Monti onderscheidt er in origine drie: mededinging (in de zin van behoud van economische vrijheid), marktintegratie en economische efficiëntie.⁶⁹ Marktintegratie vormt hier een bij uitstek voor het Europese recht typerende waarde, de andere twee objectieven zijn geijkte mededingingsdoelstellingen. De waarde van economische efficiëntie is steeds belangrijker geworden de laatste jaren:⁷⁰ efficiëntie en consumentenwelvaart worden nu algemeen gezien als de primaire doelstellingen van het (Europese) mededingingsrecht.⁷¹

3. HET EUROPESE MEDEDINGINGSRECHT

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staan de achtergrond en werking van art. 81 en art. 82 EG centraal. Na een overzicht van de doelstellingen van het EG-Verdrag en het communautaire mededingingsrecht, volgt een uiteenzetting over art. 81 EG. Ook art. 82 EG wordt in dit kader aan een nadere beschouwing on-

64 Zie Anderman & Kallaughar 2006, p. 46 en 47

65 Zie Anderman & Kallaughar 2006, p. 46

66 Zie voor een uiteenzetting van zijn ideeën o.a. Eucken 1952

67 Zie ook Jones & Sufrin 2008, p. 16

68 Zo sommen Jones & Sufrin als objectieven op economische efficiëntie (onder te verdelen in drie typen: allocatieve, productieve en dynamische efficiëntie), behoud van economische vrijheid en spreiding van economische macht, bescherming van concurrenten en eerlijke concurrentie, en sociale doelstellingen zoals werkgelegenheid en regionaal beleid. Zie Jones & Sufrin 2008, p. 3-19

69 Monti 2007, p. 20 en 21

70 Zie ook Monti 2007, p. 21 en 46-52. Zie over de toenemende invloed van economische analyse in het mededingingsrecht ook Hildebrand 2002

71 Zie ook Jones & Sufrin 2008, p. 18. De lidstatelijke mededingingsstelsels die het Europese recht als ijkpunt hebben, volgen deze ontwikkeling. Vgl. bijvoorbeeld voor wat betreft het Nederlandse mededingingsrecht: Persbericht NMa van 23 januari 2004, *NMa: vrije beroepen en aanbestedingen belangrijke thema's in 2004*, negende alinea

derworpen. Een korte uitleg van de werking van de 'effet utile'-leer vormt een logische aanvulling op de behandeling van beide antitrustverboden. Zoals bij menig rechtsgebied, gaat in het Europese recht een verbod doorgaans gepaard met een exceptie. Art. 81 lid 3 EG is reeds behandeld bij de beschouwing over art. 81 EG. Aan art. 86 EG wordt echter apart aandacht besteed, evenals aan de jurisprudentiële uitzonderingsmethoden.

Vervolgens komt de procedurele kant van de toepassing van art. 81 en 82 EG aan bod, in de vorm van Verordening 1/2003. Ten slotte richt de aandacht zich op de relatie van de antitrust-artikelen tot andere bepalingen uit het EG-Verdrag. Hierbij komt ook de positie van het mededingingsrecht onder de nieuwe Europese Verdragen aan de orde.

3.2. De (economische) doelstellingen van het EG-Verdrag

Art. 2 EG bevat de doelstellingen die de Europese Gemeenschap zich stelt. Uit dit artikel blijkt dat de Gemeenschap streeft naar zowel een gemeenschappelijke markt als een economische en monetaire unie.⁷² Art. 3 EG bevat de instrumenten en actiepunten om de doelstellingen van art. 2 te bereiken. Bij deze actiepunten staat de interne markt vermeld,⁷³ en eigenlijk ook de vrijhandelszone⁷⁴ en de douane-unie.⁷⁵ Hiermee zijn de meest klassieke vormen van economische samenwerking en integratie tussen staten gegeven.⁷⁶ Het historisch perspectief van de EG is hiermee ook geschetst: van vrijhandelszone heeft het zich in de loop der jaren ontwikkeld tot een economische en monetaire unie.⁷⁷

Art. 14 EG bepaalt dat de interne markt een ruimte omvat zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van het EG-Verdrag.

Uit art. 2 EG in combinatie met art. 3 en vooral art. 4 EG valt op te maken dat de auteurs van het EG-Verdrag bewust hebben gekozen voor samenwerking als grondslag van de communautaire economische orde.⁷⁸ Art. 2 formuleert als taak voor de Gemeenschap een hoge graad van concurrentievermogen. De middelen die art. 2 daarvoor aanreikt betreffen het instellen van een gemeenschappelijke markt en een economische en monetaire

72 Art 2 EG bevat overigens ook nog andere doelstellingen, zoals duurzaamheid, werkgelegenheid, sociale bescherming, gelijkheid van mannen en vrouwen, milieubescherming en sociale samenhang

73 Art 3 lid 1 sub c

74 Art 3 lid 1 sub a

75 Art 3 lid 1 sub b

76 Vgl Barents & Brinkhorst 2006, p 287-289

77 Vgl art 4 EG

78 Zie ook Jones & Sufrin 2004, p 35

unie en de uitvoering van het gemeenschappelijk beleid of de gemeenschappelijke activiteiten, als bedoeld in art. 3 en 4 EG.

De instelling van een gemeenschappelijke markt en een economische unie hoeft op zich nog geen keuze voor marktwerking te impliceren. Een dergelijke markt of unie kan ook gevormd worden op basis van een centraal geleide economie. Naast de opname in art. 2 zelf van de hoge graad van concurrentievermogen, maakt de verwijzing naar art. 3 en 4 EG veel duidelijk over de plaats van het concurrentiemechanisme binnen de EG.

Art. 3 lid 1 sub g EG schrijft voor dat het optreden van de Gemeenschap voorziet in een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen die markt niet wordt vervalst.⁷⁹ Naast deze mededingingsbepaling legt art. 3 EG nog een reeks van activiteiten vast die ook belangrijk zijn voor een vrije, goed concurrerende markt. Zo zijn daar het verbod op douanerechten en kwantitatieve beperkingen bij in- en uitvoer van goederen;⁸⁰ afschaffing tussen de lidstaten van hinderpalen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal;⁸¹ en het versterken van het concurrentievermogen van de industrie van de Gemeenschap.⁸²

Art. 4 lid 1 EG schrijft ten slotte voor dat de lidstaten en de EG hun economisch beleid voeren met inachtneming van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging.

Het Verdrag van Lissabon,⁸³ ook wel genoemd het EU Hervormingsverdrag, verwijdt de 'onvervalste mededingings'-clausule, zoals opgenomen in art. 3 lid 1 sub g EG, uit de beginselbepalingen van de Europese Unie. De mogelijke consequenties van deze wijziging worden verderop besproken in Paragraaf 3.10.4.

3.3. De doelstellingen van het communautaire mededingingsrecht

Art. 3 lid 1 sub g EG draagt de Europese Gemeenschap dus op te voorzien in een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Dit regime ligt vast in art. 81-89 EG, waarin zijn opgenomen het kartelverbod, het verbod op misbruik van

79 Vgl. Van der Woude 2001, p. 17.

80 Art. 3 lid 1 sub a EG.

81 Art. 3 lid 1 sub c EG.

82 Art. 3 lid 1 sub m EG.

83 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1.

machtspositie en het staatssteunverbod. Secundaire wetgeving complementeert het mededingingsrechtelijke stelsel middels de fusiecontroleverordening.⁸⁴

Bij de beschrijving van de economische theorieën achter het mededingingsrecht in Paragraaf 2.2., zagen we al dat de literatuur verscheidene doelstellingen verbindt aan het (Europese) mededingingsrecht. Zo onderscheidt Monti drie objectieven: mededinging (in de zin van behoud van economische vrijheid), marktintegratie en economische efficiëntie.⁸⁵ Monti geeft toe dat economische efficiëntie tegenwoordig de belangrijkste van deze drie is.⁸⁶

In de ogen van Cseres heeft het communautaire mededingingsrecht drie doelen: (i) marktintegratie, (ii) consumentenwelvaart en (iii) bescherming van individuele economische vrijheid.⁸⁷ Deze doelstellingen hoeven niet altijd met elkaar overeen te komen, en kunnen zelfs botsen.⁸⁸

Slot noemt (i) marktintegratie en (ii) bevordering van efficiëntie en innovatie, die leiden tot consumentenwelvaart en economische groei.⁸⁹ Als officieuze, verborgen, objectief noemt Slot nog het ondersteunen van nationale kampioenen.⁹⁰ Het is de vraag in hoeverre deze laatste doelstelling (structureel) onderdeel uitmaakt van het Europese mededingingsbeleid betreffende de interne markt.⁹¹ Dit lijkt eerder een objectief te zijn dat past in de geheime agenda van lidstaten, die elk hun eigen nationale kampioen(en) wensen te ondersteunen.

Jones & Sufrin onderscheiden economische efficiëntie, behoud van economische vrijheid en spreiding van economische macht, bescherming van concurrenten en eerlijke concurrentie, en sociale doelstellingen zoals werkgelegenheid en regionaal beleid.⁹² Zij geven aan dat economische

84 Raadsverordening 139/2004 inzake de controle van concentraties tussen ondernemingen (de Concentratiecontroleverordening), *Pb.* 2004, L 24/1 Met deze verordening is voorafgaand toezicht ingesteld op het aangaan van concentraties (fusies, bedrijfs-overnames e.d.) ten einde te voorkomen dat er machtsconcentraties ontstaan of worden versterkt waardoor de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd

85 Monti 2007, p. 20 en 21

86 Zie Monti 2007, p. 21 en 46-52; zie echter p. 503, waar Monti enigszins lijkt terug te komen van deze conclusie

87 Cseres 2005, p. 244-255

88 Cseres 2005, p. 255

89 Slot 2004, p. 444-446.

90 Slot 2004, p. 445 en 446

91 Slot signaleert enige Commissiebeschikkingen waarin sporen van protectionisme zichtbaar zouden zijn *Mannesmann tubes*, *DeHavilland*, *Boeing-McDonnell Douglas*, en *GE-Honeywell*. Zie Slot 2004, p. 446

92 Jones & Sufrin 2008, p. 3-19

efficiëntie en consumentenwelvaart tegenwoordig algemeen worden gezien als de primaire doelstellingen van het (Europese) mededingingsrecht.⁹³

Barents houdt oog voor de ordoliberalen waarden achter het mededingingsrecht:

"Concurrentie is echter geen doel op zich. Uit art. 3 lid sub g EG blijkt dat het handhaven van een regime van onvervalste concurrentie strekt tot het doelmatig functioneren van de interne markt, wat op zijn beurt bijdraagt tot het verwezenlijken van de in art. 2 genoemde doelstellingen van de EG. Daarom strekken deze artikelen niet alleen tot bescherming van de belangen van de consument, maar ook van de ondernemingen zelf."⁹⁴

In de literatuur zijn in ieder geval sterke aanwijzingen te vinden dat het communautaire mededingingsrecht een ontwikkeling heeft doorgemaakt in zijn doelstellingen. Waar vroeger marktintegratie en marktvrijheden tot de doelstellingen gerekend of in ieder geval als zodanig genoemd werden, daar staat nu efficiëntie meer en meer centraal,⁹⁵ evenals de consumentenwelvaart.⁹⁶

De Gemeenschapsrechter heeft aangegeven dat de functie van de Europese antitrustregels is te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers.⁹⁷

In de loop van de jurisprudentiegeschiedenis ziet men een ontwikkeling in de omschrijving van de doelstellingen van het communautaire mededingingsrecht. Waar het Hof van Justitie zich in het *Metro*-arrest uit de jaren zeventig concentreerde op het uitgangspunt van de werkzame mededinging als noodzakelijke drijvende kracht achter de totstandbrenging van de interne markt,⁹⁸ daar komt zeker het laatste decennium de consument (eindgebruiker) meer en meer centraal te staan.

In het *GlaxoSmithKline*-arrest stelt het Gerecht bij de behandeling van het kartelverbod centraal of de eindgebruikers in een bepaalde handels situatie (namelijk parallelhandel) de voordelen van een daadwerkelijke

93 Jones & Sufrin 2008, p. 18.

94 Barents & Brinkhorst 2006, p. 388.

95 Zie Odudu 2006, p. 16-22.

96 Zie Nicolaidis 2005, p. 127.

97 Zie zaak 46/87 en 227/88, Hoechst AG t. Commissie, *Jur.* 1989, 2859, r.o. 25.

98 Zaak 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG t. Commissie*, *Jur.* 1977, 1875, r.o. 20.

mededinging wat betreft aanbod of prijs genieten.⁹⁹ De eindgebruiker vormt hier dus het ijkpunt bij de toepassing van het antitrustrecht.

In de *IMS Health*-zaak koos de President van het Gerecht van Eerste Aanleg voor het consumentenbelang als uitgangspunt van art. 82 EG, in plaats van de bescherming van de positie van concurrenten.¹⁰⁰ De President van het Hof van Justitie corrigeerde hem echter, en gaf aan dat ook de belangen van concurrerende ondernemingen tot de beschermingsdoelen van art. 82 EG behoren.¹⁰¹ Hier ziet men dus twee verschillende zienswijzen gehanteerd door de Gemeenschapsrechter: een visie die zich concentreert op consumentenwelvaart, en een meer ordoliberalere visie die zich (mede) richt op competitieve marktstructuren.

De Europese Commissie legt de focus van het rechtsgebied inmiddels duidelijk bij economische efficiëntie en consumentenwelvaart.¹⁰²

Nu de eenmaking van de Europese markt voor een groot deel tot stand is gebracht, schuift het klassieke communautaire objectief van marktintegratie meer en meer naar de achtergrond. Als steeds belangrijker richtpunt van het mededingingsrecht geldt het consumentenbelang,¹⁰³ dat overigens nauw gelieerd is met economische efficiëntie.¹⁰⁴

Het consumentenbelang is bepaald geen onbekende binnen het Gemeenschapsrecht: art. 3 lid 1 sub t EG vermeldt de versterking van de consumentenbescherming als speerpunt van communautair beleid. Consumentenbescherming kent voorts een integratieclausule in art. 153 lid 2 EG, dat vermeldt dat met dit belang rekening moet worden gehouden bij de bepaling en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap. Art. 153 lid 1 EG specificeert nader uit welke elementen consumenten-

99 Zaak T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited t Commissie*, *Jur* 2006, II-2969, r o 121

100 Zie Beschikking President Gerecht van Eerste Aanleg van 26 oktober 2001 in zaak T-184/01 R, *IMS Health t Commissie*, *Jur* 2001, II-3193, r o 145

101 Zie Beschikking President Hof van Justitie van 11 april 2002 in zaak C-481/01 P, *NDC Health t Commissie*, *Jur* 2002, I-3401, r o 84 Vgl ook Barents & Brinkhorst 2006, p 388

102 Vgl Speech 05/537 van Neelie Kroes van 23 september 2005, 'Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82', Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York "My own philosophy on this is fairly simple First, it is competition, and not competitors, that is to be protected Second, ultimately the aim is to avoid consumers harm "

103 Zie bijvoorbeeld Stuyck 2005, p 1-30 Zie nader over de plaats van consumentenbescherming in het mededingingsrecht Cseres 2005, p 241-343

104 Bork gaat zelfs zo ver om de maximalisatie van consumentenwelvaart gelijk te schakelen aan economische efficiëntie Zie Bork 1993, p 427

tenbelangen nu eigenlijk bestaan. Het gaat dan om de gezondheid, de veiligheid en de economische belangen van de consumenten alsmede de bevordering van hun recht op voorlichting en vorming en hun recht van vereniging om hun belangen te behartigen.

De rol van de consument als beleidsdoelstelling is niet exact hetzelfde in de verschillende Europese rechtsgebieden. Europees consumentenrecht zoals de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken¹⁰⁵ is echt gericht op consumentenbescherming tegen misleidende, agressieve en andere malafide handelspraktijken van verkopers. Het mededingingsrecht richt zich met zijn 'nieuwe' doelstelling meer op het consumentenbelang, in de zin van economische voordelen voor consumenten via bepaalde ontwikkelingen in de markt.

Het EU-Hervormingsverdrag verplaatst art. 153 lid 2 EG (de consumentenbelang-integratieclausule) overigens naar het Eerste Deel van het Verdrag, waar de beginselen zijn opgenomen.¹⁰⁶ De rest van art. 153 blijft op zijn plaats.¹⁰⁷ Consumentenbescherming komt dus naast milieubescherming te staan als integratiebeginsel in het eerste deel van het Verdrag.¹⁰⁸

De vraag naar de precieze doelstellingen van het mededingingsrecht is een interessante, de vraag naar de exacte (economische) effecten van het rechtsgebied lijkt bijna onbeantwoordbaar. De economische wetenschap is vooralsnog niet in staat om een eenduidig antwoord te geven op deze vraag, aldus Slot, en daarmee aan te tonen dat het mededingingsbeleid ook daadwerkelijk de gestelde doelstellingen bereikt.¹⁰⁹ Het is bijna onmo-

105 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ("Richtlijn oneerlijke handelspraktijken"), *Pb.* 2005, L 149/22.

106 Zie Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1, art. 2 sub 128: art. 153 lid 2 transformeert in art. 6 bis. In het hertitelde EG-Verdrag (i.e. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) wordt art. 6 bis uiteindelijk vernummerd tot art. 12 en komt terecht in het deel met de algemene bepalingen.

107 In het hertitelde EG-Verdrag (i.e. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) wordt art. 153 (met uitzondering van lid 2) uiteindelijk vernummerd tot art. 169.

108 Vgl. in dit opzicht ook art. III-120 van het nimmer ingevoerde Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa (Verdrag van 29 oktober 2004), *Pb.* 2004, C 310/1.

109 Slot 2004, p. 446 en 447. Vgl. ook Forrester over de (veronderstelde) moeilijkheid van het vaststellen van feiten middels economische analyse: Forrester 1995, p. 447.

gelijk om de effecten van het mededingingsrecht te isoleren van andere factoren die economische prestaties beïnvloeden, zoals het interne markt-recht en het buitenlandse handelsbeleid.¹¹⁰ Anderzijds blijkt het wel mogelijk om bepaalde algemene schattingen te maken van de economische voordelen die mededingingsbeleid en de handhaving van mededingingsrecht oplevert.¹¹¹

3.4. Art. 81 EG

3.4.1 Inleiding – Het kartelverbod

Art. 81 van het EG-Verdrag stelt het kartelverbod in. Nationale rechters en mededingingsautoriteiten mogen art. 81 EG in totaliteit direct toepassen, omdat dit artikel sinds 1 mei 2004 een volledig directe werking heeft.¹¹² Ook de Commissie zelf is nog steeds bevoegd om het artikel toe te passen. De Raad heeft in de loop van de tijd enige verordeningen ter handhaving van het verbod van art. 81 EG vastgesteld op basis van art. 83 EG.¹¹³

Art. 81 lid 1 verbiedt ondernemingen en ondernemersverenigingen om op de gemeenschappelijke markt de mededinging te beperken, te verhinderen of te vervalsen middels het sluiten van overeenkomsten, het onderling afstemmen van gedrag of het uitvaardigen van besluiten die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Lid 1 bevat ook een niet-limitatieve opsomming van de belangrijkste kartelvormen. Hiertoe behoren prijsafspraken, productiebeperkingen en marktverdelingsafspraken.

110 Slot 2004, p. 447

111 Zie de Jaaroverzichten van de NMa met een overzicht van de economische effecten van haar mededingingsbeleid. Zo geeft de NMa aan dat over 2006 de baten van het toezicht uit hoofde van de Mededingingswet en de netwerkregulering meer dan achthonderd miljoen euro bedragen. Zie Jaarverslag NMa 2006, Den Haag, NMa mei 2007, par. 5.1

112 Op die datum trad Vo. 1/2003 in werking die de volledige decentrale toepassing van art. 81 EG mogelijk maakte. Het verbod van lid 1 zelf had natuurlijk al veel langer directe werking. Zie bijvoorbeeld zaak 127/73, BRT t. Sabam I, *Jur.* 1974, 51, r.o. 16, en de oude Commissie-Bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 [nu 81 en 82] van het EG-Verdrag, *Pb.* 1993, C 39/6, par. 5 en 6. Ook art. 1 van de oude Vo. 17/62, *Pb.* 1962, 204 was heel duidelijk. Dit artikel luidde: "Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, bedoeld in artikel 81 lid 1 van het Verdrag [] zijn verboden, zonder dat daartoe enige voorafgaande beschikking is vereist, []"

113 Denk laatstelijk aan Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.* 2003, L 1/1

ken. Overeenkomsten of besluiten die vallen onder dit verbod zijn blijkens het tweede lid nietig.¹¹⁴

Het verbod van lid 1 kan krachtens het derde lid van art. 81 buiten toepassing worden verklaard indien de overeenkomst voldoet aan twee positieve en aan twee negatieve vereisten.

Het begrip 'kartel' heeft in origine betrekking op concurrentiebeperkende overeenkomsten tussen ondernemingen in dezelfde bedrijfstak.¹¹⁵ De Commissie omschrijft kartels als:

"overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen twee of meer concurrenten met als doel hun concurrerend handelen op de markt te coördineren en/of de relevante parameters van mededinging te beïnvloeden via praktijken zoals het afspreken van aan- of verkoopprijzen, de toewijzing van productie- of verkoopquota, de verdeling van markten (met inbegrip van offertevervalsing), het beperken van importen of exporten en/of mededingingsversturende maatregelen tegen andere concurrenten"¹¹⁶

De hier beschreven praktijken behoren tot de zwaarste schendingen van art. 81 EG. Tot deze categorie behoren ook bepaalde verticale afspraken tussen ondernemingen, zoals overeenkomsten over het hanteren van minimumprijzen. Mochten deze afspraken plaatshebben in een marktsituatie waarin ook horizontale banden of effecten tussen ondernemingen aanwezig zijn, dan is de term kartel wellicht ook op zijn plaats. Overigens zijn er ook auteurs die het begrip kartel meer algemeen gebruiken als verzamel-

114 Ook dit tweede lid is dus direct van toepassing in het nationale recht. De nationale rechter kan ingevolge art. 81 lid 2 en overeenkomstig het van toepassing zijnde nationaal recht de civielrechtelijke gevolgen van het verbod van art. 81 vaststellen. Zie onder andere zaak 56/65, LTM t. MBU, *Jur.* 1966, 392, en zaak 319/82, Ciments et Bétons t. Kerpen & Kerpen, *Jur.* 1983, 4173, en de oude Commissie-Bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 [nu 81 en 82] van het EG-Verdrag, *Pb* 1993, C 39/6, par. 6 (tegenwoordig: Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb* 2004, C 101/54).

115 Vgl. ook de volgende definities van het woord 'kartel': 'vereniging van of overeenkomst tussen juridisch en economisch zelfstandige ondernemers tot gehele of gedeeltelijke opheffing van wederzijdse concurrentie' (*Wolters' Handwoordenboek Nederlands*, negenentwintigste druk, 1992), 'aaneensluiting van producenten teneinde de markt te beheersen en concurrentie uit te sluiten' (*Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, dertiende uitgave, 1999).

116 Zie Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *Pb* 2006, C 298/17. In kortere bewoordingen: "A cartel is an illegal secret agreement concluded between competitors who in coordination fix or increase their prices, restrict supply by limiting their sales or their production capacities, and/or divide up their markets or consumers." Zie de website van D-G Concurrentie <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/overview/index_en.html>, laatstelijk geraadpleegd in november 2008.

naam voor de zwaarste schendingen van art. 81 EG, of deze nu hun oorsprong hebben in horizontale of in verticale afspraken.¹¹⁷

Hoe het ook zij met de precieze betekenis van het woord kartel, de term 'kartelverbod' fungeert inmiddels als 'pars pro toto' ter aanduiding van art. 81 EG: het begrip is geheel ingeburgerd als aanduiding van het verbod van art. 81 EG in al zijn uitwerkingen.

3.4.2. Het verbod van art. 81 lid 1 EG

Een overeenkomst tussen ondernemingen, een onderling afgestemde feitelijke gedraging, of een besluit van een ondernemersvereniging

Het verbod van art. 81 lid 1 EG is gericht tot ondernemingen en ondernemersverenigingen. Het begrip 'onderneming' wordt als volgt gedefinieerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie:

"In het kader van het mededingingsrecht moet onder het begrip onderneming worden verstaan een met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid gevormd door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen"¹¹⁸

Een nadere definitie van het begrip 'onderneming' is te vinden in het *Hofner*-arrest:

"In de context van het mededingingsrecht moet worden gepreciseerd, dat [] het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, []"¹¹⁹

Zoals we in Paragraaf 1.4. zagen, heeft de Gemeenschapsrechter de term 'economische activiteit' gedefinieerd als iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.¹²⁰

Een 'onderneming' in de context van het antitrustrecht is dus iedere eenheid die zelfstandig een economische activiteit uitoefent in de vorm van

117 Zie Slot, Swaak & Mulder 2005, p. 93

118 Zaak 170/83, *Hydrotherm t Compact*, *Jur* 1984, 2999, r.o. 11

119 Zaak C-41/90, *Hofner*, *Jur* 1991, I-1979, r.o. 21, en gev. zaken C-159 en 160/91, *Poucet & Pistre*, *Jur* 1993, I-637, r.o. 17. Voor de originele definitie van het begrip 'onderneming' zie zaak 19/61, *Mannesmann*, *Jur* 1962, 705

120 Zaak 118/85, *Commissie t Italia*, *Jur* 1987, 2599, r.o. 7, zaak C-35/96, *Commissie t Italia ('CNSD II')*, *Jur* 1998, I-3851, r.o. 36, zaak C-218/00, *Battistello*, *Jur* 2002, I-691, r.o. 23

het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt. Deze eenheid bestaat uit een samenstel van materiële en menselijke factoren.¹²¹

Het resultaat van deze ruime interpretatie is dat ook bepaalde overheidsactiviteiten onder de werkingssfeer van art. 81 kunnen vallen.¹²² Zoals we in Paragraaf 1.4. zagen, ligt echter een grens bij activiteiten ter uitoefening van een overheidsprerogatief: deze worden niet langer als een economische activiteit gekwalificeerd.¹²³

Het verbod van art. 81 lid 1 EG draait om overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Het Hof van Justitie heeft verder aanvaard dat overeenkomsten tussen verschillende ondernemersverenigingen ook onder het kartelverbod kunnen vallen.¹²⁴

Het begrip overeenkomst moet zeer algemeen worden opgevat. Het gaat daarbij om de aanwezigheid van een feitelijke wilsovereenstemming.¹²⁵ Overeenkomsten hoeven dus niet juridisch afdwingbaar te zijn, als ze maar gericht zijn op naleving in de praktijk.

Zelfs eenzijdige gedragingen kunnen als een overeenkomst worden aangemerkt als zij de stilzwijgende toestemming van een andere partij hebben. Hier komt men wel in de buurt van een andere afstemmingsvorm onder art. 81 lid 1 EG, de onderling afgestemde feitelijke gedraging.

Overeenkomsten tussen ondernemingen kunnen horizontaal van karakter zijn, en verticaal. Horizontale overeenkomsten zijn contracten of

121 Zaak T-6/89, Enichem Base, *Jur.* 1991, II-1623, r.o. 235.

122 De overheid moet daarvoor effectief als onderneming in het economische verkeer optreden, via overheidslichamen die als marktsubjecten werkzaamheden van economische aard verrichten. Denk hierbij aan overheidsondernemingen in de post- en telecommunicatiesector. Zie zaak 41/83, Italië/Commissie, *Jur.* 1985, 873, r.o. 18-20, waarin een beroep centraal stond tegen Beschikking 82/861 van de Commissie van 10 december 1982, British Telecommunications, *Pb.* 1982, L 360/36. Een onderscheid moet gemaakt worden tussen een optreden van de overheid als publieke autoriteit aan de ene kant en een optreden van de overheid bestaande uit (economische) activiteiten van industriële of commerciële aard aan de andere kant, die inhouden dat er goederen en diensten op de markt aangeboden worden.

123 Zie zaak 118/85, Commissie t. Italië, *Jur.* 1987, 2599, r.o. 7; zaak C-343/95, Diego Cali & Figli Srl. t. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), *Jur.* 1997, I-1547, r.o. 16.

124 Het Hof heeft het vereiste als zou het moeten gaan om overeenkomsten tussen ondernemingen dus ruim opgevat. Zie zaak 71/74, Frubo t. Commissie, *Jur.* 1975, 563, r.o. 28-32; zaak 123/83, BNIC t. Clair, *Jur.* 1985, 391, r.o. 20; zaak 136/86, BNIC t. Aubert, *Jur.* 1987, 4789, r.o. 13.

125 Zie bijvoorbeeld zaak T-41/96, Bayer t. Commissie, *Jur.* 2000, II-3383; zaak 51/75, EMI Records t. CBS United Kingdom, *Jur.* 1976, 811; zaak 86/75, EMI Records t. CBS Grammofon, *Jur.* 1976, 871; zaak 96/75, EMI Records t. CBS Schallplatten, *Jur.* 1976, 913.

andere afspraken tussen bedrijven die zich op hetzelfde niveau van de bedrijfskolom bevinden.¹²⁶ Zij zijn daarmee directe concurrenten. Verticale overeenkomsten worden gesloten tussen bedrijven die zich op verschillende niveaus van de bedrijfskolom bevinden. Het gaat dan bijvoorbeeld om leveringscontracten tussen distributeur en winkelier.

Van een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van lid 1 is sprake indien het gaat om beslissingen van een orgaan die door de leden van de vereniging als bindend worden ervaren.¹²⁷ Ondernemersverenigingen hebben verschillende vormen om hun besluiten in te gieten: statutaire regels, voorschriften, resoluties, aanbevelingen en certificeringssystemen.¹²⁸ Het begrip 'besluit' vormt over het algemeen geen groot obstakel bij de toepassing van art. 81 lid 1 EG. De Gemeenschapsrechter legt deze term ruim uit.¹²⁹

Bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging gaat het om een vorm van parallel gedrag van ondernemingen waaraan geen afspraak of plan ten grondslag ligt.

Een zuiver feitelijk handelen van een onderneming wordt gevolgd door andere ondernemingen als zou er wel een overeenkomst bestaan.¹³⁰ De bewijsvoering van het bestaan van een dergelijke situatie dient zeer zorgvuldig te zijn. Zij komt er op neer dat het geconstateerde gedrag niet

126 Zie nader over het onderwerp horizontale overeenkomsten: Van den Bossche 2002.

127 Vgl. zaak 8/72, Vereniging van Cementhandelaren t. Commissie, *Jur.* 1972, 977, r.o. 15-25. Deze ervaring kan berusten op juridische dan wel feitelijke binding.

128 Zie Jones & Sufrin 2008, p. 171-173.

129 Zie Jones & Sufrin 2004, p. 148. Wel bestaat er rechtspraak van het Hof van Justitie waarin bepaalde adviezen van een beroepsorganisatie niet als mededingingsbeperkende 'besluiten' van een ondernemersvereniging werden gekwalificeerd, omdat zij een onderdeel vormden van een rechterlijke procedure en op zichzelf geen gevolgen voor de mededinging hadden. Zie zaak C-221/99, Conte, *Jur.* 2001, I-9359, r.o. 20-23.

130 Het Hof van Justitie formuleert in gev. zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, Coöperatieve vereniging Suiker Unie e.a. t. Commissie, *Jur.* 1975, 1663, r.o. 26 en 27, het volgende uitgangspunt: "Onder een 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' is te begrijpen een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der concurrentie welbewust vervangt door een onderlinge samenwerking welke leidt tot mededingingsvoorwaarden die gelet op de aard der producten, op de grootte en het aantal der ondernemingen en op de omvang en de aard van de betrokken markt, niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen. Zodanige feitelijke samenwerking behelst met name een onderling afgestemde gedraging wanneer belanghebbenden in staat gesteld worden om eenmaal ingenomen posities te bevriezen ten detrimente van een daadwerkelijk vrij verkeer der producten binnen de gemeenschappelijke markt en van de vrijheid der verbruikers in de keuze van hun leveranciers."

aan andere factoren dan een onderling afgestemde feitelijke gedraging is toe te schrijven.¹³¹

Ongunstige invloed op de tussenstaatse handel

Een tweede criterium voor de toepassing van art. 81 lid 1 is de eis van interstatelijkheid:¹³² verboden zijn die gedragingen die de handel tussen de lidstaten van de EG direct of indirect, terstond of potentieel kunnen beïnvloeden, zodat de verwezenlijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad.¹³³ Zelfs een overeenkomst die zorgt voor een toename van de handel kan (uiteindelijk) een ongunstige invloed hebben op de tussenstaatse handel.¹³⁴

Het criterium van de handelsbeïnvloeding is bedoeld als afbakeningscriterium voor de werking van art. 81 lid 1. Pas bij een (mogelijke) invloed op de tussenstaatse handel valt de afspraak onder het bereik van EG-kartelrecht. Is er geen sprake van een dergelijke beïnvloeding, dan valt de afspraak mogelijk onder het bereik van nationaal kartelrecht.

Overigens is het zo dat een overeenkomst tussen ondernemingen die slechts actief zijn op het grondgebied van één lidstaat, via drempelvorming de handel *tussen* lidstaten toch kan beïnvloeden.¹³⁵ Ook afspraken die betrekking hebben op vanuit derdelanden in een lidstaat van de EG ingevoerde producten, kunnen de intracommunautaire handel wel degelijk belemmeren.¹³⁶ Zoals hierboven reeds aangegeven, hanteert het Hof van Justitie als maatstaf of een overeenkomst direct of indirect, feitelijk of potentieel de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt:¹³⁷ al met al een ruim criterium.

131 Zie zaken 48-49 en 51-57/69, Kleurstoffen, *Jur.* 1972, 619; zaken 89 e.a./85, Houtslip, *Jur.* 1988, 5193; zaak T-30/91, Solvay, *Jur.* 1995, II-1775.

132 Zie Commissie-Mededeling met Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 EG, *Pb.* 2004, C 101/81.

133 Zie gevoegde zaken 56 en 58/64, Gründig-Consten, *Jur.* 1966, 450, 'Samenvatting' r.o. 6.

134 Zie gevoegde zaken 56 en 58/64, Gründig-Consten, *Jur.* 1966, 450, 'Samenvatting' r.o. 6.

135 Zie zaak 8/72, Vereniging van Cementhandelaren, *Jur.* 1972, 977: indien een ondernemersafpraak het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt kan dit een drempel opleveren voor ondernemingen uit andere lidstaten om zich op die markt te begeven.

136 Zie bijvoorbeeld Beschikking 74/634/EEG van de Commissie van 29 november 1974 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag, Franco-Japanese Ballbearings Agreement, *Pb.* 1974, L 343/19, punt II.4.

137 Vgl. in dit kader de terminologie die het Hof gebruikt in zaak 8/74, Dassonville, *Jur.* 1974, 837, dat draaide om de toepassing van het huidige art. 28 EG.

Een mededingingsbeperking

Een derde criterium voor de toepassing van art. 81 lid 1, betreft het bestaan van een mededingingsbeperking. Van een vervalsing, verhindering of beperking van de concurrentie, is in de eerste plaats sprake als een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging daartoe strekt.¹³⁸ Dat kan blijken uit de inhoud van die overeenkomst. Het kartelverbod is dan van toepassing zonder nader onderzoek naar de concrete effecten van de afspraken in kwestie.¹³⁹

Advocaat-Generaal Kokott verfijnt dit uitgangspunt met haar conclusie dat (in het voorliggende geval) een onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkende strekking heeft,

"indien zij wat inhoud en doelstelling betreft en gezien haar juridische en economische context concreet geschikt is te leiden tot een verhuidering, beperking of vervalsing van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt"¹⁴⁰

Of de mededinging daadwerkelijk wordt verhinderd, beperkt of vervalst, doet daarbij niet ter zake.¹⁴¹

Als de overeenkomst niet tot doel heeft om de concurrentie te beperken, kan zij toch onder het kartelverbod vallen, namelijk indien zij een concurrentiebeperkend effect heeft. Aan de hand van een analyse van de marktsituatie kan dit vastgesteld worden.

Een marktsituatie wordt in beeld gebracht middels een bepaling van de zogenaamde relevante markt. Met de afbakening van de relevante markt is het mogelijk om op een systematische wijze de concurrentiedwang in kaart te brengen waarmee ondernemingen te maken hebben in hun bedrijfsvoering.¹⁴² Een overeenkomst tussen bedrijven of een gedraging van een onderneming kan op deze wijze beoordeeld worden in haar economische context.¹⁴³ Afhankelijk van de relevante markt en de econo-

138 Zie bijvoorbeeld zaak C-235/92 P, *Montecatini t Commissie*, *Jur* 1999, I-4539, r o 124. Zie nader over de rol van de bedoeling van partijen met/bij overeenkomsten in antitrustanalyses Odudu 2002, p. 463-491.

139 Zie gevoegde zaken 56 en 58/64, *Grundig-Consten*, *Jur* 1966, 450, 'Samenvatting' r o 7, zaak 123/83, *BNIC t Clair*, *Jur* 1985, 391, r o 22, gevoegde zaken C-101/07 P en C-110/07 P, *Coop de France Betail et Viande e a t Commissie*, n n g, r o 87.

140 Conclusie van A-G Kokott van 19 februari 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e a, n n g*, r o 72.

141 Conclusie van A-G Kokott van 19 februari 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e a, n n g*, r o 72.

142 Zie de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *Pb* 1997, C 372/5, par 2.

143 Zie gev zaken 142 en 156/84, *BAT e a t Commissie*, *Jur* 1987, 4487, r o 40. Vgl ook gev zaken 56 en 58/64, *Grundig-Consten*, *Jur* 1966, 450.

misce context kan een gedraging in het ene geval wel, en in het andere geval niet de concurrentie (merkbaar) beperken.

Er zijn dus twee ijkpunten bij het onderzoek naar mededingingsbeperkende effecten van ondernemershandelingen: de relevante markt¹⁴⁴ en vervolgens de positie van het betreffende bedrijf op die markt.

De relevante markt waarop een bepaalde mededingingszaak zich afspeelt wordt vastgesteld aan de hand van de combinatie van de product- of dienstenmarkt¹⁴⁵ en de geografische markt.¹⁴⁶ Bij de vaststelling van de productmarkt wordt rekening gehouden met twee factoren: de substitueerbaarheid aan de vraagzijde¹⁴⁷ en de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde.¹⁴⁸ Bij deze tweede factor speelt potentiële mededinging een rol bij het bepalen van de markt.

144 Zie voor een analyse van de marktafbakeningsmethodiek in de mededingingsrechtelijke praktijk en de systeemverschillen in dezen tussen het Nederlandse, Europese, Amerikaanse en Britse mededingingsregime: Baarsma & Theeuwes 2002.

145 "Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd." Zie de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *Pb.* 1997, C 372/5, par. 7.

146 "De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen." Zie de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *Pb.* 1997, C 372/5, par. 8.

147 Bij de substitueerbaarheid aan de vraagzijde is bepalend of de bijzondere kenmerken van een dienst of product ten opzichte van de alternatieve mogelijkheden zo typisch zijn, dat vervanging door die alternatieve mogelijkheden slechts in beperkte mate mogelijk en de concurrentie ervan nauwelijks merkbaar is. Het onderzoek naar de substitueerbaarheid aan de vraagzijde houdt in dat wordt vastgesteld welke producten door de consument als vervangingsproducten worden beschouwd. Hierbij geldt als criterium of consumenten bij een verhoging van de prijs van het betreffende product meteen overstappen naar een concurrerend product, of niet. Op deze wijze kan de relevante markt afgebakend worden: de grens ligt daar waar consumenten bij een prijsverhoging op de markt niet (meer) overstappen op een product van een andere onderneming.

148 Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde houdt in dat aanbieders kunnen overschakelen op de productie van de relevante producten en deze op korte termijn op de markt kunnen brengen zonder aanzienlijke bijkomende kosten te maken en risico's te lopen in antwoord op geringe en duurzame wijzigingen van de betrokken prijzen. In zo'n situatie kan een producent niet zijn prijzen verhogen tot een onredelijk peil zonder dat een andere onderneming daarvan profiteert door de betreffende producten tegen een lagere prijs (die vaak in de buurt ligt van de oorspronkelijke prijs) op de markt te brengen.

Vaststelling van de geografische markt is erg feitelijk van aard.¹⁴⁹ Een dergelijke bepaling is noodzakelijk om het geografische gebied af te bakenen waarbinnen concurrentie plaats vindt tussen de producenten van een product of de aanbieders van een dienst. Producenten en aanbieders zijn altijd actief binnen een bepaald territorium. Ondernemingen die te ver uit elkaar zitten vormen geen concurrentie voor elkaar. Welke afstanden hierbij relevant zijn, is sterk afhankelijk van de aard van het product en daarmee samenhangende factoren, zoals transportkosten.¹⁵⁰

Bij de definitie van de relevante markt kan de ontwikkeling van de markt in de tijd van belang zijn. Het meetmoment en de periode waarover men een marktsituatie meet, zijn dan bepalend voor de uitkomst. Consumenten kunnen van voorkeur veranderen, waardoor de status van producten verandert; toetreding tot een markt door nieuwe partijen kan door innovatie of (andere) marktontwikkelingen gemakkelijker worden.

In de beschikkingspraktijk van de Commissie en in arresten van het Hof van Justitie worden ook andere definities gebruikt om de relevante markt aan te geven.¹⁵¹ De marktindeling hangt sterk af van de marktsector die centraal staat: er is alleen al een groot verschil tussen het aanbieden van producten en het aanbieden van diensten. Bovendien kennen bepaalde sectoren (zoals de landbouw- en vervoersector) hun eigen specifieke EG-regelgeving en hebben ze een ingewikkelde mededingingsstructuur.

De merkbaarheidsnorm

Het mededingingsrecht heeft dus een brede werking en een ruime toepassing. Iedere economische activiteit die de mededinging (enigszins) beperkt kan in potentie onder art. 81 EG vallen. Om te zorgen dat art. 81 EG niet onverkort op iedere kleinschalige economische activiteit van geringe betekenis van toepassing is, heeft de Gemeenschapsrechter de drempel van de merkbaarheid in het leven geroepen: zowel de mededingingsbeperking als

149 Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 31

150 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 28

151 Zo zijn daar de begrippen 'upstream' markt en 'downstream' markt en intermodale en intramodale markt. Een 'upstream' markt is een zich hoger in de bedrijfskolom bevindende markt. Dit is een markt van aanbieders van basismiddelen en essentiële faciliteiten. Een 'downstream' markt is een zich lager in de bedrijfskolom bevindende markt. Deze laatste is een afgeleide markt. Op de intermodale markt is er concurrentie tussen verschillende soorten middelen of producten die elkaar kunnen vervangen in het economisch verkeer. Op de intramodale markt is de concurrentie beperkt tot ondernemingen die één bepaald middel of product aanbieden. Zie Loozen & Mortelmans 1999, p. 185

de handelsbeïnvloeding moeten economisch 'merkbaar' zijn om het kartelverbod te doen gelden.¹⁵²

De Commissie heeft deze drempels van een nadere uitwerking voorzien in haar zogenaamde bagatelmededelingen. Er is een Bagatelbekendmaking betreffende de merkbare beperking van de mededinging door overeenkomsten, en er is een Mededeling over het begrip 'beïnvloeding van de handel' waarin ook een bagatelbepaling is opgenomen betreffende de merkbare invloed van een overeenkomst op de tussenstaatse handel.¹⁵³

Art. 81 lid 1 is dus niet van toepassing als het gaat om overeenkomsten van geringe betekenis die de concurrentiemogelijkheden van derden, de afzetmogelijkheden van leveranciers of de marktpositie van afnemers niet merkbaar aantasten. Binnen het Europese antitrustrecht gaat deze uitzondering niet op voor overeenkomsten met 'hard core' mededingingsrestricties; dit zijn afspraken die *als doel* hebben de mededinging te beperken.¹⁵⁴

3.4.3. Verschillende typen overeenkomsten onder het kartelverbod

Onder het kartelverbod kunnen zeer verschillende typen van afspraken vallen. Bij horizontale overeenkomsten zijn de partijen bij de overeenkomst elkaars concurrenten. Dit betekent dat de beperking van de handelingsvrijheid die voor hen uit de overeenkomst voortvloeit een beperking van de wedijver tussen die concurrenten met zich mee brengt. Bij horizontale overeenkomsten wordt traditioneel een verschil gemaakt tussen overeenkomsten waarvan vaststaat dat ze concurrentiebeperkend zijn (prijzafspraken, marktverdeling etc.) en andere horizontale samenwerkingsvormen, waarbij de ernst van de concurrentiebeperking verschilt al naar ge-

152 Zie zaak 5/69, Völk/Vervaecke, *Jur.* 1969, 561.

153 Het gaat hier om de Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1 van het Verdrag ('De Minimis'-bekendmaking), *Pb.* 2001, C 368/13 en de Mededeling van de Commissie met Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.* 2004, C 101/81.

154 Deze afbakening van de bagatelwerking vindt men terug in par. 11 van de 'De Minimis'-bekendmaking, maar is ook duidelijk verankerd in de Europese rechtspraak. Ten aanzien van afspraken die een ernstige concurrentiebeperking bevatten, zoals afspraken over prijzen, het verdelen van de markt of het controleren van de afzet, hoeft *niet* nagegaan te worden of ze ook daadwerkelijk merkbaar de mededinging beperken. Dit soort afspraken worden geacht door hun aard de concurrentie te beperken en daarmee reeds onder art. 81 lid 1 te vallen. Zie zaak T-175/95, BASF t. Commissie, *Jur.* 1999, II-1581, r.o. 139; zaak T-176/95, Accinauto t. Commissie, *Jur.* 1999, II-1635, r.o. 110; gevoegde zaken T-374, T-375, T-384, T-388/94, European Night Services, *Jur.* 1998, II-3141, r.o. 136.

lang de aard van de overeenkomst en de economische context waarin de ondernemingen opereren.

Bij verticale overeenkomsten bevinden de partijen bij de overeenkomst zich op verschillende niveaus van een bedrijfskolom.¹⁵⁵ Zij zijn dus geen directe concurrenten van elkaar in dezelfde markt. Bij dergelijke overeenkomsten is het de rivaliteit tussen één van de contractspartijen en derden die beperkt kan worden. Op het bedrijfsniveau van één van de betrokken contractspartijen zorgt de overeenkomst dan voor een horizontaal mededingsbeperkend effect.¹⁵⁶

Vroeger was de Commissie een stuk strenger ten aanzien van verticale overeenkomsten, maar met de steeds verder gaande marktintegratie in Europa en onder invloed van commentaren vanuit de doctrine heeft de Commissie haar toon gematigd.¹⁵⁷ Verticale afspraken worden nu door de Commissie niet bij voorbaat als verdacht beschouwd, 'hardcore' restricties daargelaten.

Naast een categorisering van afspraken aan de hand van de verhouding tussen de deelnemende partijen, kan ook een indeling op onderwerp van de overeenkomst gemaakt worden. Grofweg zijn hierin vier typen overeenkomsten te onderscheiden die onder de werking van art. 81 kunnen vallen:¹⁵⁸

- Afspraken betreffende de distributie;
- Afspraken inzake rechten van intellectuele eigendom;¹⁵⁹
- Afspraken betreffende (meestal horizontale) vormen van samenwerking tussen ondernemingen;¹⁶⁰
- Afspraken betreffende prijzen, productie- of verkoopquota en marktverdelingen.

155 Dat wil zeggen op verschillende productie- of commercialisatieniveaus.

156 Namelijk op het niveau van de *intra-brand*-mededinging (het niveau van de kandidaat-verdelers of -verkopers of op het niveau van de *inter-brand*-mededinging (het niveau van de fabrikanten)

157 Zie over de economische voor- en nadelen van verticale overeenkomsten en de ontwikkelingen in het mededingsbeleid: Van Damme 1998, p. 8-17, Montangie 1998, p. 196-201, Posner 2005, p. 229-241, Forrester 1995, p. 448

158 Zie voor een uitgebreide behandeling van deze categorieën Van Gerven e a 1997, p. 210-453

159 De categorie van de intellectuele eigendomsrechten omvat naast industriële rechten (zoals octrooien, merken of kwekersrechten) ook artistieke rechten (zoals auteursrechten). Zij zijn alle in wezen exclusieve rechten ten voordele van de titularis, en dus verbodsrechten ten koste van derden

160 Denk hier aan overeenkomsten inzake gemeenschappelijke aan- en verkoop, reclame, onderzoek en ontwikkeling, specialisatieovereenkomsten

3.4.4. De exceptie van art. 81 lid 3 EG

Rechtsregels zijn vaak over-inclusief. Ze werken niet als een standaard, maar als een overkapping waaronder een aanzienlijk aantal gedragingen (kunnen) vallen.¹⁶¹ Over-inclusieve rechtsregels werken daarom met uitzonderingstechnieken om bepaalde gedragingen te behoeden voor een al te straffe werking van de regels.¹⁶²

Het antitrustrecht is een rechtsgebied met een enorme potentiële reikwijdte. In principe kunnen alle activiteiten van particulieren die een economisch element in zich dragen onderworpen zijn aan de toepassing van dit rechtsgebied. Ook de antitrustverboden in het EG-Verdrag zijn over-inclusief. Het EG-Verdrag bevat vervolgens zelf bepaalde wettelijke exceptiemogelijkheden om de effecten van de verboden te mitigeren. Het is overigens de vraag of deze wettelijke uitzonderingsinstrumenten immer volstaan.

De uitgangspunten van art. 81 lid 3 EG

Art. 81 lid 3 biedt de mogelijkheid om een uitzondering te maken op het verbod van lid 1. Het bevat daartoe vier voorwaarden.

De eerste eis is dat de overeenkomst een economische of technische meerwaarde heeft in de vorm van een bijdrage aan de verbetering van de productie of distributie, dan wel aan de economische of technische vooruitgang.¹⁶³ Er moet sprake zijn van duidelijk objectieve voordelen.¹⁶⁴

De tweede voorwaarde is dat een billijk aandeel van de voordelen uit de kartelovereenkomst aan anderen dan aan de ondernemer toekomt, namelijk aan de gebruikers. Denk hierbij vooral aan consumenten, groot-handelaren en detailhandelaren.¹⁶⁵ Het gaat hier om een ruime categorie: als begunstigden worden beschouwd alle gebruikers die direct of indirect (individueel of in het algemeen) voordeel trekken uit de kartelafspraken. Voordelen kunnen opwegen tegen nadelen die ook voortvloeien uit de

161 "Legal rules are often over-inclusive, as it is often excessively difficult and costly to tailor a rule to the conduct intended to be forbidden, given the inherent limitations of foresight and ambiguities of language." Zie Wils 2002, p. 22.

162 Vgl. Wils 2002, p. 22 en 23.

163 Voorbeelden hiervan zijn lagere productiekosten en de ontwikkeling van nieuwe productietechnieken of -methoden.

164 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 662.

165 Zie Jones & Sufrin 2004, p. 240; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 662; Barents & Brinkhorst 2006, p. 394. De Engelstalige versie van de tekst van art. 81 lid 3 EG gebruikt het woord 'consumers', zodat de consument (in brede zin, dat wel) hier letterlijk centraal staat. Weatherill & Beaumont kenmerken het criterium als de 'consumer benefit criterion'. Zie Weatherill & Beaumont 1999, p. 827.

kartelafpraak, waardoor er toch sprake is van een 'voordelige' situatie. De voordelen hoeven niet meteen effectief te worden, maar mogen ook pas op de lange termijn optreden.¹⁶⁶

De derde voorwaarde betreft het element van evenredigheid. De beperking van de concurrentie die uit de overeenkomst voortvloeit moet onmisbaar zijn om de genoemde positieve aspecten te verwezenlijken.

De vierde voorwaarde betreft zowel een fundamenteel beginsel van het communautaire mededingingsregime als een extra waarborg dat aan de andere drie voorwaarden de hand zal worden gehouden. Deze eis luidt dat de concurrentie op de desbetreffende (product)markt nooit groten-deels mag worden uitgeschakeld, zodat een marktbeheersende positie ontstaat voor het kartel van samenwerkende ondernemingen.

Bij de beoordeling van de vraag of art. 81 lid 3 van toepassing is in een bepaalde situatie staan economische factoren centraal, al bepalen mededingingsrechtelijke belangen wel degelijk de speelruimte voor het maken van een uitzondering op het verbod van lid 1. Waar lid 1 is gericht op de instandhouding van het proces van werkzame mededinging, daar gaat het bij de toepassing van lid 3 primair om economische belangen,¹⁶⁷ die ten gunste (moeten) komen van de consument.¹⁶⁸ Waar het goed denkbaar is dat belangen uit het EG-sectorbeleid een rol spelen bij de toepassing van art. 81 lid 3 EG, is het de vraag in hoeverre invloeden uit het communautaire facettenbeleid een vertaling kunnen vinden in de toepassing van lid 3.

De uitgangspunten van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG

In haar Mededeling 'Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag', overweegt de Commissie: "Doelstellingen die worden nagestreefd met andere verdragsbepalingen kunnen in aanmerking worden genomen in zoverre ze onder de vier voorwaarden van art. 81, lid 3, kunnen worden begrepen."¹⁶⁹ In de ogen van de Commissie kunnen niet-mededingingsbelangen dus alleen geïntegreerd worden in de toepassing van art. 81, indien zij elementen bevatten die voldoen aan alle vier de

166 Zie Jacobs 1993, p. 56 en 57.

167 Denk aan kernwoorden als productie, distributie, technische of economische vooruitgang.

168 Zie voor een beschrijving van consumentenwelvaart als kernwaarde (achter de toepassing) van art. 81 lid 3: Nicolaïdes 2005, p. 124, 127, 134, 136 en 137.

169 Zie Mededeling van de Commissie "Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag", Pb. 2004, C-101/97, randnr. 42.

voorwaarden van art. 81 lid 3. Wanneer het gaat om belangen zoals milieubescherming, volksgezondheid en cultuur blijft marktwerking het aangrijpingspunt bij een mogelijke afstemming van deze belangen met het mededingingsrecht onder art. 81 lid 3.¹⁷⁰

De Commissie geeft verder aan in haar richtsnoeren dat art. 81 lid 3 EG geldt voor zowel overeenkomsten die strekken tot mededingingsbeperking als voor overeenkomsten die een mededingingsbeperking tot gevolg hebben.¹⁷¹ De Gemeenschapsrechter volgt dezelfde lijn.¹⁷²

Ook afspraken die als doel hebben de mededinging flagrant te beperken, kunnen dus in theorie voor toepassing van lid 3 in aanmerking komen. Toch zullen *hardcore* beperkingen van de mededinging bijna nooit voldoen aan art. 81 lid 3. Ze passen normaliter niet in de eerste drie voorwaarden van lid 3, aldus de Commissie.¹⁷³

De eerste voorwaarde van art 81 lid 3 draait om efficiëntiewinsten. Enkel objectieve voordelen tellen hierin mee.¹⁷⁴ Ondernemingen die lid 3 inroepen dienen de efficiëntieverbeteringen aan te tonen.¹⁷⁵ Verschillende soorten efficiëntieverbeteringen zijn mogelijk, zoals kostenverbeteringen¹⁷⁶ en kwalitatieve efficiëntieverbeteringen.¹⁷⁷

Bij de tweede voorwaarde van lid 3 is de beslissende factor de totale impact op de gebruikers van de producten – niet de impact op elk individueel lid van deze groep.¹⁷⁸ Het gaat om een glijdende schaal: naarmate de mededingingsbeperking groter is, dienen ook de efficiëntieverbeteringen en het aandeel dat daarvan aan gebruikers wordt doorgegeven groter te zijn.¹⁷⁹

170 Zie ook Mortelmans 2003e, p. 415.

171 Mededeling van de Commissie "Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag", *Pb.* 2004, C-101/97, par. 20.

172 Zie bijvoorbeeld zaak T-17/93, *Matr Hachette t. Commissie*, *Jur.* 1994, II-595, r.o. 85.

173 Mededeling van de Commissie "Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag", *Pb.* 2004, C-101/97, par. 46.

174 *Idem*, par. 49.

175 *Idem*, par. 51-56.

176 *Idem*, par. 64-68.

177 *Idem*, par. 69-72.

178 *Idem*, par. 87. Zie ook Hof van Justitie 23 november 2006, zaak C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL t. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, *Jur.* 2006, I-11125, r.o. 72.

179 Mededeling van de Commissie "Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag", *Pb.* 2004, C-101/97, par. 90.

De derde voorwaarde van lid 3 vergt een dubbel onderzoek: zowel de overeenkomst als geheel als de individuele mededingingsbeperkingen die uit de overeenkomst voortvloeien dienen redelijkerwijs noodzakelijk te zijn voor het behalen van de efficiëntieverbeteringen.¹⁸⁰ Criterium is of de beperkende overeenkomst het mogelijk maakt om de betrokken activiteit efficiënter uit te voeren. De vraag is dus niet of de overeenkomst zonder de beperking niet was gesloten.¹⁸¹

De vierde voorwaarde van lid 3 vergt een onderzoek naar de vraag of de mededinging voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld door de voorliggende overeenkomst. Marktaandelen zijn relevant, maar niet allesbepalend: ook het vermogen van concurrenten om in de toekomst te concurreren moet worden onderzocht.¹⁸² IJkpunt bij de beoordeling van de vierde eis is de concurrentiegraad die bestond op de markt vóórdat de overeenkomst in kwestie van kracht werd. Hoe zwakker de concurrentie op een markt al is, hoe geringer de ruimte voor een overeenkomst om de mededinging nog verder te beperken.¹⁸³

Het fenomeen van groepsvrijstellingen

De Commissie heeft op basis van een machtigingsverordening van de Raad¹⁸⁴ de mogelijkheid om groepsvrijstellingen uit te vaardigen.¹⁸⁵ De

180 Idem, par. 73.

181 Idem, par. 74.

182 Idem, par. 108-112.

183 Nicolaidis 2005, p. 142.

184 Zie Vo. 19/65, *Pb.* 1965/533, Vo. 2821/71, *Pb.* 1971, L 285/46 en Vo. 1534/91, *Pb.* 1991, L 143/1.

185 De Commissie heeft door de jaren heen een groot aantal groepsvrijstellingen uitgevaardigd. Denk aan Verordening 2790/1999 van 22 december 1999 over de toepassing van art. 81 lid 3 op verticale overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen, *Pb.* 1999, L 336/21; Vo. 2658/2000 van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, *Pb.* 2000, L 304/3; Vo. 2659/2000 van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *Pb.* 2000, L 304/7; Vo. 772/2004 van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *Pb.* 2004, L 123/11.

Vo. 2790/1999 heeft de plaats ingenomen van enkele oudere groepsvrijstellingsverordeningen, namelijk Vo. 1983/83 inzake groepen alleenverkoopovereenkomsten, *Pb.* 1983, L 173/1; Vo. 1984/83 inzake groepen exclusieve afnameovereenkomsten, *Pb.* 1983, L 173/5; en Vo. 4087/88 inzake groepen franchiseovereenkomsten, *Pb.* 1988, L 359/46. Vo. 2658/2000 vervangt Vo. 417/85 inzake groepen specialisatieovereenkomsten, *Pb.* 1985, L 53/1. Vo. 2659/2000 vervangt Vo. 418/85 inzake groepen onderzoeken en ontwikkelingsovereenkomsten, *Pb.* 1985, L 53/5.

groepsvrijstellingen vormen een nadere invulling van de voorwaarden van art. 81 lid 3 EG voor een bepaalde groep of type overeenkomsten (zoals onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, specialisatieovereenkomsten en verticale overeenkomsten). Een overeenkomst tussen ondernemingen die voldoet aan de voorwaarden van een groepsvrijstelling valt niet onder het kartelverbod.¹⁸⁶ Groepsvrijstellingen substitueren de bepalingen van art. 81 lid 3 niet, en maken ze ook niet overbodig. Wanneer een afspraak tussen ondernemingen niet voldoet aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling, staat nog altijd een beroep op art. 81 lid 3 EG open.

3.4.5. *Enige ideeën in de literatuur over de mogelijkheid van het meewegen van andere dan mededingingsbelangen in het kader van art. 81 lid 3 EG*

Er zijn een aantal EG-Verdragsbepalingen die uitdrukkelijk de integratie voorschrijven van de belangen waarop ze betrekking hebben, in de uitvoering van het overige Verdragsrecht. Speerpunten van beleidsintegratie zijn onder andere milieubescherming (art. 6 EG), cultuurbeleid (art. 151 lid 4 EG), volksgezondheid (art. 152 lid 1 EG) en consumentenbescherming (art. 153 lid 2 EG). Deze integratiebepalingen uit het EG-Verdrag gelden ook ten aanzien van het mededingingsrecht. Het gaat om primair-rechtelijke integratieverplichtingen, die in de hiërarchie van normen dus op dezelfde plaats staan als de Verdragsrechtelijke mededingingsbepalingen.

In het EG-Verdrag is echter geen duidelijke hiërarchie van belangen opgenomen. Dit geldt zowel de relatie tussen de verschillende doelstellingen van de Gemeenschap onderling die een plaats hebben in het Verdrag, als ook de verhouding tussen EG-doelstellingen enerzijds en nationale beleidsdoelen op niet-communautaire rechtsterreinen anderzijds. In de woorden van Sauter:

"[...] the Treaty does not clearly establish goals, principles and instruments at various levels in an explicit hierarchy of norms and legal acts, as a written constitution would usually do, and the priorities of the Community are difficult to discern. This gives rise to conflicts of interpretation [...]."¹⁸⁷

Wanneer het EG-Verdrag zwijgt als het om de hiërarchie tussen belangen gaat, is het onvermijdelijk dat de exceptiebepalingen in het EG-Verdrag

186 Overeenkomsten met 'hardcore' beperkingen van de mededinging (zoals prijsafspraken of gebiedsverdelingen) kunnen bij voorbaat niet voldoen aan de groepsvrijstellingen. Deze bevatten namelijk 'zwarte lijsten' van verboden concurrentiebeperkingen. Ook bevatten de groepsvrijstellingen een marktaandeelcriterium ter begrenzing van hun reikwijdte.

187 Sauter 1998, p. 38.

onder druk komen te staan, in de zin dat discussie ontstaat over de manier waarop deze ingezet moeten worden. Het gaat dan niet alleen om de invulling van bestaande exceptie-instrumenten, maar ook om mogelijke aanpassingen van hun opmaak. Bij het antitrustrecht is art. 81 lid 3 de Verdragsrechtelijke uitzonderingsbepaling waarover in de literatuur de nodige hervormingsideeën zijn opgekomen.

Art. 81 lid 3 EG is in de kern gericht op technologische en economische innovatie. De grote vraag bij de toepassing van art. 81 lid 3 EG is welke niet-mededingingsbelangen allemaal in aanmerking komen voor een 'vertaling' conform de voorwaarden van lid 3, en hoe deze 'vertaling' dan precies haar beslag krijgt. Tevens kan men de vraag opwerpen of art. 81 lid 3 überhaupt een functie heeft als uitzonderingsinstrument op het verbod van lid 1, in zaken die draaien om niet-economische belangen zoals cultuur, beroepsdeontologie en volksgezondheid.

Van Damme – De consument centraal bij toepassing van art. 81 lid 3 EG

Van Damme wijst er op dat het mededingingsrecht zich eigenlijk enkel zou moeten richten op het corrigeren van marktmacht. Andere vormen van marktfalen zouden op de eerste plaats moeten worden gereguleerd door de overheid via haar taak van marktordening. Indien ongeremde marktwerking tot inefficiënte uitkomsten leidt, zoals vervuiling en uitputting van hulpbronnen, is het aan de overheid om de regels van het spel aan te passen. Hetzelfde geldt indien marktwerking tot ongewenste sociale uitkomsten leidt.¹⁸⁸ Aparte ordeningswetgeving dus van overheidswege om deze correcties door te voeren.

Vanuit het oogpunt van de welvaartseconomie geldt idealiter het volgende uitgangspunt: een kartel is verboden, tenzij het een *Pareto*-verbetering teweeg brengt.¹⁸⁹ Volgens de *Pareto*-maatstaf is sprake van een toename van de gezamenlijke welvaart, indien het nut van één of meer leden van de desbetreffende groep groter wordt zonder dat het nut van enig ander lid van de groep kleiner wordt.¹⁹⁰ Er is dan sprake van een *Pareto*-verbetering. Een *Pareto*-optimum wordt bereikt indien er geen *Pareto*-verbetering meer mogelijk is.¹⁹¹

188 Van Damme 2001, p. 56.

189 Van Damme 2001, p. 57.

190 Van Velthoven & Van Wijck 2001, p. 24 en 25.

191 Van Velthoven & Van Wijck 2001, p. 25.

Volgens Van Damme zou daarom de uitzonderingsbepaling (art. 81 lid 3 EG) binnen het kartelverbod meer gericht moeten zijn op de vraagzijde van de economie (denk hier aan het consumentenbelang). Productie staat immers in dienst van consumptie.¹⁹² Hierbij dient aangetekend te worden dat art. 81 lid 3 in zijn huidige opmaak de consument ook al als maatstaf meeneemt, al is deze uitzonderingsbepaling vooralsnog niet exclusief gericht op deze factor.

Volgens Van Damme is zijn alternatief (concentratie op de consumenten-kant van de voordelen van een overeenkomst tussen ondernemingen; simpelweg gezegd, het centraal stellen van de Pareto-verbetering) eenvoudig te implementeren. In feite komt het er volgens hem op neer dat elke afspraak die aangemeld wordt, voorzien wordt van een kosten-baten-analyse, waarin wordt aangetoond dat het kartel de consumenten ten goede komt. Met de nadruk op de consument vervalt ook het traditionele onderscheid tussen economische en niet-economische belangen: beide komen immers in de preferenties van de consumenten tot uitdrukking, aldus Van Damme.¹⁹³

Het probleem bij deze zienswijze is dat bij een aantal niet-mededingingsbelangen de consument niet het ultieme ijkpunt vormt. Andere waarden spelen daarin een hoofdrol, zoals de waarden van de rechtsstaat, de waarden van de sport, culturele ontwikkeling, etc. Deze waarden sporen niet automatisch met de belangen van 'de consument', wat (of beter: wie) men onder deze term ook precies verstaat.

Hierbij sluit aan de aantekening dat het gebruik van de term 'de consument(en)' problematisch is. Deze maatstaf gaat uit van één uiteindelijke consumentenwens, al is het maar via een soort gemene deler of een meting waarin de wil van de meerderheid doorslaggevend zal zijn. Deze benadering doet geen recht aan de grote diversiteit die er ook is onder consumenten. Zij doet zich minder voelen wanneer kostenbesparing of efficiëntie zonder al te grote offers doorgevoerd kunnen worden. Wanneer de weging van belangen echter meer kwalitatieve offers vraagt, lijkt een verwijzing naar 'de consument' onvoldoende verrijd.

Voor het stellen van regels kijkt Van Damme in het bijzonder naar de overheid. De maatschappelijke realiteit is dat de overheid slechts één van de kaderstellers is die actief zijn in de maatschappij. Naast de publiekrechtelijke regelgever zijn ook veel private regelstellers actief, waarvoor histori-

192 Van Damme 2001, p. 57.

193 Van Damme 2001, p. 57.

sche, maatschappelijke en grondwettelijke (zoals de vrijheid van vereniging) redenen zijn aan te dragen. De overheid zal hun regelgevende functie niet zomaar over kunnen nemen dan wel volledig kunnen inkaderen,¹⁹⁴ om redenen van diverse aard: denk aan capaciteits- en organisatieproblemen, gebrek aan expertise en geloofwaardigheid,¹⁹⁵ grondrechtelijke of morele bezwaren en simpelweg onbevoegdheid.

Het is voorts niet zo dat in gevallen waarin de overheid wel over gaat tot regulering, de ingestelde kaders altijd duidelijk richting geven en/of tot heldere uitkomsten leiden. Het is de vraag of extra wetgeving en de daarmee gepaard gaande controle-infrastructuur van de overheid immer zo zinvol en effectief zijn. Hierbij dient bedacht te worden dat de kosten van het overheidsingrijpen zelf meegeteld moeten worden in het totale kostenplaatje van een bepaalde sector en zijn producten.

Barents – Art. 81 lid 3 EG als instrument van sociaal beleid

Barents betoogt dat art. 81 lid 3 EG een rol kan spelen bij het maken van een uitzondering op het kartelverbod in casus waar algemene (niet-economische) belangen een rol spelen. Dit omdat de *sociale* markteconomie centraal staat in Europa, en belangrijker: in het EG-Verdrag.¹⁹⁶ De communautaire en nationale overheden moeten daarom binnen bepaalde grenzen de werking van het marktmechanisme kunnen beperken en bijsturen in het algemeen belang – onder andere middels art. 81 lid 3.¹⁹⁷ Barents verwijst hier naar het *Brentjens*-arrest,¹⁹⁸ waarin het Hof van Justitie aangeeft dat conform art. 3 EG het optreden van de Gemeenschap niet alleen een mededingingsregime omvat, maar ook een sociaal beleid.

Barents heeft gelijk in zijn stelling dat de EG met méér belangen rekening dient te houden dan met louter mededingingsbelangen, maar het is de vraag of art. 81 lid 3 een geschikt instrument is om dit te bewerkstelligen.¹⁹⁹ Art. 81 lid 3 EG is in de interpretatie van de Commissie gericht op

194 Zie ook Van de Gronden 2001c, p. 305.

195 Zie ook Van de Gronden 2006b, p. 105.

196 Barents & Brinkhorst 2006, p. 389.

197 Barents & Brinkhorst 2006, p. 389.

198 *Gev. zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, Brentjens, Jur. 1999, I-6025, r.o. 51*

199 Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft in gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, *Metropole télévision e a t Commissie, Jur. 1996, II-649, r.o. 118* opgemerkt dat de Commissie in het kader van een algemene beoordeling zich voor het verlenen van een ontheffing krachtens art. 81 lid 3 EG stellig kan baseren op overwegingen betreffende het algemeen belang. Deze opmerking lijkt de weg open te stellen voor de verwerking van algemene belangen in de toepassing van art. 81 lid

een afweging betreffende economische efficiëntie,²⁰⁰ en lijkt daarom niet altijd geschikt als rechtvaardigingsgrond voor inbreuken op lid 1 teneinde in de kern niet-economische doelen te bereiken.²⁰¹

Uiteraard is het altijd mogelijk om de criteria van art. 81 lid 3 zo ruim uit te leggen dat ook niet-economische belangen daarin een vertaling krijgen. Men komt dan echter dicht in de buurt van een *contra legem* invulling van de vier cumulatieve criteria van lid 3.²⁰²

Townley en Monti – Herziening van de tekst van art. 81 lid 3 EG

Townley concludeert in zijn proefschrift dat art. 81 lid 3 EG de aangewezen (en exclusieve) plaats is om niet-economische belangen af te wegen tegen mededingingsbelangen, maar hiertoe dienen wel de tweede en de vierde voorwaarde uit de bepaling verwijderd te worden.²⁰³ Townley wijzigt art. 81 lid 3 EG van een uitzonderingsbepaling voor technische en economische innovatie in een soort 'rule of reason'²⁰⁴ voor publieke belangen. Onder deze publieke belangen zouden dan zowel technologische als niet-economische belangen zijn te scharen. Nadeel van deze benadering is dat art. 81 lid 3 EG zijn oorspronkelijke, meer specifieke functie verliest. Art. 81 lid 3 nieuwe stijl gaat dan een toegangspoort vormen voor zeer verschillende typen belangen. Het is de vraag of dit de consistentie van de bepaling ten goede komt.

Ook Monti had al eerder een voorstel gedaan tot modificatie van art. 81 EG, alleen kwam hij met het idee de drie artikelleden aan te vullen met een vierde lid dat betrekking zou hebben op publieke belangen.²⁰⁵ Art. 81

3 EG. In de toepassingspraktijk van deze bepaling is dit uitgangspunt echter niet zo revolutionair als het lijkt. Nog immer dienen de vier cumulatieve voorwaarden gepasseerd te worden, die allemaal een economische inslag hebben. Daarmee is niet gezegd dat het onmogelijk is om algemene belangen mee te nemen in de toepassing van art. 81 lid 3 EG. Zolang algemene belangen maar een economische vertaling kunnen krijgen bij de beoordeling van de verschillende voorwaarden van lid 3, is toepassing van deze bepaling mogelijk. De Gemeenschapsrechter heeft een dergelijke benadering bijvoorbeeld gehanteerd bij milieubelangen. Het is echter niet zo dat deze methode ook goed werkt bij alle algemene (niet-economische) belangen. Er zijn nu eenmaal belangen waaraan heel moeilijk een economische waarde is te koppelen of een economische dimensie is te verlenen.

200 Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97, randnr. 48-72.

201 Zie ook Mortelmans 2001b, p. 346.

202 Zie hierop aansluitend Paragraaf 3.2.2. van Hoofdstuk VIII.

203 Zie Townley 2004, p. 385-388.

204 Zie over het fenomeen van de 'rule of reason' Paragraaf 3.9.2. van dit hoofdstuk.

205 Om meer specifiek te zijn: Monti richt dit vierde lid op de promotie van communautaire en van economische beleidsdoelen en belangen. Zie Monti 2002, p. 1096-1099.

lid 3 EG zou daarmee in stand blijven, zij het in een aangepaste vorm in Monti's concept.

Het zwakke punt van de art. 81-voorstellen van Townley en Monti, is het kernpunt waarop ze rusten: de Verdragswijziging. In de harde realiteit van het Europese recht is een aanpassing van de Verdragen op zichzelf al een 'tour de force' (het debacle van de Grondwet voor Europa ligt nog vers in het geheugen, evenals de problemen met het Verdrag van Lissabon), maar in de hervormingen die de afgelopen decennia hebben plaatsgevonden was voor art. 81 EG geen plaats. Bij de lidstaten staan andere onderwerpen hoger op de agenda als het op een Verdragswijziging aankomt.

Vandaar dat dit boek zich concentreert op het doen van voorstellen tot verbetering binnen de huidige Verdragsstructuur. Een goed uitgewerkte jurisprudentiële uitzonderingsgrond kan daarin voor meer rechtszekerheid zorgen dan een zeer gewenste maar hypothetische artikelwijziging.

3.5. Art. 82 EG

3.5.1. *De kernelementen van het misbruikverbod*

Art. 82 EG verbiedt dat (1) een of meer ondernemingen (2) misbruik maken (3) van een machtspositie (4) op de Gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, (5) voor zover de handel tussen de lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

Enkele voorwaarden van art. 82 EG zijn gelijk aan die van art. 81 EG. Het ondernemingsbegrip en het element van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel zijn al aan de orde geweest bij de behandeling van het kartelverbod. De eis dat de machtspositie zich dient te bevinden op (een wezenlijk deel van) de Gemeenschappelijke markt²⁰⁶ sluit aan bij laatstgenoemde voorwaarde: monopoliesituaties met een louter plaatselijk karakter en 'uitstralingseffect' vallen buiten het bereik van art. 82 EG. Langs

206 De eis van 'een wezenlijk deel van de Gemeenschappelijke markt' houdt niet in dat de activiteit per se een gebied van een bepaalde omvang dient te beslaan. Van belang zijn net zo goed de structuur en omvang van de productie en consumptie. Zie gev. zaken C-40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, *Coöperatieve vereniging Suiker Unie UA e a. t. Commissie*, *Jur.* 1975, 1663, r.o. 371. Een enkele lidstaat en zelfs delen van een land kunnen kwalificeren als wezenlijk deel van de communautaire markt. Zie bijvoorbeeld zaak C-226/84, *British Leyland plc t. Commissie*, *Jur.* 1986, 3263, en zaak C-22/78, *Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash registers Ltd t. Commissie*, *Jur.* 1979, 1869.

deze weg bepalen beide criteria de grenzen van de Gemeenschapsjurisdictie.²⁰⁷

De twee belangrijkste voorwaarden van art. 82 EG zijn de machtspositie²⁰⁸ en het misbruik. Alleen als een onderneming of groep van ondernemingen dominant is, kan de vervolgvraag van misbruik aan bod komen.

In het arrest *United Brands* definieerde het Hof van Justitie het begrip machtspositie als een positie die een onderneming in staat stelt om "de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen."²⁰⁹ Een machtspositie ontstaat in het algemeen door de combinatie van verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend hoeven te zijn, aldus het Hof.²¹⁰

Bij de vaststelling van een mogelijke machtspositie, speelt de marktafbakening een essentiële rol. Bij de behandeling van art. 81 EG is het begrip 'relevante markt' al ruimschoots aan bod gekomen, evenals de methoden van marktafbakening.

De techniek van marktafbakening is noodzakelijk voor het bepalen van de relevante markt. Nadat de relevante markt is gedefinieerd, kan men de vraag beantwoorden of een onderneming of een groep van ondernemingen een machtspositie bezit op die markt of niet.

Over het algemeen wordt de grens voor dominantie gelegd op een marktaandeel van 50 %, maar variaties naar boven of beneden zijn mogelijk, afhankelijk van de precieze karakteristieken van de markt en de marktaandelen van concurrenten.²¹¹

Als eenmaal vaststaat dat een onderneming een machtspositie heeft op een bepaald deel van de Gemeenschappelijke markt, komt het misbruikvraag-

207 Zie Jones & Sufrin 2004, p. 267 en 268.

208 Het Engelse recht gebruikt in zijn nationale antitrustbepalingen de term 'monopolie'. Zie Weatherill 2006a, p. 549.

209 Zaak 27/76, *United Brands Co. en United Brands Continentaal BV t. Commissie*, *Jur.* 1978, 207, r.o. 65.

210 Zaak 27/76, *United Brands Co. en United Brands Continentaal BV t. Commissie*, *Jur.* 1978, 207, r.o. 66.

211 Behalve naar marktaandeel wordt ook naar andere factoren gekeken: (i) het aantal directe concurrenten en hun marktaandelen; (ii) de (on)mogelijkheden voor nieuwe bedrijven om tot de markt toe te treden; (iii) de positie van afnemers op de markt; (iv) de omvang en de financiële slagkracht van de betreffende onderneming.

stuk aan bod.²¹² Art. 82 EG bevat een niet-limitatieve opsomming van gedragingen waaruit misbruik kan bestaan. Zo vinden we het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden en het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers. Deze lijst is niet uitputtend, zo wordt maar eens bevestigd in het arrest *Continental Can*.²¹³ Het begrip 'misbruik' wordt breed opgevat, zoals ook blijkt uit *Hoffmann-La Roche*.²¹⁴

"onder de in objectieve zin te verstane term 'misbruik' vallen gedragingen van een dominerende onderneming welke invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt, () en ertoe leiden dat de handhaving op ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie (), wordt tegengegaan "

Het begrip 'misbruik' is bewust ongedefinieerd gelaten in art. 82 EG. Het is opgezet als een flexibel instrument dat toegepast kan worden op een hele reeks van marktgedragingen met een nadelig effect, ongeacht het etiket dat men er op plakt.²¹⁵ Zoals gezegd, de lijst van gedragingen die in art. 82 EG zelf zijn opgesomd zijn geenszins uitputtend. Toch kan men wel een aantal categorieën van misbruik herkennen en benoemen in de toepassingspraktijk van dit artikel.

De klassieke tweedeling in het misbruikvraagstuk valt uiteen in enerzijds misbruiksituaties die leiden tot *uitsluiting* van concurrenten (exclusionair misbruik²¹⁶) en anderzijds misbruiksituaties die leiden tot *uitbuiting* van afnemers, leveranciers of consumenten (exploitatief misbruik). Soms wordt aan deze twee hoofdcategorieën van misbruik²¹⁷ nog een derde categorie

212 Dit is inmiddels wel een klassiek vraagstuk te noemen, waarover veel literatuur beschikbaar is. Zie bijvoorbeeld Ehlermann & Atanasiu 2006a

213 HvJ EG 21 februari 1973, C-6/72 Europemballage Corp en Continental Can t Commissie, *Jur* 1973, I-00215, r.o. 26

214 HvJ EG 13 februari 1979, C-85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG t Commissie, *Jur* 1979 I-461, r.o. 91

215 Zie Weatherill & Beaumont 1999, p. 870

216 Zie over exclusionaire misbruikvormen Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *Pb* 2009, C 45/7, randnr. 32-90

217 Zie voor het onderscheid tussen deze twee categorieën HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche en Co. AG t Commissie, *Jur* 1979, 461; HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands Company en United Brands Continentaal BV t Commissie, *Jur* 1978, 207. Zie over het verschil tussen 'exploitatieve abuses' en 'exclusionary abuses' Sinclair 2004, p. 492

toegevoegd, namelijk structureel misbruik,²¹⁸ maar in feite valt deze afdeling onder het kopje 'uitsluiting'.²¹⁹

Achter de hoofdsorten van misbruik gaan een aantal verschillende typen van misbruik schuil. Het lijstje van misbruikmodi omvat (i) rooftprijzen/'price squeezing' (het hanteren van een prijsklem), (ii) (prijs)discriminatie, (iii) (het hanteren van) excessieve prijzen, (iv) kruissubsidiëring, (v) getrouwheidskortingen²²⁰ en exclusiviteitsovereenkomsten, (vi) 'tying'/'bundling' (koppelverkoop), (vii) leverings- en licentieweigering, en (viii) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling.²²¹ Deze misbruiktypen overlappen elkaar op bepaalde onderdelen en de opsomming is zeker niet uitputtend.

Art. 82 EG bevat een lijst van vier, niet-cumulatieve, misbruikvormen: (a) het opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of andere onbillijke contractvoorwaarden; (b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van gebruikers; (c) het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties ten opzichte van handelspartners, waarbij deze laatste benadeeld worden in het concurrentieproces; (d) het dwingen van handelspartners tot het aanvaarden van bijkomende prestaties, welke geen verband houden met het onderwerp van de voorliggende overeenkomst.

218 Slot, Swaak & Mulder geven als voorbeelden van structureel misbruik het overnemen van een ander bedrijf waardoor de economische machtspositie wordt versterkt, of het overnemen van een octrooiligentie waardoor de laatste mogelijkheid om de betreffende markt te betreden onmogelijk wordt gemaakt. Zie Slot, Swaak & Mulder 2005, p. 118. Zie over kruissubsidiëring die de marktstructuur beïnvloedt (verwerven onderneming met winst uit gereserveerde markt): GvEA 20 maart 2002, zaak T-175/99, UPS Europese SA t. Commissie, *Jur.* 2002, II-1915.

219 Hetzelfde kan gezegd worden van een evt. te onderscheiden vierde categorie, 'predatief' misbruik. Zie voor een indeling in vier categorieën misbruik en voor een nadere uitwerking van de verschillende vormen van misbruik: Ritter & Braun 2004, p. 417-422.

220 De Rechtbank Rotterdam geeft een goed overzicht van de uitgangspunten in de Europese jurisprudentie op het punt van getrouwheidskortingen in Rb. Rotterdam 4 juli 2007, CRV Holding t. NMa, LJN-nr. BA9164, par. 2.3, met verwijzing naar zaak 27/76, United Brands Company t. Commissie, *Jur.* 1978, 207; zaak C-62/86, AKZO Chemie t. Commissie, *Jur.* 1991, I-3359; zaak 322/81, Michelin I, *Jur.* 1983, 3461; zaak T-203/01, Michelin II, *Jur.* 2003, II-4071; zaak C-95/04, British Airways t. Commissie, *Jur.* 2007, I-2331. Een onderneming met een machtspositie is niet zomaar vrij om naar eigen believen getrouwheidskortingen uit te delen of andere premies te hanteren ten opzichte van haar afnemers. Een bedrijf met een dergelijke positie heeft een bijzondere verantwoordelijkheid, en is gebonden aan striktere normen dan een bedrijf zonder dominantie positie.

221 Voor een overzicht en nadere uitwerking van de verschillende typen van misbruik van machtspositie, zie Thompson & O'Flaherty 2008, p. 947-1030.

Naast deze vier categorieën zijn dus nog andere vormen van misbruik mogelijk, al zijn de meeste misbruikactiviteiten wel te categoriseren onder de vier nader omschreven soorten.

3.5.2. De hervorming van art. 82 EG

De Commissie heeft gedurende lange periode²²² een onderzoek uitgevoerd naar de heroriëntatie van art. 82 EG, teneinde de toepassing van dit artikel meer in lijn te krijgen met 'mainstream economics'.²²³ Dit onderzoek is gepaard gegaan met de uitvaardiging van de nodige publicaties van de kant van de Commissie.²²⁴

Voor de hervorming (initiatieven) zijn een aantal redenen te geven. Monti wijst op de coherentie tussen art. 81 en art. 82 EG, die dwingt tot een aanpassing van de applicatie van het laatste artikel. Consumentenwelvaart is meer en meer het richtpunt geworden van art. 81 EG: art. 82 EG kan dan niet achterblijven. Daarnaast heeft geen onderdeel van het mededingingsbeleid van de Commissie zoveel kritiek over zich heen gekregen als de toepassingspraktijk van art. 82 EG.²²⁵ O'Donoghue & Padilla geven als reden voor de hervorming: (i) het gebrek aan helderheid in de tekst van art. 82 EG en het gebrek aan een uniforme benadering van de zijde van de instellingen van de EG (in het bijzonder de Commissie en de Gemeenschapsrechter); (ii) het Commissiebeleid inzake toepassing van de bepaling, dat soms draait om bescherming van concurrenten in plaats van om bescherming van het concurrentieproces; (iii) het feit dat de invloed van de economische wetenschap op de toepassing van art. 82 EG minder groot is dan de invloed op de applicatie van art. 81 EG en de fusiecontrole.²²⁶

Kern van de 'Art. 82 review' is dat een meer economische benadering van art. 82 centraal komt te staan. In de hervormingsplannen zou een art. 82-

222 Zie voor een eerste aanzet tot de hervormingsplannen: Ph. Lowe, 'DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance', Fordham Corporate Law Institute, New York, 2003.

223 Zie Monti 2007, p. 161 en 162.

224 Zie DG Competition discussion paper of December 2005 on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses; Speech 05/537 van Neelie Kroes van 23 september 2005, 'Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82', Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York. Zie ook het EAGCP Report, 'An economic approach to Article 82', July 2005.

225 Zie Monti 2007, p. 162.

226 De Commissie is ook conservatiever onder art. 82 EG dan onder art. 81 EG, waar het gaat om de implementatie van de nieuwste economische inzichten. Zie O'Donoghue & Padilla 2006, p. 17 en 18.

beoordeling meer gebaseerd moeten zijn op de effecten die het gedrag van een dominante onderneming teweeg brengt voor consumenten dan op de vorm die het ondernemersgedrag heeft. Efficiencyoverwegingen zullen steeds belangrijker worden bij de toepassing van art. 82 EG.

In december 2008 heeft de Commissie dan eindelijk een Mededeling uitgebracht met een leidraad voor de toepassing van art. 82 EG in zaken die draaien om exclusionair misbruik.²²⁷ De leidraad geeft een beknopt overzicht van de stand van de Europese beschikkingspraktijk en jurisprudentie op thema's als *exclusive dealing*, *tying and bundling*, *predation*, en *refusal to supply and margin squeeze*. Voor zover al mogelijk in dit type beleidsdocument, komt de Commissie niet met nieuwe inzichten of stappen ten opzichte van de uit de jurisprudentie bekende (en ook in de Mededeling beschreven) *status quo*. Het zijn toch vaak weer concrete zaken die de benodigde scherpte bieden om de misbruikdoctrine verder te ontwikkelen.

3.6. De 'effet utile'-leer

Publiekrechtelijke regels kunnen via de band van de 'effet utile'-doctrine binnen de werking van het communautaire mededingingsrecht komen, wanneer 'de markt' (het ondernemers- of beroepsveld) daadwerkelijk betrokken wordt door de overheid in een regelgevingproces dat de concurrentiemogelijkheden op de markt belemmert, of door de overheid ingeschakeld wordt bij de uitvoering van dergelijke regelgeving.

In Nederland wordt de 'effet utile'-doctrine ook wel aangeduid met de termen 'leer van het nuttig effect' en 'de nieuwe norm'.²²⁸ Ook andere termen circuleren, zoals 'Triad-norm' en 'European State Action Doctrine' ('ESAD').²²⁹

De 'effet utile'-leer betreft de toepassing van art. 3 lid 1 sub g EG jº art.10 EG jº art. 81 of 82 EG, welke combinatie van artikelen de lidstaten verplicht om de effectieve toepassing van de communautaire mededingingsregels niet te ondergraven.²³⁰ Art. 3 EG draagt de Europese Gemeenschap op te

227 Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *Pb.* 2009, C 45/7.

228 Zie Jans e.a. 2002, p. 59.

229 Zie Ritter & Braun 2004, p. 991-999; Ten Have & Mulder 2007, p. 444.

230 Deze combinatie van artikelen, oftewel de 'effet utile'-doctrine, vindt men terug in een lange rij arresten. Zie bijvoorbeeld zaak 13/77, *Inno/ATAB*, *Jur.* 1977, 2115; zaak 311/85, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus t. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, *Jur.* 1987, 3801; zaak 267/86, *Van Eycke*, *Jur.*

voorzien in een regime waardoor wordt verzekerd dat de vrije mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Art. 10 EG bevat het beginsel van de Gemeenschapstrouw. Op basis van dit artikel mogen lidstaten geen handelingen verrichten die de werking van EG-Verdragsartikelen frustreren en het Gemeenschapsbeleid ondergraven. Het mededingingsrecht van art. 81 en 82 EG behoort tot dit Gemeenschapsbeleid. Art. 81 en 82 EG richten zich op gedragingen van ondernemingen. Op lidstaten rust vanuit art. 10 EG dan de verplichting om ondernemingen niet aan te zetten tot overtreding van deze artikelen noch een schending anderszins te faciliteren.

Toepassing van de 'effet utile'-doctrine komt dus in zicht als een lidstaat het tot stand komen van mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen oplegt of begunstigt, dan wel de werking ervan versterkt, of de verantwoordelijkheid voor overheidsinterventie overdraagt aan particuliere marktdeelnemers.²³¹ Voor de toepassing van deze leer is de materiële betrokkenheid van ondernemingen bij de totstandkoming van een mededingingsbeperking noodzakelijk. Is deze betrokkenheid er niet, dan is er geen sprake van een zelfstandige schending van art. 81 of 82 EG en verdwijnt ook de toepassing van de 'effet utile'-leer uit het zicht. Immers, aan een constitutief onderdeel van de verbodsleer wordt dan niet voldaan.

Het Hof van Justitie heeft er in zijn jurisprudentie regelmatig op gewezen dat toepassing van art. 81 en 82 EG afhangt van de vraag of een nationale wettelijke regeling de mogelijkheid van een mededinging openlaat die door autonome gedragingen van de ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst.²³² De kern van deze stelling is duidelijk, al is zij

1988, 4769, zaak C-2/91, Meng, *Jur* 1993, I-5751, zaak C-185/91, Reiff, *Jur* 1993, I-5801, zaak C-245/91, Ohra, *Jur* 1993, I-5851, zaak C-153/93, Delta, *Jur* 1994, I-2517, zaak T-513/93, CNSD t Commissie ('CNSD I'), *Jur* 2000, II-1807, gev zaken T-191/98, T-212/98 tot T-214/98, Atlantic Container Line AB e a t Commissie, *Jur* 2003, II-3275

231 Zie zaak 267/86, Van Eycke, *Jur* 1988, 4769, onder 'Overwegingen van het arrest', bij het antwoord op de eerste en de tweede vraag, zaak C-96/94, Centro Servizi Spediporto, *Jur* 1995, I-2883, r o 20-21, zaak C-38/97, Autotrasporti Librandi/Cuttica spedizioni, *Jur* 1998, I-5955, r o 26 Zie ook zaak C-245/91, Ohra, *Jur* 1993, I-5851, r o 15, zaak C-153/93, Duitsland t Delta Schifffahrts- und Speditiionsgesellschaft, *Jur* 1994, I-2517, r o 14, zaak C-379/92, Peralta, *Jur* 1994, I-3453, r o 21, zaak C-134/94, Esso Espagnola, *Jur* 1995, I-4223, r o 18, zaak C-35/96, Commissie t Italie ('CNSD II'), *Jur* 1998, I-3851, r o 53 Zie verder Ritter & Braun 2004, p 992

232 Zie zaak C-207/01, Altair Chimica/ENEL, *Jur* 2003, I-8875, r o 31, gev zaken C-359/95 P en C-379/95 P, Ladbroke Racing, *Jur* 1997, I-6265, r o 34 Zie voor een korte behandeling van de nuances van deze twee zaken, waarin het Hof de toepassing van de effet utile'-leer wel erg restrictief lijkt te benaderen Paragraaf 2 3 3 1 van Hoofdstuk V

misschien wel erg scherp en iets te eenzijdig geformuleerd. Men kan immers ook situaties bedenken waarin een overheidsregeling een systeem of een afspraak codificeert die door ondernemingen is vormgegeven, maar die nadien geen daadwerkelijke mogelijkheid tot mededinging meer openlaat voor het ondernemersveld: de mededingingsbeperking die in de regeling verankerd zit is dan inhoudelijk wel degelijk afkomstig van de ondernemingen in de sector.

Mocht de 'effet utile'-doctrine niet van toepassing zijn ten aanzien van een bepaald overheidsoptreden, dan kan een lidstaat wellicht wel aangepakt worden op grond van de vrijverkeersbepalingen uit het EG-Verdrag.²³³

Hoever de betrokkenheid van het ondernemersveld nu precies dient te reiken om art. 81 of 82 EG geschonden te achten binnen de toepassing van de 'effet utile'-leer, komt nader aan de orde in de verschillende hoofdstukken van dit boek. Duidelijk is wel dat overheidsoptreden alleen onder de mededingingsbepalingen valt via art. 10 EG als het in relatie staat tot ondernemersgedragingen die zelf inhoud geven aan een bepaalde mededingingsbeperking.

Zoals hierboven al geïndiceerd, zijn er verschillende vormen of categorieën van 'effet utile'-schendingen te onderscheiden in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter:²³⁴ situaties waarin de overheid ondernemingen dwingt om de markt onderling te verdelen, de productie te beperken of gelijke prijzen te hanteren;²³⁵ situaties waarin de overheid de mededingingsbeperkende effecten van prijsafspraken tussen ondernemingen versterkt of handhaaft;²³⁶ situaties waarin de overheid de totstandkoming van een mededingingsbeperkende overeenkomst goedkeurt, faciliteert of aanmoedigt.²³⁷

233 Vgl. zaak 188/86, Lefèvre, *Jur.* 1987, 2963; zaak C-339/89, Alsthom, *Jur.* 1991, 107; gev. zaken C-140/94, C-141/94 en C-142/94, DIP, *Jur.* 1995, I-3257. Zie Barents & Brinkhorst 2006, p. 390.

234 Zie Ritter & Braun 2004, p. 994-996.

235 In de zin dat ondernemingen zich jegens de overheid tot dit soort gedragingen verbinden. Vgl. zaak T-387/94, Asia Motor France e.a. t. Commissie, *Jur.* 1996, II-961.

236 Vgl. zaak C-245/91, Ohra, *Jur.* 1993, I-5851; gev. zaken 209 tot 215 en 218/78, Van Landewyck e.a. t. Commissie ("Fedetab"), *Jur.* 1980, 3125.

237 Vgl. zaak 66/86, Ahmed Saeed, *Jur.* 1989, 803; zaak T-28/90, Asia Motor France I, *Jur.* 1992, II-2285 (in deze zaak werd een klacht over een gezamenlijke mededingingsbeperkende opzet van overheid én ondernemingen overigens afgewezen).

Jans c.s. onderscheidt vier categorieën van 'effet utile'-situaties:

1. Het opleggen door de overheid van met de mededingingsbepalingen strijdige handelingen; onder 'opleggen' wordt verstaan dat een nationale maatregel ondernemingen ertoe dwingt om met de mededingingsbepalingen strijdige handelingen te verrichten, zoals het sluiten van mededingingsbeperkende overeenkomsten of het maken van misbruik van een machtspositie. Duidelijk is wel dat op de nationale maatregel een gedraging van één of meer ondernemingen moet zijn gevolgd.²³⁸
2. Het begunstigen van mededingingsbeperkende handelingen. Van 'begunstigen' is sprake wanneer de nationale maatregel de totstandkoming van overeenkomsten of het misbruik van een machtspositie vergemakkelijkt of bevordert.²³⁹
3. Het versterken van mededingingsbeperkende handelingen. Van 'versterken' is sprake wanneer de overheid zich beperkt tot het overnemen van de elementen van tussen ondernemingen gesloten akkoorden in een overheidsmaatregel en zij ondernemingen tot naleving ervan verplicht of aanzet. De versterkende werking ligt in het feit dat door de opneming in een overheidsmaatregel de afspraak een blijvend karakter krijgt en niet meer door de wil van de partijen kan worden afgeschaft.²⁴⁰
4. Ongeoorloogde delegatie van overheidsgezag aan de marktdeelnemers zelf. Toetsingscriterium hierbij is wie de verantwoordelijkheid draagt voor een maatregel of het beleid. Laat de overheid in een bepaalde regeling de regulering van de markt over aan ondernemingen, dan verliest de regeling haar overheidskarakter en komt het nuttig effect van de mededingingsbepalingen in gevaar.²⁴¹

Onder de 'effet utile'-doctrine valt dus de situatie dat een lidstaat in zijn wetgeving ondernemingen stimuleert of aanzet tot het maken van mededingingsbeperkende afspraken, maar de leer heeft ook betrekking op de situatie dat de overheid een bestaand kartel 'legaliseert' door de betreffende afspraken in overheidsregelgeving vast te leggen.

238 Jans e.a. 2002, p. 59 en 60. Zie ook Craig & De Búrca 2008, p. 1083.

239 Jans e.a. 2002, p. 60. Zie ook Jones & Sufrin 2008, p. 623.

240 Jans e.a. 2002, p. 60 en 61. Zie ook Chalmers et al. 2006, p. 1116 en 1117.

241 Jans e.a. 2002, p. 61 en 62. Zie ook Craig & De Búrca 2008, p. 1083.

De hierboven geschetste vier categorieën zou men ook terug kunnen brengen tot twee hoofdsegmenten, waarbij men de eerste drie groepen samenneemt en daar de vierde categorie naast zet.

De Europese Commissie heeft, afhankelijk van de precieze omstandigheden, de mogelijkheid om in 'effet utile'-situaties zowel de lidstaat aan te pakken op basis van art. 3, 10 en 81/82 EG (via een art. 226-procedure), als de ondernemingen of ondernemersvereniging in kwestie op grond van art. 81/82 EG (via haar handhavingbevoegdheden uit hoofde van Vo. 1/2003).²⁴²

3.7. Art. 86 EG

3.7.1. Inleidende opmerkingen

Art. 86 lid 1 EG schrijft voor dat de lidstaten ten aanzien van openbare bedrijven en ondernemingen met een exclusief recht geen enkele maatregel nemen of handhaven die in strijd is met de regels van het Verdrag, en met name de mededingingsregels.

Dit artikellid vormt eigenlijk een *lex specialis* ten opzichte van art. 10 EG, dat de Gemeenschapstrouw formuleert voor lidstaten. Deze dienen zich op basis van dit beginsel te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag in de weg staan. Tot deze doelstellingen behoort op basis van art. 3 lid 1 sub g EG ook het creëren en handhaven van een regime van onvervalste mededinging.

Het is overigens de vraag of art. 86 lid 1 naar de letter van de bepaling veel toevoegt aan de meer algemeen gestelde, maar desniettemin duidelijke verplichting voor lidstaten conform art. 10 EG. Art. 86 lid 1 zegt in de kern niets anders dan dat lidstaten met betrekking tot openbaar of exclusief gerechtigde bedrijven geen nationale maatregel mogen nemen of handhaven welke in strijd is met de regels van het EG-Verdrag. De bepaling lijkt in zekere zin een open deur in te trappen. Art. 86 EG wordt pas echt interessant als (ook) de toepassing van het tweede lid voorwerp van onderzoek wordt, dat een uitzonderingsbepaling bevat ten bate van *openbare en exclusief gerechtigde ondernemingen*. Indien vaststaat dat deze bedrijven met een bijzondere positie het EG-recht schenden, en een beroep op uitzonderingsbepalingen zoals art. 86 lid 2 niet opgaat, is toerekening van een 'effet utile'-schending conform art. 86 lid 2 aan lidstaten ook mogelijk.

242 Vgl. zaak T-513/93, CNSD t. Commissie ('CNSD I'), *Jur.* 2000, II-1807, en zaak C-35/96, Commissie t. Italië ('CNSD II'), *Jur.* 1998, I-3851.

Dit neemt niet weg dat (mede) in het kader van art. 86 lid 1 uitgebreide theoretische beschouwingen zijn gehouden over achtergrond en werking van het art. 86-concept. Hierover zo direct meer.

Art. 86 lid 2 EG maakt een uitzondering mogelijk op de toepassing van onder meer art. 81 en 82 EG ten aanzien van ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of met een fiscaal monopolie.²⁴³ Deze uitzondering geldt alleen voor zover de toepassing van het betreffende artikel de vervulling in feite of in rechte van de aan de ondernemingen toevertrouwde bijzondere taak verhindert. Om te kunnen profiteren van de vrijstelling van art. 86 lid 2 dient tenminste één van de bij de kartelovereenkomst betrokken ondernemingen of de betrokken ondernemersvereniging hetzij bij wettelijk voorschrift, hetzij door een bestuursorgaan belast te zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang.

Uit de jurisprudentie blijkt dat een beroep op de in art. 86 lid 2 vervatte exceptie openstaat voor zowel lidstaten als ondernemingen aan wie een bijzondere taak is toevertrouwd.²⁴⁴ Normaliter zal bij toepassing van het communautaire antitrustrecht de bepaling ingeroepen worden door een onderneming die een schending van art. 81 of 82 EG tegengeworpen krijgt.

Tot de late jaren tachtig van de vorige eeuw heeft de Commissie slechts zeer sporadisch gebruik gemaakt van art. 86 lid 2 EG. De reden hiervoor was dat deze bepaling in potentie van toepassing was op een uiteenlopende reeks van politiek gevoelige situaties in de lidstaten.²⁴⁵ De Commissie was dan ook huiverig voor het gebruik van de bepaling. De gelegenheden waarbij het Hof van Justitie zich over art. 86 lid 2 uitliet, vloeiden voort uit prejudiciële vragen van nationale rechters.²⁴⁶ Vanaf het begin van de jaren negentig is de Commissie zich (naar buiten toe) meer gaan bezighouden met deze bepaling.

243 Art. 86 lid 2 EG wordt algemeen gezien als een exceptie. Baquero Cruz hanteert een afwijkende benadering en bestempelt de bepaling als een "binary- or switch-rule that establishes the conditions for the application or non-application of the Treaty with regard to situations involving undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest". Zie Baquero Cruz 2005, p. 176.

244 Zie zaak C-179/90, *Porto di Genova*, *Jur* 1991, I-5889 en zaak C-157/94, *Commissie t. Nederland*, *Jur* 1997, I-5699. Zie Van de Gronden 2007, p. 409.

245 Temple Lang 2005, p. 46.

246 Temple Lang 2005, p. 46.

Zowel art. 86 lid 1 als lid 2 heeft directe werking, mits de verbodsbepaling uit het EG-Verdrag die verbonden wordt met art. 86 EG ook rechtstreekse werking heeft.²⁴⁷

Art. 86 lid 3 EG geeft de Commissie de bevoegdheid om passende richtlijnen en beschikkingen te richten tot de lidstaten. In deze bepaling is dus sprake van een attributie van regelgevende bevoegdheid aan de Commissie.

Toch is deze competentie beperkt van aard, aldus Baquero Cruz. De Commissie zou slechts bevoegd zijn om verplichtingen te specificeren die reeds voortvloeien uit andere Verdragsbepalingen; geheel nieuwe verplichtingen kan zij volgens Baquero Cruz niet introduceren. Art. 86 lid 3 vormt daarmee een aanvulling op de bevoegdheden van de Commissie onder art. 226 EG (de inbreukprocedure) en leent zich in die zin voor preventief gebruik. Het biedt de Commissie de mogelijkheid om bestuurlijke, interpretatieve regels uit te vaardigen.²⁴⁸

Buendia Sierra hanteert, mijns inziens terecht, een ruimere interpretatie van de regelgevende competentie van de Commissie onder art. 86 lid 3 EG. Volgens hem zijn het vooral politieke overwegingen die de Commissie nopen tot een terughoudend gebruik van haar bevoegdheden op basis van deze bepaling. Dit neemt niet weg dat de Commissie het regelgevingstraject van art. 86 lid 3 kan gebruiken als drukmiddel om ontwerpverplichtingen aangenomen te krijgen (door Raad en Parlement) onder art. 95 EG.²⁴⁹

3.7.2. Enige theorieën over de toepassing van art. 86 EG

Art. 86 lid 1 EG stelt dat lidstaten met betrekking tot ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen geen enkele maatregel nemen of handhaven welke in strijd is met de regels van het EG-Verdrag. Deze zin bevat, gemeten naar de hoofddoelen van het EG-Verdrag, een zekere tegenstelling. Aangezien het EG-Verdrag, in ieder geval in zijn oorspronkelijke opzet, in de kern is gericht op het tot stand brengen van één Europese markt waar ondernemingen onder uniforme condities met elkaar kunnen concurreren, gaat het enkele verlenen van exclusieve of bijzondere rechten aan bedrijven eigenlijk al in tegen de doelstellingen van

²⁴⁷ Zie o.a. zaak 127/73, BRT t. Sabam II, *Jur.* 1974, 313; zaak 155/73, Sacchi, *Jur.* 1974, 409; zaak C-41/90, Höfner en Elser t. Macrotron, *Jur.* 1991, I-1979; zaak C-260/89, ERT t. DEP, *Jur.* 1991, I-2925. Zie verder over het onderwerp van directe werking van art. 86 lid 2 EG (en voor enige kanttekeningen bij het hierboven vermelde uitgangspunt): Jones & Sufrin 2004, p. 584; Baquero Cruz 2005, p. 172.

²⁴⁸ Baquero Cruz 2005, p. 198-204. Zie ook Soriano 2003, p. 122 en 123.

²⁴⁹ Buendia Sierra 1999, p. 425-430.

de vrije interne markt en de onvervalste concurrentie.²⁵⁰ Toch is de verlening van een bijzonder of uitsluitend recht aan een onderneming naar de tekst van art. 86 lid 1 EG op zich (nog) niet verboden.²⁵¹ De jurisprudentie bevestigt dit uitgangspunt.²⁵² Bij het gebruik of de uitoefening van het recht komt het communautaire recht echter wel om de hoek kijken. Via deze (om)weg komt tevens de verlening van een recht door de overheid weer in het vizier van het Europese recht.

Op deze wijze kunnen de Europese Commissie en het Hof van Justitie toch een bepaalde controle uitoefenen over de verstrekking van bijzondere en exclusieve rechten door lidstaten, en hoeven zij zich niet bij voorbaat neer te leggen bij de onaantastbaarheid van de nationale monopolies. Het is wel de vraag binnen welk stramien een afweging omtrent (de proportionaliteit van) de verlening en omvang van monopolies door lidstaten plaatsvindt.

Abdullah Khan constateert dat sinds het *Telecom I*-arrest²⁵³ ook de noodzaak van een wettelijk monopolie zelf kan worden beoordeeld onder art. 86 EG. Art. 86 EG zou niet enkel gericht zijn op de regulering van gedrag van wettelijke monopolies (monopoliehouders), maar ook op de structuur van deze monopolies. Hiermee heeft de exceptie van art. 86 lid 2 EG in hoge mate een politieke dimensie toegevoegd gekregen, aldus Abdullah Khan. Niet langer gaat het uitsluitend om de beoordeling van gedragingen van een monopolist, maar om de vraag of het wettelijk monopolie zelf, alles in aanmerking genomen, al dan niet intact kan blijven.²⁵⁴

250 Het behalen van een machtspositie door een onderneming hoeft op zich niet verboden te zijn onder het mededingingsrecht, indien dit maar op eigen kracht geschiedt. Maar in geval bedrijven een monopoliepositie bereiken door fusies of door ingrijpen van de overheid, is het mededingingsrecht een stuk argwanender.

251 Art. 86 lid 1 EG veronderstelt de creatie van juridische monopolies bij ondernemingen door lidstaten, om vervolgens toe te voegen dat lidstaten geen enkele maatregel mogen nemen met betrekking tot deze ondernemingen welke in strijd is met de regels van het EG-Verdrag. Het verlenen van een monopolie aan een bedrijf, is dus niet *a priori* verboden.

252 Zie bijvoorbeeld zaak 155/73, Sacchi, *Jur.* 1974, 409, r.o. 14.

253 Zaak C-202/88, Frankrijk t. Commissie ("Telecom I"), *Jur.* 1991, I-1223.

254 Abdullah Khan 2002, p. 224 en 225. Bij deze analyse van Abdullah Khan moet aantekend worden dat het Europese recht zich wel meer direct bemoeit met de houdbaarheid van door lidstaten uitgevaardigde maatregelen. Het communautaire vrijverkeersrecht heeft betrekking op de Europeesrechtelijke rechtmatigheid van nationale wetgeving, hoe belangrijk lidstaten deze wetgeving soms ook vinden. Aldus ontbreekt een politieke dimensie niet aan de toepassing van de Verdragsrechtelijke vrijverkeersbepalingen.

Art. 86 EG is een gecompliceerd artikel, zowel qua opmaak als strekking. De interpretatie van het artikel hangt mede af van de invalshoek van waaruit men de artikelbepalingen benadert. Edward en Hoskins identificeren vier mogelijke benaderingen inzake Gemeenschapsrechtelijke controle vanuit art. 86 EG op het bestaan van juridische monopolies. Deze benaderingen klinken door in zowel het verbod van art. 86 lid 1 als in de exceptie van art. 86 lid 2:

1. 'The Absolute Sovereignty approach': Lidstaten hebben een exclusieve competentie inzake de toekenning van juridische monopolies aan ondernemingen.
2. 'The Limited Sovereignty approach': Lidstaten zijn vrij om juridische monopolies toe te kennen, mits de uitvoering van het monopolie niet de *noodzakelijke* consequentie heeft dat het de regels van het EG-Verdrag schendt.
3. 'The Absolute Competition approach': De loutere toekenning van een juridisch monopolie aan een onderneming is een 'per se' overtreding van art. 86 lid 1 EG, aangezien de lidstaat de onderneming in kwestie in een machtspositie plaatst, vrij van normale marktdruk, zodat deze onderneming kan overgaan tot misbruikactiviteiten.
4. 'The Limited Competition approach': Lidstaten mogen alleen juridische monopolies creëren wanneer dit is gerechtvaardigd door een legitieme nationale doelstelling en wanneer de daaruit voortvloeiende mededingingsbelemmeringen strikt noodzakelijk zijn voor het bereiken van de doelstelling.²⁵⁵

De eerste en de tweede benadering kijken naar het probleem vanuit het perspectief van de competentie van de lidstaten. De derde en de vierde benadering doen dat vanuit het perspectief van de toepassing van het EG-mededingingsrecht.

De 'Absolute Sovereignty approach' gaat geheel uit van de vrijheid van de lidstaten, terwijl de 'Absolute Competition approach' de behoefte aan een vrije mededinging tot enig uitgangspunt neemt.²⁵⁶ De twee benaderingen bevinden zich op de uiterste weerszijden van het spectrum en lijken daarmee te absoluut van aard om een goede afweging van belangen in rechte mogelijk te maken.

255 Edward & Hoskins 1995, p. 159.

256 Edward & Hoskins 1995, p. 159.

Absolute soevereiniteit voor lidstaten bij het verstrekken van speciale of exclusieve rechten aan ondernemingen bestaat niet onder het Gemeenschapsrecht. Art. 86 lid 1 EG mag dan het bestaan van ondernemingen met zulke rechten vooronderstellen, dit betekent niet dat speciale of exclusieve rechten ook automatisch verenigbaar zijn met het EG-Verdrag. Dit hangt af van verschillende regels, waarnaar in art. 86 lid 1 EG wordt verwezen.²⁵⁷

Aan de andere kant is van een communautair totaalverbod op het creëren van een machtspositie bij een onderneming middels het toekennen van een juridisch monopolie, ook geen sprake. Het tweede lid van art. 86 richt zich op de regulering van de voorwaarden waaronder bepaalde ondernemingen, waaronder ook bedrijven met exclusieve rechten, mogen opereren. Het gaat dan niet om het bestaan van monopolies op zich, maar eerder over de regelgeving die er omheen hangt en de wijze van uitvoering die aan een wettelijk monopolie wordt gegeven.

Een aantekening die hier past, is dat zelfs in een puur economische analyse het bestaan van een monopolie soms de beste oplossing kan zijn. Zo kan het fysiek of financieel onmogelijk zijn om een natuurlijk monopolie te dupliceren. Een natuurlijk monopolie doet zich voor als er bij de productie van een bepaald goed schaalvoordelen optreden zodanig dat de marktvraag vanuit het oogpunt van kostenefficiëntie beter door één onderneming kan worden bediend dan door meerdere ondernemingen. Of korter: een natuurlijk monopolie is een monopolie dat economisch efficiënter is dan vrije mededinging.²⁵⁸ Het zou dan contraproductief zijn om nationale wetgeving die gericht is op het instellen of in stand houden van een dergelijk monopolie (en daarbij ongetwijfeld ook nader ingaat op de exploitatie ervan) *a priori* te verbieden onder het Gemeenschapsrecht.²⁵⁹

De gulden middenweg moet komen van 'The Limited Sovereignty approach' of van 'The Limited Competition approach'. Vraag is welke van beide wegen dan het juiste pad vormt.

De eerste benadering komt duidelijk naar voren in het *Höfner*-arrest: als een openbaar bedrijf (onderdelen van) een in nationale regelgeving toebedeelde exclusieve taak niet naar behoren uit kan voeren, en absoluut niet in staat is om de markt bepaalde diensten aan te bieden waaraan behoefte bestaat, wordt deze onderneming in feite door nationaal recht gedwongen om haar machtspositie te misbruiken. In dat geval schendt de

257 Zie zaak C-202/88, Frankrijk t. Commissie, *Jur.* 1991, I-1223, r.o. 22.

258 Zie Hugenholtz 2003, p. 204.

259 Edward & Hoskins 1995, p. 164.

lidstaat art. 86 lid 1 EG.²⁶⁰ Bij de 'Limited Sovereignty approach' komt nationale wetgeving dus (pas) onder de werking van art. 86 lid 1 EG, indien het openbare bedrijf niet toegerust is op de exclusieve taak waarmee het wordt belast, of als het gedwongen wordt om te discrimineren in zijn dienstverlening.²⁶¹

Deze benadering is vrij terughoudend. Lidstaten kunnen toepassing van de Verdragsregels voorkomen als ze zorgen dat hun openbare ondernemingen in ieder geval de markt goed bedienen op de hun toebedeelde taken en daarbij niet (direct) discrimineren in hun dienstverlening.

Onder de 'Limited Competition approach' moet de creatie van een juridisch monopolie (a) worden gerechtvaardigd door een legitieme nationale doelstelling en (b) voldoen aan het beginsel van proportionaliteit. Dit laatste houdt in dat de mededingingsbeperking die gepaard gaat met het bestaan van het monopolie niet verder gaat dan noodzakelijk is om de doelstelling te verwezenlijken.²⁶²

De 'Limited Sovereignty approach' weerspiegelt de opmaak en structuur van art. 86 EG beter dan de 'Limited Competition approach'. De 'Limited Competition approach' lijkt echter weer beter aan te sluiten bij doel en strekking van het EG-Verdrag.²⁶³

De Gemeenschapsrechter is terughoudend om al te hard in te grijpen in door de lidstaten ingestelde staatsmonopolies en/of openbare ondernemingen.²⁶⁴ Deze benadering sluit aan bij de 'Limited Sovereignty approach'. Met de terughoudende opstelling van de Gemeenschapsrechter onder art. 86 EG wordt ook tegemoet gekomen aan de kritiek van Abdullah Khan dat er binnen het EG-Verdrag geen plaats is voor rechterlijke marktliberalisering, omdat dit proces te politiek van aard zou zijn en bovendien aan geen enkele instelling in het EG-Verdrag expliciet een specifieke bevoegdheid tot marktliberalisering is verleend.²⁶⁵

260 Zie zaak C-41/90, Höfner, *Jur.* 1991, I-1979, r.o. 27-29.

261 Zie zaak C-18/93, Corsica Ferries, *Jur.* 1994, I-1783; zaak C-242/95, GT-Link AS t. DSB, *Jur.* 1997, I-4449.

262 Edward & Hoskins 1995, p. 164-166, met een verwijzing naar zaak 155/73, Sacchi, *Jur.* 1974, 409 en zaak C-230/91, Corbeau, *Jur.* 1993, I-2533.

263 Edward & Hoskins 1995, p. 167.

264 Zie Edward & Hoskins 1995, p. 172 en 173, die drie punten aanstippen die maken dat de Gemeenschapsrechter terughoudend is in zijn toetsing van nationale regelgeving omtrent de verstrekking van exclusieve rechten, waaronder het typische karakter van de prejudiciële vraagstellingprocedure.

265 Abdullah Khan 2002, p. 234; vgl. ook p. 221-227.

Uiteindelijk zijn de termen 'Limited Sovereignty approach' en 'Limited Competition approach' labels om een bepaalde aanpak van de Gemeenschapsrechter bij de toepassing van art. 86 EG nader te duiden. Het is de vraag of deze aanpak uniform genoeg is om te kunnen spreken van één benadering in alle art. 86-zaken. Tevens is het de vraag of de beschreven categorieën verfijnd genoeg zijn om het toetsingsproces weer te geven dat daadwerkelijk plaatsvindt in art. 86-zaken. Een nadere behandeling van de verschillende voorwaarden van art. 86 lid 2 werpt meer licht op de precieze afwegingen van de Gemeenschapsrechter.

3.7.3. De zes voorwaarden van art. 86 lid 2 EG

Art. 86 lid 2 noemt zes voorwaarden voor toepassing: (1.) de ondernemingen (2.) belast (3.) met het beheer van diensten van algemeen economisch belang (5.) vallen onder de regels van het Verdrag, voorzover (4.) de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert; (6.) de ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. Advocaat-Generaal Léger heeft deze voorwaarden kort maar bondig uitgelegd in zijn Conclusie bij het *Wouters*-arrest.²⁶⁶ De hierna volgende toelichting op de criteria volgt zijn uitleg.

Eerste voorwaarde

De eerste voorwaarde levert doorgaans geen problemen op. Het begrip onderneming in deze bepaling heeft dezelfde betekenis als in art. 81 en 82 EG. In het *Höfner*-arrest is het begrip onderneming voor het communautaire mededingingsrecht uniform, en zeer ruim, gedefinieerd. Art. 86 lid 2 EG is derhalve van toepassing op alle ondernemingen, openbare zowel als particuliere.²⁶⁷

Tweede voorwaarde

De tweede voorwaarde veronderstelt dat de onderneming krachtens een overheidsbesluit is 'belast' met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang.²⁶⁸ In principe vormt de enkele uitoefening van een geregementeerde activiteit onder overheidstoezicht onvoldoende grond om

266 Zie Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 157 e v.
267 Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 159.

268 Zie over de 'dienst van algemeen economisch belang' ook Paragraaf 3.10.2 van dit hoofdstuk

een organisatie onder de werkingssfeer van art. 86 lid 2 EG te brengen, ook al is het toezicht op die organisatie scherper. De onderneming in kwestie moet wel degelijk specifiek door een overheidsinstantie zijn belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, in welke vorm dat dan ook mag zijn.

Oorspronkelijk heeft het Hof van Justitie aangegeven dat art. 86 lid 2 EG een bepaling is die onder bepaalde omstandigheden een derogatie aan de Verdragsregels mogelijk maakt en daarom een strikte uitlegging behoeft van de ondernemingen die zich op de bepaling kunnen beroepen. Vast moet echt staan dat bedrijven krachtens een overheidsbesluit met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast.²⁶⁹

In de loop van zijn rechtspraak heeft de Gemeenschapsrechter zijn eisen betreffende het bestaan van een formeel overheidsbesluit aanmerkelijk versoepeld. Het uitgangspunt was al dat art. 86 lid 2 EG niet noodzakelijkerwijs een wet of bestuursbesluit vereiste, maar dat de handeling van openbaar gezag ook een eenvoudige publiekrechtelijke concessie kon zijn. Het Hof van Justitie heeft vervolgens in het *Albany*-arrest (impliciet) beslist dat een onderneming (in casu een bedrijfspensioenfonds) was belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, op basis van de overweging dat de sociale partners dit fonds in het leven hadden geroepen en de overheid verzochten de aansluiting bij dit fonds verplicht te stellen.²⁷⁰

Het Hof van Justitie heeft verder verklaard dat:

"gelet op het [] belang van de lidstaten hen niet [kan] worden verboden, dat zij bij hun definitie van de diensten van algemeen economisch belang waarmee zij bepaalde ondernemingen belasten, rekening houden met doelstellingen die verband houden met hun nationaal beleid, en trachten deze te verwezenlijken door middel van verplichtingen en feitelijke beperkingen [cursivering door auteur, JH] die zij deze ondernemingen opleggen"²⁷¹

Toch betekent dit niet dat de lidstaten *carte blanche* krijgen. In de zaak *Porto di Genova* heeft het Hof van Justitie aangegeven dat een economische activiteit met een algemeen economisch belang van andere economische activiteiten moet worden onderscheiden.²⁷² Een onderneming kan dus niet zo

269 Zie zaak 127/73, BRT t Sabam II, *Jur* 1974, 313, r.o. 19 en 20

270 Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 160

271 Zaak C-157/94, Commissie t Nederland, *Jur* 1997, I-5699, r.o. 40

272 Zaak C-179/90, Porto di Genova, *Jur* 1991, I-5889, r.o. 20 Zie voor een korte toelichting op de voorwaarde 'belast met een dienst van algemeen economisch belang' ook de Nederlandse staatssteunbeschikking van de Commissie N 541/2004 en N

maar aanvoeren dat zij een bijzondere taak toevertrouwd heeft gekregen of met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang is belast door de overheid. Hiervoor dient substantieel bewijs aanwezig te zijn.²⁷³

Derde voorwaarde

Wat de derde voorwaarde aangaat, ontbreekt in de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter een definitie van het begrip 'dienst van algemeen economisch belang'. Het staat vast, dat de activiteiten van de onderneming een algemeen (economisch) belang moeten dienen dat deze activiteiten onderscheidt van andere economische verrichtingen. Het Hof van Justitie heeft verschillende uitdrukkingen gebruikt voor de in art. 86 lid 2 bedoelde diensten: dienst van algemeen belang, universele dienst, openbare dienst.²⁷⁴ Het begrip 'algemeen belang' heeft in de ogen van de Gemeenschapsrechter dezelfde betekenis als het begrip 'openbaar belang'.²⁷⁵

De Commissie definieert het begrip 'dienst van algemeen economisch belang' als volgt:

"[] diensten van economische aard, waarvoor de lidstaten of de Gemeenschap op grond van een criterium van algemeen belang openbaredienstverplichtingen van toepassing verklaren. Het begrip betreft dus voornamelijk bepaalde diensten die worden verleend door de grote netwerkindustriën. De term heeft evenwel ook betrekking op alle andere economische activiteiten, waarop openbaredienstverplichtingen van toepassing zijn."²⁷⁶

Openbaredienstverplichtingen zijn

"door de overheid aan de dienstverlener opgelegde verplichtingen om te waarborgen dat aan bepaalde doelstellingen van algemeen belang wordt voldaan, [] Deze verplichtingen kunnen op communautair, nationaal of regionaal niveau gelden."

Het begrip 'dienst van algemeen belang' heeft in de woorden van de Commissie een bredere betekenis dan 'diensten van algemeen economisch belang' en heeft betrekking op zowel marktgerichte als niet-marktgerichte

542/2004, 'Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem', van 3 mei 2005, C(2005) 1329fin, par. 421

273 Zie Meulman 2004, p. 105

274 Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 161

275 Zaak C-185/91, Reiff, *Jur.* 1993, I-5801, r.o. 41

276 Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2004) 374 def., Bijlage 1

diensten die de overheid van algemeen belang acht en waarvoor specifieke openbardienstverplichtingen gelden.²⁷⁷

De term 'openbare dienst' is "minder nauwkeurig, kan verschillende betekenissen hebben en daarom tot verwarring leiden. Soms verwijst de term naar het gegeven dat een dienst wordt aangeboden aan het publiek, soms wordt ermee aangeduid dat aan een dienst een bijzondere rol in het algemeen belang is toegekend en dan weer heeft deze betrekking op het eigendomsrecht of de rechtspositie van de entiteit die de dienst verricht."²⁷⁸ De Commissie is dus geen groot voorstander van dit begrip.

Van de term universele dienstverlening bestaat de meest uitgewerkte definitie in het EG-recht, stammend uit de EG-harmonisatiewetgeving voor de telecomsector en de post:

'Een universele dienst is een in secundair recht nader gedefinieerd minumpakket van diensten van een bepaalde kwaliteit dat voor alle gebruikers, ongeacht hun geografische locatie beschikbaar is voor een in het licht van de specifieke nationale omstandigheden betaalbare prijs'²⁷⁹

Devroe ontleedt de vier kernelementen van deze definitie als volgt:

- (i) 'minumpakket van diensten': de vaststelling van de omvang van dit minumpakket en daarmee van de omvang van de universele dienst is een uiterst subjectieve (politieke) en evolutieve bezigheid. De politiek beslist, de rechter controleert slechts.
- (ii) 'voor alle gebruikers, ongeacht hun geografische locatie beschikbaar is': hier ziet men het verbod op uitsluiting dat in dezen fungeert als correctie op het vrijemarktmechanisme.
- (iii) 'bepaalde kwaliteit': hier gaat het doorgaans om de eis van een goede kwaliteit, die in regelgeving nader omschreven en uitgewerkt kan worden.
- (iv) 'betaalbare prijs': prijzen moeten voor alle burgers betaalbaar zijn, maar een zekere prijsdifferentiatie ten aanzien van gebruikers is met dit element niet verboden.²⁸⁰

277 Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2004) 374 def., Bijlage 1

278 Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2004) 374 def., Bijlage 1

279 Zie art 2 sub j van Richtlijn 2002/21 (Kadernichtlijn voor elektronische-communicatienetwerken), *Pb* 2002, L 108/33, art 2 lid 4 van Richtlijn 90/387/EEG, *Pb* 1990, L 192/1, zoals vervangen door art 1 lid 2 van Richtlijn 97/51/EG, *Pb* 1997, L 295/23, art 2 lid 1 sub g van Richtlijn 97/33/EG, *Pb* 1997, L 199/32, art. 2 lid 2 sub f van Richtlijn 98/10/EG, *Pb* 1998, L 101/24, art 3 van Richtlijn 97/67/EG, *Pb* 1998, L15/14

280 Devroe 2000, p 83

De termen universele dienstverlening en dienst van algemeen economisch belang zijn in ieder geval duidelijker dan het begrip openbare dienst, dat te veel een organieke connotatie en 'nationalistisch' karakter heeft.²⁸¹ De EG-Verdragstekst (art. 86 EG) gebruikt vooralsnog de term 'dienst van algemeen economisch belang'. Met het oog op de wijze waarop de Gemeenschapsrechter art. 86 EG tot dusverre heeft toegepast, zou 'universele dienstverlening' wellicht het meest functionele begrip zijn,²⁸² maar de Verdragsopstellers hebben niet voor deze term gekozen.

De diensten van algemeen belang die op een *niet-economische* wijze worden aangeboden vallen normaliter buiten de werking van het economische EG-recht; de diensten van algemeen belang die op een *economische* wijze worden aangeboden, krijgen daarentegen onverbiddelijk te maken met het communautaire recht. Dit onderscheid komt ook terug in de toepassing van art. 86 EG.

De term 'economisch' bakent de werking van art. 86 lid 2 EG af, in de zin dat deze uitzonderingsbepaling alleen van toepassing is op diensten van algemeen belang die in een economische vorm gegoten zijn. Typische overheidstaken als de uitgifte van paspoorten behoren (vooralsnog) niet tot deze categorie.²⁸³

Dit neemt niet weg dat er vele diensten zijn waaraan een overheid een specifiek algemeen belang verbindt, die gewoon een economische uitvoering hebben. Voor dit soort diensten staat het uitzonderingsinstrument van art. 86 lid 2 EG in beginsel open. Overigens, waar de Verdragsrechtelijke verboden zich in beginsel concentreren op economische activiteiten, zullen niet-economische diensten *a priori* buiten hun toepassing vallen. Een beroep op een exceptie zoals art. 86 lid 2 EG is dan niet nodig. Voor de praktische toepassing van art. 86 lid 2 is de term 'economisch' daarmee niet erg onderscheidend.²⁸⁴

Het is in de eerste plaats aan de lidstaten om de inhoud van hun diensten van algemeen economisch belang te definiëren. Zij beschikken daartoe over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid. Art. 86 EG bevat geen verbod

281 Devroe 2000, p. 87

282 Zie het scherpe betoog van Devroe 2000, p. 82-95. Zie vooral Devroe's opsomming van de 'tien geboden' van universele dienstverlening op p. 92 en 93

283 Het gaat dan om overheidsdiensten die op niet-economische wijze aan de burgers worden aangeboden

284 Zo betogen Algera en Sluijs dat het predicaat 'economisch' in de term 'dienst van algemeen economisch belang' geen onderscheidende betekenis heeft. Zie Algera & Sluijs 2007, p. 186

op het in het leven roepen of definiëren van zulke diensten. Het vormt slechts een instrument om het juiste evenwicht te bepalen tussen aan de ene kant het gebruik (door een lidstaat) van bepaalde ondernemingen als middel van economisch, fiscaal of sociaal beleid, en aan de andere kant de belangen van de Gemeenschap bij de naleving van de mededingingsregels en bij de eenmaking van de Gemeenschappelijke markt.²⁸⁵ Inmiddels heeft de Gemeenschapsrechter een groot aantal diensten met een (verondersteld) publiek belang onder de werking van art. 86 lid 2 gebracht, en aldus als diensten van algemeen economisch belang erkend/bestempeld.²⁸⁶

Slot c.s. acht de aanwezigheid van een bijzonder of exclusief recht over het algemeen voldoende grond om aan te nemen dat sprake is van specifieke overheidssturing, en daarmee feitelijk van een dienst van algemeen economisch belang. Als karakteristieken van een dienst van algemeen economisch belang gelden volgens Slot c.s. de aanwezigheid van een (erkend) algemeen belang en de aanwezigheid van specifieke overheidssturing.²⁸⁷ Deze analyse wil overigens niet zeggen dat het aanbieden van een DAEB dan ook automatisch toegestaan is: art. 86 lid 2 kent (nog) meer voorwaarden.

Vierde voorwaarde

Ingevolge de vierde voorwaarde kunnen de met een dienst van algemeen economisch belang belaste ondernemingen aan de toepassing van de mededingingsregels ontsnappen, wanneer die toepassing de vervulling in feite of in rechte van hun bijzondere taak zou verhinderen.²⁸⁸

285 Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 162.

286 Zo heeft het Hof van Justitie als dienstverleners van algemeen economisch belang erkend: televisiemaatschappijen, die een taak van openbaar belang vervullen, luchtvaartmaatschappijen die verplicht zijn onrendabele lijnen te bedienen, een onderneming die met de elektriciteitsvoorziening is belast, een fonds dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling die een essentiële sociale functie vervult in het pensioenstelsel van een staat, het aan de gebruikers ter beschikking stellen van een openbaar telefoonnet, de postbezorging op het nationaal grondgebied, het beheer van bepaalde afvalstoffen ter oplossing van een milieuprobleem en een met het oog op de handhaving van de openbare veiligheid verzekerde universele dienst inzake het vast- en ontmeren van schepen. Daarentegen heeft het Hof geweigerd bepaalde havenwerkzaamheden zonder specifieke aard en sommige, van de universele dienst van de postbezorging te scheiden diensten aan te merken als dienst van algemeen economisch belang. Zie Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 163.

287 Zie Slot, Park & Cuyvers 2007, p. 102 en 104.

288 Zie over de verschillen in terminologie betreffende het woord 'verhinderen' (middels sterker en zwakker taalgebruik) tussen verscheidene taalversies van het EG-Verdrag: Baquero Cruz 2005, p. 185 en 186.

Teneinde een onderneming in staat te stellen het hoofd te bieden aan de beperkingen die voortvloeien uit bepaalde wettelijke verplichtingen die zij moet opvolgen, verlenen overheidsautoriteiten haar vaak uitsluitende of bijzondere rechten. Art. 86 lid 2 EG biedt dan de mogelijkheid om de uit de verlening of de uitoefening van dergelijke rechten voortvloeiende beperkingen van de mededinging en zelfs een uitsluiting van alle mededinging te rechtvaardigen.²⁸⁹

De Gemeenschapsrechter heeft zich wisselend uitgelaten over de vierde voorwaarde. Enerzijds is er de overweging dat zij eng dient te worden uitgelegd. In deze zienswijze volstaat het niet dat de uitvoering van de dienst van algemeen economisch belang wordt belemmerd of bemoeilijkt door de toepassing van art. 81 lid 1 of art. 82 EG: aangetoond moet worden dat de mededingingsbepalingen daadwerkelijk *onverenigbaar* zijn met de uitoefening van een bijzondere taak in het aanbieden van een bepaalde dienst van algemeen economisch belang.²⁹⁰

Anderzijds heeft het Hof van Justitie ook opgemerkt het niet noodzakelijk te vinden dat de toepassing van de mededingingsregels het voortbestaan, de economische levensvatbaarheid of het financiële evenwicht van de onderneming bedreigt. Het volstaat, dat zonder de door de staat toegekende uitsluitende of bijzondere rechten de uitvoering van de aan de onderneming opgedragen bijzondere verplichtingen wordt verhinderd, of dat het behoud van deze rechten noodzakelijk is om de houder ervan in staat te stellen zijn taak te vervullen in economisch aanvaardbare omstandigheden.²⁹¹

Vijfde voorwaarde

Hiermee belandt men bij de vijfde voorwaarde. Volgens de tekst van de bepaling vallen ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de regels van het Verdrag (waaronder ook de mededingingsregels), *voorzover* de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

Van deze bepaling lijkt een zekere neutraliteit uit te gaan: het mededingingsrecht is van toepassing tot het moment dat de uitvoering van diensten van algemeen economisch belang daardoor in gevaar komt. Dit omslagpunt is lastig te bepalen, omdat diensten van algemeen belang zou-

289 Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 164.

290 Vgl. zaak 155/73, Sacchi, *Jur.* 1974, 409, r.o. 15 en zaak T-260/94, Air Inter SA, *Jur.* 1997, II-997, r.o. 134-138.

291 Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 164.

den kunnen gedijen in (markt)omstandigheden waarin een bepaalde mate van concurrentie aanwezig is, en daarbij toch hun sociale doelstellingen blijven bewerkstelligen. Ook is het mogelijk dat de uitvoering van bepaalde onderdelen van een dienst van algemeen economisch belang aan de markt overgelaten zou kunnen worden. Een dergelijke inschatting zal in iedere zaak opnieuw ter beoordeling voorliggen.

Uitgangspunt onder de vijfde voorwaarde is dat beperkingen van de mededinging ten aanzien van andere marktdeelnemers slechts toelaatbaar zijn voorzover zij noodzakelijk zijn om de met een taak van algemeen belang belaste onderneming in staat te stellen die taak te vervullen.²⁹² A-G Léger bestempelt deze beoordelingsmethode als een proportionaliteits-toets. Bij deze toets wordt volgens de A-G nagegaan, of de bijzondere taak van de onderneming niet kan worden vervuld door middel van maatregelen die de mededinging minder beperken: er dient te worden gekozen voor de oplossing die, rekening houdend met de op de onderneming rustende verplichtingen en beperkingen, het minst schadelijk is voor de mededinging.²⁹³ Slot onderscheidt het proportionaliteitsbeginsel en het transparantiebeginsel als nadere criteria die tot de basisbeginselen van het EG-recht behoren en (aldus) ook een rol spelen bij de toepassing van art. 86 lid 2 EG.²⁹⁴

Baquero Cruz voert aan dat de proportionaliteitstoets van art. 86 lid 2 EG in arresten van de Gemeenschapsrechter vooral draait om de geschiktheid en eventueel noodzakelijkheid van een maatregel voor de economische levensvatbaarheid van een onderneming.²⁹⁵ Het beginsel van de evenredigheid (of proportionaliteit *stricto sensu*), als afwegingspodium van naar hun aard verschillende belangen, komt minder aan bod. Door de overduidelijk politieke connotatie van afwegingen betreffende de evenredigheid van een nationale maatregel is deze component sowieso het meest precaire onderdeel van de proportionaliteitstoets *sensu lato*. Een rechter zal zich op dit punt over het algemeen terughoudend opstellen.

Buendia Sierra voert aan dat de proportionaliteitstoets in art. 86 lid 2 EG economisch van aard is. In tegenstelling tot de restrictieve proportionali-

292 Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 165.

293 Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 165.

294 Slot 2003, p. 593.

295 Zie voor een uitgebreide analyse van art. 86-rechtspraak van het Hof van Justitie, en van de beperkte toepassing van het proportionaliteitsbeginsel daarin: Baquero Cruz 2005, p. 185-198.

teitstoets onder art. 30 EG en de 'rule of reason',²⁹⁶ houdt het Hof van Justitie bij art. 86 lid 2 de mogelijkheid open van een meer flexibele interpretatie wanneer universele dienstverlening centraal staat, aldus Buendia Sierra.²⁹⁷ De keuze tussen een restrictieve en een ruime interpretatie van de bepaling ligt in het uitgangspunt dat geen realistisch alternatief mag bestaan voor de verstrekking van een exclusief recht, tegenover het uitgangspunt dat het voldoende is dat alternatieven bestaan die veel moeilijker zijn te organiseren.²⁹⁸ Van belang in het vraagstuk van de toetsingsscherpte is ook het punt hoe diepgaand de studie is (geweest) naar het bestaan van alternatieven voor de bestaande regeling, en hoeveel duidelijkheid EG-instellingen zoals de Commissie hierin hebben geschapen.²⁹⁹

Buendia Sierra noemt als meest typische categorie van de doelstellingen die een plaats kunnen krijgen onder art. 86 lid 2 overigens 'universele dienstverlening'.³⁰⁰ Het is de vraag of de categorisering van dit begrip in een rijtje met andere te onderscheiden soorten DAEB's, altijd even helder is. Zo omschrijft Buendia Sierra de leveringsveiligheid van energie als een aparte categorie, náást universele dienstverlening.³⁰¹ Dit terwijl men leveringsveiligheid ook kan zien als een onderdeel van de universele dienstverleningsdoctrine,³⁰² en energie nu bij uitstek een sector is waar universele dienstverlening een prominente rol speelt. Het lijkt eerder zo te zijn dat 'universele dienstverlening' een omschrijving is van karakters trekken die men terugziet bij een groot aantal 'diensten van algemeen economisch belang'; men zou zich voor kunnen stellen dat bijvoorbeeld ook bepaalde diensten in de gezondheidszorg dit kenmerk met zich dragen.³⁰³

-
- 296 Zie over het fenomeen van de 'rule of reason' Paragraaf 3.9.2 van dit hoofdstuk
- 297 Buendia Sierra 1999, p. 301-306, 337 en 338
- 298 Buendia Sierra 1999, p. 306
- 299 Vgl. Buendia Sierra 1999, p. 335 en 336
- 300 Buendia Sierra 1999, p. 305
- 301 Buendia Sierra 1999, p. 305
- 302 Leveringsgaranties kunnen bijvoorbeeld vallen onder het kopje 'kwaliteit van dienstverlening'
- 303 Het onderscheid dat Buendia Sierra maakt is dus enigszins gekunsteld. Desondanks is het wel begrijpelijk, omdat art. 86 lid 2 EG in potentie ruimte geeft aan zeer uiteenlopende categorieën van belangen en sectorspecifieke eigenschappen. Het is de vraag of deze binnen de bepaling allemaal precies dezelfde behandeling (kunnen) krijgen. Misschien is het duidelijker om in dezen een onderscheid te maken tussen de typisch niet-economische belangen (zoals cultuur en volksgezondheid) enerzijds en de belangen van goed functionerende netwerksectoren (zoals telecommunicatie, energie, vervoer) anderzijds. Al zullen de scherpshijpers ook bij dit onderscheid vraagtekens kunnen stellen.

A-G Léger geeft binnen de proportionaliteitstoets zijn voorkeur aan voor de test van het minst beperkende alternatief: kan de bijzondere taak van de onderneming niet worden vervuld door middel van maatregelen die de mededinging minder beperken?³⁰⁴ Toch is het sterk de vraag of deze test doorgaans wel plaats vindt onder art. 86 lid 2 EG. De Gemeenschapsrechter is over het algemeen terughoudend om te toetsen of lidstaten daadwerkelijk het minst beperkende alternatief hebben gekozen in hun systeem van dienstverlening.³⁰⁵ In de literatuur vindt men dan ook signalen dat uit een analyse van de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter blijkt dat de proportionaliteitstoets in het kader van art. 86 lid 2 EG minder strikt is dan de proportionaliteitstest in het kader van de vrijverkeersbepalingen.³⁰⁶

Ook zijn er auteurs die stellen dat niet-economische belangen in de rechtspraak van het Hof een eigenstandige waarde hebben gekregen onder art. 86 lid 2 en prioriteit krijgen boven marktbelangen.³⁰⁷ Deze analyse is wel erg optimistisch, al komen de echt klassieke rechtsnormen ook in art. 86-jurisprudentie aan bod.³⁰⁸

De achterliggende waarden van 'diensten van algemeen economisch belang' mogen dan een publiek karakter hebben, de beoordeling die de Gemeenschapsrechter uitvoert in zijn rechtspraak richt zich doorgaans niet op een evidente afweging tussen economische en niet-economische belangen. Veeleer gaat het om een terughoudende economische (dat wil zeggen in economische termen gerichte) analyse van de voorliggende nationale maatregel of constructie. Dat daarbij sprake is van een verschuiving van 'obstructing performance' naar 'economically acceptable conditions' of 'economically acceptable conditions',³⁰⁹ doet aan het economische karakter van de afweging niets af. Het feit dat de Gemeenschapsrechter milder is

304 Zie Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 165.

305 Zie bijvoorbeeld zaak C-157/94, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1997, I-5699, r.o. 58. Zie hierover verder: Baquero Cruz 2005, p. 191-195.

306 Zie bijvoorbeeld Van de Gronden 2004b, p. 93.

307 Zie Soriano 2003, p. 121 en 122.

308 Uit de rechtspraak omtrent art. 86 EG blijkt in ieder geval dat (directe) discriminatie in de uitoefening van exclusieve rechten de proportionaliteitstoets nimmer zal doorstaan. Zie zaak 155/73, Giuseppe Sacchi, *Jur.* 1974, 409, r.o. 14. Naast het non-discriminatiebeginsel geldt in dit kader ook nog het verbod van willekeur. Zie Conclusie A-G Jacobs 22 mei 2003 (HvJ EG 16 maart 2004), gev. zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband e.a. t. Ichthyol-Gesellschaft Cordes e.a., *Jur.* 2004, I-2493, r.o. 101, en zaak C-67/96, Albany, *Jur.* 1999, I-5751, r.o. 121.

309 Soriano 2003, p. 121.

geworden in zijn toetsing,³¹⁰ betekent niet meteen dat ook de gevestigde redeneerwijze geheel heeft afgedaan.

De toepassing van art. 86 lid 2 in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter is vooralsnog sterk gericht op economisch-bedrijfsmatige afwijkingen. Dit heeft alles te maken met het type casus waarin de toepassing van art. 86 lid 2 EG tot nu toe aan bod is gekomen.³¹¹ Het gaat dan om universele dienstverleningszaken waarin de continuïteit van de levering van bepaalde goederen of diensten door een onderneming centraal staat – en bedreigd wordt door het fenomeen van 'cherry picking'.³¹² Men kan hier denken aan postbezorging³¹³ en elektriciteitsvoorziening.³¹⁴

Vandaar dat de proportionaliteitsafweging in deze zaken zeer '(bedrijfs)economisch' van aard was, en het leidende criterium niet zozeer was de toets van de minst beperkende maatregelen, als wel de test van economisch aanvaardbare omstandigheden en economisch evenwicht in de bedrijfsvoering van de dienstverlener.³¹⁵ In dit opzicht heeft art. 86 lid 2 EG in de jurisprudentie nog geen uitgebreid 'track record' opgebouwd van toepassing op het gebied van belangen wier behartiging op niet-economische wijze vorm of uitvoering krijgt.³¹⁶

Zesde voorwaarde

Volgens de zesde en laatste voorwaarde ten slotte, mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet worden beïnvloed door een bijzondere ondernemerspositie in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. Het gaat hier om bewijs dat een bedrijf dat een exclusief recht bezit of anderszins een speciale positie bekleedt vanwege de overheid, het

310 Zie ook Abdullah Khan 2002, p. 217 en 218, zie ook p. 221-227

311 Vgl. arresten in zaak C-320/91, Corbeau, *Jur* 1993, I-2533 en zaak C-157/94, Commissie t. Nederland, *Jur* 1997, I-5699

312 'Cherry picking' is het risico dat bij afwezigheid van een systeem van bijzondere taken en exclusieve rechten, ondernemingen alleen die delen van de markt bedienen waar de gunstigste omstandigheden heersen, en de overige delen van de markt laten zitten. Men ziet dit fenomeen bij uitstek terug in netwerksectoren zoals energie en post, waar bedrijven zich het liefst richten op drukbevolkte gebieden, en de laagbevolkte gebieden bij voorkeur links zouden laten liggen. Zie Van de Gronden 2005, p. 88

313 Zaak C-320/91, Paul Corbeau, *Jur* 1993, I-2533

314 Zaak C-393/92, Gemeente Almelo e.a. t. Energiebedrijf IJsselmi, *Jur* 1994, I-1477, en zaak C-157/94, Commissie t. Nederland, *Jur* 1997, I-5699

315 Vgl. zaak C-320/91, Corbeau, *Jur* 1993, I-2533, r.o. 16 en 17. Zie ook Belhadj, Evans & Van de Gronden 2007, p. 142

316 Vgl. Ritter & Braun 2004, p. 977

intracommunautaire handelsverkeer daadwerkelijk schaadt.³¹⁷ Een loutere invloed op de handel tussen lidstaten is niet voldoende. Deze laatste maatstaf vindt men immers al terug in de verboden van art. 81 en 82 EG zelf, en hoeft dus niet herhaald te worden.

Het zesde criterium is vergelijkbaar met de voorwaarde uit art. 30 EG dat de nationale regel geen middel tot willekeurige discriminatie mag vormen, noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten.³¹⁸ Normaliter zal dit criterium geen roet meer in het eten gooien, wanneer degene die zich op art. 86 lid 2 EG beroept heeft aangetoond dat aan de andere exceptievoorwaarden van de verboden is voldaan. De Commissie heeft in sommige zaken wel gepoogd om met een beroep op dit criterium toepassing van (de uitzondering van) art. 86 lid 2 tegen te houden, maar was hierin niet succesvol.³¹⁹

3.8. De jurisprudentiële uitzonderingsinstrumenten

Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak exceptiemethoden geformuleerd voor art. 81 en 82 EG die niet zijn verbonden met de Verdragsrechtelijke uitzonderingsbepalingen, maar een plaats hebben verworven náást de 'wettelijke' uitzonderingsinstrumenten. De volgende Paragrafen bevatten een beschrijving van en toelichting op deze benaderingen uit de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter.

3.8.1. *Verschillende exceptiemethoden in de rechtspraak van het Hof van Justitie*

Naast de exceptiebepalingen die zijn opgenomen in het EG-Verdrag zelf, heeft de Gemeenschapsrechter een aantal methoden en technieken ontwikkeld in zijn rechtspraak om de botsing tussen het (economische) interne markt-recht en andersoortige belangen op te lossen. De literatuur heeft deze methoden nader geanalyseerd en geëxpliciteerd.³²⁰

317 Vgl. Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 166.

318 Zie Jones & Sufrin 2004, p. 583.

319 Zie zaak 157/94, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1997, I-5699, r.o. 66-72, en zaak C-159/94, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 1997, I-5815, r.o. 109-116. Zie Jones & Sufrin 2004, p. 583.

320 Van de Gronden en Mortelmans hebben overigens ooit gepleit voor de invoering van een algemene integratiebepaling voor niet-economische belangen aan het begin van het EG-Verdrag – tot nu toe zonder resultaat. Zie Van de Gronden & Mortelmans 2001, p. 338.

De 'rule of reason' is waarschijnlijk het bekendste instrument, maar er zijn meer methoden en andere typeringen. Zo onderscheidt Mortelmans de *Brentjens*-route, de inherente benadering en het meeneembeleid.³²¹

De *Brentjens*-route betreft een specifieke uitzondering voor het gebied van de sociale politiek, waarmee cao's buiten de werking van het mededingingsrecht werden geplaatst wegens hun aard en hun doel.³²² Het Hof onttrekt in de arresten *Albany*, *Brentjens* en *Drijvende Bokken* bepaalde afspraken op sociaal gebied in hun geheel aan de werking van art. 81 lid 1 EG.³²³

De Gemeenschapsrechter heeft zich in deze casuïstiek laten inspireren door de Verdragsartikelen over sociale politiek. Het ging daarbij vooral om art. 137 EG en art. 139 EG, en ook art. 1 van de Overeenkomst over Sociale Politiek. De genoemde Verdragsartikelen handelen o.a. over de uitvoering van richtlijnen door sociale partners en over de dialoog tussen sociale partners. Het kartelverbod blijft buiten toepassing in geval van toepasselijkheid van twee groepen Verdragsbepalingen van gelijke rang, indien op basis van feiten en omstandigheden geconcludeerd kan worden dat bepaalde overeenkomsten in het maatschappelijk verkeer naar hun aard en doel buiten art. 81 lid 1 EG vallen, aldus het Hof.³²⁴ Belangrijk hierbij is ook dat het fenomeen van sociaal overleg³²⁵ een voorname, zo niet essentiële rol speelt in het reilen en zeilen van vele bedrijfstakken in de lidstaten.

De *Brentjens*-benadering behelst geen afwegingen binnen de criteria van art. 81 lid 1 of lid 3. Deze methode heeft betrekking op de vraag of het mededingingsrecht als rechtsgebied überhaupt wel van toepassing is. Daarmee komt de benadering op in een eerder beoordelingsstadium dan de Verdragsrechtelijke en jurisprudentiële uitzonderingsinstrumenten.

321 Zie Mortelmans 2001b, p. 346.

322 Zie Mortelmans 2001b, p. 346.

323 Zie zaak C-67/96, *Albany*, *Jur.* 1999, I-5751, r.o. 59 en 60; gev. zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens*, *Jur.* 1999, I-6025, r.o. 56 en 57; zaak C-219/97, *Drijvende Bokken*, *Jur.* 1999, I-6121, r.o. 46 en 47.

324 Zie zaak C-67/96, *Albany*, *Jur.* 1999, I-5751, r.o. 55-60; gev. zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens*, *Jur.* 1999, I-6025, r.o. 52-57; zaak C-291/97, *Drijvende Bokken*, *Jur.* 1999, I-6121, r.o. 42-47.

325 Sociale politiek zal overigens niet meer als apart deel in dit boek behandeld worden, nu dit gebied geheel buiten het mededingingsrecht is gehouden door het Hof van Justitie en de *status quo* hier voorsnog vrij helder is. Zo is naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof in de Nederlandse Mededingingswet een aparte uitzondering opgenomen ten aanzien van sociale politiek: art. 16 Mw verklaart het Nederlandse kartelverbod buiten toepassing voor wat betreft CAO's en collectieve pensioenregelingen.

Men kan zeggen dat de *Brentjens*-benadering de eerste stap of schakel vormt in het toepassingstraject van het mededingingsrecht.

Het meeneembeleid betreft de mogelijkheid om bepaalde niet-economische belangen 'mee te nemen' bij een toetsing aan art. 81 lid 3 EG. Dit geschiedt dan door deze belangen een economische dimensie te geven die past binnen de criteria van deze Verdragsbepaling.³²⁶

Het concept van de inherente benadering vindt men ook wel terug onder de term 'leer van de inherente beperkingen'.³²⁷

Mortelmans heeft voorts de ketenbenadering geformuleerd.³²⁸ Dit model analyseert de verschillende momenten in de toepassing van het antitrustrecht waarop dit rechtsgebied buiten toepassing gelaten kan worden.

De eerste schakel in de 'ketenbenadering' is de vraag of bepaalde gedragingen überhaupt vallen onder de werkingssfeer van het mededingingsrecht. Men kan hier denken aan de *Brentjens*-benadering. In de tweede schakel gaat men over tot de toetsing van een niet-economisch belang aan een verbodsbepaling van het antitrustrecht. Vraag daarbij is hoe de verbodsbepaling omgaat met het niet-economische belang in kwestie. Hier kan men denken aan toepassing van de 'rule of reason' en de leer van de inherente beperkingen. De derde schakel wordt gevormd door de vraag of een gedraging die onder een mededingingsrechtelijk verbod valt gerechtvaardigd wordt door een (Verdragsrechtelijke) exceptie, zoals art. 81 lid 3 of art. 86 EG.³²⁹

De ketenbenadering werkt in de praktische toepassing wellicht minder helder uit dan in de theorie: zo kan men zich afvragen of jurisprudentiële uitzonderingsbenaderingen zoals de 'rule of reason' en de leer van de inherente beperkingen niet een plaats hebben náást of zelfs achter de genoemde Verdragsrechtelijke excepties. Juist omdat de Verdragsrechtelijke excepties te beperkt zijn in hun toepassingsreikwijdte, zijn de genoemde benaderingen tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van de Ge-

326 Zo vindt men deze figuur terug bij de toepassing van art. 81 EG ten aanzien van milieu(bescherming)overeenkomsten. Zie over dit onderwerp bijvoorbeeld: Vedder 2000, p. 237-240. Zie over de mogelijkheid van het 'meenemen' van niet-economische belangen bij de toepassing van art. 81 lid 3 EG voorts Paragraaf 3.4.4. en 3.4.5. van dit hoofdstuk.

327 De leer van de inherente beperkingen wordt behandeld in Paragraaf 3.8.3. van dit hoofdstuk.

328 Zie Mortelmans 1999, p. 1246; Mortelmans 2000, p. 23 en 24; Van de Gronden & Mortelmans 2001, p. 307 en 308.

329 Van de Gronden & Mortelmans 2001, p. 307 en 308.

meenschapsrechter. Feitelijk gaat toetsing aan de 'wettelijke' uitzonderingsbepalingen dan vooraf aan toetsing aan de jurisprudentiële benaderingen.

Als vierde schakel in de ketenbenadering van Mortelmans zou men wellicht de 'state action defence' kunnen categoriseren: het gaat bij deze figuur niet om een rechtvaardigingsgrond die de werking ontnemt aan het mededingingsrechtelijk verbod in kwestie, maar om een schulduitsluitingsgrond die aan toerekening van het vastgestelde feit aan een bepaalde overtreder in de weg staat.

Hieronder worden verschillende jurisprudentiële instrumenten aan een nadere beschouwing onderworpen: eerst de 'rule of reason', vervolgens de leer van de inherente beperkingen, en als laatste de 'state action defence'.

3.8.2. De 'rule of reason'

Betekenis en inhoud van de 'rule of reason' in het Europese recht

Het concept van de 'rule of reason'³³⁰ is in het Europese recht oorspronkelijk voortgekomen uit het vrijverkeersrecht,³³¹ en vindt haar ontstaansgeschiedenis in de rechtspraak over art. 28 EG.³³² Het begrip 'rule of reason'³³³ duidt een ontwikkeling in de jurisprudentie waarin het Hof van Justitie overging tot een flexibeler en pragmatischer interpretatie van de verbodsbepaling inzake het vrij verkeer van goederen, waar Verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden door toedoen van hun te beperkte reikwijdte niet voldeden. Het concept van de 'rule of reason'-exceptie houdt in dat de toepassing van een communautaire verbodsbepaling gematigd wordt in die omstandigheden waarin handhaving van het verbod geen recht zou doen aan dwingende (niet-economische) eisen van nationaal belang. De 'rule of

330 Timmermans omschrijft het concept als volgt "The rule of reason allows for exceptions from a hard rule, most often a rule of prohibition, in order to attain legitimate public policy objectives, provided measures taken are necessary and proportionate" Zie Timmermans 2005, p. vii. Wesseling hanteert een vergelijkbare omschrijving "[The rule of reason] involves the room for (national) 'public policy' concerns to be upheld notwithstanding the general norm under Community law that free movement and competition may not be restricted" Zie Wesseling 2005, p. 60.

331 Het gaat dan om het communautaire vrij verkeer van goederen, werknemers, diensten (inclusief vestiging) en kapitaal.

332 Art. 28 EG verbiedt kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten.

333 De Gemeenschapsrechter spreekt veelal van 'dringende vereisten' of 'dwingende redenen van algemeen belang'. Zie Belhadj, Evans & Van de Gronden 2007, p. 142.

reason'-regel heeft zich vervolgens verbreid naar andere vrijverkeersgebieden zoals de Verdragsrechtelijke dienstenbepalingen.³³⁴

De 'rule of reason' of 'exceptie op grond van dwingende eisen van algemeen belang' kent *grosso modo* vijf voorwaarden:³³⁵ (i) een communautaire regeling ter zake ontbreekt (van harmonisatie op Gemeenschapsniveau is geen sprake); (ii) de nationale regel wordt niet om puur economische redenen toegepast; (iii) het belang dat de nationale maatregel beoogt te beschermen is van voldoende gewicht; (iv) de nationale maatregel mag niet discrimineren, hoewel men ziet dat deze voorwaarde in de jurisprudentie niet heilig is;³³⁶ (v) de nationale maatregel dient proportioneel te zijn.

De Europese of maatschappelijke 'rule of reason' bevat dus een aantal criteria die, in zaken met een maatschappelijke dimensie, geschikt zijn om een afweging te maken tussen botsende economische en niet-economische belangen. Achtergrond van deze ontwikkeling was dat de Verdragsrechtelijke uitzonderingsinstrumenten niet voldeden – een alternatieve methode is dan geboden. Over de vraag of deze redelijkheidregel zich inmiddels heeft ontwikkeld tot een constitutioneel of algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht, verschillen de meningen: in de literatuur zijn zowel voor-³³⁷ als tegenstanders te vinden.³³⁸

334 Zowel in jurisprudentie als in secundair recht komen 'rule of reason'-excepties naar voren op dit vlak. Zie voor voorbeelden en een nadere behandeling van dit onderwerp: Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 627-629. Hetzelfde geldt in mindere mate ten aanzien van het recht op vrije vestiging: er zijn 'rule of reason'-excepties mogelijk op het verbod van art. 43 EG. Zie voor voorbeelden en een nadere behandeling: Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 608-610.

335 Vgl. zaak 120/78, *Cassis de Dijon*, *Jur.* 1979, 649, r.o. 8, en zaak 302/86, *Commissie t. Denemarken*, *Jur.* 1988, 4607, r.o. 6. Zie ook Barents & Brinkhorst 2006, p. 350, waar tevens meer jurisprudentie inzake het concept van de 'rule of reason' is vermeld, en Amtenbrink & Vedder 2008, p. 317-321. Barents en Amtenbrink hanteren ieder hun eigen analyse van de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter en komen aldus ieder tot hun eigen set van (vier) voorwaarden.

336 Zie bijvoorbeeld zaak C-2/90, *Waalse afvalstoffen*, *Jur.* 1992, I-4431. Zie ook Conclusie A-G Jacobs van 26 oktober 2000 in zaak C-379/98, *PreussenElektra AG t. Schleswig AG*, *Jur.* 2001, I-2099, r.o. 220-238. Mortelmans geeft aan dat het Hof in arresten die betrekking hebben op medisch toerisme de 'rule of reason' honoreerde in gevallen waarin sprake was van een direct discriminerende maatregel. In milieuzaken en gezondheidszaken wijkt het Hof af van zijn eigen 'rule of reason'-principes, aldus Mortelmans 2005b, p. 410 en 408. Voor kritiek op de voorwaarde dat een beroep op de 'rule of reason' slechts openstaat in geval van zonderonderscheidmaatregelen, gepaard aan een pleidooi voor de verruiming van de toepasselijkheid van deze redelijkheidsregel naar casus waarin sprake is van directe discriminatie, zie De Vries 2007a, p. 137 en 138.

337 Zie Eijssbouts 2005, p. 194, en Wesseling 2005, p. 76.

338 Zie Timmermans 2005, p. vii.

Hoe dit ook zij, het in het Europese vrijverkeersrecht ontwikkelde concept van de 'rule of reason' zou zijn nut kunnen hebben bij de toepassing van het communautaire mededingingsrecht.³³⁹ Immers, beide rechtsgebieden hebben de neiging om diep in te grijpen in het maatschappelijk en economisch verkeer in de lidstaten en daarbij te botsen met nationale initiatieven op uiteenlopende beleidsterreinen en in diverse sectoren. Een belangrijke vraag in dit kader is of de twee EG-rechtsgebieden in opzet enigszins vergelijkbaar zijn.

Het Europese vrijverkeersrecht kent expliciete Verdragsrechtelijke uitzonderingsbepalingen voor het laten meewegen van niet-economische belangen.³⁴⁰ Bij de antitrustartikelen uit het EG-Verdrag ontbreken dergelijke bepalingen, op het bijzondere art. 86 lid 2 EG na.³⁴¹ Het Europese vrijverkeersrecht mag dan meer Verdragsrechtelijke uitzonderingsmogelijkheden hebben dan het EG-mededingingsrecht, in de (rechts)praktijk is gebleken dat de bestaande wettelijke excepties niet voldoen.

De vrijverkeersbepalingen (art. 28, 29, 39, 43, 49 en 56 EG) leggen in origine een verbod op aan de lidstaten, terwijl de antitrustbepalingen (art. 81 lid 1 en art. 82 EG) een verbod instellen dat gericht is tot private actoren (ondernemingen). In dit onderscheid tussen verticale en horizontale werking zou men een verschil in uitgangspositie kunnen herkennen tussen de twee categorieën bepalingen, ware het niet dat het concept van de horizontale werking zich dankzij de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook heeft gemanifesteerd in het communautaire vrijverkeersrecht.³⁴² De antitrustbepalingen hebben als gevolg van de door de Gemeenschapsrechter

339 Zie voor een afwijzing van het concept van de 'rule of reason' binnen het Europese en Nederlandse mededingingsrecht Mok 2004, p. 248-254

340 Denk aan art. 30, 39 lid 3 en 4, 45 en 46, 55 en 58 EG

341 Art. 81 lid 3 EG beperkt zich tot een economische en technologische afweging

342 Art. 39 EG heeft al langere tijd volledige horizontale werking. Zie zaak C-281/98, *Angonese*, *Jur.* 2000, I-4139, r.o. 30-36. Over de precieze reikwijdte van de horizontale werking van art. 43 en 49 EG bestond meer onzekerheid. Als uitgangspunt geldt dat deze artikelen óók van toepassing zijn op besluiten van particuliere organisaties die op collectieve wijze het verrichten van diensten beogen te regelen. In de *Wouters*-uitspraak (zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 120) heeft het Hof van Justitie dit principe nog eens in heldere bewoordingen uiteengezet. De semi-horizontale werking van art. 43 en 49 EG is o.a. bevestigd in zaak C-51/96 en C-191/97, *Delège t. Ligue francophone de judo e a*, *Jur.* 2000, I-2549. Zie verder over dit vraagstuk Conclusie A-G Poiares Maduro van 23 mei 2007 in zaak C-438/05, *The International Transport Workers' Federation en The Finnish Seamen's Union t. Viking Line ABP en OU Viking Line Eesti*, *Jur.* 2007, I-10779, r.o. 29-54, Conclusie A-G Mengozzi van 23 mei 2007 in zaak C-341/05, *Laval un Partneri Ltd t. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e a*, *Jur.* 2007, I-11767, r.o. 220-229.

ontwikkelde 'effet utile'-leer (ook) hun weerslag gekregen op lidstaten. Men ziet dus dat beide categorieën EG-bepalingen wat betreft de rechtsobjecten waarop ze gericht zijn naar elkaar toe groeien.³⁴³

Mortelmans geeft aan dat de convergentie tussen de vrijverkeers- en mededingingsregels in ontwikkeling is, maar tekent ook aan dat volledige convergentie niet mogelijk zal zijn door de inherente verschillen tussen de twee rechtsgebieden. Mortelmans knoopt voor deze verschillen vooral aan bij het onderscheid tussen *imperium* (politieke macht) en *dominium* (economische macht). Het vrijverkeersrecht reguleert het *imperium*, het mededingingsrecht is gericht op het *dominium*.³⁴⁴

Dit onderscheid mag theoretisch zijn merites hebben, in de rechtspraktijk en de economische en maatschappelijke realiteit is de lijn tussen beide figuren toch echt vloeiend.³⁴⁵ De 'bottleneck' zit vooral in het optreden van maatschappelijke organisaties en private actoren die niet alléén een economisch oogmerk hebben, maar in hun functioneren ook bepaalde niet-economische doelen dienen. Vooral bij de excepties kan dit tot een grotere convergentie aanleiding geven tussen het vrijverkeersrecht en het mededingingsrecht, in de zin dat bij beide rechtsgebieden uitzonderingsinstrumenten ter beschikking staan waarin belangen met een publieke dimensie ingevuld kunnen worden en die inroepbaar zijn door private partijen. De bredere toepassing van de 'rule of reason'-exceptie is in meer algemene zin op haar plaats, gezien de hiervoor geschetste steeds ruimere werking *ratione personae* van de Verdragsrechtelijke verbodsbepalingen zelf.

Mortelmans stelt overigens terecht vast dat het perspectief en de focus van het EG-vrijverkeersrecht verschillen van die van het communautaire mededingingsrecht. Waar het vrijverkeersrecht bepaalde prijsregulaties (zoals een verbod op wederverkoop met verlies) niet zo problematisch acht, behoren dergelijke fenomenen in het mededingingsrecht al gauw tot de flagrante schendingen. En waar de vrijverkeersregels strikt toegepast worden ten aanzien van producteisen en kwaliteitsstandaarden, is het mededingingsrecht weer een stuk soepeler met dergelijke voorschriften (mits ze objectief en non-discriminatoir zijn).³⁴⁶ Zo vullen beide rechtsgebieden elkaar op een bepaalde manier ook aan.

343 De EG-vrijverkeers- en mededingingsregels hebben van oudsher hetzelfde doel van marktintegratie, maar kenden dus verschillende geadresseerden: publieke versus private actoren. Vgl. ook Stuyck 1999, p. 1486.

344 Zie Mortelmans 2001a, p. 645-649.

345 Vanuit de markt bezien maakt het ook niet zoveel uit waar de belemmeringen vandaan komen (uit publieke of private hoek), als ze maar opgeruimd worden.

346 Zie Mortelmans 2001a, p. 633.

De Gemeenschapsrechter heeft de 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht vooralsnog niet expliciet erkend. Van enige sympathie voor de *onderliggende benadering* lijkt wél sprake^{347, 348}

Het Amerikaanse mededingingsrecht heeft een eigen variant voortgebracht: de economische 'rule of reason'. De Europese en de Amerikaanse 'rule of reason' mogen niet met elkaar verward worden.³⁴⁹ De *American style* 'rule of reason' betreft een afweging tussen puur economische voor- en nadelen van een mededingingsbeperkende handeling; tegen deze exceptie kan aangevoerd worden dat zij het nuttig effect ontnemt aan art. 81 lid 3 EG.³⁵⁰ Een dergelijke benadering onder het Europese kartelverbod heeft het Gerecht van Eerste Aanleg dan ook afgewezen.³⁵¹

De proportionaliteitstoets in de 'rule of reason'

Bij toepassing van de maatschappelijke 'rule of reason' is het criterium van de proportionaliteit *sensu lato* over het algemeen het meest cruciaal. Indien maatregelen deze toets doorstaan, zullen de andere 'rule of reason'-voorwaarden veelal niet meer voor al te grote problemen zorgen.

347 Vgl. Conclusie A-G Lenz in zaak C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football t. Jean-Marc Bosman*, *Jur.* 1995, I-4921, r.o. 269: "Zaken als de zoëven geschetste tonen aan, dat het Hof wel belang hecht aan de achter de 'rule of reason' liggende wensen. Of men daarom kan zeggen, dat in de rechtspraak een zekere tendens valt te bespeuren om ook in het gemeenschapsrecht [lees: mededingingsrecht; /H] een uit deze leer volgende weg in te slaan, mag in het midden blijven." Vgl. voorts de Conclusie van A-G Cosmas in gev. zaken C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, *Jur.* 2000, I-2549, r.o. 110-112. De A-G rept van beperkingen van de mededinging die onmisbaar zijn ter bereiking van een legitiem doel dat ook een ander kan zijn dan dat van een goed functionerend marktmechanisme. Zie ook zaak C-519/04 P, *Meca-Medina en Majcen t. Commissie*, *Jur.* 2006, I-6991, r.o. 42, en zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 110. Zie voorts Wesseling 2005, p. 75 en 76.

348 Zie ook Paragraaf 4.3.1. van Hoofdstuk VIII.

349 Zie over de twee varianten *economic Rule of Reason* en *policy Rule of Reason*: Van de Gronden & Mortelmans 2001, p. 316. Zie ook Weatherill & Beaumont 1995, p. 703.

350 Zie het Witboek van de Commissie over de modernisering van de regels ter implementatie van art. 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.* 1999, C 132/1, par. 57: "[...] door de analyse van zowel de concurrentiebevorderende als de concurrentieverstorende aspecten van mededingingsbeperkende afspraken op meer stelselmatige wijze in het kader van de toetsing aan artikel 85, lid 1, te doen plaatsvinden, zou artikel 85, lid 3, volledig worden uitgehoid, hetgeen zou neerkomen op een wijziging die alleen door middel van een herziening van het Verdrag kan worden verwezenlijkt." Zie over dit onderwerp ook Mok 2004, p. 248-254; Bouckaert 1993, p. 75-124 (in het bijzonder p. 102).

351 Zie zaak T-148/89, *Tréfilunion*, *Jur.* 1995, II-1063, r.o. 72-78, 107, 109, met verwijzing naar zaak T-14/89, *Montedipe t. Commissie*, *Jur.* 1992, II-1155, r.o. 265. Zie over dit onderwerp ook: Mok 2004, p. 248-254.

Proportionaliteit behoort tot de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht.³⁵² De proportionaliteitstoets verplicht tot het aangeven van zowel de omvang van de mededingingsbeperking als de omvang van de publieke doelstelling die door de mededingingsbeperking bewerkstelligd kan worden.³⁵³ Het spreekt voor zich dat flagrante mededingingsbeperkingen zoals onderlinge prijsafspraken in deze afweging niet gemakkelijk proportioneel zullen zijn.³⁵⁴

De proportionaliteitstoets is in de kern terug te brengen tot een toets naar het bestaan van alternatieven.³⁵⁵ Afhankelijk van de (aard en opmaak van de) voorliggende belangen, verschilt deze toets in intensiteit.³⁵⁶ In het ene geval worden alternatieven serieuzer overwogen en sneller aangenomen dan in het andere geval.

Snell geeft aan dat het Hof van Justitie terughoudender is in het uitvoeren van de brede proportionaliteitstoets in (vrijverkeers)zaken waarin géén consensus bestaat tussen de meerderheid van de lidstaten over een bepaalde aanpak of bescherming, en scherper toetst in zaken waarin een zienswijze is aan te wijzen die door een stilzwijgende meerderheid van de lidstaten wordt gedeeld.³⁵⁷

Jans geeft aan dat het proportionaliteitsbeginsel niet één specifieke vorm heeft, maar juist flexibel is. Proportionaliteit kent meerdere aspecten die het Hof van Justitie in staat stellen om nationale maatregelen te onderwerpen aan een meer of minder intensieve controle. De Gemeenschapsrechter gaat over tot een scherpere toetsing van nationale maatregelen indien hij kan worden geleid door een politieke afweging van belangen op communautair niveau. Ook andere gronden kunnen een scherpere toetsing rechtvaardigen in de ogen van Jans: de noodzaak om de knoop door te hakken,

352 Zie bijvoorbeeld zaak C-11/00, Commissie t. ECB, *Jur.* 2003, I-7147, r.o. 156, en zaak 331/88, Fedesa e.a., *Jur.* 1990, I-4023, r.o. 13. Zie ook Craig & De Búrca 2008, p. 544. Zie voor een korte beschouwing over de historische ontwikkeling van het proportionaliteitsbeginsel Tridimas 2006, p. 136 en 137, en 141 en 142.

353 Zie Conclusie A-G Jacobs 22 mei 2003 (HvJ EG 16 maart 2004), gev. zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband e.a. t. Ichthyol-Gesellschaft Cordes e.a., *Jur.* 2004, I-2493, r.o. 88-90 en 95-96.

354 Vgl. Slot 2003, p. 593.

355 Buendia Sierra merkt daarbij op dat het Hof van Justitie de proportionaliteitstoets in de 'rule of reason' traditioneel restrictief uitlegt. Zie Buendia Sierra 1999, p. 301-304.

356 Zie over het begrip 'marginale toetsing' en de vraag of een dergelijke toetsing wel bestaat: Van Wijmen 1981, p. 513 en 514.

357 Zie Snell 2002, p. 215 en 216.

de aanwezigheid of afwezigheid van internationaal wetenschappelijk onderzoek.³⁵⁸

Mortelmans merkt op dat de proportionaliteitstoets van de 'rule of reason' verschilt in kracht naar gelang het niet-economische belang dat op de weegschaal ligt: in het ene geval dient de toets terughoudender te zijn dan in het andere geval.³⁵⁹ Hierbij past de aantekening dat het geen sinecure is om vast te stellen dat het ene niet-economische belang meer gewicht zou hebben dan het andere. Deze waardering van belangen lijkt voorts eerder een politieke dan een rechterlijke aangelegenheid.

Tevens is van belang voor de intensiteit van de toetsing, in de ogen van Mortelmans, de op Europees niveau bereikte integratiegraad: deze is vergaand bij milieubeleid, en veel minder vergaand bij cultuur, gezondheid of onderwijs.³⁶⁰

Verder geeft Mortelmans aan dat de proportionaliteitstoets van een 'rule of reason' (in het kader van het vrijverkeersrecht) wellicht strikter zou moeten zijn wanneer de redelijkheidregel ingeroepen wordt door een private partij dan wanneer hij ingeroepen wordt door een lidstaat. De behartiging van publieke belangen zou eigenlijk niet overgelaten mogen worden aan private organisaties, vindt Mortelmans.³⁶¹ Het is de vraag of Mortelmans met dit laatste punt niet te kort door de bocht gaat. Zo is het algemeen aanvaard dat op een groot aantal onderdelen particuliere organisaties publieke belangen behartigen en/of nader reguleren: denk aan de vrije beroepen, de cultuursector, het domein van de sport, etc.

Uiteindelijk valt de proportionaliteitstoets uiteen in drie deelvvoorwaarden: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid (proportionaliteit *sensu stricto*).^{362, 363}

358 Zie Jans 2000, p. 263 en 264.

359 Zie Mortelmans 2004, p. 240-252.

360 Mortelmans 2003c, p. 403.

361 Zie Mortelmans 2001a, p. 642.

362 Het is de vraag of het evenredigheidsbeginsel een eigen intrinsieke normatieve waarde in zich draagt zoals het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van willekeur. Evenredigheid zegt iets over de verhouding tussen verschillende belangen, doelstellingen en instrumenten, maar is geen absolute maatstaf om de rechtmatigheid van maatregelen als zodanig te beoordelen, aldus Jans e.a. 2002, p. 182.

363 Vgl. bijvoorbeeld zaak 331/88, Fedesa e.a., *Jur.* 1990, I-4023, r.o. 13. Zie voorts Craig & De Búrca 2008, p. 545; Jans e.a. 2002, p. 185 en 186, en Jans et al. 2007, p. 148-150; Buendia Sierra 1999, p. 301; Bermann 2002, p. 80 en 81. Zowel Craig & De Búrca als Jans c.s. geven aan dat de drie elementen niet in alle zaken ook alledrie als zodanig worden toegepast: zo concentreert de Gemeenschapsrechter zich wel eens op twee van de drie onderdelen. Ook andere uitwerkingen van de toets zijn gegeven, maar

Met het geschiktheidscriterium toetst men of de maatregel in kwestie geschikt is om het te beschermen belang ook daadwerkelijk te beschermen.³⁶⁴ Dit belang dient uiteraard legitiem te zijn.³⁶⁵ Geschiktheid lijkt een minder strikt causaal verband te veronderstellen dan noodzakelijkheid, maar is aan de andere kant ook weer strenger dan 'nuttig', aldus Jans c.s.³⁶⁶

De vraag bij de noodzakelijkheidstoets is of de maatregel in kwestie en de daarmee gepaard gaande mededingingsbeperking noodzakelijk zijn om het doel te bereiken, of dat daarvoor andere minder mededingingsbeperkende mogelijkheden bestaan.

Twee of meer mogelijke maatregelen worden beoordeeld op de vraag of deze het voorliggende belang even effectief beschermen of niet. In geval van een positief antwoord, wordt gekeken welke van de even effectieve maatregelen de minst beperkende gevolgen voor de mededinging heeft.³⁶⁷ In de praktijk zal deze toetsing vaak andersom plaatsvinden: er zijn bepaalde mededingingsbeperkende regels van kracht, en de vraag is of andere, minder beperkende maatregelen het doel even effectief verwezenlijken als de regels van dienst.³⁶⁸

Het geschiktheid- en noodzakelijkheids criterium laten over het algemeen ruimte voor een objectieve afweging.

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 minst ingrijpende mededingingsbeperking) het niet-economische doel dat er mee gediend wordt 'waard' is.

deze komen eigenlijk op hetzelfde neer als de drie beschreven criteria Zie De Búrca 2000, p. 97

364 Ook de term 'causaliteit' wordt hier wel gebruikt Vgl Buendia Sierra 1999, p. 301

365 Geschiktheid bestaat volgens de literatuur dus uit twee elementen legitimiteit en eigenlijke geschiktheid Zie Jans e a 2002, p. 185, en Jans et al 2007, p. 149 De legitimiteit van een belang kan binnen de 'rule of reason'-benadering wellicht ook al bij een eerdere voorwaarde uit het rijtje van vijf criteria aan bod komen, namelijk bij de maatstaf van een belang van (voldoende) gewicht Omwille van de coherentie van mijn betoog vindt behandeling hier niettemin plaats binnen de proportionaliteits-toets

366 Jans e a 2002, p. 189-190, en Jans et al 2007, p. 153 en 154 Jans c.s. constateert dat de horde van de geschiktheid normaliter niet zo veel problemen oplevert

367 Jans e a 2002, p. 185, en Jans et al 2007, p. 149

368 Tot de zoektocht naar het juiste alternatief behoort ook de vraag of als alternatief geldt dat überhaupt geen maatregel wordt uitgevaardigd Punt van overweging hierbij is dan of een maatregel sowieso wel bijdraagt aan het verwezenlijken van het opgegeven doel Deze kwestie kan echter ook al aan bod komen en beantwoord worden in het kader van het geschiktheidscriterium

Teneinde hierin een keuze te maken, dient men de betrokken belangen 'op waarde te schatten'. Nadat men een bepaalde waarde heeft toegekend aan elk van beide (groepen) belangen, dient men te beslissen welke van beide het meest waardevol is en daarmee voorrang krijgt boven de ander.

Het is de vraag in hoeverre een besluit hierover aan de rechter is, dan wel aan een handhavinginstantie (de Europese Commissie of de NMa), in plaats van aan de politiek.³⁶⁹ Uiteindelijk gaat het om een politiek-maatschappelijke afweging die draait om de waarde die een maatschappij hecht aan verschillende typen belangen. Hier staat tegenover dat (zeker) rechters, daartoe gedwongen door een voorliggende rechtsvraag die beantwoording behoeft, vaker beslissingen nemen op onderwerpen die eigenlijk vragen om politieke besluitvorming.

3.8.3. De leer van de inherente beperkingen

In de rechtspraak van het Hof van Justitie kan men naast, of zelfs in plaats van de 'rule of reason' een ander uitzonderingsinstrument herkennen: de leer van de inherente beperkingen.³⁷⁰ Het gaat (ook) hier om een methode om de werking van het mededingingsrecht te mitigeren in specifieke casus waarin afspraken met een niet-economische achtergrond centraal staan. Zoals hierboven reeds is aangegeven, is het Verdragsrechtelijke uitzonderingsinstrument van art. 81 lid 3 hiervoor niet altijd even geschikt. Vandaar dat het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie bepaalde technieken heeft ontwikkeld om tot een goede oplossing te komen.

In de leer van de inherente beperkingen worden regels of afspraken buiten het verbod van art. 81 lid 1 of art. 82 EG gehouden, indien zij daadwerkelijk onontbeerlijk zijn voor het (goed) functioneren van een sector, beroepsveld of systeem. Het gaat in deze leer om afspraken of regels die wel degelijk op onderdelen (soms sterke) mededingingsbeperkende bijwerkingen hebben. Mits deze onderdelen zijn te beschouwen als inherent aan de uitoefening van het beroep of aan het functioneren van de sector of het

369 Een uitzondering zou kunnen gelden voor situaties waarin de *wetgever* binnen één rechtskader een duidelijke afweging heeft gemaakt tussen belangen, en prioriteiten heeft vastgesteld ten aanzien van deze belangen. In dat geval zou de rechter een goede richtlijn hebben om de evenredigheid nader in te vullen. Bij de toepassing van het communautaire mededingingsrecht is van een dergelijke situatie echter geen sprake op de onderwerpen van dit boek: vanuit Europeesrechtelijk perspectief staat een communautair rechtsgebied (het EG-mededingingsrecht) tegenover een (in ieder geval voor een substantieel deel) nationaal bepaald beleidsterrein waarover de EG geen of slechts ten dele zeggenschap heeft.

370 Zie voor de terminologie 'beperkingen inherent aan een doel van niet-economisch belang': VerLoren van Themaat 2004, p. 589.

systeem, worden daarmee gepaard gaande mededingingsbeperkingen onder de doctrine als het ware voor lief genomen. Uiteindelijk zal het de rechter zijn die het laatste woord heeft in een dergelijke afweging.

De noodzakelijkheidstoets is in dit verband helder: de onontbeerlijkheid van een regel voor het goed functioneren van een sector, beroep of systeem, houdt in dat de mededingingsbeperking die met de regel gepaard gaat inherent is aan de werking ervan. In de leer van de inherente beperkingen komen de geschiktheids- en evenredigheidstoets doorgaans niet (uitvoerig) aan bod, althans zij worden niet geëxpliciteerd. Dit wil niet zeggen dat overwegingen van deze aard niet op de achtergrond een rol spelen bij de toepassing van de doctrine.

De leer van de inherente beperkingen vormt een duiding van een jurisprudentiële benaderingswijze van het Hof van Justitie. De Gemeenschapsrechter past de figuur niet ruimhartig toe in zijn jurisprudentie, dus voorzichtigheid is geboden. In recente arresten betreffende de sportsector³⁷¹ treft men de techniek aan. De Gemeenschapsrechter kan op deze manier enige inhoudelijke controle uitoefenen over particuliere voorschriften onder het mededingingsrecht. De leer van de inherente beperkingen kan zeer dicht in de buurt komen van een 'rule of reason'-benadering,³⁷² die vaak verbonden wordt met het *Wouters*-arrest.³⁷³ De leer van de inherente beperkingen is, ook qua benaming, specifiek sectorgericht dan de 'rule of reason'.

3.8.4. De figuur van de 'State Action Defence'

De 'state action defence' vormt een schulduitsluitingsgrond voor ondernemingen die door een lidstaat worden gedwongen om tot bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen over te gaan of deze in stand te houden.³⁷⁴

371 Zie bijvoorbeeld zaak T-313/02, *Meca-Medina & Majcen t. Commissie*, *Jur.* 2004, II-3291; zaak T-193/02, *Laurent Piau t. Commissie*, *Jur.* 2005, II-209; zaak C-519/04 P, *Meca-Medina en Majcen t. Commissie*, *Jur.* 2006, I-6991. Zie over deze zaken *Weatherill* 2005, p. 416-421; *Vermeersch* 2005, p. 101-106; *Van de Gronden* 2006a, p. 31-36.

372 Zie bijvoorbeeld zaak C-519/04 P, *Meca-Medina en Majcen t. Commissie*, *Jur.* 2006, I-6991, r.o. 42-45. Het Hof hanteert hier een (uitgebreide) leer van de inherente beperkingen ten aanzien van sportregels, waarbij zowel noodzaak als evenredigheid aan bod komen. Zelfs de legitimiteit van het doel wordt aangehaald. Men zou deze benadering ook kunnen bestempelen als 'rule of reason'. Zie ook *Sluijs & Van Woerkom* 2006, p. 248-253; *Weatherill* 2006b, p. 645-657.

373 Zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577. Op de merites van dit arrest wordt nader ingegaan in Hoofdstuk IV over mededingingsrecht en de juridische vrije beroepen.

374 Vgl. zaak C-198/01, *Consortizio Industrie Fiammiferi ("CIF")*, *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 53 en 54.

Zware overheidsdruk die zonder omhaal dwingt tot vergaande mededingingsbeperkende afspraken wordt niet snel geconstateerd, met als gevolg dat art. 81 lid 1 gewoon tegengeworpen kan worden aan ondernemingen die de afspraken maken.³⁷⁵

Belangrijk is om te constateren dat bij toepassing van de 'state action defence' een mededingingsrechtelijk verbod al wél geschonden is, alleen wordt deze schending de onderneming die haar heeft begaan niet aangerekend. Dit houdt in dat de constatering van schending van de 'effet utile'-leer gewoon mogelijk is. Als een lidstaat ondernemingen dwingt om art. 81 lid 1 te schenden, en de ondernemingen in kwestie ook voldoende eigen inbreng hebben bij de totstandbrenging van de beperking, dan ontsnappen de bedrijven aan sancties door het inroepen van de 'state action defence', terwijl de lidstaat gesnapt wordt voor schending van de 'effet utile'-leer.

3.8.5 De objectieve rechtvaardigingsgrond

Binnen het misbruikbegrip van art. 82 EG speelt in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter de objectieve rechtvaardigingsgrond een rol. In de kern komt deze figuur er op neer dat een bepaalde gedraging de kwalificatie 'misbruik' niet kan dragen, indien en voor zover zij objectief gerechtvaardigd is.

Formeel is er van een exceptie geen sprake bij deze figuur, omdat zij een kwalificerend onderdeel uitmaakt van het misbruikbegrip. Materieel fungeert zij wel als zodanig.

Het begrip 'objectieve rechtvaardigingsgrond' kent diverse verschijningsvormen, en vormt een dermate open notie dat het lastig is vast te pinnen op één uitgewerkt model. Uitgangspunt van deze figuur is dat een private actor een objectieve reden heeft om tot een bepaalde gedraging over te gaan. Vaak zal deze objectieve reden gerelateerd zijn aan een algemeen

375 Zo heeft de Commissie ondubbelzinnig gesteld dat ondernemingen zich niet kunnen beroepen op dreiging door de overheid met strenge(re) wetgeving om daarmee restrictieve praktijken aan het toepassingsgebied van art. 81 lid 1 te onttrekken. De Commissie kijkt ook heel kritisch naar de daadwerkelijke speelruimte die nog aan ondernemingen wordt gelaten door overheden. Overheidsdwang strekt zich niet zomaar uit tot alle beperkende maatregelen die zijn ingevoerd door de ondernemingen. Zie Commissie-Beschikking van 1 april 1992, zaaknr. 92/262/EEG, Frans-Westafrikaanse rederscomités, Pb 1992, L 134/1. Ondernemingen kunnen zich ook niet verschuilen achter tegenstrijdige of verwarrende wetgeving die hun geen handelingsmarge zou laten. Zie gevoegde zaken 240-242, 261, 262, 268 en 269/82, SSI e a / Commissie, Jur 1985, 3831, r.o. 33-37. Zie voorts Bouckaert 1993, p. 90.

belang,³⁷⁶ al heeft het Hof van Justitie ook wel aangenomen dat (in bijzondere gevallen) bepaalde commerciële gedragingen het etiket 'objectief gerechtvaardigd' kunnen dragen.³⁷⁷

In de verschillende hoofdstukken die volgen zal deze figuur nader aan de orde komen en zal haar plaats en betekenis op elk van de in dit boek geselecteerde onderzoeksterreinen duidelijk(er) worden. In ieder geval speelt de proportionaliteitstoets (ook) bij de objectieve rechtvaardigingsgrond een belangrijke rol.

3.9. Het procedurele recht m.b.t. de toepassing van art. 81 en 82 EG: de decentrale toepassing van art. 81 en 82 EG en de uitvoeringsverordening Vo. 1/2003

'An antitrust rule that cannot be administered effectively is worse than no rule at all.'

(Hovenkamp 2005, p. 53)

Jarenlang heeft Vo. 17/62 de handhaving van art. 81 en 82 EG door de Commissie geregeld. Vo. 17/62 riep een systeem in het leven waarbij de Commissie het exclusieve recht had om een ontheffing te verlenen uit hoofde van art. 81 lid 3. Waar art. 81 lid 1 en lid 2 en art. 82 EG directe werking hadden in de lidstaten, daar mankeerde lid 3 een dergelijke werking. Ondernemingen die dachten een beroep te kunnen doen op de exceptie van lid 3, moesten daartoe apart een ontheffingsverzoek indienen bij de Commissie: een systeem van notificatie.

Vanaf 1957 heeft de communautaire markt zich uitgebreid en geïntensiveerd. De veranderende marktomstandigheden leidden tot een steeds verder oplopende werklast voor de Commissie in haar functie als ontheffingsverlener van het kartelverbod. Het notificatiesysteem was bovendien niet altijd functioneel: veelal waren ontheffingsaanvragen afkomstig van ondernemingen die reeds een sterk vermoeden hadden dat hun overeenkomsten zouden voldoen aan de ontheffingsvoorwaarden. De ondernemingen die echt de kartelregels overtraden maakten daarvan geen melding. De Commissie kwam uiteindelijk onvoldoende toe aan het aanpakken van de echt schadelijke kartelgedragingen. De uitvaardiging van groepsvrijstel-

376 Dan wel aan een publiek(rechtelijk)e specificiteit Vgl. zaak C-52/07, Kanal 5 en TV 4 t. STIM, n.n.g., r.o. 42-48.

377 Zie gevoegde zaken C-468/06 tot en met C-478/06, Sot. Lélos kai Sia EE e.a. t. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton, n.n.g., r.o. 50-77. Vgl. voorts zaak 27/76, United Brands Co. en United Brands Continentaal BV t. Commissie, *Jur.* 1978, 207, r.o. 189.

lingen vormde een verlichting van de werkdruk van de Commissie,³⁷⁸ maar bracht geen volledige oplossing.

Deze situatie heeft in de loop der jaren een roep om verandering te weeg gebracht. In het Witboek Modernisering mededingingsbeleid uit 1999 formuleert de Commissie als doelstellingen van een hervorming de heroriëntering van haar optreden, decentralisatie van de toepassing van de communautaire mededingingsregels en verlichting van de administratieve verplichtingen voor ondernemingen.³⁷⁹

In 2004 is aan de notificatiesystematiek een einde gekomen met de inwerkingtreding van Vo. 1/2003.³⁸⁰ Vo. 1/2003 maakte een einde aan de ontheftingsprocedure bij de Commissie betreffende art. 81 lid 3: de Commissie bezat niet langer de exclusieve bevoegdheid om lid 3 toe te passen.³⁸¹ In het nieuwe systeem van wettelijke uitzondering ("exception légale") heeft ook lid 3 directe werking.

Onder Vo. 1/2003 heeft de Commissie de mogelijkheid om belangrijke kartelzaken zelf te behandelen. De Commissie kan haar inspanningen concentreren op de bestrijding van 'hardcore' kartels en misbruiksituaties en zaken ter hand nemen waarin zij een duidelijke beleidslijn wenst uit te zetten. De nationale rechters en kartelautoriteiten zijn bevoegd om ondernemerspraktijken ten volle te toetsen onder art. 81 EG, inclusief de beoordeling ex art. 81 lid 3 EG.³⁸²

De Commissie behoudt onder de nieuwe Verordening het recht om in het algemeen belang ambtshalve vast te stellen dat art. 81 of 82 EG niet van toepassing is op een bepaalde ondernemersgedraging, hetzij omdat niet aan de voorwaarden van art. 81 lid 1 of art. 82 EG is voldaan, hetzij omdat de voorwaarden van art. 81 lid 3 EG zijn vervuld.³⁸³ Van deze bevoegdheid zal de Commissie naar alle waarschijnlijkheid overigens slechts zelden gebruik maken.

378 Zie voor een nadere toelichting op het fenomeen van de groepsvrijstellingen Paragraaf 3.4.4 van dit hoofdstuk

379 Zie par. 74 van het Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag (thans de artikelen 81 en 82), *Pb* 1999, C 132/1

380 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb* 2003, L 1/1

381 Zie hierover ook Whish & Sufrin 2000, p. 135-159

382 Zie Vo. 1/2003, *Pb* 2003, L 1/1, art. 5 en 6

383 Zie Vo. 1/2003, *Pb* 2003, L 1/1, art. 10

Teneinde een uniforme uitleg en een systematische toepassing van de communautaire mededingingsregels te bewerkstelligen, is het *European Competition Network* ingesteld als "framework for the cooperation required to ensure correct case allocation and a consistent application of the rules."³⁸⁴ De nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie werken in dit netwerk samen.

In Vo. 1/2003 en een aantal andere Verordeningen en Mededelingen³⁸⁵ is het uitvoerings- en handhavingssysteem van art. 81 en 82 EG nader uitgewerkt: onder andere is bepaald dat wanneer de Commissie een procedure begint, de nationale mededingingsautoriteit niet langer bevoegd is. Mocht de nationale autoriteit al een procedure zijn begonnen, dan kan de Commissie alleen in overleg met deze autoriteit een procedure starten en zo de zaak overnemen.³⁸⁶ Op deze manier wordt voorkomen dat autoriteiten elkaar in de weg zitten.

Met het verdwijnen van de notificatieprocedure is een belangrijk aspect van het nieuwe systeem dat de Commissie in principe geen informele aanwijzingen meer afgeeft aan ondernemingen. Want

"[] an over generous system of acceding to requests for assistance and informal guidance could jeopardize the essence of the modernized enforcement of EC competition rules [.]"³⁸⁷

Alleen in een gelimiteerd aantal gevallen en onder strikte voorwaarden komt de Commissie ondernemingen die niet weten of hun overeenkomst houdbaar is onder het communautaire antitrustrecht te hulp via een adviesbrief.³⁸⁸

Mededelingen waarin de Commissie haar beleidsregels uiteenzet zijn formeel juridisch niet afdwingbaar.³⁸⁹ Het vertrouwensbeginsel kan ze *de facto* echter van groot belang maken. Uit de EG-jurisprudentie volgt dat het ver-

384 Ortiz Blanco & Jorgens 2006, p. 36

385 Bijvoorbeeld Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb* 2004, L 123/18

386 Zie Vo. 1/2003, *Pb* 2003, L 1/1, art. 11 lid 6

387 Zie Ortiz Blanco & Jorgens 2006, p. 145 en 146

388 Zie hierover de Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 EG die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven), *Pb* 2004, C 101/78, par. 8 en 10. Zie voorts ov. 38 van de considerans van Vo. 1/2003, *Pb* 2003, L 1/1. Zie ook Ortiz Blanco & Jorgens 2006, p. 146

389 Vgl. Kortmann 1996, p. 123

trouwensbeginsel behoort tot de algemene communautaire beginselen,³⁹⁰ al heeft het principe niet dezelfde (vergaande) inhoud en strekking als het Nederlandsrechtelijk vertrouwensbeginsel.³⁹¹ Het communautaire principe heeft echter genoeg om het lijf om te zorgen dat de Europese rechter toetst of de Commissie in overeenstemming handelt met de door haarzelf vastgelegde beleidsregels. Deze binden de Commissie in beginsel dus wel.

3.10. De relatie van de antitrust-artikelen tot andere bepalingen uit het EG-Verdrag

3.10.1 Andere beleidsterreinen in het EG-Verdrag dan het mededingingsrecht

Het communautaire mededingingsrecht bevindt zich niet in een vacuum in het EG-Verdrag. Er zijn nog vele andere bepalingen in het Verdrag te vinden, zowel van economische (denk aan de regels betreffende de vier vrijheden en belastingen) als van niet-economische aard (denk aan cultuur, onderwijs, sociale politiek, milieu, immigratie). Het communautaire mededingingsrecht bevindt zich dus in een groter verband, waarbij het rekening dient te houden met andere beleidsterreinen. Dit grotere kader heeft zich in de geschiedenis van het EG-Verdrag overigens ontwikkeld: steeds meer beleidsterreinen van niet-economische aard zijn bij de verschillende verdragswijzigingen onder de werking van het EG-Verdrag gebracht.³⁹² De Gemeenschapsrechter heeft er op gewezen dat de EG niet alleen een regime van onvervalste concurrentie kent, maar net zo goed een beleid op sociaal terrein.³⁹³ Het naast elkaar bestaan van verschillende beleidsdoelstellingen kan leiden tot onderlinge botsingen.

Bepaalde typen 'niet-mededingings'-belangen hebben een plaats gekregen binnen het rechtsgebied van het mededingingsrecht. Art. 3 lid 1 sub n EG schaart het stimuleren van onderzoek en technologische ontwikkeling

390 Rijsbergen 1998, p 202-206, p 204. Zie ook zaak 112/77, Topfer, *Jur* 1978, 1019, r.o. 18 en 19, voor de erkenning dat het vertrouwensbeginsel deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde (met de aantekening dat deze zaak draaide om de toepassing van een verordening, en dus niet om de toepassing van 'terhaar recht').

391 Jans e a 2002, p 216-220.

392 Zo bevat art. 2 EG de doelstelling van een hoog niveau van sociale bescherming, duurzame groei, gelijkheid van mannen en vrouwen, een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu, en sociale samenhang en solidariteit tussen de lidstaten. Art. 3 EG formuleert als speerpunten van beleid gezondheid, onderwijs, culturen van de lidstaten, sociaal beleid, milieu, onderzoek en ontwikkeling, ontwikkelingssamenwerking en consumentenbescherming.

393 Zie gevezen zaken C-115 tot 117/97, Brentjens' Handelsonderneming t. Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, *Jur* 1999, I-6025, r.o. 51.

onder de instrumenten van communautair beleid. Art. 3 lid 1 sub t EG vermeldt de versterking van de consumentenbescherming. Voor beide objectieven biedt het mededingingsrecht zelf een integratie- of incorporatiemogelijkheid teneinde botsingen te voorkomen. Onder de uitzonderingscriteria van art. 81 lid 3 EG bevinden zich voorwaarden die zijn gericht op de economische of technologische vooruitgang (de eerste voorwaarde)³⁹⁴ en het belang van de consument (de tweede voorwaarde).³⁹⁵

Het bestaan van deze Verdragsrechtelijke integratiemogelijkheden neemt overigens niet iedere wrijving weg die kan bestaan tussen mededingingsbelangen enerzijds en onderzoeks- & ontwikkelings- of consumentenbelangen anderzijds: ook in het kader van art. 81 lid 3 EG zal het soms wikkelen en wegen zijn welk belang voorrang dient te hebben.

3.10.2. Art. 16 EG: Diensten van algemeen economisch belang

De dienst van algemeen (economisch) belang als beleidsdoelstelling in de verschillende verdragen

In het Verdrag van Amsterdam is art. 16 ingevoegd in het EG-Verdrag (destijds art. 7d). Dit artikel benadrukt de waarde van diensten van algemeen economisch belang voor het bevorderen van sociale en territoriale samenhang. Ook schrijft dit artikel voor dat de Gemeenschap en de lidstaten binnen het toepassingsgebied van het EG-Verdrag zorgdragen dat de diensten van algemeen economisch belang onder zodanige voorwaarden en beginselen functioneren, dat zij hun taken naar behoren kunnen vervullen. Een en ander dient wel te geschieden in lijn met o.a. art. 86 EG.

In een aan het Verdrag van Amsterdam gehechte Verklaring over art. 16 EG benadrukken de Verdragsopstellers dat deze bepaling dient te worden toegepast met volledig respect voor de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Art. 16 EG biedt dus geen ongeclausuleerde toegangspoort voor lidstaten om de meest flagrant mededingingsbeperkende constructies in te stellen.

394 Ook de instrumenten van art. 3 lid 1 sub k EG ("versterking van de economische samenhang") en art. 3 lid 1 sub m EG ("het versterken van het concurrentievermogen van de industrie van de Gemeenschap") zouden wellicht weerklink kunnen vinden in deze eerste voorwaarde van art. 81 lid 3.

395 Met betrekking tot het consumentenbelang komt daar nog een element bij: dit belang wordt in literatuur en beleidsstukken meer en meer gezien als kernwaarde of 'raison d'être' van het mededingingsrecht, en verschuift daarmee naar het hart van dit rechtsgebied. Hierbij dient aangetekend te worden dat klassieke belangen van consumentenbescherming, zoals productveiligheid en -hygiëne, ook anticompetitieve effecten met zich mee kunnen brengen.

De reden dat de 'dienst van algemeen (economisch) belang'³⁹⁶ zo in de belangstelling is komen te staan, en de achtergrond voor het opnemen van de art. 16-bepaling in het EG-Verdrag, is dat (pas) in de jaren negentig van de twintigste eeuw de toepassing van het mededingingsrecht op door de overheid gecontroleerde of geprivilegieerde ondernemingen een rol ging spelen. Tot die tijd vond deze toepassing niet plaats en vormde de 'dienst van algemeen economisch belang' dus geen voornaam vraagstuk.³⁹⁷ Jones & Sufrin noemen als belangrijkste redenen voor de stevigere toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van diensten van algemeen economisch belang: technologische, ideologische, sociale en economische veranderingen,³⁹⁸ de toenemende verfijning en reikwijdte van het (communautaire) mededingingsrecht en de doortastende handhaving van dit rechtsgebied.³⁹⁹

In de verworpen Grondwet voor Europa werd art. 16 EG geamendeerd en kwam het terug als art. III-6. Aan dit artikel werd een bepaling toegevoegd die voorschreef dat Europese wetten de principes en voorwaarden van de diensten van algemeen economisch belang zouden vastleggen. De EU kreeg hiermee dus de expliciete bevoegdheid om een kader van principes en voorwaarden van diensten van algemeen economisch belang vast te stellen. Onder het huidige Verdrag bestaan hiertoe overigens ook juridische mogelijkheden. Denk aan art. 95 EG en (in beperkte mate) aan art. 86 lid 3 EG.

Het EU-Hervormingsverdrag wijdt een apart Protocol⁴⁰⁰ aan diensten van algemeen belang. Het Protocol benadrukt de ongeclausuleerde bevoegdheid van de lidstaten om *niet-economische* diensten van algemeen belang te organiseren. Wanneer lidstaten echter overgaan tot de organisatie van

396 Zie over de plaats van de 'dienst van algemeen economisch belang' in het regime van art. 86 EG ook Paragraaf 3.7.3. van dit hoofdstuk.

397 Zie ook Jones & Sufrin 2004, p. 532.

398 Denk hierbij aan technologische innovatie, globalisering, ontwikkeling van kapitaalmarkten, liberalisering van product- en dienstenmarkten en deregulering.

399 Zie Jones & Sufrin 2004, p. 531 en 532.

400 Zie het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1, negende Protocol betreffende de diensten van algemeen belang. Art. 1 luidt: "De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 14 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie omvatten met name: (i) de essentiële rol en de ruime bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is

economische diensten van algemeen belang, dienen zij zich te bewegen binnen de grenzen die de Europese Verdragen stellen.

Ook in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie⁴⁰¹ is de dienst van algemeen economisch belang opgenomen. Art. 36 schrijft voor dat de Unie de toegang tot deze diensten eerbiedigt, zoals zij in nationale wetgeving en praktijk zijn geregeld. Het EU-Hervormingsverdrag verklaart het Handvest van de Grondrechten verbindend voor de Unie.⁴⁰²

Met het Verdrag van Lissabon wordt art. 16 EG gewijzigd, en ontstaat door de toevoeging van een nieuwe bepaling aan dit artikel de mogelijkheid voor de Unie om verordeningen uit te vaardigen betreffende de beginselen en voorwaarden op basis waarvan diensten van algemeen economisch belang functioneren.⁴⁰³ Het Hervormingsverdrag biedt dus een expliciete rechtsbasis voor het uitvaardigen van nadere maatregelen over DAEB's.

De betekenis van art. 16 EG

Over de betekenis van art. 16 EG voor het Gemeenschapsrecht bestaan verschillende ideeën: (i) art. 16 EG verandert niets aan de stand van het EG-recht; (ii) art. 16 geeft regelgevende bevoegdheid terug aan de lidstaten; (iii) art. 16 behelst een aanzet voor de Gemeenschap om tot vergroting van cohesie en de formulering van gedeelde DAEB-waarden in Europa te komen.⁴⁰⁴ Wat er ook zij van deze uitgangspunten, de vraag voor het mededingingsrecht is of art. 16 EG leidt tot een versterking van de excep-

met de behoeften van de gebruikers; (ii) de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden; (iii) een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en toegankelijkheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker." Art. 2 luidt: "De bepalingen van de Verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren."

401 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.* 2000, C 364/1, vanaf de datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon vervangen door het herziene Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.* 2007, C 303/1.

402 Zie Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1, art. 1 sub 8.

403 Zie Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1, Art. 2 sub 27.

404 Zie Ross 2000, p. 28-34.

ties, in het bijzonder art. 86 lid 2 EG. In de literatuur vindt men aanwijzingen dat art. 16 EG de betekenis van diensten van algemeen economisch belang (opnieuw) benadrukt.⁴⁰⁵ De invoering van dit artikel heeft niet geleid tot een formele ommezwaai in de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent art. 86 lid 2, al lijkt de Gemeenschapsrechter de toepassing van deze exceptie wel meer en meer te verbreden.⁴⁰⁶ De rechtspraak inzake art. 86 lid 2 is hierboven al uitgebreid behandeld.⁴⁰⁷

De mogelijkheid van een kaderrichtlijn over diensten van algemeen (economisch) belang

Dat de lidstaten primair verantwoordelijk zijn voor het vormgeven van 'hun' diensten van algemeen economisch belang, neemt niet weg dat op Europees niveau bepaalde gemeenschappelijke kenmerken zijn te onderscheiden. De Commissie achtte het in ieder geval nuttig om een systematisch overzicht op te stellen van de specifieke karakteristieken van diensten van algemeen belang en het kader waarin deze diensten worden uitgevoerd.⁴⁰⁸

De Commissie heeft eigenlijk al vanaf het midden van de jaren negentig van de vorige eeuw beleidsdocumenten uitgevaardigd over de positie van diensten van algemeen belang in de EG.⁴⁰⁹ Zo heeft de Commissie een Groenboek en een Witboek gewijd aan deze diensten.⁴¹⁰ Na het commentaar daarop van het Europees Economisch en Sociaal Comité (ECO-SOC) en het Comité van de Regio's, heeft de Europese Commissie een Mededeling Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie uitgevaardigd.⁴¹¹ Het meest recente document is een (volgende) Mededeling over Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van

405 Zie Soriano 2003, p. 121 en 122

406 Zie Paragraaf 4.1 van Hoofdstuk VIII

407 Zie Paragraaf 3.7.3 van dit hoofdstuk

408 Zie het Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2004) 374, par. 4.4. Onder deze diensten van algemeen belang vallen in ieder geval sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten

409 Zie om te beginnen Mededeling Commissie van 11 september 1996 inzake Diensten van algemeen belang in Europa, Pb 1996, C 281/3, Mededeling Commissie inzake Diensten van algemeen belang, Pb 2001, C 17/4

410 Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2003) 270 def., Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2004) 374 def.

411 Mededeling Commissie inzake Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, COM/2006/177 def.

algemeen belang.⁴¹² Sociale diensten van algemeen belang vormen een aparte categorie van diensten die specifieke behoeften vervullen van mensen in een fysiek, psychisch of sociaal kwetsbare positie.⁴¹³

Tevens zijn er initiatieven ontplooid om tot een *kaderrichtlijn* over diensten van algemeen belang te komen. Een eerste signaal van de instellingen in die richting dateert uit 2002 en is afkomstig van de Europese Commissie.⁴¹⁴ Verschillende voorstellen voor een richtlijn hebben het licht gezien, o.a. van de kant van de socialistische fractie in het Europees Parlement. Vooralsnog lijkt een kaderrichtlijn echter ver weg.

De Commissie richt zich inmiddels op het negende Protocol betreffende de diensten van algemeen belang bij het Verdrag van Lissabon, dat in haar ogen ook een soort kaderregeling vormt.⁴¹⁵ De Commissie vindt dat het negende Protocol voldoende richting geeft op het gevoelige terrein van de DAEB.⁴¹⁶ Of dat inderdaad het geval is voor wat betreft het Protocol in de huidige opmaak, is de vraag, al zouden de uitgangspunten van het Protocol in de toekomst wellicht kunnen uitgroeien tot basisbeginselen van dienstverlening van algemeen (economisch) belang.⁴¹⁷

3 10 3 *Byzondere mededingingsregimes en gereguleerde sectoren*

Het EG-recht kent voor twee sectoren nog immer een speciaal mededingingsregime, te weten landbouw en vervoer. Dit speciale regime staat in de weg aan een integrale toepassing van het reguliere mededingingsrecht op beide sectoren.

412 Mededeling Commissie van 20 november 2007 inzake Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang een nieuw Europees engagement, COM(2007) 725 def

413 Zie I van den Burg, *De markt meester Over de spanning tussen de Europese interne markt en publieke diensten*, Brussel PSE 2007, p 24

414 Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over de stand van het onderzoek naar de wenselijkheid van een voorstel voor een kaderrichtlijn inzake diensten van algemeen belang, COM/2002/0689 def

415 Zie Mededeling Commissie van 20 november 2007 inzake Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang een nieuw Europees engagement, COM(2007) 725 def, par. 3

416 *EU Observer*, 27 november 2007, 'Brussels turns down bids for EU law on public services' Zie ook Mededeling van de Commissie van 20 november 2007 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang een nieuw Europees engagement', COM(2007) 725 def, par 3

417 Zie Sauter 2008, p 172-174 Zie ook Paragraaf 3 10 4 van dit hoofdstuk

Art. 36 EG schrijft voor dat de Verdragsrechtelijke mededingingsregels alleen van toepassing zijn op het terrein van de landbouw voor zover de Raad dit regime van toepassing verklaart. De Verdragsrechtelijke uitzonderingspositie voor landbouw heeft te maken met de van oudsher bijzondere omstandigheden van de agrarische sector en het sterk gereguleerde karakter ervan.

Art. 36 EG machtigt de Raad van Ministers dus om met betrekking tot de landbouwsector te bepalen of en in hoeverre art. 81-86 EG van toepassing zijn op ondernemersgedragingen. Voor de landbouwsector bestaat dan ook een afzonderlijke regeling, oorspronkelijk vastgelegd in Vo. 26/62⁴¹⁸ en opnieuw gecodificeerd in Vo. 1184/2006.⁴¹⁹ Deze Verordening verklaart de Verdragsrechtelijke mededingingsregels van toepassing op de landbouwsector, maar formuleert wel drie uitzonderingen op deze toepassing.⁴²⁰

Ook de landbouwsector is een gebied in beweging, waar regelgeving niet stil staat. In de hervormingen binnen dit veld zijn ook ontwikkelingen gaande om het huidige mededingingssysteem te moderniseren.⁴²¹

Vervoer is sinds 1 mei 2004 niet meer *a priori* uitgezonderd van het commune mededingingsrecht. Met de uitvaardiging van Vo. 1/2003 is de generieke 'mededingingsverordening' op basis van art. 83 EG voor de transportsector⁴²² ingetrokken.⁴²³ De transportsector kent nog wel bijzondere concurrentieregimes die zijn toegespitst op bepaalde subdomeinen. Zo bevat Vo. 1017/68⁴²⁴ een apart mededingingsregime voor het vervoer per spoor, op de weg en over de binnenwateren. Verordening 4056/86⁴²⁵ doet

418 Zie Vo. 26/62 van 4 april 1962, *Pb* 1962, 993. Art. 2 van deze verordening bevat aparte ontheffingen van het verbod van art. 81 lid 1, bijvoorbeeld ten aanzien van landbouwcoöperaties.

419 Zie Vo. 1184/2006 van 24 juli 2006, *Pb* 2006, L 214/7.

420 Uit het aparte mededingingsregime voor landbouw vloeit ook voort dat de Commissie in deze sector – binnen bepaalde grenzen – ruimte laat voor prijs-, quota- of marktverdelingsafspraken die normaliter niet door de beugel kunnen onder art. 81. Zie voor een nadere uiteenzetting van het communautaire mededingingsbeleid ten aanzien van landbouw Van Gerven e.a. 1997, p. 34 e.v., en p. 453 en 454 voor een kort overzicht.

421 Zie Van Rijn 2007, p. 2-7.

422 Vo. 141/62 van de Raad houdende niet-toepassing op de vervoersector van Verordening Nr. 17 van de Raad, *Pb* 1962, 124/2751.

423 Zie art. 43 van Vo. 1/2003.

424 Vo. 1017/68 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, *Pb* 1968, L 175/1.

425 Verordening 4056/86 van de Raad van 22 december 1986 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het zeevervoer, *Pb* 1986, L 378/4.

hetzelfde voor de zeevaart. Vo. 1/2003 heeft deze Verordeningen op onderdelen gewijzigd, maar niet afgeschaft.

Verder heeft de EG via positieve integratie inmiddels een groot aantal Verordeningen en Richtlijnen uitgevaardigd die zijn toegespitst op deelgebieden van de vervoersector. Denk hierbij aan verkeer, spoor, luchtvaart en zeevaart.⁴²⁶ Met name art. 71 EG heeft hierbij gediend als rechtsgrondslag. In de deelsectoren die de EG op deze wijze nader heeft gereguleerd, blijft bijgevolg voor de toepassing van de Verdragsrechtelijke vrijverkeers- en mededingingsverboden minder ruimte over.

De hierboven beschreven twee communautaire beleidsterreinen hebben ten opzichte van het commune mededingingsrecht dus een juridische status aparte.

3.10.4. Nieuwe ontwikkelingen in het Europese recht –

Het mededingingsrecht onder de nieuwe Europese Verdragen

Wijzigingen in de Europese Verdragen kunnen van invloed zijn op colli-sievraagstukken binnen het mededingingsrecht, bijvoorbeeld omdat de mededingingsregels in de Verdragen aan een wijziging worden onderworpen.

Het Verdrag van Lissabon,⁴²⁷ ook wel genoemd het EU Hervormingsverdrag, verwijdt de 'onvervalste mededinging'-clausule, zoals opgenomen in art. 3 lid 1 sub g van het huidige EG-Verdrag, uit de beginselbepalingen van de Europese Unie. Het EU Hervormingsverdrag brengt wijzigingen aan in de bestaande verdragen.⁴²⁸ In het zesde Protocol bij het Hervormingsverdrag komt onvervalste mededinging overigens wel terug als onderdeel van de interne markt.

426 Zie bijvoorbeeld Vo. 1191/69/EEG van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, *Pb.* 1969, L 156/1, zoals gewijzigd bij Vo. 1893/91/EEG van de Raad van 20 juni 1991, *Pb.* 1991, L 169/1; Richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap, *Pb.* 1991, L 237/25, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2004/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004, *Pb.* 2004, L 164/164.

427 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1.

428 Het Verdrag betreffende de Europese Unie behoudt zijn naam, maar de titel van het EG-Verdrag wordt gewijzigd in Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

De precieze gevolgen van deze schrapping voor de antitrust-rechtspraktijk moeten worden afgewacht. Een uitgebreide academische discussie over deze vraag is zeker mogelijk,⁴²⁹ uiteindelijk is het echter de Gemeenschaps-rechter die in deze kwestie richting zal (moeten) geven. Het lijkt niet waarschijnlijk dat het Hof van Justitie de (voornaam) rol van het mededingings-recht binnen het Europese recht echt in gevaar laat komen, ondanks het feit dat de 'onvervalste mededinging'-clausule zich niet meer onder de Verdragsbeginselen zal bevinden, maar in een protocol is opgenomen.

Mocht de Gemeenschapsrechter het concept van mededinging minder prominent aan bod laten komen binnen het Europese recht na inwerkingtreding van het Hervormingsverdrag, dan doet dit waarschijnlijk niets af aan de in dit boek ontwikkelde ideeën over de juiste toepassingssystematiek voor het antitrustrecht in zaken waarin niet-mededingingsbelangen centraal staan: de opmerkingen in dit boek over het gebruik van excepties blijven hun waarde behouden. Tenzij het mededingingsrecht geheel buiten spel wordt gezet, blijven de achterliggende wegingsmechanismen bij applicatie van dit rechtsgebied namelijk dezelfde. Wellicht dat in bepaalde gevallen het concurrentiebelang iets in waarde afneemt of aan gewicht verliest, waardoor de balans sneller doorslaat naar de kant van het niet-mededingingsbelang. Dit doet echter niets af aan het plaatsvinden van de weging.

Het EU-Hervormingsverdrag vermeldt in het negende Protocol betreffende de diensten van algemeen belang⁴³⁰ gedeelde waarden van DAEB's die

429 Zie voor een terughoudende analyse van de effecten van genoemde Verdragswijziging, met als conclusie dat deze weinig zal veranderen aan de stand van het communautaire mededingingsrecht Drijber 2007, p. 131-136. Zie voor een waarschuwing voor de negatieve gevolgen van genoemde Verdragswijziging voor de ontwikkeling van het Europese mededingingsrecht, en dan vooral met betrekking tot voorheen afgeschermden sectoren en staatsbemoeienis met het concurrentieproces Riley 2007, p. 703-707.

430 Dit negende Protocol bevat de volgende twee artikelen. Art. 1 luidt als volgt: "De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 14 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie omvatten met name (i) de essentiële rol en de ruime bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers, (ii) de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden, (iii) een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en toegankelijkheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker." Art. 2 luidt als volgt: "De bepalingen van de Verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de

gericht zijn op economische dienstverlening: denk aan diversiteit en een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en bevordering van universele toegankelijkheid en gebruikersrechten.⁴³¹ Het is de vraag in hoeverre bijvoorbeeld waarden van de rechtsstaat of cultuurvorming in dit type dienstverlening ingelezen kunnen worden. Het negende Protocol erkent voorts de diversiteit in diensten van algemeen economisch belang en de geografische, sociale en culturele verschillen binnen de lidstaten die hieraan ten grondslag kunnen liggen. Een vrijbrief voor lidstaten om dit soort diensten geheel naar eigen inzicht in te richten en te laten functioneren, vormt het Protocol echter niet. Het vrijverkeers- en mededingingsrecht blijven gewoon van toepassing en stellen dus grenzen in sectoren waar economische activiteiten worden verricht.

Kortom, ook met het Protocol in handen gaat het bij de toepassing van het communautaire mededingingsrecht nog steeds om het bepalen van een evenwicht tussen mededingings- en (andere) publieke belangen. Wellicht dat het Protocol het gewicht van bepaalde publieke belangen op de weegschaal iets kan vergroten ten opzichte van het concurrentiebelang, hoewel het daarvoor anderzijds ook weer te vrijblijvend geformuleerd lijkt.⁴³²

4. HET NEDERLANDSE MEDEDINGINGSRECHT

4.1. De werking en de doelstellingen van het Nederlandse mededingingsrecht

Met ingang van 1 januari 1998 is in Nederland de Mededingingswet (Mw) van kracht geworden.⁴³³ De Mededingingswet is de opvolger van de Wet Economische Mededinging (WEM), die vanaf 1958 heeft gegolden.⁴³⁴ Het mededingingstoezicht onder de Wet Economische Mededinging was over

bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren."

431 Zie het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1, negende Protocol betreffende de diensten van algemeen belang, art. 1.

432 Zie ook Paragraaf 3.10.3. van dit hoofdstuk.

433 Zie voor meer informatie over de Mededingingswet: Slot & Swaak 2000; Mok 2004.

434 De Wet Economische Mededinging bevatte een terughoudender mededingingsrechtelijk regime dan de huidige Mw. Kort gezegd is Nederland met de inwerkingtreding van de nieuwe mededingingswet overgegaan van een misbruikstelsel naar een verbodsstelsel.

het algemeen niet erg scherp.⁴³⁵ Met de inwerkingtreding van de nieuwe regeling is hierin vanaf het eind van de jaren negentig van de twintigste eeuw verandering gekomen.

De Mededingingwet is sterk geënt op het communautaire mededingingsrecht.⁴³⁶ Het Europeesrechtelijke mededingingsstelsel is gebaseerd op vier verboden: het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie, het verbod concentraties aan te gaan zonder voorafgaande (Commissie)goedkeuring en het verbod op staatssteun.

Drie van deze vier verboden vormen ook de kern van de Nederlandse Mw. Alleen het communautaire verbod op staatssteun is niet getransformeerd naar de Nederlandse Mededingingwet. De verboden opgenomen in de Mw richten zich op de interne Nederlandse markt. Immers, indien er sprake is van een mededingingsbeperking die leidt tot een merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel dan is het communautaire mededingingsrecht van toepassing. Hiervoor is dus geen apart Nederlandsrechtelijk verbod nodig.

Onder de objectieven van de Europese mededingingsregels bevindt zich ook een marktintegratiedoelstelling.⁴³⁷ De Nederlandse Mededingingwet mist deze integratiedoelstelling.

Aangezien de Nederlandse Mededingingwet gemodelleerd is naar de communautaire mededingingsbepalingen, past de NMa de wet toe met een scherp oog voor de Europeesrechtelijke pendant.⁴³⁸ De regering hanteert het uitgangspunt dat de Mw niet strenger en niet soepeler zal worden toegepast dan het Europese mededingingsrecht.⁴³⁹

435 Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van het Nederlandse mededingingsbeleid onder de WEM Drahos 2001, p. 341-384. In de jaren tachtig van de twintigste eeuw wordt de toepassing van de WEM wat strakter.

436 Blijkens hoofdstuk I par. 4 van de *Memorie van Toelichting* op de Mededingingwet sluit deze Nederlandse wet aan bij het Europese mededingingsrecht, en wordt de toepassing van de Mw in belangrijke mate beïnvloed door de beschikkingspraktijk van de Commissie en door de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Zie *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 10.

437 Reeds in het arrest 'Grundig-Consten' maakte het Hof duidelijk dat het Europese mededingingsrecht tevens het voorkomen en tegengaan van 'particuliere handelsbelemmeringen' tot doel heeft. Zie *gev. zaken* 56 en 58/64, *Grundig-Consten*, *Jur.* 1966, 450.

438 Zie bijvoorbeeld *Besluit van de d-g NMa*, 21 februari 2002, zaaknr. 560, *Engelgeer t. Nederlandse Orde van Advocaten*, randnr. 34.

439 Zie *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 10. De reden dat de Nederlandse Mw zo nauw aansluit op de communautaire regelgeving ter zake, ligt in de overweging van de Nederlandse regering dat het ongewenst is dat op één Europese markt significante verschillen bestaan in mededingingsbeleid tussen enerzijds de lidstaten en

Het Nederlandse mededingingsrecht kan derhalve niet los worden gezien van het communautaire rechtsgebied. De methoden en technieken van het Europese antitrustrecht zijn dan ook van groot belang voor de Nederlandse variant. Vanzelfsprekend past in deze paragraaf een verwijzing naar de uiteenzettingen eerder in dit hoofdstuk over de werking van het EG-mededingingsrecht.

De Europese en nationale rechtsgebieden zijn inhoudelijk overigens niet exact hetzelfde. Zo staat het Nederlandse mededingingsrecht in een geheel ander wetgevingskader dan de communautaire pendant, en hanteert het eigen (drempel)waarden die zijn toegespitst op de Nederlandse economische situatie. Waar de communautaire mededingingsbepalingen binnen het kader van het EG-Verdrag te maken hebben met integratiebeginselen (zoals het milieu-integratiebeginsel), daar ontbreken dergelijke clausules in het Nederlandse wetgevingskader waarbinnen de Mededingingswet van kracht is.⁴⁴⁰ Zoals hierboven al gememoreerd, mist de Mededingingswet het objectief van marktintegratie, dat van oudsher een kernwaarde vormt van de Europese pendant.

De NMa is belast met het toezicht op de naleving van de Nederlandse Mededingingswet.⁴⁴¹ Naast het handhaven van de Mw is de NMa ook met een toezichtfunctie belast inzake de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, de Wet Personenvervoer 2000, de Spoorwegwet en de Wet Luchtvaart. Ook heeft zij binnen Nederland een handhavingbevoegdheid met betrekking tot art. 81 en 82 EG.

De NMa vormde van 1998 tot 2005 een gedeconcentreerd bestuursorgaan van het ministerie van Economische Zaken. De directeur-generaal nam namens de NMa formeel de besluiten. Sinds 2005 heeft de NMa de status van zelfstandig bestuursorgaan: ze opereert op afstand van het

anderzijds de Gemeenschap, en tussen de lidstaten onderling. Zie *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 093, nr. 1.

440 De Nederlandse Mededingingswet kende oorspronkelijk een mogelijkheid om niet-economische belangen (zoals milieubelangen) te integreren in het Nederlandse kartelrecht. Art. 4 lid 2 oud bepaalde dat algemene aanwijzingen van de minister van Economische Zaken betrekking of mede betrekking konden hebben op de wijze waarop de NMa bij beschikkingen op grond van art. 6 lid 3 Mw andere belangen dan economische belangen in zijn afweging moest betrekken. Deze bepaling is inmiddels uit de Mw verwijderd. Een bepaling uit de Mededingingswet die voorrang gaf aan andere wetten, is ook uit de Mw verdwenen. Art. 16 Mw oud (de collisiebepaling) bevatte een tijdelijke vrijstelling van het kartelverbod van art. 6 Mw voor overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds op grond van een andere wet aan toezicht waren onderworpen of op grond van een wettelijke verplichting tot stand waren gekomen.

441 Zie art. 5 Mw.

ministerie en neemt zelfstandig haar beslissingen. Formeel is het de raad van bestuur van de NMa die de besluiten neemt. De Minister van Economische Zaken heeft nog wel de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de NMa toegekende competenties.⁴⁴²

4.2. De bepalingen van de Nederlandse Mededingingswet

4.2.1. Het kartelverbod, het misbruikverbod en de excepties

Art. 6 lid 1 Mw bevat het Nederlandsrechtelijke kartelverbod.⁴⁴³ Het verbod is gelijk aan dat van art. 81 lid 1 EG, minus de niet-limitatieve opsomming van kartelvormen waarin art. 81 lid 1 voorziet, en geheel toegespitst op de Nederlandse markt. Dit levert een verbod op zonder de eis van potentiële handelsbeïnvloeding tussen de lidstaten en met de expliciete vermelding van de Nederlandse markt als rechtsgebied.

Art. 6 lid 2 Mw is gelijk aan art. 81 lid 2 EG en bevat de nietigheidsbepaling voor kartelactiviteiten die in strijd zijn met lid 1.

Art. 6 lid 3 Mw volgt het Europeesrechtelijke equivalent van art. 81 lid 3 EG. De uitzonderingscriteria uit deze bepaling⁴⁴⁴ hebben primair betrekking op een technologisch-economische afweging. Voorstellen om in de tekst van de voorloper van art. 6 lid 3 Mw (art. 17 Mw oud) een bepaling op te nemen die het mogelijk zou maken om ook op grond van niet-

442 Zie art 5d Mw. De minister van Economische Zaken kan geen individuele aanwijzingen meer geven, zoals vroeger het geval was. Toen de NMa nog de status van gedeconcentreerd bestuursorgaan had en als zodanig hiërarchisch ondergeschikt was aan de minister, kon de minister zowel individuele als algemene aanwijzingen geven. Deze bevoegdheid was nader gereguleerd in de Mw. Met de omvorming van de NMa tot ZBO in 2005, is de Mw gewijzigd en heeft de minister nog slechts de bevoegdheid tot het uitvaardigen van (algemene) beleidsregels.

443 Art 6 lid 1 Mw luidt: "Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalscht."

444 De eerste ontheffingsvoorwaarde houdt in dat de afspraak dient bij te dragen tot een verbetering van de productie of distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Als tweede voorwaarde voor ontheffing geldt dat een billijk aandeel in de voordelen aan de gebruikers ten goede moet komen. De derde voorwaarde houdt in dat de mededingingsbeperkingen onmisbaar moeten zijn voor het realiseren van de voordelen. De vierde voorwaarde schrijft voor dat er voldoende restconcurrentie aanwezig moet blijven ondanks het bestaan van de ondernemersafpraak in kwestie.

economische belangen een ontheffing te verlenen van het kartelverbod zijn niet gehonoreerd.⁴⁴⁵

Art. 6 Mw geldt niet indien de betreffende overeenkomsten, besluiten of gedragingen vallen onder een EG-groepsvrijstelling van het verbod van art. 81 lid 1 EG⁴⁴⁶ of indien daarvoor een EG-ontheffing is verleend door de Commissie.⁴⁴⁷

Art. 15 Mw opent de mogelijkheid van uitvaardiging van (algemene) vrijstellingen van het verbod van art. 6 lid 1 Mw door de minister van Economische Zaken voor bepaalde categorieën van overeenkomsten, besluiten en gedragingen. Dit geschiedt bij wijze van Algemene Maatregel van Bestuur. De groepsvrijstellingen vormen een nadere uitwerking van de twee positieve en de twee negatieve voorwaarden van art. 6 lid 3 EG. Een groepsvrijstelling wordt uitgevaardigd voor een bepaalde periode.⁴⁴⁸ De Kroon kan dus in aanvulling op de Europese vrijstellingen bij AMvB eigen groepsvrijstellingen vaststellen.

De NMa heeft de mogelijkheid om met betrekking tot de Nederlandse Mededingingswet zelf richtsnoeren en bekendmakingen uit te vaardigen ter nadere invulling van de mededingingsregels.⁴⁴⁹

Het uitgangspunt van de *merkbare* mededingingsbeperking, welbekend uit het EG-mededingingsrecht met zijn bagatelbekendmakingen, speelt ook een rol in het Nederlandse antitrustrecht. Het vormt een eerste selectiepunt voor de toepassing van het kartelverbod van art. 6 Mw. In art. 7 Mw is naar Europees voorbeeld een Nederlandsrechtelijke bagatelvoorziening

445 Denk aan het amendement van de Tweede Kamerleden De Jong en Van der Ploeg (*Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707, nr. 29) en aan het advies van de Raad van State (*Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707A, p. 8 en 9). Beide bevatten een dergelijk voorstel, maar zijn door de Minister van Economische Zaken afgewezen (zie Tweede Kamer, 6 maart 1997, 59-4327, respectievelijk *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707A, p. 9 en 10, en *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 24). Zie voor nadere informatie Mortelmans 1999, p. 1244-1250.

446 Art. 12 en 13 Mw. Art. 13 heeft betrekking op de situatie dat nationale afspraken geen invloed hebben op de tussenstaatse handel, maar verder wel aan de voorwaarden van een Europese vrijstelling voldoen. Dergelijke afspraken zijn eveneens vrijgesteld van het Nederlandse kartelverbod.

447 Art. 14 Mw.

448 Zie bijvoorbeeld het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten, *Staatsblad* 1997, nr. 596, van de minister van Economische Zaken uit 1997 dat is ingegaan op 1 januari 1998 en is vervallen per 1 januari 2008 (art. 3). Overigens is dit Besluit wel weer verlengd door de minister.

449 Op bepaalde onderdelen is de NMa daarbij de Commissie zelfs ver vooruit in beleidsvorming. Denk hier aan het NMa-beleid inzake de zorgsector.

opgenomen.⁴⁵⁰ Kenmerk van de bagatelregeling in de Mededingingswet is dat zij, in tegenstelling tot de communautaire variant, ook geldt voor *hardcore* mededingingsbeperkende afspraken.

Art. 24 lid 1 Mw bevat het Nederlandsrechtelijke verbod op misbruik van machtspositie.⁴⁵¹ Het verbod is gelijk aan dat van art. 82 EG, minus de niet-limitatieve opsomming van misbruikvormen, en zonder de eis van potentiële handelsbeïnvloeding tussen de lidstaten.

Het Nederlandse mededingingsrecht kent zijn eigen varianten van art. 86 lid 2 EG, namelijk art. 11 en 25 Mw: wettelijke uitzonderingsgronden voor diensten van algemeen economisch belang.

Art. 11 Mw is gericht op het verbod van art. 6 Mw, en art. 25 Mw is gericht op het verbod van art. 24 Mw. Art. 25 Mw schept de mogelijkheid voor de NMa om op aanvraag een ontheffing te verlenen van het verbod van art. 24 Mw. Art. 11 Mw schept de mogelijkheid voor een uitzondering op het verbod van art. 6 Mw (mits aan de voorwaarden van art. 11 wordt voldaan natuurlijk) zónder voorafgaande tussenkomst van de NMa; dit artikel geldt dus als het ware 'van rechtswege'.

De excepties binnen het mededingingsrecht komen uiteraard pas aan bod als een mededingingsrechtelijk verbod geschonden is. Ook in het Nederlandse antitrustrecht vormt het ondernemingsbegrip de toegangspoort tot applicatie van de verboden. Alleen economische activiteiten zijn onderworpen aan het toezicht van het Nederlandse kartel- en misbruikverbod. 'Marktvreemde' activiteiten van een overheidslichaam of een andere entiteit, in het bijzonder een optreden uit hoofde van typische overheidsprerogatieven, vallen buiten de reikwijdte van het Nederlandse antitrustrecht.⁴⁵²

450 Enige Tweede Kamerleden hebben het initiatief genomen om de formulering van de bagatelregeling van art. 7 te verruimen. Zie Voorstel van wet van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken (versoepeling uitzondering verbod van mededingingsafspraken), *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 531, nr. 1-6. Het voornoemde wetsvoorstel legt de *De Minimis*-grens voor samenwerkende ondernemingen bij een gezamenlijk marktaandeel van 10%. De huidige bagatelregeling hanteert als één van de toepassingscriteria nog een gezamenlijk marktaandeel van 5%.

451 Art. 24 lid 1 Mw luidt: "Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie."

452 Zie bijvoorbeeld Besluit op bezwaar d-g NMa, 23 april 2003, zaaknr. 3253-30, Horeca Nederland t. gemeente Bergen, randnr. 10: "Het uitvoeren van activiteiten die wegens hun aard en doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen buiten het economisch verkeer vallen of neerkomen op het uitoefenen van een overheidsprerogatief, wordt niet als een economische activiteit aangemerkt." Zie verder Besluit op bezwaar

4.2.2. De betekenis van Vo. 1/2003 voor het functioneren van de NMa

De NMa heeft de bevoegdheid om art. 81 EG en 82 EG in Nederland toe te passen op grond van art. 88 Mw. Uit hoofde van art. 3 van Vo. 1/2003 heeft zij de plicht om in geval van een optreden op grond van (het kartel- of misbruikverbod uit) de Nederlandse Mededingingswet, tevens communautair antitrustrecht toe te passen – uiteraard alleen indien sprake is van een invloed op de tussenstaatse handel van de afspraak of gedraging in kwestie.

Art. 3 van Vo. 1/2003 schrijft verder voor dat de toepassing van nationaal mededingingsrecht niet mag leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, maar niet verboden zijn onder art. 81 lid 1 EG. Deze regel heeft bijvoorbeeld als consequentie dat de NMa niet op mag treden op basis van de Mededingingswet indien (handelsbeïnvloedende) afspraken tussen ondernemingen zijn uitgezonderd van het kartelverbod door een communautaire vrijstellingsverordening.

De Nederlandse Mededingingswet is overigens op dit punt meer dan in lijn met het Europese regime van Vo. 1/2003. Art. 12 en 13 Mw schrijven voor dat art. 6 lid 1 Mw niet geldt voor overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarvoor krachtens een Europese verordening art. 81 lid 1 EG buiten toepassing is verklaard; hierbij maakt het niet uit of de betreffende overeenkomst, besluit of afgestemde gedraging de handel tussen de lidstaten nu beïnvloedt of niet.

Voor de toepassing van het communautaire mededingingsrecht in een specifieke zaak kan de NMa de Europese Commissie raadplegen.⁴⁵³ Het is overigens de vraag of de Commissie altijd een uitgewerkte opinie klaar heeft – zeker in zaken die handelen over de grenzen van het mededingingsrecht en zijn gepositioneerd binnen terreinen waarop lidstaten exclusief bevoegd zijn. In deze gebieden kan de regelgeving per lidstaat sterk verschillen.

NMa 23 april 2003, zaaknr. 3253-30, Horeca Nederland t. gemeente Bergen, randnr. 11-13. Vgl. ook Besluit NMa 26 november 1998, zaaknr. 101, Amsterdamse Bloemenmarkt, en Rb. Rotterdam 1 augustus 2001, Van Vollenhoven Olie t. NMa, LJN-nr. AB3736, reg.nr. MEDED 99/1690-SIMO.

453 Art. 11 lid 5 van Vo. 1/2003.

Sinds het arrest *Fiammiferi* kan een nationale mededingingsautoriteit nationale wet- en regelgeving ook toetsen aan de 'effet utile'-leer.⁴⁵⁴ Onder art. 10 EG hebben zowel nationale mededingingsautoriteiten als rechters de plicht om een nationale maatregel die de werking van een EG-regel belemmert of direct conflicteert met deze maatregel buiten toepassing te laten.⁴⁵⁵ Belangrijk hierbij is wel dat deze plicht niet op zichzelf staat voor mededingingsautoriteiten, maar pas opgaat indien zij eenmaal een procedure tegen een onderneming heeft gestart. De keuze om tot een dergelijke procedure over te gaan onder de nationale mededingingswet behoort tot de discretionaire bevoegdheid van een mededingingsautoriteit – althans in Nederland. Mocht de NMa besluiten om over te gaan tot toepassing van een antitrustbepaling uit de Nederlandse Mededingingswet, dan dwingt art. 3 Vo. 1/2003 voorts tot parallelle toepassing van het overeenkomstige artikel uit het EG-mededingingsrecht – mits sprake is van een invloed op de tussenstaatse handel. Hoe dan ook, de enige procedurele ingang onder nationaal en communautair mededingingsrecht voor een optreden van de NMa en een daarmee gepaard gaande toetsing aan de 'effet utile'-leer, is een handhavingactie jegens een onderneming.

5. SAMENVATTING

Dit hoofdstuk bevat een beschrijving van de werking van het communautaire en Nederlandse mededingingsrecht. De eerste twee delen van het hoofdstuk zijn gewijd aan een beschouwing over de theoretische achtergrond van deze rechtsgebieden.

Zo zijn het proces van mededinging en marktwerking beschreven, waarbij vragen aan de orde kwamen als 'wat is mededinging?', en 'wat is een economische activiteit?'.

Mededinging is het proces van onderlinge rivaliteit op grond waarvan ondernemingen onafhankelijk van elkaar dingen naar de gunst van de consument. Aan de hand van dit proces bepalen vraag en aanbod op anonieme

454 Zaak C-198/01, *Consortio Industrie Fiammiferi* ("CIF"), *Jur* 2003, I-8055. Zie over het *Fiammiferi* (CIF)-arrest en verwante rechtspraak over de juridische plichten en bevoegdheden uit hoofde van de toepassing van EG-recht, die voor nationale autoriteiten voortvloeien uit art. 10 EG (zoals de arresten *Ahmed Saeed*, *Fratelli Costanzo*, *Simmmenthal* en *Factortame*) Temple Lang 2004, p. 397-406. De karakteristieken van de arresten in kwestie zijn zaak 66/86, *Ahmed Saeed*, *Jur* 1989, 803, zaak 103/88, *Fratelli Costanzo*, *Jur* 1989, 1839, zaak 106/77, *Simmmenthal*, *Jur* 1978, 629, zaak C-213/89, *Factortame*, *Jur* 1990, I-2433.

455 Zie Temple Lang 2004, p. 400.

wijze de prijzen van een goed of dienst tussen marktpartijen. In een vrije-markteconomie wordt de allocatie van productiemiddelen bepaald door het spel van vraag en aanbod. Zij wordt niet gestuurd door overheidsregulering.

Als waarden van de mededinging en het rechtsgebied dat het concurrentieproces beschermt, kunnen gelden: (i) allocatieve en productieve efficiëntie; (ii) marktintegratie (eenmaking van de markten van verschillende landen); (iii) economische vrijheid; en (iv) consumentenwelvaart.

Een 'economische activiteit' is een bezigheid die het voorwerp van marktwerking is. Van der Woude geeft een subjectieve omschrijving van het begrip economische activiteit, te weten een bezigheid waarvan de overheid vindt dat die het voorwerp van marktwerking kan of moet zijn.

De Gemeenschapsrechter heeft de volgende definitie gegeven van de term: "onder economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt." Het aanbieden van goederen of diensten geschiedt gewoonlijk tegen een vergoeding.

Odudu werkt het begrip 'economische activiteit' nog iets verder uit en betoogt dat de Gemeenschapsrechter drie cumulatieve vereisten hanteert om tot deze kwalificatie te komen: (i) het aanbieden van goederen of diensten op de markt; (ii) het dragen van economisch of financieel risico; (iii) de potentie om winst te maken.

Uit de definities van het begrip 'economische activiteit' kan men ook een betekenis van de notie 'niet-economische activiteit' afleiden, in de vorm van een negatieve formulering van de gegeven beschrijvingen.

In het kader van dit boek, dienen de termen 'economisch' en 'niet-economisch' ter aanduiding van verzamelingen van belangen. In de zuivere onderzoeksoptelling is echter niet op de eerste plaats de tweedeling economisch/niet-economisch onderscheidend, als wel de distinctie tussen mededingings- en niet-mededingingsbelang.

De laatste twee delen van dit hoofdstuk zijn gewijd aan een uiteenzetting betreffende het kartelverbod en het verbod op misbruik van een machtspositie in het Europese respectievelijk Nederlandse mededingingsrecht.

De kartelbepalingen van art. 81 EG en art. 6 Mw bevatten een verbod in lid 1, en een exceptiemogelijkheid in lid 3. De misbruikbepalingen van art. 82 EG en art. 24 Mw bevatten alleen een verbod. Voorts kennen het EG-

Verdrag en de Mededingingswet nog een aparte exceptiebepaling voor diensten van algemeen economisch belang, in art. 86 lid 2 EG, respectievelijk art. 11 Mw (voor art. 6 Mw) en art. 25 Mw (voor art. 24 Mw).

Naast de exceptiebepalingen die zijn opgenomen in het EG-Verdrag zelf, heeft de Gemeenschapsrechter een aantal methoden en technieken ontwikkeld in zijn rechtspraak om de botsing tussen het (economische) interne markt-recht en andersoortige belangen op te lossen.

De 'rule of reason' is waarschijnlijk het bekendste instrument, maar er zijn meer methoden en andere typeringen tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak en literatuur betreffende het mededingingsrecht. Zo kan men bijvoorbeeld ook de *Brentjens*-route, de leer van de inherente beperkingen en de 'state action defence' onderscheiden.

Daar de Nederlandse Mededingingswet gemodelleerd is naar de communautaire mededingingsbepalingen, maken bovenstaande benaderingen ook onderdeel uit van het Nederlandse mededingingsrecht.

Het feit dat de Gemeenschapsrechter in zijn rechtspraak, naast de bestaande Verdragsrechtelijke verbodsvoorwaarden en exceptiemogelijkheden, allerlei additionele uitzonderingstechnieken heeft gebruikt om de toepassing van de antitrustverboden in collisiezaken te mitigeren, draagt niet bij aan het bestaan van grote eenduidigheid in de botsingsproblematiek. Het mededingingsrecht is voortdurend in beweging in de wijze waarop het omgaat met niet-mededingingsbelangen – op zich geen onlogisch gegeven voor een dynamisch rechtsgebied. Het is de vraag of het Hof van Justitie de verschillende verbodsvoorwaarden en exceptiemiddelen op de juiste wijze inzet in botsingsvraagstukken. Ook is het de vraag of de Gemeenschapsrechter de collisieproblematiek coherent (c.q. zo coherent mogelijk) benadert.

MEDEDINGINGSRECHT EN INTELLECTUELE EIGENDOM

1. HET REGELGEVEND KADER IN HET INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHT

Dit eerste onderdeel bevat een beschrijving van de bestaande rechtsgebieden in de Intellectuele Eigendom (IE), gevolgd door een overzicht van de verschillende bronnen van IE-wetgeving op nationaal, Benelux, Europees en internationaal niveau. Vervolgens is een beschrijving opgenomen van de werking en karakteristieken van de verscheidene IE-rechtsgebieden, in het bijzonder het auteursrecht en het octrooirecht. Daarna komt de plaats van het IE-recht in het Gemeenschapsrecht aan de orde. Tot slot volgt een korte beschouwing over de bijzondere positie van het intellectuele eigendomsrecht binnen het domein van de tastbare en niet-tastbare eigendomsrechten.

1.1. De IE-rechtsgebieden

Het rechtsgebied van de intellectuele eigendom omvat de wettelijke systemen tot bescherming van de (intellectuele) prestaties en de onderscheidingstekens.¹ Het valt grofweg uiteen in twee hoofdonderdelen: het recht betreffende de industriële eigendom en het auteursrecht.

Van Empel en Geerts onderscheiden de volgende negen beschermingssystemen in deze twee hoofdcategorieën:

- Het octrooirecht is het exclusieve recht van de uitvinder van een nieuw voortbrengsel of een nieuw industrieel procédé om gedurende een bepaalde termijn de uitvinding te exploiteren;
- Het auteursrecht geeft de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst voor een gelimiteerde periode enkele exclusieve bevoegdheden met betrekking tot gebruik en exploitatie van zijn werk;

1 Van Empel & Geerts 2005, p. 1.

- Het merkenrecht geeft de houder van het recht een naar tijd onbegrensd exclusief recht het betreffende merk voor bepaalde waren of diensten te gebruiken;
- Het handelsnaamrecht geeft aan degene die een bepaalde handelsnaam voor een onderneming gebruikt een in tijd niet-gelimiteerde vorm van bescherming met betrekking tot het gebruik van die naam;
- Het kwekersrecht is het exclusieve recht van de kweker van een nieuw plantenras om gedurende een bepaalde termijn teelt- en oogst materiaal van het ras te exploiteren;
- Het tekeningen- en modellenrecht geeft de houder van het recht gedurende een in tijd begrensde periode de bevoegdheid om de tekening of het model als enige te exploiteren;
- Het chipsrecht geeft de maker van een oorspronkelijke topografie van halfgeleiderproducten gedurende een bepaalde periode het exclusieve recht de topografie te exploiteren;
- De naburige rechten geven aan uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten en omroeporganisaties de mogelijkheid om gedurende een bepaalde termijn de door hen verrichte prestaties te exploiteren;
- Het databankenrecht geeft de producent van de databank het recht de databank gedurende een in de tijd begrensde periode als enige te exploiteren.²

Intellectuele eigendomsrecht is, afhankelijk van het precieze IE-rechtsgebied, ingesteld om (i) technologische innovatie te stimuleren, (ii) eigendom te beschermen, (iii) de onaantastbaarheid van het werk van de maker te garanderen, en (iv) recht te doen aan het rechtvaardigheidsprincipe (vanuit de gedachte: over iets dat men zelf creëert mag men ook zelf beschikken). Hoewel IE-wetgeving economisch van aard is, zijn ook niet-economische elementen aanwezig in het rechtsgebied, zoals de doelstelling van respect voor en onaantastbaarheid van de geestelijke vrucht van de maker.

Dit hoofdstuk bespreekt de botsing tussen IE-recht en mededingingsrecht vooral met betrekking tot het auteursrecht (en enige bijzondere auteursrechtelijke figuren) en het octrooirecht. Ook het tekeningen- en modellenrecht en merkenrecht komen kort voorbij in de beschouwingen.

2 Van Empel & Geerts 2005, p. 1 en 2.

1.2. De bronnen van het IE-recht – Een overzicht van de diverse IE-rechtsgebieden

1.2.1. De lijnen van het speelveld

Het IE-recht valt niet alleen uiteen in een groot aantal rechtscategorieën, het speelveld is ook, afhankelijk van de categorie, getrokken langs nationale, interstatelijke, Europese en internationale rechtslijnen. Op alle niveaus bevinden zich wetten of verdragen die betrekking hebben op het IE-recht. In vele IE-rechtscategorieën is daardoor sprake van een samenloop van nationaal, Europees en internationaal recht.

Teneinde een goed beeld te krijgen van de op elk niveau uitgevaardigde IE-wetten en -verdragen volgt hier een opsomming van de voor het Nederlandse rechtsbestel belangrijkste nationale en internationale IE-regelgeving.³

1.2.2. Nederlands IE-recht

In Nederland is reeds sinds 1912 de Auteurswet van toepassing.⁴ Deze wet beschermt oorspronkelijke werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Ook kent de wet een afgezwakte vorm van auteursrechtelijke bescherming voor geschriften zonder persoonlijk karakter, te weten de geschriftenbescherming. Deze figuur is te vinden in art. 10 lid 1 sub 1 Aw.

Naast de Auteurswet zijn er (meer specifieke) *sui generis*-wetten, zoals de Databankenwet.⁵ Deze wet beschermt niet zoals het auteursrecht de originele schepping, maar de inspanningen en investeringen van een onderneming of persoon (de databankproducent) die bepaalde informatie of originele scheppingen in een databank onderbrengt.

3 Uiteraard is dit overzicht niet uitputtend. Voor een volledige opsomming van alle wetgeving die in het Nederlandse rechtsbestel van toepassing is op het terrein van de intellectuele eigendom, zie Geerts & Van der Kooij 2006.

4 Auteurswet 1912, Wet van 23 september 1912, *Stb.* 1912, 308, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht, laatst gewijzigd bij Wet van 18 augustus 2004, *Stb.* 2004, 410.

5 Databankenwet, Wet van 8 juli 1999 houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *Stb.* 1999, 303, laatst gewijzigd *Stb.* 2004, 336.

De Wet op de naburige rechten⁶ is een aan het auteursrecht verwante regeling. De wet beschermt uitvoerende kunstenaars in hun uitvoering van een werk van letterkunde of kunst. Deze uitvoering kan vorm krijgen middels zang, dans, toneel- of muziekspel dan wel enige andere uitvoeringswijze. Ook beschermt de wet de rechten van fonogrammen- en filmproducenten en omroeporganisaties.

De Handelsnaamwet uit 1921 beschermt zowel het publiek tegen misleiding door middel van handelsnamen, als concurrenten tegen het gebruik van hun eigen handelsnaam door anderen.⁷

De bescherming van uitvindingen vindt haar uitwerking in de Rijksoctrooiwet 1995 (ROW).⁸ Deze wet regelt de verstrekking van patenten die gelden binnen het Nederlandse territorium. Een octrooi of patent is een exclusief recht tot het industrieel vervaardigen van een product of het anderszins exploiteren van een uitvinding. Een aanvraag tot verlening van een octrooi wordt ingediend bij het Bureau voor de Industriële Eigendom te Rijswijk.⁹

Aangezien de ROW geen octrooi verleent voor plantenrassen, was hiervoor een aparte regeling noodzakelijk. De Zaaizaad- en Plantgoedwet¹⁰ verstrekt een kwekersrecht op plantengewassen.

Aan de categorie industriële eigendom kan men ook de Chipswet¹¹ nog toevoegen, hoewel deze wet in haar bescherming van computerchips ook elementen uit het auteursrecht in zich draagt.¹²

6 Wet op de naburige rechten, Wet van 18 maart 1993, *Stb.* 1993, 178, houdende regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen of van eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties, laatst gewijzigd bij Wet van 6 juli 2004, *Stb.* 2004, 336.

7 Wet van 5 juli 1921 houdende bepalingen omtrent de handelsnaam, *Stb.* 1925, 308, laatst gewijzigd *Stb.* 2001, 584.

8 Rijksoctrooiwet 1995, Rijkswet van 15 december 1994, *Stb.* 1995, 51.

9 Als zijn aanvraag wordt gehonoreerd, verkrijgt hij op basis van art. 36 ROW een octrooi met een beschermingsduur van twintig jaar.

10 Zaaizaad- en Plantgoedwet (ZPW), Wet van 6 okt. 1966, *Stb.* 1966, 455, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 18 april 1991, *Stb.* 1991, 233. Op basis van de ZPW zijn o.a. uitvoeringsvoorschriften gegeven in de vorm van het Kwekersbesluit 1990 (Kwekersbesluit 1990, *Stb.* 1990, 262, gewijzigd bij besluit van 26 juli 1991, *Stb.* 1991, 429).

11 Chipswet, Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderproducten, *Stb.* 2001, 584.

12 Denk bij dit laatste vooral aan het aan het auteursrecht ontleende oorspronkelijkheidvereiste dat als voorwaarde geldt voor de totstandkoming van een chipsrecht.

1.2.3. Benelux IE-recht

Nederland, België en Luxemburg hebben hun eigen beschermingsregeling op het vlak van merken- en modellenrecht. Het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen)¹³ is eind 2006 door Nederland bij wet goedgekeurd.¹⁴

Dit verdrag verving het Beneluxverdrag inzake de warenmerken,¹⁵ waarin de Eenvormige Beneluxwet op de merken¹⁶ was ingesteld, en het Beneluxverdrag inzake Tekeningen of Modellen,¹⁷ waarmee de Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen¹⁸ was ingevoerd.

Het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (BBIE) is thans de officiële instantie voor de registratie van merken en modellen in de Benelux.

In het tekeningen- en modellenrecht draait het om de bescherming van het uiterlijk van een voortbrengsel. Dit uiterlijk moet nieuw zijn en een eigen karakter hebben om voor bescherming in aanmerking te komen. Bij tekeningen gaat het om dessins van tweedimensionale aard. Modellen zijn driedimensionaal.¹⁹

Het merkenrecht spreekt eigenlijk voor zich. Een merk zorgt er voor dat de consument een product direct kan identificeren en aldus van andere producten kan onderscheiden. Een goed merk is tegenwoordig van eminent commercieel belang voor bedrijven.

13 Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) met Protocol, Den Haag, 25 februari 2005, *Trb.* 2005, 96.

14 Goedkeuringswet van 10 mei 2006 betreffende het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), *Stb.* 2006, 604.

15 Beneluxverdrag inzake de warenmerken, Verdrag van 19 maart 1962, *Trb.* 1962, 58, laatstelijk gewijzigd 7 augustus 1996, *Trb.* 1996, 225, 11 december 2001, *Trb.* 2002, 37, in werking getreden op 1 juli 1969.

16 Eenvormige Beneluxwet op de merken, Wet van 19 maart 1962, *Trb.* 1962, 58, laatstelijk gewijzigd 7 augustus 1996, *Trb.* 1996, 225, 11 december 2001, *Trb.* 2002, 37, in werking getreden op 1 januari 1971.

17 Beneluxverdrag inzake tekeningen of modellen, Verdrag van 25 oktober 1966, *Trb.* 1966, 292, laatstelijk gewijzigd 7 augustus 1996, *Trb.* 1996, 226, 20 juni 2002, *Trb.* 2002, 129, in werking getreden op 1 januari 1974.

18 Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen, ook wel genoemd de Benelux Tekeningen- of Modellenwet (BTMW), Verdrag van 25 oktober 1966, *Trb.* 1966, 292, in werking getreden op 1 januari 1975, laatstelijk gewijzigd 20 juni 2002, *Trb.* 2002, 129.

19 Van Empel & Geerts 2005, p. 128.

1.2 4. Communautair IE-recht

De Europese Gemeenschap is zich vanaf de jaren zeventig in het kader van positieve integratie gaan bezighouden met de nadere regulering van IE-recht. De EG heeft via art. 95 EG (harmonisatie van wetgeving betreffende de interne markt) een groot aantal richtlijnen uitgevaardigd op het terrein van de intellectuele eigendom, waarmee onderdelen van de nationale wetgeving in de interne markt zijn geharmoniseerd. Het nationale IE-recht is hiermee op onderdelen 'vercommunautariseerd', maar het is wel (in aangepaste vorm) blijven voortbestaan. Verder heeft de EG op basis van art. 308 EG enkele verordeningen uitgevaardigd die tot unificatie van Europees intellectueel eigendomsrecht hebben geleid (denk hierbij aan het uniform werkende Gemeenschapsmerk en Gemeenschapsmodel). Ook hier hebben lidstaten echter hun eigen varianten behouden, die bestaan naast het communautaire IE-rechtssysteem.

Waar de EG tot nu op basis van interne markt- en residuaire wetgevingsbevoegdheden heeft opgetreden, introduceert het EU-Hervormingsverdrag een aparte rechtsbasis voor de uitvaardiging van Europese wetgeving betreffende intellectuele eigendom.²⁰

De communautaire richtlijn over de handhaving van intellectuele eigendomsrechten²¹ bestrijkt zowel het industriële eigendomsrecht als het auteursrecht. Zij heeft vooral betrekking op de procedureregels betreffende de handhaving van IE-rechten in de nationale wetgeving van de lidstaten. Doel van de richtlijn is om te zorgen dat de nationale wetgeving van de lidstaten rechtsmiddelen bevat die in het kader van de handhaving van IE-rechten voldoende effectief en afschrikwekkend zijn. De richtlijn tracht een in alle lidstaten vergelijkbare set van rechtsmiddelen, procedures en maatregelen in het leven te roepen, zodat een IE-rechthebbende in elke lidstaat

20 Zie het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb* 2007, C 306/1, art. 2 sub 84 "Onderstaand artikel 97 bis wordt ingevoegd als laatste artikel van titel VI [van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie; *JH*] In het kader van de totstandbrenging en de werking van de interne markt stellen het Europees Parlement en de Raad, volgens de gewone wetgevingsprocedure, de maatregelen vast voor de invoering van Europese titels om een eenvormige bescherming van de intellectuele eigendomsrechten in de hele Unie te bewerkstelligen, en voor de instelling van op het niveau van de Unie geïntegreerde machtings-, coördinatie- en controle-regelingen []" In het hertitelde EG-Verdrag (i.e. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) wordt art. 97 bis uiteindelijk vernummerd tot art. 118

21 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, *Pb* 2004, L 157/45. Zie nader over deze richtlijn: Gielen 2005, p. 6-11

voldoende instrumenten tot zijn beschikking heeft om zijn rechten te verdedigen.

De richtlijn is geïmplementeerd in diverse Nederlandse wetten, waaronder het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de ROW.

Op Europees niveau bestaat sinds 1973 het Europees Octrooiverdrag (EOV).²² Het gaat hierbij om een verdrag dat tussen een groot aantal Europese landen, waaronder ook de lidstaten van de EG, is afgesloten. In 2007 is dit verdrag overigens gewijzigd,²³ waarbij vooral de verleningsprocedure en de uitleg van het octrooi up-to-date zijn gemaakt. Het systeem van rechtshandhaving van het Europees octrooi is echter hetzelfde gebleven.²⁴ Het EOV voorziet niet in één generiek Europees octrooi, maar in een zogenaamd bundeloctrooi. Dit wil zeggen dat het toegekende octrooi na verlening uiteenvalt in een bundel nationale octrooien.²⁵

De procedure onder het EOV gaat uit van één centrale aanvraag bij het Europees Octrooibureau in München. In het geval dat het octrooi-onderzoek door deze instantie aantoont dat de uitvinding inderdaad nieuw is, verstrekt het bureau een octrooi. De rechtsgevolgen van het Europees octrooi worden vervolgens echter niet door het verdrag zelf, maar door de nationale rechtsstelsels bepaald.²⁶

Vele jaren heeft het idee gespeeld om één generiek Gemeenschapsoctrooi in te stellen.²⁷ Het Gemeenschapsoctrooi zou een enkel patent met uniforme voorwaarden voor de gehele EG vormen. Met deze karakteristieken zou het een eigen plaats innemen naast het reeds bestaande Europees Octrooiverdrag en de nationale octrooistelsels. De Europese Commissie heeft zich aan een voorstel voor een Verordening gezet, maar dit voorstel heeft nimmer het stadium van codificatie bereikt. Vooral nog moet het octrooi-recht het dus doen met het EOV en de nationale octrooisystemen. Dit neemt niet weg dat de Europese Commissie blijft zoeken naar manieren

22 Europees Octrooiverdrag, Verdrag van 5 oktober 1973, *Trb.* 1975, 108 en 1976, 101.

23 Zie European Patent Convention Revision Act of 29 November 2000, in werking getreden op 13 december 2007. Zie voor een geconsolideerde versie van het Europees Octrooiverdrag: European Patent Office, *European Patent Convention*, 13th edition, ISBN 3-89605-090-7.

24 W.A.J. Hoorneman, 'Europees Octrooiverdrag gewijzigd', *Newsflash Intellectueel eigendom/ICT* 2007-9.

25 Van Empel & Geerts 2005, p. 30.

26 Van Empel & Geerts 2005, p. 30.

27 Zie voor een overzicht van alle stappen in de ontwikkeling van het Gemeenschapsoctrooi: <http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/index_en.htm>.

om het octrooisysteem in Europa te verbeteren.²⁸ De wens mag dan vurig zijn, het pad naar een uniform en effectief werkend communautair octrooisysteem blijft bezaaid met politieke en juridische hobbels.

Op het gebied van het auteursrecht heeft de EG ook de nodige regelgeving uitgevaardigd. De Richtlijn betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij²⁹ is vooral gericht op de harmonisatie van exploitatierechten en de beperkingen daaraan. Ook is er een Richtlijn betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en bepaalde naburige rechten.³⁰ Op deze punten is het auteursrecht in de lidstaten dus geharmoniseerd. De communautaire richtlijnen behelzen een communautair IE-recht dat doorwerkt in de nationale IE-systemen, maar nationale systemen op zich wel in stand laat. Toch zijn essentiële elementen van het auteursrecht ook niet geharmoniseerd, zoals het beschermingsobject van dit recht (het 'werk'). De criteria voor wat een werk van letterkunde, wetenschap of kunst precies is verschillen per lidstaat.

De EG heeft zich evenmin onbetuigd gelaten op meer specifieke onderdelen van het auteursrecht en op terreinen die sterk gelieerd zijn met het rechtsgebied. Zo zijn er communautaire richtlijnen over het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten,³¹ het (specifieke) auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel,³² en het volgrecht ten behoeve van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk.³³

28 Zie COM (2007) 165 final, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, 'Enhancing the patent system in Europe'.

29 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Pb.* 2001, L 167/10.

30 Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *Pb.* 1993, L 290/9.

31 Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, *Pb.* 1992, L 346/61.

32 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, *Pb.* 1993, L 248/15.

33 Richtlijn 2001/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende het volgrecht ten behoeve van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk, *Pb.* 2001, L 272/32.

Ook de bescherming van databanken en software kent eigen Gemeenschapsregels. In 1996 heeft de EG de Databankenrichtlijn uitgevaardigd teneinde databanken zelfstandig te beschermen.³⁴ Deze richtlijn definieert (in art. 1 lid 2) het begrip 'databank' als een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk. Ook het Hof van Justitie EG heeft een ruime uitleg gegeven aan het begrip 'databank' uit de richtlijn.³⁵ Het is wel zo dat het Hof van Justitie bij de vraag naar de reikwijdte van de bescherming van de richtlijn vervolgens scherpe grenzen heeft getrokken.³⁶

Opvallend is dat de definitie van 'databank' in de Nederlandse Databankenwet (waarin de richtlijn is omgezet) afwijkt van de definitie uit de richtlijn. De Databankenwet definieert het begrip databank als een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.³⁷ Het opnemen van het vereiste van een substantiële investering in de definitie zou volgens de minister het doel van de *sui generis*-regeling, namelijk het beschermen van een investering, beter uitdrukken. Tevens zou dit een te ruime definitie van het begrip databank tegengaan.³⁸ De Nederlandse wetgever bakende hiermee het begrip 'databank' nauwer af dan de Gemeenschapswetgever had gedaan. Feitelijk is er echter niet zoveel verschil tussen de Nederlandse en Europese regeling. De richtlijn werkt met een ruime definitie in art. 1, maar ook met een beperking van de beschermingsomvang in art. 7. De richtlijn biedt via art. 7 alleen databankbescherming aan databanken waarin substantieel

34 Richtlijn 96/9/EG betreffende de rechtsbescherming van databanken, *Pb.* 1996, L 77/20.

35 Vgl. de nadere uitleg van het begrip 'databank' van het Hof van Justitie in zaak C-444/02, *Fixtures Marketing/OPAP*, *Jur.* 2004, I-10549, r.o. 32: "... iedere verzameling van werken, gegevens of andere elementen die van elkaar kunnen worden gescheiden zonder dat de waarde van de inhoud ervan daardoor wordt aangetast, en die een methode of systeem van welke aard dan ook bevat waardoor het mogelijk is elk van de elementen waaruit zij bestaat, terug te vinden."

36 Zie de uitspraken in de volgende zaken: zaak C-203/02, *BHB/William Hill*, *Jur.* 2004, I-10415; zaak C-46/02, *Fixtures Marketing/Veikkaus Ab*, *Jur.* 2004, I-10365; zaak C-338/02, *Fixtures Marketing/Svenska Spel*, *Jur.* 2004, I-10497; zaak C-444/02, *Fixtures Marketing/OPAP*, *Jur.* 2004, I-10549.

37 Zie art. 1 sub a Dw.

38 Van Loon 2004, p. 10.

geïnvesteed is.³⁹ De Nederlandse wetgever heeft beide elementen in de definitie van het begrip databank met elkaar verbonden. In de Nederlandse Databankenwet is de eis van een substantiële investering vastgelegd in de definitie van het begrip 'databank': geen substantiële investering, dan ook geen databank.

De communautaire richtlijn heeft in haar toepassing ondanks alle zorg voor een heldere begripsdefinitie en een afbakening van de beschermingsreikwijdte tot veel onduidelijkheid aanleiding gegeven. Het ging daarbij vooral om de precieze inhoud en reikwijdte van de term 'substantiële investering'. Het Hof van Justitie heeft een paar harde noten gekraakt op dit punt.⁴⁰

Ten aanzien van computerprogramma's is al sinds 1991 een speciale richtlijn van toepassing die de auteursrechtelijke bescherming van deze software harmoniseert (en daarmee garandeert).⁴¹ Het criterium dat in deze richtlijn gehanteerd wordt om te bepalen of software voor bescherming in aanmerking komt is de 'eigen schepping van de maker'.⁴² Nationale wetgevers mogen geen andere maatstaf opnemen in hun regelgeving om de oorspronkelijkheid van software vast te stellen.

Op het gebied van de computersoftware heeft de EG ook gepoogd om tot een aparte *octrooirechtelijke* bescherming te komen in de vorm van een richtlijn over softwarepatenten. Hiertoe heeft de Commissie een Richtlijn betreffende de octrooierbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen in de steigers gezet, maar deze conceptrichtlijn is uiteindelijk gesneuveld in het Europees Parlement.⁴³

De bescherming van computerchips is geharmoniseerd middels de Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleider-

39 M.a.w. er zijn gegevensverzamelingen die wél databank zijn in de zin van de communautaire Richtlijn, maar desondanks géén databankrechtelijke bescherming genieten onder de Richtlijn wegens een gebrek aan substantiële investeringen.

40 In Paragraaf 3.2.6. van dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op deze rechtspraak.

41 Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb.* 1991, L 122/42.

42 Richtlijn 91/250/EEG, art. 1 lid 3.

43 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de octrooierbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen, *Pb.* 2002, C 151 E/129 (door de Commissie ingediend op 20 februari 2002); voorstel verworpen door het Europees Parlement in tweede lezing op 6 juli 2005: Octrooierbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen ***II, Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement betreffende het gemeenschappelijk standpunt van de Raad, *Pb.* 2006, C 157 E/265.

producten.⁴⁴ De richtlijn heeft de lidstaten de keuze gelaten tussen een auteursrechtelijke en een sui-generis chipsbescherming. Nederland heeft gekozen voor de tweede optie (een sui-generis beschermingswet: de Chipswet⁴⁵).

Op het terrein van het merkenrecht en tekeningen- en modellenrecht heeft de EG vergaande initiatieven genomen die hebben geleid tot de instelling van een eenvormige communautaire regeling op beide gebieden.

De Verordening inzake het Gemeenschapsmerk⁴⁶ voorziet in de mogelijkheid om via één aanvraag voor het gehele EG-gebied één merkrecht te verkrijgen (het zogenaamde Gemeenschapsmerk).

Met de Verordening inzake het Gemeenschapsmodel⁴⁷ is het mogelijk geworden om tekeningen en modellen onder een communautair modelrecht te laten registreren.⁴⁸

De aanvraag voor zowel een communautair merk als een model dient te worden gedaan bij het Bureau voor Harmonisatie in de Interne Markt dat in Alicante is gevestigd.

Deze EG-verordeningen staan er overigens niet aan in de weg dat lidstaten (of groepen van lidstaten) nog immer een eigen nationaal of transnationaal systeem van merken- en modellenrecht hanteren. Deze beschermingsfiguren bestaan gewoon naast de communautaire varianten, dus de Beneluxregeling betreffende merken en tekeningen of modellen heeft nog steeds bestaansrecht.

De Beneluxregels inzake tekeningen en modellen heeft men in het verleden overigens wel moeten aanpassen op basis van een andere EG-

44 Richtlijn 87/54/EEG van de Raad van 16 december 1986 betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderprodukten, *Pb.* 1987, L 24/36.

45 Chipswet, Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderprodukten, *Stb.* 2001, 584.

46 Verordening 40/94/EG van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk, *Pb.* 1994, L 11/1 (in werking getreden op 1-1-1996). Zie verder Verordening 2868/95/EG van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van Verordening 40/94/EG van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, *Pb.* 1995, L 303/1. Beide verordeningen zijn inmiddels al enige keren gewijzigd.

47 Verordening 6/2002/EG van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen, *Pb.* 2002, L 3/1. Zie verder Vo. 2245/2002 van de Commissie van 21 oktober 2002 tot uitvoering van Vo. 6/2002, *Pb.* 2002, L 341/28.

48 Niet-geregistreerde ontwerpen worden overigens ook beschermd onder de Verordening. Deze bescherming is wel van een beperktere omvang dan de bescherming voor geregistreerde ontwerpen. Voor niet-geregistreerde ontwerpen beperkt de bescherming zich tot opzettelijk kopiëren. Geregistreerde ontwerpen zijn daarentegen ook beschermd tegen de onafhankelijke ontwikkeling van een vergelijkbaar ontwerp.

regeling. De Harmonisatierichtlijn voor tekeningen- en modellenrecht⁴⁹ stelde onder meer als eis dat een model om voor bescherming in aanmerking te komen niet alleen nieuw moet zijn, maar ook een eigen karakter moet hebben. Een model heeft een eigen karakter indien de algemene indruk die het bij de geïnformeerde gebruiker wekt, verschilt van de algemene indruk van eerdere objecten. Voorts scherpte de richtlijn het nieuwigheidsvereiste aan: een model wordt als nieuw beschouwd indien voor de depotdatum geen identiek model voor het publiek beschikbaar is gesteld. Modellen worden geacht identiek te zijn, indien de kenmerken ervan slechts in onbelangrijke details verschillen.⁵⁰ Tenslotte bepaalde de richtlijn dat de beschermingsduur van de tekeningen- en modellenwetten van de lidstaten dient te liggen op een maximum van in totaal vijftientig jaar.

Ook andere onderdelen van het industriële eigendomsrecht zijn nader gereguleerd op Europees niveau.

Zo is daar de Verordening inzake het communautaire kwekersrecht.⁵¹ Deze verordening biedt de mogelijkheid om voor de hele EG één kwekersrecht te verkrijgen. Het communautaire kwekersrecht wordt beheerst door één uniform stelsel van formele en materiele rechtsregels.⁵² Het systeem heeft een plaats naast de nationale kwekersrechten, waaronder ook valt de Nederlandse Zaaizaad- en Plantgoedwet.

Ook de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen is inmiddels geharmoniseerd middels een richtlijn.⁵³

1.2.5. Internationaal IE-recht

Op internationaal vlak behoort het Unieverdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom tot de belangrijkste verdragen.⁵⁴ Wat betreft

49 Richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen, *Pb.* 1998, L 289/28.

50 Van Empel & Geerts 2005, p. 129.

51 Verordening inzake het communautaire kwekersrecht, *Pb.* 1994, L 227/1 en *Pb.* 1995, L 258/3.

52 Van Empel & Geerts 2005, p. 123.

53 Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, *Pb.* 1998, L 213/13. Deze richtlijn beoogt onduidelijkheden omtrent de toepasselijkheid van de beschermingsregimes voor octrooi- en kwekersrechten op biotechnologische uitvindingen op te lossen.

54 Unieverdrag van Parijs, 20 maart 1883, laatstelijk herzien bij het Verdrag van Stockholm uit 1967, *Trb.* 1969, 144 en 1970, 187.

het auteursrecht is er de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst.⁵⁵

Beide verdragen roepen een Unie in het leven waarvan zeer vele landen (ook de Europese) lid zijn.

Organisatorisch worden ze overkoepeld door de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom, opgericht bij het WIPO-Verdrag.⁵⁶ De WIPO is onderdeel van de Verenigde Naties en beheert dus onder meer het Unieverdrag van Parijs en de Berner Conventie.

Ook vermeldenswaardig is de TRIPs-overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom.⁵⁷ Het Verdrag beoogt de verstoring van en belemmeringen voor de internationale handel te verminderen en tegelijkertijd een doeltreffende en toereikende bescherming van de intellectuele eigendom te bevorderen.

Op het terrein van het auteursrecht zijn er nog twee andere belangrijke internationale verdragen: de Universele Auteursrecht Conventie (UAC)⁵⁸ en het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT Verdrag).⁵⁹ In het verlengde van deze verdragen (en wel op het gebied van de naburige rechten) kan men nog het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (Conventie van Rome) noemen,⁶⁰ en het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intel-

55 Berner Conventie, Verdrag van 9 september 1886, laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Parijs, *Trb.* 1972, 114 en 157, *Trb.* 1976, 37.

56 Verdrag tot oprichting van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (World Intellectual Property Organisation – 'WIPO'), Stockholm, 14 juli 1967, *Trb.* 1969, 145 en 1970, 188. Deze organisatie vormt een onderdeel van de Verenigde Naties.

57 Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom ('Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights'); bijlage 1c bij het Wereldhandelsverdrag van 15 april 1994, *Trb.* 1995, 130, waarmee de Wereld Handels Organisatie is opgericht.

58 De UAC is opgericht bij Verdrag van 6 september 1952 te Genève, en herzien bij de Akte van Parijs, *Trb.* 1972, 114 en 157 en 1976, 37.

59 WIPO Copyright Treaty ('WCT'), Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht, Genève, 20 december 1996, *Trb.* 1998, 247.

60 Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, Rome, 26 oktober 1961, *Trb.* 1986, 182; zie ook Rijkswet van 25 mei 1990, tot goedkeuring van het op 26 oktober 1961 te Rome tot stand gekomen Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, *Stb.* 1990, 303.

lectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen ('WIPO Performances and Phonograms Treaty' – 'WPPT').⁶¹

Op het terrein van het octrooirecht heeft men nog het Verdrag tot samenwerking inzake octrooien,⁶² de Overeenkomst van Straatsburg betreffende de internationale classificatie van octrooien,⁶³ en het Verdrag van Straatsburg betreffende de eenmaking van enige beginselen van het octrooirecht.⁶⁴

Dan het merkenrecht en het modellenrecht. De Herziene Schikking van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken en het daaraan verbonden 'Protocol' regelt de bescherming van merken.⁶⁵ 'Madrid' verstrekt, op basis van de prioriteitsdatum van een nationale merkaanvraag, een bundel aanvragen in andere lidstaten die partij zijn bij het verdrag. Het systeem is vergelijkbaar met dat van het Europees Octrooiverdrag.

De Overeenkomst van 's-Gravenhage betreffende de internationale registratie van tekeningen of modellen van nijverheid,⁶⁶ zoals laatstelijk uitgebreid met de Akte van Genève,⁶⁷ regelt de aanvraag van een internationaal depot bij het Internationaal Bureau van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom. Onder de systematiek van deze internationale regeling valt een internationaal depot na verlening uiteen in een bundel nationale depots. Het tekeningen- of modellenrecht krijgt per lidstaat of groep van lidstaten vorm, aan de hand van de aldaar geldende tekeningen- of modellenregels.

61 Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen, *Trb* 1998, 248

62 Verdrag tot samenwerking inzake octrooien (Patent Cooperation Treaty – 'PCT'), Washington, 19 juni 1970, *Trb* 1973, 20 en 1979, 104

63 Overeenkomst van 24 maart 1971 betreffende de internationale classificatie van octrooien, *Trb* 1974, 229

64 Europees Verdrag over de eenmaking van bepaalde onderdelen van het octrooirecht, Straatsburg, 27 november 1963, *Trb* 1987, 148

65 Herziene Schikking van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken van 14 april 1891, laatstelijk herzien te Stockholm op 14 juli 1967, *Trb* 1969, 143, *Trb* 1970, 186, *Trb* 1974, 232, *Trb* 1980, 33, *Trb* 1984, 6, *Trb* 1988, 150, *Trb* 1989, 54 en *Trb* 1996, 126

66 Overeenkomst van 's-Gravenhage betreffende de internationale registratie van tekeningen of modellen van nijverheid van 6 november 1925, reeds uitgebreid met een internationaal convenant te Londen op 2 juni 1934 (Akte van Londen) en te 's-Gravenhage op 28 november 1960 (Akte van 's-Gravenhage), met Protocol en Reglement, *Trb* 1961, 40, *Trb* 1963, 188, *Trb* 1984, 100, *Trb* 1998, 279

67 Akte van Genève bij de Overeenkomst van 's-Gravenhage betreffende de internationale registratie van tekeningen of modellen van nijverheid, 2 juli 1999, Genève, *Trb* 2000, 102

Als laatste internationale overeenkomst verdient het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekproducten⁶⁸ nog vermelding. Dit verdrag verstrekt niet zelf een mondiaal kwekersrecht, maar bevat wel een groot aantal materiële en procedurele normen voor het nationale en interstatelijke kwekersrechtsgebied. Het regelt ook een voorrangrecht tot verlening van een kwekersrecht in andere lidstaten in geval van indiening van een eerste beschermingsaanvraag bij de verantwoordelijke dienst van één van de verdragspartijen.

1.3. De kenmerken van het IE-recht en zijn deelgebieden: achtergrond, ratio en karakteristieken

1.3.1. *Innovatie*

De uitoefening van IE-rechten vindt allesbehalve plaats in een vacuüm. Het rechtsgebied van de intellectuele eigendom is in het leven geroepen om de innovator bescherming te bieden tegen derden die een uitvinding of werk dreigen te gebruiken voor hun eigen commerciële activiteiten. IE-rechten brengen dus automatisch gevolgen met zich mee voor anderen dan de rechthebbende: externe effecten en externaliteiten duiden de uitwerking aan van octrooien en auteursrechten op anderen dan de rechthebbende.⁶⁹ De uitoefening van IE-rechten beperkt derden in hun commerciële handelingsvrijheid.

Het intellectuele eigendomsrecht stimuleert dus innovatie, al kan het rechtsgebied terzelfder tijd ook een rem vormen op bepaalde marktontwikkelingen. 'Innovatie' is te definiëren met de kernwoorden 'nieuw en nuttig'. Het maakt daarbij niet uit of het gaat om een technologische, organisatorische, financiële, institutionele of culturele vooruitgang.⁷⁰ Wat betreft het auteursrecht kan men hier nog aan toevoegen dat een nieuw werk niet zozeer nuttig hoeft te zijn, als wel 'eigen' aan de maker.

Zeker in het industriële eigendomsrecht speelt ook het begrip 'uitvinding' een belangrijke rol. In de economische terminologie wordt de term 'uitvinding' meestal (alleen) gebruikt om de creatie van nieuwe producten of de ontdekking van productietechnieken aan te duiden. De term 'innovatie' wordt primair gebruikt om de introductie van dergelijke technieken op de markt te beschrijven. Het verschil tussen beide begrippen

68 Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekproducten (ook wel genoemd 'UPOV' – 'Union pour la protection des obtentions végétales') van 2 december 1961, laatstelijk herzien te Genève op 19 maart 1991, *Trb.* 1992, 52 en *Trb.* 1993, 153.

69 Rahnasto 2003, p. 1.

70 Granstrand 2003, p. 11.

kan dus zitten in het onderscheid tussen enerzijds de (succesvolle) ontdekking van een product of techniek, en anderzijds de (succesvolle) introductie van zo'n product of techniek op de markt. Overigens worden beide begrippen ook wel als synoniemen gebruikt.⁷¹

Alikhan & Mashelkar omschrijven de begrippen uitvinding en innovatie als volgt:

"Let us focus here on the distinction between an invention and an innovation, the former is the idea for a new product or method, the expression of new knowledge, while the latter is the translation of the idea into practice, the process of using the invention or knowledge in production. It is the innovator who develops a practical application of an idea, who makes things happen, and who helps bring a new or improved product or service into the marketplace [] As has been well said, 'innovation without invention is a tree without roots' "⁷²

Mededinging wordt normaliter gezien als heilzaam voor innovatie, maar het concurrentieproces is niet absoluut noodzakelijk voor het op gang brengen van een stroom aan vernieuwingen. In de literatuur worden ook inspiratie, nieuwsgierigheid en praktische noodzaak genoemd als basiskrachten achter innovatie.⁷³ Toch is mededinging in de hedendaagse economie, zeker op het gebied van het industriële eigendomsrecht, de belangrijkste motor achter innovatie.

Innovatie vormt een doelstelling van het intellectuele eigendomsrecht, maar zij is niet het enige objectief van het rechtsgebied. Ook rechtvaardigheids- en personaliteitsargumenten kunnen bijvoorbeeld een rol spelen bij bepaalde IE-rechtsgebieden. Bij de hierna volgende behandeling van het (Nederlandse) auteurs- en octrooirecht komen de beginselen van deze rechtsgebieden nog nader aan bod.

1.3.2 *Het auteursrecht*

Het (Nederlandse) auteursrecht regelt het uitsluitend recht van makers om hun werken van letterkunde, wetenschap of kunst openbaar te maken en te verveelvoudigen.⁷⁴ Een breed scala aan creaties van uiteenlopend karakter valt onder deze aanduiding van 'werk': boeken en artikelen, muzikale composities, schilderijen, tekeningen en foto's, films, bouwwerken, platte-

71 Rahnasto 2003, p. 2

72 Alikhan & Mashelkar 2004, p. 163

73 Granstrand 2003, p. 11.

74 Art. 1 Aw

gronden, industriële vormgeving en computerprogramma's.⁷⁵ Dit lijstje is overigens niet uitputtend.

Het auteursrecht biedt van rechtswege, dus zonder formaliteiten, een uitgebreide bescherming van lange duur. Daarin verschilt het van het octrooi, dat slechts onder stringente voorwaarden en voor een meer beperkte tijd wordt verleend. Hoofdregel is dat zeventig jaar na de dood van de maker het auteursrecht vervalt.⁷⁶ Is de maker niet bekend of geldt een rechtspersoon als maker, dan geldt een termijn van zeventig jaar na de eerste rechtmatige openbaarmaking van het werk.⁷⁷ Voor naburige rechten geldt een beschermingsduur van vijftig jaar.⁷⁸

Het begrip 'auteursrecht' kan zowel in subjectieve als in objectieve zin worden gebruikt. Auteursrecht in subjectieve zin is het recht van de auteur of zijn rechtverkrijgende op een bepaald werk; auteursrecht in objectieve zin is het geheel van rechtsregels dat daarop betrekking heeft.⁷⁹ Het subjectieve auteursrecht ontstaat van rechtswege, zonder formaliteiten, door het enkele scheppen van het werk.⁸⁰

De beginselen die schuil gaan achter het rechtsgebied van het auteursrecht zijn divers van aard, maar sluiten elkaar niet uit.

Quaadvlieg gaat uit van drie principes: 1. Het personaliteitsbeginsel: het auteursrecht beschermt de auteur en diens persoonlijkheid. 2. Het investeringsbeginsel: auteur, uitgever en/of producent hebben arbeid en talent geïnvesteerd in een informatieproduct, van welke investeringen derden eenvoudig misbruik kunnen maken. 3. Het stimuleringsargument: het auteursrecht dient om het totstandkomen en verspreiden van werken van letterkunde, wetenschap of kunst te bevorderen en zo de vooruitgang van cultuur en wetenschap en de informatiewelvaart te stimuleren.⁸¹

Spoor c.s. hanteert een tweetal rechtsgronden van het auteursrecht: 1. Rechtvaardigheid: zonder de auteur zou het werk niet bestaan, dus het is niet meer dan billijk dat de auteur een recht op zijn werk toekomt.⁸²

75 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 1.

76 Zie art. 37 Aw, zoals geharmoniseerd bij Richtlijn 93/98/EEG, *Pb.* 1993, L 290/9.

77 Zie art. 38 Aw. Vgl. Van Empel & Geerts 2005, p. 57.

78 Zie art. 12 Wet op de naburige rechten, zoals geharmoniseerd bij Richtlijn 93/98/EEG, *Pb.* 1993, L 290/9.

79 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 1.

80 Dit beginsel is neergelegd in art. 5 lid 2 van de Berner Conventie. Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 3.

81 Quaadvlieg 2001, p. 131.

82 Dit recht dient er dan toe om zowel de baten van het werk veilig te stellen voor de maker, als om de auteur te beschermen tegen aantasting van zijn werk en zijn reputatie.

2. Maatschappelijk nut: de bevordering van de kunsten en de wetenschap is van algemeen belang.⁸³

Grosheide ziet zeven legitimatievormen voor auteursrechtsbescherming: persoonlijkheidsargumentatie, billijkheidsargumentatie, economische argumentatie, sociale argumentatie, culturele argumentatie, uitingsvrijheidargumentatie en pragmatische argumentatie.⁸⁴ Deze legitimatiefiguren vormen eigenlijk een nadere detaillering van de principes van de andere schrijvers.

Auteursrecht bestaat uit exclusieve rechten om het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen, ook wel aangeduid als 'exploitatierechten' (in het Engels: 'economic rights'). Om een werk te mogen exploiteren heeft men toestemming nodig van de rechthebbende. Het is de rechthebbende die beslist of en op welke voorwaarden deze toestemming wordt verleend. Behalve de exploitatierechten komen aan de auteur ook persoonlijkheidsrechten toe. Dit zijn rechten die voortvloeien uit de nauwe band tussen de auteur en zijn werk, en die zelfs na overdracht van het exploitatierecht aan hem blijven toekomen. De voornaamste persoonlijkheidsrechten zijn het recht om zich te verzetten tegen aantasting van het werk, het recht om zich te verzetten tegen het aanbrengen van wijzigingen in het werk en het recht om zich te verzetten tegen onjuiste naamsvermelding. Het is in de doctrine nog steeds de vraag of exploitatierechten en persoonlijkheidsrechten van elkaar gescheiden zijn (de dualistische opvatting) dan wel voortvloeien uit één ondeelbaar auteursrecht (de monistische opvatting).⁸⁵

De exploitatierechten in het auteursrecht beschermen het werk in ieder geval zowel tegen exploitatie in de vorm waarin het gemaakt is, als in de vorm van bewerking of vertaling, en beschermt het tegen zowel gehele als gedeeltelijke overname. Hierbij wordt echter alleen de subjectieve vorm beschermd, niet de objectieve inhoud van een werk. Feiten, gegevens, ideeën e.d. als zodanig zijn niet auteursrechtelijk beschermd; zij mogen worden overgenomen.⁸⁶ Het auteursrecht beperkt zich tot de subjectieve vormgeving, en laat de feitelijke inhoud van een werk vrij. Het auteursrecht vormt dus in principe geen hinderpaal voor de toegankelijkheid, uitwisseling en verdere verspreiding van informatie, noch voor het scheppen van nieuwe werken.⁸⁷

83 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 10 en 11.

84 Grosheide 1986, p. 128.

85 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 4.

86 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 4 en 5.

87 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 5.

In theorie mag het principe dan helder zijn dat het auteursrecht geen belemmering vormt voor de vrijheid van informatieverschaffing (aangezien het auteursrecht immers nimmer betrekking heeft op de informatie zelf), in de praktijk zijn er echter wel enige kanttekeningen te plaatsen bij dit uitgangspunt:

- 1) Men kan informatie theoretisch wel scheiden van de vorm waarin zij is gegoten, maar in de praktijk stuit dat soms op problemen.
- 2) De subjectieve vormgeving van een werk kan onder omstandigheden een betekenis krijgen waar men 'niet omheen kan'.⁸⁸

En dan zijn er nog de bijzondere of afgeleide onderdelen van het auteursrecht zoals de geschriftenbescherming en het databankenrecht.

De Nederlandse geschriftenbescherming biedt een bijzondere bescherming voor geschriften zonder persoonlijk karakter, die eigenlijk geen volwaardig werk zijn in de zin van de Auteurswet. Deze bijzondere species van het auteursrecht komt tot uitdrukking in art. 10 lid 1 sub 1 Aw. Men zou deze figuur kunnen bestempelen als een 'para-' of 'proto'-auteursrechtelijke bescherming.⁸⁹

Het databankenrecht is in Nederland in een aparte wet geregeld, maar vindt zijn oorsprong in een Europese richtlijn. Doelstelling van deze *sui generis*-regeling is om de inspanningen en investeringen te beschermen van een onderneming die bepaalde informatie of originele scheppingen in een databank onderbrengt. De originele scheppingen zelf vormen geen onderwerp (beschermingsobject) van het databankenrecht.

Bij de geschriftenbescherming en het databankenrecht komen duidelijke vragen op omtrent de toegankelijkheid en het (her)gebruik van informatie teneinde nieuwe of andere werken te scheppen. Het is dan ook niet verbaazingwekkend dat juist ook bij deze 'deelgebieden' van het auteursrecht problemen zijn ontstaan met het mededingingsrecht.

88 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 5. Het auteursrecht zorgt in sommige gevallen via een citaatrecht en een recht op bloemlezing dan ook voor een matiging van het exploitatieverbod, om enige excepties te noemen.

89 Een dergelijke bescherming houdt een auteursrechtelijke bescherming in, zij het dat de beschermingsomvang beperkter is dan bij een 'vol' auteursrecht. Zo lijkt voor de toepassing van persoonlijkheidsrechten bijvoorbeeld nauwelijks plaats. Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 82, 87 en 88.

1.3.3. Het octrooirecht

Het (Nederlandse) octrooirecht maakt bescherming mogelijk voor uitvindingen die nieuw zijn, op uitvinderswerkzaamheid berusten en toegepast kunnen worden op het gebied van de nijverheid.⁹⁰ Een voorname betekenis van het octrooi ligt in het (uitsluitend) recht van de octrooihouder om anderen de toepassing van het octrooi te beletten. Evenals andere intellectuele eigendomsrechten is het een verbodsrecht. Derden mogen geen uitvinding exploiteren die valt onder het octrooirecht van een ander, tenzij zij daartoe toestemming hebben verkregen van de rechthebbende, en enige onvermijdelijke uitzonderingen op de hoofdregel daargelaten. In die zin verschaft een octrooirecht de houder een tijdelijk monopolie. Het patent is territoriaal begrensd: het geldt alleen binnen het gebied waarvoor het verstrekt is. Men verkrijgt onder nationale (of supranationale) wetten rechten, die beperkt zijn tot het desbetreffende territoire. Het patent is ook begrensd in tijd. Octrooien worden normaliter verleend voor de duur van twintig jaar. De octrooihouder staan diverse mogelijkheden ter beschikking om zijn recht te exploiteren: hij kan deze exploitatie zelf ter hand nemen, maar hij kan ook derden onder bepaalde (financiële) voorwaarden toestemming verlenen om zijn uitvinding toe te passen.⁹¹

De octrooihouder krijgt zijn octrooi niet van rechtswege. Teneinde een dergelijk recht te verwerven, zal hij zijn uitvinding moeten deponeren bij de aangewezen officiële instantie (een nationaal Bureau voor de Industriële Eigendom of een interstatelijk Octrooibureau). Als een nieuwheidonderzoek geen bezwaren oplevert en de octrooiaanvraag aan de overige voorwaarden voldoet verkrijgt de aanvrager een recht op zijn uitvinding.

Men kan (althans in de ROW) een onderscheid maken tussen octrooien voor voortbrengselen en octrooien voor werkwijzen.

De houder van een octrooi voor een voortbrengsel heeft in de eerste plaats het recht met uitsluiting van anderen het geoctrooieerde voortbrengsel te vervaardigen. Daarnaast heeft hij het uitsluitende recht om het geoctrooieerde voortbrengsel te gebruiken, in het verkeer te brengen of verder te verkopen, te verhuren, af te leveren of anderszins te verhandelen, dan wel voor een van deze handelingen het voortbrengsel aan te bieden, in te voeren of in voorraad te hebben.⁹² Aldus is het geoctrooieerde

90 Art. 2 lid 1 ROW 1995. Zie ook Van Nieuwenhoven Helbach, Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 36.

91 Wichers Hoeth, Gielen & Hagemans 2000, p. 38.

92 Zie art. 53 lid 1 sub a ROW.

voortbrengsel in drie verschillende fasen aan het uitsluitend recht van de octrooihouder onderworpen: vervaardiging, handel en gebruik.

De houder van een octrooi op een werkwijze heeft het recht om die werkwijze toe te passen. Hij mag ook het voortbrengsel dat rechtstreeks verkregen is door toepassing van die werkwijze⁹³ gebruiken, in het verkeer brengen en (verder) verhandelen. Tevens is het hem toegestaan ten bate van een van de genoemde handelingen het voortbrengsel aan te bieden, in te voeren of in voorraad te hebben.⁹⁴

Achter de instelling van het octrooirecht gaan twee grondgedachten schuil. Een billijkheidsargument: het is billijk dat degene die de samenleving met een uitvinding heeft verrijkt daarvoor een zekere beloning ontvangt. Een utiliteitsargument: verlening van een octrooi vormt niet alleen een stimulans voor het doen van uitvindingen, maar het vormt ook een aanmoediging tot het bekendmaken van uitvindingen die de uitvinder anders misschien geheim zou houden.⁹⁵ Via publicatie in octrooidatabanken worden uitvindingen toegankelijk gemaakt voor geïnteresseerden. Veel van de informatie die inmiddels in deze databanken is opgeslagen is van grote technische, wetenschappelijke, commerciële en algemeen maatschappelijke waarde.⁹⁶

Het Hof van Justitie EG heeft zich ook gewaagd aan een interpretatie van de merites van het octrooirecht. In het arrest *Pharmon*⁹⁷ herhaalt het Hof een uitgangspunt dat het ook al in het arrest *Merck*⁹⁸ uit 1981 had neergelegd. De kern van het octrooirecht schuilt in wezen in de toekenning aan de uitvinder van een uitsluitend recht om het betrokken product als eerste in het verkeer te brengen, ten einde hem in staat te stellen de beloning voor zijn creatieve inspanningen te verkrijgen.⁹⁹

93 'Rechtstreeks verkregen' omvat alles wat als direct resultaat van de werkwijze kan worden aangemerkt.

94 Zie art. 53 lid 1 sub b ROW.

95 Van Nieuwenhoven Helbach, Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 68.

96 Van Nieuwenhoven Helbach, Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 65.

97 Zaak 19/84, *Pharmon*, *Jur.* 1985, 2281.

98 Zaak 187/80, *Merck*, *Jur.* 1981, 2063.

99 Zie zaak 19/84, *Pharmon*, *Jur.* 1985, 2281, r.o. 26. Dit arrest van het Hof draaide om een nationale maatregel die een octrooihouder de bevoegdheid gaf om het in het verkeer brengen van een product in de betreffende lidstaat te verhinderen, in geval dat product in een andere lidstaat was vervaardigd door de houder van een dwanglicentie op een parallel octrooi van dezelfde octrooihouder. Het Hof achtte deze nationale regel niet in strijd met het vrij verkeer van goederen.

1.3.4. Auteursrecht versus octrooirecht

Het auteursrecht verschilt wat betreft de omvang van de rechtsbescherming met zijn beperking tot de subjectieve vormgeving sterk van het octrooirecht, dat juist draait om vindingen van objectieve waarde zonder welke nieuwe scheppingen of uitvindingen onmogelijk zijn.¹⁰⁰ Ghidini schetst als klassiek onderscheid tussen de beschermingsobjecten van het octrooi- respectievelijk auteursrecht: "conceptual content (capable of industrial application) and practical utility" versus "representative expression and 'aesthetic' utility".¹⁰¹ Naast dit onderscheid zijn er nog veel meer kenmerkende verschillen tussen beide IE-rechtsgebieden, zoals de aan- dan wel afwezigheid van registratie- en publicatieverplichtingen om een recht in het leven te roepen en de variabelen in beschermingsduur.¹⁰²

Het octrooi- en auteursrecht mogen dan werken vanuit een totaal verschillend uitgangspunt, schemergebieden zijn zeker te formuleren. Denk aan de bescherming van software die via het auteursrecht loopt, maar die ook raakvlakken heeft met technologische innovatie en dus wellicht geschikt zou zijn om onder het octrooirecht te vallen. De opstellers van het intellectuele eigendomsrecht¹⁰³ hebben er oorspronkelijk voor gekozen om deze creaties te beschermen onder het auteursrecht. Dit wringt soms, omdat het auteursrecht niet helemaal geschikt lijkt voor toepassing op een gebied van innovatie (en 'practical utility') als het domein van de software; het auteursrecht 'past' als het ware niet mooi op dit soort technologische uitvindingen.

De EG heeft overigens een poging ondernomen om naast de reeds bestaande auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's ook te komen tot een octrooirechtelijke bescherming van software. De richtlijn betreffende softwarepatenten is echter nimmer door het Europees Parlement gekomen. Vandaar dat software het nog steeds moet doen met een in nationaal recht vastgelegde auteursrechtelijke bescherming.

100 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 5

101 Ghidini 2006, p. 52 en 53

102 Voor een uitgebreid overzicht van de verschillen tussen octrooi- en auteursrecht, zie Ghidini 2006, p. 52-62

103 Wat betreft het nationale IE-recht de wetgever in de lidstaten, wat betreft het communautaire IE-recht de wetgever in de Gemeenschap (= de in het wetgevingsproces betrokken instellingen), wat betreft het internationale IE-recht de lidstaten die partij zijn bij de respectievelijke verdragen

1.3.5. Grenzen aan en beperkingen van IE-rechten

De wetgeving op de diverse onderdelen van het intellectuele eigendomsrecht kent op hoofdlijnen dezelfde structuur. Er wordt geregeld wat het voorwerp van het recht is, wie rechthebbende is, wat de voorwaarden voor bescherming zijn, wat de omvang van het exclusieve recht is en met welke maatregelen dit te handhaven is. Op het aldus geformuleerde exclusieve recht bestaan vervolgens weer uitzonderingen en beperkingen.

Binnen de bestaande intellectuele eigendomsdoctrines in de Verenigde Staten en Europa geldt als uitgangspunt inzake het specifieke voorwerp van bescherming dat IE-rechten niet worden gebruikt om activiteiten te beïnvloeden die buiten het beschermingsbereik (de 'dekking') van deze rechten liggen. Een probleem met deze theorieën is dat zij de neiging hebben om onvoldoende te beantwoorden aan praktijken die binnen het specifieke onderwerp (het beschermingsbereik) van het IE-recht in kwestie vallen, maar tevens een impact hebben op afgelegen markten.¹⁰⁴

Een ruim geformuleerd beschermingsbereik kan gemitigeerd worden middels een uitgebreid pakket van uitzonderingen die de reikwijdte van een IE-recht op onderdelen feitelijk limiteren.

Een voorbeeld van een begrenzing vormt de regeling van de (beperkte) beschermingsduur van bepaalde IE-rechten, zoals octrooien. Deze regeling spruit voort uit een belangenafweging tussen aan de ene kant de beloning voor de investering in geld, tijd en moeite bij het voortbrengen van een vrucht, en aan de andere kant de vrije beschikbaarheid van kennis of voortbrengselen van de geest.

Een voorbeeld van een uitzonderingsmodus is de lijst met excepties van specifieke categorieën waarop een IE-recht *niet* kan rusten (denk binnen het auteursrecht aan wetgeving en rechtspraak).

In het internationale intellectuele eigendomsrecht zijn enkele hoofdregels geformuleerd betreffende de wettelijke inperkingsmogelijkheden van (de uitoefening van) IE-rechten. Deze regels werken door in het nationale recht en bepalen aldus het kader waarbinnen nationale IE-rechtssystemen zich kunnen bewegen.

In de auteursrechtelijke verdragen en regelingen is in dit verband een (cumulatieve) driestapstoets opgenomen die er op neerkomt dat een beperking van of uitzondering op het IE-recht (1) alleen in bijzondere gevallen is toegestaan, (2) mits die beperking geen afbreuk doet aan de nor-

male exploitatie van het voorwerp van het recht en (3) zij de wettige belangen van de rechthebbende niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt.¹⁰⁵

In het industrieel eigendomsrecht is een beperking van of uitzondering op het IE-recht toegestaan (1) indien deze beperking niet op onredelijke wijze strijdig is met de normale exploitatie van het recht en (2) niet op onredelijke wijze de legitieme belangen van de rechthebbende schaadt, (3) waarbij wel rekening wordt gehouden met de legitieme belangen van derden.¹⁰⁶

De driestapstoets ziet toe op de door de wetgever in te bouwen beperkingen aan IE-rechten, zoals de vrijheid om te citeren, de mogelijkheid tot het veeleenvoudigen van IE-beschermde werken voor eigen oefening, studie of gebruik en het gebruik van IE-beschermde werken als leermateriaal in het onderwijs. Tot de categorie van beperkingsmethoden behoort ook de figuur van de dwanglicentie. Het is de vraag hoe deze figuur zich verhoudt tot de driestapstoets.

1.3.6. *De figuur van de dwanglicentie*

Het fenomeen van de dwanglicentie creëert de mogelijkheid voor een publiekrechtelijke instantie om een IE-rechthebbende te dwingen zijn recht te delen met een andere persoon (onderneming) of andere personen (ondernemingen). De belangenafweging is helder: tegenover het belang van de rechthebbende bij een ongestoord genot van zijn recht staat het algemeen belang van innovatie en de belangen van derden inzake de ontwikkeling van hun eigen product.

Het is de vraag of de driestapstoets lidstaten zomaar toestaat om dwanglicentieconstructies op te nemen in hun wetgeving. Uiteindelijk lijkt de figuur van de dwanglicentie de toets toch grotendeels ongeschonden te doorstaan, hetzij omdat de mogelijkheid voor lidstaten tot het installeren van een dwanglicentie-instrument in nationale wetgeving verdragsrechte-

105 Zie art. 9 lid 2 BC, art. 13 TRIPS-Verdrag, art. 10 WCT en art. 5 lid 5 van Richtlijn 2001/29/EG (de Auteursrechtlijn). Meer informatie over de driestapstoets in het auteursrecht in: Senftleben 2004.

106 Zie art. 17, 26 lid 2 en 30 TRIPS-Verdrag. Deze artikelen hebben respectievelijk betrekking op handelsmerken, tekeningen en modellen, octrooien.

lijk is vastgelegd,¹⁰⁷ hetzij omdat dit instrument onder bepaalde nadere voorwaarden de driestapstoets gewoon doorstaat.¹⁰⁸

De dwanglicentie is een bekende figuur in het octrooirecht. Zij wordt niet door de octrooihouder zelf, maar door de wet, de minister van Economische Zaken of de rechter verleend.

In het Nederlandse patentrecht is de dwanglicentie geregeld in art. 57-60 ROW. De belangrijkste mogelijkheden tot een dwanglicentie bestaan: 1) wanneer het algemeen belang verlening van een dergelijke licentie wenselijk maakt; 2) indien het octrooi niet voldoende wordt toegepast; en 3) wanneer een licentie nodig is om een later geoctrooieerde uitvinding te kunnen toepassen.¹⁰⁹ Voor de praktijk is de dwanglicentie vanwege afhankelijkheid (de derde categorie) de belangrijkste. Zij dient te worden verstrekt wanneer in het octrooi ten behoeve waarvan de licentie is gevraagd, een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijke economische betekenis is belichaamd.¹¹⁰

In de systematiek van de ROW is het de minister van Economische Zaken die de dwanglicenties uit de eerste categorie (omwille van het algemeen belang) verleent.¹¹¹ De rechter heeft op vordering van een belang-

107 Indien de mogelijkheid tot het instellen van een dwanglicentieregeling verankerd is op hetzelfde verdragsniveau als de driestapstoets, is er op zich niets aan de hand. De dwanglicentieregeling vormt dan een soort *lex specialis* ten opzichte van een eventueel ook geformuleerde driestapstoets. De dwanglicentie is wat betreft octrooien en computerchips geregeld in art. 31 resp. 37 TRIPS. Bij het octrooirecht volgt de dwanglicentieregeling dus op de bepalingen omtrent de driestapstoets (deze bevinden zich in art. 30 TRIPS). Wat betreft het auteursrecht laten de artikelen 11bis lid 2 BC (m.b.t. uitzendrechten) en art. 13 BC (m.b.t. muziekopnamen) ruimte voor een nationale dwanglicentieregeling. De driestapstoets gaat aan deze bepalingen vooraf in art. 9 lid 2 BC. Zie over de verhouding tussen de dwanglicentiegelerelateerde regelingen in de BC aan de ene kant en de driestapstoets opgenomen in TRIPS en WCT aan de andere kant, en de vervolgvraag betreffende voorrang van één van beiden: Senftleben 2004, p. 202. Volgens Senftleben 'wint' de dwanglicentieregeling in de BC nipt.

108 Senftleben is kritisch bij de vraag of de figuur van de dwanglicentie de auteursrechtelijke driestapstoets doorstaat, maar ziet wel mogelijkheden. Het passeren van de tweede voorwaarde acht hij moeilijk, het passeren van de derde voorwaarde acht hij goed mogelijk, mits de IE-rechthebbende een adequate vergoeding ontvangt voor de licentiëring van zijn recht: Senftleben 2004, p. 128-133, 193 en 194, 201. Aangetekend moet worden dat Senftleben niet geheel duidelijk is over de nadere omstandigheden en/of criteria waaronder aan de tweede voorwaarde wordt voldaan in geval van een dwanglicentieregeling. Let vooral op de schijnbare tegenstelling tussen de voetnoot op p. 130 en de tekst op p. 201.

109 Zie art. 57 ROW.

110 Zie art. 57 lid 4 en 5 ROW.

111 Zie art. 57 lid 1 ROW. De minister moet, behalve in spoedgevallen, eerst onderzoeken of de octrooihouder vrijwillig bereid is onder redelijke voorwaarden de licentie te verlenen. Is dat niet het geval, dan volgt een beschikking waarbij de minister

hebbende het laatste woord inzake de verlening van alle drie de categorieën.¹¹²

Ook het auteursrecht kent een dwanglicentiefiguur, al gaat deze lang niet zo ver als de octrooirechtelijke pendant. De Nederlandse Auteurswet bepaalt in art. 17a dat dwanglicenties bij algemene maatregel van bestuur *in het algemeen belang* verleend kunnen worden voor openbaarmaking door radio- of tv-uitzending. Het persoonlijkheidsrecht van de auteur moet hierbij gerespecteerd worden en hij heeft recht op een billijke vergoeding. Tot dusverre is nog geen AMvB als bedoeld in art. 17a Aw tot stand gekomen, al kan het instrument wel dienen als stok achter de deur.¹¹³ De theoretische mogelijkheid die art. 17a Aw schept is in ieder geval interessant, en geeft een indicatie dat het auteursrecht wel degelijk ook zelf een mogelijkheid tot verplichte licentiëring creëert.¹¹⁴

Ook het kwekersrecht kent een dwanglicentiefiguur. Ingevolge art. 61 lid 1 ZPW is de kwekersrechthouder verplicht licenties te verlenen die in het algemeen belang noodzakelijk zijn. Bij een dergelijke dwanglicentie is de houder van het kwekersrecht tevens verplicht de licentienemer tegen een redelijke vergoeding voldoende teeltmateriaal ter beschikking te stellen (art. 61 lid 2 ZPW).

Ook is de houder van een kwekersrecht verplicht om aan een octrooihouder een licentie te verlenen tegen een redelijke vergoeding, indien de octrooihouder een octrooi voor een biotechnologische uitvinding niet kan exploiteren zonder inbreuk te maken op het kwekersrecht, en de biotechnologische uitvinding een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang vertegenwoordigt ten opzichte van het beschermde ras (art. 61 lid 3 ZPW).¹¹⁵

zekerheidstelling aan de licentienemer kan opleggen. De door de octrooihouder berekende prijzen kunnen aanleiding zijn voor een gedwongen licentie. De minister verleent dan een dwanglicentie op grond van het algemeen belang. Zie L. Wichers Hoeth, Gielen & Hagemans 2000, p. 67.

112 Zie art. 58 ROW.

113 Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 285 en 286.

114 Voorts bevat bijvoorbeeld art. 26a Aw een regeling voor een verplichte collectieve rechtenuitoefening bij kabeldoorgifte van omroepuitzendingen. Deze regeling vormt weliswaar geen dwanglicentiesysteem, maar houdt wel een beperking van de vrije uitoefening van IE-rechten in.

115 Deze verplichting geldt overigens ook vice versa, van octrooihouder jegens kweker (zie art. 57 lid 5 ROW). Let overigens ook nog op de vervolgplicht voor beiden tot het verlenen van een wederkerige licentie, welke is vastgelegd in art. 61 lid 4 ZPW en art. 57 lid 6 ROW. De onderhavige bepalingen van de ZPW en ROW zijn opgenomen ter implementatie van de Biotechnologierichtlijn. Deze richtlijn voorziet in regels voor de afhankelijkheid van octrooi- en kwekersrechten. Kwekersrecht- en octrooi-

Weigert de houder van het kwekersrecht aan deze verplichtingen te voldoen, dan wordt de licentie op verzoek van de belanghebbende door de Raad voor plantenrassen verleend overeenkomstig de bepalingen van art. 62 ZPW. De Raad stelt daarbij de omvang van de licentie, het bedrag van de aan de houder van het kwekersrecht te betalen vergoeding, alsmede de te verstrekken hoeveelheid teeltmateriaal en de daarvoor te betalen vergoeding vast.

De dwanglicentiefiguur is binnen het IE-recht inmiddels een breed ingevoerd instrument. Of deze figuur in de praktijk ook vaak toegepast wordt is een ander verhaal – over het algemeen niet. Zij kan echter met haar uitzonderingen op (de uitoefening of eigendom van) een in principe exclusief IE-recht wel interessant vergelijkingsmateriaal vormen voor de wijze waarop het mededingingsrecht omgaat met het IE-recht.¹¹⁶

Het onderscheidende criterium dat in de IE-dwanglicentieregels zelf naar voren komt (in ieder geval op het gebied van het industriële eigendomsrecht) is de maatstaf van een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang. In deze maatstaf wordt een technologische innovatie gekoppeld aan zijn economische waarde. Deze laatste moet aanzienlijk zijn, anders komt de dwanglicentie niet in beeld.

1.3.7 *Uitputting*

Een belangrijke matiging van de doorwerking van IE-wetgeving, betreft de zogenaamde uitputting van het recht: nadat een rechthebbende (of een derde met zijn toestemming) een product waarop een IE-recht rust in het verkeer heeft gebracht, kan hij zich niet meer op basis van dat IE-recht verzetten tegen verdere verhandeling van het desbetreffende product.¹¹⁷

Op dit punt stelt ook het Gemeenschapsrecht zijn grenzen aan de beschermingsreikwijdte van een IE-recht. Men kan zich voorstellen dat het optreden van een IE-rechthebbende die de (verdere) verspreiding van zijn producten door de Gemeenschap tegenhoudt met een beroep op zijn IE-

houders dienen elkaar dwanglicenties wegens afhankelijkheid te verlenen wanneer zij hun respectieve rechten niet kunnen exploiteren zonder inbreuk op de rechten van de ander te maken. Maatstaf hierbij is wel dat het plantenras of de uitvinding een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang dient te vertegenwoordigen. Zie Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, *Pb* 1998, L 213/13

116 Bij dit soort toepassingen gaat het dan om situaties waarin de IE-dwanglicentieregels zelf geen toepassing hebben

117 Wichers Hoeth, Gielen & Hagemans 2000, p. 3

recht, het communautaire vrij verkeer van goederen belemmert. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat de houder van een octrooirecht in een lidstaat van de EG zich niet op dat recht kan beroepen om de invoer van een product dat in een andere lidstaat door hemzelf of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht, te verhinderen.¹¹⁸ Als de octrooihouder zijn beschermde product eenmaal in de handel heeft gebracht in een lidstaat, kan het goed vervolgens vrijelijk verder verhandeld worden.

Ook bij andere typen IE-rechten (auteursrecht, merkenrecht) speelt de figuur van uitputting een rol, al kunnen de finesses op dit vlak in deze rechtsgebieden weer net iets anders liggen.¹¹⁹

1.4. De plaats van intellectueel eigendomsrecht in het EG-Verdrag

Art. 295 EG bepaalt dat het EG-Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat. Het EG-Verdrag laat de lidstaten dus vrij om hun eigen systeem van eigendomsbescherming op te zetten. Het begrip eigendom omvat niet alleen stoffelijke eigendom, maar ook intellectuele eigendom. Aldus kan men parafraseren dat de EG op grond van art. 295 EG niet mag treden in het bestaan van nationale IE-rechten.¹²⁰ In de literatuur zijn echter ook geluiden te horen dat art. 295 EG zich niet uitstrekt over wetgeving betreffende intellectuele eigendom.¹²¹

Overigens hoeft men zich niet noodzakelijkerwijs tot art. 295 EG te wenden om een 'handen af'-beginsel te destilleren voor het Gemeenschapsrecht ten aanzien van lidstatelijke eigendomsregelingen. Men kan het recht op eigendom ook terugvinden als rechtsbeginsel in de communautaire rechtsorde.¹²² Dit beginsel strekt zich dan niet alleen uit tot materiële eigendomsregelingen, maar ook tot niet-tastbaar nationaal eigendomsrecht, inclusief het recht betreffende intellectuele eigendom.¹²³

Hoe men ook moge denken over de rol van art. 295 EG en een 'handen af'-beginsel voor het Gemeenschapsrecht ten aanzien van nationaal IE-recht, de soevereiniteit van lidstaten op het gebied van IE-wetgeving is

118 Van Empel & Geerts 2005, p. 23 en 24, en Groves et al. 1993, p. 8-10. Zie o.a. HvJ EG 14 juli 1981, zaak 187/80, Merck t. Stephar, *Jur.* 1981, 2063, en HvJ EG 31 oktober 1974, zaak 15/74, Centrafarm t. Sterling Drug, *Jur.* 1974, 1147.

119 Zie voor een nadere beschouwing over uitputting en auteursrecht en uitputting en merkenrecht: Groves et al. 1993, p. 10-14.

120 Zie Geiger 2004, p. 311; Jones & Sufrin 2004, p. 693; Keeling 2003, p. 56. Keeling beschrijft enige opinies die de stelling ondersteunen, maar geeft ook enkele gezichtspunten weer die de stelling bestrijden.

121 Voor sterke vraagtekens bij het uitgangspunt dat art. 295 EG ook ziet op IE-rechten, zie Jones 2001, p. 614 en 615; Kreijger 2002, p. 167.

122 Zie bijvoorbeeld zaak 44/79, Hauer t. Rheinland-Pfalz, *Jur.* 1979, 3727.

123 Keeling 2003, p. 56 en 57.

allerm minst absoluut. Zowel langs de weg van negatieve integratie (communautaire verbodsbepalingen), als via het pad van positieve harmonisatie (richtlijnen en verordeningen) bemoeit de Gemeenschap zich met nationaal IE-recht.

De Gemeenschapsrechter heeft beslist dat een beperking van het eigendomsrecht vanuit het EG-recht niet een te ver gaande en onaanvaardbare ingreep in de prerogatieven van de eigenaar mag vormen.¹²⁴ Hiermee erkende het Hof van Justitie het bestaan van een fundamenteel eigendomsrecht, ook in het communautaire kader. Anderzijds geeft het Hof aan dat, overeenkomstig de constitutionele opvattingen in de lidstaten, de uitoefening van het eigendomsrecht in de communautaire rechtsorde mag worden beperkt in het algemeen belang en in de daartoe noodzakelijke mate. Dienovereenkomstig kunnen de mededingingsregels van het EG-Verdrag worden geacht beperkingen op het eigendomsrecht te vormen die aan de door de Gemeenschap nagestreefde doelstellingen van algemeen belang beantwoorden, aldus de Europese Commissie.¹²⁵ Het eigendomsrecht behoort dus tot de algemene beginselen van het EG-recht, zonder dat het absolute gelding heeft. Het gebruik van dit recht kan dan ook aan beperkingen worden onderworpen, voor zover die beperkingen daadwerkelijk beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft en niet een in verhouding tot het nagestreefde doel onevenredige en onduidbare ingreep vormen die het eigendomsrecht in de kern aantast.¹²⁶

In de discussies over de verhouding tussen het Gemeenschapsrecht en het (nationale) intellectuele eigendomsrecht, is de dichotomie tussen *het bestaan* van een IE-recht en *de uitoefening* van een dergelijk recht befaamd.¹²⁷ Bij het bestaan van een nationaal IE-recht gaat het om de bevoegdheid van lidstaten om de voorwaarden tot verlening van deze rechten vast te

124 HvJ EG 13 december 1979, zaak 44/79, Hauer t. Rheinland-Pfalz, *Jur.* 1979, 3727, r.o. 15 en 23.

125 Beschikking Europese Commissie van 14 januari 1998, zaak 98/190/EG, FAG, *Pb.* 1998, L 72/30, par. 23. Zie ook Hof van Justitie 13 december 1979, zaak 44/79, Hauer t. Rheinland-Pfalz, *Jur.* 1979, 3727, r.o. 20 en 22.

126 GvEA 23 oktober 2003, zaak T-65/98, Van den Bergh Foods t. Commissie, *Jur.* 2003, II-4653, r.o. 170.

127 Zie Keeling 2003, p. 51 en 52. Anderman onderscheidt drie categorieën, maar deze komen eigenlijk op dezelfde dichotomie neer. Zie Anderman 1998, p. 11. De basis-arresten in dezen zijn gev. zaken 56 en 58/64, Consten&Grundig t. Commissie, *Jur.* 1966, 299, en zaak 24/67, Parke en Davis t. Probell en Centrafarm, *Jur.* 1968, 82, waarbij het Hof pas in laatstgenoemde zaak het woord 'bestaan' bezigde naast het begrip 'uitoefening' van een IE-recht.

stellen. Het EG-Verdrag zou hier in principe niet in treden. De uitoefening van een nationaal IE-recht zou echter wél zijn onderworpen aan de controle van de verboden die zijn opgenomen in het Derde Deel van het EG-Verdrag.

Het is echter maar de vraag of de tweedeling in 'bestaan' en 'uitoefening' van niet-tastbare eigendomsrechten in de praktijk wel net zo duidelijk werkt als zij in theorie klinkt.¹²⁸ Bij intellectuele eigendomsrechten zijn bestaan en uitoefeningsrecht immers in zeer sterke mate met elkaar verknoot. Een recht dat niet uitoefenbaar noch handhaafbaar is, vormt in de praktijk eigenlijk geen recht. Kwalificaties als 'kunstmatig', 'vaag' en 'onwerkbaar' zijn gebezigd aangaande deze dichotomie.¹²⁹

Ook is gesignaleerd dat het Hof van Justitie op zoek is gegaan naar een beter hanteerbaar concept om de aantastbaarheid van IE-rechten te kunnen bepalen. Het nieuwe ijkpunt werd het specifieke voorwerp ('specific subject matter') van IE-rechten.¹³⁰ Uitgangspunt hierbij is dat de kern van het recht in ieder geval overeind dient te blijven onder de toepassing van het EG-recht.¹³¹ IE-rechten mogen niet zover gekortwiekt worden dat er in de basis niets meer van overblijft. Ook schonk het Hof aandacht aan de essentiële functie van een IE-recht. Hierbij gaat het niet in de eerste plaats om de inhoud van het recht, maar om de reden waarom de (nationale) wetgever de houder van een IE-recht een speciale status en bescherming toekent.¹³² Het specifieke voorwerp en de essentiële functie van een IE-recht zijn natuurlijk sterk met elkaar verbonden.

Mijns inziens staat het *bestaan* van nationale IE-rechten centraal in het geval van harmonisatie. Het gaat dan om communautaire richtlijnen waaraan nationaal recht op straffe van buitentoepassing dient te voldoen. Deze richtlijnen bepalen mede de inhoud van het nationale intellectuele eigendomsrecht. De *uitoefening* van nationale IE-rechten, c.q. *de strekking* van reeds bestaande nationale IE-regels, staat centraal bij de toepassing van vrijverkeers- en mededingingsrechtelijke verbodsbepalingen uit het EG-Verdrag. De strekking van deze rechten kan beperkt worden in die gevallen dat een exces dreigt voor het functioneren van de interne markt of de mededinging in Europa. Het specifieke voorwerp en de essentiële functie van een IE-recht kunnen daarbij als een soort 'onvervreembare' elementen een waarborg voor het (voort)bestaan van intellectuele eigendomsrechten vormen.

128 Zie Keeling 2003, p. 54 en 55.

129 Zie Keeling 2003, p. 54 en 55.

130 Zie Jones 2001, p. 614 en 615.

131 Zie Prete 2004, p. 1072; Keeling 2003, p. 56.

132 Zie Prete 2004, p. 1072.

Een voorbeeld is te vinden in de vrijverkeersjurisprudentie van de Gemeenschapsrechter. Art. 28 EG verbiedt lidstaten om belemmeringen in het leven te roepen op het vrij verkeer van goederen. Art. 30 EG bevat een exceptie op het verbod, die zich ook uitstrekt over IE-wetgeving van lidstaten die het vrij verkeer van goederen hindert. Ingevolge art. 30 EG zijn volgens de Gemeenschapsrechter onder nationaal recht enkel toegestaan de beperkingen van de vrije mededinging, het vrije goederenverkeer en de vrijheid van dienstverrichting, die noodzakelijk zijn voor de bescherming van het specifieke voorwerp van het intellectueel eigendomsrecht.¹³³ Tot de wezenlijke onderdelen van het eigendomsrecht behoort niet enkel het recht om licenties te verlenen, maar ook het recht om licentiëring aan derden te weigeren en het recht om aantasting van IE-rechten tegen te gaan. Ook het opstellen van bijzondere bepalingen van een licentieovereenkomst behoort tot de kern van het IE-recht.¹³⁴

Het Hof van Justitie heeft tot uitgangspunt genomen dat zolang de nationale regels met betrekking tot het intellectuele eigendomsrecht niet zijn geüniformeerd of geharmoniseerd, de voorwaarden waaronder en de wijze waarop een IE-recht wordt beschermd worden bepaald door de nationale rechtsregels.¹³⁵

Nu hebben deze uniformering en harmonisering al wel voor een aanzienlijk deel plaatsgevonden in de EG, overigens zonder dat het communautaire IE-recht het nationale IE-recht heeft verdrongen. Zelfs op het vlak van unificatie, waarbij één uniform werkend Gemeenschapsrecht wordt ingesteld,¹³⁶ blijft plaats voor nationale varianten. De nationale bevoegdheid tot het uitvaardigen van IE-regelgeving is dus op zich onverlet gelaten – zolang de lidstaten zich maar houden aan een reeks communautaire voorwaarden neergelegd in secundair recht. De lidstaten zijn op basis van art. 10 EG (het beginsel van de Gemeenschapstrouw) gehouden niet

133 Aldus het Gerecht van Eerste Aanleg, dat tot deze conclusie komt nadat het art. 30 EG heeft uitgelegd in het licht van de doelstellingen van art. 81 en 82 en de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen en diensten. Net als de conclusie is het perspectief waarin het Gerecht art. 30 EG plaatst enigszins curieus, daar deze exceptiebepaling specifiek, en enkel en alleen, gericht is op het vrij verkeer van goederen. Hoe dan ook, het principe dat het Gerecht hanteert is wel duidelijk een inperking van de werking van het mededingingsrecht en het recht van de vier vrijheden is toegestaan voor zover dit noodzakelijk is om het voorwerp van het IE-recht te preservareren. Zie GvEA 10 juli 1991, zaak T-76/89, ITP t. Commissie, *Jur.* 1991, II-575, r.o. 54.

134 Van den Bossche 2004, p. 119/115.

135 HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 238/87, AB Volvo t. Erik Veng ("Volvo/Veng"), *Jur.* 1988, 6211, r.o. 7.

136 Zo laten het Gemeenschapsmerk en het Gemeenschapsmodel het bestaan van een nationale variant in elke lidstaat onverlet.

in strijd te handelen met het bestaande Gemeenschapsrecht. Daarnaast is er ook sprake van doorwerking van internationale verdragen in nationaal IE-recht.

In de botsing tussen een volledig Europeesrechtelijk rechtsgebied als het communautaire mededingingsrecht aan de ene kant en het intellectuele eigendomsrecht aan de andere kant, is het dus al lang niet meer zo dat een EG-rechtsgebied staat tegenover een puur nationaal rechtsgebied. In veel zaken neemt het Europese mededingingsrecht het op tegen een IE-amalgam dat internationale, communautaire en nationale elementen in zich verenigt. Zowel het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie als de verworpen Grondwet voor Europa erkent het beginsel van bescherming van intellectuele eigendom, zonder verder te specificeren naar de bron waaruit de IE-bescherming voortspruit.¹³⁷ Het EU-Hervormingsverdrag verklaart het Handvest van de Grondrechten overigens verbindend voor de Unie.¹³⁸

IE-bepalingen mogen dan een nationale, Europese of mondiale oorsprong hebben, de dieper liggende botsing tussen intellectuele eigendoms- en mededingingsbelangen is in de kern vergelijkbaar. Het is de vraag of beide rechtsgebieden ooit perfect op elkaar zijn af te stemmen, zelfs als het intellectuele eigendomsrecht volledig 'vercommunautariseerd' zou zijn.¹³⁹

1.5. De bijzondere positie van het intellectuele eigendomsrecht binnen het domein van de tastbare en niet-tastbare eigendomsrechten

Het feit dat er rondom eigendomsrechten van intellectuele aard een geheel eigen juridisch systeem is gebouwd, geeft een sterke aanwijzing dat deze categorie 'eigendom' als een aparte categorie van eigendomsrechten met

137 Zie art. 17 lid 2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.* 2000, C 364/1, vanaf de datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon vervangen door het herziene Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Pb.* 2007, C 303/1, en art. II-77 lid 2 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa (Verdrag van 29 oktober 2004), *Pb.* 2004, C 310/1.

138 Zie Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1, art. 1 sub 8.

139 Ongeacht de precieze bron van regelgeving betreffende intellectuele eigendom, kan het communautaire mededingingsrecht toezien op de uitoefening van deze rechten door ondernemingen. Immers, niet de regelgever is gewoonlijk onderwerp van onderzoek bij de toepassing van het mededingingsrecht, maar het bedrijf dat bepaalde activiteiten ontwikkelt (of juist bepaalde handelingen nalaat) onder de vlag van een IE-recht.

typische kenmerken wordt beschouwd. Dat daarbij is nagedacht over een genuanceerde bescherming en is gezocht naar een evenwicht wordt bijvoorbeeld onderstreept door het feit dat in het auteursrecht ideeën, methoden, stijlen en concepten niet worden beschermd, en dat het octrooirecht de interne dwanglicentie kent. Hieruit blijkt dat het IE-recht zelf ook al grenzen stelt aan de strekking en uitoefening van zijn rechten ten bate van vrijere mededinging.

IE-rechten resulteren – in tegenstelling tot materiële eigendomsrechten – veelal in een in tijd beperkte uitschakeling van de mededinging. De meeste van deze rechten hebben immers een beperkte looptijd, waardoor de duur van het beschikkingsrecht uiteindelijk gelimiteerd is. Bij de vaststelling van de beschermingsduur heeft reeds een afweging plaatsgevonden tussen het belang van de vrije mededinging enerzijds en de stimulering van onderzoek en ontwikkeling en creativiteit anderzijds.¹⁴⁰ Dit is over het algemeen niet het geval bij de instelling van 'normale' (wettelijke) eigendomsbescherming.

De inmenging in en inbreuk op IE-rechten lijkt op bovenvermelde gronden nog minder gewenst dan een eigendomsschending in reguliere 'vastbare' eigendomsgevallen. Bij de instelling van het intellectueel eigendomsrecht is al een afweging gemaakt tussen de vrije uitoefening van eigendom en de beperkingen die dat voor andere ondernemingen en daarmee voor het proces van vrije mededinging met zich mee brengt.

Ook in economische hoek wordt een al te gemakkelijke inbreuk door een rechtsgebied als het mededingsrecht op het IE-recht veelal verworpen, aangezien IE-ontwikkelaars dan niet meer vooraf zouden weten of hun rechten worden beknot dan wel in stand gehouden door de mededingsautoriteiten.¹⁴¹ Een dergelijke rechtsonzekerheid vermindert de prikkels om te innoveren en maakt dat de waarde van IE-rechten bijna niet vooraf is te bepalen.

Tevens zijn er geluiden uit economische hoek dat de aanwezigheid van veel marktmacht bij een bepaalde onderneming niet automatisch een remmende werking hoeft te hebben op de economische ontwikkeling en het proces van innovatie. Zo zijn er auteurs die betogen dat marktmacht juist sterk bijdraagt aan innovatie.¹⁴²

Kortom, het intellectueel eigendomsrecht kent een bijzonder juridisch systeem waarin is gezocht naar een evenwicht tussen het belang van de

140 Hancher & Lugard 1999, p. 332.

141 Zie Lévêque 2005, p. 80.

142 Zie Dixon & Greenhalgh 2002, beschikbaar op <www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0502.pdf>.

vrije uitoefening van eigendom, de stimulering van onderzoek, ontwikkeling en creativiteit en het belang van de vrije mededinging. Dit kan een belangrijk argument zijn voor een terughoudender benadering van IE-rechten dan van 'normale' (materiële) eigendomsrechten vanuit een rechtsgebied als het mededingingsrecht. In hoeverre deze gedachtegang navolging heeft gekregen in rechtspraak en literatuur komt aan bod in het vervolg van dit hoofdstuk.

2. DE BOTSING TUSSEN EG-MEDEHINGINGSRECHT EN INTELLECTUEEL EIGENDOMSRECHT

Dit onderdeel bevat allereerst een korte analyse van de verschillende achtergronden van het IE- en het mededingingsrecht en de daaruit voortvloeiende tegenstellingen tussen beide rechtsgebieden. Vervolgens komt de toepassing van art. 81 en 82 EG in IE-zaken aan de orde. In het kader van de behandeling van art. 82 volgt een uitgebreide beschrijving en analyse van de 'landmark cases' van de Gemeenschapsrechter op het vlak van leveringsweigering in algemene zin, en IE-licentieweigering in specifieke zin. Op het laatste onderwerp is aan het *IMS Health*-arrest een aparte 'case-study' gewijd.

2.1. De beschermingsreikwijdte van het IE-recht en de toepassing van het mededingingsrecht

Een conflict over de applicatie van intellectuele eigendomsrechten kan worden opgelost door de beschermingsreikwijdte van IE-rechten aan te passen, dan wel door het mededingingsrecht toe te passen op een specifieke IE-zaak. In de Verenigde Staten is de klassieke doctrine van misbruik van recht ('misuse of rights') ook wel toegepast op (oneigenlijk gebruik van) IE-rechten.¹⁴³

Binnen het intellectuele eigendomsrecht zelf krijgen de externe effecten van de uitoefening van IE-rechten van oudsher relatief weinig aandacht bij beleidsmakers en onderzoekers, aldus Rahnasto. Het gaat vaak over interne effecten en de daaraan gekoppelde rechtvaardiging van IE-rechten.¹⁴⁴ Vanuit andere rechtsgebieden, zoals het mededingingsrecht, is er juist veel aandacht voor de effecten op derden.¹⁴⁵ Met baanbrekende arresten zoals *Magill* en *IMS Health* in Europa en *Kodak* in de Verenigde

143 Rahnasto 2003, p. 7.

144 Rahnasto 2003, p. 2 en 3.

145 Het gaat bij deze 'derden' dan om andere spelers in het economische veld, maar uiteindelijk ook om consumenten

Staten heeft het 'externe effect' een grotere plaats gekregen in de discussie over de juiste beschermingsomvang en -reikwijdte van IE-rechten.

IE-recht stimuleert innovatie en creativiteit. Beide processen worden geacht de welvaart te vergroten. Ook mededinging kan innovatie bevorderen. Mededingingswetten richten zich op structurele waarborgen teneinde te verzekeren dat de voordelen voor de consumenten maximaal zijn. Een toename in de mededinging wordt geacht de welvaart te vergroten. Om met Bowman te spreken:

"Both anti-trust law and patent law have a common central economic goal: to maximize wealth by producing what consumers want at the lowest cost."¹⁴⁶

Toch kent het IE-recht, afhankelijk van het precieze rechtsonderdeel, nog wel wat meer doelen dan alleen welvaartvergroting. Zo spelen tevens rechtvaardigheids- en personaliteitsargumenten een rol bij bepaalde IE-rechtsgebieden. Overigens heeft ook het mededingingsrecht niet automatisch een eenduidige doelstelling: in de literatuur is veel discussie geweest over de exacte objectieven van dit rechtsgebied.¹⁴⁷

Waar de doelstellingen van het intellectuele eigendomsrecht en het mededingingsrecht deels overeen komen op het punt van innovatiebevordering en vergroting van de consumentenwelvaart, daar verschillen de rechtsgebieden in hun methodiek om deze doelen te bereiken. Zo beoogt het IE-recht een economische stimulans te bewerkstelligen middels het bieden van rechtszekerheid voor investeringen in innovatie, terwijl het mededingingsrecht zich richt op het vergroten van de dynamiek van de markt via onbelemmerde concurrentie. In de woorden van Cotter:

"Whereas antitrust law seeks to achieve economic efficiency by promoting competition over monopoly, intellectual property law can be viewed as an effort to achieve this goal by stifling competition, at least in the short term."¹⁴⁸

Het praktische probleem in de relatie tussen IE-recht en mededingingsrecht is het vinden van de juiste balans. In abstracto staan twee alternatieve wegen open om deze balans te vinden. Allereerst kunnen wegingsfactoren worden geïncorporeerd in IE-rechten. Dit betekent dat het effect van deze rechten op de mededinging wordt meegenomen bij het opstellen van nieuwe wetten inzake intellectuele eigendom en bij het bepalen van de

146 Rahnasto 2003, p. 8.

147 Zie nader over dit onderwerp Paragraaf 2.2. en 3.3. van Hoofdstuk II.

148 Zie Cotter 1999, p. 227 en 228; Gitter 2003, p. 218.

reikwijdte van bestaande IE-rechten. Daarnaast kunnen IE-kenmerken een rol spelen bij de toepassing van de mededingingsrechtelijke doctrine.¹⁴⁹

De uitdaging voor intellectueel eigendomsbeleid volgens Rahnasto is om de juiste methode te vinden om alle betrokken belangen af te wegen, en deze te plaatsen in een geschikte juridische structuur. Deze uitdaging valt uiteen in twee onderdelen. Het eerste onderdeel is de test zelf: hoe moeten aanspraken worden verdeeld? Het tweede onderdeel betreft een beleidsmatige keuze: dient de uit voorgaande vraag voortkomende regel geïmplementeerd te worden als onderdeel van het IE-recht of van het mededingingsrecht?¹⁵⁰ Men zou kunnen zeggen dat deze keuze al lang niet meer alleen aan het intellectuele eigendomsrecht is. In de rechtspraktijk heeft (ook) het mededingingsrecht zich ontfermd over de vraag welke aanspraken van IE-rechthebbenden nog door de beugel kunnen, en welke niet. Op dit laatste vraagstuk concentreert dit hoofdstuk zich.

In de literatuur vindt men pleidooien dat het stellen van eventuele beperkingen aan de reikwijdte van IE-rechten bij voorkeur plaats dient te vinden binnen het intellectuele eigendomsrecht zelf.¹⁵¹ Als theoretisch idee spreekt dit aan, maar als praktische oplossing zal het niet immer realiseerbaar zijn. Het is niet eenvoudig om in het intellectuele eigendomsrecht met zijn vele beschermingsfiguren en gecompliceerde structuur van regelgeving op vele niveaus substantiële wijzigingen door te voeren. Voorts lopen wetwijzigingen hoe dan ook achter maatschappelijke en economische ontwikkelingen aan. Ten slotte zou de 'internalisering' van mededingingsaspecten in IE-regelgeving vergelijkbare collisievragestukken met zich mee kunnen brengen binnen het IE-recht.

Het vraagstuk van de toepassing van het Europese mededingingsrecht in IE-zaken speelt al vele jaren.¹⁵² Reeds op het eind van de jaren zestig liet het Hof van Justitie zich voor het eerst uit over het vraagstuk van misbruik van machtspositie bij de uitoefening van een IE-recht.¹⁵³ Vanaf het eind van de jaren zeventig heeft de Gemeenschapsrechter zich met enige

149 Zo kunnen zij een rol spelen bij de afbakening van de relevante markt en het vaststellen van toetredingsdrempels. Rahnasto geeft nog aan dat in specifieke casus de vraag gesteld kan worden of de aanwezigheid van IE-rechten een anders verboden praktijk rechtvaardigt, en vice versa of een anders gerechtvaardigde praktijk verboden zou moeten worden, juist door de aanwezigheid van IE-rechten. Zie Rahnasto 2003, p. 8

150 Rahnasto 2003, p. 205

151 Zie o.a. de voordracht van A. Kamperman Sanders op de VVA Ledenvergadering van 3 juni 2005 te Amsterdam 'Auteursrecht en mededinging onder meer de zaak IMS Health'

152 Dit heeft geleid tot een stroom aan publicaties over het onderwerp. Zie recent bijvoorbeeld Ehlermann & Atanasiu 2007

153 Vgl. zaak 24/67, Parke en Davis t. Probel en Centrafarm, *Jur.* 1968, 82

regelmaat beziggehouden met de toepassing van art. 82 EG in IE-rechtelijke mededingingszaken, of, zo men wilt, mededingingsrechtelijke IE-zaken. Vraag daarbij was doorgaans of de IE-rechthebbende nu wel of niet een machtspositie misbruikte door te weigeren aan derden een licentie voor het gebruik van dat IE-recht te verstrekken. Ook art. 81 EG heeft zijn eigen toepassingspraktijk gekregen in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter, waar het gaat om zaken waarin IE-rechten en innovatie in het spel zijn. In deze casuïstiek staan vooral de ontwikkeling van innovaties (de aanloop naar de vestiging van IE-rechten) en de voorwaarden van licentiëring en verkoop van IE-rechten centraal. Art. 81 EG heeft dus zowel betrekking op het voortraject van ontwikkeling van IE-rechten, als op het vervolgotraject van licentiëring en verkoop van rechten.

In de relatie tot intellectueel eigendomsrecht spelen art. 81 EG en art. 82 EG dus een eigen rol. Waar art. 82 vooral toeziet op situaties dat de IE-rechthebbende zijn IE-recht weigert (tegen redelijke voorwaarden) te licentiëren aan potentiële afnemers of discrimineert tussen deze afnemers, daar ziet art. 81 EG op situaties dat de IE-rechthebbende overgaat tot licentiëring via overeenkomsten inzake technologieoverdracht, of in een eerder stadium wil samenwerken met andere ondernemingen bij de ontwikkeling van middels intellectuele eigendomsrechten te beschermen innovaties.

2.2. Art. 81 EG en het IE-recht

Van een aantal overeenkomsten aangaande IE-rechten is in de praktijk met enige regelmaat gebleken dat die mededingingsrechtelijk relevante effecten kunnen hebben. De belangrijkste categorieën zijn:

- Overeenkomsten waarbij IE-rechten worden overgedragen;
- Licentieovereenkomsten;
- Overeenkomsten inzake gemeenschappelijk(e) onderzoek en ontwikkeling.¹⁵⁴

Art. 81 EG ziet toe op de nadere afspraken en clausules in horizontale overeenkomsten tussen ondernemingen,¹⁵⁵ bijvoorbeeld inzake onderzoek en ontwikkeling van nieuwe technologie en industriële of farmaceutische procédés. Het artikel ziet ook toe op verticale overeenkomsten tussen be-

154 Van Nieuwenhoven Helbach, Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 418.

155 Zie nader over het onderwerp van horizontale overeenkomsten: Van den Bossche 2002.

drijven, zoals inzake technologieoverdracht.¹⁵⁶ In het geval IE-rechthebende(n) en aspirant-licentiehouder(s) het onderling eens zijn over licentiëring, mogen zij de overeenkomst niet zomaar naar eigen goeddunken invullen. Hetzelfde geldt voor ondernemingen die afspraken willen maken over een gezamenlijk innovatieproject. In deze situaties komt art. 81 EG in het spel dat de contractanten dwingt om bepaalde voorschriften in acht te nemen.

Vooraf belangrijk zijn de Groepsvrijstelling betreffende onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten¹⁵⁷ en de daarmee verbonden Richtsnoeren over de toepassing van art. 81 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten¹⁵⁸ en de Groepsvrijstelling Technologieoverdracht ('TTBER' – 'Technology Transfer Block Exemption Regulation')¹⁵⁹ en de daarmee verbonden Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 EG op overeenkomsten inzake technologieoverdracht.¹⁶⁰ Uit deze secundaire regelgeving kunnen ondernemingen vrij precies afleiden wat ze wel en wat ze niet in een O&O- of licentieovereenkomst mogen opnemen.

De Groepsvrijstelling over de toepassing van art. 81 lid 3 op verticale overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen,¹⁶¹ en de daarmee verbonden Richtsnoeren voor verticale beperkingen¹⁶² kunnen ook nog van belang zijn voor het intellectuele eigendomsrecht, met name in zaken waarin merkenrechten een rol spelen.

Al deze groepsvrijstellingsverordeningen hanteren hetzelfde concept in de zin dat zij een zwarte lijst bevatten met 'hardcore'-restricties die zeker niet zijn toegestaan, zoals prijsafspraken, productiebeperkingen (op

156 Zie omtrent het EG-mededingingsrecht (art. 81 EG) en technologieoverdracht Lugard & Plompen 2003, p. 378-382

157 Verordening (EG) 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *Pb* 2000, L 304/7. Zie verder over de toepassing van deze verordening Van den Bossche 2002

158 Bekendmaking Commissie inzake Richtsnoeren over de toepassing van art. 81 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb* 2001, C 3/2

159 Vo. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *Pb* 2004, L 123/11. Deze verordening heeft de oude Verordening 240/96 vervangen

160 Mededeling Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *Pb* 2004, C 101/2

161 Verordening 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 over de toepassing van art. 81 lid 3 op verticale overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen, *Pb* 1999, L 336/21

162 Bekendmaking Commissie inzake Richtsnoeren voor verticale beperkingen, *Pb* 2000, C 291/1

een enkele uitzondering na) en marktverdelingsafspraken (op enige uitzonderingen na).¹⁶³

De Groepsvrijstelling onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten en de daarmee verbonden richtsnoeren vrijwaren overeenkomsten tussen directe concurrenten die anders het verbod van art. 81 lid 1 EG niet zouden passeren. Dankzij hun bijdrage aan de economische en technologische ontwikkeling kunnen zij via de Groepsvrijstelling gebruik maken van de uitzonderingsbepaling van art. 81 lid 3 EG.

De Groepsvrijstelling Technologieoverdracht en haar richtsnoeren regelen de voorwaarden waaronder partijen hun technologie kunnen overdragen of licentiëren zonder dat zij daarmee art. 81 lid 1 EG schenden.¹⁶⁴

Uit het evaluatieproces over de verhouding tussen art. 81 EG en technologieoverdracht, komt naar voren dat de Europese Commissie in het algemeen geneigd is om auteursrechtlicenties op dezelfde wijze als octrooiligenties te behandelen, hoewel zij nooit duidelijk heeft gesteld dat alle beginselen die van toepassing zijn op octrooien, ook toepasselijk zijn op auteursrechten.¹⁶⁵ De benadering van de verschillende IE-rechtsgebieden is dus *grosso modo* gelijk in de ogen van de Commissie, al zijn afwijkingen zeker mogelijk. Dit is een interessant uitgangspunt dat de vraag oproept of bij de toepassing van art. 82 EG in intellectuele eigendomszaken vergelijkbare aanknopingspunten gelden.¹⁶⁶

Het kartelverbod van art. 81 EG kan in het geding komen zowel in het stadium van de ontwikkeling van technologie, als bij de exploitatie ervan. De ontwikkelingsfase van nieuwe producten of diensten staat in het teken van de totstandkoming van de innovatie waarop het intellectuele eigendomsrecht later zal komen te rusten; van een IE-recht zelf is op dat moment nog geen sprake. Bij de licentiëring van intellectuele eigendomsrechten en de voor licentiëring gebruikte licentiecontracten tussen partijen, is de IE-rechthebbende doorgaans vrijwilligerwijs tot de beslissing gekomen

163 Enigszins afhankelijk van de verhouding tussen de contractspartijen, namelijk of zij in een horizontale of een verticale relatie tot elkaar staan.

164 Meer details van en informatie over de Groepsvrijstelling Technologieoverdracht in de volgende bijdragen: Bird & Toutoungi 2006, p. 292-296; Ørstavik 2005, p. 83-112; Treacy & Heide 2004, p. 414-420; Dolmans & Piilola 2003, p. 541-565. Voor een overzicht van de ontwikkeling door de jaren heen van het communautaire reguleringskader op het gebied van technologieovereenkomsten en IE-licentiëring, zie Anderman & Kallaughar 2006, p. 13-41.

165 Zie Evaluatierapport van de Commissie inzake Groepsvrijstellingsverordening nr. 240/96 betreffende technologieoverdracht van december 2001, par. 5.1.1.

166 Zie hierover Paragraaf 2.3.7.2. van dit hoofdstuk.

om afstand te doen van de exclusiviteit van zijn recht. Probleempunt bij de toepassing van art. 81 EG is dus niet de weigering van één van de partijen om überhaupt over te gaan tot het delen van technologie: het kartelverbod richt zich juist op *samenwerkende* partijen.

Onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten en afspraken betreffende technologieoverdracht zijn typerende transactiesoorten met (inmiddels) elk hun eigen specifieke uitwerking in secundair EG-recht. Wat deze categorieën gemeen hebben is de bereidheid van partijen om met elkaar in zee te gaan. De vraag in het kader van de toepassing van art. 81 EG is of de voorwaarden die de partijen onderling overeen zijn gekomen in hun meerpartijenovereenkomst mededingingsrechtelijk door de beugel kunnen.

Over de relatie tussen art. 81 EG en innovatieverbintenissen van ondernemingen is veel geschreven in de literatuur.¹⁶⁷ De casuïstiek omtrent IE-licentiëring en art. 81 EG is in hoge mate gecodificeerd: de Commissie heeft aparte groepsvrijstellingen en richtsnoeren uitgevaardigd, waarin de *status quo* van wat wel en niet is geoorloofd, is vastgelegd. Eigenlijk gaat het bij de toepassing van art. 81 EG op innovatie- en licentieovereenkomsten om de botsing tussen enerzijds de contractvrijheid (met de veelheid aan opties die in het opmaken van een overeenkomst openstaan) en anderzijds het mededingingsrecht.¹⁶⁸

Men kan zeggen dat de botsing tussen het mededingingsrecht en het intellectuele eigendomsrecht in de hierboven geschetste kartelsituaties niet in haar meest elementaire vorm naar voren komt. Op de verhouding tussen art. 81 EG en het IE-recht wordt dan ook niet verder ingegaan in dit hoofdstuk.

De kern van de botsing tussen mededingings- en IE-recht wordt het zuiverst geraakt in de toepassing van art. 82 EG. Bij collisies van deze mededingingsrechtelijke bepaling met het intellectueel eigendomsrecht, gaat het direct om de beschikking over het IE-recht zelf. Bij de toepassing van art. 82 EG is het weliswaar niet zo dat de IE-rechthebbende zijn intellectuele eigendomsrecht (geheel) ontnomen kan worden, maar hij kan wel gedwongen worden zijn recht met anderen te delen. Dit raakt de kern van het IE-recht, waarvan exclusiviteit een elementair onderdeel is.

167 Zie náást alle reeds aangehaalde literatuur over de Groepsvrijstelling Technologieoverdracht ('TTBER') en O&O-overeenkomsten. Jones & Sufrin 2004, p. 199-200 en p. 698-762, Anderman 1998, p. 25-143, Peeperkorn 2003, p. 527-539

168 Zo kan men de traditionele theorieën die de noodzaak van effectief mededingings-toezicht benadrukken zetten tegenover de populaire eigendomstheorieën die de vrijheid tot privaat onderhandelen benadrukken. Zie Rahnasto 2003, p. 201

2.3. Art. 82 EG en het IE-recht

2.3.1. Marktafbakening en machtspositie

Vanwege hun exclusiviteit is aan rechten van intellectuele eigendom inherent dat zij aan het vrij verkeer van goederen (en van diensten) in de weg kunnen staan en dat zij de vrije mededinging kunnen belemmeren. Het bezit van een exclusief recht geeft een bepaalde macht over datgene waarover het recht zich uitstrekt. Doorgaans zal dit een (deel van een) product- of dienstenmarkt zijn. In dat geval ontleent de IE-rechthebbende een bepaalde marktmacht aan zijn recht. Marktmacht geeft ondernemingen de ruimte en armslag om in meer of in mindere mate te doen en te laten wat zij zelf goeddunken: geregeld zal zij zo aanzienlijk zijn binnen een bepaald gebied dat zij een (quasi)monopoliepositie teweeg brengt. Dit kan leiden tot het aanbrengen van belemmeringen in de vrije circulatie van eindgoederen, maar het kan ook leiden tot het aanbrengen van mededingingsbeperkingen ten opzichte van (potentiële) concurrenten.¹⁶⁹ Bij de uitoefening van IE-rechten worden derden in ieder geval onvermijdelijk belemmerd in de vrijheid van hun commercieel handelen.

Het mededingingsrecht is traditioneel op zijn hoede wanneer het gaat om activiteiten van een onderneming met veel marktmacht, in het bijzonder art. 82 EG. Door het buitensluiten van (potentiële) concurrenten en via onoorbare licentievoorwaarden bij de exploitatie van IE-rechten, loopt een IE-rechthebbende het risico om een overtreding te begaan op het verbod van misbruik van machtspositie.

Hoe nadelig bepaald gedrag ook kan zijn voor de feitelijke marktsituatie, het verbod van art. 82 EG wordt alleen geschonden indien aan alle toepassingsvoorwaarden is voldaan. Eén van de voorwaarden van art. 82 EG behelst het criterium van de machtspositie. Vraag is in hoeverre een IE-recht een machtspositie in de zin van het mededingingsrecht bewerkstelligt, en welke omstandigheden daarbij doorslaggevend zijn.

Het octrooirecht, en vele andere intellectuele eigendomsrechten, verschaffen de houder (in ieder geval in IE-rechtelijk opzicht) een tijdelijk monopolie:¹⁷⁰ ze brengen de houder een exclusief recht in een bepaald territoir

169 Overigens hoeft de aanwezigheid van veel marktmacht bij een bepaalde onderneming niet automatisch een remmende werking te hebben op de economische ontwikkeling en het proces van innovatie. Zo zijn er auteurs die betogen dat marktmacht juist sterk bijdraagt aan innovatie. Zie Dixon & Greenhalgh 2002, beschikbaar op <www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0502.pdf>.

170 Zie Wichers Hoeth, Gielen & Hagemans 2000, p. 38.

waarop derden niet ongestraft inbreuk kunnen maken. Degene die zonder toestemming een IE-recht van de rechthebbende gebruikt kan een civiele procedure aan de broek krijgen.

Het monopolie van de houder van een IE-recht is natuurlijk niet onbegrensd: de grenzen aan een exclusief recht zijn van inhoudelijke, temporele, territoriale en modale aard.¹⁷¹ Daarnaast beperken figuren als de dwanglicentie en de uitputting de uitoefening van een exclusief recht. Dit neemt niet weg dat de IE-rechthebbende binnen bepaalde grenzen veel macht heeft met betrekking tot een bepaalde innovatie. Of dit automatisch betekent dat de IE-rechthebbende ook veel macht heeft ten opzichte van het product dat met zijn IE-recht wordt geproduceerd, en nog specifiek: ten opzichte van de productmarkt die daarbij hoort, is de vraag.

Hier komt bij dat de term monopolie niet voor alle IE-rechten even treffend is. Zo is het de vraag of men de bijzondere positie van de merkge-rechtigde immer het beste als 'monopolie' kan omschrijven. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt ligt gebruik van de term 'machtspositie' veel meer voor de hand. Uiteindelijk is voor de toepassing van dit rechtsgebied de daadwerkelijke marktmacht van een bedrijf of groep ondernemingen bepalend.

Jones en Sufrin merken het volgende op over het onderscheid tussen een juridisch en een economisch monopolie in een markt van IE-rechtelijk beschermde producten:

"There is a difference between a legal and an economic monopoly. (...) If the protected product is part of a wider market the intellectual property right will not in itself create [economic; *JH*] dominance, but if the market is narrowed to comprise only the product covered by the intellectual property right then there will be a *de facto* monopoly, because the intellectual property right will constitute a barrier to entry preventing supply substitution or new entrants coming onto the market."¹⁷²

Een verdere relativisering van de inherente monopoliepositie van de IE-rechthebbende vinden we bij Landes en Posner:

"(...) the vast majority of copyrights, patents, and other intellectual property rights confer no more monopoly power on the owner of the right than owning the only barber shop within a five-mile radius does."¹⁷³

Dit zal ongetwijfeld opgaan voor een aanzienlijk aantal IE-rechten. Toch zijn er ook rechten die meer macht overdragen op de rechthebbende dan

171 Van Empel & Geerts 2005, p. 45 en 46.

172 Zie Jones & Sufrin 2004, p. 763.

173 Landes & Posner 2003, p. 378 en 379.

in dit relativerende voorbeeld.¹⁷⁴ De reikwijdte van menig exclusief IE-recht en de daaraan gekoppelde marktmacht van de houder van dat recht zijn dan toch groter dan de marginale marktmacht van de kapper in kwestie. En het zijn juist deze zaken met 'invloedrijke' intellectuele eigendomsrechten die uitgroeien tot *landmark cases* in het Europese recht. De waarde van de IE-rechten in kwestie wordt in dit soort zaken alleen al aangetoond door het feit dat de aspirant-licentienemers nimmer de moeite (en kosten) van een langlopende rechtszaak zullen overwegen als er niet een (licentie op een) sterk IE-recht op het spel zou staan.

Een intellectueel eigendomsrecht heeft niet automatisch een machtspositie tot gevolg in de zin van art. 82 EG – dit zal iedere keer weer opnieuw bepaald moeten worden bij de toepassing van het Verdragsartikel.¹⁷⁵ Essentieel hierbij is de afbakening van de relevante markt van de IE-rechthebbende. Als deze gelijk staat aan of parallel loopt met de beschermingsomvang van het intellectuele eigendomsrecht, lijkt de juridische machtspositie al snel aanwezig. Is de markt breder dan het geïnnoveerde product dat middels een IE-recht beschermd wordt, dan is het sterk de vraag of een machtspositie bestaat.¹⁷⁶

Bij octrooirecht lijkt vaak de eerste situatie op te gaan: een octrooi vormt een aparte productmarkt. Bij merkenrechten of auteursrechten zal vaak sprake zijn van de tweede situatie.¹⁷⁷ Een octrooi heeft betrekking op een producttoepassing, terwijl een merk eerder gaat om de uitstraling van een product. Zo concurreert het merk Fanta met andere merken sinasdranken.¹⁷⁸ Het auteursrecht is moeilijk op één uitgangspunt vast te pinnen, omdat zijn beschermingsreikwijdte zich over zulke diverse objecten uit-

174 Zo benadrukt Cotter dat de meeste IE-rechten geen (economische) monopolies creëren, aangezien substituten aanwezig zijn voor de meeste gepatenteerde uitvindingen, auteursrechtelijk beschermde werken en merkartikelen. Toch tekent Cotter aan dat de meeste commercieel succesvolle intellectuele eigendomsrechten waarschijnlijk enige bovenconcurrentiële winst bewerkstelligen voor de rechthebbende, en dat sommige zelfs tot monopoliemacht aanleiding geven. Zie Cotter 1999, p. 228; Gitter 2003, p. 218.

175 Vgl. Van de Kamp & Meulman 2005, p. 1402-1403.

176 Zie ook Jones & Sufrin 2004, p. 356.

177 Vgl. wat betreft het merkenrecht zaak 51/75, EMI Records t. CBS United Kingdom, *Jur.* 1976, 811, r.o. 36 en zaak 96/75, EMI Records t. CBS Schallplatten, *Jur.* 1976, 913, r.o. 19: de bijzondere positie van de merkgerechtigde houdt niet zomaar het bestaan van een machtspositie in, zeker niet wanneer meerdere ondernemingen van vergelijkbare economische potentie als de merkgerechtigde zich op de markt voor de onderhavige producten bewegen en in staat zijn met de merkgerechtigde te concurreren.

178 Al is niet uit te sluiten dat een bepaald merk zo apart, onderscheidend en/of exclusief is dat het een eigen productmarkt vormt in de zin van het mededingingsrecht.

strekt. Naast het 'klassieke' veld van de kunsten behoort ook het domein van de informatietechnologie tegenwoordig tot de (potentiële) beschermingsgebieden. Op het gebied van de kunsten lijkt de aanwezigheid van een auteursrecht doorgaans niet het bestaan van een aparte productmarkt te impliceren. Zo concurreert een thrillerroman van John Grisham met thrillerromans van andere auteurs zoals Tom Clancy.

Bij de beantwoording van de vraag of een IE-rechthebbende een machtspositie heeft is de afbakening van de relevante markt dus essentieel. Deze analyse valt uiteen in de vaststelling van de product- en de geografische markt. Hierbij is vooral interessant hoe het Hof van Justitie omgaat met de vaststelling van de productmarkt bij ondernemingen die IE-rechten bezitten én exploiteren.

De Gemeenschapsrechter heeft in zaken die om technologisch innovatieve markten draaiden bepaald dat producten die asymmetrisch substitueerbaar zijn, niet tot dezelfde relevante markt behoren.¹⁷⁹ Bij asymmetrische substitueerbaarheid gaan gebruikers over van het oude naar het nieuwe product, maar niet (of nauwelijks) andersom, ongeacht prijsverschillen.¹⁸⁰ Dit verschijnsel vindt men logischerwijs in technologisch geavanceerde sectoren, waar producenten andermans innovatie verder ontwikkelen en verbeteren. In geval een producent het product van een ander substantieel heeft verbeterd en zijn functies wellicht heeft uitgebreid, komt men op een gegeven moment bij een omslagpunt waar het vernieuwde product niet langer tot dezelfde productmarkt behoort als het oude goed. Zo geeft de Gemeenschapsrechter aan dat wanneer sommige toepassingen niet kunnen worden gebruikt met het oude product en nieuwe gebruiksmogelijkheden juist voor het nieuwe product worden ontwikkeld, er niet louter sprake is van een kwaliteitsverschil maar van twee verschillende markten.¹⁸¹ Technologische vernieuwingen kunnen dus producten en diensten voortbrengen die tot een andere relevante markt behoren en daarmee niet in een concurrentieverhouding staan tot de oude producten en diensten.¹⁸² Overigens vindt men dit uitgangspunt ook terug binnen het IE-recht zelf, bijvoorbeeld bij de figuur van de dwanglicentie. De moeilijkheid is om precies te bepalen waar het omslagpunt ligt: hoe 'nieuw' moet een product zijn ten opzichte van bestaande artikelen om als zelfstandige productmarkt te worden beschouwd?

179 Zaak T-340/03, *France Télécom SA t. Commissie*, *Jur.* 2007, II-107, r.o. 88 en 89.

180 Zie Borba Lefèvre 2007, p. 58.

181 Zie Borba Lefèvre 2007, p. 58. Zie ook GvEA 30 januari 2007, zaak T-340/03, *France Télécom SA t. Commissie*, *Jur.* 2007, II-107, r.o. 82 en 91.

182 Borba Lefèvre 2007, p. 58.

Deze overwegingen doen overigens niets af aan de bepaling van de relevante markt van een IE-rechthebbende. Sterker nog, hoe eerder wordt aangenomen dat een innovatie van een concurrent op een bestaand product een eigen relevante markt vormt, hoe dichterbij de vaststelling van een machtspositie van de IE-rechthebbende op het 'oude' product komt.¹⁸³ Meest voor de hand ligt toch om de relevante productmarkt(en) van de IE-rechthebbende parallel aan het domein van zijn IE-recht af te bakenen.

Als de productmarkt eenmaal op deze wijze is vastgesteld, dan is de geografische markt normaliter gemakkelijk te bepalen. Het gebied van de geografische markt zal dan gelijk lopen met de geografische beschermingsomvang van het IE-recht zelf.

De afbakening van de relevante markt waarin een rechthebbende opereert volgt de hierboven geschetste lijnen, maar is in de realiteit van de exclusieve exploitatie van intellectuele eigendomsrechten nog iets verfijnder.

In mededingingsrechtelijke IE-zaken hanteert de Gemeenschapsrechter het uitgangspunt dat ten aanzien van intellectuele eigendomsrechten twee markten zijn te onderscheiden: de primaire en de secundaire markt. De eigendom van en eventueel de handel in IE-rechten zelf worden bestempeld als primaire markt, en de applicatie van dergelijke rechten in producten of diensten geldt als secundaire (afgeleide) markt.¹⁸⁴ Op deze wijze kunnen IE-rechten zich lenen voor toepassing in meerdere verschillende productmarkten.

Met het oog op het totstandkomingsproces en het functioneren van de rechten, is het overigens de vraag of IE-rechten los gezien mogen worden van hun toepassing in een product of dienst. Men zou bijvoorbeeld ook een indeling kunnen maken in een primaire markt van producten of diensten waarvoor het IE-recht oorspronkelijk is ontwikkeld of in de eerste plaats is bedoeld, en een secundaire markt van producten of diensten waarin hetzelfde IE-recht óók toepassing kan vinden. Het is er dan wellicht niet primair voor bedoeld, maar we vinden het er wel in afgeleide toepassing terug.

183 De vervolgvraag is dan of de concurrent de innovatie op het bestaande product zomaar mag doorvoeren zonder inbreuk te maken op de rechten van de (oorspronkelijk) IE-rechthebbende, en, vice versa, of de IE-rechthebbende zijn rechten kan afdwingen jegens de concurrent zonder misbruik te maken van zijn eventuele machtspositie. Het gaat dan echter om het vraagstuk van misbruik, en niet meer om het vraagstuk van de relevante markt en de machtspositie.

184 Zie nader over het onderwerp marktabakening door de Gemeenschapsrechter Paragraaf 2.3.5.3. van dit hoofdstuk.

Sommige technologische producten zijn opgebouwd uit een serie van meerdere (verschillende typen) IE-rechten. Hierbij is het dus niet (automatisch) zo dat één IE-recht of een bundel IE-rechten in één hand het eindproduct bepaalt. Licentieweigering voor één IE-recht dat een onderdeel van het eindproduct uitmaakt kan de productie van het gehele eindproduct verhinderen. Een IE-rechtelijk beschermd onderdeel van het geheel kan op zichzelf al een eigenstandige productmarkt vormen.

Interessant als vergelijkingsmateriaal zijn de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 81 EG op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, waar de Commissie aangeeft dat een productmarkt niet alleen kan bestaan uit een concreet product, maar ook uit technologie.¹⁸⁵ De productmarkt wordt dan gevormd door een technologische ontwikkeling die doorgaans is beschermd door middel van een intellectueel eigendomsrecht. De Richtsnoeren vermelden:

"Wanneer intellectuele eigendomsrechten, los van de producten waarmee zij verband houden, op de markt worden gebracht, dient de relevante technologiemarkt eveneens te worden afgebakend."¹⁸⁶

Belangrijk hierbij is dat de markt de verkoop van de technologie zelf (en het daarbij behorende IE-recht) betreft. Als de technologische innovatie is geïmplementeerd in een eindproduct dat ter verkoop wordt aangeboden, bestaat de productmarkt uit het eindproduct en substitueerbare goederen. De methode ter bepaling van technologiemarkten volgt dezelfde beginse-len als die welke worden gevolgd bij de bepaling van de productmarkt.¹⁸⁷ Het is de vraag in welke vorm deze overwegingen terugkomen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over art. 82 EG, en hoe de Gemeenschapsrechter de productmarkt precies definieert in zijn rechtspraak over misbruik van machtspositie door houders van intellectuele eigendomsrechten.¹⁸⁸ Feit is dat bij licentieweigeringszaken de IE-rechthebbende zijn intellectuele eigendomsrecht(en) zelf aanwendt om een eindproduct te fabriceren en op de markt te brengen. Van het delen van deze technologie

185 Commissie-Mededeling houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.* 2001, C 3/2, par. 44-49.

186 Commissie-Mededeling houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.* 2001, C 3/2, par. 47.

187 Commissie-Mededeling houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.* 2001, C 3/2, par. 48.

188 Zie hierover onder andere Paragraaf 2.3.5.3. en 4.1. van dit hoofdstuk.

met andere partijen is geen sprake: dit is nu juist onderwerp van discussie in misbruikprocedures die draaien om licentieweigering. Van een handel in vergelijkbare technologie door andere ondernemingen lijkt evenmin sprake in marktsituaties waarin één bepaalde rechthebbende een machtspositie bezit

2 3 2 Misbruik van een bijzondere positie

Indien de betrokken markten zijn afgebakend, en een machtspositie is vastgesteld op één van hen, spitst toepassing van art. 82 EG in IE-zaken zich toch vooral toe op het misbruikcriterium. De andere voorwaarden van art. 82 EG vormen niet zo snel een probleem in technologische of anderszins innovatieve sectoren van de economie die zich grensoverschrijdend hebben ontwikkeld in Europa (en ver daarbuiten).

De spanning tussen intellectueel eigendomsrecht en mededingingsrecht op het vlak van misbruik wordt goed geïllustreerd door de volgende twee citaten, die beide één kant van het spectrum belichten:¹⁸⁹

"() wanneer de houder van een beschermd model wordt verplicht om derden, zelfs tegen billijke royalty's, een licentie te verlenen voor de levering van produkten waarin het model is verwerkt, [wordt] hem de essentie van zijn uitsluitend recht () onzegd, () de weigering om zulk een licentie te verlenen [kan] op zich geen misbruik van machtspositie () opleveren "

(Hof van Justitie EG 5 oktober 1988, zaak 238/87, AB Volvo t Erik Veng, *Jur.* 1988, 6211, r o 8)

"In sommige gevallen dient een onderneming met een machtspositie zich () niet enkel te onthouden van anticoncurrentieel gedragingen, doch moet zij de mededinging actief bevorderen door potentiele concurrenten toegang te verschaffen tot de door haar gecreëerde voorzieningen "

(Conclusie van Advocaat-Generaal Jacobs van 28 mei 1998, zaak C-7/97, Oscar Bronner t Mediaprint c s, *Jur.* 1998, I-7791, r o 34)

De IE-rechthebbende kan vanuit zijn bijzondere positie concurrenten beperken in hun activiteiten, bijvoorbeeld door de verstrekking van een IE-licentie te weigeren of in rechte op te treden tegen ondernemingen die zijn IE-rechten zonder toestemming gebruiken. Binnen het mededingingsrecht is de vraag naar misbruik van machtspositie dan snel gesteld, ondanks de aanwezigheid van een wettelijke basis in het intellectuele eigendomsrecht. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat art. 82 EG regelmatig is inge-

189 Zie Gitter 2003, p 218

roepen door aspirant-licentienemers die zich geconfronteerd zagen met IE-rechthebbenden die pertinent weigerden om een licentie te verstrekken. Evenmin verbazingwekkend is het dat het Hof van Justitie zich met enige regelmaat heeft dienen uit te laten over de toepassing van art. 82 EG in dit soort zaken. Inmiddels ligt er een ruim tableau van rechtspraak over de toepassing van art. 82 EG in IE-zaken, waarbij ook (elementen uit) de jurisprudentie over 'materiële' leveringsweigeringszaken een rol (spelen) speelt. Zo zijn er auteurs die constateren dat octrooien en auteursrechten steeds meer behandeld worden als iedere andere vorm van privaat eigendom. Hiermee komen ook analogieën met externaliteiten van 'tastbaar' eigendom binnen handbereik, zoals onroerend goed.¹⁹⁰

De laatste twee decennia concentreerden zaken als *Renault*,¹⁹¹ *Volvo/Veng*,¹⁹² *Magill*,¹⁹³ *Ladbroke*¹⁹⁴ en *IMS Health*¹⁹⁵ zich op de weigering om derden toegang te verlenen tot het gebruik van IE-rechten. Het ging hierbij dus in feite om uitsluiting (exclusie) van de markt. Tevens hebben niet IE-gerelateerde art. 82-zaken, zoals *Bronner*,¹⁹⁶ de discussie over de toepassing van het mededingingsrecht op de uitoefening van IE-rechten beïnvloed.¹⁹⁷ Ook deze casus draaiden om uitsluiting van bepaalde partijen van de markt. Hetzelfde geldt voor een zaak als *United Brands*,¹⁹⁸ waarin leveringsweigering aan een trouwe afnemer centraal stond.¹⁹⁹

190 Rahnasto 2003, p. 3.

191 Zaak 53/87, Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Spa Maxicar t. Régie nationale des usines Renault ('Renault'), *Jur.* 1988, 6039.

192 Zaak 238/87, AB Volvo t. Erik Veng ('Volvo/Veng'), *Jur.* 1988, 6211.

193 Gevoegde zaken C-241/91P en C-242/91P, RTE en ITP t. Commissie ('Magill'), *Jur.* 1995, I-743, *NJ* 1995, 492.

194 Zaak T-504/93, Tiercé Ladbroke NV t. Commissie ('Ladbroke'), *Jur.* 1997, II-927.

195 Arrest HvJ EG van 29 april 2004 in zaak C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG t. NDC Health GmbH & Co. KG ('IMS Health' of 'IMS'), Conclusie in deze zaak van A-G Tizzano van 2 oktober 2003, *Jur.* 2004, I-5039.

196 Zaak C-7/97, Oscar Bronner t. Mediaprint c.s. ('Bronner'), *Jur.* 1998, I-7791, *NJ* 1999, 523.

197 In *Bronner* verwijst het Hof naar de criteria uit *Magill* teneinde tot een oordeel te komen in een 'essential facilities'-zaak. Zie zaak C-7/97, Oscar Bronner t. Mediaprint c.s. ('Bronner'), *Jur.* 1998, I-7791, r.o. 39-41. In *IMS Health* verwijst het Hof naar *Bronner* teneinde het criterium van de onontbeerlijkheid te onderstrepen. Zie zaak C-418/01, IMS Health t. NDC Health, *Jur.* 2004, I-5039, r.o. 28 en 41.

198 Zaak 27/76, United Brands t. Commissie (arrest ook bekend onder de naam 'Chiquita Bananen'), *Jur.* 1978, 207.

199 Overigens kende deze zaak nog wel meer aspecten, zoals het hanteren van discriminerende prijzen.

Zoals reeds uiteengezet in het hoofdstuk over de werking van het mededingingsrecht²⁰⁰ bestaat de klassieke tweedeling bij de toepassing van art. 82 EG uit enerzijds misbruiken die leiden tot *uitsluiting* van concurrenten en anderzijds misbruiken die leiden tot *uitbuiting* van afnemers, leveranciers of consumenten.²⁰¹

Naast de categorie van exclusionaire misbruikvormen,²⁰² die de uitsluiting van potentiële afnemers betreft, is er binnen art. 82 EG dus nog de categorie van exploitatieve misbruikvormen, die de uitbuiting van afnemers of consumenten omvat.²⁰³ Onder deze laatste categorie valt bijvoorbeeld het vragen van excessieve prijzen.

Eigenlijk alle *landmark cases* bij het Hof van Justitie over de verhouding tussen IE- en mededingingsrecht hebben tot nu toe betrekking gehad op exclusionaire misbruikvormen. Dit neemt niet weg dat zaken zeker exploitatieve elementen in zich dragen of vragen van dien aard kunnen oproepen. Zo kan men bij de licentiëring van intellectuele eigendomsrechten denken aan situaties waarin de IE-rechthebbende wel de wil tentoonstelt om zijn recht te licentiëren, maar simpelweg een prijs vraagt die de aspirant-licentienemer niet kan of wil betalen.

2.3.3. *Europese landmark cases over misbruik van machtspositie en de toegang tot essentiële faciliteiten*

2.3.3.1. De 'essential facilities'-benadering bij leveringsweigering

Het gebruik van een als essentieel beschouwd product, dienst, systeem of recht (een 'essentiële faciliteit') is regelmatig onderwerp van geschil tussen ondernemingen, waarbij het ene bedrijf de eigendom van de faciliteit in handen heeft en het gebruik daarvan niet wil delen met het andere bedrijf dat daar behoefte aan heeft. Een faciliteit kan stoffelijk van aard zijn, systeemgericht, maar ook niet-tastbaar (denk bij dit laatste aan intellectuele rechten).

200 Zie Paragraaf 3.5.1. van Hoofdstuk II.

201 Eventueel kan men hier nog een derde categorie aan toevoegen, namelijk structureel misbruik, maar in feite valt deze categorie gewoon onder het kopje 'uitsluiting'. Hetzelfde kan gezegd worden van een evt. te onderscheiden vierde categorie, 'predatief misbruik'.

202 Zie over exclusionaire misbruiken: Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *Pb.* 2009, C 45/7.

203 Zie over het verschil tussen 'exploitative abuses' en 'exclusionary abuses': Sinclair 2004, p. 492.

De weigering om toegang te verlenen of te blijven verlenen tot een essentiële faciliteit is een onderwerp dat regelmatig speelt in mededingingszaken, ook in mededingingscasus waarin IE-rechten geen rol spelen. De beslissingen van de Gemeenschapsrechter in deze laatste groep van zaken komen veelal echter terug in arresten van het Hof van Justitie of in conclusies van de Advocaten-Generaal die betrekking hebben op de collisie tussen mededingings- en IE-recht. Zo wordt in 'IE/mededingings'-arresten regelmatig verwezen naar rechtspraak over leveringsweigeringen betreffende 'tastbare' essentiële faciliteiten, en vice versa. De wederzijdse invloed tussen de verschillende soorten uitspraken is evident. De achterliggende problematiek is in de kern dezelfde, en draait om toegang tot de befaamde 'essential facility'. Over dit begrip en zijn theorievorming nu meer.

'Essential facilities'-doctrine

De 'essential facilities'-benadering heeft als uitgangspunt dat de toegang tot eigendom gedeeld moet worden indien die toegang essentieel is voor een andere marktpartij om een markt te betreden en daarop consumenten te bereiken.²⁰⁴ Over de precieze status van de 'essential facilities'-idee is het laatste woord nog niet gezegd:²⁰⁵ zeker is dat het concept formeel-juridisch geen vaste plaats in de jurisprudentie heeft verworven.

De oorsprong van de benadering ligt in de V.S., waar 'essential facilities' in het begin van de twintigste eeuw voor het eerst een rol spelen in de rechtspraak. In het arrest *'Terminal Railroad Association'* van het Supreme Court uit 1912²⁰⁶ bezat een vereniging van spoorvervoerbedrijven de enige drie spoorwegbruggen over de Mississippi naar St. Louis. Alleen leden van de vereniging konden gebruik maken van de spoorwegverbindingen. Het Amerikaanse Hooggerechtshof besliste dat deze praktijk in strijd was met Section 1 van de Sherman Act. Het Supreme Court verplichtte de vereniging om haar lidmaatschap open te stellen voor treinvervoerders voor wier bedrijfsuitvoering de verbinding essentieel was, en om bepaalde heffingen af te schaffen. Hoewel het begrip 'essential facilities' niet gebruikt wordt in het arrest, draait de hele zaak wel om essentiële faciliteiten en het verlenen van toegang op gelijke voorwaarden aan derden.

204 Vgl. Hancher & Lugard 1999, p. 323. Zie voor een uitgebreide beschouwing van de 'essential facilities' doctrine: Doherty 2001, p. 397-436, en Temple Lang 2000, p. 375-405.

205 Zie bijvoorbeeld Muller & Rodenhausen 2008, p. 310-329.

206 *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383, 56 L. Ed. 810, 32 S. Ct. 507 (1912). Vgl. Doherty 2001, p. 398-399.

Na deze zaak kwamen andere casus op waarin het Hooggerechtshof een benadering hanteerde die past in een 'essential facilities'-zienswijze, zoals *Associated Press*,²⁰⁷ *Lorain Journal*,²⁰⁸ *Griffith*,²⁰⁹ *Otter Tail*,²¹⁰ en *Aspen*.²¹¹ Ook in deze zaken echter geen expliciete vermelding van het concept.²¹² De lagere rechters in de V.S. hebben wel een 'essential facilities'-idee geformuleerd. Een eerste definitie van het begrip is gegeven in 1983:

"The case law sets forth four elements necessary to establish liability under the essential facilities doctrine: (1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility."²¹³

Hoewel de 'essential facilities'-leer dus nog nooit officieel als zodanig is benoemd door de hoogste rechtsinstantie van de V.S., is zij wel degelijk aanwezig in de Amerikaanse jurisprudentie.

De roots van de Europese variant van de 'essential facilities'-theorie vinden we terug in de liberalisering van de transportsector in het begin van de jaren negentig.²¹⁴ De Gemeenschapsrechter heeft zelf nooit expliciet gerefereerd aan het begrip 'essential facilities'. Hoewel de communautaire rechter, net als de Supreme Court, gebruik van de terminologie altijd heeft vermeden, heeft de Advocaat-Generaal zich wel gewaagd aan een uiteenzetting van het begrip.²¹⁵ A-G Jacobs geeft de volgende uitleg van de 'essential facilities'-leer:

207 *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 89 L. Ed. 2013, 65 S.Ct. 1416 (1945).

208 *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143. (1951).

209 *United States v. Griffith*, 334 US 100, 92 L. Ed. 1236, 68 S. Ct. 941 (1948).

210 *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 US 366, 35 L. Ed. 2d 359, 93 S.Ct. 1022 (1973).

211 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

212 Behalve dan in het *Aspen* arrest, waarin de Supreme Court de term 'essential facility doctrine' daadwerkelijk gebruikt, overigens enkel om aan te geven dat zij het niet noodzakelijk acht om de mogelijke relevantie van een dergelijke doctrine in overweging te nemen. Zie Müller & Rodenhausen 2008, p. 313.

213 *MCI Communications v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir. 1983).

214 De Europese Commissie heeft de eerste expliciete verwijzing naar de 'essential facilities' doctrine gemaakt in twee beschikkingen betreffende voorlopige maatregelen uit 1992 en 1993 met betrekking tot de haven van Holyhead: Commissie Beschikking IV/34.174 van 11 juni 1992, *Sealink t. B&I Holyhead*, niet gepubliceerd in het Pb., en Commissie Beschikking 94/19/EC van 21 december 1993, *Sea Containers v. Stena Sealink*, Pb. 1994, L 15/8. Zie de Conclusie van A-G Jacobs in zaak C-7/97, *Oscar Bronner t. Mediaprint*, Jur. 1998, I-7791, r.o. 48, en Ong 2005, p. 217.

215 Zie de Conclusie van A-G Jacobs in zaak C-7/97, *Oscar Bronner t. Mediaprint*, Jur. 1998, I-7791, r.o. 35.

"Volgens genoemde doctrine maakt een onderneming die een machtspositie inneemt bij het aanbieden van voorzieningen die van essentieel belang zijn voor de levering van goederen of diensten op een andere markt, misbruik van die machtspositie, wanneer zij zonder objectieve rechtvaardiging toegang tot die voorzieningen weigert. In sommige gevallen dient een onderneming met een machtspositie zich dus niet enkel te onthouden van anticoncurrentie gedragingen, doch moet zij de mededinging actief bevorderen door potentiële concurrenten toegang te verschaffen tot de door haar gecreëerde voorzieningen."²¹⁶

Hoewel de Gemeenschapsrechter de doctrine zelf niet noemt, komen karakteristieken van het concept wel naar voren in zijn arresten over de toegang tot (materiële) essentiële faciliteiten en over leveringsweigering.²¹⁷

European Night Service

In *European Night Services*²¹⁸ stond een samenwerkingsverband centraal tussen een aantal spoorwegmaatschappijen uit verschillende lidstaten, te weten British Rail (BR), Deutsche Bundesbahn (DB), Nederlandse Spoorwegen (NS) en Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF). De spoorwegmaatschappijen hadden een aantal overeenkomsten gesloten betreffende passagierspoorvervoer door de Kanaaltunnel. Vraag was of deze overeenkomsten de test van art. 81 en 82 EG konden doorstaan. Eén van de overeenkomsten betrof de oprichting van een samenwerkingsverband tussen de vier maatschappijen, genaamd 'European Night Services' (ENS). De andere overeenkomsten betroffen de levering van diensten en materieel aan ENS door de vier spoorwegmaatschappijen.

Over de toepassing van art. 82 EG merkte het Hof op dat de infrastructuur, producten of diensten die een onderneming bezit niet als essentieel of onontbeerlijk mogen worden beschouwd voor toegang tot de relevante markt, tenzij zij niet substitueerbaar zijn en er als gevolg van hun bijzondere kenmerken – vooral de prohibitieve kosten en/of de redelijkerwijs vereiste tijd om deze zelf te produceren – geen behoorlijke alternatieven voor de potentiële concurrenten van de onderneming in kwestie bestaan, waardoor zij van de markt zouden worden uitgesloten.²¹⁹

216 Conclusie van A-G Jacobs in de *Bronner*-zaak, r.o. 34

217 Vgl. Conclusie van A-G Jacobs in de *Bronner*-zaak, r.o. 35-39, Derclaye 2003, p. 702, Jones & Sufrin 2004, p. 485-492

218 Gev. zaken T-374, 375, 384, 388/94, *European Night Services c.s./Commissie*, *Jur* 1998, II-3141

219 Zie gev. zaken T-374, 375, 384, 388/94, *European Night Services*, *Jur* 1998, II-3141, r.o. 6 van de 'Samenvatting'

Bronner

In het *Bronner*-arrest²²⁰ heeft het Hof van Justitie beslist dat indien derden geen potentieel alternatief kunnen vinden dan wel ontwikkelen voor (in deze casus) een landelijk distributiesysteem, de eigenaar van dat systeem zijn machtspositie misbruikt indien hij die derden niet toelaat tot zijn netwerk. Het Hof laat in dezelfde casus echter ook zien dat het niet zo snel aanneemt dat derden niet in staat zijn om zelf een alternatief te ontwikkelen. Het merkt op dat die zelfstandig te ontwikkelen alternatieven gerust minder gunstig mogen zijn.

De casus luidde als volgt. Bronner is een kleine Oostenrijkse uitgever van dagblad 'Der Standard'. 'Der Standard' heeft slechts een beperkt marktaandeel op de markt van Oostenrijkse kranten. Concurrent Mediaprint heeft een veel groter marktaandeel met zijn dagbladen 'Neue Kronen Zeitung' en 'Kurier'. Mediaprint heeft een landelijk thuisbezorgingsstelsel ontwikkeld voor de verspreiding van haar kranten, waarmee het dagblad iedere ochtend in alle vroegte keurig op de deurmat ligt van de abonnee.

Bronner wil graag toegang tot dit stelsel. Het zelf opzetten van een distributiesysteem is volgens hem economisch niet haalbaar. Bronner eist in een gerechtelijke procedure dat 'Der Standard' tegen een passende vergoeding opgenomen wordt in het thuisbezorgingsstelsel van concurrent Mediaprint. Mediaprint weigert dit. Mediaprint zou door de weigering misbruik maken van haar machtspositie, aldus Bronner.

Bronner voert aan dat verspreiding van zijn krant middels 'gewone' postbezorging geen optie is, omdat de post normaliter pas in de middag bezorgd wordt. Dit is veel te laat voor de verspreiding van een ochtendkrant en vormt dan ook geen alternatief voor het thuisbezorgingsstelsel van Mediaprint. Ook betoogt Bronner dat het hem, door zijn lage abonneeaantal, niet mogelijk is om een eigen thuisbezorgingsstelsel op te zetten. Een dergelijk stelsel zou gewoonweg niet rendabel en dus veel te duur zijn.

Uiteindelijk komt het misbruikvraagstuk via een prejudiciële vraagstellingprocedure terecht bij de communautaire rechter. Het Hof van Justitie beslist dat Mediaprint haar machtspositie niet misbruikt door de toegang tot haar thuisbezorgingsstelsel te weigeren aan Bronner.

Het Hof legt de volgende drie voorwaarden neer ter toetsing van misbruik van machtspositie in geval de ene onderneming een essentiële

220 HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, Oscar Bronner t. Mediaprint c.s. ('Bronner'), *Jur.* 1998, I-7791, *NJ* 1999, 523.

faciliteit bezit waarop een andere onderneming een beroep doet:²²¹ 1. uitsluiting van elke mogelijkheid tot mededinging door verzoeker op de markt van de eigenaar van de faciliteit; 2. afwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor de weigering van toegang; 3. onontbeerlijkheid van de gevraagde dienst of faciliteit voor de uitoefening van de werkzaamheid die verzoeker op het oog heeft, in de zin dat er geen reëel of potentieel(!) alternatief bestaat voor deze faciliteit.

In *Bronner* draaide de zaak uiteindelijk om de vraag wanneer toegang tot een faciliteit absoluut noodzakelijk is voor een onderneming met een substantiële omvang om concurrerende diensten aan te kunnen bieden, en wanneer niet. Het Hof concludeerde in zijn uitspraak dat zelfs inferieure (minder voordelige) alternatieven voor productie of distributie van goederen beschouwd dienen te worden als reële alternatieven voor een concurrent die toegang vraagt tot de faciliteit.²²² Het Hof legde aldus de lat voor de constatering van misbruik hoog.

Er zijn overigens ook zaken aan te wijzen in de jurisprudentie van het Hof waarin de Gemeenschapsrechter de onontbeerlijkheid van toegang tot een systeem beoordeelt in een iets reëlere context, en sterk aansluit bij de economische rationaliteit achter het dupliceren van systemen teneinde een bepaalde activiteit te kunnen uitoefenen.²²³

Uit *Bronner* komt dus een drietraps-set van criteria naar voren ter toetsing van misbruik. De kritiek op deze criteria kan zijn dat, in het bijzonder met de strikte invulling van de onontbeerlijkhedsmaatstaf, alleen natuurlijke monopolies nopen tot het verlenen van toegang tot een faciliteit. Tenzij het gaat om het beheer van onmogelijk te dupliceren infrastructurele netwerken als elektriciteitskabels en het spoorwegnet, wordt een derde al gauw

221 Zaak C-7/97, Oscar Bronner t. Mediaprint ('Bronner'), *Jur.* 1998, I-7791, r.o. 41.

222 Zaak C-7/97, Bronner, *Jur.* 1998, I-7791, r.o. 42-46: Het Hof oordeelde dat van misbruik geen sprake was, omdat Bronner alternatieven ter beschikking stonden voor het thuisbezorgingssysteem van Mediaprint, zoals verkoop via kiosken en het opzetten van een eigen distributiesysteem. Toegang tot het systeem is dus niet 'onontbeerlijk' voor Bronner om zijn activiteiten te ontplooiën. Alvorens Mediaprint's systeem het predicaat 'onontbeerlijk' verdient, moet op zijn minst worden vastgesteld dat het niet economisch rendabel is om een tweede thuisbezorgingssysteem op te zetten voor de distributie van dagbladen met een oplage die vergelijkbaar is met de oplage van de via het bestaande systeem gedistribueerde dagbladen.

223 Zie bijvoorbeeld zaak T-289/01, Der Grüne Punkt-DSD t. Commissie, *Jur.* 2007, II-1691, r.o. 101-118.

verondersteld zelf een alternatief netwerk of systeem te kunnen ontwikkelen – ook als dit tamelijk hypothetisch is.²²⁴

Ook A-G Jacobs is alleszins terughoudend om art. 82 EG toe te passen in situaties van toegangswegiging tot een faciliteit. In zijn Conclusie bij het *Bronner-arrest*²²⁵ schetst hij drie punten van belang:

"In de eerste plaats behoort het recht zelf zijn handelspartners te kiezen, alsmede het recht over zijn eigendom te beschikken, tot de algemeen erkende begunselen van de wetgevingen der lidstaten, soms met grondwettelijke status. Inbreuken hierop moeten zorgvuldig worden gemotiveerd.

In de tweede plaats vergt op het gebied van het mededingingsbeleid de rechtvaardiging van een inmenging in de contractvrijheid van een onderneming met een machtspositie veelal een zorgvuldige afweging van conflicterende belangen. Op lange termijn is het in het algemeen bevorderlijk voor de concurrentie en in het belang van de consument, een onderneming toe te staan voorzieningen die zij ten behoeve van haar eigen bedrijfsactiviteiten heeft gecreeerd, voor eigen gebruik te reserveren. Indien bijvoorbeeld al te gemakkelijk toegang werd verschaft tot een productie-, aankoop- of distributievoorziening, zou een concurrent niet worden gestimuleerd concurrerende voorzieningen te creëren. Ofschoon dus op korte termijn de mededinging zou worden bevorderd, zou op lange termijn het tegenovergestelde effect worden bereikt. Bovendien zou de prikkel voor een dominante onderneming om in efficiënte voorzieningen te investeren, afnemen, indien haar concurrenten desgevraagd van de voordelen ervan zouden kunnen profiteren []

In de derde plaats dient men bij de beoordeling van dit vraagstuk niet uit het oog te verliezen, dat het hoofddoel van artikel 82 erna bestaat een verstoring van de mededinging te voorkomen - en in het bijzonder de belangen van de consumenten te beschermen - en niet, de positie van afzonderlijke concurrenten te beschermen. Derhalve kan het onbevredigend zijn om bijvoorbeeld in een geval waarin een concurrent toegang tot grondstoffen verlangt, teneinde met de dominante onderneming te kunnen concurreren op de markt van een eindproduct, uitsluitend af te gaan op de macht van de dominante onderneming op de grondstoffenmarkt en te concluderen dat haar gedraging om die markt voor zichzelf te reserveren, automatisch misbruik oplevert. Een dergelijke gedraging zal slechts tot ongunstige gevolgen voor consumenten leiden, wanneer het eindproduct van de dominante onderneming voldoende tegen de concurrentie wordt afgeschermd om het economische macht te verlenen."²²⁶

2.3.3.2. Misbruik door leveringsweigering – Stopzetten van jarenlange levering

Naast een rol bij de verhindering van toetreding van partijen tot een markt, speelt de essentiële faciliteit ook een rol bij het uit de markt duwen van concurrenten. Het gaat hierbij om het stopzetten van gedurende lange tijd verleende toegang. Als gevestigde partijen op een gegeven moment

224 Vgl. Bergman 2000, p. 61 en 62.

225 Conclusie van A-G Jacobs in zaak C-7/97, *Bronner*, *Jur.* 1998, I-7791.

226 Conclusie van A-G Jacobs in zaak C-7/97, *Bronner*, *Jur.* 1998, I-7791, r.o. 54-58.

een 'essential facility' wordt onthouden, kunnen ze niet langer in een markt functioneren en dreigt er een einde te komen aan hun jarenlange aanwezigheid in deze markt. Ook in die gevallen is sprake van leveringsweigering als bron van ellende, en ook in die gevallen kan sprake zijn van misbruik van machtspositie.

United Brands

Het *United Brands*-arrest²²⁷ draaide om de producent van Chiquita-bananen, United Brands, die op zeker moment besloot zijn leveringen te stoppen aan een Deense distributeur (Olesen) die al lang een vaste afnemer van zijn bananen was. De distributeur had het gewaagd om reclame te maken voor Dole, de grote concurrent van United Brands. United Brands vond dat dit schade toebreacht aan het bedrijf en dat het Deense bedrijf hiervoor gestraft moest worden. United Brands werd tegengeworpen dat het misbruik maakte van zijn machtspositie door levering aan een trouwe afnemer stop te zetten.

Het Hof van Justitie gaf aan:

"[] dat een onderneming met een machtspositie bij de verhandeling van een bepaald product – dat de reputatie van een bekend en door de consument gewaardeerd merk geniet – haar leveranties aan een *vaste klant* die de *normale handelsgebruiken* respecteert, niet mag staken wanneer de door die klant geplaatste bestellingen geenszins van *ongewone omvang* zijn, dat zodanige handelwijze in strijd zou zijn met de doelstellingen van artikel 3, sub g, van het Verdrag, nader uitgewerkt in artikel 82, sub b en c, aangezien een verkoopweigering het aantal afzetkanalen ten nadele van de consumenten beperkt en een discriminatie oplevert die uiteindelijk kan leiden tot de *eliminatie van een handelspartner* van de betrokken markt [*cursivering door auteur, JH*]"²²⁸

Verder stipte het Hof aan dat een verkoopweigering door een onderneming met een machtspositie alleen is toegestaan wanneer zij niet verder gaat dan nodig is om haar commerciële belangen tegen aanvallen te beschermen. Een onderneming met een machtspositie kan sancties opleggen ter verdediging van haar belangen, maar deze moeten wel evenredig zijn aan de bedreiging. Een complete verkoopweigering gaat in dezen te ver en is niet meer redelijk.²²⁹

227 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *United Brands t Commissie* ('Chiquita Bananen'), *Jur* 1978, 207

228 Zaak 27/76, *United Brands t Commissie*, *Jur* 1978, 207, r o 182 en 183

229 Zie zaak 27/76, *United Brands t Commissie*, *Jur* 1978, 207, r o 189-192 "dat al moge het juist zijn () dat een onderneming met een machtspositie niet uit hoofde daarvan het recht verliest *haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen*, en

Het Hof ging in *United Brands* overigens ook nog nader in op het hanteren van discriminerende prijzen.²³⁰ Dit punt is voor het onderwerp leveringsweigering (in de zin van stopzetting van jarenlange levering) niet zo van belang, maar is in het kader van de botsing tussen mededingings- en IE-recht wel belangrijk bij het onderdeel discriminatie in de levering.

Het Hof gaf aan dat de politiek van ongelijke prijzen van *United Brands* dit bedrijf in staat stelde haar handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties op te leggen, waardoor sommige van deze ondernemingen in een ongunstige concurrentiepositie werden gebracht. Dit kwalificeerde het Hof als misbruik van machtspositie.²³¹ Verschillen in transportkosten, belastingen, invoerrechten, arbeidslonen, verhandelingsvoorwaarden, valutakoersen en concurrentiedruk kunnen eventueel leiden tot een verschillende kleinhandelsprijs in de diverse lidstaten. *United Brands* mocht deze factoren echter slechts in beperkte mate in aanmerking nemen, aangezien zij een volkomen identiek product op een en dezelfde plaats verkocht aan afnemers (rijpers/distributeurs) die de risico's van de consumentenmarkt vervolgens geheel alleen droegen.²³²

Commercial Solvents

In het arrest *Commercial Solvents*²³³ richt het Hof zich op de leveringsweigering van een producent van grondstoffen (*Commercial Solvents*) ten opzichte van een in het verleden trouwe afnemer (*Zoja*). *Zoja* produceerde met behulp van de grondstoffen bepaalde derivaten. Op een dag kwam de producent, *Commercial Solvents* geheten, op het idee om ook zelf deze half- en eindproducten te gaan produceren. Om te zorgen dat de concur-

dat men haar in de mate van het redelijke de mogelijkheid moet laten te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht, niettemin dat gedrag niet toelaatbaar is wanneer het juist dient ter versterking van die machtspositie en tot misbruik ervan leidt;

dat weliswaar een tegenaanval geoorloofd kan zijn, doch deze in elk geval *evenredig moet zijn aan de bedreiging*, mede gelet op de economische macht van de betrokken ondernemingen;

dat een verkoopweigering door een onderneming met een machtspositie verder gaat dan wat eventueel als een *redelijke sanctie* voor het door UBC [de leverancier; JH] aan Olesen [de afnemer; JH] verweten gedrag ware te beschouwen;

dat het UBC immers duidelijk moest zijn dat zij daarmee haar andere rijpers/distributeurs *ervan zou weerhouden reclame voor andere merken te maken*, en dat haar machtspositie in de relevante markt door de *afschrikkende werking* van de tegen een hunner getroffen sanctie nog aanzienlijk zou worden versterkt [cursivering door auteur; JH];"

230 Zaak 27/76, *United Brands t. Commissie*, Jur. 1978, 207, r.o. 204-234.

231 Zaak 27/76, *United Brands t. Commissie*, Jur. 1978, 207, r.o. 233 en 234.

232 Zaak 27/76, *United Brands t. Commissie*, Jur. 1978, 207, r.o. 228.

233 Gev. zaken 6 en 7/73, *Commercial Solvents/Commissie*, Jur. 1974, 223.

rentie in deze afgeleide markt niet al te groot zou zijn, stopte Commercial Solvents haar leveranties aan trouwe afnemers die de derivaten reeds jaren produceerde. Deze afnemers zagen hun 'core business' ineens ernstig in gevaar komen, want er waren eigenlijk nauwelijks alternatieve producten vóór, noch alternatieve leveranciers ván de benodigde grondstoffen aanwezig in de markt.²³⁴ En zonder grondstof geen derivaat. Tot de groep gedupeerde afnemers behoorde ook Zoja, dat kort was gestopt met afname van de grondstoffen, maar dat Commercial Solvents op een gegeven moment opnieuw verzocht om levering. Zoja zag zich geplaatst voor een gesloten deur.

De Europese Commissie ondernam actie en stelde vast dat Commercial Solvents misbruik maakte van haar machtspositie door de leveringsweigering. Commercial Solvents stelde beroep in bij het Hof van Justitie.

Het Hof besliste dat de bezitter van een machtspositie op de grondstoffenmarkt, die – ten einde die grondstoffen voor zijn eigen productie van derivaten te reserveren – de levering ervan weigert aan een afnemer welke zelf producent van die derivaten is, met de kans elke concurrentie vanwege die afnemer uit te schakelen, misbruik maakt van zijn machtspositie in de zin van art. 82.²³⁵

Een belangrijk element in dit arrest lijkt te zijn dat het in casu gaat om leveringsweigering aan ondernemingen, vaak trouwe afnemers, die al jarenlang een derivaat produceren. Stopzetting van levering betekent voor deze ondernemingen dan vaak het einde van hun commerciële activiteiten.

Het is de vraag of het misbruikvraagstuk op dezelfde manier ingevuld zou worden indien een jarenlange afnamerelatie ontbreekt en een aspirant-afnemer voor het eerst aanklopt bij Commercial Solvents voor de levering van grondstoffen. Zeker als Commercial Solvents op dat moment zelf al actief zou zijn in de productiemarkt van de betreffende derivaten.

234 Zie gev. zaken 6 en 7/73, *Commercial Solvents/Commissie*, *Jur* 1974, 223, r.o. 9-18.
235 *Gev. zaken 6 en 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents Corporation t. Commissie ('Commercial Solvents')*, *Jur* 1974, 223, r.o. 3 van de 'Samenvatting' en r.o. 25 van de 'Overwegingen van het arrest'. Interessant was ook nog de opmerking van het Hof over de te onderscheiden relevante markt(en), en het begaan van misbruik op die markt(en). "Misbruik van machtspositie op de grondstoffenmarkten kan een beperkende invloed uitoefenen op de mededinging op de markt waarop de afgeleide producten worden afgezet, welke invloed in aanmerking moet worden genomen bij het beoordelen van de gevolgen van de inbreuk, ook indien de markt voor de derivaten geen markt op zichzelf vormt [cursivering door auteur, JH]" Zie r.o. 2 van de 'Samenvatting'.

CBEM

In de zaak *CBEM*²³⁶ ging het om een geschil tussen de moedermaatschappij (CLT) van een televisiezender (RTL) en een bedrijf dat telefonische marketingcampagnes op televisiestations organiseerde (CBEM). CBEM liet als basis van haar activiteiten een telefoonnummer bekendmaken in de uit te zenden reclamespots, waarop het publiek inlichtingen kon inwinnen over het aangeboden product. Nadat CBEM enkele jaren haar diensten had vericht via reclames op de televisiezender RTL, maakte CLT aan haar adverteerders bekend dat reclames voortaan alleen nog een telefoonnummer mochten bevatten van een concurrent van CBEM, IPB geheten. IPB behoorde als reclameagent tot dezelfde ondernemingsgroep als RTL. CBEM ondernam hierop actie, en beschuldigde CLT van misbruik van machtspositie door een alleenrecht te verlenen aan IPB voor het aanbieden van telefonische ondersteuning in reclamespots.

Het Hof van Justitie constateerde in een prejudiciële vraagstellingsprocedure dat de markt van telefonische marketing een van de televisiereclamemarkt te onderscheiden markt vormt, hoe eng de banden tussen beide ook zijn.²³⁷ Feitelijk gaat het hier om een afgeleide markt.

Het Hof besliste ook dat in deze zaak sprake was van misbruik van machtspositie, daar CLT de voorwaarde hanteert dat zendtijd alleen wordt verkocht indien gebruik wordt gemaakt van de telefooncentrale van de reclameagent die tot dezelfde groep behoort als de televisiezender. In feite houdt dit een weigering in om de diensten van de zender ter beschikking te stellen van enige andere onderneming voor telefonische marketing. De markt wordt daarmee voorbehouden aan één reclameagent en elke concurrentie vanwege een derde onderneming wordt uitgeschakeld. Het Hof vond ook geen rechtvaardiging voor dit gedrag in dwingende redenen van technische of commerciële aard die eigen zijn aan het medium televisie.²³⁸

Belangrijk om op te merken in het kader van leveringsweigering is dat nieuwe, potentiële afnemers van een product of dienst niet dezelfde rechten lijken te hebben als 'oude', trouwe afnemers van een product of dienst. Anders gezegd: trouwe afnemers van een product of dienst hebben in zekere zin méér rechten (opgebouwd) dan nieuwe afnemers van een product.

Het houdt in dat leveranciers met een distributieverleden naar bepaalde afnemers van een (basis)product of dienst minder ruimte hebben

236 Zaak 311/84, *CBEM*, *Jur.* 1985, 3261.

237 Zie zaak 311/84, *CBEM*, *Jur.* 1985, 3261, r.o. 26.

238 Zie zaak 311/84, *CBEM*, *Jur.* 1985, 3261, r.o. 26.

om hun commerciële beleid vorm te geven dan producenten die geen distributieverleden hebben maar wel als leverancier zouden kunnen gaan optreden. Bij deze laatste categorie behoort het *wijzigen* van het commerciële beleid ook niet tot de mogelijkheden, simpelweg omdat er geen gedragslijn uit het verleden bestaat.

2.3.4. *Europese landmark cases betreffende misbruik van machtspositie op het snijvlak van IE- en mededingingsrecht: licentieweigering*

De in de voorgaande paragrafen beschreven leveringsweigeringscasuïstiek is nauw verwant met de licentieweigeringsproblematiek in mededingingsrechtelijke IE-zaken. Zaken waarin een IE-rechthebbende weigert om aan een aspirant-licentienemer een licentie op zijn recht te verlenen, draaien immers om het niet ter beschikking stellen van een faciliteit die vaak essentieel is om een bepaald product of dienst aan te kunnen bieden op de markt.

2.3.4.1. *Parke-Davis*

De historie van de rechtspraak over mededingings- en intellectuele eigendomsrecht begint in de jaren zestig van de twintigste eeuw. In het arrest *Parke-Davis*²³⁹ eiste het Hof het samentreffen van drie elementen voor de toepassing van art. 82 EG: (i) de aanwezigheid van een machtspositie, (ii) het misbruik daarvan en (iii) de mogelijkheid dat de handel tussen de lidstaten daardoor ongunstig wordt beïnvloed.

Indien een octrooi binnen het kader van een bepaalde staat een bijzondere bescherming verleent aan de houder, brengt dit nog niet mee dat met de uitoefening van de aldus toegekende rechten de drie genoemde elementen gegeven zijn.

Dit is anders indien de exploitatie van het octrooi zou ontaarden in een misbruik van de bijzondere bescherming die het IE-recht biedt, aldus het Hof.²⁴⁰ Met de kennis van de jurisprudentie tot nu toe is dit een weinig revolutionaire uitspraak, maar als basis voor de toekomstige toepassing van het mededingingsrecht in IE-zaken was het wel een onmisbare constatering.

Het Hof gaf verder een aanwijzing betreffende (puur) nationaal IE-recht: waar het bestaan van een octrooirecht slechts van de nationale wetgeving afhangt, kan de uitoefening daarvan alleen door het Gemeen-

239 Zaak 24/67, *Parke en Davis t Probel en Centrafarm*, *Jur* 1968, 82

240 Zaak 24/67, *Parke en Davis t Probel en Centrafarm*, *Jur* 1968, 82, rechtsoverwegingen ongeveer halverwege de 'Overwegingen van het arrest' (nummering ontbreekt)

schapsrecht worden beheerst wanneer die uitoefening bijdraagt tot de vorming van een machtspositie welke zodanig wordt misbruikt, dat de handel tussen de lidstaten daardoor ongunstig zou kunnen worden beïnvloed.²⁴¹ In dat geval komt de toepassing van art. 82 EG in het vizier.

Ook dit is een, met de kennis van nu, weinig opzienbarende aanwijzing van het Hof van Justitie. Uiteraard dient voor de toepassing van het communautaire mededingingsrecht een grensoverschrijdend element aanwezig te zijn in een mededingingsbeperkende gedraging.

2.3.4.2. *Hoffmann-La Roche* en *EMI/CBS*

Het Hof van Justitie besliste in het arrest *Hoffmann-La Roche* dat ofschoon het Verdrag de krachtens de wetgeving van een lidstaat verkregen rechten op het gebied van de industriële en commerciële eigendom onverlet laat, niettemin de uitoefening van die rechten onder omstandigheden door verbodsbepalingen van het EG-Verdrag kan worden beperkt.²⁴² Hiertoe behoort ook de verbodsbepaling van art. 82 EG. Een IE-recht (i.c. een merkenrecht) kan worden gebruikt als een instrument van misbruik van een machtspositie in de zin van art. 82 EG, aldus het Hof.²⁴³ Dat hiervan niet zomaar sprake is bleek echter uit nadere rechtspraak.

Een eerste relativering van de machtspositie van een IE-rechthebbende is te vinden in de *EMI/CBS*-zaken.²⁴⁴ Het is niet vreemd dat deze arresten betrekking hadden op het merkenrecht, en dat het Hof van Justitie opmerkte dat een eventuele bijzondere positie van de merkgerechtigde niet zomaar het bestaan van een machtspositie inhoudt, zeker niet wanneer meerdere ondernemingen van vergelijkbare economische potentie als de merkgerechtigde zich op de markt voor de onderhavige producten bewegen en in staat zijn met die merkgerechtigde te concurreren.²⁴⁵ Het Hof voegde daar overigens aan toe dat de uitoefening van een merkenrecht, voor zover gericht op het beletten van de invoer van identiek gemerkte producten in

241 Zaak 24/67, *Parke en Davis t. Probel en Centrafarm*, *Jur.* 1968, 82, rechtsoverweging richting het einde van de 'Overwegingen van het arrest' (nummering ontbreekt).

242 Zaak 102/77, *Hoffmann-La Roche t. Centrafarm*, *Jur.* 1978, 1139, r.o. 6.

243 Zaak 102/77, *Hoffmann-La Roche t. Centrafarm*, *Jur.* 1978, 1139, r.o. 16.

244 Zaak 51/75, *EMI Records t. CBS United Kingdom*, *Jur.* 1976, 811; zaak 86/75, *EMI Records t. CBS Grammofon*, *Jur.* 1976, 871; zaak 96/75, *EMI Records t. CBS Schallplatten*, *Jur.* 1976, 913.

245 Zaak 51/75, *EMI Records t. CBS United Kingdom*, *Jur.* 1976, 811, r.o. 36; zaak 86/75, *EMI Records t. CBS Grammofon*, *Jur.* 1976, 871, r.o. 33; zaak 96/75, *EMI Records t. CBS Schallplatten*, *Jur.* 1976, 913, r.o. 19.

het beschermde grondgebied, geen misbruik van machtspositie in de zin van art. 82 EG oplevert.²⁴⁶

2.3.4.3. Renault en Volvo/Veng

In twee arresten uit 1988, *Renault*²⁴⁷ en *Volvo/Veng*,²⁴⁸ formuleerde het Hof van Justitie enkele uitgangspunten teneinde meer duidelijkheid te scheppen in het misbruikvraagstuk bij niet-licentiëring van IE-rechten.

Het Hof bepaalde dat de rechthebbende van een IE-recht in principe vrij is om zijn recht wel of niet, en onder zijn eigen voorwaarden, te licentiëren aan derden. Een verplichting om aan derden een licentie te verstrekken (zelfs tegen billijke royalty's) zou hem de essentie van zijn exclusieve recht ontnemen.²⁴⁹ Een leveringsweigering van een (licentie op een) IE-recht is niets anders dan het gevolg van de uitoefening van dat recht en vormt dan ook zeker geen 'per se' misbruik van machtspositie.²⁵⁰

Dit neemt niet weg dat er wel uitzonderingen op de hoofdregel kunnen zijn in de vorm van omstandigheden die zo bijzonder zijn dat ze maken dat een IE-rechthebbende zijn machtspositie misbruikt als hij weigert om zijn recht te licentiëren aan derden. Kortom, de weigering om een licentie te verlenen op een IE-recht (ook al gaat zij uit van een onderneming met een machtspositie) kan op zichzelf geen misbruik van die machtspositie opleveren, tenzij sprake is van 'uitzonderlijke omstandigheden'.²⁵¹ Uiteraard betekent dit uitgangspunt niet het einde van de discussie, maar vormt het juist de opmaat voor een nader debat over wat nu precies uitzonderlijke omstandigheden kunnen zijn in dit verband.

246 Zaak 51/75, *EMI Records t. CBS United Kingdom*, *Jur.* 1976, 811, r.o. 37; zaak 86/75, *EMI Records t. CBS Grammofoon*, *Jur.* 1976, 871, r.o. 34; zaak 96/75, *EMI Records t. CBS Schallplatten*, *Jur.* 1976, 913, r.o. 20.

247 Zaak 53/87, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Spa Maxicar t. Régie nationale des usines Renault ('Renault')*, *Jur.* 1988, 6039. Dit arrest is niet te verwarren met zaak C-38/98, *Renault t. Maxicar*, *Jur.* 2000, I-2973, die ook handelde over de inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten op carrosserie-onderdelen van auto's, maar waarin de uitleg van een bepaling uit het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen centraal stond.

248 Zaak 238/87, *AB Volvo t. Erik Veng ('Volvo/Veng')*, *Jur.* 1988, 6211.

249 Zaak 238/87, *Volvo/Veng*, *Jur.* 1988, 6211, r.o. 8.

250 Zie de Conclusie van Advocaat-Generaal Mischo in zaak 238/87, *Volvo/Veng*, *Jur.* 1988, 6211, par. 35.

251 Zie zaak 238/87, *Volvo/Veng*, *Jur.* 1988, 6211, r.o. 9 en gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, *RTE en ITP t. Commissie ('Magill')*, *Jur.* 1995, I-743, r.o. 50. Aangetekend moet worden dat het Hof van Justitie de letterlijke term 'uitzonderlijke omstandigheden' pas hanteert in zijn *Magill*-arrest.

De arresten *Renault* en *Volvo/Veng* bevatten naast de formulering van de hoofdregel met het algemene uitgangspunt ook een eerste indicatie van omstandigheden die zo bijzonder zijn dat ze onder de uitzonderingsregel kunnen vallen. Hiermee is een eerste invulling van de uitzonderingsregel gegeven met nadere criteria die uiteindelijk tot de vaststelling van misbruik van machtspositie kan leiden. Om een en ander te illustreren een korte beschouwing van de zaak *Volvo/Veng*.²⁵²

Het geschil in *Volvo/Veng* draaide om het bedrijf Erik Veng Ltd. dat Volvo-carrosserieonderdelen, die zonder toestemming van Volvo waren vervaardigd, importeerde en verkocht in het Verenigd Koninkrijk. Volvo hield het modelrecht op deze auto-onderdelen in het Verenigd Koninkrijk en weigerde pertinent om Veng tegen een redelijke vergoeding een licentie te verstrekken. Toen Veng toch overging tot import en verkoop van niet door Volvo geproduceerde onderdelen, leidde Volvo een procedure in tegen Veng wegens inbreuk op haar uitsluitende rechten. Veng wierp tegen dat Volvo op deze wijze misbruik maakte van haar machtspositie.

Wanneer een automobielconstructeur een modellenrecht bezit, op grond waarvan hij krachtens het recht van een lidstaat bij uitsluiting gerechtigd is vervangingsonderdelen die voor herstellingen van de carrosserie van auto's van zijn fabrikaat nodig zijn, te vervaardigen en in te voeren (indien die carrosserieonderdelen niet door onderdelen van een ander model kunnen worden vervangen), dan bezit die fabrikant een machtspositie in de zin van art. 82 EG, zowel wegens dat exclusieve recht als wegens de onmogelijkheid voor de consument om een substitutieproduct te gebruiken.²⁵³ Het bewijzen van de aanwezigheid van een machtspositie is dus geen probleem in dit soort situaties, het aantonen van misbruik let echter nauwer.

Het Hof stelde vast dat zolang de nationale regels met betrekking tot intellectuele eigendom niet zijn geharmoniseerd of geünificeerd, de nationale rechtsregels van de respectievelijke lidstaten gewoon de voorwaarden bepalen waaronder en de wijze waarop een IE-recht wordt beschermd.²⁵⁴

252 Aangezien het Hof van Justitie in de *Renault*-zaak precies dezelfde lijn volgt, wordt deze zaak verder niet meer apart behandeld. Een uitleg van *Volvo/Veng* is exemplarisch genoeg.

253 Zie de Conclusie van Advocaat-Generaal Mischo in zaak 238/87, *Jur.* 1988, 6211, par. 15. Het Hof zelf laat zich in het arrest *Volvo/Veng* niet uit over deze voorvraag maar gaat direct in op de misbruikvraag.

254 Het staat daarbij aan de nationale wetgever om vast te stellen, welke producten deze bescherming genieten, zelfs wanneer zij deel uitmaken van een geheel dat als zodanig reeds beschermd is.

De mogelijkheid voor de IE-rechthebbende om derden te beletten, producten waarin het model is verwerkt zonder zijn toestemming te vervaardigen en te verkopen of in te voeren, vormt de essentie van zijn uitsluitend recht. Daaruit volgt dat, wanneer de IE-rechthebbende wordt verplicht om derden, zelfs tegen billijke royalty's, een licentie te verlenen voor de levering van producten waarin het IE-recht is verwerkt, hem de essentie van zijn uitsluitend recht wordt ontzegd. De weigering om zulk een licentie te verlenen kan op zich geen misbruik van machtspositie opleveren in de zin van art. 82 EG, aldus het Hof.²⁵⁵

Een weigering door de houder van een model om licenties te verlenen die derden in staat zouden stellen, tegen betaling van een billijke royalty, carrosserieonderdelen te leveren waarin het model is verwerkt, vormt dan ook geen 'per se' misbruik van een machtspositie, aangezien die weigering niets anders is dan het gevolg van de uitoefening van het aan het model verbonden recht.²⁵⁶

Wel kan volgens het Hof de uitoefening van een IE-recht tot misbruik leiden in geval van de willekeurige weigering om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs, de vaststelling van onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen of de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel meer te vervaardigen, terwijl er nog vele auto's van dat model in omloop zijn, een en ander wanneer die gedragingen de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.²⁵⁷

Hiermee geeft het Hof een eerste indicatie van omstandigheden die dermate schadelijk zijn voor de economie en het functioneren van de markt dat de daarmee verbonden uitoefening van een IE-recht tot misbruik van machtspositie kan leiden.

Door het specifieke onderwerp van de vervangingsonderdelen en door het feit dat deze uitspraak zich (mede) uitlaat over de situatie dat de IE-rechthebbende zelf niet (meer) bereid zou zijn om de markt te bedienen, heeft *Volvo/Veng* altijd zijn waarde binnen de *landmark cases* behouden.

255 Zaak 238/87, *Volvo/Veng*, *Jur.* 1988, 6211, r.o. 8.

256 Zie de Conclusie van Advocaat-Generaal Mischo in zaak 238/87, *Jur.* 1988, 6211, r.o. 35.

257 Zaak 238/87, *Volvo/Veng*, *Jur.* 1988, 6211, r.o. 9. Vgl. ook zaak 53/87, *Renault*, *Jur.* 1988, 6039, r.o. 16.

2.3.4.4. *Magill*

Nadat de toepassing van art. 82 EG ten aanzien van de uitoefening van IE-rechten nog aan bod was gekomen in de zaken *Hugin*²⁵⁸ en *Hilti*,²⁵⁹ waarin de communautaire rechter een zodanig nauwe marktafbakening hanteerde dat de IE-rechten in kwestie steeds een aparte productmarkt afdekten, en in het arrest *Tetra Pak II*,²⁶⁰ waarin het vooral ging om het plegen van misbruik op niet-gedomineerde markten, wees het Hof van Justitie midden jaren negentig het *Magill*-arrest.²⁶¹

In *Magill* was het interessant om te zien op welke wijze de Gemeenschapsrechter de markt(en) af zou bakenen, al lag de uitkomst van de marktanalyse voor de hand: de machtspositie van de IE-rechthebbenden was wel duidelijk in deze casus, hoe de onderliggende redenering ook precies zou luiden. Interessanter was het vraagstuk van de misbruikvoorwaarden: welke criteria voor misbruik zou het Hof ter toetsing aanhouden/neerleggen?

De feiten van de zaak. In Ierland was op het moment dat de zaak speelde geen enkele wekelijks verschijnende alomvattende tv-gids verkrijgbaar. Elk tv-station gaf zijn eigen programmagids uit met daarin uitsluitend een vermelding van zijn eigen programmegevens. Wie van tevoren precies wilde weten wat er op televisie was, moest dus al deze blaadjes aanschaffen. Het enige alternatief was wachten op de krant, die de gegevens pas een dag voor uitzending mocht publiceren. De televisiestations maakten op grond van de Ierse en Britse wetgeving aanspraak op auteursrechtelijke bescherming van de wekelijkse programmaoverzichten, teneinde publicatie ervan door derden te verhinderen.

Magill TV Guide Ltd probeerde op zeker moment een wekelijks verschijnende alomvattende tv-gids te publiceren. Dit werd haar evenwel belet door de televisiestations, die een beroep deden op de auteursrechtelijke bescherming van hun gegevens. Deze mochten niet door een derde gepubliceerd worden. Magill diende daarop een klacht in bij de Europese Commissie, die actie ondernam. De Commissie stelde vast dat de omroepen misbruik maakten van hun machtspositie door Magill geen toestemming te verlenen voor publicatie van de gegevens.²⁶² Hierop stelden de televisie-

258 Zaak 22/78, *Hugin t. Commissie*, *Jur.* 1979, 1869.

259 Zaak T-30/89, *Hilti t. Commissie*, *Jur.* 1991, II-1439.

260 Zaak C-333/94 P, *Tetra Pak International t. Commissie*, *Jur.* 1996, I-5951.

261 HvJ EG 6 april 1995, gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, RTE en ITP t. Commissie ('*Magill*'), *Jur.* 1995, I-743, NJ 1995, 492.

262 Beschikking Commissie 21 december 1998, zaaknr. 89/205/EEG, *Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE*, *Pb.* 1989, L 78/43.

stations beroep in bij het Gerecht van Eerste Aanleg, dat hun beroep afwees.²⁶³ Uiteindelijk kwam de zaak in hoger beroep terecht bij het Hof van Justitie. Aan het Hof het laatste woord in het misbruikvraagstuk. Het Hof handhaafde de conclusie van het Gerecht van Eerste Aanleg, en dus kwam ook het Hof tot de bevinding dat de televisiestations misbruik maakten van hun machtspositie. Hieronder volgt een korte uiteenzetting van de overwegingen van het Hof.

In *Magill* herhaalt het HvJ EG dat bij afwezigheid van communautaire harmonisatie het vaststellen van de voorwaarden en procedures voor het toekennen van een IE-recht een zaak van nationaal recht is.²⁶⁴ In 'uitzonderlijke omstandigheden' echter kan het uitoefenen van zo'n IE-recht door een rechthebbende bijdragen aan misbruik van een machtspositie.²⁶⁵ In *Magill* vult het Hof dit uitgangspunt nader in met betrekking tot een zaak omtrent de weigering van afgifte van programmegegevens. Behoudens uitzonderlijke omstandigheden mag de rechthebbende dus vrijelijk beslissen over de vraag of hij overgaat tot levering van bepaalde gegevens of niet.

Het Hof van Justitie gaat nauwelijks in op de marktdefinitie, maar sluit zich aan bij de analyse van het Gerecht van Eerste Aanleg (en de Commissie) op dit punt.²⁶⁶ Het Gerecht onderscheidde een (sub)markt voor weekoverzichten en een (sub)markt van tijdschriften waarin de weekoverzichten werden gepubliceerd.²⁶⁷ Feitelijk bestaat de primaire markt in *Magill* uit het programmeren (en vervolgens uitzenden) van televisieprogramma's. Normaliter zal de programmering vastgelegd zijn in weekoverzichten of aanverwante programmalijsten.²⁶⁸ Het kiezen van programma's en het programmeren is de hoofdactiviteit van een omroeporganisatie. Het opmaken van de programmalijsten staat hierbij feitelijk centraal. Het op de markt brengen van televisiegidsen is niet meer dan een van de hoofdbe-

263 GvEA 10 juli 1991, zaak T-69/89, RTE t. Commissie, *Jur.* 1991, II-485, en GvEA 10 juli 1991, zaak T-76/89, ITP, *Jur.* 1991, II-575.

264 HvJ EG 6 april 1995, gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, *Magill*, *Jur.* 1995, I-743, r.o. 49.

265 Gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, *Magill*, *Jur.* 1995, I-743, r.o. 50.

266 Zie gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, *Magill*, *Jur.* 1995, I-743, r.o. 47 en 24.

267 Zaak T-76/89, ITP, *Jur.* 1991, II-575, r.o. 47-49, en zaak T-69/89, RTE t. Commissie, *Jur.* 1991, II-485, r.o. 61-63. Als hoofdmarkt onderscheidde het Gerecht de markt van gegevens over televisieprogramma's in het algemeen.

268 Het Hof van Justitie gaf ook aan in het *Magill*-arrest dat de aanduiding van het kanaal, de dag, het uur en de titel van de uitzendingen (kortom: de programmegegevens) een noodzakelijk uitvloeisel zijn van de programmavaststelling door de tv-stations. Zie gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, *Magill*, *Jur.* 1995, I-743, r.o. 47.

zigheid afgeleide activiteit. In die zin zijn televisiegidsen louter bijproducten van het hoofdwerk. Hun verkoopmarkt kan daarom als secundair worden bestempeld.

In het arrest neemt het Hof van Justitie de machtspositie van de televisiestations eigenlijk voetstoots aan,²⁶⁹ en gaat vervolgens over tot het misbruikvraagstuk.

Het Hof legt drie misbruikelementen neer in *Magill* ter invulling van het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden': 1. de rechthebbende belet de introductie van een nieuw product, waarnaar van de zijde van de consument een potentiële vraag bestaat; 2. er bestaat geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor de weigering van de licentie; 3. elke mededinging op de afgeleide markt wordt uitgesloten.²⁷⁰ Het Hof wijst in het kader van de derde voorwaarde nog op de onontbeerlijkheid van de programmagegevens voor de productie van de weekgids.²⁷¹

Er waren in deze zaak dus drie omstandigheden die in combinatie leidden tot de conclusie van misbruik.²⁷² Het criterium van het beletten van de introductie van een nieuw product waarnaar een potentiële vraag bestaat was er hier één van.

Door de specifieke omstandigheden van zaken is het niet altijd eenvoudig een algemene lijn te distilleren uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. In *Magill* brachten de karakteristieken van de zaak het Hof tot de conclusie dat sprake was van misbruik van machtspositie.

De belangrijkste vraag na het *Magill*-arrest was of de criteria uit de uitspraak alternatief of cumulatief waren. Was (pas) sprake van misbruik indien door de licentieweigering de introductie van een nieuw product zou worden tegengehouden; of kon (al) sprake zijn van misbruik indien door de licentieweigering de toegang tot de markt voor andere ondernemingen zou worden belemmerd; of was er ergens een middenweg denkbaar?

Naast vragen over de concrete invulling in *Magill* van het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden' (met de vraag of het Hof nu wel

269 Gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, *Magill*, *Jur.* 1995, I-743, r.o. 46-48.

270 Gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, *Magill*, *Jur.* 1995, I-743, r.o. 54-56.

271 Zie gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, *Magill*, *Jur.* 1995, I-743, r.o. 53 en 56.

272 Dit is op te maken uit r.o. 57 van het *Magill*-arrest: "Gelet op al deze omstandigheden [...]" De Adviescommissie van de NMa zag de opgesomde omstandigheden als cumulatieve voorwaarden en baseerde zich daarbij op het *Bronner*-arrest. Zie par. 114 van het advies van de Adviescommissie van 27 juli 2000, bijgevoegd bij het besluit op bezwaar van de NMa d.d. 3 oktober 2001, nummer 1/501.o119.

of niet cumulatieve voorwaarden gebruikt), speelt er nog een andere kwestie. De vragen over de concrete invulling in *Magill* zijn uiteindelijk gedeels beantwoord in het arrest *IMS Health*.²⁷³ Een kwestie die wat losser staat van de *Magill*-uitspraak als enkel arrest, is of er andere typen omstandigheden zijn die ook als 'uitzonderlijk' kunnen worden gekwalificeerd en leiden tot de vaststelling van misbruik van machtspositie. Het gaat hierbij dus om bepaalde sets van omstandigheden of criteria die afwijken van de voorwaarden in *Magill*, maar toch tot de constatering van misbruik kunnen leiden. Het Hof van Justitie heeft hier al voorbeelden van gegeven in bijvoorbeeld het arrest *Volvo/Veng*, waarin volledig andersoortige gedragingen centraal stonden dan in *Magill*. Daar omschreef het Hof klip en klaar enige gedragingen van de dominante onderneming in de uitoefening van zijn IE-recht die tot misbruik zouden leiden.²⁷⁴

De vraag naar de nadere invulling van het begrip 'uitzonderlijke omstandigheden' is makkelijker gesteld dan beantwoord. Men moet voorzichtig zijn om andere typen omstandigheden zomaar toe te laten ter nadere invulling van het hoofdcriterium. Zeker omdat bij een ruime toelating iedere discussie over het cumulatieve gehalte van de *Magill*-voorwaarden zinloos wordt: als men het speelveld van *Magill* gemakkelijk kan verlaten omdat er vele andere varianten mogelijk zijn, dan hoeft men zich niet meer druk te maken om de spelregels die gelden binnen de *Magill*-lijnen zelf. Wel is het belangrijk om in het achterhoofd te houden dat de Gemeenschapsrechter de mogelijkheid lijkt te hebben om het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden' anders in te vullen dan hij in *Magill* (en later *IMS Health*) heeft gedaan, indien de typische omstandigheden van een zaak hem daartoe nopen.

2.3.4.5. *Ladbroke*

In de *Ladbroke*-zaak²⁷⁵ ging het om de uitoefening van intellectuele-eigendomsrechten op beeld- en geluidsmateriaal van paardenrennen. Wedkantoren wilden de beelden doorgeven in hun etablissementen teneinde de gokkers direct te bedienen met de races waarop zij hun geld hadden ingezet. De eigenaar van de beeld- en geluidsrechten wilde de televisiebeelden niet afstaan aan de kantoren, dat wil zeggen, gaf geen toestemming dat de beelden werden uitgezonden op de wedkantoren. De vraag was of de weigering om een licentie te verlenen voor beeld- en geluidsmateriaal van

273 Zie over het arrest *IMS Health* Paragraaf 2.3.5. van dit hoofdstuk.

274 Zie zaak 238/87, *Volvo/Veng*, *Jur.* 1988, 6211, r.o. 9.

275 Zaak T-504/93, *Tiercé Ladbroke NV t. Commissie* ('*Ladbroke*'), *Jur.* 1997, II-927.

paardenrennen aan de wedkantoren misbruik van machtspositie inhield in de zin van art. 82 EG.

Het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelde dat van misbruik geen sprake kon zijn, aangezien het aanbieden van televisie-uitzendingen van paarden-races niet essentieel is voor het uitvoeren van de hoofdactiviteit van een wedkantoor, zijnde het aannemen van weddenschappen. Het uitzenden van de beelden mag dan een aanvullende of zelfs een passende dienst aan de wedders zijn, onontbeerlijk voor de uitoefening van de hoofdactiviteit is zij dus niet.²⁷⁶

Op de situatie kan gemakkelijk het primaire-afgeleide marktmodel losgelaten worden. De markt van televisiebeelden is de primaire markt, de markt van weddenschappen (waar televisiebeelden gebruikt kunnen worden) een afgeleide markt. Alleen is in dit geval in de analyse van het Gerecht het afgeleide recht (op de televisiebeelden) niet essentieel voor het aanbieden van de dienst (de weddenschappen). In het *Ladbroke*-arrest verwerpt het Gerecht dus de klacht van misbruik van machtspositie, wat niet onredelijk lijkt in het licht van de louter aanvullende waarde van televisie-uitzendingen van paardenkoersen voor wedkantoren.

Hoe helder de conclusie ook moge zijn, in zijn arrest blinkt het Gerecht niet uit in helderheid waar het de formulering van de exacte voorwaarden voor misbruik betreft in situaties van uitoefening van een IE-recht.²⁷⁷ Het Gerecht wekt de indruk dat de voorwaarde van de verhindering van de introductie van een nieuw product en de voorwaarde van de onontbeerlijkheid van een IE-licentie voor de uitoefening van de betreffende activiteit alternatieve criteria vormen voor misbruik van machtspositie.²⁷⁸ Toch zijn er ook analyses die luiden dat men uit de afhandeling van de genoem-

276 Zaak T-504/93, *Ladbroke*, *Jur* 1997, II-927, r.o. 10

277 In de literatuur is de vraag aan bod gekomen of het onontbeerlijkeidscriterium complementair was aan het criterium van de introductie van een nieuw product, of dat het echt een alternatief criterium zou zijn. Zie voor de optie van het alternatieve criterium Anderman 1998, p. 214. Zie voor de optie van het complementaire criterium Doherty 2001, p. 410.

278 Dit geschiedt door het gebruik van het woordje "of" bij de opsomming van twee voorwaarden voor misbruik. Zie r.o. 131 van het *Ladbroke*-arrest: "*De weigering om aan verzoekster te leveren kan namelijk slechts onder het verbod van artikel 86 vallen, indien zij betrekking heeft op een product of een dienst die essentieel lijkt voor de uitoefening van de betrokken activiteit, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel substituuut bestaat, of op een nieuw product waarvan de introductie wordt belet ondanks een constante en regelmatige potentiële vraag van de zijde van de consumenten ()*"

de criteria door het Gerecht kan afleiden dat de communautaire rechter ze uiteindelijk als cumulatieve voorwaarden beschouwt.²⁷⁹

Ladbroke is in zekere zin een dissonant in de communautaire jurisprudentie over de toepassing van het EG-mededingingsrecht op de uitoefening van IE-rechten, en heeft voor verwarring gezorgd omdat het arrest ruimte liet voor een restrictievere interpretatie van het mededingingsrecht ten aanzien van IE-rechten.²⁸⁰

In de arresten *Renault*, *Volvo/Veng* en *Magill* zijn tamelijk terughoudende en specifieke voorwaarden te vinden voor de toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van de uitoefening van IE-rechten. De benadering van het Gerecht van Eerste Aanleg in *Ladbroke* was ondoorzichtiger en de voorwaarden die daar werden geformuleerd leken meer aan te sluiten bij een algemene 'essential facilities'-leer.²⁸¹ Het Gerecht wekte dus de schijn van een afwijkende koers ten opzichte van de lijn die het Hof van Justitie had uitgestippeld in *Magill*. De keuze voor daadwerkelijk alternatieve criteria, op *Bronner*- respectievelijk *Magill*-leest geschoeid, zou het bereik van misbruik onder art. 82 EG immers sterk verbreden: de bescherming van intellectuele eigendomsrechten zou gemakkelijker aan de kant geschoven kunnen worden.

Het risico bestaat dat een dergelijke keuze een deel van deze rechten van hun functionaliteit zou ontdoen, aangezien de voorwaarde van onontbeerlijkheid als op zichzelf staand criterium niet in alle gevallen de meest lastige horde lijkt te vormen: intellectuele eigendomsrechten zijn nu eenmaal vaak essentieel voor de (rechtmatige) productie van een product of verlening van een dienst. Uiteraard zou het onderscheidende vermogen van dit criterium uiteindelijk bepaald worden door de precieze interpretatie van het begrip 'onontbeerlijkheid'.

279 Het Gerecht besteedt niet genoeg aandacht aan de voorwaarde van de introductie van een nieuw product, om dit criterium serieus te nemen, zo luidt de analyse. Nu de voorwaarde niet serieus wordt behandeld, kan deze ook niet daadwerkelijk alternatief zijn. Ergo, het draait om cumulatieve voorwaarden. Het Gerecht constateert dat aan de eerste niet wordt voldaan, en de tweede hoeft dan niet langer bekeken te worden. De weinige woorden die het Gerecht wijdt aan de voorwaarde van de verhindering van de introductie van een nieuw product, kan men beschouwen als een 'obiter dictum'. Zie Narciso 2003, p. 462.

280 In de literatuur is veel gediscussieerd over de vraag of het vereiste van onontbeerlijkheid van een IE-licentie complementair zou zijn aan de voorwaarde van het verhinderen van de introductie van een nieuw product, of dat het daadwerkelijk een alternatief criterium zou zijn. Zie Anderman 1998, p. 214; Derclaye 2004, p. 690.

281 Zie Van Loon 2004, p. 47.

Het was eigenlijk onvermijdelijk dat het Hof van Justitie in latere rechtspraak opnieuw met de botsingsproblematiek geconfronteerd zou worden, en zich dan nader uit zou moeten laten over de in eerdere zaken gevolgde lijn. Dit heeft het Hof dan ook gedaan in zijn *IMS Health*-arrest.

2.3.5. Uitgebreide 'case-study': de *IMS Health*-zaak

2.3.5.1. Het belang van de *IMS Health*-uitspraak

In april 2004 heeft het Hof van Justitie EG zich in het arrest *IMS Health*²⁸² uitgelaten over de toepassing van het communautaire mededingingsrecht op de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten door de rechthebbende. Het Hof heeft in deze zaak een duidelijke beslissing genomen over de koers die moet worden gevolgd in botsingssituaties tussen mededingingsrecht en IE-recht. Vandaar het belang van juist dit arrest voor het bepalen van de *status quo* op het snijvlak van IE- en mededingingsrecht.

De *IMS Health*-uitspraak van de Gemeenschapsrechter vormt een bevestiging van de terughoudende toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van IE-rechten. Toch maakt het arrest van het Hof van Justitie zeker niet een einde aan alle vragen die spelen rondom de botsing tussen beide rechtsgebieden.

In het *IMS Health*-arrest laat het Hof zich in heldere bewoordingen uit over de vraag of de omstandigheid van de verhindering van de introductie van een nieuw product een harde voorwaarde is voor de toepassing van art. 82 EG, of dat het slechts één van de omstandigheden is die kan leiden tot de constatering van misbruik van machtspositie. Anders dan in *Magill* bestempelt het Hof van Justitie in *IMS Health* deze maatstaf samen met enkele andere criteria als cumulatieve voorwaarden.²⁸³ Aangezien de voorgaande jurisprudentie omtrent de botsing tussen mededingings- en IE-recht zo sterk samenkomt in de *IMS Health*-uitspraak, en deze zaak bovendien niet alleen exemplarisch is voor het botsingsvraagstuk maar ook nog sterk richtinggevend, wordt *IMS* hierna uitgebreid behandeld. In de behandeling van de zaak zullen alle elementen die beslissend zijn in het misbruikvraagstuk ten aanzien van IE-rechten aan bod komen.

282 Arrest HvJ EG van 29 april 2004 in zaak C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG t. NDC Health GmbH & Co. KG* ('*IMS Health*' of '*IMS*'), Conclusie in deze zaak van A-G Tizzano van 2 oktober 2003, *Jur.* 2004, I-5039.

283 *IMS Health*-arrest, r.o. 38.

2.3.5.2. Feiten van de IMS Health-zaak

In deze zaak staat de weigering tot licentieverlening centraal van een in Duitsland auteursrechtelijk beschermd informatiesysteem voor de ordening en verwerking van verkoopgegevens van geneesmiddelen.

IMS Health (IMS) is een internationale onderneming die gespecialiseerd is in het verzamelen en verkopen van marktinformatie aan de farmaceutische sector. IMS is ook actief op de Duitse markt en levert daar gegevens over voorgeschreven medicijnen en regionale verkoopresultaten van geneesmiddelen aan farmaceutische ondernemingen. IMS levert deze gegevens aan in een bepaalde databank, gefundeerd op een structuur bestaande uit 1860 bouwstenen. Deze bouwstenen zijn gebaseerd op verscheidene criteria zoals de postcodegebieden, de bevolkingsdichtheid en de geografische spreiding van apotheken en artsenpraktijken. Ook Duitse wettelijke voorschriften vormden een belangrijke factor bij de opbouw van de bouwsteenstructuur. IMS heeft deze structuur in een langdurige samenwerking met de farmaceutische industrie ontwikkeld. De bouwsteenstructuur is door de jaren heen uitgegroeid tot een standaard in Duitsland, waarop de klanten van IMS hun eigen informatica- en verkoopstructuur hebben afgestemd. Een groot aantal factoren van functionele, administratieve, logistieke, technische en wettelijke aard belemmeren de overschakeling op een andere structuur in de markt.²⁸⁴ Andere ondernemingen die dezelfde soort diensten willen aanbieden in de markt als IMS hebben dus eigenlijk deze IMS-structuur nodig om hun informatie in aan te bieden. Daarmee is de structuur van IMS Health *de facto* bijna een industriële norm geworden.

Concurrent NDC Health heeft een gegevensbank ontwikkeld voor farmaceutische ondernemingen die zeer sterk overeenkomt met het product van IMS.²⁸⁵ Ook het ontwerp van NDC is gebaseerd op een structuur van 1860 bouwstenen, waarop een IE-recht (auteursrecht) van IMS rust. IMS start een civielrechtelijke procedure tegen NDC voor de Duitse rechter, het *Landgericht Frankfurt am Main*, wegens een inbreuk op haar au-

284 Zie voor een specifieke opsomming van alle belemmeringen om over te schakelen op een andere structuur: Beschikking 2003/741/EG van de Commissie van 13 augustus 2003 in de zaak NDC Health/IMS Health, *Pb.* 2003, L 268/69, ov. 1 van de considerans.

285 Eigenlijk heeft niet NDC Health maar een ander bedrijf, PII, de gelijksoortige gegevensbank ontwikkeld. PII wilde net als IMS een gegevensbank op de markt brengen. PII merkte al snel dat potentiële afnemers een product met een afwijkende structuur niet accepteerden. PII ging dan ook over tot het produceren van gegevensbanken met een zelfde structuur als het product van IMS. PII is op een bepaald moment overgenomen door NDC Health dat daarmee ook de problemen met IMS in huis haalde.

teursrecht.²⁸⁶ In deze procedure komt de vraag aan de orde of IMS geen misbruik maakt van haar machtspositie door te weigeren om NDC een licentie te verlenen op het IE-recht en aldus te voorkomen dat NDC de gegevensbank in productie kan nemen.

De Duitse rechter stelde over deze kwestie drie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EG die op het volgende neerkomen:²⁸⁷ 1. Levert de weigering om een licentie te verlenen op een IE-recht misbruik van machtspositie op indien potentiële afnemers elk product dat niet gebruik maakt van het IE-recht afwijzen? 2. Is voor de misbruikvraag relevant dat het afnemersveld van de IMS gegevensbank heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van de structuur? 3. Is de omschakelingsinspanning van potentiële afnemers van het concurrerende product naar een alternatieve standaard (en in het bijzonder de daarmee verbonden kosten) relevant voor de misbruikvraag?²⁸⁸

In de *IMS Health*-kwestie speelden overigens verschillende procedures. Het arrest van het Hof van Justitie behelst een antwoord op de prejudiciële vragen van de Duitse rechtbank in het beschreven geschil tussen IMS Health en NDC Health.

De Commissie heeft zich echter ook actief bemoeid met deze zaak. In een beschikking uit 2001 heeft de Commissie IMS Health als voorlopige maatregel verplicht een licentie te verlenen op haar IE-recht aan alle ondernemingen op de betreffende Duitse markt die daarom verzochten.²⁸⁹ Dit teneinde het gebruik en de verkoop van regionale verkoopgegevens die worden gepresenteerd op basis van de betreffende structuur door andere ondernemingen mogelijk te maken.²⁹⁰ Zou IMS geen licentie verlenen aan andere ondernemingen, dan zou zij in strijd handelen met art. 82 EG.

De Commissie ging in haar beschikking heel sterk uit van het openbare belang van vrije concurrentie in de economie. Zij verankerde haar beslissing tot een licentiëeringsplicht voor IMS (mede) in het openbaar belang van behoud van concurrentie in de markt.²⁹¹

286 Oorspronkelijk was deze procedure gericht tegen PII, maar na de overname door NDC kon deze laatste onderneming meteen de rol van gedaagde overnemen in de civiele procedure.

287 *IMS Health*-arrest, r.o. 17.

288 Vraag 2 en 3 zijn te beschouwen als subvragen van vraag 1.

289 Beschikking 2002/165/EG van de Commissie van 3 juli 2001 inzake een art. 82 EG-procedure in de zaak NDC Health/IMS Health, *Pb.* 2002, L 59/18.

290 Zie Beschikking 2002/165/EG van de Commissie, art. 1-3.

291 Beschikking 2002/165/EG van de Commissie, par. 190, 191, 195, 196, 214 en 217; zie ook Beschikking 2003/741/EG van de Commissie van 13 augustus 2003 in de zaak NDC Health/IMS Health, *Pb.* 2003, L 268/69, ov. 15 en 16 van de considerans.

De Commissie heeft de betreffende beschikking in een later besluit echter weer ingetrokken.²⁹² Als reden voor de intrekking gaf de Commissie een materiële wijziging in de marktomstandigheden in Duitsland van de betrokken partijen.²⁹³

Het was duidelijk dat de beslissing van het Hof van Justitie in de prejudiciële zaak van groot belang zou zijn voor eventuele verdere stappen van de Commissie ten aanzien van IMS Health.

2.3.5.3. De relevante markt

De vraag naar de relevante markt waarvoor de licentiestrijd wordt uitgevochten lijkt simpel te beantwoorden: het gaat om de primaire markt van verkoop van gegevensbanken waarvoor een IE-recht benodigd is op een bepaalde gegevensstructuur. In de marktsituatie van *IMS Health* kan men niet gemakkelijk een 'upstream' en een 'downstream' markt (een primaire én een secundaire markt) onderscheiden, zoals dat wel kon in bijvoorbeeld *Magill*.²⁹⁴ In deze laatste zaak bestond de primaire markt uit het opstellen van programmeringlijsten van televisieprogramma's, en de secundaire markt uit de uitgifte van televisiegidsen.

Het Hof kiest in *IMS* voor een benadering die het ook in eerdere arresten heeft aangehouden, en heeft het over een eerder (productie)stadium van de markt, en een (afgeleid) later stadium van de markt. Het blijft hiermee dicht bij de redeneringvorm van *Bronner*.²⁹⁵ Het Hof knoopt bij deze indeling aan bij het productieproces van het betreffende goed, en gaat niet over tot een daadwerkelijke uitsplitsing van productmarkten.²⁹⁶

In genoemde tweedeling is het van groot belang dat het stroomopwaartse product onontbeerlijk is voor de levering van het stroomafwaartse product, aldus het Hof.²⁹⁷ Door de verschillende stadia in het productie-

292 Beschikking 2003/741/EG van de Commissie van 13 augustus 2003 in de zaak NDC Health/IMS Health, *Pb* 2003, L 268/69, art. 1. De president van het Gerecht van Eerste Aanleg had de tenuitvoerlegging van Beschikking 2002/165 overigens al opgeschort (zie zijn beschikking van 26 oktober 2001 in zaak T-184/01R, *IMS Health/Commissie*, *Jur* 2001, II-3193). Uiteindelijk was het gewoon wachten op een beslissing in de prejudiciële zaak voor het Hof van Justitie om klaarheid te krijgen in de kwestie. De procedure ten gronde over Beschikking 2002/165/EG werd dan ook opgeschort tot het antwoord op de prejudiciële vragen er zou zijn.

293 Beschikking 2003/741/EG van de Commissie van 13 augustus 2003 in de zaak NDC Health/IMS Health, *Pb* 2003, L 268/69, ov. 15-17 van de considerans.

294 En zeker ook in de Nederlandse zaak rond de programmeergegevens van de publieke omroepen. Zie hierover Paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk.

295 *IMS Health*-arrest, r.o. 40-42.

296 Zie ook Kamperman Sanders 2004, p. 131.

297 *IMS Health*-arrest, r.o. 44 en 45.

proces op deze wijze te scheiden, vormt het IE-recht zelf, of beter: de innovatie waarop het IE-recht rust, de primaire markt (deze markt mag zelfs louter hypothetisch zijn van het Hof), en de toepassing van het IE-recht in het product of de dienst de afgeleide markt. Het gaat dus om een markt voor de IT-(gegevens)structuur en een afgeleide markt voor de databank met verkoopgegevens.

Feitelijk lijkt het in *IMS Health* te gaan om een primaire of principale markt van levering van een farmaceutische gegevensbank.²⁹⁸ IMS richt zich op het aanbieden van informatie aan farmaceutische bedrijven. Dit vormt haar principale markt. Voor dat aanbieden van informatie is een bepaalde 'drager' of structuur noodzakelijk, en dat zijn de IE-rechtelijk beschermde matrices waarin de informatie wordt overgedragen aan de kopers. Deze structuur bepaalt dus feitelijk de principale markt voor IMS. De rechthebbende krijgt in geval van verplichte licentiëring van zijn IE-recht ook te maken met een directe concurrent op zijn kernmarkt. In deze redeneerwijze is de markt waarop de exploitatie van de innovatie primair gericht is de principale markt, en de markt die als 'bijverdienste' meegenomen kan worden in de exploitatie van de innovatie de secundaire markt.²⁹⁹

Het voordeel van de redeneervorm van het Hof is wel dat het uitgangspunt helder is. Alle producties of dienstverrichtingen waarvoor een IE-recht gebruikt wordt zijn op deze manier afgeleide activiteiten.³⁰⁰ De belemmering van deze activiteiten door een licentieweigering van de IE-rechthebbende kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden misbruik van machtspositie opleveren.

2.3.5.4. De belangrijkste overwegingen en het dictum

Het Hof van Justitie behandelt eerst de laatste twee subvragen van de Duitse rechter, en gaat dan over tot behandeling van de eerste prejudiciële vraag die het Hof de gelegenheid geeft om de concrete voorwaarden voor misbruik van machtspositie bij de uitoefening van IE-rechten duidelijk te formuleren.

298 Zie Hoyng 2002, p. 114

299 Van gebruik van een IE-recht voor een secundaire markt is dus pas sprake indien met dat recht een bijproduct wordt vervaardigd. De markt van dit bijproduct kan als secundair bestempeld worden. De *Magill*-zaak vormt hiervoor een goed voorbeeld: televisiegidsen zijn bijproducten van de hoofdactiviteit, zijnde het programmeren en uitzenden van televisieprogramma's.

300 Slechts de overdracht van het IE-recht aan een nieuwe rechthebbende zou behoren tot de primaire markt.

Het Hof herhaalt in r.o. 38 de drie criteria uit *Magill* en bevestigt dat het hier gaat om cumulatieve voorwaarden voor misbruik. Daarmee wordt meteen een duidelijk samenstel van voorwaarden neergezet (bevestigd) voor de toepassing van het EG-mededingingsrecht op de uitoefening van IE-rechten.

Het Hof beslist verder dat de voorwaarde van de verhinderende van de introductie van een nieuw product een absolute maatstaf is voor de toepassing van het mededingingsrecht. Het formuleert dit als volgt in r.o. 49:

"De weigering van een onderneming met een machtspositie om toegang te verlenen tot een door een intellectueel eigendomsrecht beschermd product, dat onontbeerlijk is om actief te zijn op een afgeleide markt, levert dus enkel misbruik op indien de onderneming die om de licentie heeft verzocht niet voornemens is zich in wezen te beperken tot het aanbieden van producten of diensten die de houder van het intellectueel eigendomsrecht reeds op de afgeleide markt aanbiedt, maar de bedoeling heeft nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat "

Hiermee kiest het Hof van Justitie dus voor een scherpe afbakening van de toepassing van het rechtsgebied van het mededingingsrecht ten aanzien van IE-rechten.

Het Hof komt uiteindelijk tot de volgende concrete uitspraken in het dictum van het arrest:

"1) Bij het onderzoek of de weigering van een onderneming met een machtspositie om een gebruikslicentie te verlenen voor een bouwsteenstructuur die is beschermd krachtens een intellectueel eigendomsrecht waarvan zij houder is, misbruik oplevert, moet rekening worden gehouden met zowel de mate waarin de gebruikers hebben deelgenomen aan de ontwikkeling van die structuur als de inspanning die de potentiële afnemers zullen moeten leveren om op een alternatieve structuur berustende marktonderzoeken over regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen te kunnen aankopen en in het bijzonder de daarmee verbonden kosten, om te bepalen of de beschermde structuur onontbeerlijk is voor de verkoop van dergelijke onderzoeken

2) De weigering van een onderneming met een machtspositie die houder is van een intellectueel eigendomsrecht op een bouwsteenstructuur die onontbeerlijk is voor de aanbieding van regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in een lidstaat, om een licentie voor het gebruik van deze structuur te verlenen aan een andere onderneming die dergelijke gegevens eveneens wenst te verstrekken in dezelfde lidstaat, levert misbruik van een machtspositie in de zin van art. 82 EG op wanneer is voldaan aan de volgende voorwaarden

de onderneming die om de licentie heeft verzocht, is voornemens op de markt van levering van de betrokken gegevens nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder van het intellectueel eigendomsrecht niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat [de eerste voorwaarde, *JH*],

de weigering is niet gerechtvaardigd op objectieve gronden [de tweede voorwaarde; *JH*];

door de weigering wordt de markt van de levering van verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in de betrokken lidstaat voorbehouden aan de houder van het intellectueel eigendomsrecht en wordt elke mededinging op die markt uitgesloten [de derde voorwaarde; *JH*]."

Onder punt 2) van het dictum staan dus de drie cumulatieve voorwaarden voor misbruik bij de botsing tussen IE- en mededingingsrecht, die eigenlijk een herhaling vormen van de voorwaarden uit *Magill*. Ze zijn hier alleen wat meer toegespitst op de omstandigheden van de zaak. In feite komt er bij deze voorwaarden nog een vierde criterium bij.

Onder punt 1) is namelijk een 'onontbeerlijkheidsfactor' geformuleerd met twee subcriteria. De twee subcriteria zijn de mate waarin de gebruikers hebben deelgenomen aan de ontwikkeling van de door het IE-recht beschermde innovatie, en de inspanning (in het bijzonder de kosten) die potentiële afnemers zullen moeten leveren om over te stappen naar een alternatief product.

De onontbeerlijkheidsfactor komt kort terug in de aanhef onder punt 2) vóór de drie cumulatieve criteria. Hoewel deze maatstaf niet in de opsomming van voorwaarden zelf staat vermeld, vormt hij wel een zeer belangrijke voorvraag. Hij kan dan ook eigenlijk beschouwd worden als een zelfstandige voorwaarde die als eerste in het rijtje aan bod dient te komen. Voordat men verder kan gaan met de andere voorwaarden voor misbruik moet eerst vaststaan dat het IE-recht in kwestie absoluut noodzakelijk is om een bepaald product op de markt te brengen. Zo niet, dan staat een licentieweigering immers niet in de weg aan toegang tot de markt voor een potentiële concurrent.

2.3.5.5. Een analyse van de voorwaarden voor misbruik

De voorvraag van de onontbeerlijkheid

Met de onontbeerlijkheidsmaatstaf in de hand dient men scherp te onderzoeken of er echt geen alternatieven zijn te ontwikkelen voor het door het IE-recht beschermde idee. Dit is een belangrijk punt dat men ook pregnant terugziet in 'essential facilities'-arresten als *Brunner*. In deze zaken vormt onontbeerlijkheid een sleutelvereiste: het verlenen van toegang tot een faciliteit is logischerwijs alleen verplicht indien die faciliteit absoluut noodzakelijk is voor een derde om bepaalde producten of diensten aan te

bieden op de markt.³⁰¹ Op dit punt sluit *IMS Health* dus aan bij een belangrijk element uit de 'essential facilities'-zienswijze.

Het is overigens niet helemaal duidelijk wat de deelname van de gebruikers aan de ontwikkeling van het door een IE-recht beschermde product bijdraagt als toetsingsfactor. Hiermee moet 'rekening gehouden worden' aldus het Hof bij de vaststelling of een IE-recht wel of niet onmisbaar is voor toetreding tot de markt. Het Hof krijgt natuurlijk te maken met een prejudiciële vraag hieromtrent en dient daarop een antwoord te geven. Het is dus wel begrijpelijk dat het Hof deze factor benoemt (de gedachte is wellicht ook dat men met deze factor enige grip kan krijgen op de daadwerkelijke inspanning die het een IE-rechthebbende heeft gekost om zijn IE-recht te ontwikkelen),³⁰² maar het is de vraag in hoeverre hij gebruikt kan worden als daadwerkelijk toetsingsinstrument.

Een criterium dat zeker een belangrijke maatstaf vormt in de toetsing van de onontbeerlijkheid is de factor van de inspanning en kosten die aspirant-licentienemers zullen moeten maken om zelf een alternatief voor het IE-recht in kwestie tot stand te brengen. Indien men constateert dat het betreffende IE-recht in de markt inmiddels is uitgegroeid tot een echte standaard waaraan alle kopers zich houden, dan is deze laatste vraag snel beantwoord: de inspanning en kosten om een alternatief te ontwikkelen zullen dan eindeloos zijn, omdat een standaard in de markt bijna niet te vervangen is.³⁰³ Men kan in dat geval snel overgaan tot de conclusie dat het IE-recht in kwestie inderdaad onmisbaar is voor toetreding tot de markt en dat dus aan de voorwaarde voldaan wordt.

301 In *Bronner* draaide de zaak uiteindelijk om de vraag wanneer toegang tot een faciliteit nu precies absoluut noodzakelijk is voor het aanbieden van bepaalde diensten, en wanneer niet. Het Hof concludeerde in zijn uitspraak dat zelfs inferieure (minder voordelige) alternatieven voor productie of distributie van goederen beschouwd dienen te worden als reële alternatieven voor een concurrent die toegang vraagt tot de faciliteit. Het Hof wilde hiermee voorkomen dat al te gemakkelijk wordt voldaan aan het onontbeerlijkheidscriterium, en zette dus een hoge standaard neer. Zie *Bronner*, r.o. 42-46.

302 Hierbij dient opgemerkt te worden dat het één het ander niet uitsluit. Ondernemingen kunnen best systemen ontwikkelen met hulp van hun afnemers, maar daarbij zelf ook veel tijd, geld en energie steken in die ontwikkeling.

303 Een raakvlak met de eerste factor van deelname van de gebruikers aan de ontwikkeling van de door het IE-recht beschermde innovatie is hier wel aanwezig. Indien afnemers van producten of diensten van een IE-rechthebbende zelf hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van die producten of diensten, zal dat de standaardwerking van die producten of diensten in de markt alleen maar versterken.

De eerste voorwaarde: het voornemen tot het aanbieden van nieuwe producten of diensten die de houder van het IE-recht niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag bestaat bij consumenten

De eerste voorwaarde uit het dictum van het Hof bestaat uit twee gedeelten. Het eerste onderdeel betreft de introductie van een nieuw product of een nieuwe dienst, het tweede betreft een potentiële vraag van de consumenten naar dat nieuwe product of die nieuwe dienst.

De eerste toetsingsfactor betreffende de introductie van een nieuw product lijkt meer onderscheidend vermogen te hebben in de afbakening van de werkingssfeer van het mededingingsrecht ten opzichte van het IE-recht dan de tweede maatstaf van het bestaan van een potentiële vraag van de consumenten. Een onderneming zal ook nooit een nieuw product op de markt (willen) brengen waarnaar geen vraag bij de consument bestaat. Het element van de vraag bij consumenten mag dan binnen het mededingingsrecht van grote betekenis zijn, als afbakeningsinstrument lijkt het hier minder geschikt in combinatie met de maatstaf van de introductie van een nieuw product. Deze laatste factor mag dan geen bekend concept zijn binnen het mededingingsrecht en de economische leer, hij levert in dit verband wel een scherper criterium op.

Bij de vaststelling of een product nu wel of niet als 'nieuw' moet worden beschouwd kan het oordeel van de consument overigens wel een belangrijke rol spelen.³⁰⁴ Of er uiteindelijk voldoende consumenten bereid zijn om het nieuwe product te kopen ziet men wel als de introductie van het product eenmaal heeft plaatsgevonden en behoort voorts tot de bedrijfsrisico's van de onderneming die het nieuwe product op de markt wil brengen.³⁰⁵

Concrete subcriteria van de kant van het Hof van Justitie ter invulling van het begrip 'nieuw' ontbreken vooralsnog. Uit het arrest zijn verder geen andere of aanvullende (sub)criteria te halen, behalve dan het element 'niet voornemens zich in wezen te beperken tot het aanbieden van producten of diensten die de houder van het intellectueel eigendomsrecht reeds op de afgeleide markt aanbiedt'. Men zou deze passage uit het arrest van het Hof wellicht als een aanvulling op de 'nieuw product'-voorwaarde kunnen

304 Vgl. de definitie van de relevante productmarkt in de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *Pb.* 1997, C 372/5, par. 7: "Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, *door de consument* als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd [cursivering door auteur; JH]."

305 Vgl. Le 2005, p. 9.

zien. Naar mijn mening voegt het duplicatie-element te weinig toe aan de voorwaarde om daadwerkelijk richtinggevend te zijn. Zeker in de Nederlandse versie van het arrest is de zin erg vlak.³⁰⁶ Wel vormt de zinsnede een indicatie dat het product van een aspirant-licentienemer niet revolutionair nieuw hoeft te zijn om aan de nieuwheidvoorwaarde te voldoen. Zo lang het product maar geen duplicaat is van het product van de IE-rechthebbende, zou het de nieuwheidvoorwaarde kunnen passeren.

Toch lijkt het niet verstandig om het nieuwheidcriterium al te soepel te interpreteren. Wil het begrip niet ieder onderscheidend vermogen verliezen, dan zal het niet al te extensief ingevuld mogen worden. Een enigszins restrictieve interpretatie is ook in lijn met het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden' dat het Hof aanhoudt in de botsing tussen mededingingsrecht en IE-recht. Zo zal een factor als een lagere prijs onvoldoende zijn om een product als 'nieuw' te doen kwalificeren. Indien de IE-rechthebbende een product zelf al op de markt brengt, en een concurrent claimt een licentie om hetzelfde product tegen een lagere prijs op de markt te brengen, dan kan dit concurrerende product niet als 'nieuw' omschreven worden louter op basis van zijn lagere prijs. Ook niet om de reden dat hiervoor vraag bestaat bij de consument. Onder consumenten bestaat per definitie een (potentiële) vraag naar een goedkopere uitvoering van een product.³⁰⁷

In r.o. 49 van het *IMS*-arrest introduceert het Hof de eerste voorwaarde voor misbruik met de zinsnede dat de licentievrager niet voornemens mag zijn om zich in wezen te beperken tot het aanbieden van producten of diensten die de houder van het IE-recht reeds op de markt brengt. Hieruit zou men kunnen afleiden dat de licentievrager dus wel voornemens mag zijn om zowel een nieuwe markt te ontginnen met een nieuw product, als de eigen markt van de IE-rechthebbende te betreden met een identiek

306 De Engelse versie van het arrest is wat scherper. Zie *IMS Health*-arrest, r.o. 49: "Therefore, the refusal by an undertaking in a dominant position to allow access to a product protected by copyright, where that product is indispensable for operating on a secondary market, may be regarded as abusive only where the undertaking which requested the licence does not intend to limit itself essentially to duplicating the goods or services already offered on the secondary market by the owner of the IPR, (...) [cursivering door auteur; JH]."

307 Daarbij komt dat een monopoliepositie van een IE-rechthebbende inherent bepaalde mededingingsbeperkingen in zich draagt in vergelijking met een (hypothetische) situatie van vrije concurrentie op het product waarop het IE-recht rust, waaronder een relatief hogere prijs. Inherente nadelen voor de consument als deze zijn dus echt onvoldoende om het verschil te maken tussen een bestaand en een nieuw product. Een ruime invulling zou iedere betekenis aan het nieuwheidcriterium ontnemen.

product. Zolang hij maar de bedoeling heeft om (óók) nieuwe producten/diensten aan te bieden. De zinsnede lijkt te impliceren dat de IE-rechthebbende aan een onderneming die een licentie van hem vraagt om een nieuw product op de markt te brengen en daarbij niet verhuult de rechthebbende ook in diens eigen markt te willen beconcurreren, de licentie niet mag weigeren.³⁰⁸ Op deze wijze zou de IE-rechthebbende opgezadeld worden met een nieuwe concurrent op zijn eigen markt die dankbaar gebruik maakt van een IE-recht dat niet door hem zelf ontwikkeld is.

Indien de rechthebbende te maken krijgt met een licentievrager van wie hij vermoedt dat deze hem op zijn eigen markt wil beconcurreren, kan hij op basis van de eerste voorwaarde geen licentie weigeren zolang de licentievrager maar aantoonst dat hij óók een nieuw product op de markt gaat brengen. De IE-rechthebbende bezit echter wel degelijk mogelijkheden om eventuele schade voor zijn oorspronkelijke markt te voorkomen. Het is duidelijk dat hij niet mag weigeren om een licentie te verstrekken aan de licentievrager indien voldaan wordt aan alle voorwaarden. De eerste voorwaarde van het Hof staat er echter niet aan in de weg dat de IE-rechthebbende in het licentiecontract opneemt dat de licentie slechts verleend wordt voor een bepaalde toepassing (zoals de vervaardiging van een nieuw product of de uitvoering van een nieuwe dienst). Zodra de licentienemer vervolgens de licentie gebruikt voor een andere toepassing dan is vastgelegd tussen partijen, bijvoorbeeld voor de productie van een kopie van het product of de dienst van de IE-rechthebbende zelf, dan staat daartegen de mogelijkheid van een civielrechtelijke procedure open. Op deze wijze verhindert de IE-rechthebbende dat een licentienemer zijn markt betreedt met een identiek product of dienst.

Bij de analyse van wat een 'nieuw product' zou kunnen zijn, kan men een meer mededingingsrechtelijke benadering hanteren, en een meer IE-rechtelijke. Een nieuw product zou een artikel kunnen zijn dat een nieuwe, andere markt bedient. Een nieuw product zou ook een goed kunnen zijn dat dezelfde markt bedient als de markt van de IE-rechthebbende, maar dat wel een belangrijke vernieuwing bevat ten opzichte van het bestaande product.

In een meer op de technische of creatieve kant van het product gerichte marktanalyse is het mogelijk dat de licentienemer een 'nieuw' product op de markt brengt dat zich in dezelfde productmarkt bevindt als het product van de IE-rechthebbende, maar dat geen kopie vormt van het originele product. Hiervoor dienen nieuwe technische of creatieve elementen wel in het product aanwezig te zijn. Welke elementen dat precies moeten

308 Mits ook de rest van de misbruikvoorwaarden zijn vervuld natuurlijk.

zijn teneinde het product als 'nieuw' te kwalificeren, is vooralsnog een open vraag. Waarschijnlijk is dit vraagstuk ook erg casusspecifiek, en daarom niet met enige generalistische subcriteria op te lossen. Het evenwicht ligt ergens tussen het ene uiterste van een vergelijkbaar product voor een lagere prijs (geen vernieuwing), en het andere uiterste van een product met een revolutionaire technische verbetering (wel vernieuwing).

Als uitgangspunt zou in ieder geval kunnen gelden: de eis van een nieuw product betekent niet automatisch dat ook sprake moet zijn van een mededingingsrechtelijk nieuwe productmarkt. Ook binnen eenzelfde productmarkt kunnen nieuwe producten opkomen, waarbij je zou kunnen spreken van bepaalde submarkten binnen één (mededingingsrechtelijke) productmarkt. Voor de duidelijkheid: als sprake is van een product van de licentienemer dat in mededingingsrechtelijk opzicht daadwerkelijk een nieuwe, afzonderlijke productmarkt vormt, dan zal het product normaliter zeker als 'nieuw' te kwalificeren zijn.

De tweede voorwaarde: de afwezigheid van objectieve rechtvaardigingsgronden voor licentieweigering

De tweede voorwaarde, die van de afwezigheid van objectieve gronden om een licentieweigering te rechtvaardigen, wordt niet nader uitgewerkt of toegelicht door het Hof van Justitie in het arrest. Van objectieve rechtvaardigingsgronden kan sprake zijn indien er legitieme commerciële, technische of uitvoerbaarheidsredenen voor de licentiëeringsweigering bestaan.³⁰⁹ Commerciële argumenten voor weigering kunnen bijvoorbeeld bestaan uit de bescherming van de reputatie of goede naam van het bedrijf, onvoldoende kredietwaardigheid of een onaanvaardbaar insolventierisico aan de kant van de aspirant-licentienemer (met als consequentie dat deze een eventuele licentievergoeding niet zou kunnen betalen).³¹⁰

Ook uitzonderlijke handelsomstandigheden kunnen ondernemingen nopen zich anders te gedragen dan ze normaal doen.³¹¹ Verder lijkt plaats voor overwegingen die normaliter thuishoren in art. 86 lid 2 EG.³¹² Ten

309 Vgl. de Conclusie van A-G Jacobs in zaak C-7/97, Bronner, *Jur* 1998, 1-7791, r.o. 47, en DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses Public consultation, Brussels European Commission December 2005, par. 234

310 Zie Anderman 1998, p. 209

311 Zie nader hierover Ritter, Braun & Rawlinson 2000, p. 355-356

312 Dan wel (onder de Nederlandse Mededingingswet) in art. 25 Mw. Dit artikel bevat een uitzonderingsbepaling van het misbruikverbod van art. 24 Mw i.v.m. het beheer van een dienst van algemeen economisch belang. De inhoud van art. 86 lid 2 EG en 25 Mw kan naar voren komen via het *IMS Health*-criterium van de objectieve rechtvaardigingsgrond, eventueel zonder dat deze artikelen zelf toegepast worden. Zeker

slotte kan men denken aan algemene (publieke) belangen die liggen in de sfeer van openbare orde, veiligheid en privacybescherming. Zo bestaat de mogelijkheid op privacygevoelige gegevens in de IT-branche en (staats)gevaarlijke productinformatie in de industriesector.

De redenen van openbare orde zijn legitiem en behartenswaardig, al zullen ze niet zo snel daadwerkelijk in het geding zijn in licentiezaken. De commerciële gronden voor een objectieve licentieweigering verdienen een restrictieve benadering – voor andersoortige bedrijfseconomische redenen dan de hierboven vermelde categorieën lijkt in ieder geval nauwelijks plaats.

De Commissie overweegt ten aanzien van het bestaan van objectieve rechtvaardigingsgronden voor exclusionair misbruikgedrag van dominante ondernemingen:

"In general there are two types of possible objective justifications. The first type of objective justification is where the dominant company is able to show that the otherwise abusive conduct is actually necessary conduct on the basis of objective factors external to the parties involved and in particular external to the dominant company ('objective necessity defence'). The second type of objective justification is where the dominant company is able to show that the otherwise abusive conduct is actually a loss minimising reaction to competition from others ('meeting competition defence')." ³¹³

Tot de eerste categorie van gronden rekent de Commissie veiligheid en gezondheid.³¹⁴ De tweede categorie gaat alleen op voor prijsgerelateerd misbruik, en dus niet voor 'naakte' leveringsweigering door een dominante onderneming, aldus de Commissie.³¹⁵

wat betreft art. 25 Mw is dit van belang. Art. 25 Mw kan namelijk alleen op een ontheffingsaanvraag toegepast worden door de NMa. Ondernemingen zelf kunnen in een art. 24 Mw-procedure art. 25 Mw dus niet zomaar als verweer inroepen. In zaken die draaien om de botsing tussen mededingings- en IE-recht zou echter door partijen zelf in een gerechtelijke procedure via de band van het criterium van de 'objectieve rechtvaardigingsgrond' een gelijksoortige afweging ingeroepen kunnen worden als in art. 25 Mw plaatsvindt, namelijk tussen mededingingsbeperking aan de ene kant en noodzaak daarvan voor het beheer van een dienst van algemeen economisch belang (de uitoefening van een publieke taak) aan de andere kant.

313 Zie *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* Public consultation, Brussels European Commission December 2005, par. 78.

314 Zie *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* Public consultation, Brussels European Commission 2005, par. 80.

315 Zie *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* Public consultation, Brussels European Commission 2005, par. 81 en 61.

Aan objectieve rechtvaardigingsgronden voor een licentieweigering moeten hoge eisen worden gesteld, gezien de mededingingsrechtelijke onwenselijkheid van gedragingen vanuit een machtspositie die reeds aan de andere voorwaarden voor misbruik voldoen. Het past dan niet om de IE-rechthebbende vervolgens via de band van de objectieve rechtvaardigingsgrond nog ruimschoots de gelegenheid te bieden om aan verplichte licentiëring te ontsnappen. Alleen zwaarwegende argumenten kunnen voldoende zijn als rechtvaardigingsgrond.³¹⁶ Het enkele argument dat de IE-rechthebbende economisch nadeel ondervindt van het gebruik van zijn rechten door een andere marktpartij (in de vorm van een enigszins verhoogde concurrentiegraad) is op zich onvoldoende om een licentieweigering objectief te rechtvaardigen.

De derde voorwaarde: door de weigering wordt de markt voorbehouden aan de houder van het IE-recht en wordt elke mededinging op die markt uitgesloten

Eigenlijk is de Engelse tekstversie van deze voorwaarde met haar causale beschrijving duidelijker dan de Nederlandse: "The refusal is such as to reserve the market to the IPR holder by eliminating all competition on that market." De Nederlandse formulering geeft met haar nevenschikking van de twee onderdelen aanleiding voor interpretatievragen.

Het uitgangspunt van de derde voorwaarde is dat toegang tot de (sub)markt van het nieuwe product in beginsel is voorbehouden aan de IE-rechthebbende, omdat hij in staat is door de uitoefening van zijn recht alle mededinging op die (sub)markt uit te sluiten. Met andere woorden, het IE-recht van de rechthebbende blokkeert de weg naar de betreffende markt voor andere ondernemingen: toegang is niet mogelijk zonder een licentie op dat recht.

Het hier geschetste punt kwamen we eigenlijk al eerder tegen, en wel bij de voorvraag omtrent de onontbeerlijkheid van IE-rechten voor de productie van producten en de verlening van diensten. Daar ging het om de eis dat een IE-recht daadwerkelijk noodzakelijk is voor een andere onderneming om de markt te betreden die hij wil bedienen. Een IE-recht is alleen onontbeerlijk indien aspirant-licentienemers in het geheel geen andere mogelijkheid hebben om een dergelijke markt binnen te dringen en daar vervolgens vorm te geven aan het proces van concurrentie.

316 Vgl. de Conclusie van de A-G Verkeade bij het arrest van de Hoge Raad in de zaak NOS c.s. tegen De Telegraaf van 6 juni 2003, LJN-nummer AF5100, Zaaknummer C01/183 HR, par. 4.14.

De derde voorwaarde lijkt dus weinig toe te voegen aan de eerdere condities voor misbruik, en vormt eerder een herformulering van het element van onontbeerlijkheid.³¹⁷

In het verlengde van deze kwestie ligt de vraag of de derde voorwaarde zich richt op de concrete situatie van een specifieke licentievrager,³¹⁸ of op de theoretische situatie van alle potentiële licentiegebruikers. Twee benaderingen zijn mogelijk: de derde voorwaarde heeft betrekking op de eliminatie van het concurrentievermogen van iedere specifieke onderneming die een bepaalde markt wil betreden, of zij ziet op de eliminatie van de concurrentiemogelijkheden van andere ondernemingen in het algemeen. Wellicht dat de Gemeenschapsrechter op dit punt nader richting kan geven.

Het is interessant om te zien wat er in de tweede benadering ('eliminatie van concurrentie in het algemeen') gebeurt als de IE-rechthebbende zou besluiten om tot licentiëring van zijn recht over te gaan. Indien de rechthebbende over zou gaan tot licentiëring aan één onderneming met een idee voor een nieuw product,³¹⁹ dan zal geen sprake zijn van concurrentie op de nieuwe markt. Er is dan immers slechts één onderneming die zich met een nieuw product op de markt zal bevinden. Deze situatie schept ruimte voor in ieder geval één andere onderneming om ook een licentieaanvraag in te dienen bij de IE-rechthebbende om het nieuwe product in kwestie op de markt te kunnen brengen. Komen er daarna meer ondernemingen die om een licentie vragen om toe te kunnen treden tot de nieuwe markt, dan zou het tweede element in de weg kunnen staan aan (de verplichting tot) het afgeven van licenties hiervoor. Immers, indien twee ondernemingen een licentie hebben om het nieuwe product op de markt te brengen, bestaat er reeds (enige) concurrentie. Een licentieweigering leidt dan niet meer tot het uitsluiten van elke mededinging op de betreffende markt. Ergo, ondernemingen die later een licentie vragen kunnen bij weigering geen succesvol beroep meer doen op de derde voorwaarde.

Deze redenering is van belang omdat het IE-rechthebbenden de mogelijkheid zou geven om zelf een licentiebeleid uit te zetten, waarbij aan sommige derden wél en aan andere derden géén licentie verstrekt wordt. Dit lijkt

317 Vgl. Le 2005, p. 6.

318 Vgl. Drijber 2004b, p. 139: "Voor het geval IMS aan een of meer andere ondernemingen wel een licentie zou hebben verleend (...), dan nog kan 'elke mededinging' zijn uitgesloten."

319 En 'nieuw product' moet men hier mede zien als een ander product dan het product dat de IE-rechthebbende zelf vervaardigt.

van groot belang, aangezien het licentiebeleid van IE-rechthebbenden een zeer belangrijk onderdeel van de bedrijfsvoering en strategie kan vormen. Het is belangrijk om te zien of de *IMS Health*-voorwaarden bepaalde dwingende eisen met zich meebrengen voor de inhoud van dat beleid. Dit lijkt niet het geval waar het gaat om de mogelijkheid om te differentiëren in het licentiebeleid, wat niet betekent dat dit beleid daarmee uit de klauwen van het mededingingsrecht geraakt.

De discussie zou zich kunnen verplaatsen naar het vraagstuk van misbruik van machtspositie wegens discriminatie in de levering van IE-licenties. Dit is een andersoortig vraagstuk dan centraal staat in absolute leveringsweigeringzaken als *Magill* en *IMS Health*. Het Hof van Justitie heeft reeds in *Renault* en *Volvo/Veng* aangegeven dat een willekeurige leveringsweigerings aan derden misbruik kan opleveren.³²⁰ Niettemin zouden mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties bij het bepalen van een willekeurige leveringsweigerings ondernemingen enige ruimte kunnen laten om hun ondernemingsbeleid zelf vorm te geven en uit te voeren en hun eigen strategieën te volgen. Ook in dit vraagstuk lijkt het mededingingsrecht voorzichtig te moeten worden toegepast.³²¹

Een herformulering van de voorwaarden

Een voorwaarde die mijns inziens voor alle duidelijkheid toegevoegd zou moeten worden aan de opsomming onder punt 2) van het dictum, en wel als eerste, initiële maatstaf, is de onontbeerlijkheidsfactor.

Men komt daarmee tot de volgende vier cumulatieve voorwaarden voor de vaststelling van misbruik van machtspositie in geval van een weigering om een licentie op een IE-recht te verlenen:

- I. IE-recht(-licentie) is onontbeerlijk voor de productie van een goed of verlening van een dienst. Er zijn twee subcriteria om vast te stellen of sprake is van 'onontbeerlijkheid':³²²

320 Zie zaak 53/87, *Renault*, *Jur* 1988, 6039, r.o. 16 en zaak 238/87, *Volvo t. Veng*, *Jur* 1988, 6211, r.o. 9

321 Denk bijvoorbeeld aan de Commissiebeslissing in de *Chrysanten*-zaak (Mededeling Commissie C1995/211/05, *Pb* 1995, C 211/11), waarin de Europese Commissie heeft goedgekeurd dat een onderneming als IE-rechthebbende alleen levert aan andere ondernemingen die er een specifiek goed of dienst voor terug geven

322 De vraag of een IE-recht wel daadwerkelijk onontbeerlijk is voor het op de markt brengen van een bepaald product, is een belangrijke voorwaarde voor de vaststelling van misbruik. Men ziet de discussie over de alternatieve ontwikkeling van een zelfde type product ook regelmatig voorbij komen binnen het IE-recht zelf. Hierbij richt de aandacht zich op de vraag of een alternatief product (dat bijvoorbeeld in functionaliteit sterk lijkt op een bestaand product) vervaardigd is zonder inbreuk te maken op

- a. De mate waarin de gebruikers van het eindproduct of de einddienst hebben deelgenomen (bijgedragen) aan de ontwikkeling van de door het IE-recht beschermde innovatie;³²³
 - b. De inspanning die potentiële afnemers zullen moeten leveren en de kosten die zij zullen moeten maken om in hun bedrijfsvoering over te schakelen op een alternatief product of dienst.³²⁴
- II. Niet-licentiëring staat in de weg aan de introductie van een nieuw product of nieuwe dienst. Hierbij zijn de volgende factoren van belang:
- a. De licentievragers heeft niet de bedoeling om zich in essentie te beperken tot het dupliceren van de producten of diensten die reeds worden aangeboden;
 - b. Er bestaat een potentiële vraag bij de consumenten naar het nieuwe product.
- III. Door de licentieweigering wordt de markt waarop de licentievragers zich wenst te begeven voorbehouden aan de IE-rechthebbende en wordt elke mededinging op deze markt uitgesloten.
- IV. Er bestaan geen objectieve rechtvaardigingsgronden voor de weigering om een licentie te verstrekken.

bestaande IE-rechten van een andere onderneming, of dat het product in kwestie toch gewoon een kopie is van het bestaande, oorspronkelijke product. In de *IMS Health*-zaak is dit punt in de procedure voor de nationale Duitse rechter aangevoerd. Het Oberlandesgericht Frankfurt oordeelde over de vraag wat PI, een latere dochteronderneming van NDC, nu precies wel en niet mocht doen bij de ontwikkeling van een zelfde soort product als dat van IMS om al dan niet inbreuk te maken op het auteursrecht van IMS. De Duitse rechter merkte op dat PI niet zomaar inbreuk maakt op het IE-recht van IMS indien dit bedrijf een systeem ontwikkelt dat omwille van de praktische hanteerbaarheid lijkt op het product van IMS. Zie voor een korte beschrijving van dit element in de uitspraak van het Oberlandesgericht Frankfurt: Commissiebeschikking 2003/741/EG van 13 augustus 2003, zaak COMP D3/38.044, *NDC Health/IMS Health*, Pb. 2003, L 268/69, ov. 10 van de considerans.

323 Zie zaak C-418/01, *IMS Health t. NDC Health*, *Jur.* 2004, I-5039, r.o. 30.

324 Zie zaak C-418/01, *IMS Health t. NDC Health*, *Jur.* 2004, I-5039, r.o. 30. Dit subcriterium geeft een indicatie van de bereidheid tot het maken van kosten en het leveren van inspanningen door afnemers van eindproducten of -diensten om zich aan te passen aan of over te schakelen op een ander, maar functioneel vergelijkbaar product of dienst van een concurrerende onderneming. Een verschil dat een potentiële afnemer noopt tot aanpassing van zijn bedrijfsvoering kan bijvoorbeeld zitten in een andere aanleverwijze van het nieuwe product, die sterk afwijkt van de aanlevering van het oude product.

2.3.5.6. Welke vragen bleven over na het arrest?

Ondanks de duidelijke lijn van het Hof van Justitie in het *IMS Health*-arrest, bleven de volgende vraagstukken over na de uitspraak:

Nieuw product

Wat is een 'nieuw product' precies – hoeveel afwijkende elementen moet een product hebben ten opzichte van het met een IE-recht geproduceerde goed om als 'nieuw' te kunnen worden gekwalificeerd? En hoe concreet dient dit nieuwe product in de steigers te staan op het moment dat een rechter moet oordelen over misbruik van machtspositie? Het vinden van nadere nieuwheidcriteria die zowel algemeen geldig als voldoende scherp zijn, is geen eenvoudige opgave.

Om te kunnen spreken van de introductie van een nieuw product dient er een (duidelijk) verschil te bestaan tussen het te ontwikkelen product aan de ene kant en de producten die zich reeds op de markt bevinden aan de andere kant. Dat verschil kan technisch van aard zijn (vooral bij industriële eigendomsrechten), maar kan ook gelegen zijn in de wijze van beschikbaarstelling aan het publiek (denk aan de selectie en rangschikking van gegevens zoals in de *Magill*-zaak).³²⁵ Het verschil dient wel significant te zijn, anders kan de 'nieuw product'-voorwaarde via een al te soepele invulling haar betekenis totaal verliezen.³²⁶ Zo zal een substantieel prijsverschil onvoldoende zijn om een (goedkoper) product de kwalificatie 'nieuw' te bezorgen, en ook het bestaan van een zekere vraag bij consumenten naar een licht gewijzigde versie van een product maakt niet zomaar dat dit artikel als 'nieuw' bestempeld kan worden.³²⁷

Vanuit de literatuur is veel kritiek gekomen op het nieuwheidcriterium van het Hof van Justitie. Economen houden zich meer bezig met het aan-dragen van *alternatieven* voor het nieuwheidcriterium (waarbij het consumentenbelang veelal als uitgangspunt dient),³²⁸ en richten zich minder op

325 Vgl. Drijber 2004b, p. 139

326 Natuurlijk is het altijd mogelijk om een alternatieve manier te bepleiten van toepassing van deze conditie en zelfs haar inhoud te veranderen, zodat zij effectief in een ander criterium verandert. Zie voor een afwijkende interpretatie van de voorwaarde Lévêque 2005, p. 75-77

327 Al kan het oordeel van de consument wellicht wel een rol spelen bij het vaststellen van de 'nieuwheid' van een product, zeker als het om verbeteringen gaat die niet sterk technologisch zijn

328 Zie bijvoorbeeld Lévêque 2005, p. 71-92

het ontwikkelen van een nadere invulling van deze toch vrij rigide maatstaf. Ook mededingingsautoriteiten (of het nu de Commissie of de nationale instanties zijn) hebben het criterium niet bepaald direct in de armen gesloten.

Binnen de economische wetenschap en binnen het mededingingsrecht als zodanig is het begrip 'nieuw product' een onbekend fenomeen, en daardoor vooralsnog tamelijk betekenisloos. Binnen deze gebieden is het ongetwijfeld logischer om bijvoorbeeld de consument centraal te stellen. Men kan dan denken aan een maatstaf die zich richt op de waarde die de consument toekent aan een verbeterd product dat op de markt wordt gebracht. Hiertoe ziet men de eerste voorstellen al opkomen.³²⁹

De onbekendheid van het criterium maakt echter nog niet dat het ook meteen als een onjuiste maatstaf aan de kant moet worden geschoven. Binnen het mededingingsrecht mag het dan veel logischer zijn om bijvoorbeeld de consument centraal te stellen in de toetsingsmaatstaf, de keuze van het juiste criterium ligt niet in handen van dit rechtsgebied alleen.

Het punt is dat bij het formuleren van toetsingscriteria om de botsing tussen twee rechtsgebieden te beslechten de selectie van de criteria in feite al beslissend kan zijn voor de uitkomst. Het 'nieuw product'-criterium is een maatstaf die, als hij al ergens thuishoort, meer in het IE-recht past dan in het mededingingsrecht. Is dit onjuist? Niet noodzakelijk: het Hof van Justitie heeft als uitgangspunt genomen dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden sprake is van misbruik bij de uitoefening van een IE-recht. Het ligt dan in de rede dat nadere criteria geformuleerd worden die inhoudelijk meer richting IE-recht gaat dan richting mededingingsrecht. Het gevolg is wel dat binnen het mededingingsrecht dergelijke criteria met argusogen worden bekeken.

De twee rechtsgebieden hebben overeenkomstige doelstellingen, zoals het stimuleren van economische vooruitgang. Ze dragen echter ook substantiële verschillen in zich. Zo zou een belangrijk onderscheid kunnen zitten in de methode waarmee de rechtsgebieden hun respectievelijke doelen trachten te bereiken.³³⁰

Een van de voordelen van het IE-recht boven het mededingingsrecht lijkt te zijn dat het rechtszekerheid verschaft, juridisch én economisch een groot goed. Het mededingingsrecht is veel dynamischer in opzet, met alle

329 Lévéque 2005, p. 75-77.

330 Vgl. Van Empel's indeling van IE- resp. mededingingsrecht in twee verschillende economische beleidsrichtingen: de ene gericht op het uitloven van een exclusiviteitspremie, de andere gericht op het slechten van alle mogelijke toegangsdrempels tot de markt. Van Empel 2005, p. 730.

onzekerheden van dien. Daartegenover kan men stellen dat het IE-recht uiteindelijk opkomt voor de *incumbent* (de heersende klasse), terwijl het mededingingsrecht de potentiële toetreders (diegenen die op dat moment nog buitenspel staan) te hulp snelt om hun eigen plaats in het economisch speelveld te verwerven. Het is niet op voorhand vast te stellen bij welke bescherming economische vooruitgang het meest gebaat is. Al met al gaat het om verschillen die mogelijk onoverbrugbaar zijn en in ieder geval immer tot spanningen leiden.³³¹ Dit komt tot uiting in een criterium als dat van het nieuwe product, dat er niet echt in slaagt om beide rechtsgebieden te verenigen.

Onontbeerlijkheid van een IE-recht

Wat is, bij de vaststelling van de onmisbaarheid ('onontbeerlijkheid') van een IE-recht voor de mogelijke toetreding van andere partijen tot dezelfde markt als waarop de IE-rechthebbende actief is, precies de rol van de door het Hof van Justitie naar voren gebrachte factor dat de afnemers (in het verleden) hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van het IE-recht in kwestie? Wat betekent dit precies voor de vraag in hoeverre het IE-recht onontbeerlijk is voor toetreding tot de markt door concurrenten?

Ook als afnemers nagenoeg geen enkele rol hebben gespeeld in de ontwikkeling van een IE-recht, kan dit recht onmisbaar zijn voor toetreding tot de markt. Het is ook denkbaar dat afnemers sterk hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van een IE-recht, dat echter in de loop van de tijd weer achterhaald is door technische of andersoortige ontwikkelingen.

Een probleem bij de factor van de gebruikersbijdrage is ook dat hij moeilijk kwantificeerbaar is: hoeveel hulp dient een IE-rechthebbende ontvangen te hebben van derden alvorens dit doorslaggevend is om de onontbeerlijkheidsvraag positief te beantwoorden? Vooralsnog lijkt deze factor in *IMS*-achtige situaties weinig zoden aan de dijk te zetten.³³² Dit komt natuurlijk ook omdat deze maatstaf verbonden is met andere cumulatieve criteria die een scherpe grens trekken.

Het perspectief op de bijdrage van gebruikers bij de totstandkoming van een innovatie verandert wellicht indien het IE-recht in kwestie zich heeft ontwikkeld tot een standaard in de markt. Anderzijds kan deze situatie echter net zo goed bekeken worden vanuit het subcriterium van de in-

331 Vgl. Van Empel 2005, p. 730.

332 Vgl. Hull & Strowel 2004, p. 494.

spanning en kosten die aspirant-licentienemers dienen te maken om een alternatief voor het IE-recht in kwestie te ontwikkelen.

Aansluitend bij de twee vermelde subcriteria, is in het kader van de onontbeerlijkheidsfactor ook van belang in hoeverre de overheid heeft bijgedragen aan de totstandkoming van een IE-recht. Zo ziet men in zaken die (mede) draaien om de toegang tot een infrastructuur, dat het feit dat de eigenaar in het verleden gebruik heeft gemaakt van toen reeds bestaande overheidssystemen een overweging van belang kan zijn.³³³ De overheveling aan of het gebruik door een 'incumbent' van overheidseigendom in het verleden, maakt dat potentiële concurrenten een faciliteit niet meer kunnen dupliceren onder vergelijkbare omstandigheden als die waaronder de dominante onderneming de faciliteit ooit tot stand heeft gebracht.

2.3.6. De Microsoft-zaak

2.3.6.1. De (oorspronkelijke) Microsoft-beschikking van de Commissie op het punt van licentieweigering

Instigator van de *Microsoft*-saga is de Europese Commissie, die tussen 2000 en 2004 onderzoek deed naar de computerfirma en uiteindelijk besloot tot een handhavingsactie over te gaan.

In haar beschikking van maart 2004³³⁴ droeg de Europese Commissie Microsoft op om af te zien van een volledig vrije en soevereine uitoefening van haar IE-rechten, om zo een einde te maken aan het misbruik van haar machtspositie in de zin van art. 82 EG.³³⁵ De Commissie heeft haar *Microsoft*-beschikking één maand vóór het *IMS Health*-arrest van het Hof van Justitie uitgevaardigd, en was daardoor niet in staat deze uitspraak mee te nemen in haar besluit.³³⁶

De Commissie kwam tot de conclusie dat Microsoft misbruik maakte van haar machtspositie in de periode van oktober 1998 tot aan de datum van de beschikking door de weigering om haar concurrenten 'informatie inza-

333 Vgl. zaak T-289/01, *Der Grüne Punkt-DSD t. Commissie*, *Jur.* 2007, II-1691, r.o. 111.

334 Beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, C(2004)900def., samenvatting in *Pb.* 2007, L 32/23.

335 Zie Beschikking Commissie van 24 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, C(2004)900def., par. 1004. Zie ook het Persbericht van de Commissie over deze beschikking: Persbericht van 24 maart 2004, IP/04/382, "Commissie rondt het onderzoek naar Microsoft af en legt corrigerende maatregelen en een geldboete op".

336 Zie voor een beschouwing over de benadering van de Commissie in de *Microsoft*-zaak: Ridyard 2004, p. 670 en 671.

ke compatibiliteit³³⁷ te verstrekken en het gebruik ervan toe te staan voor de ontwikkeling en distributie van producten die met haar eigen producten concurreren op de markt voor werkgroepserver-besturingssystemen.³³⁸ Een werkgroepserver is een geheel van computers die aaneengeschakeld zijn en daardoor gemakkelijk bestanden kunnen uitwisselen, opdrachten naar één printer versturen en software delen.³³⁹ De Commissie benadrukte het feit dat de weigering waarvan sprake is, geen betrekking heeft op onderdelen van de broncode van Microsoft, maar uitsluitend op de specificaties van de betrokken protocollen.³⁴⁰

De Commissie verordonneerde Microsoft onder andere om interfacecodes openbaar te maken ten behoeve van ontwikkelaars en distributeurs van server-besturingssystemen.

Dit houdt in dat Microsoft volledige en nauwkeurige specificaties van alle protocollen die in Windows besturingssystemen en -servers zijn geïmplementeerd of worden gebruikt, ter beschikking dient te stellen aan concurrerende ondernemingen. Op deze wijze kunnen werkgroepserver-besturingssystemen van concurrenten in volledige interoperabiliteit staan met personal computers (PC's) en servers die op Windows draaien.

Argumenten van de Commissie om Microsoft te dwingen interface-informatie te verstrekken aan ondernemingen die producten willen ontwikkelen die op correcte wijze 'communiceren' met de alomtegenwoordige Windows PC's, zoals werkgroepserver-besturingssystemen, zijn dat het vrijgeven van IE-rechten zorgt voor meer concurrentieprikkels en zal lei-

337 'Informatie inzake compatibiliteit' zijn de volledige en nauwkeurige specificaties van alle protocollen die in de Windows werkgroepserver-besturingssystemen zijn geïmplementeerd en die worden gebruikt door de Windows werkgroepservers voor de verlening aan Windows werkgroepnetwerken van bestanddelings- en afdrukdiensten, en diensten van beheer van gebruikers en gebruikersgroepen, inclusief Windows domeincontrolediensten, de Active Directory-dienst en de Group Policy-dienst. Zie art. 1, sub 1 van de Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak. 'Protocol' wordt gedefinieerd als een geheel van regels voor de interconnectie en interactie tussen verschillende gebruikgevallen van Windows werkgroepserver-besturingssystemen en Windows klanten-PC-besturingssystemen die zijn geïnstalleerd op verschillende computers in een Windows werkgroepnetwerk. Zie art. 1, sub 2 van de Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak.

338 Zie Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par. 546-791 en art. 2 sub a. Vgl. ook de Beschikking van de president van het GvEA van 22 december 2004 in zaak T-201/04 R, *Microsoft t. Commissie* (procedure in kort geding), *Jur.* 2004, II-4463, r.o. 19.

339 Zie Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par. 53.

340 Vgl. de Beschikking van de president van het GvEA van 22 december 2004 in zaak T-201/04 R, *Microsoft t. Commissie* (procedure in kort geding), *Jur.* 2004, II-4463, r.o. 20.

den tot een toename van innovatie in de hele IT-industrie.³⁴¹ Daarbij zou de extra concurrentie Microsoft aanzetten tot grotere investeringen in onderzoek en ontwikkeling. Een belangrijk punt in de *Microsoft*-zaak was ook of het vrijgeven van productinformatie door Microsoft (i.e. de interface-codes van haar PC-besturingssystemen en werkgroepserver-besturingssystemen) leidt tot interoperabiliteit tussen de verschillende IT-systeemprogramma's, dan wel tot louter imitatie van Microsoft's software. De Commissie ging uit van het eerste en verplichtte Microsoft daarom tot vrijgave van de informatie.

In de *Microsoft*-beschikking komt de centrale maatstaf van de 'uitzonderlijke omstandigheden' herhaaldelijk naar voren.³⁴² Als zulke omstandigheden aangetoond worden kan de Commissie Microsoft dwingen om bepaalde informatie (c.q. onderdelen van haar IE-recht) ter beschikking te stellen aan derden. De Commissie geeft aan dat zij in iedere casus afzonderlijk moet onderzoeken of de elementen van het geval al of niet 'uitzonderlijk' zijn.³⁴³

De Commissie was in casu van oordeel dat uitzonderlijke omstandigheden bestonden in het feit dat de weigering de informatie inzake compatibiliteit te verstrekken was gericht tegen een concurrent (Sun Microsystems), in een algemene gedragslijn paste en een vermindering in de verspreiding van informatie meebracht,³⁴⁴ de mededinging zou kunnen uitsluiten,³⁴⁵ en ten nadele van de consumenten een negatief effect had op de technische ontwikkeling.³⁴⁶

De Commissie hield als uitgangspunt aan dat niet vereist is dat elke mededinging direct is uitgeschakeld door de leveringsweigering (licentieweigering), zolang maar vaststaat dat er een aanzienlijk *risico* is dat iedere concurrentie op de lange duur wordt uitgeschakeld, of dat een belangrijk deel van de mededinging op korte termijn dreigt te verdwijnen.³⁴⁷ Het contrast

341 Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par. 783.

342 Zie Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par. 546-791 en vgl. de Beschikking van de president van het GvEA van 22 december 2004 in zaak T-201/04 R, *Microsoft t. Commissie* (procedure in kort geding), *Jur.* 2004, II-4463, r.o. 203.

343 Zie Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par. 546-559 en vgl. de Beschikking van de president van het GvEA van 22 december 2004 in zaak T-201/04 R, *Microsoft t. Commissie* (procedure in kort geding), *Jur.* 2004, II-4463, r.o. 203.

344 Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par. 560-584.

345 Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par. 585-692.

346 Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par. 693-708.

347 Zie de beschouwingen van de Commissie in dit kader. Commissiebeschikking *Microsoft*, par. 622: "In any case, as regards the impact on competition, the relevant criterion for establishing a refusal to supply is whether there is a risk of elimination of competition. Immediate elimination of competition is not required." Commissie-

met de *Bronner*-lijn is hier duidelijk: in *Bronner* gaf het Hof van Justitie aan dat voor de conclusie van misbruik *elke* (kans op) mededinging uitgesloten dient te zijn door toedoen van een leveringsweigering.³⁴⁸

In het licht van de door haar geconstateerde 'uitzonderlijke omstandigheden' was de Commissie van oordeel dat de door Microsoft naar voren gebrachte argumenten niet volstonden als objectieve rechtvaardiging voor de weigering om de informatie inzake compatibiliteit bekend te maken, of het nu ging om de bereidheid van Microsoft om te innoveren,³⁴⁹ dan wel om het ontbreken van een belang voor haar bij de beperking van de mededinging.³⁵⁰

Resumerend: de Commissie gaat er van uit dat de (cumulatieve) misbruikvoorwaarden uit arresten als *Magill* en *IMS Health*, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, geen exclusieve werking hebben in zaken waarin de uitoefening van IE-rechten aan bod komt.³⁵¹ Hierbij moet aangekend worden dat de Commissie haar *Microsoft*-beschikking niet meer heeft kunnen afstemmen op de *IMS Health*-uitspraak van het Hof van Justitie, aangezien de beschikking er eerder was dan het arrest.

2.3.6.2. De *Microsoft*-uitspraak van het Gerecht op het punt van licentieweigering

In een Beschikking van 22 december 2004 wees de president van het Gerecht van Eerste Aanleg een verzoek van Microsoft tot opschorting van de Commissiebeschikking af.³⁵² Dit betekende dat de maatregelen in het

beschikking *Microsoft*, voetnoot 712 "The present Decision does not purport to establish that competition is *already* eliminated in the market for work group server operating systems, or that it would be impossible to achieve even some partial interoperability with Windows client PC and work group server operating system () However, it will be demonstrated that the degree of interoperability that can be achieved on the basis of Microsoft's disclosures is insufficient to enable competitors to viably stay in the market "

348 Zaak C-7/97, *Bronner*, *Jur* 1998, I-7791, r o 41

349 Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par 709-763

350 Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par 764-778, vgl ook de Beschikking van de president van het GvEA van 22 december 2004 in zaak T-201/04 R, *Microsoft t Commissie* (procedure in kort geding), *Jur* 2004, II-4463, r o 203

351 Ter illustratie Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, par 555 "On a general note, there is no persuasiveness to an approach that would advocate the existence of an exhaustive checklist of exceptional circumstances and would have the Commission disregard *a limine* other circumstances of exceptional character that may deserve to be taken into account when assessing a refusal to supply "

352 Beschikking van de president van het GvEA van 22 december 2004 in zaak T-201/04 R, *Microsoft t Commissie* (procedure in kort geding), *Jur* 2004, II-4463, r o 478

Commissiebesluit vanaf dat moment direct van toepassing waren. Eén van de aanwijzingen die Microsoft direct moest opvolgen was het beschikbaar stellen van de (Windows) interoperabiliteitsinformatie aan alle ondernemingen met een belang in het ontwikkelen en distribueren van besturings-systemen voor werkgroepservers; ook moest Microsoft het gebruik van deze informatie onder redelijke en non-discriminatoire voorwaarden toestaan.³⁵³

In de aanloop naar de *Microsoft*-uitspraak bestond in de literatuur veel discussie over de vraag of sectoren en industrieën die aan een snelle technologische verandering onderhevig zijn (zoals de computer software en hardware branche, de internetbranche en de communicatietechnologie-sector) een fundamentele revisie van het mededingingsbeleid noodzakelijk maken, en of deze sectoren al dan niet immuun zouden moeten zijn voor interventie door het mededingingsrecht.³⁵⁴ Vanuit deze achtergrond was het te verwachten dat economische doelstellingen zoals innovatie, concurrentieprikkels en investeringen in onderzoek en ontwikkeling een rol zouden spelen in de *Microsoft*-zaak. De casus bevatte in ieder geval voldoende elementen die de academische gemoederen hebben beziggehouden: zo is in de literatuur veel aandacht besteed aan de 'leverage'-theorie.³⁵⁵ In de Beschikking van de president van het GvEA van 22 december 2004 waren aandachtspunten te vinden die wellicht hun invloed zouden doen gelden in het oordeel in de zaak ten gronde, zoals de investeringsfactor.³⁵⁶

353 Zie Commissiebeschikking in de *Microsoft*-zaak, Art 5 sub a

354 Zie over dit onderwerp Peepkorn 2003, p 534-536

355 Zie over het probleem van 'leveraging' in de sector van modulaire technologie en het nastreven van een samenhangend mededingingsbeleid ten aanzien van de markt van gemodulariseerde informatietechnologie Wielsch 2004, p 95-106 Zie voor kritiek op de visie van de Commissie op technologische 'leveraging' in haar *Microsoft*-beschikking Pardolesi & Renda 2004, p 547-549 Geradin hanteert het uitgangspunt dat een dominante onderneming vrij is om een afgeleide markt te betreden, zolang zij haar intrede maar niet baseert op een roofstrategie Zie Geradin 2004, p 1536 Zie verder over het onderwerp van 'leveraging' door Microsoft Lévêque 2005, p 80-86, Langer 2004, p 169 en 170

356 Een eerste indicatie voor het gebruik van een toetsingsfactor betreffende de 'waarde' van een IE-recht (i.e. de waarde van de onderliggende investering in een IE-recht, de waarde van de betrokken IE-rechtelijk beschermde informatie voor de organisatie van de dominante onderneming en de waarde die in geval van bekendmaking van informatie aan concurrenten wordt overgedragen), teneinde de botsing tussen mededingingsrecht en IE-recht op te lossen, komt naar voren in de Beschikking van de president van het GvEA van 22 december 2004 in een procedure in kort geding in de *Microsoft*-zaak De voorwaarden, die moeten zijn vervuld om te oordelen dat een weigering om informatie bekend te maken misbruik van een economische machtspositie is, zijn des te strenger wanneer de informatie van grotere waarde is Overigens betrof het hier louter een beslissing in kort geding waarin de President niet diepgaand kon ingaan op de inhoudelijke argumenten van de zaak In de procedure ten gronde bij het GvEA moesten de verschillende knopen daadwerkelijk worden

In de uitspraak ten gronde³⁵⁷ heeft het Gerecht de Commissie uiteindelijk op bijna alle punten in het gelijk gesteld. Microsoft diende de interoperabiliteitsinformatie (interfacecodes) van het Windows besturingssysteem vrij te geven aan haar concurrenten. Alleen op het punt van de instelling van een toezichthoudende trustee is de Commissie op de vingers getikt door het Gerecht.³⁵⁸

Het Gerecht zoekt in zijn *Microsoft*-uitspraak op het punt van licentieweigering aansluiting bij de criteria die ook al in *Magill* en *IMS Health* aan bod kwamen, maar vult deze *grosso modo* ruim(er) in. Hieronder komen de overwegingen van het Gerecht over de toepasselijkheid van de onontbeerlijke- en 'nieuw product'-voorwaarde nader aan de orde, evenals de afwegingen omtrent het bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor licentieweigering.

Onontbeerlijkheid

Conform de maatstaf van onontbeerlijkheid dient het onderdeel van het IE-recht waarvoor een licentie wordt gevraagd essentieel te zijn voor toegang tot de markt van het andersoortige (maar complementaire) product van de concurrent. In dit verband is de grote vraag of de voorwaarde van onontbeerlijkheid vereist dat een leveringsweigering *elke* toegang tot de markt in kwestie op korte termijn uitsluit, of dat een ruimere invulling van het criterium mogelijk is.

In het *Bronner*-arrest definieerde het Hof van Justitie het begrip onontbeerlijkheid zeer scherp als het ontbreken van daadwerkelijke en *potentiële* substituten, waarbij zelfs het ontbreken van economische rendabiliteit van een (potentieel) alternatief systeem geen doorslaggevend argument voor onontbeerlijkheid is.³⁵⁹ In deze uitleg is het buitengewoon moeilijk om aan te tonen dat toegang tot een faciliteit (of deze nu van stoffelijke of technologische aard is) echt noodzakelijk is. Hoewel de interpretatie van het Hof in *Bronner* gezien de feiten van de voorliggende zaak niet onbegrijpelijk was, brengt de uitleg van de onontbeerlijkevoorwaarde voor de doctrine de nodige problemen met zich mee. De lat ligt zo hoog, dat het onontbeerlijkheidscriterium eigenlijk nauwelijks te passeren is.

doorgehakt. Zie Beschikking president GvEA van 22 december 2004 in zaak T-201/04 R, *Microsoft t. Commissie* (procedure in kort geding), *Jur.* 2004, II-4463, r.o. 207.

357 GvEA 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, *Jur.* 2007, II-3601.

358 Zie zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, *Jur.* 2007, II-3601, r.o. 1251-1278. Zie hierover ook Langer 2008, p. 190, 191 en 194.

359 Zaak C-7/97, *Bronner*, *Jur.* 1998, I-7791, r.o. 41 en 45.

In *IMS Health* leek het Hof minder streng, en werd het bestaan van onontbeerlijkheid verbonden met de mate waarin de gebruikers hebben deelgenomen aan de ontwikkeling van de door het IE-recht beschermde innovatie, en de inspanning (in het bijzonder de kosten) die potentiële *afnemers* zullen moeten leveren om over te stappen naar een alternatief product.

Een soepeler interpretatie van het onontbeerlijkheidscriterium kan afwijzingen herbergen dat een licentieweigering de uitsluiting van elke toegang tot de markt in de nabije toekomst *riskeert*, of dat een dergelijke weigering het andere ondernemingen *erg moeilijk* (maar niet onmogelijk) maakt om op de markt te blijven dan wel deze op korte termijn te betreden. Het is lastig om in dit verband de gulden middenweg te bepalen tussen onontbeerlijkheid en niet-onontbeerlijkheid, en uiteindelijk tussen het rechtmatig uitoefenen van IE-rechten en het misbruiken ervan.³⁶⁰

In zijn *Microsoft*-uitspraak kwam het Gerecht tot de conclusie dat de interoperabiliteitsinformatie van Windows onontbeerlijk is voor de activiteiten van derden op de markt van netwerkbesturingssystemen.³⁶¹ Het volgde de lijn van de Commissie die een benadering in twee stappen had gehanteerd om te bepalen of de betrokken informatie onontbeerlijk was: (i) welke mate van compatibiliteit met de Windows-domeinarchitectuur hebben werkgroepserver-besturingssystemen van concurrenten van Microsoft nodig om deze concurrenten in staat te stellen om op rendabele wijze op de markt te blijven; (ii) is de informatie inzake compatibiliteit die Microsoft weigert bekend te maken onontbeerlijk om die mate van compatibiliteit te bereiken? Uiteindelijk levert toetsing aan deze subcriteria een vrij feitelijke verhandeling van het Gerecht op met bovenvermelde uitkomst.

Het Gerecht vult de onontbeerlijkheidsvoorwaarde hiermee soepeler in dan het Hof deed in het *Bronner*-arrest. Ook vóór het ingrijpen van de Commissie ondervond Microsoft namelijk concurrentie op de markt van netwerkbesturingssystemen, die zij langzaam maar zeker wilde veroveren: interoperabiliteit met Windows was wel mogelijk, alleen niet optimaal.³⁶² Nu is de economische realiteit in de IT-sector dat een substantiële vertra-

360 Zie voor een samenstel van omstandigheden in het langlopende geschil tussen IMS en NDC Health die de Commissie bracht tot de constatering dat een concurrent (NDC) inderdaad in staat was om de markt te betreden op een bepaald moment in tijd zonder gebruik te maken van bestaande IE-rechten van de rechthebbende (IMS): Commissiebeschikking 2003/741/EC van 13 augustus 2003 in zaak NDC Health t. IMS Health, Pb. 2003, L 268/69, ov. 16 van de considerans.

361 Zaak T-201/04, Microsoft t. Commissie, Jur. 2007, II-3601, r.o. 369-436.

362 Van Loon 2007, p. 170.

ging in de processor- of verwerkingssnelheid en een grotere kans op vastlopen of andere fouten, de aantrekkingskracht van een IT-product bij de consument sterk vermindert ten opzichte van een vergelijkbaar product dat deze nadelen niet kent. Een omstandigheid als deze kan de verovering van de markt van netwerkbesturingssystemen door Microsoft dan ook vergemakkelijken. Echter, puur technisch gezien bestaan er zeker *potentiele* substituten voor de interoperabiliteitsinformatie, al zijn deze dan (bij lange na) niet optimaal.

Nieuw product

Het Gerecht merkt over de 'nieuw product'-voorwaarde op:

"De omstandigheid inzake de introductie van een nieuw product, zoals die aldus is beschouwd in de arresten Magill en IMS Health [], kan niet de enige parameter zijn om te bepalen of een weigering om een licentie te verlenen voor een intellectuele-eigendomsrecht, nadelig voor consumenten in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub b, EG kan zijn. Zoals blijkt uit de formulering van deze bepaling, kan er sprake zijn van dergelijk nadeel wanneer er een beperking is van niet alleen de productie of de afzet, maar ook van de technische ontwikkeling."³⁶³

Het Gerecht zet de 'nieuw product'-voorwaarde vervolgens niet aan de kant, maar vult haar zo ruim in, dat zij *de facto* voor een deel haar onderscheidende vermogen lijkt te verliezen. Centraal komt te staan of sprake is van een beperking van de technische ontwikkeling ten nadele van de consument.³⁶⁴ Deze uitleg is juridisch erg breed. Daarnaast is zij ook economisch lastig te meten. Een economische toets zal sterk afhangen van de parameters die men hanteert, zoals: waaruit dient de technische ontwikkeling precies te bestaan?, en vooral: wanneer is de beperking van de technische ontwikkeling in het nadeel van de consument? Bij dit soort vragen is ook de periode waarover men meet een belangrijke factor: geldt de korte termijn, de lange termijn, of iets daar tussenin?

In de meeste IE-zaken zal een beperking van de technische ontwikkelingsmogelijkheden op bepaalde productonderdelen inherent zijn aan het feit dat een intellectueel eigendomsrecht in het spel is. Immers, de exclusiviteit van een IE-recht staat (potentiële) concurrenten doorgaans in de weg om bepaalde producten op de markt te brengen of verder te ontwikkelen (het fenomeen van de dwanglicentie daargelaten). De interpretatie van het 'nieuw product'-criterium door het Gerecht in *Microsoft* komt de rechtszekerheid dan ook niet ten goede, en draagt het gevaar in zich dat

363 Zie zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, *Jur* 2007, II-3601, r.o. 647

364 Zie zaak T-201/04, *Microsoft t. Commissie*, r.o. 648-665

zij bij een al te ruime interpretatie de basis onder het bijzondere rechtsterrein van de intellectuele eigendom wegtrekt.

Het bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor licentieweigering

Het Gerecht is van oordeel dat het enkele feit dat Microsoft zich kan beroepen op intellectuele-eigendomsrechten, geen objectieve rechtvaardiging vormt. Indien het houderschap van IE-rechten op zichzelf reeds een objectieve rechtvaardiging voor licentieweigering zou vormen, dan zou de in de rechtspraak ontwikkelde misbruikvariant nooit toepassing kunnen vinden.³⁶⁵

Het Gerecht geeft aan dat het Microsoft's verantwoordelijkheid is om het bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor licentieweigering aan te tonen.³⁶⁶ Het oordeelt dat Microsoft hierin niet is geslaagd.³⁶⁷

Microsoft's stelling dat een verplichting om derden toegang te geven tot haar technologie een negatieve invloed zou hebben op Microsoft's bereidheid om te innoveren, vindt geen weerklank bij het Gerecht. De Gemeenschapsrechter oordeelt dat Microsoft's argumenten op dat punt te vaag, algemeen en theoretisch zijn.³⁶⁸

Het Gerecht merkt ook op dat het voor de marktdeelnemers in de betrokken sector vaste praktijk is dat informatie die de compatibiliteit met hun producten moet bevorderen, aan derden wordt bekendgemaakt: Microsoft heeft zelf zo gehandeld, tot het moment dat zij voldoende gevestigd was op de markt voor besturingssystemen voor werkgroepserveren. Zulke bekendmakingen stellen marktdeelnemers juist in staat om hun eigen producten aantrekkelijker en dus waardevoller te maken. Vanuit het ondernemersveld zijn dan ook geen aanwijzingen gekomen dat op dit punt sprake is van een negatieve invloed op de bereidheid van marktdeelnemers om te innoveren.³⁶⁹

Enige alternatieve perspectieven op het misbruikvraagstuk in de Microsoftcasus na de uitspraak van het Gerecht

Microsoft is in het verleden graag bereid geweest om bepaalde concurrenten te voorzien van interoperabiliteitsinformatie betreffende Windows, namelijk toen het bedrijf zelf nog geen geloofwaardig werkgroepserver-

365 Zie zaak T-201/04, Microsoft t. Commissie, r.o. 690.

366 Zie zaak T-201/04, Microsoft t. Commissie, r.o. 688.

367 Zie zaak T-201/04, Microsoft t. Commissie, r.o. 696-711.

368 Zie zaak T-201/04, Microsoft t. Commissie, r.o. 698.

369 Zie zaak T-201/04, Microsoft t. Commissie, r.o. 702.

besturingssysteem had.³⁷⁰ Gegeven de marktpositie van Microsoft in die periode was het in haar eigen belang om deze informatie beschikbaar te stellen, aangezien een optimale interoperabiliteit tussen non-Windows server-besturingssystemen en het Windows PC-besturingssysteem van het grootste belang was voor de laatste om succesvol te zijn. De prikkel om mee te werken verdween toen Microsoft haar eigen geloofwaardige werkgroepserver-besturingssysteem had ontwikkeld,³⁷¹ en Windows was uitgegroeid tot de *de facto* standaard voor particuliere pc's.³⁷²

In deze context komt de *Microsoft*-zaak dicht in de buurt van de *Commercial Solvents*-zaak, die betrekking had op een dominante onderneming die de leverantie van grondstoffen aan een fabrikant van derivaten staakte, omdat zij de derivaten zelf ging produceren. Het Hof van Justitie besliste in die zaak dat een onderneming haar machtspositie op de grondstoffenmarkt misbruikt indien zij met haar leveringsweigering riskeert dat elke mededinging wordt uitgeschakeld aan de kant van een vaste afnemer op de afgeleide markt.³⁷³ Ook het *CBEM*-arrest biedt hier interessant vergelijkingsmateriaal.

In zijn *Microsoft*-uitspraak volgt het Gerecht de *Magill/IMS Health*-criteria. Het past deze criteria echter toe op een dermate brede manier, dat het risico van uitholling van de voorwaarden op de loer ligt.

Kernpunt binnen de *Microsoft*-zaak is dat de interoperabiliteit tussen een product en het raamwerk (systeem) waarbinnen het opereert mogelijk wordt gemaakt. Precies dit aspect zou het object van een dwanglicentie kunnen zijn. Daarbij mag het gedeelte van het IE-recht dat gelicentieerd dient te worden nooit verder gaan dan absoluut nodig is om de aansluiting op of de communicatie met het besturingssysteem te verzekeren.³⁷⁴

370 Commissiebeschikking *Microsoft*, par. 578-584 en 587-588. Met betrekking tot de geloofwaardigheid van een IT-product geldt dat afnemers niet snel geneigd zijn om te vertrouwen op technologie die zich nog niet gedurende langere tijd bewezen heeft. Zie Commissiebeschikking *Microsoft*, par. 523 en 587.

371 Microsoft heeft zich pas relatief recent begeven op de markt van werkgroepserverbesturingssystemen. Zij is begin jaren negentig begonnen aan de ontwikkeling van een server-besturingssysteem, maar haar eerste echt succesvolle systeem was Windows NT 4.0, uitgebracht in 1996. Zie Commissiebeschikking *Microsoft*, par. 587.

372 Zie L.D.M.A. Reijs, *The Microsoft case revisited. Abuse of a dominant position in a new technology sector* (LLM thesis), Nijmegen: Radboud University Nijmegen 2005, p. 33.

373 Gev. zaken 6 en 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents Corporation t. Commissie* ('Commercial Solvents'), *Jur.* 1974, 223, r.o. 3 van de 'Samenvatting' en r.o. 25 van de 'Overwegingen van het arrest'.

374 Zie voor kritiek op het streven van de Commissie naar 'volledige interoperabiliteit' in de *Microsoft*-zaak, en een nadere beschouwing over de te trekken lijn tussen infor-

Een groot verschil tussen *Microsoft*- en *IMS Health*-achtige situaties is dat in de eerste casus de (deel)licentie op een IE-recht niet de kern vormt van het product van de licentienemer, en in de tweede casus wél.

In de *Microsoft*-zaak zou een licentie louter de communicatie mogelijk (moeten) maken tussen een op zich zelf staand product en het netwerk waarvan het deel zal uitmaken.³⁷⁵ De IE-rechtelijk beschermde informatie die wordt verstrekt gaat dus geen onderdeel vormen van de kernactiviteit of -functionaliteit van het product van de licentienemer. De IE-licentie mag ook niet zo ver uitgebreid worden dat de licentienemer een concurrerend product kan vervaardigen dat raakt aan de kern van het door het IE-recht beschermde systeem. Mocht de licentienemer toch een concurrerend product (systeem) willen ontwikkelen, dan zal hij dat moeten doen op eigen kracht en zonder daarbij de IE-rechten van de licentiegever te schenden.³⁷⁶

2.3.6.3. De Commissiebeschikkingen in de *Microsoft*-zaak over de licentievoorwaarden (c.q. tariefsbepaling)

De Commissie legde *Microsoft* de plicht op om haar interoperabiliteitsinformatie tegen redelijke en non-discriminatoire licentievoorwaarden ter beschikking te stellen aan derden.³⁷⁷ De Commissie overwoog:

"The requirement for the terms imposed by Microsoft to be reasonable and nondiscriminatory applies in particular:

[...]

(ii) to any remuneration that Microsoft might charge for supply; such a remuneration should not reflect the 'strategic value' stemming from Microsoft's market power in the client PC operating system market or in the work group server operating system market."³⁷⁸

In dit kader wordt de hoogte van de royalties voor Microsofts interoperabiliteitsprotocollen bepaald aan de hand van

matie die *Microsoft* moet vrijgeven en informatie die *Microsoft* mag achterhouden: Pardolesi & Renda 2004, p. 551-553.

375 Voor een economische analyse dat software interface specificaties niet eens auteursrechtelijk beschermd zouden moeten zijn, aangezien een dergelijke bescherming een inefficiënte uitbreiding toestaat van marktmacht naar complementaire software en latere verbeteringen, zie Baseman, Warren-Boulton & Woroch 1995, beschikbaar via <<http://elsa.berkeley.edu/~woroch/softcopy.pdf>>, p. 6 and 7.

376 Het zou dan gaan om de ontwikkeling van een product met een andersoortige ('nieuwe') techniek maar dezelfde functie als een reeds bestaand IE-rechtelijk beschermd product.

377 Zie de Beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, document C(2004)900def., par. 1005-1007.

378 Zie de Beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, document C(2004)900def., par. 1008.

"a market valuation of technologies deemed comparable, excluding the strategic value that stems from the dominance of any such technologies"³⁷⁹

Het is duidelijk dat de Commissie een prijs voor Microsofts interoperabiliteitsinformatie voorstaat die is afgestemd op marktwaarderingen van vergelijkbare intellectuele eigendomsrechten. In een 'redelijk' tarief is in de ogen van de Commissie niet inbegrepen de strategische waarde van de IE-rechtelijk beschermde informatie die voor een bepaald deel vrijgegeven wordt.

De Commissie heeft in vervolg op haar oorspronkelijke *Microsoft*-beschikking niet stil gezeten, maar nadere actie ondernomen. Zo heeft de Commissie een Monitoring Trustee aangewezen³⁸⁰ (die de toets van het Gerecht uiteindelijk niet bleek te kunnen doorstaan), en zij heeft Microsoft enkele keren een dwangsom opgelegd voor het niet-voldoen aan de eisen van de beschikking uit 2004.³⁸¹

Steen des aanstoots voor de Commissie de laatste jaren waren de licentievoorwaarden die Microsoft hanteerde voor het vrijgeven van de interoperabiliteitsinformatie aan derden. Zo achtte de Commissie het royaltytarief dat Microsoft gedurende een bepaalde periode vroeg aan licentienemers veel te hoog.³⁸²

379 Zie Microsoft Statement regarding Licensing Flexibility, p. 2

380 Zie Beschikking Commissie 28 juli 2005, zaaknr. COMP/C-3/37 792, Microsoft, C(2005)2988 def. Zie ook Persbericht MEMO/06/119 van 10 maart 2006, 'Competition Commission publishes information on the role of the Monitoring Trustee in the Microsoft case' "The Trustee Decision sets out the procedure for the appointment of the Trustee, and the functions that the Trustee and his advisors will fulfil [] The Trustee Decision also sets out certain of the rights and obligations of Microsoft towards the Trustee and of the Trustee towards Microsoft and third parties"

381 Zie Beschikking Commissie 10 November 2005, zaaknr. COMP/C-3/37 792, Microsoft, C(2005)4420 def., Beschikking Commissie 12 juli 2006, zaaknr. COMP/C-3/37.792, Microsoft (Samenvatting van de beschikking van de Commissie van 12 juli 2006, zaaknr. COMP/C-3/37 792, Pb 2008, C 138/10) – Dwangsom opgelegd van € 280,5 miljoen euro, Persbericht IP/08/318 van 27 februari 2008, 'Commission imposes € 899 million penalty on Microsoft for non-compliance with March 2004 Decision' en Beschikking Commissie 27 februari 2008, zaaknr. COMP/C-3/34 792, Fixation of Penalty Payment to comply with Commission's Decisions, C(2008) 764 fin

382 Zie Persbericht IP/07/269 van 1 maart 2007, 'Commission warns Microsoft of further penalties over unreasonable pricing as interoperability information lacks significant innovation', Persbericht IP/07/1567 van 22 Oktober 2007, 'Commission ensures compliance with 2004 Decision against Microsoft', Persbericht IP/08/318 van 27 Februari 2008, 'Commission imposes € 899 million penalty on Microsoft for non-compliance with March 2004 Decision' "The European Commission has imposed a penalty payment of € 899 million on Microsoft for non-compliance with its obligations under the Commission's March 2004 Decision [] prior to 22 October 2007

Het verbod op het bepalen van een excessieve prijs door dominante ondernemingen en het daaraan gekoppelde vraagstuk van de vaststelling van een eerlijke, redelijke en non-discriminatoire prijs, behoren tot de lastigste exercities onder het mededingingsrecht. Mededingingsautoriteiten betrachten doorgaans grote terughoudendheid om bedrijven voor te schrijven welke tarieven zij precies dienen te hanteren voor hun IE-licenties.

De Commissie gebruikt als richtlijn in de *Microsoft*-zaak dat alleen voor een licentie betaald mag worden in geval de achterliggende informatie daadwerkelijk een innovatie vormt, en dat de vergoeding voor verkregen informatie de waarde dient te weerspiegelen die zij heeft voor de licentienemer.³⁸³ Daarmee is de daadwerkelijke afweging betreffende de 'redelijkheid' van licentieprijzen natuurlijk nog niet gegeven.

Voor het bepalen van een prijs voor IE-licenties bestaan verschillende waarderingstechnieken. Zo kan men kijken naar de licentietarieven van vergelijkbare technologie. De Commissie hanteert deze techniek in de *Microsoft*-zaak en onderzoekt of de door Microsoft gehanteerde tarieven "are in line with a market valuation of technologies deemed comparable to the protocol technology."³⁸⁴

Een andere methode is om volgens industriële vuistregels een royalty te berekenen als een standaard percentage van de (extra) inkomsten die een IE-recht genereert.³⁸⁵ Aan deze *ex post* benaderingen zitten een aantal grote nadelen, o.a. dat de 'redelijkheid' van de prijs altijd hypothetisch blijft bij gebreke van een reële, goed functionerende markt in (desbetreffende) IE-licenties. Een dergelijke markt zou automatisch een scherpe prijs voor de benodigde informatie teweeg brengen.

In dat kader wordt wel voorgesteld om over te gaan op een *ex ante* waardering van royalties. Het idee is dan om een competitie te organiseren waarbij IE-rechthebbenden inschrijven op het laagste tarief voor het recht om hun intellectuele eigendomsrechten te doen opnemen in een industriële standaard.³⁸⁶ De moeilijkheid met dit voorstel is dat het typisch een reguleringsproject behelst dat ver af staat van de toepassingsproblematiek

Today's Decision, adopted under Article 24(2) of Regulation 1/2003, finds that, prior to 22 October 2007, Microsoft had charged unreasonable prices for access to interface documentation for work group servers."

383 Zie Beschikking Commissie 27 februari 2008, zaaknr. COMP/C-3/34.792, Fixation of Penalty Payment to comply with Commission's Decisions, C(2008) 764 fin., par. 116 en 117.

384 Beschikking Commissie 27 februari 2008, zaaknr. COMP/C-3/34.792, Fixation of Penalty Payment to comply with Commission's Decisions, C(2008) 764 fin., par. 139.

385 Zie Case Associates, 'Pricing Patents', *Casenote* 2008-1.

386 Zie Case Associates, 'Pricing Patents', *Casenote* 2008-1.

van art. 82 EG. Bovendien is het probleem in misbruikzaken nu juist dat er doorgaans slechts één IE-rechthebbende is met de benodigde informatie. Het is dan lastig om een competitie te organiseren tussen verschillende aanbieders.

Waar de Commissie zichzelf in de *Microsoft*-zaak in staat achtte om de redelijkheid van tarieven in te schatten (in nauw overleg/discussie met Microsoft overigens),³⁸⁷ daar oordeelt een mededingingsautoriteit ook wel eens dat het wettelijk misbruikverbod onvoldoende geëquipeerd is om het juiste prijsniveau mee te bepalen en dat een meer specifieke vorm van toezicht noodzakelijk is om de redelijkheid van tarieven te kunnen nagaan.³⁸⁸ Het is heel lastig om als mededingingsautoriteit te bepalen of een tarief al dan niet excessief is.³⁸⁹ Anderzijds kan zij excessiviteit van prijzen nimmer geheel uit handen geven als stok achter de deur. Ingrijpen bij absolute leveringsweigering zou zinloos worden, indien ondernemingen vervolgens het gebruik van hun faciliteit onmogelijk zouden kunnen maken door hiervoor waanzinnig hoge tarieven te rekenen.

2.3.7. De verhouding mededingingsrecht – IE-recht na analyse van de Europese rechtspraak

2.3.7.1. De keuzes van de Gemeenschapsrechter

Na arresten als *Volvo/Veng* en *Magill*, en de tussenkomst van het wat vreemde arrest *Ladbroke*, lijkt het Hof van Justitie uit typische 'essential facilities'-arresten als *European Night Services* en *Bronner* vooral het 'onontbeerlijkheidscriterium' als belangrijke factor te hebben meegenomen.³⁹⁰ Al komt hij ook in het *Magill*-arrest al even aan bod,³⁹¹ deze maatstaf wordt in *IMS* in ieder geval duidelijk neergezet als toetsingsfactor naast de

387 Zie Beschikking Commissie 27 februari 2008, zaaknr. COMP/C-3/34 792, Fixation of Penalty Payment to comply with Commission's Decisions, C(2008) 764 fin, o a par. 39 en 111-115.

388 Zie het NMa-document 'De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties', Den Haag NMa 2007, p. 7 en 8. Vgl. ook Besluit NMa 10 mei 2007, zaaknr. 5169, Koninklijke Horeca Nederland t. Buma, Besluit NMa 10 mei 2007, zaaknr. 3295, Fresh FM t. Buma, Besluit NMa 2 april 2008, zaaknr. 3295, Fresh FM t. Buma, bezwaar.

389 Zie ook Pijnacker Hordijk & De Vries 2002, p. 446; Ritter & Braun 2004, p. 426 en 430.

390 Zie voor een overzicht van de belangrijkste rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg in de aanloop naar het *IMS Health*-arrest Aitman & Jones 2004, p. 137-139, Keeling 2003, p. 371-376 en p. 381-391. Zie voorts Paragraaf 2.3.3 en 2.3.4 van dit hoofdstuk.

391 Gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, RTE en ITP t. Commissie ('Magill'), *Jur.* 1995, I-743, r.o. 53 en 56.

(andere) cumulatieve voorwaarden voor misbruik.³⁹² Onder die cumulatieve voorwaarden bevindt zich ook het scherpe criterium van de introductie van een nieuw product. Men kan dus zeggen dat het Hof van Justitie in *IMS* een strikte afbakening neerzet voor de toepassing van het mededingingsrecht op de uitoefening van IE-rechten en dat het *IMS*-arrest een vergaande autonomie van (de uitoefening van) IE-rechten bevestigt.

Het uitgangspunt van het Hof dat dwanglicentiëring in geval van uitzonderlijke omstandigheden zowel bij de secundaire als de primaire markt geëigend is, betekent zeker niet de ondergang van het IE-recht. Onder IE-juristen is enige beroering ontstaan³⁹³ over het feit dat het Hof van Justitie dezelfde (soort) voorwaarden als in *Magill* (waar het draaide om toegang tot een secundaire markt) van toepassing heeft verklaard in *IMS Health* (waar het toch feitelijk draaide om toegang tot de principale markt).³⁹⁴ Hiermee schept het Hof van Justitie in theorie de mogelijkheid dat IE-rechten die door de rechthebbende (alleen) uitgeoefend worden op de principale markt gelicentieerd moeten worden aan een concurrent om deze toegang te verlenen tot diezelfde markt. Men zou *IMS Health* daarom kunnen omschrijven als een arrest dat de 'autonomie' van IE-rechten verder aantast, omdat in vergelijking met *Magill* de vermelde voorwaarden voor misbruik nu ook van toepassing zijn ten aanzien van IE-rechten die feitelijk worden uitgeoefend op de primaire markt van de rechthebbende. En juist op de primaire markt dient de IE-rechthebbende zijn investeringen op de eerste plaats terug te verdienen.³⁹⁵

392 En zowel uit het *European Night Services*-arrest van het GvEA als uit het *Bronner*-arrest van het HvJ EG blijkt dat niet zomaar aangenomen kan worden dat een faciliteit onmisbaar is en er geen alternatieven bestaan voor de om toegang verzoekende partij om zelf de markt (mee) te betreden. Zie gev. zaken T-374, T-375, T-384, T-388/94, *European Night Services t. Commissie* ('*European Night Services*'), *Jur.* 1998, II-3141; zie zaak C-7/97, *Bronner*, *Jur.* 1998, I-7791.

393 Zie Treacy 2004, p. 773.

394 In de *Magill*-zaak werd de licentie aangevraagd voor activiteiten op de afgeleide markt – omroepen houden zich primair bezig met het programmeren (en uitzenden) van programma's, niet met het op de markt brengen van televisiegidsen. In *IMS Health* ligt dit anders. Hier draait het echt om toegang voor de licentievragers tot de principale markt van de IE-rechthebbende zelf.

395 Het spreekt voor zich dat ingrijpen van het mededingingsrecht in IE-rechten uitgeoefend op een primaire markt met meer argwaan bekeken wordt dan ingrijpen in IE-rechten die geëxploiteerd worden op een afgeleide markt. Vanuit economisch perspectief zou men juist op de afgeleide markt meer verplichtingen verwachten voor de IE-rechthebbende om zijn recht te licentiëren. De exploitatie van een IE-recht door de IE-rechthebbende op een afgeleide markt treft immers niet zijn kernactiviteiten; die liggen op de primaire markt. Mogelijke concurrentie op die afgeleide markt komt dan ook minder hard aan voor de rechthebbende.

Door het formuleren van de belangrijke voorwaarde van de introductie van een nieuw product zorgt het Hof er echter voor dat de concurrent die een licentie eist nooit direct in het vaarwater van de IE-rechthebbende terechtkomt, maar altijd een eigen (sub)markt opzoekt. Het is immers de bedoeling dat de concurrent met de licentie op het IE-recht een nieuwe markt ontgint op voldoende afstand van de markt van de rechthebbende, of deze nu actief is op de primaire of de secundaire markt. Hiervoor dient het criterium 'introductie van een nieuw product of een nieuwe dienst' wel enigszins scherp te worden uitgelegd, zeker in zaken waar het gaat om toegang tot de primaire markt voor licentievragers. De principale markt van de IE-rechthebbende komt dus niet in gevaar door een verplichte licentiëring als de voorwaarde van de introductie van een nieuw product maar niet te lichtvaardig wordt uitgelegd.

Met een dergelijke interpretatie hoeven IE-juristen niet bang te zijn dat de exclusieve uitoefening van IE-rechten op de primaire markt door de rechthebbende in gevaar komt. Wanneer een zaak draait om een echte afgeleide markt zou men dan nog kunnen denken aan een iets minder stringente toepassing van de eisen voor nieuwheid van een product. Het gaat dan immers niet meer om de hoofdmarkt waar de investeringen in de eerste plaats terugverdiend moeten worden. Nadeel van deze laatste benadering is wel dat zij ten koste gaat van de duidelijkheid van het criterium. Een voorwaarde is over het algemeen gediend van zowel een duidelijke opmaak als een consequente interpretatie. Dit komt de rechtszekerheid ten goede.

2.3.7.2. Vragen over de algemene geldigheid van de *IMS Health*-voorwaarden

De *IMS*-zaak draaide feitelijk om de uitoefening van een auteursrecht, dat wil zeggen de weigering om een licentie te verstrekken op een dergelijk IE-recht. Het Hof heeft zich in zijn arrest dan ook specifiek uitgelaten over de botsing tussen het mededingingsrecht en het auteursrecht, en niet over de botsing tussen het mededingingsrecht en het IE-recht in het algemeen. Men kan zich daarom afvragen of de geformuleerde voorwaarden alleen opgaan voor de botsing tussen mededingingsrecht en auteursrecht, of dat ze zich ook uitstrekken naar botsingen met andere IE-rechtsgebieden.³⁹⁶

Bij dit soort vragen dient men zich allereerst te realiseren dat het afleiden van algemeen geldige principes, welke dat ook zijn, uit uitspraken van het Hof van Justitie immer risico's met zich mee brengt. Uiteindelijk

396 Vgl. Derclaye 2004a, p. 405 en Derclaye 2004b, p. 694.

beantwoordt het Hof iedere keer weer slechts vragen in een concrete zaak.³⁹⁷ Met dit voorbehoud in het achterhoofd lijkt het niet waarschijnlijk dat het Hof *a priori* een zeer afwijkende benadering zal aanhouden ten aanzien van andere IE-rechtsgebieden dan het auteursrecht.³⁹⁸ De mogelijkheid van een afwijking van de voorwaarden gegeven in *IMS* zou ik niet zo snel koppelen aan het verschil in *soort* IE-recht. Het onderscheid dat hiermee gemaakt zou worden is niet verfijnd genoeg om recht te doen aan complexe 'samenloop'-situaties van mededingings- en IE-recht. Ook binnen één soort IE-recht kunnen bovendien grote verschillen bestaan in de aard van het recht. Denk alleen maar aan het auteursrecht dat zowel kan rusten op een boek als op een computerprogramma.

De oplossing zit mijns inziens dus niet in een aparte set aan voorwaarden per *type* IE-recht ter invulling van het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden'. Anderzijds vormen de *IMS*-criteria ook niet de enige mogelijke invulling van dit hoofdcriterium. Men moet immers voorzichtig zijn met de constatering dat de *IMS*-voorwaarden het laatste woord vormen in alle IE-zaken. Een afwijkend feitencomplex zou in uitzonderlijke omstandigheden wellicht ook de conclusie van misbruik van machtspositie kunnen rechtvaardigen, ofschoon niet precies voldaan wordt aan het samenstel van voorwaarden uit *IMS Health*.³⁹⁹

De meest verfijnde optie is dus om een aantal categorieën te definiëren ter invulling van het hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden, maar deze niet op te hangen aan het soort IE-recht, maar eerder aan het type situatie dat centraal staat. Het hoofdcriterium kan een aantal varianten van nadere (en op zichzelf cumulatieve) criteria hebben, waarvan de *Magill/IMS Health*-variant er één is. Sporen hiervan ziet men ook terug in de rechtspraak, bijvoorbeeld in het *Renault*- en *Volvo/Veng*-arrest

397 Zie ook Prete 2004, p. 1085.

398 Belangrijke IE-rechtsgebieden als het octrooi-, model- en merkenrecht staan minnaal zo stevig in de schoenen als het auteursrecht. Voor een principieel restrictievere benadering van de kant van het mededingingsrecht ten aanzien van deze terreinen in vergelijking met het auteursrecht lijkt dus weinig ruimte. Voor een echt ruimhartiger benadering lijkt in dezen ook geen plaats, aangezien bij het auteursrecht al als uitgangspunt geldt dat pas in uitzonderlijke omstandigheden ingegrepen kan worden door het mededingingsrecht.

Bij een rechtsgebied als het databankenrecht, dat wellicht wel in aanmerking zou kunnen komen voor een wat restrictievere benadering vanuit het mededingingsrecht, heeft het Hof van Justitie de reikwijdte al vanuit het rechtsgebied zelf ingeperkt. Zie de arresten in zaak C-203/02, BHB/William Hill, *Jur.* 2004, I-10415; zaak C-46/02, Fixtures Marketing/Veikkaus Ab, *Jur.* 2004, I-10365; zaak C-338/02, Fixtures Marketing/Svenska Spel, *Jur.* 2004, I-10497; zaak C-444/02, Fixtures Marketing/OPAP, *Jur.* 2004, I-10549.

399 Zie Hoyng 2002, p. 115, par. 8.

waarin het Hof van Justitie een aantal verschillende typen van misbruik onderscheidde in het kader van de uitoefening van een IE-recht.⁴⁰⁰

Belangrijk is dat de subvarianten van het hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden niet te ruim worden uitgelegd, teneinde uitholling te voorkomen. De wijze waarop het Gerecht de *Magill/IMS Health*-criteria hanteert in zijn *Microsoft*-uitspraak, nodigt in dit opzicht uit tot een kritische noot. Tegen deze achtergrond was het wellicht beter geweest als het Gerecht de *Magill/IMS Health*-variant niet had gebruikt in *Microsoft*, maar had gekozen voor een alternatieve invulling van het hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden.

2.3.7.3. Voorstel voor een alternatieve benadering

In de hierboven geschetste benadering vormt het hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden het uitgangspunt, maar zijn er verschillende 'invullingsvarianten' mogelijk. Elk van deze varianten bestaat uit duidelijk gedefinieerde, cumulatieve criteria.

Uiteraard dient de Gemeenschapsrechter voorzichtig te zijn met het formuleren van meerdere opties, omdat anders het hek van de dam is. Het hanteren echter van één "exclusieve" categorie (de *IMS Health*-variant) is te rigide. Hiermee doet men geen recht aan het zeer uiteenlopende karakter van IE-licentieweigeringssituaties, in zeer verschillende sectoren van de economie, onder telkens wisselende economische omstandigheden. Ook voor de toekomst is het niet goed om een volledig gesloten categorie te hanteren, omdat nieuwe sectoren kunnen opkomen in de markt en nieuwe economische situaties kunnen ontstaan. Deze kunnen maken dat een aanpassing van het paradigma geëigend is. Het gevaar van het exclusief hanteren van de *IMS Health*-criteria is, dat de rechter deze cumulatieve maatstaven te breed gaat uitleggen, teneinde bepaalde situaties toch onder de exceptie te brengen. Een voorbeeld hiervan ziet men in het *Microsoft*-arrest.

De hierboven beschreven methodiek leidt tot een soort getrappt systeem. Hoofdcriterium en leidend beginsel is de voorwaarde van de uitzonderlijke omstandigheden. Dit principe vormt ook te allen tijde het ijkpunt van nadere interpretatie. Onder dit hoofdcriterium hangen een beperkt aantal nadere varianten, waaronder de *IMS Health*-modus. Deze indeling sluit nauw aan bij de huidige stand van de jurisprudentie: zij is conceptueel

400 Zie zaak 53/87, *Renault*, *Jur.* 1988, 6039, r.o. 16 en zaak 238/87, *Volvo t. Veng*, *Jur.* 1988, 6211, r.o. 9.

nieuw, maar de waarde van veel van de beslissingen uit de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter blijft behouden. Zij doet recht aan de dynamiek van de markt, in de zin dat een al te rigide werkende exceptiestructuur niet aan de orde is. Aan de andere kant biedt zij ook veel rechtszekerheid, omdat de verschillende varianten wel strikt kunnen worden uitgelegd, en een rechter de nadere criteria niet eindeloos hoeft op te rekken om tot een redelijke beslissing te komen.

Het kritiekpunt dat voor de hand ligt, is de vraag hoeveel varianten er onder het hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden kunnen hangen. Men kan hiermee in principe eindeloos doorgaan: brengt dit de rechtszekerheid dan niet alsnog in gevaar?

Het vinden van een oplossing van het botsingsvraagstuk tussen IE-en mededingingsrecht die zowel voor honderd procent recht doet aan de dynamiek van markten als aan het principe van de rechtszekerheid, is niet mogelijk. In het voorgestelde concept geeft het hoofdcriterium aan dat men heel voorzichtig moet zijn met het formuleren van nieuwe categorieën nadere excepties. Maar de mogelijkheid uitsluiten gaat te ver. Technologische en economische ontwikkelingen kunnen in de toekomst voor marktsituaties zorgen met karakteristieken die daarvoor nog niet bestonden. Het moet mogelijk blijven op dit soort situaties in te springen.

Uiteindelijk zal het de Gemeenschapsrechter zijn die richting moet geven in het exceptievraagstuk, al dan niet na een prejudiciële vraag van een nationale rechter. Nationale rechters zullen wellicht geconfronteerd worden met pleidooien voor de aanwezigheid van een nog niet erkend, nieuw type exceptie. Voor zover advocaten een beroep doen op reeds wel geïdentificeerde exceptievormen, kunnen nationale rechters over het algemeen eigenstandig rechtspreken, omdat de wel erkende categorieën duidelijk en strikt zijn afgebakend. In ieder geval duidelijker en strikter dan het Gerecht heeft gedaan met het nieuwhedcriterium in zijn *Microsoft*-uitspraak. De noodzaak tot het stellen van prejudiciële vragen is dan minder groot, terwijl het Europese recht aan de andere kant ook zoveel richting geeft dat nationale rechters niet de ruimte hebben om geheel naar eigen inzicht art. 82 EG toe te passen, onder het mom van een 'beperking van de technische ontwikkeling ten nadele van de consument'.

Uiteraard zijn alle problemen niet zomaar opgelost met bovenstaande methodiek, maar zij biedt bij de toepassing van art. 82 EG in IE-zaken wel het ideale evenwicht tussen dynamiek en rechtszekerheid, of, zo men wil, tussen economie en recht.

2.3.7.4. Overzicht van uitzonderlijke situaties van misbruik bij de uitoefening van IE-rechten

Hieronder volgt een schets van de verschillende categorieën omstandigheden/criteria die een nadere invulling zouden kunnen vormen van het genoemde hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden'.⁴⁰¹ Deze varianten sluiten over het algemeen sterk aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Eerste categorie

De eerste categorie is die waarin een onderneming met een IE-recht op de productie van bepaalde onderdelen op zeker moment stopt met de productie van die goederen, terwijl er nog wel vraag naar bestaat van de kant van de consumenten.

De uitoefening van een IE-recht kan in dat geval tot misbruik van machtspositie in de zin van art. 82 EG leiden, indien de IE-rechthebbende een markt waar vraag naar zijn product bestaat zelf niet (tegen redelijke voorwaarden) voldoende bedient en ook niet (onder redelijke voorwaarden) een licentie afgeeft aan producenten die wel aan de vraag willen voldoen.⁴⁰² De vraag in de markt wordt op die manier voor een reeds bestaand product in het geheel niet (meer) beantwoord.

Een IE-rechthebbende kan op verschillende manieren een markt niet bedienen: door een willekeurige weigering om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs; via de vaststelling van onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen; door de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel meer te vervaardigen, terwijl er nog vele auto's van dat model in omloop zijn;⁴⁰³ en door zijn IE-recht niet te licentiëren aan derden die wél bereid zijn om vervangingsonderdelen te produceren.

De introductie van een nieuw product wordt in de geschetste gevallen niet verhinderd, want de producten of onderdelen in kwestie zijn niet (meer) nieuw. De consument wordt echter wel een product onthouden waar nog vraag naar is.

401 Zie voor een nadere analyse van enkele categorieën 'uitzonderlijke omstandigheden' ook Houdijk 2005a, p. 33 en 34, Houdijk 2005c, p. 488-491

402 Voor de toepassing van het communautaire mededingingsrecht dienen dit soort gedragingen natuurlijk wel de handel tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden

403 Vgl. zaak 238/87, Volvo/Veng, *Jur.* 1988, 6211, r.o. 9 en zaak 53/87, Renault, *Jur.* 1988, 6039, r.o. 16 en 18

In de beschreven situatie kan, in het geval dat er nog veel vraag naar de onderdelen bestaat, de IE-rechthebbende die weigert de onderdelen langer te vervaardigen aangepakt worden wegens leveringsweigering van de onderdelen zelf. Niettemin zou de IE-rechthebbende wellicht mogen stoppen met de productie van de onderdelen indien de vraag naar componenten sterk afneemt.⁴⁰⁴ In dat geval zou hij logischerwijs wel zijn IE-recht moeten licentiëren aan geïnteresseerde bedrijven die de productie van de onderdelen graag willen voortzetten.

Conclusie luidt dan ook dat sprake kan zijn van misbruik van machtspositie indien de IE-rechthebbende niet (langer) actief is op zijn markt en daardoor een bestaande behoefte niet (langer) bevredigt, en tevens weigert om over te gaan tot licentiëring van zijn recht. Dit is een iets ander criterium dan de maatstaf van de verhindering van de introductie van een nieuw product (zoals geformuleerd in *Magill* en *IMS*), maar beide situaties hebben gemeen dat de consument een product onthouden wordt waar behoefte aan is.

Tweede categorie

De tweede categorie bestaat uit de cumulatieve set van *Magill/IMS Health*-criteria, waaronder het 'nieuw product'-criterium.

Bij de invulling van wat een 'nieuw product' precies zou kunnen zijn kan aansluiting worden gezocht bij de voorwaarden die binnen het IE-recht gelden voor de figuur van de dwanglicentie.

Derde categorie

De derde categorie bevindt zich op het terrein van de informatietechnologie en softwareontwikkeling. De *Microsoft*-casus is een voorbeeld van een zaak waarin dit type overwegingen een rol zou kunnen spelen.

Het gaat hierbij om situaties waarin een softwareproducent (Microsoft) gevraagd wordt bepaalde, veelal IE-rechtelijk beschermde informatie vrij te geven zoals interfacecodes, waarmee softwareproducten van concurrenten kunnen gaan 'draaien' op zijn besturingssysteem (denk bijvoorbeeld aan Windows).

Een weigering om dergelijke informatie beschikbaar te stellen hoeft niet te betekenen dat daarmee de introductie van een *nieuw* product wordt verhinderd. Het kan echter wel betekenen dat de mogelijkheden van ande-

404 Zie zaak 238/87, *Volvo/Veng*, *Jur.* 1988, 6211, r.o. 9 en zaak 53/87, *Renault*, *Jur.* 1988, 6039, r.o. 16 en 18.

re ondernemingen om hun software op markt te brengen worden verhinderd of bemoeilijkt. Zo is het in de IT-wereld mogelijk dat een onderneming een softwareproduct ontwikkelt zonder daarbij (wat betreft kern-functionaliteit) inbreuk te maken op reeds bestaande IE-rechten van een concurrent, terwijl die concurrent zelf al een vergelijkbaar product op de markt heeft gebracht.

De voorliggende situatie verschilt sterk van het geval waarin een derde-partij een volledig IE-recht in licentie wil nemen om met dát recht de recht-hebbende op zijn eigen markt te gaan beconcurreren. Het gaat hier slechts om de vraag of een klein gedeelte van een IE-rechtelijk beschermde innovatie kenbaar kan worden gemaakt aan een concurrent. Met deze informatie wordt het mogelijk voor die concurrent om een goed functionerend softwareproduct op de markt te brengen, zonder dat dit handelsartikel een kloon vormt van het product *waarover* hij de informatie ontvangt.

In deze situatie zou de Gemeenschapsrechter het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden' wellicht anders in kunnen vullen. De voorwaarden uit de 'essential facilities'-leer kunnen in dit verband een belangrijke rol spelen. Economische doelstellingen als toename van innovatie, meer concurrentieprikkels en grotere investeringen in onderzoek en ontwikkeling zouden ook mee kunnen spelen.

Een voorwaarde die in ieder geval opgaat in de geschetste casus, is dat het onderdeel van het IE-recht waarvoor een licentie wordt gevraagd onontbeerlijk is voor de toegang tot de markt van het andersoortige (maar complementaire) product van de concurrent. Het gaat er om dat interoperabiliteit tussen product en systeem mogelijk wordt gemaakt. Daarbij mag het gedeelte van het IE-recht dat gelicentieerd dient te worden nooit verder gaan dan absoluut nodig is om de aansluiting op of de communicatie met het besturingssysteem te verzorgen. De licentie mag dus niet zover uitgebreid worden dat daarmee een concurrerend product gemaakt kan worden dat raakt aan de kern van het door het IE-recht beschermde systeem. Mocht de licentienemer toch een concurrerend product (systeem) willen ontwikkelen, dan zal hij dat moeten doen op eigen kracht en zonder daarbij de IE-rechten van de licentiegever te schenden.⁴⁰⁵

Een groot verschil met *IMS Health*-achtige situaties is dat in dit type zaken de (deel)licentie op het IE-recht niet de kern gaat vormen van het product

405 Men kan zich voorstellen dat dit geschiedt via het ontwikkelen van een product met een andersoortige ('nieuwe') techniek maar dezelfde functie als een reeds bestaand IE-rechtelijk beschermd product.

van de licentienemer. Zij maakt slechts de communicatie mogelijk van een op zich zelf staand product met het netwerk waarvan het deel zal uitmaken. De IE-rechtelijk beschermde informatie die verstrekt wordt zal geen materieel of substantieel deel vormen van de kernactiviteit of -functionaliteit van het product van de licentienemer.

Vierde categorie

Een vierde categorie is de situatie dat een producent van een (basis)product of dienst plotseling weigert om dit product of deze dienst nog langer te leveren aan een afnemer aan wie hij jarenlang geleverd heeft. Op het gebied van de intellectuele eigendom zou het dan gaan om een IE-recht-hebbende die jarenlang een licentie heeft verstrekt op zijn IE-recht aan een derde en daar plotsklaps mee ophoudt, bijvoorbeeld om op die manier een afgeleide markt voor zichzelf te reserveren.

Dit type 'uitzonderlijke omstandigheden' als grond van misbruik zou aansluiten bij de benadering van het Hof van Justitie in de arresten *United Brands, Commercial Solvents* en *CBEM*. Het is wel de vraag bij deze benadering hoever een eventuele leveringsplicht zich in de tijd uitstrekt. Is de dominante onderneming gehouden om levering tot in lengte van dagen te handhaven, tot het moment dat de afnemer aan zou geven daar niet verder prijs op te stellen, of de dominante partij haar machtspositie op de markt zou verliezen? Of mag de onderneming met een machtspositie levering na een bepaalde overgangsperiode beëindigen?

Belangrijk om op te merken in het kader van de leveringsweigeringslijn van de Gemeenschapsrechter in bovenvermelde arresten, is dat nieuwe, potentiële afnemers van een product of dienst niet dezelfde rechten lijken te hebben als 'oude', trouwe afnemers van een product of dienst. Anders gezegd: trouwe afnemers van een product of dienst hebben in zekere zin méér rechten dan nieuwe afnemers van een product.

Dit betekent dat leveranciers met een distributieverleden naar bepaalde afnemers van een (basis)product of dienst minder ruimte hebben om hun commerciële beleid vorm te geven dan producenten die geen distributieverleden hebben maar wel als leverancier zouden kunnen gaan optreden. Bij deze laatste categorie behoort het *wijzigen* van het commerciële beleid overigens niet tot de mogelijkheden, simpelweg omdat er geen gedragslijn uit het verleden bestaat.

Elementen van deze situatieschets vindt men ook terug in de *Microsoft*-zaak, waarin Microsoft jarenlang informatie uit haar besturingsprogramma beschikbaar heeft gesteld aan andere IT-bedrijven, om vervolgens na

de introductie van een nieuw besturingssysteem te weigeren deze informatie nog langer ter beschikking te stellen aan vaste afnemers.

Vijfde categorie

De vijfde categorie is zeer tentatief van aard. Het betreft de problematiek van de fragmentatie van IE-rechten die op één product rusten. Wanneer de vervaardiging van een product de inbreng van een aantal IE-rechten impliceert die qua eigendom in verschillende handen zijn, kan de licentieweigering van één IE-rechthebbende de totstandkoming van het product verhinderen. Men kan hier denken aan de situatie dat de productie van een zeer ingewikkelde machine de inzet van vijftien patenten vergt van vijftien verschillende eigenaren, waarbij één van de vijftien weigert om zijn IE-recht hiervoor 'vrij te geven'. In dit soort gevallen is het de vraag of de partijen van goede wil de weigeraar middels een beroep op art. 82 EG zouden kunnen aanpakken.

Het belang van een enkel patent of auteursrecht neemt af naar mate de fragmentatie van de productieketting ('value chain') toeneemt. Fragmentatie wil hier zeggen dat men teneinde complete producten te produceren en distribueren in toenemende mate moet terugvallen op verscheidene IE-rechten en de bijdragen van meerdere partijen.⁴⁰⁶ In een dergelijke situatie kan de licentieweigering van één IE-rechthebbende aan de productie van een heel product in de weg staan. Hier lijkt de dwanglicentiefiguur binnen het IE-recht uitkomst te kunnen bieden: wanneer een IE-rechthebbende zijn recht niet gebruikt kan tot het verstrekken van een dwanglicentie worden overgegaan. Zo bestaat binnen het octrooierecht de mogelijkheid van een dwanglicentie indien het octrooi niet voldoende wordt toegepast. Niet alle IE-rechtsgebieden kennen echter deze figuur.

Mocht een IE-rechtsgebied in dit type omstandigheden niet zelf de mogelijkheid scheppen tot het verlenen van een dwanglicentie, dan zou de voorwaarde van het onvoldoende gebruik van een IE-recht wellicht ingelezen kunnen worden in het misbruik-hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden.⁴⁰⁷ Hiermee zou dan een vijfde categorie van nadere

406 Rahnasto 2003, p 15

407 In het verlengde van deze situatieschets ligt de casus dat een IE-rechthebbende de verkrijging van wettelijk gewaarborgde dwanglicenties van octrooien stelselmatig tegengaat of vertraagt. De Gemeenschapsrechter heeft van dit type gedragingen reeds vastgesteld dat zij misbruik van machtspositie kunnen opleveren. Zie zaak T-30/89, Hilti t. Commissie, *Jur* 1991, II-1439, r.o. 96-101

omstandigheden zijn geschapen waaronder aan het hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden wordt voldaan.

Bij de applicatie van het criterium van de onvoldoende toepassing van een IE-recht, dient wel sprake te zijn van een strikte invulling. Indien de IE-rechthebbende zijn recht reeds gebruikt voor de productie van een ander product dat in concurrentie staat met het te produceren goed, is van onvoldoende toepassing van zijn IE-recht geen sprake.

In deze opzet is het natuurlijk noodzakelijk dat wordt aangetoond dat de weigerende IE-rechthebbende een machtspositie heeft. Zo niet, dan blijft de toepassing van art. 82 EG buiten bereik. Bij IE-rechten die slechts een onderdeel bepalen van een product is het de vraag hoe de markt afgebakend wordt. In deze situatie zou de benadering van het Hof van Justitie in *IMS Health* niet slecht uitpakken. De markt van het IE-recht zelf is de primaire markt, de toepassing in een bepaald product is de secundaire markt. Men kan echter ook een iets concretere benadering hanteren, en gewoon het onderdeel van het product dat door het IE-recht wordt bepaald als aparte productmarkt bestempelen. Een onderdeel van een product kan zodanig karakteristieke kenmerken hebben en een zodanig eigen economische waarde dat het in mededingingsrechtelijk opzicht een eigen markt vormt.

Belang van de geanalyseerde categorieën

De hierboven geanalyseerde situaties die onder het criterium van de uitzonderlijke omstandigheden (kunnen) vallen zijn van tweeërlei belang.

Ten eerste kunnen ze gebruikt worden in de rechtspraak, en dan met name in de rechtspraak van het Hof van Justitie EG. De communautaire rechter zal ook in de toekomst regelmatig geroepen zijn om richting te geven aan de toepassing van IE-rechten door dominante ondernemingen. Maar ook nationale rechters kunnen het overzicht gebruiken, hetzij om de voorliggende zaak zelfstandig op te lossen (zeker wanneer het gaat om nationaal mededingingsrecht), hetzij om de juiste prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

In de tweede plaats kan het overzicht nuttig zijn voor de communautaire wetgever, mocht deze in de toekomst in zijn intellectuele eigendomsreggeving zelf een nadere balans willen formuleren tussen IE-bescherming en vrije mededinging.

In de literatuur zijn voorstellen opgekomen om in iedere IE-richtlijn of -verordening van de Gemeenschap apart een paragraaf te wijden aan het

evenwicht tussen IE- en mededingingsbelangen.⁴⁰⁸ Door de inbreng van het Europees Parlement zou dit ook nog eens op een democratisch gelegitimeerde wijze kunnen geschieden. Hierbij kan aangetekend worden dat de formulering van mooie uitgangspunten nog geen oplossingen in concrete gevallen oplevert. De claim van rechtszekerheid en prospectieve kennis van juridische regels die de uitkomst van een geschil bepalen, belooft vaak meer dan hij waar kan maken.

Eén van de opties om binnen IE-regelgeving zelf de (potentieel) ongebreidelde toepassing van het rechtsgebied te mitigeren, is de introductie van de dwanglicentie (uiteraard voor zover niet reeds aanwezig).⁴⁰⁹

Hoe het ook zij met alle ideeën omtrent de wenselijkheid van wetgevings-initiatieven, in de politieke praktijk van het Europese recht duurt het vaak lang voordat de Europese Commissie een (definitief) voorstel indient en hierover vervolgens overeenstemming wordt bereikt.⁴¹⁰ In de tussentijd moeten rechters gewoon een oordeel vellen in zaken over (vermeend) illegaal gebruik van IE-rechtelijk beschermde informatie dan wel (vermeend) misbruik van exclusieve rechten, waarbij licentieweigering het uitgangspunt vormt. Zij dienen in deze zaken tot een redelijk oordeel te komen en kunnen hun uitspraak niet opschorten tot de wetgever eindelijk actie heeft ondernomen op bepaalde onderdelen van het intellectuele eigendomsrecht. Een afgewogen 'omgangsmethodiek' vanuit het mededingingsrecht zelf, blijft dus noodzakelijk om botsingen tussen antitrust- en IE-belangen op te lossen.

3. DE BOTSING TUSSEN NEDERLANDS MEDEDINGINGSRECHT EN HET IE-RECHT

Dit onderdeel bevat een overzicht en analyse van de belangrijkste Nederlandse rechtspraak op het vlak van de collision tussen IE- en antitrustrecht. Na een korte inleiding komen achtereenvolgens aan bod de programmeergevencasusïstiek, de makelaars-/internetzaken en de farmaceutische-data-bankcasus.

408 Gitter 2003, p. 295, 296, 299 en 300

409 Denk in dit kader aan de invoering van de figuur van de dwanglicentie in de huidige Databankenrichtlijn. Zie Beunen 2007, p. 177

410 Vgl. Beunen 2007, p. 177

3.1. Context

Onder de Nederlandse Mededingingswet kan zowel art. 6 Mw (het kartelverbod) als art. 24 Mw (verbod op misbruik van een machtspositie) in het geding komen bij de uitoefening van IE-rechten. Bij de keuze van de nader te behandelen artikelen gelden dezelfde overwegingen als bij de keuze van de nader uit te werken EG-bepalingen eerder in dit hoofdstuk. Dit houdt in dat ook wat betreft het Nederlandse mededingingsrecht de focus ligt bij het verbod op misbruik van machtspositie.

Art. 6 Mw kan interessante vragen opwerpen bij de licentiëring van IE-rechten. Zo heeft de NMa zich bijvoorbeeld in een kwekersrechtelijke zaak gebogen over overeenkomsten die telers verplichtten om de opbrengst van vermeerderingsactiviteiten tegen een vergoeding aan de kweker terug te leveren. Hierbij werd de teler ook de mogelijkheid geboden om in plaats van een vaste prijs voor zijn vermeerderingsactiviteiten een percentage van de opbrengsten van de verkoop van vermeerderingsproducten te bedingen bij de kweker. De NMa diende te beoordelen of dit type overeenkomsten in strijd kwam met art. 6 Mw. De NMa achtte het verbod van art. 6 Mw uiteindelijk niet van toepassing, omdat zij oordeelde dat de onderhavige overeenkomsten naar hun aard en strekking in belangrijke mate overeen kwamen met productielicenties die binnen het kwekersrecht vallen.⁴¹¹ Hierover strekte art. 6 Mw zich niet uit.

Bij de toepassing van art. 6 Mw gaat het eigenlijk altijd om marktstadia waarin de IE-rechthebbende reeds beslist heeft om zijn recht te delen met derden of er (gedeeltelijk) afstand van te doen. De vraag bij de licentiëring van een IE-recht is dan hoeveel contractvrijheid partijen hebben om de licentieovereenkomst naar eigen inzicht vorm te geven en nader in te vullen. Net zoals bij alle horizontale en verticale overeenkomsten is die vrijheid beperkt: partijen mogen geen prijsafspraken of marktverdelingsafspraken maken. Speciale regels voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten en voor afspraken betreffende technologieoverdracht zorgen in dit kader voor houvast en geven richting aan de wijze waarop partijen hun contracten opstellen. Er is dus veel secundair recht dat de contractvrijheid van partijen in IE-zaken nader reguleert.

De kern van de botsing tussen IE-recht en mededingingsrecht komt hier minder zuiver naar voren dan in zaken waarin de IE-rechthebbende

411 NMa-besluit van 29 juli 1999 in zaak 613, Nederlandse Vereniging voor Zaaizaad en Pootgoed en LTO-Nederland, over de algemene voorwaarden voor de teelt van in voorloop gekochte zaaizaden van landbouwgewassen. Zie hierover Glazener, Jansen & Evans 2000, p. 367.

a priori weigert om zijn IE-recht te licentiëren. Het gaat bij art. 6 Mw-zaken eerder om de relatie tussen het mededingingsrecht enerzijds en de contractvrijheid van partijen in typische marktomstandigheden⁴¹² anderzijds.

In de Nederlandse context komt de spanning tussen IE- en mededingingsrecht eigenlijk het scherpst naar voren in misbruikzaken waarin hetzij de geschriftenbescherming, hetzij het databankenrecht een rol speelt. Verrassend is dit niet, daar het hier gaat om twee van het auteursrecht afgeleide ('gedenatureerde') IE-beschermingsfiguren die specifiek gericht zijn op investeringsbescherming. Persoonlijksrechten zullen hier geen rol spelen. Het evenwicht tussen investeringsbescherming en vrijheid van informatie staat hier centraal. Wat de precieze verschillen met het reguliere auteursrecht ook mogen zijn, feit is dat het hier gaat om figuren met een eigen IE-rechtelijk beschermingsregime, waarachter een aparte afweging van belangen door de wetgever schuilgaat. Ook hier is het dus maar de vraag of het mededingingsrecht (diep) mag ingrijpen in het beschermingsregime van deze IE-rechtsfiguren.

Daar het Nederlandse mededingingsrecht is geënt op de communautaire variant, loopt de nadere invulling van het Nederlandse rechtsgebied in hoge mate synchroon met de interpretatie van de Europese bron. De keuzes van het Hof van Justitie bij de toepassing van het EG-mededingingsrecht zijn van groot belang gebleken voor de Nederlandse rechtspraak inzake de collisie tussen IE- en mededingingsrecht.

Allereerst volgt nu een bespreking van de Nederlandse programmeergevencasus. De betrokken zaken hebben een belangrijke bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van het Nederlandse recht op het gebied van de collisie tussen mededinging en intellectuele eigendom.

3.2. Uitgebreide 'case-study': de Nederlandse programmeergevencasus

De bekendste en meest langlopende Nederlandse zaak over het collisie-vraagstuk tussen IE- en mededingingsrecht, is zonder twijfel de casus van de programmeergevencasus. Niet alleen heeft de programmeergevencasus tot vele rechterlijke interventies aanleiding gegeven, zij heeft ook de NMa lange tijd bezig gehouden, en als klap op de vuurpijl de wetgever tot actie

412 De typische marktomstandigheden bestaan uit de achtergrond van de deelnemende bedrijven en het onderwerp van hun overeenkomsten, die beide zijn gelieerd aan innovatie en intellectuele eigendom.

aangezet. In aansluiting op de jarenlange juridische procedures in deze zaak, heeft ook de wetgever van zijn wetgevingsactiviteiten op dit onderwerp een lang en moeizaam proces gemaakt.

De programmeergegevenssaga biedt met al haar aspecten een fijne 'case-study' van de relatie tussen mededingings- en IE-recht, gelardeerd met een vleugje omroep politiek.

Conflicten over de vraag of een televisieomroep zijn programmeergegevens moet leveren aan een derde die daarom verzoekt teneinde zelf een programmablad op de markt te brengen, hebben gespeeld tussen de volgende partijen: NOS vs. De Telegraaf, RTL vs. De Telegraaf, NOS vs. NMa, Talpa vs. NOS, NOS vs. Wilmar Press & Productions, SBS vs. Quote en MTV.

Vaak is de NOS betrokken geweest bij een geschil over de levering van programmeergegevens, in de meeste gevallen als leveringsweigeraar.⁴¹³

In het vervolg komen de verschillende rechtszaken over de terbeschikkingstelling van programmeergegevens aan bod. Een uiteenzetting van de initiatieven van de Nederlandse wetgever op dit onderwerp ontbreekt niet. Tevens wordt aandacht besteed aan de betekenis van de Europese databankenbescherming voor het programmeergegevensvraagstuk. Ten slotte volgt een analyse van de verschillende vormen van misbruik van machtspositie die zijn opgekomen in de programmeergegevenssaga.

3.2.1. Het geschil tussen De Telegraaf en de omroepen

Jarenlang woedde er een strijd tussen De Telegraaf en de NOS over de levering van de programmeergegevens van de publieke omroepen. De publieke omroepen waren op grond van art. 58 Mediawet⁴¹⁴ verplicht om hun programmeergegevens aan de NOS te leveren.⁴¹⁵ Ze ontvingen vervol-

413 De omroepstichting heeft ook wel eens aan de vraagzijde van de leveringslijn gestaan, als verzoeker in een geschil met het inmiddels ter ziele gegane Talpa. Beide partijen zijn er in die zaak overigens onderling uitgekomen, zodat een gang naar de rechter niet noodzakelijk was. Zie het ANP-bericht van 26 juli 2005.

414 Tegenwoordig art. 2.141 van de Mediawet 2009 die de oude Mediawet heeft vervangen.

415 Deze leveringsplicht in art. 58 Mediawet aan de NOS strekte zich alleen uit over de publieke omroepen. Art. 58 maakte gewag van 'de Stichting'. Hiermee werd gedoeld op de NOS. Daarnaast had het artikel betrekking op 'instellingen die zendtijd voor landelijke omroep hebben verkregen'. Dit waren de publieke omroepen (conform art. 1 sub t Mediawet). Art. 58 Mediawet zorgde uiteindelijk dus voor een soort *de facto* wettelijk dwanglicentiesysteem in het Nederlandse publieke omroepbestel, waarin de publieke omroepen hun programmeergegevens aan de NOS leverden en van de NOS vervolgens de gegevens van de andere omroepen ontvingen.

gens van de stichting wel de gegevens van hun collega-publieke omroepen om hun gidsen mee te vullen. De NOS was daarmee ook het centrale aanspreekpunt voor derden om de programmegegevens van alle publieke omroepen te verkrijgen.

De Telegraaf wilde een eigen televisiegids uitgeven, als bijvoegsel bij de zaterdageditie van de krant. De NOS was niet gediend van deze extra concurrentie voor de programmabladen van de publieke omroepen en weigerde de gegevens te leveren met een beroep op de geschriftenbescherming.

De effectiviteit van de geschriftenbescherming werd voor de publieke omroepen nog vergroot door art. 59 Mediawet⁴¹⁶ dat een omkering van de bewijslast voorschreef ten aanzien van de ontlening van gegevens door derden aan de programmalijsten van de omroepen. Resultaat van deze regel was dat derden die een televisiegids op de markt brachten zonder dat ze toestemming hadden gekregen van de NOS om publieke programmegegevens te publiceren, zelf moesten aantonen dat ze de gegevens *niet* (direct of indirect) aan de programmaoverzichten van de NOS hadden ontleend, maar zelf hadden verzameld uit openbare informatie. Dit is een bijna onmogelijke opgave als het gaat om volledige, foutloze programmaoverzichten. Art. 71w Mediawet⁴¹⁷ bevatte een met art. 59 Mediawet vergelijkbare beschermingsbepaling ten gunste van de commerciële omroepen.

De juridische procedures in de programmegegevenszaak vielen uiteen in een civielrechtelijke pendant en een administratiefrechtelijke pendant. In de civiele procedure bestreden De Telegraaf en de publieke omroepen (met als hoofdpersoon de NOS) elkaar, in de administratiefrechtelijke procedure nam de NMa (gesteund door De Telegraaf) het op tegen de publieke omroepen (hoofdpersoon ook hier: de NOS). De civielrechtelijke zaak verschilde in opzet van de administratiefrechtelijke zaak, maar in beide procedures stond uiteindelijk de vraag van misbruik van machtspositie in de zin van art. 24 Mw centraal: maakte de NOS misbruik van haar machtspositie door te weigeren om de programmegegevens van de publieke omroepen te leveren aan De Telegraaf, opdat deze krant een wekelijkse televisiegids zou kunnen fabriceren?

Ook HMG heeft een periode overhoop gelegen met De Telegraaf over de levering van haar programmegegevens. HMG is op zeker mo-

416 Tegenwoordig art. 2.142 van de Mediawet 2009 die de oude Mediawet heeft vervangen.

417 Tegenwoordig art. 3.28 van de Mediawet 2009 die de oude Mediawet heeft vervangen.

ment, na een eerste vaststelling door de NMa dat er sprake was van misbruik van machtspositie, overgegaan tot onderhandelingen met De Telegraaf.⁴¹⁸ Uiteindelijk was de houding van HMG ten opzichte van De Telegraaf toch een heel andere dan die van de NOS – in ieder geval een stuk minder gespannen.⁴¹⁹ De NOS heeft altijd pertinent geweigerd om de gegevens te leveren aan De Telegraaf, laat staan over levering te onderhandelen. Met de pertinente weigering van de NOS werden de onderhandelingen met HMG ook minder urgent voor De Telegraaf. Het heeft immers geen zin om een gids uit te geven waarin de programma-informatie van drie belangrijke zenders ontbreekt. De *bottleneck* zat dus echt bij de publieke omroepen.

3.2.2. De civiele procedure NOS c.s./De Telegraaf

3.2.2.1. Voorgeschiedenis

In de civielrechtelijke (kort geding)procedure hebben de NOS en de publieke omroepen De Telegraaf voor de rechter gedaagd omdat deze krant inbreuk zou maken op een auteursrecht dat rust op de programmegegevens van de NOS en de omroepen.

De Telegraaf was in november 1998 begonnen met het publiceren van een wekelijks programmablad genaamd *TV Week* bij zijn zaterdageditie. Deze televisiegids bevatte een programmaweekoverzicht, geselecteerd op genre.⁴²⁰ De Telegraaf was er blijkbaar in geslaagd de wekelijkse pro-

418 Dat wil zeggen dat HMG enkele malen een aanbod tot levering van de programmegegevens heeft gedaan. HMG vroeg daarvoor echter een dermate hoge vergoeding dat De Telegraaf daarop niet is ingegaan. De kwestie spitste zich vervolgens toe op het vraagstuk van misbruik van machtspositie door het vragen van een excessieve prijs voor de levering van programmegegevens. In Besluit d-g NMa van 1 april 2004 in zaaknr. 1/682, De Telegraaf t. HMG, tweede beslissing op bezwaar van HMG, beantwoordde de NMa deze vraag negatief. Een mededingingsautoriteit zal niet zo snel overgaan tot de vaststelling van excessiviteit van prijzen, aangezien zij daarmee impliciet treedt in het door particuliere partijen te voeren onderhandelingsproces over o.a. prijzen. Bovendien: wanneer is een prijs precies excessief te noemen?

419 Zo ging De Telegraaf er van uit dat de leveringsproblematiek tussen HMG en De Telegraaf in de praktijk wel in orde zou komen en dat beide partijen er op een gegeven moment wel uit zouden komen in hun onderhandelingen. Zie de mening van directeur Boerma van De Telegraaf in *Elsevier*, nr. 20, 15 mei 2004, p. 82.

420 Het programmaoverzicht werd daarbij in een andere vorm aangeboden dan gebruikelijk was bij bestaande tv-gidsen, namelijk niet chronologisch gerangschikt per zender, maar thematisch geselecteerd. Al vrij snel heeft De Telegraaf dit *format* weer aangepast in de richting van een 'klassieke' weergave van programmainformatie (op chronologische rangschikking). Het is een interessante vraag of een thematisch geordende televisiegids als 'nieuw' zou kunnen worden beschouwd in vergelijking met de bestaande programmabladen die op basis van chronologie zijn opgebouwd.

grammaoverzichten per zender (het 'spoorboekje') te bemachtigen buiten toedoen van de NOS en de omroepen zelf.⁴²¹ De NOS en de omroepen riepen zich dus op hun IE-rechten om De Telegraaf te dwingen publicatie van de gegevens te beëindigen.

In de civielrechtelijke kortgedingprocedure heeft de President van de rechtbank Den Haag vonnis gewezen begin 1999.⁴²² Hierin gaf hij aan zelf niet te willen oordelen over de vraag of er sprake is van misbruik van machtspositie en oordeelde dat De Telegraaf inbreuk maakte op de geschriftenbescherming van de NOS.⁴²³

Het Hof Den Haag vernietigde in januari 2001 in hoger beroep⁴²⁴ het vonnis van de President van de rechtbank en constateerde zelf dat er sprake was van misbruik van machtspositie aan de kant van de publieke omroepen. Het Hof sloot in zijn beslissing aan bij het toenmalige oordeel van de NMa in de administratiefrechtelijke pendant van de zaak, waarin de mededingingsautoriteit uitging van misbruik.⁴²⁵ Aldus kwam het Hof tot de slotsom dat het door de publieke omroepen gevorderde publicatieverbod van de programmeergegevens achterwege behoorde te blijven.

De Hoge Raad heeft in zijn cassatiearrest van 6 juni 2003⁴²⁶ het oordeel van het Hof Den Haag in stand gelaten.

In de programmeergegevensprocedures is dit punt verder nooit aan de orde gekomen

421 Volgens De Telegraaf via vrije nieuwsgaring, maar het Hof Den Haag achtte aanneemelijk dat voor de publicatie volgens het genremodel verstrekking van het 'spoorboekje' onontbeerlijk is. Zie ro 12 van het Hof Den Haag in zijn arrest van 30 januari 2001, rolnr 99/1.65. Het zou kunnen dat de Telegraaf deze gegevens (mede) via buitenlandse omroepen heeft verkregen. Deze buitenlandse omroepen ontvangen immers ruim voor publicatie van hun eigen televisiegidsen de programmaoverzichten van de Nederlandse omroepen.

422 Pres Rb 's-Gravenhage 5 januari 1999, rolpr rb KG 98/1539, zie ook *Mediaforum* 1999-2, p 70-73.

423 De president van de rechtbank heeft in zijn vonnis geen aansluiting gezocht bij de gelijktijdig lopende administratieve procedure, omdat er tegen het besluit van de NMa op dat moment nog een bezwaar liep.

424 Hof 's-Gravenhage 30 januari 2001, LJN-nr AA9717, rolnr 99/1.65. Zie ook Chatelin 2001, p 115-119.

425 Ten tijde van het oordeel van het Hof Den Haag bestond er slechts een eerste beschikking van de NMa, waarin deze autoriteit vaststelde dat er inderdaad sprake was van machtsmisbruik. De NMa had nog geen beslissing genomen op een door de omroepen ingediend bezwaar. Dit laatste was voor de President van de rechtbank reden om in zijn vonnis géén aansluiting te zoeken bij de gelijktijdig lopende administratieve procedure. Het Hof Den Haag deed dit dus wel en volgde de NMa in haar eerste besluit.

426 Hoge Raad 6 juni 2003, NOS, AVRO, KRO, NCRV, EO, TROS, VARA en VPRO / DE TELEGRAAF, LJN-nummer AF5100, zaaknummer C01/183HR, AMI 2003-4, p 141-157.

3.2.2.2. De vragen van intellectueel eigendomsrecht

In de civiele procedure is er nogal wat te doen geweest over de vraag welk intellectueel eigendomsregime nu eigenlijk bescherming biedt.⁴²⁷ Uiteindelijk heeft het Hof Den Haag geconcludeerd dat de programmeergegevens vallen onder de geschriftenbescherming.⁴²⁸ Maar het voegde daaraan toe⁴²⁹ dat het de vraag over misbruik van machtspositie ook bevestigend had beantwoord indien er sprake was geweest van een inbreuk op het volle auteursrecht⁴³⁰ of de bescherming van de Databankenwet.⁴³¹

Advocaat-Generaal (A-G) Verkade stelt in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad dat het mededingingsrechtelijke oordeel van het Hof geldt onafhankelijk van de vraag welk type IE-recht de programmeergegevens nu precies beschermt: de geschriftenbescherming, het 'volle' auteursrecht, of de *sui generis*-bescherming van de Databankenwet.⁴³² Het mededingingsrecht kan elk van deze IE-grondslagen terzijde stellen.⁴³³ De Hoge Raad sloot zich aan bij het standpunt van zijn A-G. Welke van de beschermingsmaatregelen ook ingeroepen (kunnen) worden, dit verandert niets aan de verhouding van het IE-recht tot het mededingingsrecht.

427 Drie IE-beschermheden werden ingeroepen door de NOS c.s.: het volle auteursrecht, het *sui generis* databankenrecht en de geschriftenbescherming.

428 Spoor en Verkade hebben het over 'para'- of 'proto'-auteursrechtelijke bescherming. Een dergelijke bescherming houdt gewoon een auteursrechtelijke bescherming in (uitgaande van de Auteurswet), zij het dat deze bescherming beperkter is dan een 'vol' auteursrecht – voor de toepassing van persoonlijkheidsrechten lijkt bijvoorbeeld nauwelijks plaats. Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 82, 87 en 88.

429 Zie Hof 's-Gravenhage 30 januari 2001, rolnr. 99/1.65, LJN-nr. AA9717, r.o. 14, laatste paragraaf.

430 Het zou dan gaan om een vol auteursrecht op de programmering als oorspronkelijke verzameling, niet als databank. Het programmeren zelf is immers een creatieve bezigheid. Vgl. Quaadvlieg 2002, p. 404-406.

431 Over de opvatting dat de programmalijsten slechts een spin-off zijn van de primaire activiteit van het programmeren en dat daardoor geen sprake kan zijn van een substantiële investering zijn de meningen hevig verdeeld geweest. Vgl. de uiteenlopende visies van A. Quaadvlieg en P. Hugenholtz. Zie Quaadvlieg 2002, p. 406-408; Hugenholtz 2002, p. 161-166.

432 Het mededingingsrechtelijke oordeel geldt dus niet los van de vraag of de NOS bepaalde intellectuele eigendomsrechten kan invoeren, zoals enkele annotatoren beweren in een verwijzing naar de conclusie van de A-G. Vgl. Van der Klis 2003, p. 255, en Koelman 2003, p. 157. Het geldt los van de vraag op welke IE-grondslag die intellectuele eigendomsrechten nu precies gebaseerd kunnen worden. Het hele geschil draait nu eenmaal om de vraag naar de toepasselijkheid van het mededingingsrecht juist indien er IE-rechten in het geding zijn.

433 Zie par. 4.4 van de conclusie van de A-G bij het arrest van de Hoge Raad, LJN-nummer AF5100, zaaknummer C01/183HR.

3.2.2.3. Het arrest van de Hoge Raad

De Hoge Raad concentreert zich in zijn cassatiearrest op de toepasselijkheid van art. 24 Mw.⁴³⁴ De Hoge Raad laat de andere cassatieonderdelen die vragen opwerpen over de verschillende typen IE-recht die van toepassing zouden kunnen zijn rusten. De A-G had immers al aangegeven in zijn conclusie dat dit voor de beslissing omtrent de toepassing van het mededingingsrecht niets zou uitmaken. Over de uitleg van het intellectuele eigendomsrecht dus niets nieuws in dit arrest van de Hoge Raad. Het mededingingsrecht staat centraal.

Belangrijk is dat het in dit cassatiearrest niet gaat om een bodemprocedure, maar om een kort geding. De rechters die zich bezighielden met de kort gedingzaak richtten zich op de vraag of misbruik op dat moment aannemelijk was of niet. Ze kenden de uitkomst van de tegelijk lopende administratieve procedure nog niet, en waren ook niet in staat om zich als bodemrechter langdurig en diepgaand vast te bijten in de achtergrond en merites van de zaak. Belangrijk is ook om te melden dat ten tijde van de civiele procedure het *IMS Health*-arrest nog niet was geweest door het Hof van Justitie EG.

De Hoge Raad handhaaft de constatering van het Hof Den Haag dat in casu sprake is van een 'uitzonderlijke omstandigheid' als bedoeld in de *Magill- en Bronner*-rechtspraak van het HvJ EG. Hij doet dat op de volgende wijze.

De NOS c.s. voert aan dat in een geval als dit in de eerste plaats onderzocht moet worden of er voor het product dat de derde, De Telegraaf, op de markt wil brengen of brengt, al dan niet een daadwerkelijk of potentieel substituut bestaat. Het Hof Den Haag had daarop moeten vaststellen of TV Week, ondanks de ontkenning van de zijde van de NOS c.s., een nieuw product is waarnaar een constante en regelmatige potentiële vraag bestaat. Bovendien heeft het Hof Den Haag volgens de klacht van de NOS miskend dat in dit soort gevallen volgens de rechtspraak van het HvJ EG drie voorwaarden moeten worden onderscheiden en dat aan die voorwaarden cumulatief dient te zijn voldaan alvorens sprake is van misbruik van machtspositie.

Deze klacht gaat niet op volgens de Hoge Raad. Het Hof Den Haag heeft immers vastgesteld dat "van de zijde van de consument" vraag bestaat naar de onderhavige uitgave. Daarmee heeft het Hof klaarblijkelijk het ontbreken van een daadwerkelijk of potentieel substituut voor TV Week op het oog gehad. In het oordeel van het Hof Den Haag ligt besloten

434 Zie voor een uitgebreide beschouwing van dit arrest: Houdijk 2003, p. 204-213.

dat de door het Hof vastgestelde vraag hiernaar moet worden gezien als een constante en regelmatige potentiële vraag. In aanmerking genomen dat het een kort geding betreft en gelet op het partijdebat, kon het Hof Den Haag volstaan met dit oordeel, dat niet onbegrijpelijk is en dat, als van feitelijke aard, in cassatie verder niet kan worden getoetst.⁴³⁵

De Hoge Raad wijst de klacht van de NOS af met het argument dat het Hof Den Haag de cumulatieve vereisten van een daadwerkelijke behoefte aan een product (door het ontbreken van een daadwerkelijk of potentieel substituut), de uitsluiting of verstoring van de mededinging en het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging in zijn beoordeling heeft betrokken.⁴³⁶ De Hoge Raad laat de conditie van het 'nieuwe product' links liggen. In het licht van het latere *IMS Health*-arrest blijkt dit een verkeerde keuze.

Over het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging voor de leveringsweigering door de publieke omroepen laat de Hoge Raad zich ook nog uit.

Het Hof Den Haag vond niet dat er een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig was voor de NOS om de programmegegevens niet te leveren aan De Telegraaf. Het Hof Den Haag achtte het niet aannemelijk dat de omroepen door de uitgave van TV Week zodanige inkomsten uit hun programmabladen zouden derven dat daardoor het publieke bestel zou worden ondergraven.

De NOS c.s. voert in cassatie aan dat van een objectieve rechtvaardigingsgrond ook sprake kan zijn zonder dat het publieke bestel wordt ondergraven. Het Hof had moeten toetsen aan het criterium of de NOS c.s., gelet op haar belangen, in redelijkheid licentiëring van het 'spoorboekje' had mogen weigeren.

De Hoge Raad is het hierin niet eens met de NOS en vindt dat een toetsing aan het criterium van de afwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond niet volledig samenvalt met de beantwoording van de vraag of de NOS c.s. in redelijkheid licentiëring had mogen weigeren. De Hoge Raad verwierpt dus de klacht van de NOS c.s. dat er wel degelijk een (objectieve) rechtvaardigingsgrond bestaat voor haar weigering om een licentie te verstrekken en dat zij dus in redelijkheid licentiëring mocht weigeren.⁴³⁷

435 Hoge Raad 6 juni 2003, NOS, AVRO, KRO, NCRV, EO, TROS, VARA en VPRO / DE TELEGRAAF, LJN-nummer AF5100, zaaknummer C01/183HR, r.o. 3.11.

436 Hoge Raad 6 juni 2003, LJN-nummer AF5100, r.o. 3.11.

437 Hoge Raad 6 juni 2003, LJN-nummer AF5100, r.o. 3.9.

Het oordeel van het Hof Den Haag en de Hoge Raad is op dit onderdeel juist. Van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor licentieweigering kan echt alleen sprake zijn indien de verkoop van televisiegidsen essentieel is om het publieke omroepbestel in stand te houden. Dit is natuurlijk niet het geval.⁴³⁸

De objectieve rechtvaardigingsgrond zoals hier besproken ligt in dit geval van (mededingingsbeperkende) gedragingen van organisaties met een publieke taak in het verlengde van de toets van art. 25 Mw. De centrale vraag daarbij is of een leveringsplicht het de omroepen onmogelijk maakt de hun gestelde publieke taak uit te oefenen. Art. 25 Mw kan voorsnog alleen toegepast worden door de NMa in een administratieve procedure. In een civiele procedure staat rechtstreekse toetsing aan dit artikel niet open. Via de band van een apart jurisprudentieel criterium 'objectieve rechtvaardigingsgrond' kan echter een gelijksoortige afweging worden gemaakt tussen een mededingingsbeperking aan de ene kant en de noodzaak daarvan voor de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang aan de andere kant.

3.2.3. *De bestuursrechtelijke procedure NMa/NOS c.s*

3.2.3.1. De verschillende fases in de procedure

De administratiefrechtelijke procedure draait om de vraag of de NOS, de publieke en de commerciële omroepen misbruik maken van hun economische machtspositie door te weigeren om hun programmeergegevens beschikbaar te stellen aan De Telegraaf. De NMa heeft in haar besluit op bezwaar d.d. 3 oktober 2001⁴³⁹ (opnieuw) vastgesteld dat er sprake is van misbruik van machtspositie door de NOS en de omroepen door hun programmeergegevens niet te leveren aan De Telegraaf. De NMa verplichtte de

438 De publieke omroepen met hun bijzondere taak in het verzorgen van televisie worden deels uit publieke middelen bekostigd, en kunnen daarnaast nog geld verdienen aan reclamezendtijd. Eventuele winsten uit de gidsenverkoop zijn daarbij niet essentieel voor de financiering en het voortbestaan van de publieke omroep. Ook is het lidmaatschap van de gids geen onontbeerlijk instrument in de aanwerving van nieuwe leden. Indien mensen lid willen worden van een omroep dan kunnen ze daartoe gewoon in vrijheid overgaan, wat voor gidsen er ook op de markt zijn. Het uitgeven van programmagidsen is dan ook slechts een (economische) nevenactiviteit van de publieke omroepen in de zin van art. 57 Mediawet en behoort niet tot hun wettelijke taken.

439 Besluit d-g NMa 3 oktober 2001, nummer 1/501 o119, Telegraaf t. NOS/HMG, inclusief advies van de Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet van 27 juli 2000.

NOS dan ook onder dwangsom om de gegevens te verstrekken aan De Telegraaf.

De NMa komt in haar besluit op bezwaar uiteindelijk op basis van het *Bronner*-arrest tot de volgende voorwaarden om te toetsen of sprake is van misbruik van machtspositie door de IE-rechthebbende in kwestie: 1. de weigering te leveren kan elke mededinging *van verzoeker* op de betrokken markt uitsluiten; 2. zonder dat hiervoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat; 3. terwijl de geweigerde dienst onontbeerlijk is voor verzoeker in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief bestaat.⁴⁴⁰

In de voorwaarden zoals geformuleerd door de NMa, is in vergelijking met de omstandigheden uit *Magill* het criterium van de verhindering van de introductie van een nieuw product verdwenen. Het is dan ook niet vreemd dat de NMa met de geformuleerde criteria in de hand tot de constatering van misbruik komt: de NOS dient een licentie af te geven aan De Telegraaf, omdat er nauwelijks reële alternatieven zijn voor deze krant om de programmagegevens te verwerven zonder inbreuk te maken op het auteursrecht van de NOS en de omroepen.

De Rechtbank Rotterdam heeft zich op 11 december 2002 uitgelaten over het besluit van de NMa en dat gesauveerd. De rechtbank Rotterdam heeft geoordeeld dat uit het arrest *Bronner* niet kan worden afgeleid dat het HvJ EG het beletten van de introductie van een nieuw product als een essentieel criterium ziet.⁴⁴¹ Hierbij moet opgemerkt worden dat uit *Bronner* ook niet met absolute zekerheid kan worden afgeleid dat het Hof van Justitie dit criterium niet als een essentiële voorwaarde ziet in IE-zaken.

De rechtbank Rotterdam vervolgt met de opmerking dat niet gesteld kan worden dat het Hof van Justitie zich in *Magill* al definitief en expliciet heeft uitgelaten over de invulling van het hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden. Er is dus nog ruimte voor rechtsontwikkeling, aldus de rechtbank.⁴⁴² Van deze ruimte maakt de rechtbank gebruik om de vaststelling van de NMa van misbruik van machtspositie in stand te houden.

In april 2003 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in een uitspraak inzake voorlopige voorziening omtrent de directe uitvoering

440 Zie randnummer 48 van Besluit d-g NMa 3 oktober 2001, nummer 1/501.o119. In randnummer 50 van het besluit herformuleert de NMa de voorwaarden nogmaals in een andere volgorde. Ze komen echter op hetzelfde neer als de voorwaarden die de NMa in randnummer 48 opsomt.

441 Zie Rb. Rotterdam 11 december 2002, LJN-nummer AF1811, r.o. 2.4.2.

442 Zie Rb. Rotterdam 11 december 2002, LJN-nummer AF1811, r.o. 2.4.2.

van een dwangsombesluit van de NMa⁴⁴³ beslist dat het nog niet evident is dat de omroepen een machtspositie misbruiken in de zin van de wet.⁴⁴⁴ Deze beslissing van het CBB in voorlopige voorziening bleek een waar-schuwingsschot. In de procedure ten gronde heeft het college de NMa uiteindelijk teruggefloten. In zijn uitspraak van 15 juli 2004 op het hoger be-roep van de NOS tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in het geding tussen de NOS en de (d-g) NMa,⁴⁴⁵ besliste het CBB dat van mis-bruik van machtspositie in deze casus geen sprake kon zijn.

Opvallend genoeg is in de hele administratieve procedure eigenlijk geen sprake geweest van discussie over de *aard* van het IE-recht waarop de mis-bruikvraag betrekking had. De NMa is in haar procedure tegen de NOS altijd uitgegaan van de geschriftenbescherming als het enige van toepas-sing zijnde IE-beschermingsregime, en datzelfde geldt voor de administra-tiefrechtelijke colleges.⁴⁴⁶

3.2.3.2. De uitspraak van het CBB

Het CBB geeft heel duidelijk aan dat het begrip 'misbruik van machts-positie' in art. 24 Mw uitgelegd moet worden in lijn met dezelfde term uit het EG-mededingingsrecht. Het college wijst er ook op dat de NMa de-zelfde benadering heeft aangehouden in haar besluiten en zich heeft ge-

443 CBB (enkelvoudige kamer voor spoedeisende zaken) 9 april 2003, LJN-nummer AF7441. De voorlopige voorziening was gevraagd door de NOS om het besluit van de NMa tot het opleggen van een dwangsom te doen schorsen.

444 Vervolgens weegt het CBB in zijn voorlopige voorziening de belangen van de omroepen en De Telegraaf tegen elkaar af en is van oordeel dat het belang van de omroepen zwaarder moet wegen dan dat van De Telegraaf. Het college concludeert dat de schade voor de omroepen (indien deze de programmegegevens nu meteen dienen te leveren) groter zal zijn dan die voor De Telegraaf (indien deze krant de gegevens voorlopig niet krijgt). Het CBB heeft daarbij tevens vastgesteld dat de NOS niet ge-dwongen kan worden tot onderhandelen, omdat een onderneming nu eenmaal niet tot onderhandeling kan overgaan terwijl het nog niet zeker is of zij wel moet leveren.

445 CBB 15 juli 2004, uitspraak op het hoger beroep van de NOS tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2002 in het geding tussen de NOS en de d-g NMa, LJN-nummer: AQ1727, zaaknummer: AWB 03/132.

446 Zie Besluit d-g NMa 10 september 1998, nummer 1, randnr. 7.19. Zie het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften van 27 juli 2000, nummer 1-502.O121, randnr. 105 (advies opgenomen bij besluit d-g NMa 3 oktober 2001, nummer 1/501.o119). Zie verder Rb. Rotterdam 11 december 2002, LJN-nummer AF1811, r.o. 2.4.2, tiende ali-neae. De besluiten van de NMa werden vernietigd door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven: CBB 15 juli 2004, NOS t. d-g NMa, LJN-nummer AQ1727, zaak-nummer AWB 03/132. De vraag naar het type rechtsbescherming van de program-magegegevens kwam echter niet expliciet aan de orde: het CBB ging ('gewoon') uit van de geschriftenbescherming.

oriënteerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie.⁴⁴⁷ Bij de uitleg van art. 24 Mw heeft de NMa dus niet een eigen koers gevaren die zich daadwerkelijk onderscheidt van de Europese lijn terzake, zo constateert het CBB.

Het CBB vervolgt met een korte beschouwing van de rechtspraak van de communautaire rechter ter zake, want hieruit moet het verlossende woord komen. Het hoogste administratieve rechtscollege neemt het kort tevoren gewezen *IMS Health*-arrest van het Hof van Justitie tot leidraad. Uit dit arrest komen drie cumulatieve voorwaarden voor misbruik naar voren. Het CBB kiest uit deze drie voorwaarden vervolgens het criterium met het meeste onderscheidend vermogen: de licentieweigering staat in de weg aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat.

Het college geeft aan dat het enkele feit dat de televisiegids van De Telegraaf niet aan een omroep gelieerd zou zijn, onvoldoende is om deze gids als een nieuw product te kwalificeren, te minder nu niet duidelijk is waarom dit de aard van het product in aanmerkelijke mate zou veranderen. Evenmin honoreert het CBB de stelling dat reeds uit het bestaan van een substantiële vraag naar de nog niet op de markt verschenen gids kan worden afgeleid dat het om een nieuw product gaat. Een dergelijke aanname zou er toe leiden dat een product reeds als nieuw kan worden beschouwd als het zich enkel van bestaande producten onderscheidt door een in belangrijke mate lagere prijs of doordat het samen met een ander product wordt aangeboden. Dit acht het CBB niet aanvaardbaar.⁴⁴⁸

Het CBB komt dan tot de volgende conclusie in par. 6 van zijn uitspraak:

"Conclusie moet dan ook zijn dat ten tijde van het nemen van het bestreden besluit niet voldaan was aan de uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie voortvloeiende vereisten om de weigering van de NOS om de wekelijkse programmegegevens aan De Telegraaf ter beschikking te stellen als misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mededingingswet te kunnen beschouwen. Daaruit volgt dat de bestreden uitspraak van de rechtbank voor vernietiging in aanmerking komt en dat het College () het beroep van de NOS tegen het besluit van de d-g NMa () gegrond dient te verklaren "

Met de conclusie dat de 'nieuw product'-voorwaarde niet opgaat kan niet meer voldaan worden aan alle (cumulatieve) voorwaarden voor misbruik.

447 CBB 15 juli 2004, LJN-nummer AQ1727, par 6

448 Zie voor alle specifieke overwegingen CBB 15 juli 2004, LJN-nummer AQ1727, par 6

Via deze 'Achilleshielaanpak'⁴⁴⁹ vernietigt het CBB de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, verklaart het beroep van de NOS tegen het besluit van de NMa van 3 oktober 2001⁴⁵⁰ gegrond en herroept NMa's primaire besluit van 16 februari 2000^{451 452}.

3.2.3.3. Nadere analyse van de uitspraak van het CBB

Nadat de NOS in de civiele procedure een nederlaag had geleden, en ook in de lagere instanties van de bestuursrechtelijke procedure kopje onder was gegaan, heeft de stichting dan toch in allerlaatste (administratiefrechtelijke) instantie haar gelijk gehaald. Het CBB heeft, met het toen zeer recente *IMS Health*-arrest in de hand, gezorgd voor een volledige kentering in de toepassing van het Nederlandse mededingingsrecht in alle rechterlijke procedures tot dat moment.

Alle andere rechterlijke instanties hadden zich in het NOS/De Telegraaf-geschil gericht op een kruising van de misbruikvoorwaarden uit het arrest *Magill* en uit het arrest *Bronner*, die meer alternatief bekeken werden dan cumulatief. De misbruikvoorwaarden die deze instanties aanhielden waren dan ook ruimer dan de criteria die het CBB uiteindelijk toepaste. De andere rechters concentreerden zich vooral op de vraag of concurrentie door de aspirant-afnemer mogelijk was op de markt van televisiegidsen zonder levering van de programmegegevens. De vraag stellen is haar beantwoorden. Het behoeft geen betoog dat de Nederlandse gegevens absoluut noodzakelijk zijn voor het produceren van een televisiegids voor de Nederlandse markt. De constatering van misbruik is dan snel gemaakt. Het CBB ging uiteindelijk dus niet mee in deze benadering.

Met zijn relatief korte uitspraak bevestigt het CBB als hoogste bestuursrechter de uitgangspunten van het *IMS Health*-arrest voor het Nederlandse mededingingsrecht, inclusief de 'nieuw product'-voorwaarde. Het CBB had natuurlijk een prejudiciële vraag kunnen stellen aan het Hof van Justitie EG betreffende een nadere uitleg van bepaalde aspecten van de *IMS Health*-formule, in de hoop dat het Hof deze vraag in behandeling zou nemen.⁴⁵³ Aan de ene kant kan men zeggen dat een type zaak als de pro-

449 Vgl. Van de Gronden & Mortelmans 2003a, p. 14

450 Besluit d-g NMa 3 oktober 2001, nummer 1/501 o119, Telegraaf t NOS/HMG.

451 Besluit NMa 16 februari 2000, zaaknr. 1/322 b53, Telegraaf t NOS/HMG

452 CBB 15 juli 2004, LJN-nummer AQ1727, par. 7

453 Het gaat hier immers 'slechts' om de toepassing van nationaal, Nederlands, recht, niet van communautair (mededingings)recht. Zie inzake de behandeling van prejudiciële vragen door het Hof van Justitie ter interpretatie van nationaal recht dat is

grammagegevenszaak een ideale *test case* zou zijn geweest voor het Hof van Justitie om te bezien hoe verstrekkend de cumulatieve criteria uit *IMS Health* nu werkelijk zijn – vooral wanneer het specifiek gaat om toegang tot een echt secundaire markt. Aan de andere kant mag een nationale rechter ook uitgaan van een bepaalde stand van het Gemeenschapsrecht. Dit is nimmer 'voltooid', en brengt dus een ingecalculeerd risico met zich: het Hof van Justitie kan altijd nader uitleggen, bepaalde variaties op bestaand EG-recht doorvoeren of zelfs afwijken van vigerende rechtspraak.

Het vraagstuk van de introductie van een nieuw product is in de gehele procedure bij de NMa en het daarop volgende administratieve beroep bij de rechtbank eigenlijk nauwelijks aan bod gekomen. Beide instanties zagen dit criterium niet als een essentiële toetssteen voor misbruik, maar zochten aansluiting bij de ruimere voorwaarden uit de 'essential facilities'-benadering,⁴⁵⁴ waarin het nieuwheidcriterium ontbreekt.

Het CBB houdt zich wel bezig met de interpretatie van de 'nieuw product'-voorwaarde, en is terughoudend om 'nieuwheid' in casu al te snel aan te nemen.

Om te kunnen spreken van de introductie van een 'nieuw product' dient er een verschil te bestaan tussen het te ontwikkelen product en de producten die zich reeds op de markt bevinden. Dat verschil kan technisch van aard zijn, maar ook gelegen zijn in de wijze van beschikbaarstelling aan het publiek (bijvoorbeeld de selectie en rangschikking van gegevens).⁴⁵⁵ Het verschil dient wel significant te zijn, anders verliest de 'nieuw product'-voorwaarde gemakkelijk haar betekenis.

Zo lijken prijsverschillen (i.e. een goedkopere versie van een product) onvoldoende om van een 'nieuw product' te doen spreken. Een dergelijke uitleg van het nieuwheidcriterium zou de bescherming door rechten van intellectuele eigendom fundamenteel ondergraven. Vandaar dat het CBB deze lijn ook niet accepteert. Een door een IE-recht verleende monopoliepositie draagt nu eenmaal inherent bepaalde mededingingsbeperkingen in zich in vergelijking met een (hypothetische) situatie van vrije concurrentie. Een bij de uitoefening van een IE-recht naar voren komend

gefundeerd op of is overgenomen uit communautair recht: Craig & De Búrca 2003, p. 435; Barents & Brinkhorst 2006, p. 259 en 260.

454 Zie arresten als *Commercial Solvents*, CBEM, *European Night Services* en *Bronner*: gev. zaken 6 en 7/73, *Commercial Solvents/Commissie*, *Jur.* 1974, 223; zaak 311/84, CBEM, *Jur.* 1985, 3261; gev. zaken T-374, 375, 384, 388/94, *European Night Services c.s./Commissie*, *Jur.* 1998, II-3141; zaak C-7/97, *Oscar Bronner/Mediaprint*, *Jur.* 1998, I-7791.

455 Vgl. Drijber 2004b, p. 139.

gebrek aan prijsconcurrentie en de daarmee veronderstelde relatief hoge prijs voor een product is er daar één van.

Het CBB honoreert de stelling dat reeds uit het bestaan van een substantiële vraag naar de nog niet op de markt verschenen gids kan worden afgeleid dat het om een nieuw product gaat, dan ook niet. In feite schuift het college het argument van het bestaan van een substantiële vraag naar een nog niet op de markt verschenen product als weinig relevant terzijde. Terecht, want in de analyse van het *IMS Health*-arrest zagen we al dat deze deelvoorwaarde eigenlijk ondergesneeuwd wordt door het nieuwheidelement.

3.2.3.4. Het belang van de aanwezigheid van IE-bescherming voor het misbruikvraagstuk

Uitgangspunt in de hele mededingingsrechtelijke procedure is steeds geweest dat de omroepen zich op enig recht van intellectuele eigendom met betrekking tot de programmegegevens konden beroepen. Het is de vraag of dit uitgangspunt nog steeds valide is.

In november 2004 heeft het Hof van Justitie in vier arresten⁴⁵⁶ de reikwijdte van de bescherming van de Databankenrichtlijn principieel ingeperkt.⁴⁵⁷ Belangrijk om te vermelden hierbij is dat het Hof de definitie van het begrip 'databank' niet inperkte, maar wel de beschermingsomvang die aan 'databanken' wordt verleend limiteerde. Na deze arresten is het twijfelachtig of programmaoverzichten onder het databankenrecht bescherming genieten. Voor de onderhavige programmegegevenszaak belangrijker is de vraag of de omroepen zich nog op de geschriftenbescherming kunnen beroepen. Volgens Hugenholtz is dat waarschijnlijk niet het geval; voor zover de programmaoverzichten als databanken zijn aan te merken, is auteursrechtelijke bescherming strijdig met de Databankenrichtlijn.⁴⁵⁸ Verderop in dit hoofdstuk wordt nog nader ingegaan op de databankenproblematiek en de status van de Nederlandse geschriftenbescherming onder de communautaire regelgeving terzake.⁴⁵⁹

De vraag óf de programmegegevens enige IE-bescherming genieten is van groot belang voor de misbruikvraag onder art. 24 Mw. Indien sprake is van bescherming, gaan vooralsnog de strenge voorwaarden op uit *Magill*

456 Zaak C-203/02, BHB/William Hill, *Jur.* 2004, I-10415; zaak C-46/02, Fixtures Marketing/Veikkaus Ab, *Jur.* 2004, I-10365; zaak C-338/02, Fixtures Marketing/ Svenska Spel, *Jur.* 2004, I-10497; zaak C-444/02, Fixtures Marketing/OPAP, *Jur.* 2004, I-10549.

457 Zie Visser 2005, p. 36 en Overdijk 2005, p. 69.

458 Hugenholtz 2005, p. 37.

459 Zie Paragraaf 3.2.6. van dit hoofdstuk.

en *IMS Health*. Mochten de omroepen géén IE-bescherming kunnen inroepen, dan is dit van invloed op de te hanteren misbruikcriteria in geval van leveringsweigering. Aannemelijk is dat in dat geval ruimere voorwaarden voor misbruik uit de 'essential facilities'-benadering opgaan.⁴⁶⁰

Wat er ook zij van de precieze status van de geschriftenbescherming en de andere IE-rechten in de programmagegevenssaga, deze casus heeft in ieder geval duidelijk gemaakt dat de 'nieuw product'-voorwaarde ook in het Nederlandse antitrustrecht bepalend is voor het oplossen van de collisie tussen IE- en mededingingsrecht.

3.2.4 De zaak *SBS/Quote*

3.2.4.1. Een nieuwe loot aan de stam van programmagegevenszaken

Wie dacht dat de programmagegevenssaga na vele jaren van procedures tot een einde was gekomen met het finale oordeel van het CBB in de zaak *NOS/NMa*, komt bedrogen uit. Het hoofdstuk tussen De Telegraaf en de NOS was dan afgesloten, nieuwe chapters waren al weer in de maak. De spelers wisselden, het vraagstuk bleef hetzelfde: dient een omroep zijn programmagegevens af te staan aan een derde die daarom verzoekt? Zo ondernam ook Wilmar Press & Productions een (overigens vergeefse) poging om de programmagegevens van de NOS in handen te krijgen.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ In dit kader zou wellicht aansluiting gevonden kunnen worden bij arresten als *Commercial Solvents*, CBEM, *European Night Services* en *Bronner*. *gev. zaken* 6 en 7/73, *Commercial Solvents/Commissie, Jur.* 1974, 223; zaak 311/84, CBEM, *Jur.* 1985, 3261, *gev. zaken* T-374, 375, 384, 388/94, *European Night Services c.s./Commissie, Jur.* 1998, II-3141, zaak C-7/97, *Oscar Bronner/Mediaprint, Jur.* 1998, I-7791. Zo heeft het Hof van Justitie in r.o. 41 van het *Bronner*-arrest drie voorwaarden geformuleerd ter toetsing van misbruik in een 'essential facilities'-zaak waarin de toegang tot een faciliteit wordt geweigerd: 1 de uitsluiting van elke mededinging op de markt van de eigenaar van de kant van de onderneming die verzoekt om toegang tot een faciliteit, 2 de afwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor weigering van de toegang, 3 de onontbeerlijkheid van de gevraagde dienst of faciliteit voor de uitoefening van de werkzaamheid van de verzoekende onderneming, in de zin dat er geen reeel of potentieel (!) alternatief bestaat voor deze faciliteit. Belangrijk is dat het nieuwheidscriterium hier ontbreekt.

⁴⁶¹ Wilmar Press & Productions had een klacht ingediend bij de NMa inhoudende dat de NOS misbruik maakte van haar machtspositie door de programmagegevens niet aan haar ter beschikking te stellen. De NMa heeft deze klacht vervolgens afgewezen met als argument dat het doen van nader onderzoek niet doeltreffend en doelmatig zou zijn. Hierbij speelde mee dat nieuwe wetgeving in de maak was over de openbaarheid van publieke programmagegevens (waarover meer in Paragraaf 3.2.5 van dit hoofdstuk), en dat de NMa haar eerdere administratieve procedure tegen de NOS (op klacht van De Telegraaf) uiteindelijk had zien stranden voor het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Zie Besluit d-g NMa op bezwaar, 27 juni 2005, nummer 1365-85, Wilmar Press & Productions t. NOS.

De meest recente loot aan de stam van de programmeergegevensrechtspraak die tot een gerechtelijke procedure heeft geleid, betrof een geschil tussen SBS aan de ene kant en Quote en MTV aan de andere kant. In de zaak *SBS/Quote*⁴⁶² weigerde SBS haar programmeergegevens te leveren aan uitgever Quote Media en zender MTV, mede omdat SBS vreesde dat het door haar uitgegeven Veronica Magazine zou lijden onder de concurrentie van het nieuwe blad dat Quote en MTV samen op de markt brengen, 'IN Magazine' geheten. Net zoals het CBB eerder had gedaan in de programmeergegevenszaak, besliste een Nederlandse rechter dat de, in dit geval commerciële, zender géén misbruik maakte van zijn machtspositie uit hoofde van art. 24 Mw, indien hij weigerde om gegevens te leveren.⁴⁶³

3.2.4.2. Het kort geding-vonnis

In het kort geding-vonnis van 28 juli 2005 stond wederom de vraag centraal of een omroep, dit keer SBS, misbruik maakt van zijn machtspositie door te weigeren zijn programmeergegevens ter beschikking te stellen van een derde, in dit geval uitgever Quote en zender MTV. In haar vonnis gaat de voorzieningenrechter opnieuw uit van de geschriftenbescherming. Het duurde even in de procedure alvorens de rechter een beslissing nam over de ontleningsvraag, maar uiteindelijk concludeerde zij dat Quote de gegevens indirect (en zonder toestemming) ontleent aan SBS als bedoeld in art. 71w Mediawet jº art. 10 lid 1 sub 1 Aw.

Dan de misbruikvraag. Men zou op de eerste plaats kunnen denken aan discriminatie bij het kiezen van de wederpartij, aangezien SBS wel aan andere omroepen haar gegevens levert, maar niet aan MTV. De voorzieningenrechter komt echter tot de conclusie dat van discriminatie geen sprake is, daar het tijdschrift IN van MTV en Quote op grond van inhoud en doelgroep niet vergelijkbaar is met de bestaande televisiegidsen van andere omroepen.⁴⁶⁴ Opmerkelijk genoeg stelt de rechter even verderop vast dat IN níet als 'nieuw' te kwalificeren is, wél in concurrentie staat met Veronica Magazine en zich zelfs op dezelfde markt beweegt als laatstgenoemd programmablاد. Blijkbaar valt het met het afwijkende gehalte van het tijd-

462 Kort geding-vonnis van de Vznr. Rechtbank Amsterdam, 28 juli 2005 (SBS/Quote Media en MTV), zaaknr. 317128 / KG 05-1040 P, LJN-nr. AU0253, voorafgegaan door een tussenvonnis van dezelfde rechter: Vznr. Rechtbank Amsterdam, 16 juni 2005 (SBS/Quote Media en MTV), zaaknr. 317128 / KG 05-1040 P, LJN-nr. AT7612.

463 Zie over deze zaak uitgebreid: Houdijk 2005f, p. 356-365.

464 Zie Vznr. Rechtbank Amsterdam, 28 juli 2005 (SBS/Quote Media en MTV), zaaknr. 317128 / KG 05-1040 P, LJN-nr. AU0253, ov. 6.

schrift dus wel mee.⁴⁶⁵ Het discriminatie-element is in casu voorts onlosmakelijk verbonden met de figuur van de leveringsweigering, en daarom neemt de voorzieningenrechter de *IMS Health*-criteria gewoon ter hand. De rechter toetst aan twee criteria: eerst de 'nieuw product'-voorwaarde, en vervolgens de objectieve rechtvaardigingsgrond voor licentieweigering. Het is de vraag of deze combinatie wel doorlopen hoeft te worden op de wijze zoals de rechter dat gedaan heeft.

De vraag of sprake is van een 'nieuw product' beantwoordt de voorzieningenrechter negatief. Een andere uitstraling, prijsstelling of doelgroep dan bestaande (omroep)bladen kunnen er weliswaar toe leiden dat IN zich kan onderscheiden van andere tijdschriften in het betreffende marktsegment, maar dit brengt niet mee dat van een nieuw product gesproken kan worden.⁴⁶⁶ Opvallend is dat de rechter in dezelfde paragraaf vaststelt dat IN zich niet alleen richt op een geheel andere doelgroep dan de overige programmabladen, maar dat het bovendien gekenmerkt wordt door het feit dat de programmeergegevens en de programmagerelateerde artikelen slechts een klein deel van de inhoud van het blad uitmaken. Er is dus een verschil met bestaande programmabladen in de nadruk van het tijdschrift op andersoortige, niet-televisiegerelateerde onderwerpen. Ook deze omstandigheid is onvoldoende om het tijdschrift tot een novum te maken. De voorzieningenrechter komt alle factoren (en verschillen) afwegend tot de slotsom dat er geen sprake is van een nieuw product: het tijdschrift IN mag dan onderscheidend zijn, het is desondanks niet vernieuwend genoeg.

Na behandeling van het nieuwheidcriterium had de rechter haar toetsing van de misbruikvoorwaarden eigenlijk kunnen staken: immers, indien aan één van de (cumulatieve) voorwaarden niet wordt voldaan, houdt het verhaal op. De voorzieningenrechter gaat echter verder met de toetsing van een volgende misbruikvoorwaarde: de afwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Zij komt daarbij vreemd genoeg tot de conclusie dat er wél een rechtvaardigingsgrond aanwezig is voor de licentieweigering. Zo overweegt de rechter dat het nieuwe tijdschrift IN het blad *Veronica Magazine* van SBS concurrentie aandoet. SBS heeft daarom het recht

465 Mahler wijst terecht op de discrepantie in de redenering van de voorzieningenrechter dat er wél genoeg verschil is tussen producten om ze niet als gelijke gevallen te behandelen in het discriminatievraagstuk, maar niet voldoende verschil om van een nieuw product te spreken. Zie Mahler 2005, p. 348.

466 Zie Vznr. Rechtbank Amsterdam, 28 juli 2005 (SBS/Quote Media en MTV), ov. 6.

licentiëring te weigeren ter bescherming van haar economisch belang bij haar eigen blad, dat zich op dezelfde markt beweegt.⁴⁶⁷

Het is sterk de vraag of de maatstaf van de objectieve rechtvaardigingsgrond voor licentieweigering zo eenvoudig is in te vullen als de voorzieningenrechter dat doet, namelijk met de enkele vrees voor (iets) meer concurrentie.⁴⁶⁸ Indien men de poort van de objectieve rechtvaardigingsgrond openzet voor dit type argument, lijkt het hek van de dam. Er is altijd wel een economische reden te vinden voor een onderneming om haar IE-recht aan bepaalde bedrijven niet te licentiëren. De *IMS Health*-voorwaarden, in het bijzonder het 'nieuw product'-criterium, vormen een zwaar regime, in de zin dat men niet gemakkelijk aan de voorwaarden voldoet. Het zou niet logisch zijn dat in situaties waarin aan alle voorwaarden wordt voldaan, een dominante onderneming alsnog middels een beroep op een ruim toepasbare objectieve rechtvaardigingsgrond aan een licentieverplichting zou kunnen ontsnappen.

In haar kort-gedingvonnis in de zaak *SBS/Quote* hanteert de voorzieningenrechter de misbruikvoorwaarden niet overal even helder. Uiteindelijk maakt dat voor haar eindconclusie niets uit, aangezien de vaststelling van misbruik hoe dan ook sneuvelt bij de voorwaarde van de (verhinderende van de) introductie van een nieuw product: hoewel het tijdschrift *IN* van *Quote* en *MTV* zich wel onderscheidt van bestaande televisiegidsen, acht de voorzieningenrechter het niet vernieuwend genoeg om te kunnen spreken van een 'nieuw product'. De redeneerwijze van de voorzieningenrechter leidt dus niet tot een andere uitkomst dan waarop de rechter was uitgekomen indien zij met haar afwegingen het gangbare toetsingschema precies had gevolgd.

Men ziet, ook in deze zaak, dat bij gebrek aan duidelijke, nader uitgewerkte subcriteria de rechter behoorlijk veel ruimte heeft om de nieuwheid naar eigen inzicht in te vullen.

Het oordeel van de voorzieningenrechter in de zaak *SBS/Quote* luidde overigens het einde in van het tijdschrift *IN Magazine*. In een bericht van 24 november 2005 werd aangekondigd dat *IN Magazine* ophoudt te bestaan. Het tijdschrift is niet rendabel genoeg, en daarom trekken de uitgevers de stekker er uit. Hiermee is wel duidelijk hoe belangrijk volledige programmegevensoverzichten zijn voor tijdschriften die zich voor een aanzienlijk gedeelte richten op het onderwerp 'televisie'.

467 Zie Vzng. Rechtbank Amsterdam, 28 juli 2005 (*SBS/Quote Media en MTV*), ov. 6.

468 Vgl. Mahler 2005, p. 348; Nijs 2005, p. 156.

3.2.5. De Nederlandse politiek en de programmeergevens

Na een lange juridische procedure hebben de NOS en de publieke omroepen het mededingingsrechtelijke gelijk uiteindelijk aan hun zijde gekregen. Toch zal deze overwinning bij de rechter een Pyrrusoverwinning zijn, als de plannen van de Nederlandse wetgever tot wetswijziging uiteindelijk doorgang vinden. Jarenlang hebben voorstellen in verschillende vorm gecirculeerd waarmee de wetgever de publieke omroepen wilde dwingen om over te gaan tot levering van hun (met publiekrechtelijke gelden gefinancierde) programmeergevens.⁴⁶⁹ De eerste die dan zou aankloppen, was natuurlijk De Telegraaf.

De felle houding van de NOS en de publieke omroepen door de jaren heen in de verdediging van hun IE-rechten is overigens niet onbegrijpelijk. Naast hun publieke dimensie zijn de omroepen uiteindelijk ook verenigingen die net als andere privaatrechtelijke rechtspersonen eigen initiatieven mogen ontplooiën in de (neven)activiteiten die zij uitoefenen. Dit alles uiteraard wel binnen de grenzen die de Mediawet stelt.⁴⁷⁰

Staatssecretaris Van der Ploeg had al in 2001 het voornemen opgevat om via een wijziging van de Mediawet zowel publieke als commerciële omroepen te verplichten om hun gegevens tegen een redelijke vergoeding aan derden ter beschikking te stellen.⁴⁷¹ De ratio achter dit voorstel is dat publieke omroepen programma's maken die (deels) uit publieke middelen betaald worden. Het lijkt dan logisch om die programmeergevens vrijelijk (dan wel tegen een geringe vergoeding) aan iedereen ter beschikking te stellen. Hiermee wordt ook zorg gedragen voor een optimale publicatie van en maximale aandacht voor de programma's die de publieke omroep

469 Het lijkt er op dat de NMa in het begin van de programmeergevensprocedure tegen de politiek verantwoordelijken op het Ministerie van OCW heeft gezegd dat zij wel zou zorgen dat de NOS en de publieke omroepen de programmeergevens zouden gaan leveren aan derden. Vgl. Van Loon 2004, p. 66; Hoyng 2002, p. 115 en p. 116. Maar uiteindelijk moet de juridische redenering van de NMa hiervoor natuurlijk wel stand houden. Uiteindelijk bleek dit niet het geval in laatste instantie bij het CBB, waarna politieke actie overbleef als alternatief om verandering in de *status quo* te bewerkstelligen.

470 Zo formuleerden onder meer art. 55 en 57a Mediawet (oud) duidelijke grenzen aan de uitoefening van activiteiten door publieke omroepen. Zie art. 2.143, 2.134, 2.135 en 2.36 van de Mediawet 2009.

471 Zie de brief van Staatssecretaris van Cultuur Van der Ploeg aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 20 juni 2001, beschikbaar op <<http://www.minocw.nl/actueel/brief2k/juni.html>>.

uitzendt. Na het vertrek van Van der Ploeg uit Den Haag is het een tijd lang stil gebleven rond dit plan.⁴⁷²

Uiteindelijk hebben de Tweede-Kamerleden Örgü en Bakker een initiatief-wetsvoorstel ingediend om de programmeergevens van de publieke omroepen vrij te geven.⁴⁷³ In hun (oorspronkelijke) voorstel wilden beide Kamerleden dit doel bewerkstelligen middels een wijziging van de Mediawet.⁴⁷⁴ Art. 58 Mediawet⁴⁷⁵ zou worden gewijzigd middels de toevoeging van een derde lid waarin was vermeld dat de NOS de programmeergevens van de publieke omroepen om niet (!) ter beschikking diende te stellen aan derden die daarom zouden verzoeken. In deze opzet zouden de *publieke* omroepen hun gegevens dus vrijelijk beschikbaar dienen te stellen. De *commerciële* zenders zouden zich echter nog steeds kunnen verzetten tegen publicatie van hun programmeergevens met een beroep op de geschriftenbescherming.

Het wetsvoorstel is vervolgens beoordeeld door de Raad van State,⁴⁷⁶ waarna de twee Kamerleden hun concept met het oog op de adviezen van de Raad hebben aangepast.⁴⁷⁷ Zij voegden aan het aangepaste wetsontwerp een bepaling toe teneinde in de Auteurswet vast te leggen dat de geschriftenbescherming zich niet zou uitstrekken over programmeergevens van de publieke omroepen. Ook schaften zij art. 59 en 71w Mediawet af

472 De minister van OCW heeft nog eens aangegeven dat een wetsvoorstel tot het vrijgeven van omroepgegevens in de maak was. Daarvan is echter niets meer vernomen. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 000 VII, nr. 90, sub-nr. 36.

473 Overigens was ook de regering tot het besluit gekomen dat de publieke omroepen hun programmeergevens vrij zouden moeten geven aan derden. Zie de Volkskrant, persbericht van 23 juni 2005, *Omroepen moeten tv-gegevens vrijgeven*. Het wetgevingsproces werd echter aan beide Kamerleden overgelaten.

474 Voorstel van wet van de kamerleden Örgü en Bakker tot wijziging van de Mediawet (regeling verstrekking programmeergevens), *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 680, nr. 2 (Voorstel van Wet) en nr. 3 (Memorie van Toelichting).

475 Vooralsnog schrijft art. 58 lid 2 Mediawet voor dat publieke omroepverenigingen gedogen dat hun gegevens ter beschikking van andere omroepen worden gesteld en eventueel aan derden, mits de NOS daarmee een overeenkomst heeft gesloten. Maar het verplicht de NOS niet om die gegevens automatisch aan derden ter beschikking te stellen. Was dit anders geweest, dan was alle heisa rondom de afgifte van de gegevens sowieso overbodig geweest omdat de wet al tot afgifte zou verplichten.

476 De Raad van State heeft eind augustus 2004 zijn advies opgesteld over het wetsvoorstel van Örgü en Bakker, aldus <<http://www.raadvanstate.nl>>; 'Vastgestelde adviezen in week 34' (van 2004); Afdeling III.

477 Voorstel van wet van de kamerleden Örgü en Bakker tot wijziging van de Mediawet (regeling verstrekking programmeergevens), *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 680, nr. 5 (Voorstel van Wet zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State).

waarin de omkering van de bewijslast is geregeld ten gunste van de publieke en commerciële omroepen in geval van een inbreuk op de (zojuist voor de publieke omroepen afgeschafte) geschriftenbescherming van programmeergegevens. Het aangepaste voorstel is daarna ter behandeling aan de Tweede Kamer voorgelegd.

Na het overleg in de vaste Kamercommissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschap hebben beide Kamerleden hun voorstel echter nogmaals gewijzigd. In de nieuwe opzet heeft het voorstel ook grote consequenties voor de commerciële omroepen. Het nieuwste concept bevat een wijziging van de Auteurswet waarmee de IE-rechtelijke bescherming aan alle programmeergegevens (ongeacht of ze uit de publieke of de commerciële hoek komen) onthouden wordt.⁴⁷⁸ De opname van een leveringsplicht voor de publieke omroepen in de Mediawet blijft gewoon in stand. De 'publieken' krijgen dus te maken met zowel de onttrekking van auteursrechtelijke bescherming aan hun programmeergegevens als met een wettelijke leveringsverplichting.

Mocht de wetswijziging in deze vorm doorgang vinden, dan hebben de publieke omroepen niet langer een grond om de levering van hun programmeergegevens aan derden te weigeren. Zij zijn hun IE-rechtsbescherming kwijt, en er ligt een wettelijke leveringsplicht vast in de (Media)wet.

De situatie van de commerciële omroepen is diffuser. Weliswaar zijn ook hun programmeergegevens ontdaan van de geschriftenbescherming, maar van een expliciete wettelijke leveringsplicht voor de 'commerciële' is geen sprake. Ook al hebben de commerciële zenders dan niet langer een beroep op IE-rechtsbescherming, ze kunnen feitelijk wel blijven weigeren om de gegevens te verstrekken aan derden die om levering vragen. Het intellectuele eigendomsrecht kent in ieder geval geen bepaling die voorschrijft dat tot levering moet worden overgegaan in geval van absentie van een recht. De aspirant-afnemers zouden de gegevens dan alleen kunnen bemachtigen door ze aan geschriften van derden te ontlelen. Hiertegen zouden de commerciële omroepen dan niet in rechte kunnen optreden. Ze kunnen echter wel in de praktijk maatregelen treffen om dit soort ontleening zoveel mogelijk te voorkomen. Op deze wijze kunnen de uitzendgegevens alsnog onthouden worden aan derden die deze eigenlijk zouden willen gebruiken voor een eigen televisiegids.

478 Voorstel van wet van de kamerleden Örgü en Bakker tot wijziging van de Mediawet en de Auteurswet 1912 (regeling verstrekking programmeergegevens), *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 680, nr. 10 (Nota van Wijziging).

In de geschetste situatie zou een directe leveringsplicht voor de 'commerciële' eigenlijk alleen nog afgedwongen kunnen worden via een beroep op het mededingingsrecht (i.e. art. 24 Mw). Daarmee zijn we weer terug bij af, en kunnen de juridische procedures weer opnieuw beginnen. Ditmaal wel, dat moet gezegd, met een grotere kans voor de aspirant-afnemers om een schending van art. 24 Mw aan te tonen. De 'nieuw product'-voorwaarde is dan immers weggevallen.

Het wetsvoorstel van Bakker en Örgü is nog immer niet aangenomen door de Tweede Kamer. Nadat beide Kamerleden het parlement eind november 2006 hebben verlaten is de verdediging van hun voorstel overgenomen door de Kamerleden Weekers en Van der Ham.⁴⁷⁹ Bij afronding van deze tekst was het voorstel nog steeds in behandeling bij de Tweede Kamer.⁴⁸⁰ De nieuwe Mediawet 2009 heeft het onderwerp laten rusten voor aparte (verdere) behandeling als initiatiefwetsvoorstel.⁴⁸¹

3.2.6. *De positie van het databankenrecht in de botsing tussen mededingingsrecht en IE-recht*

Uitgangspunt in de Nederlandse mededingingsrechtelijke procedures tot nu toe is steeds geweest dat de omroepen zich op enig recht van intellectuele eigendom (lees: de geschriftenbescherming) met betrekking tot de programmeergegevens konden beroepen. Het is echter de vraag of dit uitgangspunt nog wel valide is. Naast haar doorwerking in de Nederlandse Databankenwet, kan de Europese Databankenrichtlijn⁴⁸² namelijk ook haar weerslag hebben op de Nederlandse geschriftenbescherming.

In november 2004 heeft het Hof van Justitie in de vier 'BHB'-arresten⁴⁸³ de reikwijdte van de bescherming van de Databankenrichtlijn principieel ingeperkt voor databanken *sui generis*.⁴⁸⁴ De Richtlijn biedt via art. 7 alleen

479 Zie Brief van het lid Weekers, *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 680, nr 11

480 Zie Behandeling van het Voorstel van wet van de leden Van der Ham en Weekers tot wijziging van de Mediawet en de Auteurswet 1912 (regeling verstrekking programmeergegevens - 29680) van 13 juni 2007 (publicatiedatum 22 juni 2007), *Handelingen Tweede Kamer* 2006-2007, nr 80, p 4268-4276

481 Zie *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 356, nr 3, Memorie van Toelichting bij vaststelling van een nieuwe Mediawet, p 56

482 Richtlijn 96/9/EG betreffende de rechtsbescherming van databanken, *Pb* 1996, L 77/20

483 Zaak C-203/02, BHB/William Hill, *Jur* 2004, I-10415, zaak C-46/02, Fixtures Marketing/Veikkaus Ab, *Jur* 2004, I-10365, zaak C-338/02, Fixtures Marketing/ Svenska Spel, *Jur* 2004, I-10497, zaak C-444/02, Fixtures Marketing/OPAP, *Jur* 2004, I-10549

484 Zie Visser 2005, p 36 en Overdijk 2005, p 69

bescherming aan databanken waarin substantieel is geïnvesteerd. Het Hof had de heikele taak om nader uit te leggen waarop de investering nu precies gericht dient te zijn om als substantiële investering in de zin van art. 7 Databankenrichtlijn te gelden. Het Hof deed dit vooral aan de hand van het begrip 'investering in de verkrijging van de inhoud van een databank'. Let wel, het Hof boog zich in de genoemde arresten niet nader over de interpretatie van het begrip 'databank', maar over de reikwijdte van de bescherming die aan een 'databank' in de zin van de Richtlijn dient te worden verleend.

De Gemeenschapsrechter bepaalde dat databanken waarvoor niet substantieel geïnvesteerd is in het verkrijgen en verzamelen van gegevens niet meer hoeven te rekenen op de bescherming van de Databankenrichtlijn. Het investeringscriterium in art. 7 omvat dus niet de middelen die specifiek worden aangewend voor het creëren van de elementen die de inhoud van een databank vormen.⁴⁸⁵ Zo telt het organiseren van voetbalwedstrijden of het produceren van televisieprogramma's sowieso niet mee als substantiële investering in de vervaardiging van een databank. Overigens past hier de aantekening dat art. 7 meer toetsingselementen kent dan alléén het bestanddeel van de verkrijging van de inhoud van een databank; conform dit artikel kan ook bijvoorbeeld de presentatie van de inhoud van de databank een substantiële investering vergen – een toetsingselement dat wellicht mogelijkheden biedt voor bescherming van programmaoverzichten onder het databankenrecht.

Ook na genoemde arresten kan men twee kanten op wat betreft de databankbescherming: zij is wel van toepassing ten aanzien van programmaoverzichten, of zij is dat niet. Tegenstanders zullen aanvoeren dat een verzameling programmegegevens dan wel mag voldoen aan de ruime definitie van 'databank' in de zin van de Databankenrichtlijn, maar dat zij níet voldoet aan het criterium van de substantiële investering ex art. 7. Maatstaf is immers of er sprake is van een substantiële investering primair gericht op het creëren van de databank. De databank mag niet enkel door het doen van een investering in de (andersoortige) hoofdactiviteit zijn ontstaan en geëxploiteerd worden.⁴⁸⁶ Bij de programmegegevens is de primaire investering gericht op het programmeren (een handeling waaruit een uitzendschema voortvloeit), en niet op het ontwikkelen van een databank.

485 Zie BHB/William Hill, r.o. 42; Fixtures Marketing/Veikkaus Ab, r.o. 49; Fixtures Marketing/Svenska Spel, r.o. 37; Fixtures Marketing/OPAP, r.o. 53.

486 Zie Folmer 2005, p. 73.

De Nederlandse rechter en NMa hebben de vraag naar databankbescherming voor programmaoverzichten al eerder negatief beantwoord op grond van het ontbreken van een substantiële investering,⁴⁸⁷ nog vóór het Hof van Justitie met zijn restrictieve interpretatie van art. 7 Databankenrichtlijn kwam.⁴⁸⁸

Het probleem bij programmaoverzichten is ook dat ze niet direct aansluiten bij de ratio achter de databankbescherming. Programmeringschema's zijn allereerst bestemd om de kijkavond aan te sturen, ze worden niet specifiek in het leven geroepen als informatie-instrument voor het publiek. De programmering heeft dus niet de primaire functie om een databank te vormen waarin informatie opgezocht kan worden.

Voor de programmeergegevenssaga nog belangrijker (gezien het feit dat deze figuur in de Nederlandse cyclus onafgebroken het ijkpunt van IE-bescherming vormde) is de vraag of de geschriftenbescherming in stand blijft onder de werking van de Databankenrichtlijn.⁴⁸⁹ Dit is waarschijnlijk niet het geval.

Art. 3 lid 1 Databankenrichtlijn bepaalt dat 'geen andere criteria' dan het criterium van de 'eigen intellectuele schepping van de maker' worden toegepast bij de auteursrechtelijke bescherming van databanken. Door de ruime definitie van het begrip 'databank' in de Richtlijn,⁴⁹⁰ vallen daar vele soorten verzamelingen en overzichten van gegevens onder, óók programmaoverzichten. De Databankenrichtlijn beoogt een zekere harmonisatie te bereiken, en deze harmonisatie komt niet volledig tot stand als bestaande,

487 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 30 januari 2001, De Telegraaf/NOS, rol.nr. 99/1.65, LJN-nr. AA9717, ov. 5 en 6; Besluit d-g NMa 10 september 1998, zaaknummer 1, Holdingmaatschappij De Telegraaf/NOS en HMG, randnr. 7.24; Besluit d-g NMa 3 oktober 2001, nummer 1/501.o119, De Telegraaf/NOS en HMG, randnr. 37, met een verwijzing naar de opmerkingen van de Adviescommissie bezwaarschriften over dit punt (zie vooral randnr. 100 en 106 van het bijgevoegde advies van 27 juli 2000, nummer 1-502.O121).

488 Hugenholtz betoogt dat investeringen in het genereren van gegevens überhaupt niet door het databankenrecht bestreken (moeten) worden. Een uitsluitend recht op dergelijke gegevens, die derden niet uit alternatieve bron kunnen verkrijgen, zou gemakkelijk leiden tot onwenselijke monopolies en zou de informatievrijheid al te zeer beperken. Zie Hugenholtz 2002, p. 165 en 166.

489 Vgl. Van Loon 2004, p. 57.

490 Vgl. in dit kader ook de zeer ruime uitleg die het Hof van Justitie geeft aan het begrip 'databank' in het arrest *Fixtures Marketing/OPAP*, r.o. 32: "... iedere verzameling van werken, gegevens of andere elementen die van elkaar kunnen worden gescheiden zonder dat de waarde van de inhoud ervan daardoor wordt aangetast, en die een methode of systeem van welke aard dan ook bevat waardoor het mogelijk is elk van de elementen waaruit zij bestaat, terug te vinden."

afwijkende auteursrechtelijke beschermingsvormen van gegevensverzamelingen gehandhaafd blijven.⁴⁹¹

Belangrijk hierbij is te vermelden dat het Hof van Justitie in zijn vier arresten niet het begrip 'databank' uit art. 1 van de Richtlijn enger heeft uitgelegd, maar slechts de reikwijdte van de *sui generis*-bescherming van de Richtlijn voor die grote groep 'databanken' heeft ingeperkt.⁴⁹² Voor de geschriftenbescherming is dit van belang: nu de reikwijdte van het begrip 'databank' zo ruim blijft als oorspronkelijk gedefinieerd in de Richtlijn, valt een overzicht van programmeergegevens hier normaal gesproken óók onder. Nationale regelgeving mag dergelijke databanken niet (semi-)auteursrechtelijk beschermen volgens art. 3 Databankenrichtlijn indien daarbij niet de eigen intellectuele schepping van de maker het hoofdcriterium vormt.⁴⁹³ Bij de rechtsfiguur van de geschriftenbescherming ontbreekt nu net het element van de eigen intellectuele schepping – reden waarom de geschriftenbescherming geen volwaardig auteursrecht is (al blijft ze nog wel net lid van de auteursrechtfamilie⁴⁹⁴).

Mocht de Nederlandse geschriftenbescherming sneuvelen onder de toepassing van de Databankenrichtlijn,⁴⁹⁵ dan zou dit grote consequenties hebben voor de juridische bescherming van gegevensverzamelingen zoals programmeergegevens.⁴⁹⁶

Gesteld dat er geen bescherming vanuit het intellectuele eigendomsrecht rust op de programmeergegevens,⁴⁹⁷ zou ontlening van deze gegevens niet langer een zelfstandige IE-rechtelijke aangelegenheid vormen. Het ontbreken van toepasselijke intellectuele eigendomsrechten maakt dan dat

491 Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 86, 639 en 640, Hugenholtz 2005, p. 37

492 M a w er zijn gegevensverzamelingen die wél databank zijn in de zin van de communautaire Richtlijn, maar desondanks géén databankrechtelijke bescherming genieten onder de Richtlijn wegens een gebrek aan substantiele investeringen. In de Nederlandse Databankenwet is dit anders, daar is de eis van een substantiele investering opgenomen in de definitie van het begrip 'databank' geen substantiele investering, dan ook geen databank

493 Zie voor de achtergronden bij de kwestie waarom de Nederlandse wetgever de geschriftenbescherming niet gewoon heeft afgeschaft bij de invoering van de Databankenwet: Van Loon 2004, p. 57-59

494 Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 87 en 88

495 Zie nader over deze mogelijkheid Houdijk 2005f, p. 359

496 Mocht de geschriftenbescherming buiten toepassing blijven wegens strijd met de Databankenrichtlijn, dan zullen ook gebruiksaanwijzingen en bijsluiters – mits vallend onder het begrip 'databank' in de ruime zin van de Richtlijn – het zonder de geschriftenbescherming moeten doen

497 Het is in deze kwestie overigens de vraag of bij gebreke van de geschriftenbescherming geen enkel ander IE-recht ingeroepen kan worden ter bescherming van de programmeergegevens. Het volle auteursrecht en het databankenrecht bieden wellicht ook mogelijkheden

de misbruikvoorwaarden waarschijnlijk lichter worden, waardoor misbruik sneller aangenomen kan worden. Dit zou een leveringsplicht van programmeergegevens aan de kant van de omroepen een stuk dichterbij brengen.

3.2.7. Verschillende soorten misbruik in de programmeergegevenscasus

De levering(sweigering) van programmeergegevens lijkt met haar veelheid aan zaken zowaar uitgegroeid tot een juridische nichemarkt op zichzelf. De centrale vraag in de zaken zoals tot nu toe aan bod gekomen, was of de weigering om IE-rechtelijk beschermde gegevens te leveren misbruik van machtspositie oplevert in de zin van art. 24 Mw. Waar in administratief-rechtelijke zaken art. 24 Mw direct uitgangspunt van de procedure vormde, kwam in civielrechtelijke zaken het misbruikvraagstuk aan de orde als exceptie tegen de vordering van de IE-rechthebbende dat gedaagde stopt met het gebruik van zijn IE-rechtelijk beschermde overzichten.

De programmeergegevenssaga draagt (daadwerkelijk of potentieel) meerdere elementen van misbruik van machtspositie in zich. Slechts één van die elementen is concreet aan bod gekomen in de gerechtelijke procedures. Wanneer men de programmeergegevenszaken in een iets breder perspectief in beschouwing neemt komen direct vragen op over die andere aspecten van het misbruikvraagstuk.

In relatie tot de programmeergegevenszaak kunnen drie vormen van misbruik onderscheiden worden:

- 1) Misbruik wegens leveringsweigering (licentieweigering van een IE-recht);
- 2) Misbruik wegens het vragen van een excessieve prijs;
- 3) Misbruik wegens discriminatie in de levering.

1) De eerste vorm van misbruik van machtspositie, misbruik wegens leveringsweigering, vormt het hoofdonderwerp van de hierboven behandelde juridische geschillen tussen de NOS en De Telegraaf, respectievelijk de NOS en de NMa, respectievelijk SBS en Quote. Deze variant sluit aan bij de Europese *Magill-/IMS Health*-jurisprudentie, die hierboven al uitgebreid aan de orde is geweest.⁴⁹⁸

2) De tweede vorm van misbruik van machtspositie, misbruik wegens het vragen van een excessieve prijs, is aan de orde gekomen in de relatie

498 Zie Paragraaf 2.3.4. en 2.3.5. van dit hoofdstuk.

tussen HMG en De Telegraaf. De kwestie van het vragen van een excessieve prijs komt aan bod als een onderneming eenmaal haar intentie kenbaar heeft gemaakt tegenover een wederpartij om (tegen de juiste prijs) over te gaan tot levering. De lijn met leveringsweigering is dun, al gaat er toch een conceptueel verschil schuil achter beide misbruikvormen.

HMG had, in tegenstelling tot de NOS, op zeker moment de onderhandelingen met De Telegraaf geopend over levering van haar programmegegevens. Deze onderhandelingen waren niet succesvol, en de vraag kwam op of HMG een te hoge prijs vroeg voor haar programmegegevens. Het geschil tussen de NMa en HMG veranderde daarmee feitelijk van een vraagstuk van leveringsweigering in een vraagstuk van hantering van een excessieve prijs. De administratieve procedure tussen de NMa en HMG veranderde van een misbruikzaak door leveringsweigering in een misbruikzaak door het vragen van een excessieve prijs. De NMa heeft in deze laatste casus overigens bepaald dat van het vragen van een excessieve prijs geen sprake was.⁴⁹⁹

Over het algemeen treden mededingingsautoriteiten terughoudend op in 'excessieve prijs'-situaties. Ze zijn voorzichtig in het constateren van misbruik, om zo te voorkomen dat ze als prijsregulator op gaan treden.⁵⁰⁰ De NMa heeft zelfs al eens vastgesteld dat het wettelijk misbruikverbod onvoldoende geëquipeerd is om een juist prijsniveau te bepalen in de sector van collectief rechtenbeheer, en dat een meer specifieke vorm van toezicht noodzakelijk is om de redelijkheid van tarieven te kunnen beoordelen.⁵⁰¹

Ook het Hof van Justitie en de Commissie zijn terughoudend om als prijsregulator op te treden.⁵⁰² Het vaststellen van de prijs voor producten en diensten behoort typisch tot het domein van de marktpartijen. Toch laat de Commissie zich er wel eens mee in. In de *Microsoft*-zaak is zij over-

499 De NMa concludeerde in haar beslissing op bezwaar dat de prijs die HMG vroeg niet excessief was en zij haar machtspositie dus niet misbruikte. Zie Besluit van de d-g NMa van 1 april 2004 in zaaknr. 1/682, *De Telegraaf vs HMG*, tweede beslissing op bezwaar van HMG.

500 Een mededingingsautoriteit dient voorzichtig te zijn met de vaststelling of en wanneer er sprake is van een onredelijk hoge prijs voor een bepaald product of bepaalde IE-licentie. Zie Pijnacker Hordijk & De Vries 2002, p. 446. Het bepalen van de economische waarde van een product of dienst en het vaststellen van een 'juiste' of 'eerlijke' prijs daarvoor, is in de praktijk niet eenvoudig. Zie Ritter & Braun 2004, p. 426 en 430.

501 Zie het NMa-document 'De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties', Den Haag: NMa 2007, p. 7 en 8. Vgl. ook Besluit NMa 10 mei 2007, zaaknr. 5169, Koninklijke Horeca Nederland t. Buma; Besluit NMa 10 mei 2007, zaaknr. 3295, Fresh FM t. Buma; Besluit NMa 2 april 2008, zaaknr. 3295, Fresh FM t. Buma, bezwaar.

502 Vgl. Jones & Sufrin 2004, p. 379, 380 en 838.

gegaan tot het toetsen van de 'juistheid' van de prijs voor de door Microsoft aan concurrenten te verstrekken informatie.⁵⁰³

Economen kunnen wellicht uitrekenen wat de ontwikkelings- en productiekosten zijn en vaststellen wat de verkoopprijs is, maar hoe bepaalt men op welk niveau een winstmarge nu precies excessief wordt en daarmee tot misbruik leidt?⁵⁰⁴ En wat is bijvoorbeeld een redelijke vergoeding voor genomen investeringsrisico's?

Toch zijn er omstandigheden denkbaar waaronder moet worden aangenomen dat een zeer hoge vraagprijs voor een product of licentie in strijd komt met art. 24 Mw; al is het maar om te voorkomen dat de recht-hebbende een eventuele plicht om een licentie te verlenen kan omzeilen door formeel wel de licentie aan te bieden, maar daarvoor een zo exorbi-tante prijs te vragen dat de afnemer afhaakt.

Ook bij deze categorie van misbruik (het vragen van een excessieve prijs voor de licentiëring van een IE-recht) lijkt als principe te gelden dat slechts in geval van 'uitzonderlijke omstandigheden' sprake kan zijn van mis-bruik.

3) Dan de derde vorm van misbruik van machtspositie, misbruik we-gens leveringsdiscriminatie, of misschien beter: misbruik wegens discrimi-natie in de keuze van de wederpartij.⁵⁰⁵ In hoeverre stelt het mededin-gingsrecht grenzen aan de vrijheid van een onderneming om met een be-paalde afnemer wél een leveringscontract te sluiten, en met een andere niet?

In de Nederlandse programmeergevensprocedures is het fenomeen van discriminatie de afgelopen jaren eigenlijk onderbelicht gebleven. Opval-lend, want als er iets pregnant naar voren komt bij de verstrekking van de

503 Zie hierover Paragraaf 2 3 6 3 van dit hoofdstuk

504 Art. 82 sub a EG (en daarmee ook art. 24 Mw) veronderstelt een wijd bereik aan 'redelijke' prijzen en is alleen bedoeld om *in het extreme geval* in te grijpen, wanneer een prijs wordt vastgesteld die een eerlijke dominante onderneming nooit zou vast-stellen. Het artikel heeft zeker niet als doel om de rechter of mededingingsautoriteit in de positie van industrieel regulator te brengen. Het veronderstelt een wijd bereik aan 'redelijke' prijzen. Al met al wordt aanzienlijke ruimte gelaten voor een domi-nante onderneming met een IE-recht om een uitgebreide beloning te ontvangen voor een innovatie. Zie Anderman 1998, p. 215.

505 Leveringsdiscriminatie zou zich ook nog kunnen richten op het hanteren van ver-schillende contractsvoorwaarden ten aanzien van wederpartijen. De IE-rechthebben-de licentieert dan wel aan alle belangstellende derden, maar hanteert ten aanzien van zijn licentienemers uiteenlopende contractsvoorwaarden.

programmegegevens, dan is het wel dat de omroepen niet alle (potentiële) wederpartijen gelijk behandelen. De publieke omroepen leveren immers wel aan elkaar,⁵⁰⁶ maar niet aan 'buitenstaanders' als De Telegraaf. Met de zaak *SBS/Quote* is daar zelfs een leveringsweigering ten aanzien van een 'gelijke' bijgekomen: SBS weigert gegevens te leveren aan collega-zender MTV Networks, dat in samenwerking met relatieve buitenstaander Quote het tijdschrift IN uitgeeft.⁵⁰⁷

Het bestrijden van discriminatie tussen partijen bij het verlenen van toegang tot een faciliteit is een bekend fenomeen in de netwerksectoren (telecom, elektriciteit). Het gaat hier echter om gereguleerde markten, waarin, de naam zegt het al, voor het doel van non-discriminatoire toegang tot netwerken specifiek secundair recht is uitvaardigd.

Ook binnen de toepassing van de antitrustbepalingen zijn echter terreinen te onderscheiden waar discriminatie in de selectie of toelating van wederpartijen wordt bestraft met de vaststelling van misbruik. Het gaat dan bijvoorbeeld om systemen van selectieve distributie en om lidmaatschappen van brancheverenigingen. Met art. 82 EG ten slotte is geïntervenieerd in gevallen van discriminatie naar nationaliteit bij de exploitatie van IE-rechten.⁵⁰⁸

De Commissie keurde in de *Chrysanten*-zaak⁵⁰⁹ het beleid van een kweker van chrysanten goed om alleen licenties te verstrekken in ruil voor andere licenties.⁵¹⁰ De Commissie constateerde in deze zaak dus niet dat er sprake was van (ongerechtvaardigde) discriminatie. Zij vond het goed dat een onderneming alleen levert aan andere ondernemingen die er een specifiek goed of dienst voor terug kunnen geven.

Indien men een vergelijking trekt met deze zaak zou het beleid van de NOS (waarin aan omroepen wel, maar aan derden niet geleverd wordt)

506 Wat betreft de publieke omroepen is een *de facto* licentiesysteem in werking via toepassing van art. 58 Mediawet: de omroepen leveren hun programmegegevens aan de NOS, en ontvangen vervolgens van de NOS de gegevens van de andere omroepen terug.

507 Dat de popzender buitengesloten is door SBS heeft *feitelijk* wellicht te maken met de omstandigheid dat zijn programmegegevens niet als kernelement van een Nederlandse televisiegids beschouwd worden. SBS neemt dan graag het risico dat MTV van zijn kant besluit om zijn gegevens ook niet meer aan haar te leveren, als repercussie voor het feit dat SBS weigert te leveren.

508 Zie Anderman 1998, p. 198.

509 Commissiebeslissing in de *Chrysanten*-zaak, Mededeling Commissie C1995/211/05, Pb. 1995, C 211/11.

510 'Nieuw product'-achtige overwegingen ontbreken verder volledig in de Mededeling van de Commissie.

niet leiden tot een ongerechtvaardigde beperking van de toegang tot de markt. De houding van SBS tegenover collega-zender MTV, dat ook programmeergevens aanmaakt en levert aan andere omroepen, zou weer een stuk moeilijker liggen.

Het lijkt logisch dat ook bij leveringsdiscriminatie pas sprake is van misbruik van machtspositie in geval van 'uitzonderlijke omstandigheden'. Het fenomeen van de contractvrijheid speelt in dit opzicht een belangrijke rol. In geval van IE-rechten komt daar nog eens de bijzondere status van deze rechten bij.

In de programmeergevenszaak zou het hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden op de volgende wijze toepassing kunnen vinden.

Indien de NOS programmeergevens levert aan andere omroepen, maar weigert deze te leveren aan De Telegraaf als krant,⁵¹¹ is er geen sprake van misbruik. De krant De Telegraaf heeft een andere kernactiviteit en kernmarkt dan de omroeporganisaties. Televisiezenders zijn immers geen concurrent van De Telegraaf op de dagbladenmarkt. Wanneer de NOS programmeergevens voor een weekgids zou gaan leveren aan landelijke dagbladen als de Volkskrant of het Parool, maar zou weigeren om aan De Telegraaf te leveren, dan zou sprake kunnen zijn van discriminatie. In dat geval worden daadwerkelijk gelijke gevallen, zonder goede reden, niet gelijk behandeld: er is sprake van een ongerechtvaardigd onderscheid.

Een nadere invulling van de 'uitzonderlijke omstandigheden' is in casu dus of de licentievrager door de leveringsweigering in zijn eigen specifieke markt benadeeld wordt ten opzichte van zijn directe concurrenten. Is dit het geval, dan rust er een licentiëeringsplicht op de IE-rechthebbende, tenzij deze een objectieve rechtvaardigingsgrond heeft voor zijn weigering. Is dit niet het geval, dan is dit een indicatie dat de IE-rechthebbende niet hoeft te leveren – al zijn er wellicht nog andere uitzonderlijke omstandigheden aan te wijzen waaronder rechthebbende gehouden is tot licentiëring.

Al met al is de figuur van *discriminatory licensing*⁵¹² nog niet volledig uitgekristalliseerd. De vraag of gevallen nu gelijk zijn of toch intrinsiek verschillend, kan per casus tot de nodige discussie leiden. Met zowel het principe van de contractvrijheid als de bijzondere figuur van het IE-recht in het

511 Omwille van de duidelijkheid van het voorbeeld zie ik hier af van beschouwingen over de activiteiten en participaties van het concern De Telegraaf, waartoe ook bepaalde televisie-activiteiten zouden kunnen behoren

512 Hier dus in de zin van discriminatie in de keuze van de wederpartij

achterhoofd lijkt het uitgangspunt wel vast te staan: ook hier zal de mantra luiden dat discriminatie door een IE-rechthebbende alleen in geval van uitzonderlijke omstandigheden misbruik oplevert.

3.3. De Nederlandse internetzaken: citeren en kopiëren van websites en de toepassing van het mededingingsrecht

Naast de programmeergegevenscasuïstiek spelen in Nederland ook ander-soortige zaken op het raakvlak tussen intellectuele eigendoms- en mededingingsrecht. Zo is de laatste jaren menig dispuut ontstaan over het gebruik door derden van andermans website-informatie en -content. Het gaat in deze zaken om het overnemen van de inhoud van internetdatabases waarin verkoopinformatie over huizen en goederen is opgeslagen en beschikbaar gesteld aan internetgebruikers.

3.3.1. De makelaarszaken

De disputen tussen de NVM-Funda aan de ene kant en de beheerders van de sites Zoekallehuizen.nl, Jaap.nl en Zuka.nl draaien om het overnemen van content van websites. De NVM vindt dat concurrerende huizensites op deze manier bezoekers afpikken van haar eigen site Funda en de sites van bij haar aangesloten makelaars.⁵¹³

In een vonnis uit maart 2006 inzake een geschil tussen Funda.nl en Zoekallehuizen.nl (ZAH) heeft het Gerechtshof Arnhem beslist dat ZAH delen van teksten van Funda mocht overnemen op basis van het citaatrecht.

Adviezen van de NVM over technische beschermingsmaatregelen en het opnemen van een *copyright notice* teneinde te voorkomen dat ZAH woninggegevens op afzonderlijke websites van NVM-makelaars zou overnemen, achtte de rechter in strijd met art. 6 Mw. Deze adviezen hebben de strekking de mededinging op de landelijke woningmarkt zoals die via het internet wordt geëtaleerd, in te perken, aldus het Gerechtshof.⁵¹⁴ Een

513 De website Funda heeft ten doel het behartigen van de belangen van makelaars in onroerend goed op het gebied van intellectuele eigendomsrechten. De NVM heeft een meerderheidsbelang van 78 procent in Funda. Funda genereert daarnaast zelf inkomsten met het plaatsen van advertenties van makelaars op haar website. Zij is dan ook niet gediend van concurrenten die materiaal kopiëren naar hun eigen website, zeker niet als dit integraal gebeurt. Zie *Volkskrant*, 7 augustus 2007, 'Jaap.nl moet stoppen met overnemen gegevens Funda'.

514 Gerechtshof Arnhem 4 juli 2006, NVM t. Zoekallehuizen.nl, LJN-nr. AY0089, rol nr. 06/416.

ondernemersvereniging die haar leden adviseert en stimuleert om via bepaalde ingrepen het citaatrecht van derden in te perken, zonder dat het IE-recht zelf deze maatregelen legitimeert, handelt dus in strijd met art. 6 Mw.

Het is de vraag hoe ver de 'overnamebevoegdheid' op basis van het citaatrecht zich uitstrekt voor ondernemingen. Dit is in beginsel een IE-rechtelijke vraag. Er zijn meerdere rechtszaken over deze kwestie gevoerd.

In het geschil tussen een aantal makelaars en de exploitant van de website Jaap.nl speelde het punt of de huizensite Jaap.nl informatie van makelaarssites integraal mocht overnemen (het ging dan om zowel teksten als foto's), of dat een dergelijke overname een inbreuk zou vormen op de auteursrechten van de betrokken makelaars.⁵¹⁵ Het was de vraag hoe ver het citaatrecht zich hier zou uitstrekken, zeker als de eigenaren van de onderliggende websites aantoonbare schade leden door het kopieergedrag van concurrerende sites.

De Rechtbank Alkmaar heeft in een kort geding-procedure tussen Stichting baas in eigen huis en Plazacasa beslist dat Jaap.nl de geschriftenbescherming van makelaars schond door content van hun websites integraal naar zijn eigen website te kopiëren. Het ging daarbij om volledige omschrijvingsteksten en foto's, waardoor duidelijk sprake was van ontlening. Het citaatrecht van Jaap.nl strekte zich onder de geschriftenbescherming niet zover uit dat de site integraal foto's en tekst mocht overnemen van makelaarssites.⁵¹⁶ Andere aanbieders zoals Zoekallehuizen.nl en woonkrant.nl hanteerden in dit opzicht een andere benadering. Zij linkten namelijk door naar de eigen websites van de makelaars in kwestie en haalden niet alle informatie over naar hun eigen site.

De Rechtbank Alkmaar heeft vervolgens in een zaak tussen Plazacasa en Funda beslist dat van kartelvorming tussen Funda, NVM en Stichting baas in eigen huis geen sprake was, indien deze partijen reageren op (of zelfs ageren tegen) pogingen van Jaap.nl om informatie van hun websites integraal over te nemen.⁵¹⁷

In het hoger beroep in de eerste zaak (Stichting baas in eigen huis t. Plazacasa) heeft het Gerechtshof Amsterdam het vonnis van de Rechtbank

515 Zie de nieuwsberichten op <<http://www.webwereld.nl>>: Bericht van 11 juli 2007, 'Makelaars slepen huizensite Jaap.nl voor de rechter', en bericht van 12 juli 2007, 'Huizensite Jaap.nl start zelf ook een kort geding'.

516 Zie Vzng. Rechtbank Alkmaar 7 augustus 2007, Stichting baas in eigen huis t. Plazacasa b.v., LJN-nr. BB1207, rolnr. KG ZA 07-203, r.o. 4.9-4.13.

517 Zie Vzng. Rechtbank Alkmaar 7 augustus 2007, Plazacasa b.v. t. Funda Real Estate b.v. e.a., LJN-nr. BB1209, rolnr. KG ZA 07-204, r.o. 4.3 en 4.4.

Alkmaar vernietigd, maar dit gebeurde op puur procedurele gronden.⁵¹⁸ Op basis van een zelfde soort redenering verloor Stichting baas in eigen huis een tweede kort geding-procedure tegen Plazacasa.⁵¹⁹ Inhoudelijk blijft het oordeel van de voorzieningenrechter Alkmaar in de eerste kort geding-procedure tussen de Stichting en Plazacasa dus zeker van waarde.

In de makelaarszaken is IE-rechtelijk voorlopig komen vast te staan dat huizensites wél mogen citeren, maar *content* niet (integraal) mogen kopiëren van sites van makelaars. Citeren kan gebeuren door links te plaatsen naar bronmateriaal op de websites van makelaars. Op deze wijze komt de klant uiteindelijk uit op de website van oorsprong van het materiaal of een website die een licentie heeft tot het plaatsen van de informatie. Integraal kopiëren van informatie vindt plaats door het overhevelen van grote delen van de content van makelaarswebsites naar een huizensite. Dit gaat het citaatrecht te buiten en is dus in strijd met het IE-recht (geschriftenbescherming of auteursrecht). IE-rechtelijk is een en ander redelijk uitgekristalliseerd.

De grote vraag is dan of het mededingingsrecht een inbreuk op de IE-regels nog opzij zou kunnen zetten, bijvoorbeeld door een beroep op een IE-recht als misbruik van machtspositie te bestempelen.

Een eerste punt: schenden makelaars art. 6 Mw door (al dan niet via hun beroepsvereniging) samen een eigen huizensite op te zetten ter promotie van hun 'koopwaar'. Dit lijkt onwaarschijnlijk: een schending van art. 6 lid 1 Mw is misschien nog wel aan te tonen, maar een beroep op art. 6 lid 3 Mw ligt onmiddellijk in het verschiet. Er zijn in economisch opzicht gewoon enorme voordelen aan een gezamenlijke site voor alle huizenreclames. De consument profiteert in hoge mate.

Dan het tweede punt: schenden makelaars art. 24 Mw door zich te beroepen op de geschriftenbescherming in geval een concurrerende huizensite de informatie van hun eigen sites wegkaapt? De makelaars mogen dan de eerste zijn geweest met het opzetten van een huizensite, inmiddels zijn er meer kapers op de kust. Deze kapers 'citeren' niet alleen, maar plukken hele stukken content van de site van makelaars om deze informatie integraal op hun eigen sites te plaatsen. Mij lijkt een schending van art. 24 Mw niet voor de hand te liggen in dit soort casus. In geval van toepassing van de 'IMS Health'-voorwaarden liggen zowel het nieuwheidscriterium als de onontbeerlijkheidsconditie dwars. De betekenis van het nieuwheidscrite-

518 Namelijk op grond van ontvankelijkheidsoverwegingen. Zie Gerechtshof Amsterdam 13 december 2007, Plazacasa b.v. t. Stichting Baas in Eigen Huis., LJN-nr. BC0125, rolnr. 1107/07 SKG, par. 4.

519 Zie Vzng. Rechtbank Alkmaar 24 januari 2008, Stichting baas in eigen huis t. Plazacasa b.v., LJN-nr. BC2614, reg.nr. 99479/KG ZA 07-418, r.o. 4.3-4.10.

rium in dezen behoeft geen nadere uitleg: de concurrerende huizensites bieden meer van hetzelfde, zelfs al zou hun database een stuk omvangrijker zijn dan de bestaande informatieverzamelingen van bijvoorbeeld Funda. Ook de onontbeerlijkheidsvoorwaarde zorgt voor problemen: voor concurrerende huizensites bestaan namelijk alternatieve mogelijkheden om hun site te exploiteren. Onbeperkte toegang tot informatie van bijvoorbeeld Funda is niet essentieel voor het voortbestaan van de huizensites. Alternatieven zijn bijvoorbeeld het plaatsen van informatie met een link naar de oorspronkelijke website, en het benaderen van individuele makelaars en andere huizenaanbieders met het verzoek om informatie te mogen plaatsen. Toegegeven, dit zijn minder interessante opties, maar reëel zijn ze wel. En in de *Bronner*-traditie zijn minder goed haalbare of minder profijtelijke alternatieven nog altijd goed genoeg. Het devies voor de concurrenten lijkt te luiden: 'aan de slag met de mogelijkheden die er wél zijn'.

3.3.2. *Andere internetzaken*

In de zaak *Wegener t. Innoweb* stond een geschil centraal omtrent het citeren van en doorlinken naar autowebsites door een autozoekmachine.⁵²⁰

Autotrack.nl bevat autogegevens en advertenties van occasions en nieuwe auto's van nagenoeg alle automerken. Wegener exploiteert deze website. Inkomsten genereert zij uit de vergoeding die bedrijven en particulieren betalen voor het plaatsen van een advertentie op de website. Innoweb exploiteert de autozoekmachine Gaspedaal.nl, waarmee internetgebruikers een aantal autosites kunnen doorzoeken, waaronder Autotrack.nl. Innoweb haalt haar inkomsten uit advertenties van derden op de site van Gaspedaal.nl.

Wegener eiste in kort geding dat Innoweb zou stoppen met het citeren van en doorlinken naar treffers uit de Autotrack-databank. Wegener voerde aan dat Innoweb inbreuk maakte op haar databankenrecht en geschriftenbescherming.

De voorzieningenrechter overwoog dat voor Wegener een beroep op het databankenrecht openstond, omdat het bedrijf substantieel heeft geïnvesteerd in de Autotrack-databank. Belangrijk hierbij was dat deze databank geen afgeleide vormt van enige kernactiviteit van Wegener. Integendeel,

520 Vzng. Rechtbank Utrecht 21 november 2007, *Wegener t. Innoweb*, LJN-nr. BB8341, reg.nr. 238193/KG ZA 07-984.

Autotrack.nl vormt juist een zelfstandige activiteit van Wegener, aldus de voorzieningenrechter: van een 'spin-off' is dus geen sprake.⁵²¹

De voorzieningenrechter stelde voorts vast dat sprake is van ontlening (van gegevens) door Innoweb aan Wegener's databank.⁵²² De rechter ging echter niet zo ver om te concluderen dat sprake is van een daadwerkelijke inbreuk op Wegeners databankenrecht. Het is niet aannemelijk dat Innoweb door haar handelswijze Wegener ongerechtvaardigde schade berokkent. De zoekmachine Gaspedaal.nl zou de populariteit van Autotrack.nl wellicht kunnen aantasten, maar net zo goed voor een aanzuigende werking kunnen zorgen.⁵²³

Ook een inbreuk op de geschriftenbescherming achtte de voorzieningenrechter niet aannemelijk, aangezien Gaspedaal.nl niet integraal de resultatenlijst van Autotrack.nl overnam en van een eenvoudige herhaling geen sprake was.⁵²⁴

De toepassing van het mededingingsrecht is in deze zaak verder niet ter sprake gekomen. Voor het preciseren van de reikwijdte van het intellectuele eigendomsrecht is de casus echter zeker van belang.

Ook de wereld van de openbare verkopen heeft zijn eigen website-casus gekregen. In de zaak *Openbareverkoop.nl B.V. t. Internetnotarissen B.V.*⁵²⁵ stond een inmiddels klassiek geschil centraal: de eerstgenoemde partij nam zonder toestemming veilingadvertenties over van de internetsite van laatstgenoemde. Openbareverkoop.nl kopieerde de *content* (gegevens én foto's) van de website Veilingnotaris.nl integraal naar zijn eigen site.⁵²⁶ Beide sites publiceerden notariële gegevens over openbare executieverkopen.

De appèlrechter verbood uiteindelijk genoemde handelingen van Openbareverkoop.nl met een verwijzing naar de bescherming van de Databankenwet.

521 Vznr. Rechtbank Utrecht 21 november 2007, Wegener t. Innoweb, LJN-nr. BB8341, reg.nr. 238193/KG ZA 07-984, r.o. 4.7.2, 4.8, 4.9 en 4.10.

522 Vznr. Rechtbank Utrecht 21 november 2007, Wegener t. Innoweb, LJN-nr. BB8341, reg.nr. 238193/KG ZA 07-984, r.o. 4.12 en 4.13.

523 Vznr. Rechtbank Utrecht 21 november 2007, Wegener t. Innoweb, LJN-nr. BB8341, reg.nr. 238193/KG ZA 07-984, r.o. 4.14-4.18.

524 Vznr. Rechtbank Utrecht 21 november 2007, Wegener t. Innoweb, LJN-nr. BB8341, reg.nr. 238193/KG ZA 07-984, r.o. 4.19-4.23.

525 Gerechtshof Arnhem 24 juni 2008, Openbareverkoop.nl B.V. t. Internetnotarissen B.V., zaaknr. 200.002.754, waarin vernietiging van Vznr. Rechtbank Almelo 11 februari 2008, Internetnotarissen B.V. t. Openbareverkoop.nl B.V., zaaknr. 91368/KG ZA 08-27.

526 Nieuwsbericht van 28 januari 2008 op <www.emerce.nl>, 'Kort geding sites openbare veilingen'.

3.4. Farmaceutische databanken

In de zaak *ID/FARMA t. KNMP*⁵²⁷ stond de ontwikkeling en het gebruik van een concurrerend elektronisch naslagwerk met gestandaardiseerde apotheekgegevens centraal. De parallel met de feiten van de Europese *IMS Health*-zaak komt meteen bovendrijven. In vergelijking met het Hof van Justitie doet de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag de misbruik-elementen in de voorliggende zaak heel wat korter af.

ID/farma is producent en uitgeefster van de KOMBI/rom, een elektronisch naslagwerk met gestandaardiseerde apotheekgegevens. De KOMBI/rom bevat *content* die wordt aangeleverd door KNMP en andere organisaties. KNMP had bij ID/farma een collectief abonnement op de KOMBI/rom dat door de KNMP in 2007 is opgezegd. De KNMP heeft een eigen product ontwikkeld, de KNMP Kennisbank, dat vergelijkbaar is met de KOMBI/rom.

ID/farma stelt dat KNMP misbruik maakt van haar machtspositie, onder meer door derden (in het bijzonder natuurlijk ID/farma) geen licenties te verstrekken voor het gebruik van materiaal waarop KNMP een auteursrecht heeft liggen. ID/farma voert aan dat zij hierdoor indirect wordt uitgesloten van de markt van farmaceutische cdrom-publicaties.⁵²⁸

De voorzieningenrechter stelt voorop dat als regel een IE-recht de recht-hebbende een uitsluitend gebruiksrecht geeft en daarmee leidt tot een geoorloofde vorm van beperking van de mededinging. In dit geval constateert de rechter bovendien dat ID/farma op grond van door KNMP gegeven licenties wél het recht heeft materiaal van KNMP verder te verspreiden.⁵²⁹ Hij houdt het op dit punt kort en concludeert dat van een ongeoorloofde mededingingsbeperking (lees: misbruik van machtspositie) op basis van de gestelde grondslag geen sprake is.⁵³⁰

Het vonnis voegt dan ook weinig toe aan de stand van de (Nederlandse) jurisprudentie betreffende misbruik wegens licentieweigering van IE-rechten.

527 Rechtbank 's-Gravenhage 27 april 2007, ID/Farma t. KNMP, LJN-nr. BA6353, zaaknr. 285150 – KG 07/382.

528 Zie Rechtbank 's-Gravenhage 27 april 2007, ID/Farma t. KNMP, LJN-nr. BA6353, zaaknr. 285150 – KG 07/382, r.o. 4.21.

529 Zie Rechtbank 's-Gravenhage 27 april 2007, ID/Farma t. KNMP, LJN-nr. BA6353, zaaknr. 285150 – KG 07/382, r.o. 4.22.

530 Zie Rechtbank 's-Gravenhage 27 april 2007, ID/Farma t. KNMP, LJN-nr. BA6353, zaaknr. 285150 – KG 07/382, r.o. 4.22.

4. SAMENVATTING

Als eerste wordt in deze samenvatting aandacht besteed aan de betekenis van de relevante markt voor de wijze waarop de Gemeenschapsrechter het misbruikvraagstuk benadert in een IE-zaak. Daarna volgt een overzicht van de misbruikvoorwaarden die het Hof van Justitie heeft gehanteerd in het *Magill*- en *IMS Health*-arrest. Vervolgens wordt nader ingegaan op de betekenis en invulling van het 'nieuw product'-criterium, waarschijnlijk de meest karakteristieke voorwaarde van het lijstje met criteria. Ten slotte komen verschillende uitwerkingen van het hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden aan de orde, met een speciaal oog voor de *Microsoft*-zaak.

4.1. De uitoefening van IE-rechten op een primaire respectievelijk secundaire markt

Het spreekt voor zich dat ingrijpen van het mededingingsrecht in IE-rechten die worden geëxploiteerd op een primaire markt met meer argwaan wordt bekeken dan ingrijpen in IE-rechten uitgeoefend op een secundaire markt. Vanuit economisch perspectief zou men juist op de afgeleide markt meer verplichtingen verwachten voor de IE-rechthebbende om zijn recht te licentiëren. De exploitatie van een IE-recht door de IE-rechthebbende op een afgeleide markt treft immers niet zijn kernactiviteiten; die liggen op de primaire markt. Mogelijke concurrentie op de secundaire markt komt dan ook minder hard aan voor de rechthebbende.

In de *IMS Health*-zaak is het onderscheid dat de Gemeenschapsrechter maakt in een primaire en een secundaire markt in hoge mate hypothetisch – het gaat in deze casus feitelijk om een principale markt van zeer typische farmaceutische databanken waarop de bedrijfsvoering van de IE-rechthebbende primair gericht is. In een geheel andersoortige categorie van zaken zoals de Nederlandse programmeergegevenscasuïstiek (*Telegraaf t. NOS*) sluit een tweedeling in een 'upstream' en een 'downstream' markt weer wél goed aan bij de feitelijke situatie. Net als in bijvoorbeeld de *Magill*-zaak bestaat de primaire markt uit het opstellen van programmeringlijsten van televisieprogramma's (of nog algemener: het programmeren en uitzenden van programma's), en de secundaire markt uit de uitgifte van televisiegidsen.

Het Hof van Justitie komt in zijn arrest *IMS Health* tot een scherpe afbakening van het mededingingsrecht ten aanzien van het IE-recht door te bevestigen dat de voorwaarden uit *Magill* cumulatief zijn. Deze scherpe

afbakening was zeer bruikbaar voor de *IMS Health*-zaak, omdat het daar in feite ging om de toegang tot de primaire markt van de IE-rechthebbende. Het is begrijpelijk dat het Hof de toegang tot die markt niet zomaar openstelt voor iedere derdeonderneming.

De ontwikkeling van het IE-recht door de rechthebbende (met alle inspanningen die daar veelal mee gemoeid zijn) is in het geval van een primaire markt immers gericht op exploitatie van die specifieke markt. In zaken die draaien om de toegang tot een afgeleide markt kunnen de strikte voorwaarden van het Hof soms leiden tot een uitkomst die vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt minder billijk voorkomt: de IE-rechthebbende heeft zijn investeringen wellicht al middels de exploitatie van de primaire markt terugverdiend; wat resteert, is een beperking van de toegang tot een (afgeleide) markt voor derden.

Toch heeft het Hof zowel in een casus die draaide om een afgeleide markt (*Magill*),⁵³¹ als in een casus die draaide om een primaire markt (*IMS Health*) voor een scherpe lijn gekozen. De Nederlandse hoogste bestuursrechter (het CBB) heeft zich in de programmeergegevenszaak bij deze strikte benadering aangesloten.

In zijn misbruikcriteria differentieert het Hof van Justitie vooralsnog dus niet naar zaken die materieel op een afgeleide markt spelen en zaken die specifiek betrekking hebben op toegang tot de primaire markt van de IE-rechthebbende – al is het alleen maar omdat het Hof immer redeneert in secundaire markttermen, óók als het feitelijk gaat om een primaire marktsituatie.

4.2. De voorwaarden voor misbruik bij licentieweigering van een IE-recht

Uit de arresten *Magill* en *IMS Health* kunnen de volgende vier cumulatieve voorwaarden voor misbruik van machtspositie afgeleid worden, in geval van een weigering om een licentie op een IE-recht te verlenen:

- I. IE-recht(-licentie) is onontbeerlijk voor de productie van een goed of verlening van een dienst. Er zijn twee subcriteria om vast te stellen of sprake is van 'onontbeerlijkheid':

531 Het Hof van Justitie had in het *Magill*-arrest het nieuwhedcriterium achterwege kunnen laten, en kunnen beslissen dat in een daadwerkelijk afgeleide markt de IE-rechthebbende zijn gegevens gewoon dient te leveren aan derden die daarom verzoeken – mits deze gegevens werkelijk noodzakelijk zijn voor de producten van deze derden. Dit heeft het Hof niet gedaan.

- a. De mate waarin de gebruikers van het eindproduct of de einddienst hebben deelgenomen (bijgedragen) aan de ontwikkeling van de door het IE-recht beschermde innovatie;
 - b. De inspanning die potentiële afnemers zullen moeten leveren en de kosten die zij zullen moeten maken om in hun bedrijfsvoering over te schakelen op een alternatief product of dienst.
- II. Niet-licentiëring staat in de weg aan de introductie van een nieuw product of nieuwe dienst. Hierbij zijn de volgende factoren van belang:
- a. De licentievrager heeft niet de bedoeling om zich in essentie te beperken tot het dupliceren van de producten of diensten die reeds worden aangeboden;
 - b. Er bestaat een potentiële vraag bij de consumenten naar het nieuwe product.
- III. Door de licentieweigering wordt de markt waarop de licentievrager zich wenst te begeven voorbehouden aan de IE-rechthebbende en wordt elke mededinging op deze markt uitgesloten.
- IV. Er bestaan geen objectieve rechtvaardigingsgronden voor de weigering om een licentie te verstrekken.

In het vraagstuk van misbruik wegens leveringsweigering van IE-rechten blijven ook in de scherpe *IMS Health*-afbakening van de communautaire rechter een aantal problemen op de loer liggen, die veelal verband houden met de voorwaarde van de introductie van een nieuw product. Want wat is precies een 'nieuw product'?

Ook het onontbeerlijkheidscriterium blijft vragen oproepen, waarbij de betekenis van het subcriterium van de gebruikersbijdrage vooralsnog ondoorzichtig blijft.

4.3. De 'nieuw product'-voorwaarde

Om te kunnen spreken van de introductie van een 'nieuw product' in de zin van de arresten *Magill* en *IMS Health*, dient er een (duidelijk) verschil te bestaan tussen het te ontwikkelen product aan de ene kant en de producten die zich reeds op de markt bevinden aan de andere kant. Dat verschil kan technisch van aard zijn (vooral bij industriële eigendomsrechten), maar kan ook gelegen zijn in de wijze van beschikbaarstelling aan het publiek (denk aan de selectie en rangschikking van gegevens zoals in de *Magill*-zaak). Het verschil dient wel significant te zijn, anders kan de

'nieuw product'-voorwaarde via een al te soepele invulling haar betekenis totaal verliezen.

Bij de beoordeling of een product uiteindelijk als 'nieuw' moet worden beschouwd zou het oordeel van de consument een rol kunnen spelen, zeker bij producten waarbij de vernieuwing niet direct sterk technologisch van aard is. Uiteraard is ook dit geen reden om het nieuwhedcriterium al te lichtvaardig in te vullen. Zo zijn prijsverschillen (i.e. een goedkopere versie van een product) volstrekt onvoldoende om van een 'nieuw product' te doen spreken. Een dergelijke invulling van het 'nieuwhedcriterium' zou de beschermende waarde eigenlijk *a priori* ontnemen aan het IE-rechtsgebied in geval van een confrontatie met het mededingingsrecht.⁵³²

Wellicht dat jurisprudentie uit het IE-recht (octrooirecht) omtrent de dwanglicentie wegens afhankelijkheid een inspiratiebron zou kunnen vormen. Bij dat vraagstuk gaat het immers om de vraag of daadwerkelijk sprake is van een innovatie teneinde te bepalen of de IE-rechthebbende een licentie dient te verstrekken aan een derde.⁵³³ De invulling van deze figuur zou een rol kunnen spelen op IE-terreinen die de dwanglicentie niet kennen, maar wel te maken krijgen met de toepassing van het misbruikverbod.

Door het formuleren van de belangrijke voorwaarde van de introductie van een nieuw product heeft het Hof er voor gezorgd dat de concurrent die een licentie eist nooit zomaar, zonder een eigen substantiële inbreng, in het vaarwater van de IE-rechthebbende terechtkomt. Hij dient ofwel een eigen productmarkt te ontginnen op voldoende afstand van de markt van de rechthebbende, ofwel een dermate grote vernieuwing aan te brengen in het bestaande product dat van een soort dwanglicentie sprake moet zijn. Het is in deze opzet dus niet uitgesloten dat de licentienemer de IE-rechthebbende uiteindelijk directe concurrentie aandoet, maar dan wel met een

532 Een exclusieve of zelfs monopoliepositie draagt immers inherent bepaalde mededingingsbeperkingen in zich in vergelijking met een (hypothetische) situatie van vrije concurrentie op het product waarop het IE-recht rust. Het gebrek aan prijsconcurrentie en de daarmee veronderstelde relatief hoge prijs voor een product of dienst is er daar één van.

533 Zo bepaalt art. 57 lid 4 ROW 1995 dat een octrooihouder verplicht is een licentie te verlenen die nodig is voor de toepassing van een octrooi verleend op een aanvraag met een gelijke of latere dag van indiening, voorzover in het latere octrooi (het afhankelijk octrooi) een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijke economische betekenis is belichaamd. Men ziet trouwens dat ook het IE-recht hier de economische overwegingen niet schuwt.

product dat substantieel vernieuwd is ten opzichte van het bestaande product.

In zijn *Microsoft*-uitspraak wijkt het Gerecht eigenlijk af van dit strikte regime, en legt het de 'nieuw product'-voorwaarde zo ruim uit, dat de onderscheidende kracht voor een deel verloren gaat.

Centraal komt te staan of sprake is van een beperking van de technische ontwikkeling ten nadele van de consument. Deze uitleg is juridisch erg breed. Daarnaast is zij ook economisch lastig te meten. Een economische toets zal sterk afhangen van de parameters die men hanteert, zoals: waaruit dient de technische ontwikkeling precies te bestaan?, en vooral: wanneer is de beperking van de technische ontwikkeling in het nadeel van de consument? Bij dit soort vragen is ook de periode waarover men meet een belangrijke factor: geldt de korte termijn, de lange termijn, of iets daar tussenin?

In de meeste IE-zaken zal een beperking van de technische ontwikkelingsmogelijkheden op bepaalde productonderdelen inherent zijn aan het feit dat een intellectueel eigendomsrecht in het spel is. Immers, de exclusiviteit van een IE-recht staat (potentiële) concurrenten doorgaans in de weg om bepaalde producten op de markt te brengen of verder te ontwikkelen (het fenomeen van de dwanglicentie daargelaten). De interpretatie van het 'nieuw product'-criterium door het Gerecht in *Microsoft* komt de rechtszekerheid dan ook niet ten goede, en draagt het gevaar in zich dat zij bij een al te ruime interpretatie de basis onder het bijzondere rechtsterrein van de intellectuele eigendom wegtrekt.

4.4. Verschillende categorieën misbruik in IE-zaken – de *Microsoft*-variant

De hoofdlijn van het Hof van Justitie in IE-zaken wat betreft de toepassing van het misbruikverbod is helder: alleen in uitzonderlijke omstandigheden is een ingreep vanuit het antitrustrecht geoorloofd.

Dit hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden valt vervolgens uiteen in een aantal groepen van meer specifieke misbruikvoorwaarden: een soort getrappt systeem. Naast de *Magill/IMS Health*-variant met zijn cumulatieve criteria, zijn nog een aantal andere categorieën van voorwaarden aan te wijzen in IE-gerelateerde zaken (waarin het nieuwheidcriterium verder geen rol speelt), die een nadere invulling geven aan het hoofdcriterium. Ook deze varianten duiden op de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden die aanleiding geven tot de constatering van misbruik.

Veelal kan men in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter en/of de literatuur aanwijzingen vinden voor het bestaan van deze varianten.

Denk aan de situatie dat een IE-rechthebbende niet langer zelf onderdelen van een product wil vervaardigen in een markt met een sterk afnemende afzet, terwijl er wel bedrijven geïnteresseerd zijn om deze productie voort te zetten. In dat geval zou een eventuele licentieweigering misbruik van machtspositie kunnen opleveren.

Een andere situatie betreft de abrupte leveringsweigering van IE-rechtelijk beschermde informatie aan wederpartijen met wie de IE-rechthebbende een langdurige (jarenlange) toeleveringsrelatie had opgebouwd.⁵³⁴

Ook op het terrein van de informatietechnologie en softwareontwikkeling bevindt zich een misbruikvariant, waarbij uitzonderlijke omstandigheden nopen tot een verplichte levering van bepaalde IE-rechtelijk beschermde informatie. De *Microsoft*-casus is een voorbeeld van een zaak waarin dit type overwegingen een rol zou kunnen spelen. Het gaat dan om een ander-soortige redenering dan de lijn die het Gerecht van Eerste Aanleg heeft aangehouden in zijn *Microsoft*-uitspraak.

Uitgangspunt is de situatie dat een softwareproducent (Microsoft) gevraagd wordt bepaalde, veelal IE-rechtelijk beschermde informatie vrij te geven zoals interfacecodes, waarmee softwareproducten van concurrenten kunnen gaan 'draaien' op zijn besturingssysteem (denk bijvoorbeeld aan Windows).

Een weigering om dergelijke informatie beschikbaar te stellen hoeft niet te betekenen dat daarmee de introductie van een *nieuw* product wordt verhinderd. Het kan echter wel betekenen dat het op de markt brengen van een specifiek product van een andere onderneming wordt verhinderd of bemoeilijkt. Zo is het mogelijk in de IT-wereld dat een onderneming een softwareproduct ontwikkelt zonder daarbij (wat betreft kernfunctionaliteit) inbreuk te maken op reeds bestaande IE-rechten van een concurrent, terwijl die concurrent zelf al een vergelijkbaar product op de markt heeft gebracht.

De voorliggende situatie verschilt sterk van het geval waarin een derde-partij een volledig IE-recht in licentie wil nemen om met dát recht de rechthebbende op zijn eigen markt te gaan beconcurreren. Het gaat hier slechts om de vraag of een klein gedeelte van een IE-rechtelijk beschermde inno-

534 Het is wel de vraag bij deze benadering hoever een eventuele leveringsplicht zich in de tijd uitstrekt.

vatie kenbaar kan worden gemaakt aan een concurrent. Met deze informatie wordt het mogelijk voor die concurrent om een goed functionerend softwareproduct op de markt te brengen, zonder dat dit handelsartikel een kloon vormt van het product *waarover* hij de informatie ontvangt.

Het gedeelte van het IE-recht dat gelicentieerd dient te worden, mag nooit verder gaan dan absoluut nodig is om de aansluiting op of de communicatie met het besturingssysteem te verzorgen. De licentie mag dus niet zover uitgebreid worden dat daarmee een concurrerend product gemaakt kan worden dat raakt aan de kern van het door het IE-recht beschermde systeem. Mocht de licentienemer toch een concurrerend product (systeem) willen ontwikkelen, dan zal hij dat moeten doen op eigen kracht en zonder daarbij de IE-rechten van de licentiegever te schenden.

Een groot verschil met *IMS Health*-achtige situaties is dat in dit type zaken de (deel)licentie op het IE-recht niet de kern gaat vormen van het product van de licentienemer. Zij maakt slechts de communicatie mogelijk van een op zich zelf staand product met het netwerk waarvan het onderdeel zal uitmaken. De IE-rechtelijk beschermde informatie die verstrekt wordt zal geen materieel of substantieel deel vormen van de kernactiviteit of -functionaliteit van het product van de licentienemer.

4.5. Het model voor de toekomst

Het uitgangspunt van de Gemeenschapsrechter bij de toepassing van het verbod van misbruik van machtspositie op de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten is helder: alleen in uitzonderlijke omstandigheden levert de uitoefening van rechten door een IE-rechthebbende met een machtspositie misbruik op.

De meest evenwichtige en functionele benadering is mijns inziens het hanteren van een getrappt systeem met een hoofdcriterium ('uitzonderlijke omstandigheden') dat uiteen valt in een aantal alternatieve categorieën van meer specifieke misbruikvoorwaarden. De *Magill/IMS Health*-variant met zijn cumulatieve criteria vormt één van deze categorieën. De *Microsoft*-variant, zoals hierboven omschreven, zou een andere kunnen zijn. Maar er zijn meer varianten mogelijk.⁵³⁵

De alternatieve categorieën vormen geen gesloten groep: het is mogelijk voor de Gemeenschapsrechter om in de toekomst een categorie bij

535 Zie Paragraaf 3.2.7. van dit hoofdstuk.

te voegen door een bepaalde set van omstandigheden (criteria) als 'uitzonderlijk' te kwalificeren.

Het hierboven beschreven model levert enerzijds een scherpe afbakening op voor de toepassing van het mededingingsrecht: alleen in de geïdentificeerde 'uitzonderlijke' gevallen is een vaststelling van een schending van het misbruikverbod mogelijk. Het hoofdcriterium geeft hierbij een evident signaal dat van deze vaststelling niet snel sprake kan zijn.

Anderzijds biedt dit model voldoende flexibiliteit voor gebruik in mededingingszaken betreffende technologiesectoren en andere innovatieve branches die zich snel ontwikkelen en waarin veranderingen aan de orde van de dag zijn.

MEDEDINGINGSRECHT EN DE (JURIDISCHE) VRIJE BEROEPEN

1. HET REGELGEVEND KADER IN DE JURIDISCHE VRIJE BEROEPEN

1.1. Inleiding

De spanning tussen enerzijds overregulering en anderzijds teloorgang van het vrije beroep en zijn waarden, wordt mooi weergegeven door de volgende uitspraken:

"I wish liberal professions would stop defending a blanket exception to all their rules and would seize the opportunity to look at each rule separately and justify it explicitly "

(Mario Monti, Brussel, 2003)¹

"De markt is a good servant, but a bad master voor de vrije beroepen het marktmechanisme is nu eenmaal geen methode om waarden als vertrouwen, onafhankelijkheid en integriteit zeker te stellen "

(Minister van Justitie Donner, 2006)²

Oud-EG-mededingingscommissaris Mario Monti was duidelijk in zijn *statement*: vrijeberoepsregels hebben bestaansrecht, maar niet tegen iedere prijs en zeker niet ongelimiteerd. De woorden zijn exemplarisch voor de gedachten in het hoofd van menig (economisch) beleidsmaker, zowel op Europees als op nationaal niveau. Zo heeft ook de eerste directeur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit zich in deze richting uitgelaten.³

1 Mario Monti, *Comments and concluding remarks of Commissioner Monti at the Conference on Professional Regulation*, European Commission Centre Borschette, Brussels, 28 October 2003, p 10

2 Minister van Justitie Donner, Toespraak bij opening congres 'Advocatuur en notariaat tussen profijt en professie', Den Haag, 3 juli 2006

3 Zie de bijdrage over mededingingsrecht en de advocatuur van d-g NMa A W Kist ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 2002, *Advocatuur – het spel of de knikkers*, p 4-6, beschikbaar op <www.nmanet.nl/nl/Images/11_3865.pdf>

Hier tegenover staan de woorden van minster Donner, die de andere zijde van het spectrum belichten: marktwerking is prima, maar niet als belangrijkste sturingsmechanisme van de vrije beroepen.

In deze twee uitspraken ziet men de divergentie in benadering perfect terug tussen enerzijds een groep van meer economisch georiënteerde academici en beleidsmakers, en anderzijds een groep van meer deontologisch geïnspireerde professionals en beleidsmakers.

Het Hof van Justitie heeft ooit bepaald dat het feit dat de constitutionele orde van verschillende lidstaten de vrijheid van professionele werkzaamheden met waarborgen omringt, niet wil zeggen dat het aldus gewaarborgde recht zomaar beschouwd mag worden als een absoluut prerogatief. Het dient bovendien gezien te worden in verband met de sociale functie van de beschermde werkzaamheden.⁴

De vrijeberoepsregulering in de lidstaten mag dan niet heilig zijn, het blijkt in de praktijk toch lastig om deze regulering vanuit Europeesrechtelijke of mededingingsrechtelijke hoek op te schudden. Dit hoofdstuk zal de stand van zaken op de verschillende onderdelen van de (juridische) beroepsregulering analyseren. De Nederlandse situatie staat daarbij centraal, wat niet wegneemt dat ook in andere lidstaten van de EG de vrijeberoepsproblematiek en de botsing met het mededingingsrecht speelt in literatuur en rechtspraak.⁵ Bij het ontbreken van een eigen, zelfstandig Europees vrijberoepsrecht, komt men bij de bestudering van het fenomeen in zijn verhouding tot het mededingingsrecht uiteindelijk uit bij de nationale varianten. Dit neemt niet weg dat het Europese recht langs een aantal wegen van invloed is (geweest) op de totstandkoming van regels van beroepsdeontologie.

Het EG-Verdrag biedt geen toegespitste grondslag voor het uitvaardigen van Europeesrechtelijke (kader)wetgeving betreffende de vrije beroepen. Het EG-recht heeft wel de mogelijkheid om nationale vrijeberoepsregulering te beïnvloeden via harmonisatiemaatregelen op basis van art. 95 EG of eventueel art. 308 EG, en via toepassing van de regelgeving inzake de vier vrijheden en het communautaire mededingingsrecht. Positieve inte-

4 Zie zaak 4/73, Nold e.a. t. Commissie, *Jur.* 1974, 491, r.o. 13 en 14; zaak 44/79, Hauer t. Rheinland-Pfalz, *Jur.* 1979, 3727, r.o. 32. In deze zaken speelden de sociale aspecten van bepaalde werkzaamheden in de kolenmijn- respectievelijk de landbouwsector een belangrijke rol.

5 Zie bijvoorbeeld inzake de Belgische situatie: De Bandt, Bredael & Misson 2004, p. 22-37; Jurisprudence, Hof van Cassatie 25 september 2003, *Revue de Droit Commercial Belge*, 2004/1, p. 50-54; Montangie 2004, p. 961-970.

gratie lijkt vooral politiek lastig, wegens de nationale 'eigenheid' van het vrijberoepsterrein en de grote verschillen tussen de lidstaten op het vlak van reguleringsintensiteit. Via de band van harmonisatiemaatregelen zoals de nieuwe Dienstenrichtlijn worden bepaalde vrijberoepsregels wel geraakt, maar een volwaardig communautair vrijberoepsrecht gaat van de richtlijn niet uit.

Ook via negatieve integratie kan het Gemeenschapsrecht de opmaak van nationale vrijberoepsregulering effectief beïnvloeden. Het gaat dan vooral om de direct (verticaal en/of horizontaal) werkende verbodsbepalingen van art. 43, 49 en 81 EG. Naast de 'private' handhaving voor de nationale rechter van deze Verdragsbepalingen en de daarmee gepaard gaande potentiële art. 234-bijdrage van het Hof van Justitie, bestaat de mogelijkheid dat de Commissie actie onderneemt jegens lidstaten of ondernemersverenigingen op basis van deze artikelen. De Commissie heeft ook de beschikking over het instrument van de uitvaardiging van beleidsregels (mededelingen, bekendmakingen, richtsnoeren) om materieel richting te geven aan de samenstelling van nationale vrijberoepsregelgeving. Of het instrumentarium van de Commissie krachtig genoeg is om daadwerkelijk een substantiële invloed uit te oefenen op de nationale vrijberoepsregelgeving in iedere lidstaat, is de vraag. Bij de behandeling van de verschillende onderdelen en categorieën van de Nederlandse beroepsregelgeving komt het punt van de invloed van het Europese recht, en meer specifiek het communautaire mededingingsrecht, op de inhoud van de vrijberoepsregels vanzelf naar voren.

Onderwerp van onderzoek in dit hoofdstuk zijn de Nederlandse beroepsregels voor respectievelijk het notariaat en de advocatuur: de twee (meest) klassieke *juridische* vrijberoepsgroepen. Reden hiervoor is dat deze regelgeving de laatste jaren het meest in de belangstelling heeft gestaan in Nederland qua hervormingsplannen. Bovendien vormen de juridische beroepen ook Europeesrechtelijk een zeer interessant onderzoeksobject wanneer het om beroepsdeontologie gaat. Zo heeft het Hof van Justitie op dit onderwerp belangrijke jurisprudentie ontwikkeld (denk aan het *Wouters*-arrest), en behoren advocatuur en notariaat tot de vaste interessegebieden van de Commissie binnen de vrije beroepen.

Het nationale vrijberoepsrecht stelt specifieke eisen aan de beroepsuitoefening, en belemmert aldus de vrije beoefening van het beroep in aanzienlijke mate. Niet iedereen kan de betreffende dienstenmarkt zomaar betreden als dienstverlener.⁶ De wel toegelaten beroepsbeoefenaren kunnen hun

6 Vgl. Van den Bergh 2000, p. 28.

diensten ook niet in elke willekeurige (zelfverkozen) vorm aanbieden. Dit is niet bevorderlijk voor het proces van vrije mededinging. Afschaffing van alle regels zou de concurrentie nog voller doen ontbranden. Zo zou opheffing van marktafschermende constructies als opleidingseisen, beroepsuitoefeningseisen en vertegenwoordigingseisen de prijzen kunnen doen dalen. De redenen dat deze eisen niet reeds lang zijn gesneuveld onder economische rechtsgebieden als het mededingingsrecht zijn divers, maar uiteindelijk terug te voeren op het feit dat de beroepsregelgeving een historie heeft in het dienen van een aantal eigen deontologische belangen, die zich niet zomaar buitenspel laten zetten. Het vinden, dan wel het hervinden (herdefiniëren) van het juiste evenwicht is een kunst op zich, die tot veel discussie aanleiding heeft gegeven.

Allereerst volgt nu een uiteenzetting van de oorsprong van de Nederlandse vrijeberoepsregelgeving. Vervolgens komen de hervormingsplannen met betrekking tot deze regelgeving aan de orde. Hierbij gaat de aandacht eerst uit naar de Europeesrechtelijke aanzetten tot hervorming vanuit het vrijverkeers- en mededingingsrecht. Vervolgens komen de Nederlandse hervormingsvoorstellen aan bod. Tot besluit worden enige relativerende woorden gewijd aan de hervormingsdrang in de vrijeberoepssector.

Deze paragrafen vormen overigens slechts de opmaat voor de mededingingsrechtelijke analyse van de juridische vrijeberoepsproblematiek, die plaatsvindt in de onderdelen 2 en 3 van dit hoofdstuk. De reden dat het deontologische rechtskader uitgebreid geschetst wordt, is meervoudig. Zo vormt de publiek-private dimensie van (de uitvaardiging van) deontologische regels in de lidstaten een voor de toepassing van het mededingingsrecht cruciaal maar lastig te hanteren gegeven. De voortgaande hervormingen in de nationale beroepsregelgeving beïnvloeden voorts van hun kant de wijze waarop het antitrustrecht toepassing vindt op deze voorschriften.

1.2. Begripsbepaling en oorsprong Nederlandse vrijeberoepsregelgeving

De definitie van begrippen als 'vrije beroepen', 'vrijeberoepsbeoefenaren' en 'beroepsleer' komt terug in de volgende omschrijving van de Europese koepelorganisatie van vrijeberoepsbeoefenaren (CEPLIS):

"Vrijeberoepsbeoefenaren verlenen op een persoonlijke en onafhankelijke basis intellectuele diensten en dragen daarvoor alleen de verantwoordelijkheid. Zij verlenen hun diensten op grond van hun speciale professionele bevoegdheid, in het belang van hun cliënten en in het algemeen belang. De beroepsuitoefening is onderworpen aan specifieke, professionele verplichtingen volgens nationale wetgeving, of volgens

op autonome wijze door de relevante beroepsorganisatie opgestelde regelgeving, welke de kwaliteit en de professionele en vertrouwelijke aard van de relatie met de client garandeert en bevordert”⁷

De Raad voor het Vrije Beroep, een samenwerkingsverband van en belangheftiger voor negentien beroepsorganisaties van vrijeberoepsbeoefenaars in Nederland,⁸ hanteert de volgende kenmerken als de meest onderscheidende eigenschappen voor de vrijeberoepsbeoefening in Nederland: (i) de dienstverlening bestaat hoofdzakelijk uit een intellectuele prestatie; (ii) de dienstverlening kent een inspanningsverbintenis (en geen resultaatverbintenis); (iii) de beoefenaars van het beroep hebben een hoog opleidingsniveau; (iv) er is sprake van permanente educatie aan de kant van de beoefenaars; (v) er bestaat een vertrouwensrelatie tussen dienstverlener en afnemer; (vi) op de achtergrond van de dienstverlening speelt een groter belang een rol (zoals volksgezondheid of rechtsbescherming); (vii) het gaat om een (wettelijk of privaatrechtelijk) gereguleerd beroep; (viii) tucht-rechtelijk toezicht op de beroepsuitoefening is aanwezig; (ix) het gaat om een economisch onafhankelijke beroepsuitoefening (i.e. ondernemersrisico); (x) de beroepsbeoefenaar draagt persoonlijke verantwoordelijkheid (i.e. professionele autonomie).⁹

De kernwaarden van de juridische beroepen zijn volgens het ministerie van Justitie: onafhankelijkheid, partijdigheid (advocaat) respectievelijk onpartijdigheid (notaris en gerechtsdeurwaarder),¹⁰ integriteit, vertrouwelijkheid, deskundigheid en publieke verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling.¹¹

Als kernfuncties van de juridische beroepsgroepen gelden volgens het Ministerie: voldoende beschikbaarheid van betaalbare, integere en

7 Zie Schutte 2002, p. 103. Zie voor een vergelijkbare definitie. Van den Bossche 2004, p. 796 en 797.

8 Onder de leden bevinden zich o.a. de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB), de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG), het Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants (NIVRA), de Nederlandse Orde van Accountants-Administratieconsulenten (NOvAA), de Nederlandse Vereniging van Rechtskundig Adviseurs (NVRA) en de Nederlandse Orde van Octrooigemachtigden (OvO). Deze organisaties zijn vaak zowel Lichamen voor Bedrijf en Beroep, als (deels) particulier functionerende beroepsorganisaties.

9 Zie <<http://www.raadvoorhetvrijberoep.nl/>>

10 Voor een kritische beschouwing over de plaats van onafhankelijkheid in de beroepsuitoefening van het notariaat, en een beschrijving van de spanning tussen de onafhankelijkheid van de notaris en zijn bijzondere waarschuwingsplicht, zie het proefschrift van Boonacker 2006.

11 Directe Rechtsbestel Ministerie van Justitie, *Beleidsreflectie Rechtspleging en Rechtsbijstand*, Den Haag Ministerie van Justitie 2006, p. 22.

kwalitatief goede juridische dienstverlening. Het departement wijst er ook op dat deze functies niet alleen een wezenskenmerk zijn van de democratische rechtsstaat, maar tevens een belangrijke voorwaarde voor economische ontwikkeling en sociale stabiliteit vormen.¹²

De door de Nederlandse overheid te waarborgen juridische diensten zijn: partijdige belangenbehartiging ten behoeve van rechtzoekenden zoals advisering en procesvertegenwoordiging, het regelen van rechtsbetrekkingen door middel van notariële akten, het inleiden van procedures bij de civiele rechter en de executie van vonnissen en dwangbevelen.¹³

De beroepsdeontologie is de plichtenleer van een (vrij) beroep¹⁴ en is vastgelegd in de nationale wetgeving van de lidstaten dan wel in de regelgeving van beroepsorganisaties.

In Nederland heeft ieder vrij beroep zijn eigen set van regelgeving, uitgevaardigd door de eigen beroepsorganisatie, binnen een door de overheid vastgesteld wettelijk kader. Op deze wijze kan de overheid de lijnen van het speelveld wel degelijk bepalen en bovendien die waarborgen en rechtsfiguren instellen waarvan zij vindt dat ze er behoren te zijn.

De Advocatenwet vormt het wettelijk raamwerk waarbinnen de advocatuur zich dient te bewegen. De wet regelt de organisatie van de beroepsgroep en legt een aantal voorschriften neer voor advocaten in de uitoefening van hun beroep. Ook stelt de Advocatenwet de Nederlandse Orde van Advocaten in, die zowel nationaal als regionaal (per arrondissement) is georganiseerd. De bestuursorganen van deze Orde zijn opgemaakt uit vertegenwoordigers uit het veld. De Orde van Advocaten heeft de bevoegdheid om Verordeningen op de praktijkoefening uit te vaardigen.¹⁵

12 Directie Rechtsbestel Ministerie van Justitie, *Beleidsreflectie Rechtspleging en Rechtsbijstand*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006, p. 20.

13 Directie Rechtsbestel Ministerie van Justitie, *Beleidsreflectie Rechtspleging en Rechtsbijstand*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006, p. 20 en 21.

14 *Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, dertiende uitgave, 1999.

15 Zie art. 28 AW. De Verordeningen vormen het hart van de Orde-regelgeving:

- de Verordening op de beroepsaansprakelijkheid,
- de Boekhoudverordening (bescherming van derdengelden),
- de Verordening op de praktijkrechtspersoon,
- de Verordening die 'no cure, no pay' verbiedt,
- de Verordening die het dekontoezicht instelt op de naleving van de Wid en MOT,
- de Verordening advocaat in dienstbetrekking,
- de Verordening op de publiciteit,
- de Samenwerkingsverordening (waarin is bepaald met welke beroepen "geïntegreerd" mag worden samengewerkt),
- de Stageverordening,

Zij heeft tevens de mogelijkheid om meer informele regels te stellen ten aanzien van de uitoefening van het beroep van advocaat. De belangrijkste regels in dit verband zijn de Gedragsregels 1992. Dit zijn er achtendertig in getal.

Gedrags- en tuchtrecht vinden inhoudelijk gezien hun basis in art. 46 AW. Art. 46 AW schrijft voor dat advocaten onderworpen zijn aan tuchtrechtspraak voor elk optreden dat in strijd is met de zorg voor de behartiging der toevertrouwde belangen, de naleving van de Verordeningen der Nederlandse Orde van Advocaten, en het handelen overeenkomstig hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. De eerste en de derde norm zijn open, en kunnen nader ingevuld worden aan de hand van Gedragsregels van de NOvA. Deze Gedragsregels vormen een verzameling regels, die binnen de advocatuur geformuleerd en op schrift gesteld zijn. Hierin wordt een aantal voorschriften gegeven die bepalen hoe een advocaat zich behoort te gedragen bij de uitoefening van zijn beroep. De Gedragsregels hebben niet de bindende kracht van verordeningen; zij verwoorden slechts hoe in de beroepsgroep over een aantal onderwerpen wordt gedacht.¹⁶ Opvallend is dat de Gedragsregels inhoudelijk gezien een nadere uitwerking vormen en dus min of meer gebaseerd zijn op de twee open normen in art. 46 AW, terwijl de bevoegdheid tot het *uitvaardigen* van de Gedragsregels nergens formeel is toegekend aan de NOvA in de Advocatenwet. Hier komt bij dat de Gedragsregels dus louter richtlijnen zijn, en geen vastlegging vormen van het voor advocaten geldende tuchtrecht, noch bindende regels zijn zoals de Verordeningen.

Art. 30 AW verleent de minister van Justitie een vernietigingsbevoegdheid ten aanzien van 'besluiten' van de Orde. De meest geijkte vorm van een dergelijk besluit is de Verordening. Over (een wijziging van) de Gedragsregels heeft de minister van Justitie daarentegen niets te zeggen, aangezien deze *coutumes* niet beschouwd worden als 'besluit' in de zin van de Advocatenwet.¹⁷

- de Verordening op de permanente opleiding.

Zie E. Unger, Toespraak op congres 'Advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie', Den Haag, 3 juli 2006, getiteld 'Advocatuur tussen profijt en professie, noodzaak tot terughoudende beroepsregulering', p. 3.

16 Bannier & Fanoy 2005, p. 137, 140 en 141.

17 De Gedragsregels zijn niet te kwalificeren als een bestuursrechtelijk besluit in de zin van de Advocatenwet, omdat deze regels slechts zijn te beschouwen als handelingsadviezen en niet direct zijn gericht op een extern rechtsgevolg. Zie hierover nader: Besluit van de d-g NMa, 21 februari 2002, zaaknr. 560, Engelgeer t. Nederlandse Orde van Advocaten, randnr. 89-91.

De Advocatenwet stelt ook een systeem van tuchtrechtspraak in,¹⁸ waarbij de (tucht)rechtsprekende organen in eerste aanleg grotendeels zijn samengesteld uit advocaten en in tweede aanleg voor de meerderheid uit leden van de rechterlijke macht bestaan.¹⁹

De Wet op het notarisambt vormt het wettelijk raamwerk voor het notariaat. Ook deze wet regelt de organisatie van de beroepsgroep en legt een aantal voorschriften neer voor notarissen in de uitoefening van hun beroep. De Wet op het notarisambt stelt de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie in. De bestuursorganen van deze organisatie zijn samengesteld uit notarissen.

De KNB heeft tot taak de bevordering van een goede beroepsuitoefening en de vakbekwaamheid van haar leden, en zij draagt zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt.²⁰ De organisatie stelt daartoe bij verordening beroeps- en gedragsregels vast.²¹ Verordeningen behoeven de goedkeuring van de minister van Justitie.²² Andere besluiten van de KNB dan verordeningen kan de minister vernietigen.²³ Belangrijk is wel dat de regelgevende organen van de KNB bevolkt worden door louter vertegenwoordigers uit het beroepsveld: hierin vinden we geen officiële overheidsafgevaardigden.

De Wet op het notarisambt installeert een systeem van tuchtrechtspraak voor notarissen.²⁴ De (tucht)rechtsprekende organen zijn slechts gedeeltelijk opgemaakt uit notarissen. De meerderheid van de leden in de kamers van toezicht bestaat uit niet-notarissen (namelijk leden van de rechterlijke macht en een belastinginspecteur).²⁵ Hoger beroep staat open bij het Gerechtshof te Amsterdam. Notarissen zijn niet vertegenwoordigd in dit orgaan bij zijn tuchtrechtelijk optreden.²⁶

18 Zie art. 46-60h AW.

19 Zie art. 46b AW.

20 Art. 61 WNA. Zie ook de Memorie van Toelichting over de taak van het nieuw op te richten publiekrechtelijk lichaam (*Kamerstukken II* 1993-1994, 23 706, nr. 3, p. 11): 'Het betreft hier de behartiging van de publieke belangen die met de uitoefening van het notarisambt gemoeid zijn.'

21 De wet schrijft daarbij voor dat voorschriften uit een verordening strikt noodzakelijk dienen te zijn voor de verwezenlijking van het doel dat met de verordening wordt beoogd. Ook mogen verordeningen de marktwerking niet onnodig beperken. Zie art. 89 WNA.

22 Art. 91 WNA.

23 Art. 92 WNA. Zo kan een verordening aan het bestuur van de KNB de bevoegdheid toekennen tot het vaststellen van nadere regels betreffende het in de verordening behandelde onderwerp. Zie art. 89 lid 5 WNA.

24 Zie art. 93-109 WNA.

25 Zie art. 94 WNA.

26 Zie art. 98 WNA.

1.3. De hervormingsplannen m.b.t. de Nederlandse vrijeberoepsregelgeving

1.3.1. De oorsprong van de hervormingsplannen

Op Europees en nationaal niveau richten de hervormingsgedachten zich zowel op de vrije beroepen in het algemeen, als op specifieke vrijeberoeps-groepen. Of de hervormingsplannen nu algemeen of specifiek zijn, uiteindelijk krijgen ze hun concrete beslag in het betreffende beroepsveld. Deze beroepsvelden zijn vooralsnog nationaal georganiseerd. Er bestaat nu eenmaal geen EG-competentie op het vlak van de vrijeberoepsregelgeving. Aangezien in Nederland de laatste jaren de vrije beroepen der advocatuur en notariaat sterk in de belangstelling stonden en aan de meest ingrijpende beroepsgroepspecifieke hervormingen onderhevig waren, concentreert dit hoofdstuk zich op de juridische vrije beroepen.

De beroepsregels van vrijeberoepsbeoefenaren als advocaten en notarissen liggen al enkele jaren onder vuur van economisch georiënteerde rechtsgebieden als het mededingingsrecht. Het gaat daarbij om de beroepsregels die economische effecten genereren, zoals verboden op economische samenwerkingsverbanden, het verbod op 'no cure, no pay'²⁷ en beroepsmo-nopolies. Overigens zullen veel beroepsregels op een of andere wijze economische gevolgen met zich meebrengen. Zelfs voorschriften betreffende deskundigheid of beroepseer kunnen in het uiterste geval zulke gevolgen hebben, zoals discriminerende erkenningsregelingen en reclameverboden. Zie daar de in potentie zeer grote reikwijdte van een rechtsgebied als het mededingingsrecht. Alleen van bijvoorbeeld etiquette-, ceremonie- en termijnvoorschriften betreffende het procesoptreden kan men zeggen dat ze (nagenoeg) geen economisch effect hebben en daardoor bij voorbaat buiten het bereik van het mededingingsrecht vallen.

Uit verschillende beleidshoeken komen de laatste jaren voorstellen tot hervorming van de vrijeberoepsregelgeving. Doel is over het algemeen om te komen tot grotere concurrentie binnen de vrije beroepen, zonder daarbij mogelijk marktfalen uit het oog te verliezen.²⁸ De grote vraag is of de vrije beroepen in de losgebarsten beleidsstorm nu dienen te vrezen voor het gros van hun beroepsregels, of dat het uiteindelijk allemaal wel meevalt.

27 Zie voor een toelichting op dit type verbod Paragraaf 3.5.1. van dit hoofdstuk.

28 Zie voor enige (rechts)economische overwegingen over de verhouding tussen vrije concurrentie en ingrijpen in de markt: Philipsen 2005, p. 56-58.

In nationale regelgeving kan een onderscheid gemaakt worden in regels betreffende markttoetreding (toegang tot de uitoefening van het vrije beroep) aan de ene kant, en regels betreffende marktgedrag (binnen het vrije beroep) aan de andere kant.

De eerste categorie bestaat voornamelijk uit overheidswetgeving en wordt voor een groot gedeelte bestreken door het communautaire recht betreffende het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. Op dit gebied zijn ook veel secundaire EG-rechtsregels uitgevaardigd, zoals richtlijnen over de erkenning van hoger-onderwijsdiploma's en beroepskwalificaties en over de autorisatie om de praktijk uit te oefenen in een andere lidstaat dan het land van herkomst.

In de tweede categorie is vaak sprake van zelfregulering door de beroepsgroepen. In dat geval komt het EG- of nationaal (Nederlands) mededingingsrecht in zicht. Overigens oefent ook het Europese vrijverkeersrecht zijn invloed uit op deze zelfregulering.²⁹ De nationale wetgever kan de ruimte voor zelfregulering inperken, simpelweg door een onderwerp (nader) bij wet te regelen en het daarmee uit handen van de beroepsgroep te nemen. In dat geval is de wetgever ook weer gebonden aan de plicht tot EG-conform handelen.

In dit hoofdstuk staat de tweede categorie van (beroeps)regulering van marktgedrag in de advocatuur en het notariaat centraal. De vraag is in hoeverre de voornaamste reguleringsonderdelen van deze beroepen houdbaar zijn of blijven onder het communautaire en nationale mededingingsrecht, en onder de toenemende druk tot hervormingen vanuit de economische beleidshoek (lees: het ministerie van Economische Zaken). Deze laat-

29 Als uitgangspunt geldt nu eenmaal dat het Europese vrijverkeersrecht óók van toepassing is op besluiten van particuliere (vrijberoeps)organisaties. In de *Wouters*-uitspraak (zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 120) heeft het Hof van Justitie dit principe nog eens in heldere bewoordingen uiteengezet: "dat het bepaalde in de artikelen 52 en 59 van het Verdrag [thans art. 43 en 49 EG, *JH*] zich ook uitstrekt tot niet-publiekrechtelijke regelingen die op collectieve wijze de werkzaamheid als zelfstandige en de verrichting van diensten beogen te regelen. Immers, de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten zou in gevaar worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen die voortvloeien uit handelingen die door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid worden verricht." Zie hier de semi-horizontale werking van art. 43 en 49 EG. Zie verder over dit vraagstuk bijvoorbeeld Conclusie A-G Poiares Maduro van 23 mei 2007 in zaak C-438/05, *The International Transport Workers' Federation en The Finnish Seamen's Union t Viking Line ABP en OU Viking Line Eesti*, n.g., r.o. 29-54, Conclusie A-G Mengozzi van 23 mei 2007 in zaak C-341/05, *Laval un Partneri Ltd t Svenska Byggnadsarbetareförbundet e a*, n.g., r.o. 220-229.

ste factor heeft een meer beleidsmatige dan juridische achtergrond, maar kan desniettemin de drijvende kracht achter substantiële veranderingen zijn, zeker ook in wet- en regelgeving. Het is verder ook niet uitgesloten dat bepaalde economische hervormingsideeën een rol spelen bij de interpretatie van het mededingingsrecht, wanneer dit rechtsgebied wordt toegepast op vrijeberoepsregelgeving.

1.3.2. Ontwikkelingen in het Europese vrijverkeersrecht m.b.t. de toegangs- en vestigingsvereisten voor het vrije beroep

Nationale overheidsregels over de toegang tot het vrije beroep en de toestemming tot uitoefening van dit beroep vallen veelal onder het Europese vrij verkeersrecht. Op dit punt is al veel Europees recht van toepassing dat de nationale voorwaarden harmoniseert. Een gebied in beweging ook, waar de afgelopen jaren de nodige hervormingen hebben plaatsgevonden vanuit Europa. Hoewel de overheidsvoorschriften betreffende *markttoetreding* geen onderwerp van analyse zijn in dit hoofdstuk, toch een korte samenvatting om het kader weer te geven waarbinnen de deontologische regels betreffende *marktgedrag* tot stand komen.

De erkenning van opleidings- en beroepskwalificaties van advocaten wordt geregeld door drie richtlijnen: een Richtlijn over de erkenning van beroepskwalificaties,³⁰ een richtlijn over het verrichten van juridische diensten in het buitenland (de Juridische-Dienstenrichtlijn),³¹ en een richtlijn over de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven (de Vestigingsrichtlijn voor advocaten).³²

De Richtlijn over de erkenning van beroepskwalificaties³³ heeft betrekking op de postsecundaire opleiding van mensen en consolideert een aantal oude diplomarichtlijnen, waaronder twee richtlijnen over de erkenning van hoger-onderwijsdiploma's (de Diplomarichtlijnen).³⁴ De Beroepskwalificatierichtlijn richt zich alleen op de erkenning van onderwijsprogramma's, en niet op de autorisatie om de praktijk uit te oefenen voor een vrijebe-

30 Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, *Pb.* 2005, L 255/22.

31 Richtlijn 77/249/EEG, *Pb.* 1977, L 78/17.

32 Richtlijn 98/5/EG, *Pb.* 1998, L 77/36.

33 Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, *Pb.* 2005, L 255/22.

34 Richtlijn 89/48/EEG, *Pb.* 1989, L 19/16, aangevuld met Richtlijn 92/51/EEG, *Pb.* 1992, L 209/25.

roepsbeoefenaar zoals een advocaat. Deze autorisatie ligt besloten in de dienstverlenings- en vestigingseisen uit de Juridische-Dienstenrichtlijn en de Vestigingsrichtlijn voor advocaten, die dan ook niet worden geraakt door de Beroepskwalificatierichtlijn.³⁵ De Beroepskwalificatierichtlijn geldt voorts niet voor notarissen, althans waar het om werkzaamheden gaat die een rechtstreekse en specifieke deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden.³⁶

De inmiddels door de Beroepskwalificatierichtlijn vervangen³⁷ Diploma-richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd in de Algemene wet erkenning EG-hoger-onderwijsdiploma's en de Algemene wet erkenning EG-beroepsopleidingen,³⁸ en voor advocaten uitgewerkt in de Regeling EG-verklaring advocaten 1996. Deze Regeling EG-verklaring advocaten wordt dan weer nader ingevuld bij Verordening en Reglement van de Nederlandse Orde van Advocaten.

De Juridische-Dienstenrichtlijn en de Vestigingsrichtlijn voor advocaten zijn geïmplementeerd in de Advocatenwet. Deze Europese regelgeving komt er kort gezegd op neer dat buitenlandse advocaten onder hun eigen titel in Nederland hun diensten kunnen aanbieden, en zelfs in rechte kunnen optreden, mits zij bij dit laatste samenwerken met een in Nederland gevestigde advocaat. Indien een buitenlandse advocaat zich in Nederland daadwerkelijk als advocaat wil inschrijven, zal hij eerst een proeve

35 Zie overweging 42 van de considerans van Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, *Pb.* 2005, L 255/22.

36 Zie overweging 41 van de considerans van Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, *Pb.* 2005, L 255/22. Zie voor de achtergronden van deze bepaling ook de volgende documenten op <http://ec.europa.eu/internal_market/qualifications/future_en.htm>: 1) Gewijzigd voorstel van de Commissie voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de erkenning van beroepskwalificaties van 20 april 2004, COM(2004) 317 def., commentaar bij het door de Commissie verworpen amendement 35 van het Parlement; 2) Motivering Raad bij zijn Gemeenschappelijk standpunt van 21 december 2004 met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, 13781/2/04 REV 2 ADD 1, par. 9; 3) Advies van de Commissie van 1 juni 2005 over de amendementen van het Europees Parlement op het gemeenschappelijk standpunt van de Raad, COM(2005) 248 def., commentaar bij het door de Commissie aanvaarde amendement 38 van het Parlement.

37 Men zou ook kunnen zeggen: 'overgenomen'. Inhoudelijk heeft de Beroepskwalificatierichtlijn geen grote wijzigingen doorgevoerd ten aanzien van de kernbepalingen van de twee genoemde Diploma-richtlijnen.

38 Deze laatste wet heeft mede betrekking op juridische beroepen met lagere opleidingsvereisten dan een universitaire studie, zoals het beroep van gerechtsdeurwaarder.

van bekwaamheid moeten afleggen. Deze proeve van bekwaamheid vindt plaats in de vorm van een examen in een aantal vakken Nederlands recht en wordt afgenomen in de Nederlandse taal. Als de advocaat echter kan aantonen dat hij al ten minste drie jaar in Nederland het Nederlandse recht praktiseert, kan hij verzoeken om direct als advocaat te worden ingeschreven bij de balie.³⁹

De meest recente Europese richtlijn die van belang is voor de vrije beroepen is de Dienstenrichtlijn.⁴⁰ Uitgangspunt van deze regeling is dat dienstverleners hun diensten ook onbelemmerd in een andere lidstaat mogen verrichten. Op dit uitgangspunt zijn wel een aantal excepties aangebracht in de richtlijn, o.a. door de reikwijdte van de regeling zelf te beperken ten aanzien van bepaalde sectoren. De Dienstenrichtlijn is niet van toepassing op handelingen waarvoor de wet de tussenkomst van een notaris voorschrijft.⁴¹ Het notariaat is dus niet onderworpen aan de bepalingen van de Richtlijn. De advocatuur is dat wel, maar slechts voor zover er meer specifieke Europese regels niet bestaan. Zo laat de Dienstenrichtlijn de bestaande Juridische-Dienstenrichtlijn en Vestigingsrichtlijn voor advocaten nageenog ongemoeid.⁴² Ook de nieuwe Beroepskwalificatierichtlijn blijft buiten schot van de Dienstenrichtlijn.⁴³

Overigens ziet de Dienstenrichtlijn niet alleen op de *markttoetreding* van dienstverleners, maar reguleert de Richtlijn ook een aantal onderdelen van het *marktgedrag* van beroepsbeoefenaren. Hierbij kan men denken aan regels omtrent kwaliteitshandvesten, keurmerken en gedragscodes voor dienstverrichters en voorschriften betreffende commerciële communicatie (reclame). Deze 'gedrags'-onderdelen van de Dienstenrichtlijn komen verderop in dit hoofdstuk nog kort aan bod, bij de behandeling van de speci-

39 Zie voor deze laatste regel art. 2a AW.

40 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36. Voor het oorspronkelijke voorstel, zie: Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM(2004) 2 def./2.

41 Zie art. 2 lid 2 sub l en art. 17 sub 12 van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36.

42 Zie wat betreft de Juridische-Dienstenrichtlijn art. 17 sub 4 van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36; zie wat betreft de Vestigingsrichtlijn voor advocaten art. 5 lid 4 en vergelijk overweging 30 van de considerans van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36.

43 Zie overweging 31 van de considerans, art. 3 lid 1 sub d, art. 5 lid 4, art. 15 lid 2 sub d en art. 17 sub 6 van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36.

fieke categorieën van juridische vrijberoepsregels waarop ze mogelijk betrekking hebben.⁴⁴

Voor zover harmonisatie van opleidingseisen en beroepskwalificatienormen niet heeft plaatsgevonden, gaat de jurisprudentie van *Gebhard*,⁴⁵ *Morgenbesser*⁴⁶ en *Vlassopoulou*⁴⁷ op. Het uitgangspunt van deze arresten is dat de bevoegde instanties een vergelijkend onderzoek naar diploma's mogen uitvoeren, om te zien of een diploma behaald in de ene lidstaat gelijkwaardig is aan een diploma behaald in de andere lidstaat. De bevoegde instantie mag daarbij aanvullende opleidingseisen stellen, wat inhoudt dat de betreffende persoon bepaalde extra cursussen dient af te ronden. Zij mag echter de toegang tot het beroep niet exclusief voorbehouden aan personen met een diploma behaald in de betreffende lidstaat zelf.

Het genoemde uitgangspunt is voor de advocatuur van belang inzake de toelating van buitenlandse juristen tot de advocatenstage. Dit gebied valt niet onder de werking van de hierboven behandelde richtlijnen, en is vooralsnog dus niet geharmoniseerd. De bevoegde instanties mogen daarom zelf aanvullende opleidingseisen stellen, tot aan de grens die het Hof in *Morgenbesser* neerlegt.

De toegang tot het ambt van notaris is in de Nederlandse Wet op het notarisambt voorbehouden aan personen met de Nederlandse nationaliteit.⁴⁸ Mocht het voorkomen dat personen met de Nederlandse nationaliteit in het buitenland een notariële opleiding hebben genoten en in Nederland tot notaris benoemd willen worden, dan zullen zij een proeve van bekwaamheid moeten afleggen in de vorm van een examen in een aantal Nederlandsrechtelijke notariële vakken.⁴⁹

De overheid heeft overigens plannen om de nationaliteitseis uit de Nederlandse wet te schrappen,⁵⁰ al verloopt het wetswijzigingsproces niet bepaald in een straf tempo.⁵¹

44 Zie Paragraaf 3.2 en 3.7 van dit hoofdstuk

45 Zaak C-55/94, Reinhard Gebhard t. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, *Jur* 1995, I-4165

46 Zaak C-313/01, C. Morgenbesser tegen Consiglio Dell' Ordine degli avvocati di Genova, *Jur* 2003, I-13467.

47 Zaak C-340/89, Irene Vlassopoulou tegen Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg, *Jur* 1991, I-2357

48 Art. 6 lid 1 WNA

49 Art. 6 lid 2 WNA en de Regeling EG-verklaring kandidaat-notarissen

50 Zie Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 11

51 De Commissie heeft Nederland wegens alle verdragen inmiddels voor het Hof van Justitie gedaagd. Zie Persbericht Commissie IP/09/152 van 29 januari 2009, 'Nationality requirements for notaries. Commission takes the Netherlands before the

Het is de vraag of een klip en klaar voorbeeld van directe discriminatie als het nationaliteitsvereiste voor notarissen de toets van het Europese recht kan doorstaan. Art. 45 EG opent de mogelijkheid om wat betreft de aanstelling van functionarissen bekleed met openbaar gezag te discrimineren naar nationaliteit. Men kan de opvatting zijn toegedaan dat het ambt van notaris onder deze Verdragsrechtelijke uitzonderingsbepaling valt. Hierbij is dan wel de vraag of de notaris bij ál zijn activiteiten werkzaamheden verricht ter uitoefening van het openbaar gezag. Naast werkzaamheden als openbaar ambtenaar zoals het verlijden van authentieke akten, zijn waarschijnlijk ook een aantal vrije marktactiviteiten aanwijsbaar in het dienstenpakket van de notaris (denk aan de advisering van ondernemers). De Europese Commissie is inmiddels echter van mening dat de nationaliteitseis voor notarissen überhaupt niet te rechtvaardigen is onder art. 45 EG,⁵² en is een inbreukprocedure gestart tegen een groot aantal lidstaten.⁵³

De vestigingseisen voor notarissen zijn de laatste jaren verlaagd. Oorspronkelijk was vestiging binnen het notariaat volledig dichtgetimmerd door middel van een vaste territoriumindeling per notaris: het standplaatsensysteem. Deze absolute gebiedsverdeling is inmiddels losgelaten. Vestiging als notaris staat open voor eenieder die aan de voorschriften van art. 6 Wet op het notarisambt (WNA) voldoet. Deze voorschriften zijn echter

Court of Justice to ensure compliance with non-discrimination principle The European Commission has decided to bring legal proceedings against the Netherlands before the Court of Justice for not yet having adopted the Dutch Government's proposed law abolishing the nationality requirement applicable to those wishing to take up and practise the profession of notary'

52 Vgl. in dit kader zaak 2/74, J. Reyniers t. Belgische Staat, *Jur* 1974, 631. Het Hof van Justitie overwoog in dit arrest dat de in art. 45 voorziene uitzondering op de vrijheid van vestiging moest worden beperkt tot die werkzaamheden, die op zichzelf een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag meebrengen. Het beroep van advocaat bracht geen werkzaamheden van dien aard met zich mee, aldus het Hof (zie vooral r.o. 50-55). Vgl. verder zaak 147/86, Commissie t. Helleense Republiek, *Jur* 1988, 1637, en zaak C-114/97, Commissie t. Koninkrijk Spanje, *Jur* 1998, I-6717.

53 In de visie van de Commissie is de nationaliteitseis voor notarissen in strijd met art. 43 EG en kan hij niet worden gerechtvaardigd op grond van art. 45 EG. Notarissen kunnen geen besluit opleggen tegen de wil van partijen en oefenen daarom in de ogen van de Commissie geen staatsautoriteit uit. De inbreukprocedure van de Commissie richt zich o.a. tegen Duitsland, België, Frankrijk en een aantal Oost-Europese lidstaten. Zie persbericht van 27 juni 2007, IP/07/915, 'Nationality requirements for notaries. Commission takes seven Member States to Court of Justice to ensure compliance with the principle of non-discrimination', en persbericht van 17 oktober 2007, IP/07/1510, 'Nationality requirements for notaries. the Commission takes steps to ensure compliance with the principle of non-discrimination in eight Member States'. Nederland is inmiddels ook terecht gekomen in het beklagdenbankje bij het Hof, zoals beschreven in voetnoot 50.

nog altijd stevig te noemen. Tot de voorschriften behoort, naast de lange(re) opleidingseisen (in de vorm van de verplichte stage van zes jaar), ook een door een Commissie van deskundigen goed te keuren vestigingsplan, het 'ondernemingsplan'. In dit plan dient de aspirant-notaris aan te tonen dat hij of zij over voldoende financiële middelen beschikt om kantoor te houden, en dat de uitoefening van de praktijk na drie jaren kosten-dekkend zal zijn. Dit vereiste vormt nog immer een grote belemmering voor de vrije vestiging als notaris, vandaar dat het Ministerie van Economische Zaken voorstelt om het voorschrift van het ondernemingsplan af te schaffen.⁵⁴

1.3.3. Ontwikkelingen in het Europese mededingingsbeleid m.b.t. de hervorming van de vrijeberoepsdeontologie

Op Europees niveau is de Commissie al een aantal jaren bezig om een nieuwe, verscherpte, beleidslijn uit te zetten ten aanzien van de vrije beroepen.⁵⁵ Zowel het Directoraat-Generaal (hierna: D-G) Concurrentie als het D-G Interne Markt houden zich hier mee bezig. D-G Concurrentie zet logischerwijs in op grotere (onbelemmerde) concurrentie in de verschillende vrijeberoepssectoren; D-G Interne Markt tracht de toegang tot en de uitoefening van deze beroepen voor buitenlandse beoefenaars te vergemakkelijken. Dit laatste D-G neemt daarbij het EG-recht van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging ter hand.

In opdracht van de Europese Commissie (D-G Concurrentie) heeft het Weense 'Institut für Höhere Studien' (IHS) het rapport 'Economische gevolgen van regelgeving op het gebied van de vrije beroepen in verschillende lidstaten' opgesteld.⁵⁶ In dit rapport wordt Nederland overigens ge-

54 Aldus de opstellers van het rapport *Rechtszekerheid als publiek belang Over de notaris, zijn domein en de markt* Zie Baarsma, Mulder & Teulings 2004, p. 64, 65, 73 Ook de auteurs van het rapport *Mededinging versus domeinmonopolie en ministerieplicht. Over de gevolgen van marktwerking in het notariaat* constateren dat het voorschrift van een goedgekeurd ondernemingsplan mede de toetreding van nieuwe notarissen bemoeilijkt en bijdraagt aan een verdere concentratie binnen de notarisbranche De huidige marktwerking, waarvoor de nieuwe notarijswet de ruimte laat, blijkt dus niet voldoende om het monopolie van de zittende notarissen te doorbreken en het overaanbod van kandidaat-notarissen te verkleinen Zie Plug e a 2003, p. 105 en 106

55 Zie bijvoorbeeld Commission Staff Working Document *Instruments for a modernised single market policy*, SEC(2007) 1518, par. 2.4 'Using competition tools in a synergetic manner', p. 14 en 15 Competition advocacy in the area of liberal professions

56 Deze studie is beschikbaar via de website van D-G Concurrentie <<http://www.europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/libprofconference.html#study>>

schaard onder de landen met de meest liberale regimes.⁵⁷ Vanuit dit perspectief valt het hier dus nog wel mee met de concurrentiebelemmeringen binnen de vrije beroepen, al valt Nederland zeker niet buiten alle hervormingsplannen.

Met het rapport van het IHS in het achterhoofd heeft de Commissie enkele Mededelingen uitgevaardigd over de mededinging op het gebied van professionele dienstverlening.⁵⁸ Deze Mededelingen zijn een eerste aanzet van de Commissie tot enige positieve integratie van de kant van het communautaire mededingingsrecht op dit onderwerp.⁵⁹ In deze stukken buigt de Commissie zich over die beroepsregulering die volgens haar de mededinging het meest verstoort. De Commissie onderscheidt feitelijk zes reguleringsgebieden die de mededinging beperken: (1) systemen van vaste prijzen voor de beroepsgroep; (2) systemen van aanbevolen prijzen voor de beroepsgroep; (3) voorschriften inzake reclame; (4) toegangsvereisten tot het vrije beroep; (5) exclusieve werkzaamheden; (6) voorschriften betreffende de zakelijke structuur.⁶⁰

De Europese Commissie maakt duidelijk dat beroepsregels die de mededinging beperken weliswaar gerechtvaardigd kunnen worden, maar dat zulks uitdrukkelijk dient te geschieden. De criteria noodzaak, evenredigheid en rechtvaardiging van de regel in kwestie staan daarbij centraal.⁶¹

57 Mario Monti, *Competition in Professional Services New Light and New Challenges*, 21 maart 2003, voordracht voor de Bundesanwaltskammer, Berlijn, p 9

58 Mededeling Commissie van 9 februari 2004, Verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM(2004) 83 def, en de follow-up van dit verslag Mededeling Commissie van 5 september 2005, Follow-up van het verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM (2005) 405 def. Overigens zijn het IHS-rapport en de Mededelingen van de Commissie niet kritiekloos ontvangen. Zie de rapporten van de Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE), beschikbaar via <<http://www.ccbe.org/>> RBB Economics, *Economic impact of regulation in liberal professions A critique of the IHS Report*, 9 september 2003, CCBE, *Comments on the Commission's legal analysis in its Report on competition in professional services*, juni 2004

59 Al gaat het hier wel om een typisch geval van 'soft law'. Daadwerkelijke positieve integratie zou wellicht plaats kunnen vinden middels een richtlijn van de Raad op basis van art 83 lid 2 sub c EG, waarin nader zou worden aangegeven wat zeker wel, en wat zeker niet mag binnen de vrije beroepen onder het communautaire mededingingsrecht. Voor de Commissie zou art 86 lid 3 EG wellicht in bepaalde gevallen mogelijkheden tot nadere regelstelling bieden.

60 Mededeling Commissie van 9 februari 2004, p 4 en 11; Mededeling Commissie van 5 september 2005, p 4

61 Mededeling Commissie van 9 februari 2004, p 5 en 25

1.3.4 De Nederlandse beleidsvoorstellen voor hervorming van de vrijeberoepsdeontologie

De voorstellen uit economische hoek

In Nederland heeft het ministerie van Economische Zaken enkele rapporten uitgebracht over de toekomst van de vrijeberoepsbeoefenaren, die toegespitst zijn op publieke belangen en reguleringsinstrumenten.⁶² Tevens zijn enkele rapportages uitgekomen specifiek over de gevolgen van marktwerking en deregulering voor het notariaat. Het publiek belang komt daarbij ruimschoots aan bod.⁶³

Het Centraal Planbureau (CPB) heeft begin september 2005 enkele rapporten uitgevaardigd over de liberalisering van het notariaat.⁶⁴ Hierin constateert het bureau dat de (prijs)concurrentie binnen het notariaat is toegenomen de afgelopen jaren, maar dat de kwaliteit van de dienstverlening tevens onder druk is komen te staan. Het CPB ziet desondanks nóg meer ruimte voor liberalisering, zonder dat dit de kwaliteit automatisch (verder) aan zou tasten. Regels als de eis om een bedrijfsplan te laten beoordelen door een externe commissie en het verbod om een gespecialiseerd kantoor te openen zijn wat betreft het CPB niet zeker van hun bestaan.

Ook de NMa is al enige jaren bezig met een inventarisatie van de mededingingsbeperkingen in de zelfregulering van vier vrije beroepen, waaronder het notariaat en de advocatuur.⁶⁵ De NMa bekijkt de positie van de vrijeberoepsbeoefenaren en de noodzaak van zelfregulering kritisch, en doet dat uiteraard vanuit het perspectief van het mededingingsrecht.

In 2004 is de NMa gestart met het inventariseren van de beroepsreggeving van het notariaat en de advocatuur. In een inventarisatie- en consultatiedocument⁶⁶ heeft de NMa begin 2006 het notariële beroepsveld en consumenten- en ondernemersorganisaties opgeroepen om te reageren op een aantal consultatievragen. Doel van de inventarisatie van de regel-

62 Van den Heuvel Rijnders e a 2004

63 Plug e a 2003, Baarsma, Mulder & Teulings 2004, Baarsma & Felso 2005 (rapporten in opdracht van het ministerie van Economische Zaken) Genoemde documenten zijn te downloaden via de website van SEO (<<http://www.seo.nl/>>)

64 Kuijpers, Noailly & Vollaard 2005, Nahuis & Noailly 2005 Beide documenten zijn beschikbaar via <<http://www.cpb.nl/nl/pub/2005.html>>

65 De andere twee vrijeberoepsgroepen die worden onderzocht op hun beroepsreggeving zijn de accountants en de architecten De inventarisatie van de beroepsregulering van de architecten heeft de NMa eind 2006 afgerond Zie Persbericht 06-45, 29 december 2006, 'Architecten passen gedragsregels aan na tussenkomst NMa'

66 NMa, *Inventarisatie vrije beroepen notariaat*, Den Haag NMa maart 2006

geving was om tot een overzicht te komen van de in de notariële zelfregulering opgenomen regels die mogelijk herbezinning behoeven vanwege concurrentieaspecten.⁶⁷ Onder de partijen die hebben gereageerd op de oproep van de NMa bevindt zich ook de KNB.⁶⁸ In 2007 heeft de NMa haar evaluatie afgesloten met een eindverslag.⁶⁹

Wat betreft de advocatuur heeft de NMa in 2006 de beroepsorganisaties, individuele beroepsbeoefenaren, consumenten- en ondernemersorganisaties en andere betrokkenen opgeroepen om te reageren op een inventarisatie- en consultatiedocument.⁷⁰ De NMa wil op deze wijze tot een overzicht komen van de in de zelfregulering van de advocatuur opgenomen regels die mogelijk herbezinning behoeven vanwege concurrentieaspecten.⁷¹ Het door de NMa aangekondigde eindverslag⁷² is nog immer niet verschenen.

Tot zover de initiatieven vanuit 'economische' hoek. De initiatieven van D-G Concurrentie en de NMa zijn gekoppeld aan (afhankelijk van) de toepassing van het mededingingsrecht. De initiatieven van het ministerie van Economische Zaken hebben een bredere beleidsachtergrond, en richten zich op de (economische) noodzaak van aanpassing van bestaande wetten en uitvaardiging van nieuwe overheidsregels voor de betreffende beroepsvelden.

Hoe divers van aard alle onderzoeken naar de beroepsregulering ook zijn, en hoezeer zij in hun uitkomsten ook verschillen, ze zoeken allemaal een antwoord op de vraag hoe de advocatuur en het notariaat in de toekomst het beste (lees: beter dan nu het geval is) gereguleerd (dan wel gedereguleerd) kunnen worden. Nu de meningen over het antwoord op deze vraag sterk uiteenlopen, zijn de discussies de laatste jaren hoog opgelopen.

De voorstellen uit juridische hoek

Ook vanuit niet-economische beleidshoeken worden de vrije beroepen immers kritisch gevolgd. Het ministerie van Justitie houdt zich traditioneel

67 NMa, *Inventarisatie vrije beroepen: notariaat*, Den Haag: NMa maart 2006, par. 1.2.

68 Zie Reactie van de KNB op de *Inventarisatie vrije beroepen: notariaat* van de NMa, 18 mei 2006, nr. 1603.5.

69 NMa, *Eindverslag inventarisatie vrije beroepen: notariaat* van de NMa, Den Haag: NMa mei 2007.

70 NMa, *Inventarisatie vrije beroepen: advocatuur*, Den Haag: NMa oktober 2006.

71 NMa, *Inventarisatie vrije beroepen: advocatuur*, Den Haag: NMa oktober 2006, par. 1.2.

72 Zie Persbericht NMa van 23 oktober 2006, 'NMa raadpleegt samenleving over zelfregulering advocaten'.

natuurlijk sterk bezig met de juridische beroepsgroepen. De minister van Justitie heeft voor zowel notariaat als advocatuur een overheidscommissie in het leven geroepen, teneinde de beroepsregels aan een nadere beschouwing te onderwerpen: de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt (kortweg: 'Commissie notariaat') onder voorzitterschap van Hammerstein en de Commissie advocatuur onder leiding van Van Wijmen. Beide commissies hebben hun rapporten relatief snel afgeleverd: de Commissie notariaat publiceerde haar rapport in september 2005,⁷³ en de Commissie advocatuur bracht het hare uit in april 2006.⁷⁴

De Commissie Hammerstein heeft in haar advies over de nieuwe Wet op het notarisambt o.a. gesteld dat op het gebied van kwaliteit, ondernemerschap en integriteit de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) haar regelgeving moet verscherpen. Een terugkeer naar vaste tarieven, ook in de consumptieve onroerendgoedpraktijk, wijst de Commissie af. De Commissie ziet meer in een versterking van de positie van de notaris door hem in een eerder stadium bij een transactie te betrekken dan nu het geval is. Zo beveelt de Commissie aan om de tussenkomst van de notaris in de obligatoire fase van de koop van onroerend goed (de zgn. Amsterdamse praktijk) wettelijk verplicht te stellen. Verder adviseert zij een scheiding aan te brengen tussen toezicht en tuchtrecht, de nationaliteitseis voor notarissen te laten vallen, en de mogelijkheid van de notaris in dienstbetrekking bij een andere notaris in te voeren. Ten slotte wijst zij provisiebetalings door notarissen aan andere dienstverleners, zoals makelaars, voor het werven van cliënten af. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris zou hierdoor in gevaar kunnen komen.⁷⁵

De opdracht van de Commissie Van Wijmen luidde dat zij een advies moest uitbrengen over een aantal kernvragen betreffende de bestuurlijke structuur van de advocatuur, een goede borging van kwaliteit en integri-

73 Rapport Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt van 28 september 2005 A Hammerstein e a , *Het beste van twee werelden*, Den Haag Ministerie van Justitie 2005, beschikbaar via <http://www.justitie.nl/pers/persberichten/archief/Archief_2005/50929Commissie_Hammerstein_Versterk_professionele_dienstverlening_van_de_notaris.asp>

74 Rapport Commissie advocatuur van 24 april 2006 P C E van Wijmen e a , *Een maatschappelijke Orde*, Den Haag Ministerie van Justitie 2006, beschikbaar via <http://www.justitie.nl/Images/Advocatuur_tcm74-115174.pdf>

75 Zie Rapport Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt van 28 september 2005 A Hammerstein e a , *Het beste van twee werelden*, Den Haag Ministerie van Justitie 2005, onder 'Hoofdstuk 9'

teit en het klacht- en tuchtrecht.⁷⁶ Ook de verhouding tussen enerzijds de eisen aan professionele dienstverlening en anderzijds het mededingingsrecht diende aan bod te komen.⁷⁷ De Commissie heeft zich gericht op een integrale analyse van de regelgeving voor advocaten. De introductie van meer marktwerking speelde daarbij een rol, maar was zeker niet het enige objectief van onderzoek. Ook andere thema's als deregulering, een betere toegankelijkheid tot het beroep en kwalitatief goede dienstverlening zijn aan bod gekomen. De adviezen van de Commissie Van Wijnen kwamen neer op de volgende kernpunten:

- Meer regelgeving door een pseudo-staatsorgaan: instelling van een (van de beroepsgroep) onafhankelijke Regelgevende Raad voor de Advocatuur.
- Meer marktwerking: instelling van een keurmerk voor advocaten, prestatiemeting en prestatiesturing, waarvan de uitkomsten publiekelijk beschikbaar moeten zijn.
- De instelling van een Ombudsman, waar cliënten van advocaten kunnen klagen en verhaal kunnen halen indien zij een misstand vermoeden in de dienstverlening.
- Explicitering van toetsingsnormen in de Advocatenwet, zoals de voor de advocatuur belangrijke beginselen van onafhankelijkheid, partijdigheid, integriteit, vertrouwelijkheid, deskundigheid en publieke verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling.
- Invoering van een 'Bar Exam' om de stage en beroepsopleiding af te ronden.
- Introductie van een gematigde vorm van 'no cure, no pay': 'no win, no fee'. Hierbij mag het honorarium niet bestaan uit een deel van de opbrengst, maar het mag wel resultaatafhankelijk worden gemaakt.⁷⁸

Teneinde de controle van de overheid op de regelgevende bevoegdheid van de Nederlandse Orde van Advocaten te versterken, bracht de Com-

76 Zie de brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 23 december 2004 over de uitwerking van de motie van het lid Klaas de Vries betreffende rol en positie van de advocaat, *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 279, nr 20, p 8

77 Zie de brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 23 december 2004 over de uitwerking van de motie van het lid Klaas de Vries betreffende rol en positie van de advocaat, *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 279, nr 20, p 6.

78 Zie voor de meeste onderdelen van deze analyse F van Waarden, *Een liberaliseringsparadox leidt liberalisering tot minder vrijheid voor de vrije beroepen?*, Congresbijdrage symposium 'Advocatuur en notariaat tussen profijt en professie', Den Haag, 3 juli 2006, par 1 Zie voor de inhoudelijke punten Rapport Commissie advocatuur van 24 april 2006 P C E van Wijnen e a , *Een maatschappelijke Orde*, Den Haag Ministerie van Justitie 2006, p 17-20, 35-39, 45-49, 55-61, 63-67

missie Van Wijmen het idee naar voren om de NOvA als regelgever te vervangen door een Regelgevende Raad. Deze Raad zou een plaats krijgen buiten en boven de Orde, en zou in meerderheid zijn gevuld met door de minister van Justitie benoemde niet-advocaten.⁷⁹ Hiermee was de Orde veroordeeld tot een optreden als pure belangenbehartiger voor het beroepsveld.

De NOvA is immer fel gekant geweest tegen oprichting van een dergelijke instantie.⁸⁰ Als redenen voor het behoud van zelfregulering voerde de Orde o.a. aan:

- Advocaten moeten in het belang van de rechtsstaat *onafhankelijk* zijn. De overheid dient dus op zekere afstand te blijven, ook als het gaat om beroepsregels. Met preventief of repressief toezicht door de minister van Justitie heeft de Orde geen moeite.
- Het stellen van beroepsregels vereist veel en continue praktijkervaring en specialistische kennis, alsook internationale oriëntatie.
- Het draagvlak bij de balie verzwakt indien beroepsregels niet uit eigen kring komen.
- De tuchtrechter moet toetsen aan praktisch bruikbare regels.⁸¹

Er bestaat een duidelijke doctrinaire tweedeling in de ideeën voor enerzijds een onafhankelijke publiekrechtelijke Regelgevende Raad, die (in meerderheid) bestaat uit overheidsfunctionarissen (niet-advocaten), en anderzijds een Orde van Advocaten met eigen regelgevende bevoegdheden, waar de overheid juist omwille van de onafhankelijkheid van de advocatuur geen meerderheidsvertegenwoordiging en -stem in mag hebben. Deze twee zienswijzen staan in de kern lijnrecht tegenover elkaar.

De beslissingen uit politieke hoek

Over de rapporten van beide Commissies ligt inmiddels een kabinetsstandpunt voor, waarbij met name het kabinetsstandpunt inzake de advocatuur voor de nodige hervormingen zorgt.

79 Rapport Commissie advocatuur van 24 april 2006 P C E van Wijmen e a , *Een maatschappelijke Orde*, Den Haag Ministerie van Justitie 2006, p 31

80 Zie E Unger, Toespraak op congres 'Advocatuur en notariaat tussen profijt en professie', Den Haag, 3 juli 2006, getiteld 'Advocatuur tussen profijt en professie, noodzaak tot terughoudende beroepsregulering', p 3

81 E Unger, 'Deregulering in de advocatuur en de taak van de Orde', in J C A Houdijk en W R Paulssen (red), *Congresreader symposium 'Advocatuur en notariaat tussen profijt en professie'*, Nijmegen CPO Juridisch Onderwijs voor Professionals 2006, p 5

Het standpunt van het kabinet over het rapport Hammerstein⁸² sluit nauw aan bij de door de Commissie notariaat gegeven adviezen, en brengt in dat spoor weinig revolutionaire veranderingen teweeg voor de beroepsgroep. Het kabinet onderschrijft het oordeel van de Commissie dat de combinatie van ambtsdrager en ondernemer, ook wel aangeduid als het Latijnse notariaat, in principe mogelijk is, mits voldoende waarborgen aanwezig zijn voor een behoorlijke ambtsvervulling.⁸³ Het kabinet wil niet tornen aan het domeinmonopolie (het exclusieve recht om authentieke akten te maken) en de ministerieplicht (de plicht om deze authentieke akten op te maken).⁸⁴ Wel moet het mogelijk zijn voor een notaris om een bepaalde transactie binnen zijn kantoor door te verwijzen naar een notaris die meer gespecialiseerd is op dat onderwerp, ook als de dienst in kwestie binnen de ministerieplicht valt.⁸⁵

Kernpunt van de vertrouwenspositie van de notaris is zijn zwaarwegende zorgplicht tot wilscontrole en de 'Belehrungs'-plicht. De zorgplicht gaat over het algemeen verder dan de zorgplicht van een gewone ondernemer of dienstverlener. De notaris moet niet alleen rekening houden met de belangen van degene die zijn diensten inroept, maar ook met die van de wederpartij van die persoon, alsook van derden zoals de fiscus.⁸⁶

Het kabinet is het voorts met de Commissie eens dat de ethiek van het notarisambt ondeelbaar is. Het onderscheid tussen wettelijke en niet-wettelijke taken, ambtelijke en niet-ambtelijke taken is voor de beoordeling van de kwaliteit en integriteit van het functioneren van de notaris niet relevant.⁸⁷

Met de hierboven geschetste uitgangspunten van het kabinet zijn de fundamenteën van de huidige notariële regelgeving eigenlijk veilig gesteld. Dit neemt niet weg dat het kabinet wel enige concrete aanpassingen in het systeem van regels doorgevoerd wenst te zien.

Het kabinet vindt dat de KNB een verscherpt kwaliteits(bewakings)systeem in het leven moet roepen. Tussen toezicht en tuchtrecht moet een

82 Kabinetstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR.

83 Kabinetstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 2.

84 Kabinetstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 3.

85 Kabinetstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 9 en 10.

86 Kabinetstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 3 en 4.

87 Kabinetstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 4.

scheiding worden aangebracht.⁸⁸ De mogelijkheden tot het uitoefenen van toezicht door de toezichthouders van het Bureau Financieel Toezicht en de KNB worden uitgebreid.⁸⁹

Het kabinet heeft voorts een wetsvoorstel betreffende de notaris in dienstbetrekking bij een andere notaris ingediend bij de Tweede Kamer.⁹⁰ De Tweede Kamer heeft dit voorstel vervolgens aangenomen.⁹¹ De wet heeft dan de gang naar de Eerste Kamer gemaakt, waar zij (op het moment van schrijven van deze tekst) nog immer voorligt.⁹² De eis van het hebben van de Nederlandse nationaliteit voor een in Nederland praktiserende notaris zal uit de WNA verdwijnen.⁹³

Het kabinet wil graag dat kandidaat-notarissen beter worden gescreend op hun geschiktheid om het ambt uit te oefenen. Daarom is de KNB gevraagd om een persoonstoets uit te werken, waarin objectieve criteria centraal staan.⁹⁴

Het maken van reclame door notarissen voor de eigen dienstverlening kan binnen bepaalde grenzen worden toegestaan, mits wezenlijke elementen van het beroep niet in gevaar komen. De KNB is primair verantwoordelijk voor het vaststellen van de regels op dit onderwerp.⁹⁵

88 Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 6

89 Zie Persbericht Ministerie van Justitie, 18 september 2008, 'Wetsvoorstel versterkt het toezicht op het notariaat'

90 Wijziging van de Wet op het notarisambt en enige andere wetten in verband met de invoering van de mogelijkheid het ambt van notaris in dienstbetrekking uit te oefenen en het aanbrengen van enkele wijzigingen van technische aard (Wet notaris in dienstbetrekking), *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 350, nr. 2. Zie ook Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 11

91 Zie Stemmingen over het wetsvoorstel Wijziging van de Wet op het notarisambt, 20 september 2006, *Handelingen Tweede Kamer* 2006-2007, nr. 2, p. 9

92 Zie Wijziging van de Wet op het notarisambt en enige andere wetten in verband met de invoering van de mogelijkheid het ambt van notaris in dienstbetrekking uit te oefenen en het aanbrengen van enkele wijzigingen van technische aard (Wet notaris in dienstbetrekking) - Gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken I* 2006-2007, 30 350, nr. A tot M

93 Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 11. Zie ook nieuwsbericht KSU van 12 juli 2007, 'Geen nationaliteitsvereiste om notaris te worden', te vinden op <<http://www.novocatie.nl>>. In Paragraaf 1.3.2 van dit hoofdstuk is de Europeesrechtelijke status van het nationaliteitsvereiste in het notariaat al aan de orde gekomen

94 Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 12 en 13

95 Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 13

Ook zijn er enkele onderdelen waarop het kabinet juist géén verandering wil doorvoeren of in ieder geval nog geen actie wil ondernemen. Een terugkeer naar een systeem met vaste tarieven acht het kabinet niet wenselijk.⁹⁶ Ook tot het instellen van een wettelijke verplichting tot (vroegtijdige) inschakeling van de notaris bij de koop van een woning (de Amsterdamse praktijk) wil het kabinet vooralsnog niet overgaan.⁹⁷

Verder sluit het kabinet zich aan bij de visie van de Commissie dat het betalen van provisies door notarissen aan andere dienstverleners voor het aanleveren van cliënten de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het notariaat in gevaar brengt. Het verbod op dit soort praktijken blijft gehandhaafd.⁹⁸

Dan de reactie van het kabinet op de adviezen van de Commissie Van Wijmen. Het kabinet volgt het rapport van de Commissie advocatuur lang niet op alle punten op, maar toch brengt het kabinetsstandpunt⁹⁹ de nodige veranderingen teweeg voor de beroepsgroep.

De belangrijkste wijziging, die ook voor de toepassing van het mededingingsrecht op de vrijeberoepsregelgeving van belang is, is ongetwijfeld de grotere overheidscontrole op de regelgevende bevoegdheid van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Het kabinet volgt de Commissie níet in de totale ontmanteling van de Nederlandse Orde van Advocaten. Het kabinet gaat namelijk niet over tot instelling van een Regelgevende Raad voor de Advocatuur, die de regelgevende bevoegdheid van de NOvA over zou nemen. Het vindt namelijk dat regelgeving die ontwikkeld is in eigen professionele kring aanzienlijk beter wordt nageleefd en dus effectiever is. Een argument dat het kabinet niet met zoveel woorden naar voren brengt, maar dat wel geldig lijkt, is dat de onafhankelijkheid van de advocaat (ten opzichte van de overheid) door deze beslissing gegarandeerd blijft.¹⁰⁰

96 Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 7.

97 Het schuift dit idee door naar de evaluatie van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek die voor een later jaar op het programma staat. Zie Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 8 en 9.

98 Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR, p. 11 en 12.

99 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13.

100 Het kabinet heeft overigens wel veel aandacht voor het eminente belang van een adequate rechtshulpverlening voor de rechtsstaat. Het beginsel van een eerlijk proces komt hierbij ook aan bod, evenals de essentiële rol van de advocaat in de rechtspleging. De onafhankelijkheid van de advocaat, o.a. ten opzichte van de overheid, is in

Wel komt er een sterkere controle van overheidswege op de door de Nederlandse Orde van Advocaten uit te vaardigen regelgeving. De aanbeveling van de Commissie om het repressieve toezicht van de minister van Justitie op de regelgeving van de Orde te vervangen door een preventief toezicht, wordt overgenomen. Het gaat hierbij om goedkeuring als bedoeld in art. 10:25 Awb: de voor de inwerkingtreding van een besluit van een bestuursorgaan vereiste toestemming van een ander bestuursorgaan.¹⁰¹ Belangrijk om te vermelden is dat dit preventieve toezicht zich enkel lijkt uit te strekken over de Verordeningen en andere officiële besluiten van de NOvA, en niet over haar Gedragsregels.

Daarnaast stelt het kabinet een door de Orde in te richten adviesraad in, die voor het merendeel bestaat uit niet-advocaten. Deze adviesraad zal advies geven over alle ontwerpregelingen van de Orde. De NOvA zal een afwijking van het advies moeten motiveren. Zeker in het laatste geval vindt het kabinet het belangrijk dat de minister van Justitie de concept-Verordeningen van de NOvA kan toetsen aan het algemeen belang.¹⁰²

De aanbeveling van de Commissie Van Wijnen om de kernwaarden van de advocaat (onafhankelijkheid, partijdigheid, integriteit, vertrouwelijkheid, deskundigheid en publieke verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling¹⁰³) in de Advocatenwet vast te leggen, wordt door het kabinet overgenomen.¹⁰⁴ Deze kernwaarden kunnen dan dienen als toetsingskader voor de NOvA bij haar regelgeving.

Het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht van advocaten blijven onverkort van toepassing in zowel de proces- als de adviesprak-

dit kader natuurlijk onontbeerlijk. Zie Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 4 en 6-8.

101 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 13 en 14.

102 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 14.

103 Zie voor een nadere beschouwing over de betekenis van de publieke verantwoordelijkheid van een advocaat: Bannier 2007, p. 122-125.

104 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 7-10. Zie ook Rijksbegroting 2008, Deel VI (Justitie), Hoofdstuk 2, Beleidsagenda 2008, onder Pijler 5: Veiligheid, stabiliteit en respect.

tijk.¹⁰⁵ Ook het thans geldende systeem van verplichte procesvertegenwoordiging blijft buiten schot.¹⁰⁶

Tevens blijft het verbod op 'no cure, no pay'¹⁰⁷ gehandhaafd. Het kabinet acht dit verbod zo essentieel voor de onafhankelijke beroepsuitoefening van de advocaat, dat de wetgever het verbod zal opnemen in de Advocatenwet. De regelgeving van de Orde wordt op dit punt dan overbodig. Het kabinet houdt de weg naar een experiment met een zekere vorm van resultaatgerelateerde beloning voor de toekomst overigens open, op voorwaarde dat dit niet tot aantasting van de onafhankelijkheid van de advocaat leidt.¹⁰⁸ Deze weigering om de deur definitief in het slot te gooien is eigenlijk in strijd met de principiële opmerking even eerder in het kabinetsstandpunt dat men met kernwaarden zoals het verbod op 'no cure, no pay' niet experimenteert. Maar voorzichtigheid lijkt wel troef in de toekomst met eventuele 'no cure no pay'-experimenten.

Een Ombudsman voor klachten over de advocatuur wordt niet ingesteld.¹⁰⁹ Ook een apart wettelijk geregeld balie-examen komt er niet. Het kabinet vertrouwt op door de Orde door te voeren verbeteringen in de beroepsopleiding.¹¹⁰ Het kabinet wil wel dat de Orde een kwaliteitssysteem ontwikkelt, waarmee de kwaliteit van dienstverlening getoetst kan worden.¹¹¹ Het lidmaatschap van een specialisatievereniging verplicht stellen, vindt het kabinet dan weer te ver gaan.¹¹²

105 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 12 en 13.

106 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 10 en 11.

107 Zie voor een toelichting op dit type verbod Paragraaf 3.5.1. e.v. van dit hoofdstuk.

108 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 15-18.

109 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 24.

110 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 21 en 22.

111 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 19.

112 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 19 en 20.

1.3.5. Hervormingsdrang in perspectief

Bij alle hervormingsvoorstellen van de afgelopen jaren kan men zich overigens wel afvragen of de gepresenteerde oplossingen gebaseerd zijn op problemen waarvan algemeen erkend is dat ze bestaan. Zo werpt Van Waarden de vraag op of de hervormingen niet een doel op zich zijn geworden in een tijdgeest van modernisering met 'meer markt' en 'meer controle'.¹¹³

De organisatiewetenschap maakt onderscheid tussen (kwaliteits)meting, regulering, standaardisering en sturing van 'input' (productiefactoren zoals arbeid en grondstoffen), 'throughput' (de productieprocessen) en van 'output' (prestaties).¹¹⁴ In de vrije beroepen is *output*meting over het algemeen bijzonder moeilijk te organiseren, aangezien de prestaties tijdens en na afloop van de dienstverlening lastig zijn te meten. Juridische dienstverlening is een vertrouwensgoed, en geen ervaringsgoed.¹¹⁵ Het principe van de *input*sturing lijkt dan een beter instrument, en zou in vele beroepssectoren ook nog uitgebouwd kunnen worden. Op deze wijze kan de kwaliteit van de dienstverlening wellicht verhoogd worden. Het grote nadeel van de uitbouw van inputcontroles is dat er nog meer markttoetredingsbarrières worden opgeworpen. Dit vermindert de mogelijkheden voor buitenstaanders om de markt te betreden, waardoor de instroom van nieuwe toetreders wordt belemmerd. Dit heeft gevolgen voor het concurrentievermogen binnen de beroepsgroep. De controle op *throughput* is ook lastig vorm te geven in de vrije beroepen, al zijn de laatste jaren wel ontwikkelingen gaande op dit gebied door de instelling van meer intervisie en onderlinge kwaliteitscontrole tussen collega-beroepsgenoten.

1.4. De nadere opzet van dit hoofdstuk

Na de uiteenzetting van de beleids- en politieke initiatieven tot hervorming van de twee klassieke juridische vrije beroepen, volgt nu de eigenlijke beschouwing over de verhouding tussen enerzijds het mededingings-

113 Zie F. van Waarden, *Een liberaliseringsparadox: leidt liberalisering tot minder vrijheid voor de vrije beroepen?*, Congresbijdrage symposium 'Advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie', Den Haag, 3 juli 2006, par. 3 en 4. Vgl. ook Van den Bergh 2000, p. 27.

114 F. van Waarden, *Een liberaliseringsparadox: leidt liberalisering tot minder vrijheid voor de vrije beroepen?*, Congresbijdrage symposium 'Advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie', Den Haag, 3 juli 2006, par. 6.

115 F. van Waarden, *Een liberaliseringsparadox: leidt liberalisering tot minder vrijheid voor de vrije beroepen?*, Congresbijdrage symposium 'Advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie', Den Haag, 3 juli 2006, par. 6.

recht en anderzijds de juridische vrijeberoepsregulering.¹¹⁶ De relatie tussen het mededingingsrecht en de vrije beroepen heeft veel pennen in beweging gebracht, niet alleen van ambtenaren bij de mededingingsautoriteiten of leden van de rechterlijke macht, maar zeker ook in de literatuur.¹¹⁷ Na een korte uiteenzetting over de rol van het mededingingsrecht in de vrijeberoepssector, wordt het begrip 'ondernemersvereniging' aan een nader onderzoek onderworpen. Reden is dat dit begrip de toegangspoort tot toepassing van het antitrustrecht vormt. Mocht het niet mogelijk zijn een juridische beroepsorganisatie te kwalificeren als een ondernemersvereniging, dan kan ook van toepassing van het kartelverbod op haar regelgeving geen sprake zijn. Zo bezien is het ondernemersverenigingbegrip een criterium van cruciale betekenis.

Verder komt de 'effet utile'-leer aan bod, omdat deze doctrine in de recente rechtspraak van de Gemeenschapsrechter over beroepsregelgeving in de advocatuur eigenlijk een nog belangrijkere rol speelt dan het ondernemersverenigingcriterium.

Als alle voorwaarden van een mededingingsrechtelijke verbodsbepaling zijn vervuld, komt men uit bij de uitzonderingsmogelijkheden op dat verbod. Deze uitzonderingsmogelijkheden zijn van groot belang voor de vrije beroepen, en wel ter beantwoording van de vraag of beroepsregels die de mededinging beperken uiteindelijk toch te sauveren zijn. Vandaar dat een nadere beschouwing volgt van de 'rule of reason', de leer van de inherente beperkingen, een rechtvaardigingstoets in het kader van de 'effet utile'-leer, art. 81 lid 3 EG en art. 86 lid 2 EG.

Na de behandeling van de verbodsvoorwaarden en uitzonderingsregels van het antitrustrecht, volgt het gedeelte waarin de mededingingsrechtelijke houdbaarheid van een aantal categorieën van deontologische regels afzonderlijk onder de loep wordt genomen. De indeling in categorieën is mede geïnspireerd op de rangschikking van probleemgebieden die de Europese Commissie heeft gemaakt in haar analyse van de mededinging binnen de professionele dienstverlening.¹¹⁸ Deze categorieën worden aangevuld met enige onderdelen die dezer dagen specifiek in Nederland vragen oproepen. De Nederlandse en communautaire jurisprudentie worden hier-

116 Zie over dit onderwerp ook Houdijk 2005e, p. 251-263.

117 Zie bijvoorbeeld Ehlermann & Atanasiu 2006b.

118 Vgl. Mededeling Commissie van 9 februari 2004, Verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM(2004) 83 def, en de follow-up van dit verslag Mededeling Commissie van 5 september 2005, Follow-up van het verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM(2005) 405 def

bij niet in gescheiden delen behandeld, maar komen telkens per categorie beroepsregel aan bod, voor zover zij in kwestie relevant zijn natuurlijk.

Achtereenvolgens staan centraal: (i) systemen van vaste en aanbevoelen prijzen, (ii) publiciteits- en acquisitiebeperkingen, (iii) regels omtrent exclusieve werkzaamheden, (iv) voorschriften betreffende de zakelijke structuur en de eis van een onafhankelijke beroepsuitoefening, (v) het verbod op 'no cure, no pay', (vi) stage- en opleidingsvoorschriften, en (vii) methoden voor kwaliteitstoetsing, geschillenoplossing en tuchtspraak.

Per categorie beroepsregel en per juridische beroepsgroep wordt bekeken wat de belangrijkste invloeden zijn van het mededingingsrecht en enige daarmee verbonden economische beleidsinitiatieven tot verdergaan de liberalisering. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting van de belangrijkste pijnpunten in de botsing tussen het mededingingsrecht en de (Nederlandse) juridische vrijeberoepsregelgeving. Ook volgen enige conclusies over de ontwikkeling van de beroepsregulering in de nabije toekomst.

2. DE VERSCHILLENDE STAPPEN IN DE TOEPASSING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT OP VRIJEBEROEPSREGULERING

2.1. De structuur van het communautaire en het Nederlandse mededingingsrecht

2.1.1. De uitgangspunten van het antitrustrecht

Zowel het kartel- als het misbruikverbod is gericht tot ondernemingen. Bij het begrip 'onderneming' gaat het in het mededingingsrecht om een zelfstandige uitoefening van een economische activiteit, waarbij de rechtsvorm en de wijze van financiering niet ter zake doen.¹¹⁹ Advocaten- en notariskantoren zijn ondernemingen in de zin van het antitrustrecht. Niet-zelfstandig opererende advocaten en notarissen, die bijvoorbeeld in loondienst zijn bij deze kantoren, voldoen weer niet aan de definitie. Uiteraard kunnen zij in hun activiteiten hun kantoren wel vertegenwoordigen, zodat hun optreden wordt toegeschreven aan deze ondernemingen.

Het begrip ondernemersvereniging duidt op handelsassociaties, maar ook andere organisaties zoals landbouwcoöperaties en beroepsorga-

119 Zie zaak C-41/90, Höfner, *Jur.* 1991, I-1979 en gev. zaken C-159 en 160/91, Poucet, *Jur.* 1993, I-637.

nisaties kunnen onder het begrip vallen.¹²⁰ In deze laatste categorie vallen de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB).

Een optreden van de Europese Commissie of de NMA uit hoofde van het kartel- of misbruikverbod tegen ondernemingen moet een (oorspronkelijk) aanknopingspunt hebben in mededingingsbeperkend gedrag van die ondernemingen zelf: is zulk gedrag niet aanwijsbaar, dan komen de verboden niet voor toepassing in aanmerking. De Gemeenschapsrechter heeft bepaald dat private akkoorden die in overleg met de overheid gesloten zijn of die tot stand zijn gekomen binnen een publiekrechtelijk kader dat de speelruimte van ondernemingen beperkt, daardoor *niet* automatisch aan het kartelverbod van art. 81 lid 1 EG ontsnappen.¹²¹ Ook het feit dat overheidsautoriteiten bepaalde afspraken tussen ondernemingen goedkeuren en zelfs op verzoek van die ondernemingen bekrachtigen (algemeen verbindend verklaren), onttrekt die overeenkomsten niet aan de werking van art. 81 lid 1 EG.¹²² Het mededingingsrecht staat dus voor toepassing open wanneer de overheid 'de markt' (het beroepsveld) een zelfstandige rol geeft in het regelgevingproces, waarbij deze laatste (mede) zelfstandig inhoud geeft aan de mededingingsbeperking die met de regelgeving gepaard gaat.

Waar ondernemingen, of vaker, ondernemersverenigingen, in dit type situaties onderworpen zijn aan de tucht van het antitrustrecht, gaan ook overheden niet automatisch vrijuit onder dit rechtsgebied. Lidstaten dienen in dit verband rekening te houden met de 'effet utile'-leer.

De 'effet utile'-doctrine¹²³ betreft de toepassing van art. 3 lid 1 sub g j^o 10 j^o 81 of 82 EG, welke combinatie de lidstaten verplicht om de effectieve toepassing van de communautaire mededingingsregels niet te ondergraven.¹²⁴ Toepassing van de 'effet utile'-leer komt in zicht als een lidstaat

120 Zie Jones & Sufrin 2004, p. 147. Zie over het optreden van een 'ondernemersvereniging' onder art. 81 lid 1 EG: gev. zaken 209-215 en 218/78, Fedetab, *Jur.* 1980, 3125, r.o. 87 en 88, zaak 45/85, Sachversicherer, *Jur.* 1987, 405, r.o. 28-32.

121 Zie zaak 123/83, BNIC/Clair, *Jur.* 1985, 391, en gevoegde zaken 240-242, 261, 262, 268 en 269/82, SSI e a./Commissie, *Jur.* 1985, 3831.

122 Zaak 123/83, BNIC/Clair, *Jur.* 1985, 391, r.o. 22 en 23.

123 Zie over deze doctrine ook Paragraaf 3.6 van Hoofdstuk II.

124 Art. 3 lid 1 sub g EG draagt de Europese Gemeenschap op te voorzien in een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Art. 10 EG bevat het beginsel van de Gemeenschapstrouw. Op basis van dit artikel mogen lidstaten geen handelingen verrichten die de werking van EG-Verdragsartikelen frustreren en het Gemeenschapsbeleid ondergraven. Het mededingingsrecht van art. 81 en 82 EG behoort tot dit Gemeenschapsbeleid.

het tot stand komen van mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen oplegt of begunstigt, dan wel de werking ervan versterkt, en de verantwoordelijkheid voor overheidsinterventie overdraagt aan particuliere marktdeelnemers.¹²⁵ Voor de toepassing van deze leer is een eigen inbreng van ondernemingen in de totstandbrenging van een mededingingsbeperking noodzakelijk. Is deze betrokkenheid er niet, dan lijkt de 'effet utile'-leer uit het zicht te verdwijnen. Lidstaten moeten dan bij hun optreden mogelijk rekening houden met de toepassing van het Europese vrijverkeersrecht.

In de conclusies van enkele Advocaten-Generaal zijn overigens ook andere denkbelden te vinden over de 'effet utile'-leer, waarin deze doctrine minder strikt geïnterpreteerd wordt.¹²⁶

Wanneer het gaat om vrijberoepsregels in de lidstaten, wordt 'de praktijk' bijna altijd op enigerlei wijze betrokken bij het regelgevingproces. Het is dan de vraag of deze betrokkenheid een voldoende substantiële, eigen bijdrage behelst aan de totstandkoming van de mededingingsbelemmering om te kunnen spreken van mededingingsbeperkend handelen van de ondernemingen zelf (al dan niet in samenspraak met de overheid), of dat het louter gaat om bijvoorbeeld adviestaken die geen constituerend of doorslaggevend onderdeel vormen van de uit te vaardigen regelgeving.

2.1.2. De juridische vrijberoepsregels onder het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie

De toepassing van het kartelverbod van art. 81 EG en art. 6 Mw op besluiten van juridische beroepsorganisaties zal uitgebreid behandeld worden in dit hoofdstuk. Deze bepalingen zijn van toepassing indien aan drie voorwaarden is voldaan. Er moet sprake zijn van (i) een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging (ii) die de tussenstaatste handel beïnvloedt en (iii) de mededinging belemmert of beperkt.

Het ondernemings- en ondernemersverenigingsbegrip vormen bij het onderwerp van de (juridische) vrijberoepsregelgeving de meest interessante criteria. De invulling van deze begrippen brengt namelijk de nodige complicaties met zich mee, waaraan ook de Europese rechter de nodige

125 Zie zaak 13/77, Inno/ATAB, *Jur* 1977, 2115, zaak 267/86, Van Eycke, *Jur* 1988, 4769, zaak C-2/91, Meng, *Jur* 1993, I-5751, zaak C-245/91, Ohra, *Jur* 1993, I-5851, zaak T-513/93, CNSD I, *Jur* 2000, II-1807

126 Meer hierover in Paragraaf 2 2 5 en 2 3 6 van dit hoofdstuk

overwegingen heeft gewijd. Vandaar dat op deze punten hierna nog uitgebreid zal worden ingegaan.

Het begrip 'besluit' (van een ondernemersvereniging) vormt over het algemeen geen groot obstakel bij de toepassing van art. 81 lid 1 EG, ook niet in de vrijeberoepssector. De Gemeenschapsrechter legt deze term ruim uit.¹²⁷

Ook de maatstaf van beïnvloeding van de tussenstaatse handel vormt geen groot probleem wanneer het gaat om de juridische vrijeberoepssector. Het Hof van Justitie heeft in het *Wouters*-arrest met een verwijzing naar de drempelvorming nog eens herhaald dat een ondernemersafpraak die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.¹²⁸ Bij besluiten van een Orde van Advocaten is van deze drempelvorming doorgaans sprake, omdat de besluiten van toepassing zijn op bezoekende advocaten die in een andere lidstaat zijn ingeschreven, omdat het economisch en handelsrecht steeds vaker van toepassing zijn op grensoverschrijdende transacties, en omdat andere vrijeberoepers (zoals accountants) die samenwerking zoeken met advocaten vaak internationale groepen zijn met vestigingen in verschillende lidstaten.¹²⁹ Met deze uitgangspunten zal de factor van de invloed op de tussenstaatse handel doorgaans niet voor problemen zorgen in de vrijeberoepswereld. In latere 'vrijeberoeps'-arresten heeft het Hof van Justitie bovenstaande punten ook nog eens herhaald.¹³⁰

Aan het criterium van de beperking of belemmering van de mededinging wordt *grosso modo* gemakkelijk voldaan in geval van (juridische) vrijeberoepsregelgeving, omdat deze normen de concurrentiemogelijkheden tussen vrije beroepers vaak, in ieder geval enigermate, inperken.

127 Zie Jones & Sufrin 2004, p. 148. Wel bestaat er rechtspraak van het Hof van Justitie uit de vrijeberoepshoek waarin bepaalde adviezen van een beroepsorganisatie niet als mededingingsbeperkende 'besluiten' van een ondernemersvereniging werden gekwalificeerd, omdat zij een onderdeel vormden van een rechterlijke procedure en op zichzelf geen gevolgen voor de mededinging hadden. Zie zaak C-221/99, Conte, *Jur* 2001, I-9359, r.o. 20-23.

128 Zie HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV t. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 95, met een verwijzing naar arresten in zaak 8/72, Vereniging van Cementhandelaren t. Commissie, *Jur* 1972, 977, r.o. 29, in zaak 42/84, Remia e.a. t. Commissie, *Jur* 1985, 2545, r.o. 22, en in zaak C-35/96, Commissie t. Italië, *Jur* 1998, I-3851, r.o. 48.

129 Zie zaak C-309/99, Wouters, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 96.

130 Zaak C-35/99, Arduino, *Jur* 2002, I-1529, r.o. 33, en gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni, *Jur* 2006, I-11421, r.o. 45.

De toepassing van art. 82 EG en art. 24 Mw op besluiten van juridische beroepsorganisaties zal niet aan bod komen. Belangrijkste reden hiervoor is dat het Hof van Justitie heeft bepaald dat een juridische beroepsorganisatie als de NOvA (en ongetwijfeld strekt dit principe zich ook uit tot de KNB) niet beschouwd kan worden als een onderneming of een groep van ondernemingen in de zin van art. 82 EG. Daarmee vallen de activiteiten van deze beroepsorganisatie, en dus ook haar regelgevende activiteiten, buiten de werking van dit verbodsartikel.¹³¹ Het probleem is dat art. 82 EG noch art. 24 Mw het begrip 'ondernemersvereniging' kent; de bepalingen richten zich in hun verbodsomschrijving alleen tot ondernemingen.

Het Hof bestempelt orden van advocaten over het algemeen bij hun regelgevende optreden niet als *onderneming* in de zin van art. 82 EG, aangezien zij zelf geen economische activiteiten uitoefenen. Ook kan een orde van advocaten niet als een groep van ondernemingen in de zin van art. 82 EG worden aangemerkt, omdat de ingeschreven advocaten niet door zodanige banden met elkaar verenigd zijn dat zij hun optreden op de markt kunnen coördineren en zodoende de onderlinge mededinging kunnen afschaffen.¹³² De advocatuur is immers weinig geconcentreerd, zeer heteroog en kent een grote onderlinge concurrentie. Bij gebreke van voldoende onderlinge structurele banden kunnen advocaten niet geacht worden een collectieve machtspositie in de zin van art. 82 EG in te nemen.¹³³ Bovendien kan het marktaandeel van advocaten in de sector van juridische dienstverlening te laag zijn om een beslissende aanwijzing te vormen voor het bestaan van een collectieve machtspositie.¹³⁴ Opvallend is dat de Gemeenschapsrechter in de juridische vrijeberoepssector terughoudender is met het vaststellen van het bestaan van een collectieve machtspositie dan in de sportsector.¹³⁵

131 Zie zaak C-309/99, Wouters, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 111-115

132 Zie zaak C-309/99, Wouters, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 113 en zaak C-96/94, Centro Servizi Spediporto, *Jur* 1995, I-2883, r.o. 33 en 34.

133 Zie zaak C-309/99, Wouters, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 114 en HvJ EG 31 maart 1998; zaak C-68/94 en C-30/95, Frankrijk e a /Commissie, *Jur* 1998, I-1375, r.o. 227; HvJ EG 16 maart 2000, gev. zaken C-395/96 P en C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports e a /Commissie, *Jur* 2000, I-1365, r.o. 36 en 42

134 Zie zaak C-309/99, Wouters, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 114, gev. zaken C-68/94 en C-30/95, Frankrijk e a /Commissie, *Jur* 1998, I-1375, r.o. 226, gev. zaken C-395/96 P en C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports e a /Commissie, *Jur* 2000, I-1365, r.o. 42

135 Vergelijk de redeneerwijze van de Gemeenschapsrechter op het vlak van collectieve dominantie van nationale voetbalverenigingen en clubs (optredend via de FIFA als emanatie) in zaak T-193/02, Laurent Piau t. Commissie, *Jur* 2005, II-209, r.o. 107-116

2.2. De toepasselijkheid van het kartelverbod op vrijeberoepsregulators

Bij de toepassing van art. 81 EG of art. 6 Mw ten aanzien van vrijeberoepsregulators zijn een aantal stappen van belang: zowel de verbodsvoorwaarden als de excepties kunnen aan toepassing van het kartelverbod in de weg staan.

Bij de verbodsvoorwaarden vormt het ondernemers(vereniging)-criterium meteen een cruciale maatstaf wat betreft de toepassing van het kartelverbod in de vrijeberoepssector. Zo komt bij iedere regelgevende instantie de vraag op of zij moet worden gekwalificeerd als ondernemersvereniging of als overheidsorgaan.

Indien men vaststelt dat de verbodsvoorwaarden van art. 81 lid 1 EG of art. 6 lid 1 Mw zijn geschonden, komt men uit bij de excepties. Hierbij is het de vraag welke uitzonderingsinstrumenten eventueel de werking aan het kartelverbod kunnen ontnemen, en hoe deze werken in de vrijeberoepssector.

Hieronder worden de genoemde punten aan een nadere beschouwing onderworpen.

2.2.1. *De advocaat en de notaris als ondernemer resp. de beroepsorganisatie als ondernemersvereniging*

Alvorens men een orde van advocaten of een notariële beroepsorganisatie kan kwalificeren als een ondernemersvereniging, dient vast te staan dat de leden van een dergelijke organisatie ondernemingen zijn. Is dit niet het geval, dan is de organisatie in kwestie ook niet te bestempelen als een ondernemersvereniging, en valt toepassing van het kartelverbod weg.

Zo kan men zich afvragen of een orde van advocaten wel een vereniging van (zelfstandig) ondernemers is, aangezien veel advocaten tegenwoordig in loondienst zijn bij een kantoor en niet meer zelfstandig een financieel risico dragen. Met de introductie van de notaris in loondienst zouden vergelijkbare vragen kunnen opkomen over het notariaat.

Advocaat-Generaal Léger is in de *Wouters*-zaak nader ingegaan op de vraag of advocaten ondernemingen zijn in de zin van het communautaire mededingingsrecht en samen een ondernemersvereniging kunnen vormen.

De A-G betoogt dat in Nederland ingeschreven advocaten bevoegd zijn hun activiteiten¹³⁶ onder twee verschillende rechtsregimes uit te oefenen, namelijk als zelfstandige en in loondienst. Wanneer de advocaat zijn activiteiten als zelfstandige uitoefent, biedt hij diensten aan op een bepaalde markt, te weten de markt voor juridische dienstverlening. Hij vraagt en krijgt van zijn cliënten een beloning voor de door hem verrichte diensten. Voorts draagt hij de aan de uitoefening van zijn activiteiten verbonden financiële risico's, omdat hij in geval van een verschil tussen uitgaven en inkomsten zelf het tekort draagt. Overeenkomstig de door het Hof geformuleerde criteria moet de advocaat in dit geval worden aangemerkt als onderneming in de zin van het communautaire mededingingsrecht.

Wanneer de advocaat zijn activiteiten daarentegen in loondienst uitoefent, verkeert hij in een andere situatie. Twee mogelijkheden zijn hier denkbaar. Enerzijds kan de advocaat zijn diensten verrichten voor en onder het gezag van een andere persoon, die hem in ruil daarvoor een beloning betaalt. In dit geval is de advocaat 'werknemer' en valt hij als zodanig buiten de sfeer van het communautaire mededingingsrecht. Anderzijds is het mogelijk dat de advocaat in loondienst zijn werkzaamheden niet daadwerkelijk onder gezag van zijn werkgever verricht en dat zijn beloning rechtstreeks is gekoppeld aan de winsten en verliezen van die werkgever. In dit geval behoort de advocaat tot de categorie van grensgevallen, aldus de Advocaat-Generaal.¹³⁷

De A-G vindt het na deze analyse niet gemakkelijk om vast te stellen of een beroepsorganisatie die zowel ondernemingen als werknemers omvat een ondernemersvereniging is in de zin van art. 81 EG. Hij gaat er uiteindelijk maar van uit dat in Nederland ingeschreven advocaten ondernemingen zijn in de zin van het communautaire mededingingsrecht, en dus in staat zijn om samen een ondernemersvereniging te vormen.¹³⁸ Zolang de 'zelfstandig opererende' advocaten maar bij de NOvA zijn aangesloten, lijkt de Orde van Advocaten in deze redenering gewoon als ondernemersvereniging bestempeld te kunnen worden. Dat er ook een aantal 'niet-zelfstandig opererende' advocaten lid zijn, doet daaraan niets af.

136 De activiteiten van de advocaat concentreren zich van oudsher rond twee hoofdtaken enerzijds de juridische advisering (waaronder het geven van adviezen, het voeren van onderhandelingen en het redigeren van bepaalde stukken) en anderzijds de verlening van bijstand aan en de vertegenwoordiging van de client in en buiten rechte

137 Zie de Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 45-52

138 Zie de Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 53-55

Mij lijkt de redenering van de Advocaat-Generaal in *Wouters* op dit onderwerp nodeloos omslachtig, en ook gevaarlijk in een sector waar zeer velen als advocaat in loondienst werkzaam zijn voor hun kantoor. Daarnaast doet de advocaat in loondienst van vakbonden, gemeenten en rechtsverzekeraars opgang. In de notarissector wordt binnen afzienbare tijd de notaris in loondienst geïntroduceerd.

Naar mijn mening maakt het voor de kwalificatie van de NOvA als ondernemersvereniging niet uit of advocaten als zelfstandige werkzaam zijn of in loondienst bij een advocatenkantoor of andere organisatie. In het eerste geval is de term 'ondernemer' gepast, maar ook in het tweede geval kan de link met een onderneming gemaakt worden. Het gaat bij advocaten in loondienst om werknemers die namens hun ondernemingen optreden, en hun bedrijven in hun beroepsgerelateerde handelingen vertegenwoordigen. Dit geldt zeker ook wanneer zij betrokken zijn bij het vaststellen van besluiten binnen en door de NOvA. Er zijn vele zaken waarin ondernemersverenigingen veroordeeld zijn op grond van schending van art. 81 EG, terwijl de afgevaardigden die binnen deze verenigingen prijsafspraken maakten zelf niet als ondernemer waren te kwalificeren. Zij vertegenwoordigden slechts als werknemer de achterliggende bedrijven.

Het Hof van Justitie maakt in zijn *Wouters*-arrest aan dit punt ook eigenlijk geen woorden vuil, en stapt direct over het vraagstuk van de advocaat als ondernemer heen: advocaten bieden tegen beloning diensten aan op het gebied van de rechtshulp, dragen de financiële risico's die horen bij de uitoefening van deze activiteiten, oefenen dus een economische activiteit uit en zijn daarom ondernemingen in de zin van het communautaire mededingingsrecht.¹³⁹ Hoe de risicospreiding intern in kantoren is geregeld, doet daarbij blijkbaar niet ter zake.

2.2.2. De vrijeberoepsorganisatie als instantie voor zelfregulering

In Nederland heeft de regelgeving voor advocatuur en notariaat voor een belangrijk gedeelte het karakter van zelfregulering, net zoals in vele andere lidstaten van de EG overigens.

Een beroepsorganisatie stelt een groot gedeelte van de voor de beroepsgroep relevante regelgeving vast. In Nederland zijn dat de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie. Kenmerk van deze organisaties is dat zij hun leden werven uit de beroepsgroep, en dat deze leden ook aan de basis staan van de door de orga-

139 Zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 45-49.

nisaties uit te vaardigen beroepsregels. De leden van de beroepsgroepen hebben zitting in de regelgevende organen van de beroepsorganisaties.

Vaak is hiermee het plaatje niet compleet. Zo kunnen ook officiële overheidsfunctionarissen zitting hebben in de regelgevende organen van een beroepsorganisatie. Het is mogelijk dat beroepsorganisaties de wettelijke plicht hebben om het algemeen belang (mede) te behartigen. De leden van de beroepsgroep kunnen bij de uitoefening van hun regelgevende bezigheden naar nationaal recht het etiket 'onafhankelijk deskundige' opgeplakt krijgen. Het is verder mogelijk dat een overheidsorgaan (zoals een minister) toezicht houdt op de beslissingen van de beroepsorganisatie. De vraag komt op of de beroepsorganisatie in dit soort situaties nog langer is te beschouwen als een ondernemersvereniging, of toch eerder geldt als onderdeel (radertje) in een publiekrechtelijke besluitvormings- en regelgevingprocedure. Het feit dat ondernemers zitting hebben in een organisatie, vormt dus niet de enige maatstaf om te bepalen of deze als een ondernemersvereniging functioneert.

Enige arresten nu waarin de Gemeenschapsrechter meer helderheid verschaft.

CNSD

De uitgangspunten van de ondernemerskwestie bij vrijeberoepsorganisaties vindt men terug in het *CNSD*-arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg, dat handelde over douane-expediteurs. Het Gerecht stelde eerst vast dat deze beroepsgroep een economische activiteit uitoefent. Vervolgens bepaalde het Gerecht dat een beroepsorganisatie waarin de vertegenwoordigers van een dergelijk beroep zijn verenigd, kan worden beschouwd als een ondernemersvereniging, zonder dat haar publiekrechtelijke aard hieraan in de weg staat. Dit standpunt vindt men ook terug in latere jurisprudentie zoals *Wouters*.

Het Gerecht stelde bovendien in *CNSD* dat de besluiten waarbij de beroepsorganisatie de tarieven voor beroepsverrichtingen vaststelt niet kunnen worden beschouwd als overheidsbesluiten, aangezien naar nationaal recht de leden van de beroepsorganisatie niet als onafhankelijke deskundigen kunnen worden aangemerkt. Zij zijn niet verplicht om bij de vaststelling van de tarieven, behalve met de belangen van de ondernemingen of ondernemersverenigingen die hen hebben benoemd, óók met het algemeen belang of met de belangen van ondernemingen uit andere secto-

ren of van de gebruikers van de betrokken diensten rekening te houden.¹⁴⁰ Art. 81 lid 1 EG was daarmee gewoon van toepassing.

De conclusie van het Gerecht dat de beroepsorganisatie van douane-expediteurs in deze zaak onder de werking van art. 81 EG viel met zijn besluiten was eenvoudig te bereiken: de organisatie bestond volledig uit ondernemers(vertegenwoordigers), en daarnaast was er geen enkele wettelijke verplichting voor de organisatie om bij haar regelgevende activiteiten óók rekening te houden met het algemeen belang. Niet alle mededingingszaken betreffende beroepsorganisaties zijn echter zo eenduidig als CNSD.

BNIC/Clair en Reiff

In de arresten *BNIC/Clair*¹⁴¹ en *Reiff*¹⁴² besliste het Hof van Justitie dat het feit dat de leden van een lichaam dat de prijzen dient vast te stellen op voordracht van de rechtstreeks betrokken beroepsorganisatie door de overheid worden benoemd, niet uitsluit dat het lichaam in kwestie een besluit neemt in de zin van art. 81 EG. Indien de personen die zitting hebben in het lichaam als vertegenwoordigers van de organisaties die hen hebben voorgedragen over de prijzen hebben onderhandeld en een overeenkomst hebben gesloten, en de beroepsorganisatie deze overeenkomst vervolgens als voorstel indient bij het lichaam, kan het lichaam in zijn besluitvorming de status van ondernemersvereniging krijgen.¹⁴³ De bestuursleden hebben dan te veel een dubbele pet op.

In tegenstelling tot in *BNIC/Clair*, kwam het Hof van Justitie in het arrest *Reiff* overigens tot de conclusie dat het mededingingsrecht uiteindelijk niet van toepassing was: het Hof oordeelde dat de lidstaat onder de omstandigheden van de casus toch voldoende controle hield over de uitkomst van het prijsbepalingsstelsel via het openbare lichaam.¹⁴⁴

140 GvEA 30 maart 2000, zaak T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali t Commissie ('CNSD I'), Jur 2000, II-1807, 'Samenvatting' r.o. 2, 'Overwegingen' r.o. 39, 55 en 56. Zie ook zaak C-35/96, CNSD II, Jur 1998, I-3851, die zich meer richtte op de verantwoordelijkheden van de Italiaanse overheid voor het bestaan van de zelfregulerings situatie van de Italiaanse douane-expediteurs. Het Hof van Justitie achtte in dit opzicht een schending aanwezig van de 'effet utile'-leer door Italië.

141 Zaak 123/83, *BNIC/Clair*, Jur 1985, 391.

142 Zaak C-185/91, *Reiff*, Jur 1993, I-5801.

143 Zaak 123/83, *BNIC/Clair*, Jur 1985, 391, r.o. 18 en 19, en zaak C-185/91, *Reiff*, Jur 1993, I-5801, r.o. 16.

144 Zo beschouwde het Hof de leden van de tariefcommissies niet als vertegenwoordigers van de beroepsorganisaties, en constateerde het dat de commissies de tarieven dienen vast te stellen op basis van overwegingen van algemeen belang en dat de staat het laatste woord houdt omtrent de hoogte van de tarieven. De overheid dient

De opmerkingen van het Hof over de status van bedrijfslichamen als (al dan niet) ondernemersverenigingen in de beschreven constructies, kunnen ook interessant zijn voor de juridische vrije beroepssector, al wijkt de Nederlandse structuur wel substantieel af van de geschetste casus. Het regelgevingproces met betrekking tot de juridische vrije beroepen in Nederland is (vooralsnog) niet zo gelaagd dat zich tussen beroepsorganisatie en minister nog een openbaar lichaam bevindt dat in interactie met beide entiteiten tot regelgeving komt.¹⁴⁵ Wat niet wil zeggen dat de Nederlandse situatie *a priori* of in potentie minder mededingingsbeperkend zou zijn, of ontdaan van iedere mededingingsrechtelijke spanning. Integendeel, de NOvA en de KNB zullen bij hun regelgevende activiteiten het particuliere en het publieke element in een aantal opzichten nog scherper in zich verenigen.

Fiammiferi

In de *Fiammiferi*-zaak¹⁴⁶ formuleert de Gemeenschapsrechter als uitgangspunt dat ondernemingen en ondernemersverenigingen zelf aansprakelijk kunnen zijn voor een schending van de mededingingsregels, indien nationale wetgeving de mogelijkheid openlaat van concurrentie die nog door autonome gedragingen van ondernemingen zou kunnen worden belemmerd, beperkt of vervalst. Is dit het geval, dan moet vervolgens worden nagegaan of de eventuele aanvullende beperkingen die de ondernemingen worden verweten in feite niet aan de betrokken lidstaat zijn toe te rekenen.¹⁴⁷

Het Hof werkt deze vraag uit in de richting van de situatie dat nationale wetgeving het ondernemersveld de bevoegdheid geeft om maatregelen uit te vaardigen die de mededinging beperken, maar geen criteria of

er echter wel op toe te zien dat de staatscommissies waarin afgevaardigden uit het ondernemersveld zitting hebben, hun werk inderdaad doen op basis van overwegingen van algemeen belang. Zo nodig dient de overheid haar eigen besluit in de plaats te stellen van de beslissing van deze commissies. Zie zaak C-185/91, Reiff, *Jur.* 1993, I-5801, r.o. 17-24. Het is overigens de vraag of de analyse van het Hof hier op alle punten even sterk is. Het ondernemersveld heeft onder de onderhavige Duitse constructie toch, direct of indirect, de mogelijkheid om prijzen *inhoudelijk* te bepalen. Controlemechanismen van overheidswege doen hier niets aan af, nog afgezien van de vraag of deze in de praktijk altijd even effectief werken.

145 Denk in dit kader echter aan de ideeën van de Commissie Van Wijmen, die met het voorstel kwam om een onafhankelijke, publiekrechtelijke 'Regelgevende Raad voor de Advocatuur' in te stellen naast (*de facto* bóven) de NOvA. Zie Rapport Commissie advocatuur van 24 april 2006: P.C.E. van Wijmen e.a., *Een maatschappelijke Orde*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006, p. 36-40.

146 Zaak C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), *Jur.* 2003, I-8055.

147 Zie zaak C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 66.

regels aanreikt om deze maatregelen (en de daaraan inherente belemmeringen) nader vorm te geven.¹⁴⁸ De gezamenlijke ondernemingen zijn in dat geval binnen het nationale wettelijke kader in staat om inhoudelijk vorm te geven aan een mededingingsbeperking – middels 'autonome' gedragingen. Voor deze gedragingen zijn zij aansprakelijk onder het antitrustrecht. Deze lijn van het Hof zou ik graag aanvullen met de opmerking dat wanneer de overheid criteria of regels aan zou reiken om overheidsregelgeving nader vorm te geven, deze criteria/regels wel voldoende scherp dienen te zijn om daadwerkelijk nader richting te geven aan de regelgeving. Ontbreekt deze scherpte, dan is het goed mogelijk dat ondernemingen ruimte houden voor 'zelfstandige' schendingen van het mededingingsrecht.

Het Hof geeft verder aan dat een openbaar lichaam dat in (grote) meerderheid of uitsluitend bestaat uit vertegenwoordigers van het ondernemersveld, gewoon als ondernemersvereniging beschouwd moet worden.¹⁴⁹

Wouters

Met deze uitgangspunten uit de communautaire jurisprudentie in gedachten, komen we weer terug bij het *Wouters*-arrest,¹⁵⁰ voor de juridische beroepen een echte *landmark case*.

Het Hof van Justitie ging nader in op vragen betreffende de publiek-rechtelijke status van de Nederlandse Orde van Advocaten en de doelstelling van deze beroepsorganisatie om regels uit te vaardigen ter behartiging van het algemeen belang, meer specifiek het belang van een goed functionerende rechtsorde.

In Nederland houdt de Orde van Advocaten niet alleen de goede beroepsuitoefening in de gaten, maar komt zij tevens op voor de rechten en belangen van de advocaten zelf.¹⁵¹ Ook zijn de bestuursorganen van de Orde uitsluitend samengesteld uit leden van de beroepsgroep, kortom uit de

148 Zie zaak C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 70-75.

149 Zie zaak C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 76-80.

150 Zaak C-309/99, J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV t. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, *Jur.* 2002, I-1577. In deze uitspraak heeft het Hof van Justitie de besluiten van de Nederlandse Orde van Advocaten onder de werking van het mededingingsrecht gebracht. Dit deed het door de Orde te bestempelen als een ondernemersvereniging in de zin van art. 81 lid 1 EG wier besluiten (o.a. in de vorm van Verordeningen) onderworpen zijn aan het kartelverbod. Uiteindelijk sauveerde het Hof van Justitie een beroepsregel van de NOvA na uitvoering van een noodzakelijkheidstoets.

151 Vgl. art. 26 AW.

spelers in het economisch veld. Hiermee zijn enkele redenen gegeven voor het Hof van Justitie om Verordeningen van deze organisatie onder het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' van art. 81 lid 1 EG te brengen. Het Hof overwoog o.a. dat de Orde geen typische overheidsprerogatieven uitoefende en dat de leden van de beroepsorganisatie niet beschouwd konden worden als onafhankelijke deskundigen die specifiek het algemeen belang in acht namen.¹⁵² Naast Verordeningen vaardigt de Orde overigens ook Gedragsregels voor advocaten uit.

De Nederlandse overheid had ten tijde van het arrest in de persoon van de minister van Justitie de mogelijkheid repressief toezicht uit te oefenen over besluiten van de Orde in de zin van de Advocatenwet, waartoe de Verordeningen behoren. De Gedragsregels voor advocaten vallen echter buiten alle overheidscontrole. Als het Hof van Justitie Verordeningen reeds onder de werking van het mededingingsrecht brengt, zal het dat zeker doen met de Gedragsregels.

Het Hof van Justitie vond het feit dat de Orde een publiekrechtelijk lichaam is¹⁵³ eigenlijk niet van belang. De juridische kwalificatie die een nationale rechtsorde verleent aan een organisatie die voorschriften uitvaardigt voor haar leden, is niet van invloed op de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels.¹⁵⁴

Waar het om gaat is of de organisatie in kwestie handelt naar criteria van algemeen belang en conform essentiële beginselen die de overheid zelf heeft vastgelegd. De overheid kan verder de bevoegdheid aan zich houden om zelf in laatste instantie te beslissen. Alleen onder deze voorwaarden behouden de door de beroepsorganisatie uitgevaardigde regels een overheidskarakter en ontsnappen zij aan de voor ondernemingen geldende Verdragsregels, aldus het Hof.¹⁵⁵

De conclusie van de Gemeenschapsrechter luidde dat de Nederlandse Orde van Advocaten een ondernemersvereniging is. Het Hof van Justitie vond dat de NOvA in haar regelgevende capaciteit niet voldoende onafhankelijk stond tegenover het beroepsveld en niet exclusief genoeg het algemeen belang diende om haar als 'overheidsregulator' te beschou-

152 Zie voor de precieze opsomming van alle redenen in de volgorde van het arrest *Wouters*, r.o. 58-64

153 Art. 17 AW

154 Zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 65 en 66

155 Zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 68

wen.¹⁵⁶ Bovendien was er louter sprake van repressief toezicht door de minister van Justitie.

2.2.3. De vrijeberoepsorganisatie als instantie voor overheidsregulering

Er zijn echter ook zaken waar het dubbeltje net de andere kant op valt. Het Hof van Justitie ziet daarin het regulerende orgaan binnen een orde van advocaten niet als een loutere vertegenwoordiger van het ondernemersveld der advocaten, maar als participant in een regelgevingprocedure bekleed met openbaar gezag.

In de *Mauri*-beschikking¹⁵⁷ besliste het Hof dat een Italiaanse staatsexamencommissie voor toegang tot de advocatuur niet onder het mededingingsrecht valt met haar regelgevende bevoegdheden.

In zijn beschikking overweegt het Hof in de eerste plaats dat de staat een belangrijke positie heeft in de examencommissie zelf: van de vijf leden zijn er twee rechter, die als zodanig als een emanatie van de staat moeten worden beschouwd. Naast de twee rechters hebben zitting in de commissie twee advocaten en een hoogleraar. De gedelegeerden uit de advocatuur zijn dus in de minderheid.

In de tweede plaats beschikt de minister van Justitie over vergaande bevoegdheden om de werkzaamheden van de examencommissie in elk stadium te controleren en zonodig in deze werkzaamheden in te grijpen. In de derde plaats kan een negatief besluit van de examencommissie aan de bestuursrechter ter toetsing worden voorgelegd.

156 Het Hof van Justitie stelt dus niet dat de regelgevende activiteiten van de NOvA geheel verstoken waren van 'algemeen belang'. Ook in het vervolg van het arrest komt naar voren dat een regeling van de Orde van Advocaten wel degelijk bepaalde algemene belangen van de rechtsstaat kan dienen. Binnen een 'rule of reason'-toets, die het Hof verderop in het arrest hanteert, bekleedt het algemeen belang een belangrijke positie. In de structuur van 's-Hofs betoog lijkt dan iets dubbels te zitten: het Hof neemt de eerste horde van het ondernemersverenigingscriterium wegens een verondersteld 'gebrek' aan algemeen belang in de doelstellingen van de Orde, maar brengt het algemeen belang vervolgens via een 'rule of reason'-redenering (als het ware via de achterdeur) weer binnen het toepassingstraject van art. 81 EG. Dit is minder consequent dan het lijkt. Het algemeen belang is als wegingsfactor (voor een genuanceerde afweging van belangen per beroepsregel) meer op zijn plaats bij de 'rule of reason'-toets dan in het voorportaal van het ondernemersverenigingscriterium. Zie voor een enigszins afwijkende analyse Pijnacker Hordijk, 2002, p. 75-77.

157 Beschikking Hof van Justitie 17 februari 2005, zaak C-250/03, Giorgio Emanuele Mauri t. Ministero della Giustizia en Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano, *Jur.* 2005, I-1267.

Gelet op deze drie factoren vond het Hof niet dat de staatsexamencommissie verstoken was van een overheidskarakter, en dat de Italiaanse staat de uitoefening van zijn bevoegdheid had overgelaten aan particuliere marktdeelnemers.¹⁵⁸ Het oordeel van het Hof is ook begrijpelijk gezien de feitelijke situatie in de casus: de activiteiten van een examencommissie breng je niet zomaar onder de werking van het mededingingsrecht; en als je dat wel doet, zal normaliter de proportionaliteitstoets uitkomst brengen. In de *Mauri*-zaak bewandelde het Hof van Justitie de eerste weg: de examencommissie treedt op als overheidsorgaan, verricht een taak van louter algemeen belang, en is als zodanig niet te beschouwen als een vertegenwoordiger van het ondernemersveld.

2.2.4. Een derde weg: de 'effet utile'-leer en de uitvaardiging van juridische vrijeberoepsregelgeving

In plaats van de vraag of degenen die zitting hebben in de regelgevende organen van een vrijeberoepsorganisatie nu wel of niet voldoende onafhankelijk zijn te verbinden aan het ondernemersverenigingsbegrip, heeft de Gemeenschapsrechter deze vraag in enige vrijeberoepszaken beantwoord via de band van de 'effet utile'-leer. Het gaat dan om zaken die feitelijk zeer lijken op de *Wouters*-casus, en het Hof van Justitie dus op een dunne lijn opereert.

In *Arduino*¹⁵⁹ en *Cipolla-Macrino*¹⁶⁰ stond een Italiaanse regeling tot vaststelling van advocatenhonoraria centraal in de toepassing van het EG-recht. Waar *Arduino* in concreto draaide om de vaste advocatentarieven voor gerechtelijke diensten, ging het in de *Cipolla-Macrino*-casuïstiek tevens om de vaste tarieven voor buitengerechtelijke juridische dienstverlening.

Het Hof van Justitie spitste zich in deze zaken niet zozeer toe op het ondernemings- of ondernemersverenigingsbegrip, maar richtte zich op de vraag of de 'effet utile'-leer van toepassing was. Het Hof oordeelde in beide zaken dat de procedure waarin de Italiaanse Orde van Advocaten een belangrijke rol speelt in de totstandkoming van een tarievenregeling met minimum- en maximumtarieven voor de dienstverlening door advocaten, niet in strijd komt met de 'effet utile'-leer.

158 Beschikking Hof van Justitie 17 februari 2005, zaak C-250/03, Giorgio Emanuele Mauri t. Ministero della Giustizia en Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano, *Jur.* 2005, I-1267, r.o. 31-36.

159 Zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529.

160 Gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni*, *Jur.* 2006, I-11421.

De Gemeenschapsrechter overwoog dat de Italiaanse Orde van Advocaten slechts belast is met de opstelling van een ontwerp-tariefregeling, die pas na ministeriële goedkeuring verbindend is. De minister heeft hierbij de bevoegdheid om het ontwerp van de Italiaanse Orde te wijzigen. Twee publiekrechtelijke organen dienen hem van advies bij zijn besluit.

Het Hof overwoog verder dat de Italiaanse *gerechtelijke* instanties een aantal wettelijke criteria volgen bij de vaststelling van de tarieven van advocaten, en dat zij in uitzonderlijke gevallen zelfs de mogelijkheid hebben om af te wijken van de vastgestelde maximum- en minimumbedragen.¹⁶¹ Zowel in de zaak *Arduino* als in de *Cipolla-Macrinò*-casus diende de nationale Italiaanse rechter zich uit te laten over de hoogte van de vergoeding voor advocatendiensten.

De overweging van het Hof van Justitie dat de Italiaanse minister van Justitie een goedkeuringsbevoegdheid heeft ten aanzien van ontwerp-tariefregelingen van de Italiaanse Orde van Advocaten, lijkt het sterkste argument. Het feit dat de Italiaanse rechter het honorarium van een advocaat kan bepalen volgens vaststaande criteria, en in uitzonderlijke gevallen af kan wijken van de vastgestelde minimum- en maximumbedragen, speelt bijvoorbeeld een rol bij de beslechting van honoreringsgeschillen. Regelmatig zal het loon van een advocaat echter ook (definitief) totstandkomen in het contact tussen cliënt en raadsman, met inachtneming van de in de tarievenregeling neergelegde normen.

Het Hof van Justitie komt met bovenstaande overwegingen tot het oordeel dat de Italiaanse staat de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied niet heeft overgedragen aan particuliere marktdeelnemers, hetgeen aan de in het hoofdgeding bedoelde regeling haar overheidskarakter zou ontnemen.¹⁶² Het Hof concludeert dat

"ofschoon de nationale regeling procedurele noch materiële voorschriften bevat die met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kunnen verzekeren dat de Italiaanse Orde van Advocaten zich bij de opstelling van de ontwerp-tariefregeling gedraagt als een verlengstuk van het openbaar gezag dat handelt in het algemeen belang, de Italiaanse staat geen afstand lijkt te hebben gedaan van haar bevoegdheid om in laatste instantie te beslissen of toezicht te houden op de toepassing van de tariefregeling."¹⁶³ Het Hof van Justitie achtte kennelijk een voldoende mate van publiekrechtelijke

161 Gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrinò t. Meloni*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 50 en 51; zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 41 en 42.

162 Gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrinò t. Meloni*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 52; zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 43.

163 Gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrinò t. Meloni*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 49; zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 39 en 40.

lijke controle aanwezig om te concluderen dat de Italiaanse constructie niet in strijd is met de 'effet utile'-leer en dus buiten de toepassing van het communautaire mededingingsrecht blijft

Helemaal overtuigend is deze conclusie van het Hof niet – het neemt een grote mate van vrijblijvendheid voor lief in het eerste stadium van het regelgevingproces, waarin het ondernemersveld in feite vrijelijk inhoud mag geven aan een tarievenregeling. Het besluitvormend orgaan van de Italiaanse Orde van Advocaten bestond in de zaken *Arduino* en *Cipolla-Macrino* namelijk niet in meerderheid uit onafhankelijke deskundigen. Het orgaan was, zoals het Hof van Justitie zelf erkent, ook niet onderworpen aan procedurele of materiële voorschriften ter behartiging van het algemeen belang bij de vaststelling van advocatarieven. Het openbaargezag-karakter moest toch vooral komen van de minister van Justitie die met zijn goedkeuringsbevoegdheid het laatste woord heeft ten aanzien van iedere regeling van de Italiaanse Orde. Dit mag juridisch verantwoord klinken, in de reguleringspraktijk betekent het vaak dat de Italiaanse Orde in hoge mate de inhoud van beroepsregels bepaalt. De controle van de minister van Justitie is bovendien niet specifiek gericht op economische (waaronder mededingings-) implicaties van de beroepsregels.

De redenering van het Hof van Justitie in de zaken *Arduino* en *Cipolla-Macrino* mag dan niet vlekkeloos zijn,¹⁶⁴ de conclusie van de Gemeenschapsrechter luidde desondanks dat het communautaire mededingingsrecht niet van toepassing was in deze casus.

Waar in *Arduino* de prejudiciële vragen van de nationale rechter het Hof niet tot een oordeel over de toepassing van het vrijverkeersrecht dwongen, achtte de Gemeenschapsrechter het vrij verkeer van diensten in de *Cipolla-Macrino*-zaak in principe wél van toepassing op de voorliggende tariefregeling.¹⁶⁵ Het Hof concentreerde zich in *Cipolla* vervolgens op het bestaan van mogelijke rechtvaardigingsgronden voor de beperking van de

164 Zie voor een vergelijkbare redenering zaak C-38/97, *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi t Cuttica spedizioni e servizi internazionali*, *Jur* 1998, I-5955, r.o. 37. Ook hier was het zo dat de overheid tariefvoorstellen (voor het goederenvervoer over de weg) goedkeurde en verbindend verklaarde, die inhoudelijk waren vormgegeven door een centraal comité waarin vertegenwoordigers van de betrokken marktdeelnemers de meerderheid hadden. Wel opgemerkt moet worden dat het comité zich onder de constructie in deze zaak diende te houden aan in de wet bepaalde criteria van openbaar belang. De lidstaat had verder een mogelijkheid om de tarieven ambtshalve vast te stellen. Dit neemt niet weg dat in het gekozen systeem het ondernemersveld normaliter haar eigen tarieven inhoudelijk vaststelde.

165 Als uitgangspunt geldt nu eenmaal dat het Europese vrijverkeersrecht óók van toepassing is op besluiten van particuliere (vrijeberoeps)organisaties. Art. 43 en 49 EG hebben immers semi-horizontale werking.

vrijheid van dienstverrichting.¹⁶⁶ De inhoudelijke afweging van het Hof op dit punt is natuurlijk ook interessant voor de toepassing van de mededingingsregels ten aanzien van vrijeberoepsregelgeving.

2.2.5. De toepassing van de 'effet utile'-leer in de vrijeberoepssector nader beschouwd

2.2.5.1. Uitgangspunten in de rechtspraak omtrent 'effet utile'

In de arresten *Arduino* en *Cipolla-Macrino* staat de 'effet utile'-leer centraal, en niet zozeer het ondernemersverenigingscriterium. De 'effet utile'-leer is in meer arresten betreffende bedrijfs- en beroepsorganisaties onderwerp van overweging geweest en heeft aldus haar sporen nagelaten. De lijn die het Hof van Justitie daarbij heeft aangehouden, heeft zowel in de literatuur als bij de Advocaten-Generaal aanleiding gegeven tot de nodige discussie.

De standaardformule uit de jurisprudentie luidt dat schending van de 'effet utile'-doctrine plaatsvindt

"wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 81 EG strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of wanneer deze staat aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen."¹⁶⁷

Jans c.s. onderscheidt vier categorieën van 'effet utile'-situaties.¹⁶⁸ Uit zijn analyse blijkt dat onder de 'effet utile'-doctrine niet alleen valt de situatie dat een lidstaat in zijn wetgeving ondernemingen stimuleert of aanzet tot het maken van mededingingsbeperkende afspraken, maar dat de leer ook betrekking heeft op de situatie dat de overheid een bestaand kartel 'legaliseert' door de betreffende afspraken in overheidsregelgeving vast te leggen.

166 Hof van Justitie 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 55-70.

167 Conclusie A-G Poiares Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 31, met een verwijzing naar de arresten in zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 46, zaak 136/86, *Aubert*, *Jur.* 1987, 4789, r.o. 23, zaak C-35/96, *Commissie t. Italië*, *Jur.* 1998, 3851, r.o. 54, zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 35, en de Beschikking in zaak C-250/03, *Mauri*, *Jur.* 2005, I-1267, r.o. 30.

168 Zie hierover Paragraaf 3.6 van Hoofdstuk II.

In de arresten *Asjes*¹⁶⁹ en *BNIC/Aubert*¹⁷⁰ stelde het Hof van Justitie vast dat in bedrijfsorganisaties samenwerkende ondernemingen die voorstellen voor tarieven of andersoortige financiële bijdragen indienen bij de overheid art. 81 EG schenden. De lidstaten die de voorgestelde tarieven vervolgens algemeen verbindend verklaren overtreden de 'effet utile'-leer.¹⁷¹ De argumentatielijn van het Hof kenmerkt zich hier door eenvoud. Schending van art. 81 EG door ondernemingen die samenwerken via een beroepsorganisatie wordt relatief snel aangenomen: het overeenkomen van concepttarieven of het indienen van tariefvoorstellen is voldoende. Lidstaten die dergelijke voorstellen algemeen verbindend verklaren overtreden de 'effet utile'-leer, omdat zij een reeds op zich zelf staande schending van art. 81 EG versterken.

In zijn conclusie bij de *Albany*-zaak etaleert A-G Jacobs een andere zienswijze. Hij betoogt dat het indienen van een voorstel door een beroepsorganisatie bij de overheid, gelijk iedere andere vorm van lobbyen, onderdeel is van het normale democratische proces en dus verder geen mededingingsbeperkende effecten heeft. In deze redenering kunnen ondernemingen met het indienen van zulke voorstellen art. 81 EG dan ook niet schenden.¹⁷² Met de afwezigheid van een schending van art. 81 EG zou in het stramien van de Gemeenschapsrechter ook een overtreding door de lidstaten van de 'effet utile'-leer niet meer mogelijk zijn. Schending door ondernemingen zelf van art. 81 of 82 EG is immers een constitutief onderdeel van overtreding van de 'effet utile'-leer door lidstaten.

In de zaken *Corsica Ferries*,¹⁷³ *Albany*¹⁷⁴ en *Pavlov*¹⁷⁵ liet het Hof van Justitie zich ook uit over toepassing van de 'effet utile'-leer. Om de toepas-

169 Hof van Justitie 30 april 1986, gevoegde zaken 209 tot 213/84, Ministère public t. Lucas Asjes, Andrew Gray, Jacques Maillot, Leo Ludwig e.a., *Jur.* 1986, 1425.

170 Hof van Justitie 3 december 1987, zaak 136/86, Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) t. Yves Aubert, *Jur.* 1987, 4789.

171 Gevoegde zaken 209 tot 213/84, Ministère public t. Lucas Asjes e.a., *Jur.* 1986, 1425, r.o. 70-77; zaak 136/86, Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) t. Yves Aubert, *Jur.* 1987, 4789, r.o. 12-25.

172 Zie gevoegde conclusies van A-G Jacobs in zaak C-67/96, *Albany*, gev. zaken C-115/97 tot C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming, zaak C-219/97, Drijvende Bokken, *Jur.* 1999, I-5751, r.o. 291-293. Vgl. Deisenhofer 2005, p. 27, die ook nog verwijst naar gevoegde zaken C-180 tot 184/98, *Pavlov*, *Jur.* 2000, I-6451, r.o. 98 en 99. Het is overigens twijfelachtig of deze verwijzing naar de betreffende passage uit het *Pavlov*-arrest in dit kader terecht is, vooral gezien de specifieke omstandigheden van de *Pavlov*-zaak met de bijzondere positie van pensioenregelingen in de EG.

173 Hof van Justitie 18 juni 1998, zaak C-266/96, *Corsica Ferries*, *Jur.* 1998, I-3949.

174 Hof van Justitie 21 september 1999, zaak C-67/96, *Albany*, *Jur.* 1999, I-5751.

175 Hof van Justitie 12 september 2000, gevoegde zaken C-180 tot 184/98, *Pavlov*, *Jur.* 2000, I-6451.

singsvraag te beantwoorden keek het Hof eerst of sprake was van een schending van art. 81 of art. 82 EG zelf. In alle drie de gevallen stelde het Hof om hem moverende redenen vast dat dit niet het geval was, waarna het concludeerde dat de 'effet utile'-leer dan ook niet geschonden kon zijn.¹⁷⁶ Immers, aan een constitutief onderdeel van de leer (de zelfstandige schending van art. 81 of art. 82 EG) was niet voldaan: zowel ondernemingen als lidstaat bleven vervolgens buiten schot. De lijn van redeneren in deze drie arresten ten aanzien van de toepassing van de 'effet utile'-leer is eigenlijk hetzelfde als de benadering van het Hof in de zaken *Asjes* en *BNIC/Aubert*. Alleen de uitkomst verschilt door een andere beoordeling van het gedrag van ondernemingen onder art. 81 of 82 EG. Dit laatste is erg casusspecifiek.¹⁷⁷

In het *Fiammiferi*-arrest merkt het Hof van Justitie op:

"In dit verband doet het weinig ter zake dat in het geval waarin de nationale wetgeving ondernemingen verplicht tot mededingingsverstorend gedrag, deze niet tevens een inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG kan worden verweten () De verplichtingen van de lidstaten uit hoofde van de artikelen 3, lid 1, sub g, EG, 10 EG, 81 EG en 82 EG, die verschillen van de verplichtingen van ondernemingen op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG, blijven immers onverminderd bestaan, zodat de nationale mededingingsautoriteit verplicht blijft de betrokken nationale regel buiten toepassing te laten"¹⁷⁸

Op het eerste gezicht lijkt het Hof van Justitie in deze passage de band tussen schending van art. 81 of 82 EG door een onderneming aan de ene kant en schending van de 'effet utile'-leer door een lidstaat aan de andere kant te verbreken, maar dit is niet het geval. De link tussen beide typen gedragingen blijft bestaan, maar voor de vaststelling van een 'effet utile'-schending is het niet nodig dat een overtreding van art. 81 of 82 EG ook daadwerkelijk toegerekend kan worden aan een onderneming. Men zou hier wellicht aan toe kunnen voegen: voor een 'effet utile'-vaststelling is het zelfs niet nodig dat een dergelijke overtreding door een onderneming (reeds) daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Cruciaal is dat nationale

176 Zaak C-266/96, *Corsica Ferries*, *Jur* 1998, I-3949, r o 48-54, zaak C-67/96, *Albany*, *Jur* 1999, I-5751, r o 64-66, gevoegde zaken C-180 tot 184/98, *Pavlov*, *Jur* 2000, I-6451, r o 99 en 100

177 Deisenhofer constateert een klare tegenstelling tussen de arresten *Asjes* en *BNIC/Aubert* aan de ene kant, en de uitspraken *Corsica Ferries*, *Albany* en *Pavlov* aan de andere kant. Naar mijn mening is dit juist wat betreft de uitkomst van deze arresten van het Hof van Justitie, maar niet wat betreft de redeneermethode van het Hof. De Gemeenschapsrechter houdt een zelfde beoordelingsstramien aan in alle arresten. Zie Deisenhofer 2005, p 27

178 Zaak C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, *Jur* 2003, I-8055, r o 51

regelgeving dwingt of aanzet tot een materiële eigen bijdrage van ondernemingen in de totstandbrenging van een mededingingsbeperking.¹⁷⁹

De conclusie op dit punt zou dan luiden dat als vereiste voor schending van de 'effet utile'-leer nog steeds centraal staat dat ondernemersgedrag in principe binnen de reikwijdte van het verbod van art. 81 of 82 EG valt. Of deze overtreding daadwerkelijk plaatsvindt¹⁸⁰ dan wel is toe te rekenen aan de ondernemingen in kwestie,¹⁸¹ doet niet ter zake. Het gaat om (de aanzet tot of zelfs mogelijkheid op) een zelfstandige ondernemersschending van genoemde artikelen, als delictsonderdeel van de 'effet utile'-leer.

2.2.5.2. Nieuwe ideeën van de Advocaten-Generaal Jacobs en Léger over de toepassing van de 'effet utile'-leer

Advocaten-Generaal Jacobs en Léger hebben hun onvrede uitgesproken over de door het Hof van Justitie gehanteerde redeneerwijze ten aanzien van de 'effet utile'-leer in de bestaande jurisprudentie. Zij hadden moeite met het feit dat ondernemingen in samenwerking met de overheid tot bindende maatregelen konden komen die de mededinging beperkten, en dat deze maatregelen vervolgens geheel aan de toets van het mededingingsrecht ontsnapten. De A-G's zagen het volgende gevaar in de redeneerwijze van het Hof: een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een bedrijfsorganisatie is niet mededingingsbeperkend, wanneer mogelijk

179 Het Hof van Justitie besteedt ook aan dit punt nog de nodige aandacht in het *Fiammiferi*-arrest. Zo komt o.a. aan bod hoeveel ruimte lidstaten het ondernemersveld nu moeten laten om de mogelijkheid van een zelfstandige schending van het kartelverbod door bedrijven open te houden. Zie zaak C-198/01, *Consortio Industrie Fiammiferi* (CIF), *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 66, 70, 76-80.

180 Overheidsmaatregelen kunnen aanzetten tot mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen, terwijl deze private gedragingen nog niet hebben plaatsgevonden. Vraag is dan of de 'effet utile'-leer ook van toepassing kan zijn op overheidsmaatregelen waarbij de zelfstandige schending van art. 81 EG nog niet heeft plaatsgevonden, maar wel onvermijdelijk in het verschiet ligt. Het antwoord op deze vraag luidt mijns inziens bevestigend. Het is niet logisch om eerst een daadwerkelijke schending af te wachten door het ondernemersveld, en schade te laten ontstaan, alvorens op te treden uit hoofde van de 'effet utile'-leer.

181 Denk bij dit laatste punt aan het fenomeen van de 'state action defence', die ondernemingen kunnen inroepen indien een lidstaat hen dwingt om een schending van het kartelverbod of het verbod op misbruik van machtspositie te begaan. De 'state action defence' vormt een schulduitsluitingsgrond voor ondernemingen wier mededingingsbeperkende gedragingen niet zijn terug te voeren op autonoom ondernemersgedrag vanuit een eigen keuzevrijheid of op eigen initiatief, maar mede worden voorgeschreven of in stand gehouden door een nationale wet of autoriteit.

beperkende effecten het gevolg zijn van een later overheidsingrijpen;¹⁸² het overheidsingrijpen valt op zijn beurt niet onder de 'effet utile'-leer, omdat de onderliggende overeenkomst of besluit als zodanig niet beperkend genoeg is.¹⁸³ In deze benadering zouden zowel de ondernemingen als de lidstaat buiten schot blijven. Alles hangt af van de mogelijkheid om een aparte schending van art. 81 of 82 EG toe te schrijven aan de ondernemingen of ondernemersvereniging in kwestie.

Liever brachten de Advocaten-Generaal dit soort constructies altijd onder de werking van de 'effet utile'-leer, om er vervolgens een rechtvaardigingstoets op los te laten.¹⁸⁴ Om dit te bereiken, kozen de A-G's voor een 'effet utile'-variant waarin een schending van art. 81 of 82 EG door een onderneming of ondernemersvereniging niet zelfstandig bewezen hoeft te worden. Een 'perfecte' overtreding van art. 81 of art. 82 EG zou dus niet noodzakelijk zijn om de 'effet utile'-leer toch te kunnen tegenwerpen aan een lidstaat. Het is voldoende dat een lidstaat in zijn regelgeving een voorstel uit het beroepsveld opneemt of verwerkt, waardoor de mededinging in het beroepsveld wordt verstoord.¹⁸⁵ Aan de lidstaat staat vervolgens in de optiek van de A-G's wel de mogelijkheid open om zijn inbreuk op de 'effet utile'-doctrine te rechtvaardigen.¹⁸⁶

Het gevaar dat de Advocaten-Generaal Jacobs en Léger onderkennen is evident: ondernemingen kunnen onderling tot regelingen of systemen komen die de mededinging flagrant schenden, maar die officieel pas in wer-

182 A-G Leger voert aan dat tariefbesluiten van een Orde van Advocaten op zich niet in strijd zijn met art. 81 EG, omdat enkel de goedkeuring door de minister van de tariefregeling een beperking van de mededinging tot gevolg zou kunnen hebben. Zie Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur* 2002, I-1529, r o 87.

183 Conclusie van A-G Jacobs van 23 maart 2000 in gevoegde zaken C-180 tot 184/98, *Pavlov*, *Jur* 2000, I-6451, r o 161, Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur* 2002, I-1529, r o 85 en 87.

184 Conclusie van A-G Jacobs van 23 maart 2000 in gevoegde zaken C-180 tot 184/98, *Pavlov*, *Jur* 2000, I-6451, r o 163, Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur* 2002, I-1529, r o 88 en 89.

185 Zelfs wanneer het gedrag van de marktdeelnemers dat aan de interventie van de staat ten grondslag ligt, op zich niet in strijd is met art. 81 lid 1 EG, is het op deze wijze mogelijk om vast te stellen dat een overheidsmaatregel de mededinging merkbaar beperkt en de 'effet utile'-leer schendt. Zie Conclusie van A-G Jacobs van 23 maart 2000 in gevoegde zaken C-180 tot 184/98, *Pavlov*, *Jur* 2000, I-6451, r o 163. Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur* 2002, I-1529, r o. 87-89.

186 Conclusie van A-G Jacobs van 23 maart 2000 in gevoegde zaken C-180 tot 184/98, *Pavlov*, *Jur* 2000, I-6451, r o 164. Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur* 2002, I-1529, r o 89-91. A-G Léger ontwikkelt in r o 91 een driestapstoets met rechtvaardigingsgronden voor schending van de 'effet utile'-leer door een lidstaat, waarover meer in Paragraaf 2.3.6 van dit hoofdstuk.

king treden nadat een minister deze regelingen of systemen van een goedkeuringstempel heeft voorzien. Op die wijze zouden zij geheel aan de controle van het mededingingsrecht kunnen ontsnappen. De gevolgen van de regeling treden immers formeel pas in op het moment dat de minister zijn wet of maatregel uitvaardigt, terwijl zij inhoudelijk hun vorm hebben gekregen in een ondernemingsafpraak of een besluit van een ondernemingsvereniging. Het lijkt in dat opzicht dus goed om het mededingingsrecht niet *a priori* buiten toepassing te laten.

Wat de A-G's en ook sommige schrijvers¹⁸⁷ wellicht niet geheel onderkennen, is dat het Hof van Justitie dit laatste ook niet zomaar doet. Zo worden in de arresten *Asjes* en *BNIC/Aubert* door het beroepsveld ingestoken overheidsmaatregelen gewoon verboden geacht door het Hof onder het Europese mededingingsrecht. En ook in de zaken *Corsica Ferries*, *Albany* en *Pavlov* is de lijn van het Hof minder 'laissez-faire' dan naar voren komt uit het beeld dat de A-G's schetsen van 's-Hofs benadering.

Wel is het zo dat bij bepaalde 'effet-utile'-gevoelige liaisons tussen overheid en ondernemersveld, het vereiste van een 'perfecte' schending van art. 81 en 82 EG door het ondernemersveld net iets te veel kan zijn om de 'effet utile'-leer binnen bereik te krijgen. Met een 'perfecte' schending wordt bedoeld op de situatie dat ondernemingen daadwerkelijk een mededingingsbeperking tot stand hebben gebracht zonder inhoudelijke of formele inbreng/betrokkenheid van een derde actor (een overheidsorgaan). In dat perspectief is de zorg van de A-G's zeker terecht.

Het stramien dat de A-G's neerleggen gaat in de kern uit van een juiste benadering, maar is ook iets te ruim geformuleerd. Met de opmerking dat het voldoende is dat een lidstaat in zijn regelgeving een voorstel uit het beroepsveld opneemt of verwerkt, waardoor de mededinging in het beroepsveld wordt verstoord, lijken de A-G's over het gedrag van de ondernemingen zelf eigenlijk grotendeels heen te stappen. Eventuele rechtvaardigingsgronden komen pas aan bod binnen het 'effet utile'-traject bij de beoordeling van het overheidsoptreden. Het Hof van Justitie probeert in zijn benadering van de 'effet utile'-leer het gedrag van de ondernemingen juist mede centraal te stellen en onderwerp te maken van een zelfstandige art. 81/82-toets. Eventuele rechtvaardigingsgronden komen ook aan bod bij de toetsing van het gedrag van de betrokken ondernemingen aan art. 81/82 EG, zoals (zij het enigszins verhuuld) geschiedt in de arresten *Corsica Ferries*, *Albany* en *Pavlov*.

187 Vgl. Deisenhofer 2005, p. 25-28.

Advocaat-Generaal Poiares Maduro zocht in zijn conclusie bij het *Cipolla-Macrino*-arrest naar het juiste evenwicht tussen enerzijds de benadering van het Hof in de zaken *Corsica Ferries*, *Albany* en *Pavlov* en anderzijds de kritiek van de A-G's Jacobs en Léger. Poiares Maduro nam de twee verschijningsvormen van de 'effet utile'-leer tot uitgangspunt, zoals deze in eerdere jurisprudentie zijn geformuleerd.¹⁸⁸ Bij de tweede verschijningsvorm van de leer (de overdracht van verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers) acht Poiares Maduro het van groot belang dat daadwerkelijk een inhoudelijke beslissingbevoegdheid wordt overgedragen aan het beroepsveld. Het gaat dan om een 'materiële overdracht' van beslissingsbevoegdheid. Pas in dat geval is de 'effet utile'-leer geschonden.

Poiares Maduro betoogt dat de volgende twee gevallen onder het begrip materiële overdracht vallen: ten eerste de overdracht door de staat aan een particuliere entiteit van het recht om een handeling vast te stellen en ten tweede de overdracht aan een particuliere entiteit van de controlebevoegdheid van de overheid over het besluitvormingsproces dat tot de vaststelling van een regelgevende handeling leidt. Aangenomen kan immers worden dat de staat zijn bevoegdheid heeft overgedragen, wanneer zijn bijdrage aan het proces zich beperkt tot de formele vaststelling van een handeling, hoewel het van de manier waarop besluiten worden vastgesteld, afhangt of rekening wordt gehouden met het algemeen belang.¹⁸⁹

Poiares Maduro deelt de bezorgdheid van de andere Advocaten-Generaal, maar acht het bestaande stramien in de rechtspraak niettemin voldoende om tot een goede afweging te komen in 'effet utile'-zaken.¹⁹⁰ De A-G's Léger en Jacobs denken daar dus anders over, en de keuzes die zij maken zijn dan ook een stuk scherper geformuleerd.

188 Schending van de 'effet utile'-doctrine vindt plaats "wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 81 EG strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of wanneer deze staat aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen." Zie Conclusie A-G Poiares Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni*, *Jur* 2006, I-11421, r.o. 31

189 Conclusie A-G Poiares Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni*, *Jur* 2006, I-11421, r.o. 32

190 Zie Conclusie A-G Poiares Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni*, *Jur* 2006, I-11421, r.o. 35. De A-G wijdt vervolgens in r.o. 35 en 39 nog uit over de doeltreffendheid van de overheidscontrole op het besluitvormingsproces dat tot de vaststelling van het besluit (en de uiteindelijke wettelijke regeling) heeft geleid

2.2.5.3. Wat is de juiste benadering inzake toepassing van de 'effet utile'-leer?

Het lijkt mij niet goed om het element van de zelfstandige schending door ondernemingen van art. 81 of 82 EG helemaal los te maken uit de 'effet utile'-leer, omdat dit nu juist de kern bepaalt van de doctrine. Léger en Jacobs schieten in hun benadering enigszins door, al is hun huivering bij het vereiste van een 'perfecte' schending van art. 81 of 82 EG zeker terecht. Wellicht dat een middenweg is te vinden tussen enerzijds het vereiste van een 'perfecte' schending van de genoemde artikelen, en anderzijds de maatstaf van een loutere betrokkenheid van het ondernemersveld bij de totstandkoming van regelgeving. Leidend criterium hierbij zou kunnen zijn de mate waarin het ondernemersveld zelf de inhoud van de uiteindelijke regeling heeft bepaald.

Binnen het mededingingsrecht bestaat de klassieke tweedeling in overeenkomsten met een mededingingsbeperkend doel, en afspraken met een mededingingsbelemmerend gevolg. Belangrijk binnen het verband van de 'effet utile'-leer is in ieder geval om voor ogen te houden dat bij de categorie van overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van beroepsorganisaties die als *doel* hebben de mededinging te beperken, niet (meer) hoeft te worden aangetoond dat de concurrentiemogelijkheden ook daadwerkelijk belemmerd worden in de praktijk.¹⁹¹ Het *gevolg* van de overeenkomst of het ondernemersverenigingsbesluit is dan niet meer bepalend voor de kwalificatie van het gedrag. Een tariefbesluit van een Orde van Advocaten dat nog goedgekeurd moet worden door een overheidsinstantie kan op deze wijze direct in strijd zijn met art. 81 lid 1 EG, mitsdien vaststaat dat het als doel heeft de mededinging te beperken. Met de vaststelling van een schending van het kartelverbod staat ook het vervolg van het 'effet utile'-traject gewoon open.

Vervolgens is het de vraag hoe om te gaan met besluiten van beroepsorganisaties die een mededingingsbelemmering niet tot doel, maar louter tot *gevolg* hebben. Op de achtergrond speelt dan tevens de vraag hoe de door het Hof van Justitie aangehouden 'effet utile'-parallel tussen de (on)rechtmatigheid van het particuliere gedrag en het (on)geoorloofde karakter van de overheidsmaatregel¹⁹² in stand kan blijven bij dergelijke besluiten.

191 Zie o.a. zaak 123/83, BNIC/Clair, *Jur.* 1985, 391, r.o. 22. Zie ook Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 77.

192 Vgl. Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 84.

Het gaat hier dan níet om maatregelen van een ondernemersvereniging die reeds door de beroepsorganisatie zelf zijn uitgevaardigd en later nog eens overgenomen worden door de wetgever. Hier zijn de gevolgen van een besluit al aanwezig in de markt, nog voordat een wetgever zich er mee bezighoudt.

Bovenstaande vraag speelt voornamelijk in situaties waarin een beroepsorganisatie een maatregel inhoudelijk grotendeels heeft vormgegeven, maar de uitvaardiging van de regeling formeel overlaat aan een overheidsinstantie zoals een minister. Via een 'intern' besluit legt de beroepsorganisatie de conceptregeling voor aan de minister ter goedkeuring en/of bekrachtiging. Wellicht heeft de minister zelfs nog de mogelijkheid om het een en ander te wijzigen aan het voorstel. Meestal zal de uiteindelijke overheidsmaatregel de inhoud van het besluit van de beroepsorganisatie echter volledig of grotendeels volgen.¹⁹³ Wanneer bepaalde beperkende gevolgen van een dergelijk besluit van een beroepsorganisatie formeel het uitvloeisel vormen van de tussenkomst van een overheidsinstantie, is het de vraag of zij bij de toepassing van art. 81 of 82 EG nog als zelfstandig element kunnen worden toegeschreven aan het optreden van deze ondernemersvereniging, en aldus het laatste constituerende onderdeel van de 'delictsomschrijving' van deze artikelen vervullen.

De juiste benadering lijkt mij om aan te nemen dat binnen de toepassing van de 'effet utile'-leer ondernemersverenigingsbesluiten met louter een mededingingsbeperkend *effect* art. 81 EG wel degelijk kunnen schenden in situaties waar staatsinterventie het einde van het regelgevingstraject vormt. Bepalend hierbij is of de beroepsorganisatie in kwestie de uiteindelijke officiële maatregel inhoudelijk grotendeels heeft vormgegeven. De mededingingsbeperkingen vloeien dan immers inhoudelijk voor het merendeel voort uit het besluit van de beroepsorganisatie. Als de ministeriële goedkeuring er eenmaal is, en de regeling van kracht, zijn ook de gevolgen van het besluit van de beroepsorganisatie daar.¹⁹⁴

193 De vraag wie verantwoordelijk is voor welk onderdeel van de uiteindelijke beroepsregelgeving, hangt in belangrijke mate af van de opzet van het regelgevingproces. Als de minister de bevoegdheid heeft om zelfstandig wijzigingen door te voeren in het voorstel van de beroepsorganisatie, alvorens het voorstel als wet of regeling uit te vaardigen, behoren deze wijzigingen niet meer bij het besluit van de beroepsorganisatie. Als de minister echter louter zijn goedkeuring onthoudt, en het voorstel terugverwijst naar de ondernemersvereniging voor aanpassingen, vormt het aangepaste voorstel inhoudelijk nog wel op alle onderdelen een besluit van de vereniging, evenals een wet of regeling die er eventueel uit voortvloeit.

194 Art. 81 lid 1 EG verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen die een mededingingsbeperking tot gevolg hebben. Deze bepaling schrijft niet voor dat het de ondernemingen zelf zijn die dit gevolg exclusief

Uiteraard dient de causaliteit tussen bron en mededingingsbeperking niet te sterk te verwateren. De grens van de causaliteit is lastig te bepalen. Als ondernemingen zelf verantwoordelijk zijn voor de ontwikkeling van regelingen of systemen die de mededinging beperken, en de overheid neemt deze onverkort over, lijkt het niet meer dan logisch dat een zekere controle vanuit het mededingingsrecht plaatsvindt. Maar als ondernemingen in een consultatieronde of overheidsdialoog met de samenleving hun visie geven op bepaalde economische of maatschappelijke vraagstukken, en de wetgever neemt deze informatie mee bij het vaststellen van wetgeving, dan zou het niet juist zijn om de door het bedrijfsleven ingediende stukken te onderwerpen aan een toets van het mededingingsrecht.

Het cruciale punt is dus de vraag of de door het bedrijfsleven ingediende plannen meegenomen worden in een veel breder wetgevingsproces, of dat zij echt het 'wetsvoorstel' zelf vormen waarop bijvoorbeeld een minister 'ja' of 'nee' zegt. Juist in de vrije beroepssector heeft het beroepsveld een veel grotere rol in de opmaak van de regelgeving dan maatschappelijke organisaties over het algemeen hebben in een consultatieproces van de overheid. In de *juridische* vrije beroepssector heeft deze betrokkenheid zelfs een principieel karakter. Zo ligt in de advocatuur het inhoudelijke primaat voor beroepsregelgeving bij de beroepsbeoefenaars zelf, teneinde bepaalde waarden van de rechtsstaat te waarborgen.

Het loslaten van de 'perfecte' schending van art. 81 of 82 EG binnen de 'effet utile'-leer kan overigens ook in andere regelgevingconstructies tot uiting komen. Bij vrije beroepen gaat het vaak om besluiten van beroepsorganisaties die de opmaat vormen tot nieuwe regelgeving. Maar men kan zich ook spiegelsituaties voorstellen waarin de uitvoering van een reeds bestaande overheidsmaatregel wordt gedelegeerd aan het ondernemersveld. Het gaat dan om overheidsmaatregelen die aanzetten tot mededingingsbelemmerende gedragingen door ondernemingen. In dat geval dient de 'effet utile'-doctrine toepassing te kunnen hebben, zelfs als het ondernemersveld op het moment van beoordelen nog niet tot uitvoeringsbesluiten zou zijn overgegaan. Deze liggen echter onvermijdelijk in het verschiets. Het past niet om eerst een daadwerkelijke schending van art. 81 of 82 EG af te wachten en schade te laten ontstaan, alvorens op te treden.

veroorzaken of bewerkstelligen. Een andere entiteit kan hier mede een rol in spelen. Als een beroepsregel officieel van kracht is en daarbij ook daadwerkelijk de mededinging beperkt, is het gevolg van de regel geëffectueerd. Wanneer een concept van een beroepsorganisatie aan de basis heeft gelegen van een door de minister goedgekeurde en/of bekrachtigde beroepsregel, vloeit de mededingingsbeperking *inhoudelijk* wel degelijk direct voort uit het besluit van de ondernemersvereniging.

Toegegeven moet worden dat deze bredere interpretatie van de 'effet utile'-leer een resultaat bewerkstelligt dat dicht in de buurt komt van de denkbeelden van Léger en Jacobs, die het element van de zelfstandige schending door ondernemingen van art. 81 of 82 EG los wilden maken uit de 'effet utile'-leer. Toch zijn de stappen die hierboven zijn gezet scherper geformuleerd, en geven zij duidelijker afgebakende indicatoren voor de toepassing van de leer. Het bewijs van een zekere betrokkenheid van het ondernemersveld bij de totstandkoming van een overheidsregeling, die zeer oppervlakkig kan zijn, volstaat op zich niet. Het ondernemersgedrag dient inhoudelijk leidend of doorslaggevend te zijn.

De hierboven geformuleerde benadering knoopt goed aan bij de analysemethode van de Gemeenschapsrechter die zich binnen het mededingingsrecht richt op de vraag wie nu daadwerkelijk vorm heeft gegeven aan een mededingingsbeperking. Bij de uitleg van een criterium als het ondernemingsbegrip prikt het Hof van Justitie ook door formele constructies heen: het gaat er om of een organisatie feitelijk opereert als een onderneming en in die hoedanigheid economische activiteiten ontplooit. De door mij bepleite 'effet utile'-interpretatie hanteert een vergelijkbare benadering: een zelfstandige schending van art. 81 of 82 EG is aannemelijk indien het ondernemersveld bij de vormgeving van een mededingingsbeperking het voortouw heeft genomen of middels onderlinge afstemming nader invulling zal geven aan een overheidsregeling.¹⁹⁵ Het vereiste van een formeel goedkeuringsstempel van een minister ontdoet het ondernemersgedrag niet van een schending van art. 81 of 82 EG.

De Gemeenschapsrechter lijkt ten slotte in bepaalde arresten bij de toepassing van de 'effet utile'-doctrine een benadering te hanteren die wellicht niet naadloos overeenkomt met de hierboven geschetste aanpak (een 'perfecte' overtreding van art. 81 of 82 EG is niet nodig, materiële betrokkenheid van het ondernemersveld bij de totstandkoming van de mededingingsbeperking daarentegen wél), maar wel sterk in dezelfde richting tendeeert.¹⁹⁶

2.2.6. *De gevolgen van de Europese jurisprudentie voor de vrijeberoepsregelgeving van de Nederlandse Orde van Advocaten*

De beslissing omtrent toepassing van art. 81 lid 1 EG kan genomen worden via de band van het ondernemersverenigingscriterium of via de band

195 De schending van art. 81 of 82 EG ligt in het laatste geval in toekomstig ondernemersgedrag besloten.

196 Vgl. zaak T-387/94, *Asia Motor France e.a. t. Commissie*, Jur. 1996, II-961, r.o. 60 en 61, en zaak C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, Jur. 2003, I-8055, met name r.o. 51.

van de 'effet utile'-leer. Inhoudelijk concentreert deze beslissing zich op de ruimte die de beroepsgroep zelf heeft om vorm te geven aan een mededingingsbeperkende maatregel.

Het Hof van Justitie zet de uitgangspunten neer in *Wouters*:

"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."¹⁹⁷

Het is de vraag of deze overwegingen van het Hof geheel recht doen aan de werkelijkheid van het regelgevingproces. Een en ander hangt ook af van de precieze uitleg die men geeft aan de verschillende criteria die de Gemeenschapsrechter hier neerlegt.

Overigens dient in dit kader aangetekend te worden dat de Gemeenschapsrechter in de arresten *Arduino* en *Cipolla-Macrino* nog minder stringent omgaat met de vaststelling van het 'overheidskarakter' van beroepsregelgeving, door de eis van nadere wettelijke richtsnoeren voor beroepsorganisaties achterwege te laten. Deze laatste twee arresten hadden echter betrekking op het Italiaanse stelsel in al zijn specificiteit, waarbij de toepassing van het antitrustrecht door de Gemeenschapsrechter was afgestemd op karakteristieken die enigszins afwijken van de kenmerken van het Nederlandse systeem. Voor het Nederlandse stelsel lijkt *Wouters* het meest richtinggevend, juist omdat het Nederlandse systeem centraal stond in dit arrest. Vanuit dit perspectief kunnen ook de hervormingen in de Nederlandse advocatuur in ogenschouw genomen worden.

Na de wijzigingsplannen van het kabinet,¹⁹⁸ is het de vraag of de Nederlandse Orde van Advocaten met het oog op de jurisprudentiële normen van het Hof van Justitie nog langer als ondernemersvereniging is te kwalificeren, waar het gaat om het uitvaardigen van officiële besluiten zoals Verordeningen. Bij de uitvaardiging van *gedragsregels*, die niet zijn onderworpen aan het preventieve toezicht van de minister, blijft de Orde waarschijnlijk actief als ondernemersvereniging. De adviesraad heeft geen

197 Zie zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur* 2002, I-1577, r.o. 68.

198 De belangrijkste hervormingen luiden (i) het instellen van preventief toezicht door de minister van Justitie (in plaats van het huidige repressieve toezicht), (ii) het instellen van een adviesraad binnen de NOvA, en (iii) het opnemen van kernwaarden van de advocatuur in Advocatenwet. Zie nader hierover Paragraaf 1.3.4 van dit hoofdstuk.

dwingende bevoegdheden waarmee hij besluiten van de NOvA zelf kan corrigeren.

Verder is het zo dat Verordeningen die nog onder het oude regime zijn uitgevaardigd, afkomstig blijven van een ondernemersvereniging. Men zou eigenlijk alle Verordeningen opnieuw aan moeten nemen volgens de nieuwe procedure om ze (wellicht) 'mededingingsproof' te maken. Zelfs als het mededingingsrecht op een gegeven moment niet meer van toepassing zou zijn ten aanzien van bepaalde categorieën juridische beroepsregels, dan is een nadere beschouwing van specifieke beroepsregels onder het mededingingsrecht nochtans geen verspilde moeite: de inhoudelijke afwegingen die in dit kader gemaakt worden zijn van grote waarde voor een eventuele toepassing van het EG-vrijverkeersrecht ten aanzien van beroepsregels.

Overigens is het nog geen volledig uitgemaakte zaak dat de NOvA géén ondernemersvereniging is onder het nieuwe Nederlandse wettelijke systeem. Het Hof van Justitie merkt in *Wouters* op dat een lidstaat niet alleen de essentiële beginselen dient vast te leggen waaraan de uit te vaardigen regelgeving moet voldoen (waaronder valt het opnemen van kernwaarden in de Advocatenwet), maar ook criteria van algemeen belang moet formuleren voor de uit te vaardigen beroepsregelgeving. Uiteraard dienen deze criteria voldoende specifiek en nauwkeurig te zijn om daadwerkelijk richting te geven aan het proces van regelgeving. Van dit laatste is vooralsnog geen sprake in de Advocatenwet.¹⁹⁹ Wel is het zo dat een raad van advies is ingesteld die de nodige inhoudelijke invloed kan uitoefenen op concept-regelgeving vanuit een onafhankelijk perspectief.

Hier kan nog aan toegevoegd worden dat de Nederlandse Orde van Advocaten wettelijk niet alleen de goede beroepsuitoefening nastreeft, maar tevens opkomt voor de rechten en belangen van de advocaten zelf.²⁰⁰ Van wijziging van deze bepaling is vooralsnog niets bekend.²⁰¹ Zij vormt een contra-indicatie voor de (volledig) 'publieke' inslag van de Orde bij haar regelstellende activiteiten.

199 Art. 46 AW schrijft voor dat advocaten onderworpen zijn aan tuchtrechtspraak voor elk optreden dat in strijd is met de zorg voor de behartiging der toevertrouwde belangen, de naleving van de Verordeningen der Nederlandse Orde van Advocaten, en het handelen overeenkomstig hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Men kan hier dus in lezen dat advocaten de hun toevertrouwde belangen dienen te behartigen en moeten handelen overeenkomstig hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Deze normen zijn prijzenswaardig, maar nauwelijks concreet te noemen.

200 Vgl. het huidige art. 26 AW.

201 De aanwezigheid van kernwaarden in de Advocatenwet als richtsnoeren voor regelgeving doet aan de onderliggende inclinatie tot belangenbehartiging van de NOvA dan niets af.

2.2.7. *De gevolgen van de Europese jurisprudentie voor de vrijeberoepsregeling van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie*

Op de dunne lijn die het Hof van Justitie heeft aangelegd tussen een publiekrechtelijke verordeningbevoegdheid aan de ene kant en een privaatrechtelijke uitvaardiging van besluiten door een ondernemersvereniging aan de andere kant, is het een interessante vraag aan welke zijde van het spectrum de KNB zich bevindt.

Het publiekrechtelijke kader van de zelfregulering van het Nederlandse notariaat was strakker dan dat van de Nederlandse advocatuur. Door de hervormingen binnen de advocatuur zijn de zelfreguleringsystemen nu redelijk gelijk getrokken.

Het feit dat de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie een openbaar lichaam is (net als de Orde van Advocaten),²⁰² is op zich niet doorslaggevend voor de toepassing van het mededingingsrecht. Het gaat uiteindelijk om de wijze waarop een organisatie functioneert.

De regelgevende organen van de KNB worden bevolkt door louter vertegenwoordigers van de beroepsgroep: in deze organen vinden we geen officiële overheidsafgevaardigden of onafhankelijke deskundigen. Het algemeen belang is dus niet gegarandeerd uit hoofde van de achtergrond van de regelgevers.

Hier staat tegenover dat de KNB (enkel) tot taak heeft de bevordering van een goede beroepsuitoefening en de vakbekwaamheid van haar leden, en zorg draagt voor de eer en het aanzien van het notarisambt.²⁰³ De organisatie stelt daartoe bij verordening beroeps- en gedragsregels vast.²⁰⁴ Verordeningen behoeven de goedkeuring van de minister van Justitie.²⁰⁵ Andere besluiten van de KNB kan de minister vernietigen.²⁰⁶ deze besluiten lijken dus sowieso binnen het bereik van het mededingingsrecht te liggen.

202 Art. 60 WNA.

203 Art. 61 WNA. Zie ook de Memorie van Toelichting over de taak van het nieuw op te richten publiekrechtelijk lichaam (*Kamerstukken II 1993-1994*, 23 706, nr. 3, p. 11): 'Het betreft hier de behartiging van de publieke belangen die met de uitoefening van het notarisambt gemoeid zijn.'

204 De wet schrijft daarbij voor dat voorschriften uit een verordening strikt noodzakelijk dienen te zijn voor de verwezenlijking van het doel dat met de verordening wordt beoogd. Ook mogen verordeningen de marktwerking niet onnodig beperken. Zie art. 89 WNA.

205 Art. 91 WNA.

206 Art. 92 WNA.

Waar het Hof van Justitie in *Wouters* oordeelde dat de Orde van Advocaten geen onpartijdige organisatie is die een typische overheidstaak uitoefent en daarbij louter optreedt vanuit het algemeen belang, daar zou men kunnen aanvoeren dat de KNB wettelijk wél volledig opkomt voor het juist functioneren van de beroepsgroep en bovendien aan een verdergaande overheidscontrole onderworpen is (wat betreft de uitvaardiging van Verordeningen). Het Hof merkt in *Wouters* op dat een lidstaat voor het behoud van het overheidskarakter van beroepsregelgeving niet alleen de essentiële beginselen dient vast te leggen waaraan de uit te vaardigen beroepsregelgeving moet voldoen, maar ook meer specifieke criteria van algemeen belang moet formuleren. Het is de vraag of aan deze voorwaarden is voldaan in de Wet op het Notarisambt.

In de *Arduino-/Cipolla*-lijn, die als Italiaanse casus wel wat verder afstaan van de Nederlandse regelgevingrealiteit, zou de conclusie luiden dat de KNB géén ondernemersvereniging is, omdat de minister van Justitie het laatste woord heeft in conceptregelgeving van de beroepsorganisatie.²⁰⁷ Het maakt daarbij niet uit dat de leden van de besluitvormende organen uit de beroepsgroep zelf afkomstig zijn. Zelfs gebreken in een wettelijk kader dat het algemeen belang zou moeten borgen, doen daar dan niets aan af.

De KNB lijkt in ieder geval te blijven optreden als ondernemersvereniging bij de uitvaardiging van andere besluiten dan Verordeningen, aangezien de minister deze besluiten niet goedkeurt, maar slechts kan vernietigen.²⁰⁸ Het gaat dan bijvoorbeeld om reglementen van de KNB.

207 Zie zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529. Hierbij past de aantekening dat de *Arduino*-lijn niet geheel overtuigend is. Het Hof van Justitie nam in deze zaak een wel erg grote mate van vrijblijvendheid voor lief in het eerste stadium van het regelgevingproces, waarin het ondernemersveld in feite vrijelijk inhoud mocht geven aan een tarievenregeling. Het besluitvormend orgaan van de Italiaanse Orde van Advocaten bestond in *Arduino* namelijk niet in meerderheid uit onafhankelijke deskundigen. Het orgaan was, zoals het Hof zelf erkende, ook niet onderworpen aan procedurele of materiële voorschriften ter behartiging van het algemeen belang bij de vaststelling van advocatentarieven. Het openbaargezag-karakter moest geheel komen van de minister van Justitie die met zijn goedkeuringsbevoegdheid het laatste woord had ten aanzien van iedere regeling van de Italiaanse Orde. Het Hof van Justitie achtte dit element voldoende om de besluitvormende activiteiten van de Italiaanse beroepsorganisatie volledig buiten de werking van het mededingingsrecht te houden. Het is de vraag of de Italiaanse overheid inderdaad voldoende vertegenwoordigd en anderszins 'tegenwoordig' was in de verschillende stadia van het besluitvormingstraject om de ook aanwezige private inbreng van de beroepsgroep zelf louter te zien als onderdeel van een publiekrechtelijke wetgevingsprocedure.

208 Zie art. 92 WNA.

2.2.8 De lijn van de Gemeenschapsrechter ten aanzien van (juridische) vrijeberoepsorganisaties: een recapitulatie

De juridische vrijeberoepsgroepen bezitten in veel lidstaten via hun beroepsorganisaties de *materiele* bevoegdheid om regelgeving vorm te geven: zo bestaat het besluitvormend orgaan veelal niet uit een meerderheid van onafhankelijke deskundigen en ontbreken soms onderscheidende criteria ter waarborging van het algemeen belang in de vaststellingsprocedure van beroepsregels. Dat de minister van Justitie op het einde een door de beroepsorganisatie vastgestelde regeling dient goed te keuren en zelfs wijzigingen kan bevelen, doet niets af aan het feit dat de ondernemers-advocaten de regelgeving in beginsel *inhoudelijk* vorm geven.

Het is bijzonder lastig voor een overheid om een structuur op te zetten die de beroepsorganisatie volledig in de tang heeft in haar regelgevende activiteiten. Indien men dit als overheid wil bereiken, zal men een zodanig stringent systeem moeten opzetten in de zin van richtinggevende normen en controletoeetsen, dat men net zo goed het gehele regelgevende proces in eigen hand kan nemen. De beroepsorganisatie wordt dan overbodig op dat vlak, en kan zich volledig richten op het functioneren als belangenvereniging. In Nederland is voor deze opzet ten aanzien van vrije beroepen bewust niet gekozen, evenmin als in vele andere EG-lidstaten.

In de juridische beroepsgroepen ligt de fundamentele vraag voor of beroepsregelgeving inhoud moet worden gegeven primair door de beroepsgroep zelf, of primair door de overheid. In de meeste lidstaten, waaronder Nederland, is de keuze gemaakt om de beroepsgroep in eerste instantie zelf vorm te laten geven aan de beroepsregels. Dit vanwege belangrijke waarden van de rechtsstaat, zoals de onafhankelijkheid van de advocaat en notaris,²⁰⁹ en de expertise van de beroepsgroep.

209 Deze onafhankelijkheid is op de eerste plaats een uitgangspunt van goede rechtsbedeling, maar er bestaan sterke verbanden met typische kernwaarden of zelfs beginselen van de rechtsstaat, zoals een eerlijk proces. In het kabinetsstandpunt over de toekomst van de Nederlandse advocatuur wordt adequate rechtshulpverlening direct gekoppeld aan een eerlijk proces conform art. 6 EVRM. Het is een wezenskenmerk van de rechtsstaat dat de burger zijn rechten kan effectueren, aldus het kabinet. Rechtspraak en rechtsbijstand zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Om die reden hebben de wetgevende machten van democratische samenlevingen van oudsher aan de advocaat een essentiële rol in de rechtspleging toegekend. De onafhankelijkheid van de advocaat, op ten opzichte van de overheid, vormt hierbij een absolute kernwaarde. Zie Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 4 en 6-8.

De Nederlandse overheid mag dan stevige controlemechanismen in het leven hebben geroepen in het totstandkomingproces van beroepsregulering, dit neemt niet weg dat de beroepsgroep zelf van oudsher primair verantwoordelijk is voor de regelgeving. De twee elementen van autonomie en controle zijn niet volledig verenigbaar in één model. Het is niet mogelijk om door de overheid vastgestelde beroepsregelgeving te hebben die tegelijkertijd recht doet aan het principe van de onafhankelijkheid van de beroepsgroep in haar regelgeving ten opzichte van die overheid. Het is niet reëel om de regulering van het vrije beroep aan de beroepsgroep zelf over te laten wegens een gebrek aan expertise aan de kant van de overheid, en tegelijkertijd te verwachten dat de overheid in staat is die regelgeving volledig op haar juistheid te controleren en tot in detail bij te sturen. Lidstaten kunnen het systeem zo opzetten dat de minister van Justitie op het einde 'ja' of 'nee' kan zeggen tegen iedere door de beroepsorganisatie vastgestelde regeling of zelfs wijzigingen kan bevelen, maar dit doet niets af aan het feit dat de ondernemers/advocaten de regelgeving *inhoudelijk* voor een groot gedeelte vorm geven. Zoals gezegd, dit is nu juist de karakteristieke rol in vele lidstaten van de beroepsorganisaties in het regelgevingproces voor hun eigen sector. Het primaat van de beroepsregelgeving berust bij hen.

Mij lijkt van groot belang voor de kwalificatie van een regelgevende beroepsorganisatie als (loutere) overheidsinstantie, dat in het primair besluitvormend orgaan van deze organisatie in meerderheid onafhankelijke leden zitting hebben die niet professioneel geleerd zijn aan de beroepsgroep²¹⁰ – een soort procedurele waarborg dus.²¹¹ Het enkele bestaan van een adviesraad met (voor het merendeel) onafhankelijke deskundigen die een beroepsvereniging van advies dient, is in ieder geval niet voldoende om de vereniging te behoeden voor de kwalificatie van ondernemersvereniging. Uiteindelijk heeft de adviesraad immers geen eigen regelgevende bevoegdheden en geen doorslaggevende stem in het beslissingsproces.

210 Aangekend moet worden dat dit criterium niet in alle arresten van de Gemeenschapsrechter doorslaggevend is zie bijvoorbeeld zaak C-153/93, Duitsland t Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, *Jur* 1994, I-2517, r o 18 Vgl ook zaak C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) t Elliniko Dimosio, *n g*, r o 52 en 53

211 Overigens zijn er schrijvers die de mening zijn toegedaan dat zelfs bij een regelgevend orgaan dat in meerderheid bestaat uit onafhankelijke deskundigen, de behoefte aan controle door een onafhankelijke mededingingsautoriteit blijft bestaan. Zie de opinie van Van den Bergh als lid van de Commissie advocatuur. Rapport Commissie advocatuur van 24 april 2006. P C E van Wijnen e a, *Een maatschappelijke Orde*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006, p 36

In de juridische vrijeberoepsgroepen is de instelling van een regulator die in meerderheid bestaat uit overheidsfunctionarissen nu net een onoverkomelijk probleem, omdat in veel lidstaten (en in ieder geval in Nederland) de wens is dat de beroepsgroep zelf haar regelgeving vaststelt: omwille van de onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid, omwille van de expertise, omwille van de effectiviteit van de regelgeving.²¹² In deze opzet is een regulator eigenlijk per definitie onderdeel van het ondernemersveld, en houdt men immer een mededingingsrechtelijke spanning.²¹³

Een beroepsorganisatie zal dus regelmatig als een ondernemersvereniging functioneren bij de uitvaardiging van beroepsregels. Indien een lidstaat de regels van een dergelijke beroepsorganisatie bekrachtigt of de handhaving van de regels faciliteert, kan sprake zijn van een schending van de 'effet utile'-leer door de overheid. De 'effet utile'-doctrine heeft immers toepassing indien een lidstaat een schending van art. 81 of 82 EG oplegt, versterkt of daartoe aanzet, dan wel economische orderingsbevoegdheden delegeert aan het bedrijfsleven zonder zelf het laatste woord te houden.

In situaties waarin beroepsorganisaties regels uitvaardigen die mededingingsrechtelijk niet door de beugel kunnen, is het echter niet zo dat men de lidstaat ook automatisch een schending van de 'effet utile'-leer kan tegenwerpen. Lang niet altijd is sprake van delegatie of 'mandatering' van economische orderingsbevoegdheden door de overheid aan beroepsorganisaties: gedragsregels van deze organisaties kunnen ook voortvloeien uit autonome bron, en hun uitvaardiging wortelt in een lange historische traditie. Als de overheid nauwelijks intervenueert in het regelgevingproces van een vrijeberoepsgroep en de beroepsorganisatie in hoge mate zelf haar gang laat gaan in dit proces, kan de vraag naar de houdbaarheid van de beroepsregelgeving onder het communautaire mededingingsrecht zich louter concentreren op de toepassing van het kartelverbod ten aanzien van deze beroepsorganisatie. De lidstaat zelf blijft dan buiten schot.

212 Vgl E Unger, 'Deregulering in de advocatuur en de taak van de Orde', in J C A Houdijk en W R Paulssen (red), *Congresreader symposium 'Advocatuur en notariaat tussen profijt en professie'*, Nijmegen CPO Juridisch Onderwijs voor Professionals 2006, p 5

213 De Commissie Van Wijnen had nog geadviseerd tot het instellen van een onafhankelijke Regelgevende Raad die de rol van de NOvA als regelgever had moeten overnemen. Het kabinet heeft deze optie uiteindelijk links heeft laten liggen. De keuze betreffende het instellen van zo'n Regelgevende Raad had belangrijke consequenties gehad voor de toepassing van het mededingingsrecht. Mocht de Orde vervangen zijn door een, zowel naar vorm als naar inhoud, geheel onafhankelijke instantie, dan was de beroepsregulering daarmee waarschijnlijk buiten het bereik van het mededingingsrecht gekomen.

De kwalificatie van een regelgevende beroepsorganisatie als ondernemersvereniging is essentieel voor D-G Concurrentie van de Europese Commissie en de Nederlandse NMa om de regels van deze regulator aan te kunnen pakken. Als de beroepsorganisatie niet als ondernemersvereniging is te bestempelen, vallen ook haar regels buiten de reikwijdte van het kartelverbod.²¹⁴ De Commissie heeft in dat geval via het vrijverkeersrecht (en middels de inzet van een ander D-G) nog wel de mogelijkheid om toe te zien op de economische implicaties van vrijeberoepsregels,²¹⁵ maar de NMa zou het nakijken hebben en de juridische basis kwijtraken onder haar inventarisaties van de vrijeberoepssector.

Het feit dat een beroepsorganisatie wordt bestempeld als een ondernemersvereniging houdt niet in dat de regelgeving die zij uitvaardigt ook automatisch verboden is onder art. 81 EG of art. 6 Mw. Een rechtvaardigingstoets met een proportionaliteitselement dient hier doorgaans de uitkomst te bepalen, waarbij deze toetsing het beste terughoudend uitgevoerd kan worden. Wel is het zo dat de grenzen van het mededingingsrecht op deze manier onderwerp van discussie blijven.

2.3. De excepties op de toepassing van art. 81 EG – een heldere afweging van belangen onder het mededingingsrecht

2.3.1. Inleiding op de excepties

Marktwerving is niet het enige middel om tot een optimale kwaliteit van een samenleving te komen. Immer onomstreden is zij ook niet: ongebreidelde concurrentie kan wel degelijk nadelen met zich brengen voor de maatschappij. Algemene belangen kunnen daarom in de weg staan aan de volle doorvoering van marktwerving. In de vrijeberoepssector richten de algemene belangen zich op het goed functioneren van de rechtsstaat. De waarden van de rechtsstaat sporen niet altijd met een ongeclausuleerde toepassing van het mededingingsrecht.

Op een groot aantal niet-economische beleidsterreinen is de EG niet bevoegd, of heeft zij slechts een aanvullende competentie. De lidstaten hebben hier hun exclusieve rechtsmacht behouden. Ook inzake vrijeberoepsdeontologie hebben de lidstaten de ruimte om hun eigen afwegingen te

214 Uiteraard tenzij de 'effet utile'-leer de invulling krijgt die de A-G's Léger en Jacobs voorstellen in hun Conclusies bij de arresten *Arduino* en *Pavlov*, en een zelfstandige schending van art. 81 of 82 EG niet aangetoond hoeft te worden.

215 Zie ook Parret 2005, p. 8 en 9.

maken. Een botsing met het communautaire mededingingsrecht ligt dan op de loer.

De Gemeenschap mankeert de competenties om op 'neutrale wijze' en via een louter interne beleidsafweging de balans tussen het communautaire mededingingsrecht aan de ene kant en bepaalde niet-economische terreinen aan de andere kant dwingend vast te stellen. De EG kan de nationale, niet-economische terreinen slechts zijdelings benaderen, via de Europese rechtsgebieden gerelateerd aan de interne markt. Het vinden van het juiste evenwicht is zeker dan een heikel karwei.

Het Hof van Justitie is dan ook terughoudend in het aan de kant zetten van bepalingen van nationaal recht met een publiek belang, ten faveure van het communautaire mededingingsrecht.²¹⁶ Dit is ook terecht: het Hof van Justitie wil niet te snel nationale, niet (volledig) gecommunautariseerde beleidsterreinen via de weg van het EG-mededingingsrecht tot convergentie dwingen.

Het is dan ook zinvol dat het mededingingsrecht enige methoden of instrumenten kent waarmee men in specifieke situaties de werking aan dat rechtsgebied kan ontnemen, om zodoende voorrang te verlenen aan bepaalde algemene belangen van beroepsdeontologie – uiteraard zonder de poort open te zetten voor ongebreidelde en flagrante mededingingsbeperkingen. Als uitzonderingsinstrumenten komen in aanmerking: art. 81 lid 3 EG, art. 86 lid 2 EG, de 'rule of reason', de leer van de inherente beperkingen en de door Advocaat-Generaal Léger ontwikkelde rechtvaardigstoets voor de 'effet utile'-leer.²¹⁷

216 Denk aan de opmerking van het Hof van Justitie in *Wouters* (met een verwijzing naar o.a. zaak 107/83, Klopp, *Jur.* 1983, 2971, r.o. 17) dat het beginsel van institutionele soevereiniteit van lidstaten niet wordt miskend, en aan de nadruk die het Hof legt op de vrijheid van de lidstaten om zelf een bepaald stelsel van vrijeberoepsregelgeving te kiezen en nader vorm te geven. Zie r.o. 67, 70 en 99 van het *Wouters*-arrest. Denk ook aan de voorzichtige houding van het Hof van Justitie in de *Publishers Association*-zaak ten aanzien van een nationaal systeem van vaste boekenprijzen. Zie zaak C-360/92 P, *Publishers Association*, *Jur.* 1995, I-23. Zie over dit arrest nader Paragraaf 2.3.4. van Hoofdstuk V.

217 Binnen het Nederlandse mededingingsrecht hebben deze instrumenten hun eigen equivalenten, met uitzondering van de (rechtvaardigingsgrond voor de) 'effet utile'-leer. Hetgeen hierna gezegd wordt over de verschillende instrumenten, zal dus doorgaans betrekking hebben op zowel het Europese als het Nederlandse mededingingsrecht.

2.3.2. Art. 81 lid 3 EG

Art. 81 lid 3 EG is in wezen gericht op economische efficiëntie,²¹⁸ en daarom eigenlijk niet geschikt als rechtvaardigingsgrond voor inbreuken op lid 1 teneinde in de kern niet-economische doelen te bereiken. Uiteraard kunnen er altijd constructies bedacht worden om toch langs de vier cumulatieve voorwaarden van lid 3 te laveren, maar bij belangen zonder directe economische dimensie gaat dit eigenlijk in tegen kerndoel en -strekking van lid 3.²¹⁹

Van de vier voorwaarden van art. 81 lid 3 EG is bijvoorbeeld de tweede maatstaf (het voordeel voor derden, zoals de consument) moeilijk hanteerbaar bij niet-economische belangen. De deontologische regels die een orde van advocaten uitvaardigt voor haar leden kaderen in een systeem dat enerzijds de rechtsstaat in hogere zin behoort te dienen en dat anderzijds door de monopoliekenmerken zorgt voor een verzwakte concurrentie tussen beroepsgenoten. Het is de consument die hiervoor de (hogere) prijs betaalt. De tweede voorwaarde van art. 81 lid 3 EG biedt geen goed mechanisme om deze tegenstelling nader af te wegen, en concentreert zich alleen op de economische nadelen voor de consument.

Ook de eerste maatstaf van art. 81 lid 3 EG (economische of technologische ontwikkeling) is in de beschreven casus lastig te hanteren. De onafhankelijkheid van de advocaat mag dan een waarde van de rechtsstaat zijn, men kan haar moeilijk bestempelen als een economische of technologische innovatie.

218 Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97, randnr. 48-72.

219 Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft in gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, *Metropole télévision e.a. t. Commissie*, *Jur.* 1996, II-649, r.o. 118 opgemerkt dat de Commissie in het kader van een algemene beoordeling zich voor het verlenen van een ontheffing krachtens art. 81 lid 3 EG stelling kan baseren op overwegingen betreffende het algemeen belang. Deze opmerking lijkt de weg open te stellen voor de verwerking van algemene belangen in de toepassing van art. 81 lid 3 EG. In de toepassingspraktijk van deze bepaling is dit uitgangspunt echter niet zo revolutionair als het lijkt. Nog immer dienen de vier cumulatieve voorwaarden gepasseerd te worden, die allemaal een economische inslag hebben. Daarmee is niet gezegd dat het onmogelijk is om algemene belangen mee te nemen in de toepassing van art. 81 lid 3 EG. Zolang algemene belangen maar een economische vertaling kunnen krijgen bij de beoordeling van de verschillende voorwaarden van lid 3, is toepassing van deze bepaling mogelijk. De Gemeenschapsrechter heeft een dergelijke benadering bijvoorbeeld gehanteerd bij milieubelangen. Het is echter niet zo dat deze methode ook goed werkt bij alle algemene (niet-economische) belangen. Er zijn algemene belangen waaraan heel moeilijk een economische waarde is te koppelen of een economische dimensie is te verlenen.

2.3.3. Art. 86 lid 2 EG

Een specifiek Verdragsrechtelijk uitzonderingsinstrument dat plaats biedt voor niet-economische overwegingen, is art. 86 lid 2 EG. Voor een rechtvaardiging van mededingingsbeperkend gedrag onder dit artikellid moet aangetoond worden dat ondernemingen door de overheid zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang en daartoe van die overheid een bijzondere taak toevertrouwd hebben gekregen.²²⁰ Ook in deze bepaling ligt een proportionaliteitstoets besloten, die absoluut nodig is voor het maken van een evenwichtige afweging.

De Advocaat-Generaal wees de optie van art. 86 lid 2 EG in de *Wouters*-zaak af, aangezien de Nederlandse Orde van Advocaten op zichzelf geen 'onderneming' is als vermeld in art. 86 lid 2 EG en dus niet als 'adressaat' voorkomt in de bepaling. Art. 86 lid 2 EG is immers slechts gericht tot *ondernemingen* die een bijzondere taak toevertrouwd hebben gekregen van de overheid; de *ondernemersvereniging* is niet opgenomen in deze exceptie.²²¹

De A-G vond art. 86 lid 2 wel geschikt voor toepassing ten aanzien van de advocaat (en daarmee ten aanzien van de op de advocaat van toepassing zijnde beroepsregels). Een advocaat is immers een 'onderneming' in de zin van het Europese mededingingsrecht.²²² Een bezwaar bij deze laatste constructie van de A-G is, dat het in de juridische vrijeberoepssector in de eerste plaats de beroepsorganisatie is die de regels uitvaardigt, niet zozeer de zelfstandige advocaat/notaris, maatschap of NV. Het is ook de beroepsorganisatie als zelfstandige entiteit die doorgaans aangesproken wordt op (mogelijk) mededingingsbeperkende deontologische regels, en dan een beroep zal doen op de ter beschikking staande excepties. Individuele advocaten die zitting hebben in een van de besluitvormingsorganen van de beroepsorganisatie blijven normaliter buiten schot in dit type procedures.

De afwijzing door de A-G van de ondernemersvereniging als adressaat van art. 86 lid 2 EG is correct naar de letter van de wet, maar het is de vraag of deze uitleg geheel correspondeert met de ratio achter de exceptiebepaling. Het artikel vormt een uitzonderingsgrond op o.a. de mededin-

220 Ondernemingen of ondernemingsverenigingen kunnen dit artikel niet zomaar inroepen. Er dient substantieel bewijs te zijn voor de toebedeling van een bijzondere taak. Vgl. Meulman 2004, p. 105.

221 Zie de Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 167-169.

222 Zie de Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 170-178 en verder (tot en met r.o. 201).

gingsrechtelijke verbodsbepalingen uit het EG-Verdrag, ten gunste van entiteiten die de overheid een bijzondere taak heeft toevertrouwd. Eén van die verbodsbepalingen (art. 81 lid 1 EG) bevat het element van de ondernemersvereniging in haar 'delictsomschrijving'. Dan zou het wellicht logisch zijn dat de Verdragsrechtelijke uitzonderingsbepaling betreffende diensten van algemeen economisch belang zich ook tot die categorie 'daders' uitstrekt. Conceptueel lijkt er weinig verschil te bestaan tussen een onderneming of een ondernemersvereniging die diensten van algemeen economisch belang verstrekt en daartoe een bijzondere taak toebedeeld heeft gekregen van de overheid. Beide entiteiten zouden voor een uitzondering onder art. 86 lid 2 EG in aanmerking (moeten) kunnen komen, mits ze aan de (overige) inhoudelijke criteria van dit artikel voldoen, waaronder de proportionaliteitstoets.

Om art. 86 lid 2 EG ook van toepassing te laten zijn op besluiten van ondernemersverenigingen, zou men de ondernemingsvereniging als begunstigde kunnen inlezen in deze bepaling: niet door het ondernemingsbegrip in deze zin uit te breiden,²²³ maar door de ondernemingsvereniging als apart rechtssubject 'in te voeren' in art. 86 lid 2. Bezwaren kleven echter ook aan deze interpretatie: zij vereist rechterlijk activisme van vergaande aard. Want hoe men het ook wendt of keert, de communautaire wetgever heeft art. 86 lid 2 gewoon niet uitgebreid tot ondernemersverenigingen. Hoe het ook zij, de huidige stand van het recht is op dit punt terughoudend: een beroepsorganisatie lijkt (vooralsnog) geen gebruik te kunnen maken van art. 86 lid 2 EG.

Ook als men de problematiek rond het begrip 'ondernemersvereniging' zou passeren en accepteert dat art. 86 lid 2 op dat punt in principe van toepassing kan zijn ten aanzien van beroepsorganisaties als de NOvA en de KNB, ligt daarmee de weg naar toepassing van deze bepaling nog niet open. Er zijn meer beren op de weg.

In het kader van art. 86 lid 2 EG dient ook aangetoond te worden dat een onderneming (of in dit geval een beroepsorganisatie als de NOvA) door de overheid is belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang. De NOvA heeft, net als de KNB, een bij wet omschreven taak tot beroepsregelgeving.²²⁴ De eerste vraag is dan of deze taak bestempeld kan worden als het beheer van een dienst van algemeen economisch belang. Dit lijkt niet evident. De NOvA biedt met haar regelgevende

223 Voor alle Verdragsbepalingen inzake de mededinging geldt een eenvormige definitie van het begrip onderneming. Zie de Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur* 2002, I-1577, ov. 159 en 169. Aangezien het staande rechtspraak is dat de ondernemersvereniging niet onder het begrip 'onderneming' uit art. 82 EG kan vallen, gaat deze mogelijkheid ook voor art. 86 lid 2 EG niet op.

224 Zie voor de NOvA art. 17 en 28 AW, zie voor de KNB art. 60 en art. 61 WNA.

bevoegdheden niet zozeer zelf economische diensten aan consumenten of andere afnemers aan, maar treedt eerder op als regelsteller voor de beroepsgroep. Het Hof van Justitie heeft tot nu toe art. 86 lid 2 EG juist toegepast in zaken rond ondernemingen waarvan de kernactiviteit zich in het economische veld bevond, maar waarbij bepaalde onderdelen van de dienstverlening zonder exclusieve rechten niet rendabel zouden zijn (het probleem van 'cherry picking').²²⁵

De aanname dat ook regelstellende activiteiten een dienst van algemeen economisch belang kunnen vormen, zou een sterke verruiming betekenen van het toepassingsbereik van art. 86 lid 2 EG. In het verlengde van deze verruiming zou dan de vraag opkomen of deze bepaling alleen geldt voor regelgevende bevoegdheden met een expliciete wettelijke basis (zoals Verordeningen van de NOvA of KNB),²²⁶ of ook voor regelgevende bevoegdheden zonder een dergelijke basis (Gedragsregels van de NOvA en Reglementen van de KNB).²²⁷

Mij lijkt dat de uitvaardiging van deontologische regels vooralsnog buiten de reikwijdte van het begrip 'dienst van algemeen economisch belang' valt zoals dit tot dusver is uitgelegd en toegepast in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter.

Het Hof van Justitie is in de *Wouters*-zaak nimmer toegekomen aan de applicatie van art. 86 lid 2 EG ten aanzien van de regelgevende activiteiten van de Nederlandse Orde van Advocaten. Het handelde de zaak af binnen het kader van art. 81 lid 1 EG.

2.3.4. De 'rule of reason'

Nu art. 81 lid 3 EG zich niet goed leent voor het maken van uitzonderingen op het kartelverbod op grond van in de kern niet-economische belangen, zoals de waarden van de rechtsstaat, en ook art. 86 lid 2 EG klaarblij-

²²⁵ 'Cherry picking' is het risico dat bij afwezigheid van een systeem van bijzondere taken en exclusieve rechten, ondernemingen alleen die delen van de markt bedienen waar de gunstigste omstandigheden heersen, en de overige delen van de markt laten zitten. Men ziet dit fenomeen bij uitstek terug in netwerksectoren zoals energie en post, waar bedrijven zich het liefst richten op drukbevolkte gebieden, en de laagbevolkte gebieden bij voorkeur links zouden laten liggen. Zie Van de Gronden 2005, p. 88.

²²⁶ Zie art. 28 AW, art. 61 WNA i° art. 89 WNA.

²²⁷ Voor de uitvaardiging van Gedragsregels door de NOvA is geen expliciete wettelijke basis aanwezig in de Advocatenwet. Wel vormt de uitvaardiging van deze regels een nadere uitwerking van enkele open normen die zijn vastgelegd in art. 46 AW. Een zelfde soort redenering zou men kunnen aanhouden met betrekking tot de KNB en de normen die zijn opgenomen in art. 61 lid 1 WNA.

kelijk toepassing ontbeert in vrijeberoepszaken, is het niet vreemd dat de Gemeenschapsrechter jurisprudentiële wegen heeft bewandeld teneinde de reikwijdte van het kartelverbod in bepaalde situaties in te dammen.

Exceptiemethoden in de rechtspraak

In het *Reisebüro Broede*-arrest²²⁸ heeft het Hof van Justitie bepaald dat bij de toepassing van de mededingingsregels op een besluit van een ondernemersvereniging rekening moet worden gehouden met de context en de doelstellingen van het besluit, die verband kunnen houden met het stellen van regels betreffende de organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid. Dit soort regels bieden de eindgebruikers van juridische diensten de nodige garantie van integriteit en ervaring van de dienstverleners, en verzekeren een goede rechtsbedeling. Vervolgens moet worden onderzocht, of de daaruit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan de nagestreefde doelen.²²⁹

In het *EPI*-arrest stelde het Gerecht van Eerste Aanleg vast dat regels die de uitoefening van een beroep organiseren, niet principieel kunnen ontsnappen aan de toepassing van art. 81 lid 1 EG door het enkele feit dat de bevoegde instanties deze regels als gedragsregels kwalificeren. Het Gerecht wijst er op dat de geldigheid van dergelijke regels enkel kan worden beoordeeld aan de hand van een onderzoek van geval tot geval, waarbij in het bijzonder rekening moet worden gehouden met de gevolgen voor de handelingsvrijheid van de beroepsbeoefenaren en voor de organisatie van het beroep, alsmede voor de gebruikers van de betrokken diensten.²³⁰ Vervolgens verdiept het Gerecht zich mede in de vraag of bepaalde gedragsregels objectief noodzakelijk zijn of niet.

Ook in de *Wouters*-uitspraak toetst het Hof van Justitie bepaalde gedragsregels (dit keer voor advocaten) op hun noodzakelijkheid.

De Gemeenschapsrechter houdt zich bezig met de vraag of een orde van advocaten zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat een beroepsregel, niettegenstaande de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen, noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het

228 Zaak C-3/95, *Reisebüro Broede*, *Jur.* 1995, I-6511.

229 Zaak C-3/95, *Reisebüro Broede*, *Jur.* 1995, I-6511, r.o. 38.

230 GvEA 28 maart 2001, zaak T-144/99, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau t. Commissie ("EPI-gedragscode"), *Jur.* 2001, II-1087, r.o. 64 en 65.

beroep van advocaat, zoals dit in de betrokken lidstaat is georganiseerd. Is dit het geval, dan maakt de regel geen inbreuk op art. 81 lid 1 EG.²³¹

De noodzakelijkheidstoets is hier duidelijk, de proportionaliteitstoets is enigszins verborgen. Men vindt hem in het woord 'redelijkerwijs'.²³² Het gaat er maar om dat een gedragsregel de goede beroepsuitoefening kan bewerkstelligen op een redelijke wijze, dus zonder al te zware mededingingsbeperkingen te veroorzaken.

In het gebruik door het Hof van Justitie in *Wouters* van de zinsnede "(...) aangezien deze instelling zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat voornoemde regeling (...) noodzakelijk is",²³³ ziet men een enigszins terughoudende benadering van het Hof van Justitie terug ten opzichte van de proportionaliteitstoets. De literatuur verbindt hier ook wel de omschrijving 'marginale toetsing' aan,²³⁴ al komt deze term mij enigszins onbestemd voor.²³⁵

De aanwezigheid van een verscholen proportionaliteitselement neemt niet weg dat de noodzakelijkheidstoets het voornaamste toetsingscriterium lijkt in *Wouters*. Toch zijn er ook documenten van andere instellingen dan de Gemeenschapsrechter te vinden waarin de proportionaliteitstoets een explicietere positie inneemt.²³⁶

231 Zie zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur* 2002, I-1577, o a r o 110

232 Ook wordt de term 'onevenredig' nog gebezigd in r o 108 van het *Wouters*-arrest, zij het in een iets ander perspectief

233 Zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur* 2002, I-1577, r o 110

234 Vgl. Slotboom 2002, p. 251, Snoep 2002, p. 196, Pijnacker Hordijk 2002, p. 77. De vraag is wel of in het arrest daadwerkelijk sprake is van een marginaal toetsingsmodel, of dat het Hof slechts gegeven de specifieke omstandigheden van het geval terughoudend toetst. Zie Slotboom 2002, p. 252

235 Van Wijmen heeft in zijn proefschrift al aangegeven dat een marginale toetsing op zichzelf helemaal niet marginaal is. Marginaal, in de zin van begrensd, is slechts haar effect. Zie Van Wijmen 1981, p. 513 en 514. Liever volg ik de meer inhoudelijke analyse dat de Gemeenschapsrechter in *Wouters* terughoudend is om in woelige deontologische tijden zelf een (even effectief, maar minder mededingingsbeperkend) alternatief aan te nemen voor een beroepsregel met een lange geschiedenis, die is uitgevaardigd door een organisatie met een grote historie op dat gebied

236 Oud-Commissaris Monti is duidelijk over de afweging die gemaakt moet worden ten aanzien van vrijeberoepsregels onder het communautaire mededingingsrecht en de maatstaven die daarbij in acht moeten worden genomen "(...) to identify the rules and regulations, if any, that could be seen as disproportionate and not objectively justified [cursivering door auteur, JH]" Zie Mario Monti, *Competition in Professional Services. New Light and New Challenges*, 21 maart 2003, voordracht voor de Bundesanwaltskammer, Berlijn, p. 13

De 'rule of reason'

In bovenstaande zaken gebruikt het Hof van Justitie uitzonderingsmethoden om botsingen tussen het mededingingsrecht en niet-economische beleidsterreinen op te lossen, die lijken aan te sluiten bij twee concepten uit de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter: de 'rule of reason' en de leer van de inherente beperkingen.

De (maatschappelijke) 'rule of reason'²³⁷ is een instrument dat oorspronkelijk tot ontwikkeling is gekomen in de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van het Europese vrijverkeersrecht. De maatschappelijke 'rule of reason' is bij uitstek gericht op het maken van een afweging tussen economische en niet-economische belangen. Dit instrument biedt dus de mogelijkheid om een niet-economisch belang af te zetten tegen een economisch (of mededingings)belang.

De Gemeenschapsrechter heeft de maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht vooralsnog niet expliciet erkend. Van enige sympathie voor de *onderliggende benadering* lijkt wél sprake.²³⁸

De categorie van het niet-economisch belang vormt een open norm, in de zin dat vele waarden van algemeen belang hier in principe ingevuld kunnen worden. Met de beroepsdeontologie worden binnen de advocatuur belangen gediend als de onafhankelijkheid van de advocaat, het beroepsgeheim, een eerlijke rechtsbedeling en een efficiënte procesgang. Bij het notariaat kan men denken aan rechtszekerheid, toegankelijkheid, het ambtsgeheim, continuïteit en kwaliteit van de juridische dienst. Náást dan wel tegenover deze niet-economische belangen kunnen economische belangen gesteld worden, zoals scherpe prijzen voor de consument.

De Europese 'rule of reason' bevat een vijftal voorwaarden, die nader omschreven worden in Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II. Cruciaal, ook voor de casuïstiek betreffende vrijeberoepsregulering, is de laatste voorwaarde van de 'rule of reason': de proportionaliteitstoets. Nationale maatregelen met een niet-economisch karakter die bepaalde (mededingings)beperkingen net zich mee brengen, doorstaan deze niet zomaar. De Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets wordt doorgaans uitgesplitst in de deelvoor-

237 Zie voor een nadere uiteenzetting van de achtergrond en werking van de 'rule of reason' Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

238 Zie Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

waarden geschiktheid, noodzakelijkheid, en evenredigheid (proportionaliteit *stricto sensu*).²³⁹

Het geschiktheidcriterium zal meestal niet voor grote problemen zorgen in de vrijeberoepssector, omdat de opgegeven doelstellingen (onafhankelijkheid van de advocaat, onpartijdigheid van de notaris, integriteit, deskundigheid) over het algemeen legitiem zijn. Een uitzondering zou kunnen zijn de denkbeelden van enigszins vastgeroeste notabelen die marktwerking *a priori* niet 'des advocatuurs of notariaats' vinden en in strijd met de beroepseer achten. Beroepsregels die marktwerking om die reden zouden verbieden zijn tegenwoordig niet meer als legitiem te beschouwen. De geschiktheid zelf van een maatregel voor het bereiken van een bepaald doel is ook niet zo gemakkelijk te bestrijden. Vragen in dit kader richten zich al gauw op de beschikbaarheid van alternatieven, een punt dat aan bod komt binnen de noodzakelijkheidstoets.

Het evenredigheidscriterium zal ook niet voor zoveel problemen zorgen in de vrijeberoepssector. Dit criterium behelst een voornamelijk politiek-maatschappelijke afweging van belangen omtrent de bescherming van waarden van de rechtsstaat enerzijds en een effectieve, concurrerende dienstverlening door advocaten en notarissen anderzijds. Een terughoudende controle van dit type beslissing vanuit het EG-recht lijkt op haar plaats. De EG heeft binnen het domein van de vrijeberoepsregelgeving ook geen eigen competentie om de lijnen op Europees niveau uit te zetten.

Het noodzakelijkheidcriterium levert met betrekking tot de vrijeberoepssector de grootste hoofdbrekens op. Deze maatstaf gaat na of de maatregel in kwestie werkelijk noodzakelijk is voor het bereiken van het aangevoerde doel, of dat er minder mededingingsbeperkende maatregelen denkbaar zijn die hetzelfde doel bereiken.

Eigenlijk impliceert de noodzakelijkheidmaatstaf dus een onderzoek naar de haalbaarheid van minder mededingingsbeperkende alternatieven voor de maatregel die voorligt. Zijn er geschikte opties te bedenken die minder mededingingsbeperkend zijn (een mededingingstoets) en toch het niet-economische belang even goed dienen als de maatregel in kwestie (een niet-economische toets). De eerste component is goed te toetsen, de tweede component is lastiger toe te passen.

Een voorbeeld. Stel dat het Hof van Justitie in *Wouters* had afgewogen of er minder beperkende alternatieven bestonden voor het samenwer-

239 Zie voor een nadere toelichting op de achtergrond en werking van de drie proportionaliteitsvoorwaarden Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

kingverbod. Het Hof had daarbij kunnen denken aan het fenomeen van 'chinese walls' binnen een juridisch bedrijf. Deze optie van 'chinese walls' is minder mededingingsbeperkend dan een totaalverbod op samenwerking, dus aan de 'mededingings'-deelvoorwaarde zou zeker voldaan worden. Vervolgens komt de vraag aan de orde of het fenomeen van 'chinese walls' de onafhankelijkheid van de advocaat even effectief zou waarborgen als een samenwerkingsverbod. Dit is een risicovolle afweging. Hoeveel ruimte kan men vrijeberoepsbeoefenaren laten om een bedrijf zo te structureren en organiseren dat het naleven van deontologische regels gewaarborgd is? In een context waarin (destijds) net het Enron-schandaal²⁴⁰ tot uitbarsting was gekomen, is het goed voor te stellen dat een rechterlijke instantie nog eens extra voorzichtig was om bepaalde deontologische regels (met historische wortels) zomaar door een lichter alternatief vervangbaar te achten.

Uit *Wouters* valt op te maken dat het Hof van Justitie ook op het punt van de noodzakelijkheid enigszins terughoudend is. Wanneer het gaat om juridische vrijeberoepsregels, is deze voorzichtigheid zeker te begrijpen. Zoals uit het voorbeeld blijkt, is het vaak moeilijk in te schatten of een beroepsregel die de onafhankelijkheid van de advocaat garandeert, vervangen kan worden door een minder mededingingsbeperkende regel die de onafhankelijkheid van de advocaat in dezelfde mate waarborgt.

Hierbij speelt dat de juridische vrijeberoepsregulering in nagenoeg alle lidstaten van de EG historisch gezien wordt vastgesteld door de beroepsgroep zelf, mede vanwege de expertise die deze groep bezit inzake het reilen en zeilen van het ambt en de praktische navolging van alom erkende waarden van de rechtsstaat.

In dit opzicht is het niet zo gemakkelijk om, ondanks alle achterdocht, de keuzes van de beroepsgroep zomaar aan de kant te schuiven en te vervangen door het oordeel van een relatieve buitenstaander als de rechter. Anderzijds kan de noodzakelijkheidvoorwaarde wel degelijk een obstakel vormen voor bepaalde juridische vrijeberoepsregelgeving – zij vormt doorgaans een lastiger hobbel dan de evenredigheidsvoorwaarde. De nadere invulling van dit criterium vindt uiteindelijk plaats op basis van een *case by case approach*.

240 Enron was een Amerikaanse energiebedrijf dat vooral gas leverde. Begin jaren negentig ging het bedrijf zich toeleggen op handel in allerlei markten, waaronder telecommunicatie, internet en verzekeringen. Enron gaf meer uit dan er binnenkwam en hield verliezen uit de boeken middels schimmige constructies met honderden dochterondernemingen. Toen het bedrijf eind 2001 uiteindelijk failliet ging, bleek o.a. dat accountants bewijsmateriaal vernietigd hadden.

In de jurisprudentie van de communautaire rechter ziet men in dit kader dat de noodzaak van prijsafspraken in de vrije beroepssector zeker niet onomstreden is:²⁴¹ de Gemeenschapsrechter is voorzichtig om systemen van prijsbinding eigener beweging aan de kant te schuiven,²⁴² de Commissie en Advocaat-Generaal zijn hiertoe wel bereid.²⁴³ Een zelfde beweging ziet men ten aanzien van het verbod op een 'no cure, no pay'-honoreringssysteem.²⁴⁴

De termen 'rule of reason' en 'dwingende eisen van algemeen belang' uit de vrijverkeersjurisprudentie worden niet gebezigd in het hierboven beschreven *Wouters*-arrest. Toch komt de kern van de 'rule of reason'-toets (de norm van proportionaliteit *sensu lato*) ook terug in *Wouters*, in de vorm van een enigszins verkapte noodzakelijkheids- en evenredigheidstoets.²⁴⁵

Een gelijksoortige inhoud van de 'rule of reason'-toets in het communautaire mededingingsrecht en het vrijverkeersrecht is te meer geëigend in de vrije beroepssector, waar beroepsorganisatie en overheid vaak ieder een deel van de uit te vaardigen beroepsregels voor hun rekening nemen,²⁴⁶ en de lijn voor toepassing van één van beide rechtsgebieden dun is. Men ziet ook dat het communautaire mededingingsrecht en het vrijverkeersrecht, die beide overigens vanuit hun eigen perspectief de sector onder de loep nemen,²⁴⁷ afwisselend toegepast worden in vrije beroepszaken die feitelijk

241 Meer over de figuur van prijsbinding in de juridische vrije beroepen in de paragraaf over 'Systemen van vaste en aanbevolen prijzen'.

242 Zie Hof van Justitie 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 55-70.

243 Zie Conclusie A-G Poiras Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 76-93, en Beschikking Commissie 24 juni 2004, zaaknr. 2005/8/EG, Belgische Orde van Architecten, *Jur.* 2005, L 4/10, par. 97-99.

244 Op dit laatste punt kan men een verschil in benadering herkennen tussen de Commissie en de Advocaat-Generaal. De eerste laat een verbod op 'no cure, no pay' toe, de tweede adviseert om een dergelijk verbod niet langer in stand te houden. Zie Commissiebeschikking 1999/267/EG, EPI-gedragscode, *Pb.* 1999, L 106/14, par. 35, en Conclusie A-G Poiras Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 94. Zie over het onderwerp van juridische dienstverlening op basis van 'no cure, no pay' ook Paragraaf 3.5. van dit hoofdstuk.

245 Vgl. ook Kuipers & Linssen 2005, p. 68 en 69.

246 Zie voor een breder perspectief op de interactie tussen staatsregulering en privaatsinitiatief binnen het economische Gemeenschapsrecht: Van de Gronden 2006b, p. 105-137.

247 Vgl. de analyse van Mortelmans betreffende het verschil in focus tussen het EG-vrijverkeersrecht en het communautaire mededingingsrecht, zoals beschreven in Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

zeer op elkaar lijken.²⁴⁸ Een convergentie in de proportionaliteitstoets bevordert dan de uniformiteit en duidelijkheid van het Europese recht ten opzichte van vrijeberoepsregulering.²⁴⁹

2.3.5 De leer van de inherente beperkingen

In de rechtspraak van het Hof van Justitie kan men naast, of zelfs in plaats van de 'rule of reason', een ander uitzonderingsinstrument herkennen: de leer van de inherente beperkingen.²⁵⁰ Centrale vraag in deze leer is of een voorschrift zo essentieel is voor de beroepsuitoefening dat de mededingingsbeperking die er mee gepaard gaat inherent is aan deze beroepsuitoefening.²⁵¹

Een iets andere (en minder strikte) uitleg in de literatuur luidt dat deze leer met betrekking tot de beroepsdeontologie inhoudt dat een besluit dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het beroep van de leden van een ondernemersvereniging geen mededingingsbeperking is.²⁵² De noodzakelijkheidstoets is wederom helder: de onontbeerlijkheid van een regel voor een goede beroepsuitoefening houdt in dat de mededingingsbeperking die hij met zich mee brengt ook inherent is aan deze beroepsuitoefening. In het woord 'redelijkerwijs' zou men een proportionaliteitstoets kunnen herkennen. Maar men kan de term ook te zwak vinden om er een effectieve proportionaliteitstoets uit af te leiden.

Verder valt op dat in deze uitleg van de leer van de inherente beperkingen de beroepsregel die nodig is voor de goede beroepsuitoefening überhaupt niet als mededingingsbeperking wordt beschouwd. Wellicht is het juist om te zeggen dat een dergelijke beroepsregel wél mededin-

248 In dit kader kan men zaak C-309/99, Wouters, *Jur* 2002, I-1577 zetten tegenover gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla t Portolese en Macrino t Meloni, *Jur* 2006, I-11421, en zaak C-250/03, Giorgio Emanuele Mauri t Ministero della Giustizia, *Jur* 2005, I-1267. Net zoals in laatstgenoemde twee zaken wees het Hof toepassing van het communautaire mededingingsrecht af in zaak C-35/99, Arduino, *Jur* 2002, I-1529, maar dwongen de prejudiciële vragen van de nationale rechter het Hof niet tot een oordeel over de toepassing van het vrijverkeersrecht.

249 Deze benadering heeft als neveneffect dat de inhoudelijke beslissingen in de rechtspraak en de analyses in de literatuur met betrekking tot de houdbaarheid van regelgeving van bijvoorbeeld de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) onder het mededingingsrecht hun waarde behouden, zelfs als in de toekomst bepaalde onderdelen van deze regelgeving buiten de reikwijdte van het mededingingsrecht terecht zouden komen. Het vrijverkeersrecht kan dan zijn voordeel doen met eerder gemaakte afwegingen in de jurisprudentie.

250 Zie voor de terminologie 'beperkingen inherent aan een doel van niet-economisch belang', VerLoren van Themaat 2004, p. 589.

251 Zie voor een beschouwing over de leer van de inherente beperkingen Paragraaf 3.8.3 van Hoofdstuk II.

252 Zie bijvoorbeeld Snoep 2002, p. 194 en 195.

gingsbeperkend kan zijn op onderdelen, maar dat indien deze onderdelen worden gezien als inherent aan de uitoefening van het beroep, eventuele mededingingsbeperkingen voor lief genomen worden.

Een volgend punt is dan de mogelijke verschillen of overeenkomsten tussen de leer van de inherente beperkingen enerzijds en de 'rule of reason' anderzijds. De vraag komt immers op of deze termen niet in hoge mate dezelfde lading dekken.

De aan- dan wel afwezigheid van een volwaardige, uit drie onderdelen bestaande proportionaliteitstoets markeert een inhoudelijk verschil tussen beide figuren. Hierbij dient meteen de kanttekening gemaakt te worden dat indien bij de toepassing van de 'rule of reason' (bijvoorbeeld in vrijeberoepszaken) vooral de noodzakelijkheidstoets centraal staat, en de evenredigheidstest erg terughoudend ingevuld wordt, het verschil met de leer van de inherente beperkingen minimaal wordt. Dit is zeker het geval als de leer van de inherente beperkingen juist weer wat meer vlees op de botten krijgt in de jurisprudentie – zoals in rechtspraak betreffende de sportsector.²⁵³

Zelf heb ik een voorkeur voor de 'rule of reason', omdat deze benadering een (in ieder geval theoretisch) beter uitgewerkt toetsingsschema heeft dan de leer van de inherente beperkingen. Binnen de 'rule of reason' wordt een eventueel bestaande mededingingsbeperking gewoon als zodanig erkend, en komen de beginselen van geschiktheid, noodzakelijkheid én proportionaliteit explicieter naar voren. Hier tegenover staat dat de term 'inherente beperkingen' wellicht wat beter aansluit bij de terminologie die het Hof van Justitie gebruikt in een aantal arresten inzake de botsing tussen het mededingingsrecht en niet-economische belangen.

2.3.6. De rechtvaardigingstoets in de 'effet utile'-leer

De Advocaten-Generaal Léger en Jacobs namen aan dat een inbreuk op de 'effet utile'-leer door een lidstaat mogelijk zou moeten zijn, ook als de ondernemingen in het veld art. 81 of 82 EG zelf niet hadden geschonden. Zoals hierboven uiteengezet hanteren de A-G's op dit onderdeel mijns inziens een verkeerde opvatting. Dit neemt niet weg dat Léger en Jacobs wel oog hadden voor een al te rigide doorwerking van de doctrine. In de op-

253 Zo hanteert het Hof van Justitie in de *Meca-Medina*-zaak een (uitgebreide) leer van de inherente beperkingen ten aanzien van sportregels, waarbij zowel noodzaak als evenredigheid aan bod komen. Zelfs de legitimiteit van het doel wordt aangehaald. Zie zaak C-519/04 P, *Meca-Medina* en Majcen t. Commissie, *Jur* 2006, I-6991, r.o. 42-45. Zie hierover ook Sluijs & Van Woerkom 2006, p. 248-253.

tiel van beide Advocaten-Generaal staat aan een lidstaat de mogelijkheid open om zijn inbreuk op de 'effet utile'-doctrine te rechtvaardigen.²⁵⁴ A-G Léger ontwikkelt hiertoe een driestapstoets:

"[De drie beoordelingscriteria, /H] zou[den] ervan kunnen uitgaan dat een wettelijke of bestuursrechtelijke maatregel die de werking van een overeenkomst versterkt, met de artikelen 3 en 81 EG verenigbaar is, mits (1) de overheidsinstanties van de betrokken lidstaat een doeltreffende inhoudelijke controle op de overeenkomst uitoefenen, (2) de overheidsmaatregel een legitiem doel van algemeen belang dient, en (3) de overheidsmaatregel evenredig is aan het beoogde doel"²⁵⁵

Léger werkt vervolgens deze drie criteria kort uit:

"De eerste voorwaarde, betreffende het bestaan van een doeltreffende controle, zou dienen te verzekeren dat de overheidsinstanties daadwerkelijk overgaan tot een inhoudelijk onderzoek van de overeenkomst. Zij heeft derhalve tot doel te voorkomen dat de overheidsinstanties de marktdeelnemers een soort blanco volmacht geven. Op grond van de tweede voorwaarde zou kunnen worden nagegaan, of de overheidsmaatregel inderdaad een doel van algemeen belang beoogt. Naar immers mag worden aangenomen, handelen particuliere ondernemers normaal gesproken in hun eigen belang en niet in het algemeen belang, wanneer zij onderling overeenkomsten sluiten. De gevolgen van hun overeenkomsten zijn dan ook niet noodzakelijkerwijs in het algemeen belang. Krachtens de tweede voorwaarde zouden de overheidsinstanties derhalve alleen het recht hebben om de werking van een tussen particuliere marktdeelnemers gemaakte afspraak te versterken, wanneer zij zeker zijn dat hetgeen is afgesproken in het algemeen belang is. Tot slot zou de derde voorwaarde moeten verzekeren, dat de mededingingsbeperkende werking van de overheidsmaatregelen binnen de grenzen blijft van hetgeen noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken"²⁵⁶

Aangezien ik van mening ben dat een schending van art. 81 of 82 EG door een onderneming een essentieel onderdeel vormt van de 'effet utile'-leer, zou ik eventuele rechtvaardigingsgronden het liefst zien aangevoerd in het kader van deze Verdragsartikelen. Men komt dan uit bij de 'rule of reason', de leer van de inherente beperkingen, of art. 86 lid 2 EG.

254 Conclusie van A-G Jacobs van 23 maart 2000 in gevoegde zaken C-180 tot 184/98, Pavlov, *Jur* 2000, I-6451, r.o. 164. Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, Arduino, *Jur* 2002, I-1529, r.o. 89-91.

255 Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, Arduino, *Jur* 2002, I-1529, r.o. 88 en 91.

256 Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, Arduino, *Jur* 2002, I-1529, r.o. 91.

3. DE MEDEDINGINGSRECHTELIJKE HOUDBAARHEID VAN EEN AANTAL SPECIFIEKE CATEGORIEËN VRIJEBEROEPSREGELS

3.1. Systemen van vaste en aanbevolen prijzen

3.1.1. *Uitgangspunten in het Europese recht: de visie van de Commissie*

In haar Mededelingen over de mededinging op het gebied van professionele dienstverlening is de Europese Commissie zeer kritisch over drie reguleringsgebieden: systemen van vaste prijzen voor de beroepsgroep, systemen van aanbevolen prijzen voor de beroepsgroep en reclameverboden.²⁵⁷ Van deze flagrante mededingingsbeperkingen is in een aantal Europese lidstaten nog steeds sprake.

Het is geen wonder dat de Commissie zich in haar analyse van de sector van professionele dienstverlening als eerste zorgen maakt over de prijzen in de markt en de mogelijkheden tot het maken van reclame. Beide factoren liggen aan de voet van een goed werkend concurrentieproces.

Nederland komt wat betreft de advocatuur en het notariaat nauwelijks meer voor in de schema's van de Commissie over genoemde drie onderwerpen en zit wat dit betreft dus goed.²⁵⁸

3.1.2. *Vaste tariefsystemen in de advocatuur*

Het EG-recht houdt vasteprijsstelsels in de vrije beroepen vanuit verschillende domeinen in het vizier. Regelmatig zijn prijssystemen onderwerp van discussie waarover het mededingingsrecht zich niet uitstrekt, omdat het regulerende orgaan niet gekwalificeerd kan worden als een ondernemersvereniging. In dat geval kan alleen het vrijverkeersrecht dienen als instrument om de prijssystematiek aan te pakken. De inhoudelijke afwijking kan echter wel als voorbeeld dienen voor het mededingingsrecht.

In het *Cipolla-Macrino*-arrest liet het Hof van Justitie het oordeel of een systematiek van vaste prijzen al dan niet gerechtvaardigd was onder de vrijverkeersbepalingen over aan de nationale rechter. Deze mocht aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval bepalen of de Italiaanse tariefregeling daadwerkelijk beantwoordde aan de ter rechtvaardi-

257 Mededeling Commissie van 5 september 2005, Follow-up van het verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM(2005) 405 def., p. 12.

258 Mededeling Commissie van 9 februari 2004, Verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM(2004) 83 def., p. 11-16. Alleen de notarissen komen nog voor in de categorie van vastgestelde *maximumprijzen*. Zie p. 13.

ging aangevoerde doelstellingen van consumentenbescherming en een goede rechtsbedeling, en of de uit de regeling voortvloeiende beperkingen niet onevenredig waren aan deze doelstellingen.²⁵⁹ Men ziet dat het Hof van Justitie de regeling van de vaste tarieven niet *a priori* goed- of afkeurt, en zich eigenlijk niet wil branden aan de rechtvaardigingskwestie. Het Hof houdt in ieder geval de mogelijkheid van strijdigheid met de Verdragsregels duidelijk open.

In zijn voorzichtige benadering is het Hof terughoudender dan de Advocaat-Generaal in zijn conclusie bij het arrest, die oordeelde dat het systeem van vaste tarieven niet gerechtvaardigd kon worden door een dwingende reden van algemeen belang.²⁶⁰ Geen terughoudendheid bij de A-G dus: hij liet de eindbeslissing niet eens over aan het feitelijk oordeel van de nationale rechter.

De Commissie heeft in haar beschikkingspraktijk wel degelijk opgetreden tegen beroepsverenigingen die een prijsbepalingsstelsel in het leven hadden geroepen voor hun leden.²⁶¹ De *Wouters*-uitzondering achtte de Commissie niet van toepassing: systemen van aanbevolen prijzen of prijsafstemming vond de Commissie niet noodzakelijk ter verzekering van een goede beroepsuitoefening. Volgens de Commissie zijn er andere, minder schadelijke methoden om zaken als kwaliteit van dienstverlening, informatieverstrekking aan de consument en het tegengaan van onwettige praktijken te bewerkstelligen.²⁶²

Over de vraag naar de houdbaarheid van vaste prijzen in de juridische vrije beroepen is het laatste woord nog niet gesproken. Het Hof van Justitie is terughoudender in het (de facto) verbieden van in het nationale bestel uitgevaardigde vrijeberoepsregelgeving dan de Europese Commissie – dit is ook het geval bij flagrante mededingingsbelemmeringen als vasteprijssystemen.

259 Hof van Justitie 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 55-70.

260 Conclusie A-G Poiaras Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 76-93.

261 Vgl. Beschikking Commissie 24 juni 2004, zaaknr. 2005/8/EG, Belgische Orde van Architecten, *Jur.* 2005, L 4/10, betreffende een procedure op grond van art. 81 EG over de schaal van minimumerelonen van de Nationale Raad van de Belgische Orde van Architecten, waarin de Belgische Orde van Architecten een flinke boete aan de broek kreeg voor het neerleggen van een referentiekader voor de beloning van architecten.

262 Zie Beschikking Commissie 24 juni 2004, zaaknr. 2005/8/EG, Belgische Orde van Architecten, *Jur.* 2005, L 4/10, par. 97-99.

Een kritische houding ten opzichte van prijsbesluiten lijkt mij op haar plaats, al blijft de proportionaliteitsgrens diffuus zonder nadere toetsingscriteria van de Gemeenschapsrechter. Feit is dat in veel lidstaten van de EG een systematiek van vaste prijzen nog steeds wijdverbreid is bij de juridische vrijeberoepsgroepen. In Nederland valt het echter erg mee met de vasteprijssystemen in advocatuur en notariaat.

In de Nederlandse advocatuur is de tariefregulering grotendeels gesneuveld in de jaren negentig van de vorige eeuw. De advocatuur kent nog vaste uurtarieven voor curatoren en bewindvoerders, die vastgesteld worden in een overleg tussen rechters-commissarissen, de vereniging van insolventierecht-advocaten (Insolad) en de Nederlandse Orde van Advocaten. Verder is sprake van aanbevolen tarieven voor procureursdiensten (de liquidatietarieven) die worden bepaald in een overleg tussen de Nederlandse Orde van Advocaten en vertegenwoordigers van de rechterlijke macht.

De vaststelling van dit soort tarieven is wellicht uiteindelijk niet toe te schrijven aan een overleg tussen ondernemingen of een onderhandelingsproces waarin een ondernemersvereniging een hoofdrol speelt, maar aan een overleg tussen instanties die op dat punt een overheidstaak uitoefenen. Veel hangt hierbij af van de vraag of de meerderheid van de 'beslissers' overheidsdienaren zijn of toch bestaan uit vertegenwoordigers van het vrije beroep. Het is zeker mogelijk dat de vaste of aanbevolen tarieven die in deze structuur tot stand komen, niet zijn te kwalificeren als een prijsafsprake tussen ondernemingen of een prijsbesluit waarbij een ondernemersvereniging is betrokken. Maar het is ook mogelijk dat de vaststelling van de tarieven gewoon beschouwd moet worden als een private prijsafsprake of -besluit. De 'rule of reason' kan dan uitkomst bieden, daar het gaat om tariefafspraken die noodzakelijk lijken om het juridische systeem draaiende te houden. Immers, bij curator- en procureurswerkzaamheden heeft de juridisch dienstverlener de rechtzoekende niet als directe wederpartij in een overeenkomst van opdracht, waarbinnen afspraken over tarieven tot stand kunnen komen. Bij gebreke van een directe onderhandelingsrelatie tussen advocaat en cliënt, dient de beloning van de eerste voor genoemde juridische diensten op een andere wijze vastgesteld te worden.

De liquidatietarieven zullen binnen afzienbare tijd verdwijnen, aangezien IT-ontwikkelingen in de organisatie van de rechterlijke macht en

een modernisering van de balie-infrastructuur de figuur van de procureur overbodig maken.²⁶³

3.1.3. Vaste tariefsystemen in het notariaat

Ook in het notariaat zijn onder druk van de dereguleringsoperatie MDW (Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit)²⁶⁴ van de Nederlandse overheid en van het mededingingsrecht de vaste tarieven afgeschaft voor het gros van de notarisdiensten.

Het notariaat kent nog één systeem van gefixeerde prijzen, en dat betreft het stelsel van van overheidswege vastgestelde maximumtarieven voor notariële diensten aan minder draagkrachtigen in de familierecht-praktijk.²⁶⁵ Men kan hierbij denken aan het opmaken van testamenten en huwelijks- en partnerschapsvoorwaarden. Zolang de overheid deze vaste (maximum-)prijzen zelfstandig vaststelt, zonder inmenging van het beroepsveld, zal deze regeling normaliter buiten schot van het mededingingsrecht blijven.²⁶⁶ Hier komt bij dat het gaat om maximumtarieven, een

263 Conform het voornemen van het ministerie van Justitie is het verplichte procuraat per 1 september 2008 afgeschaft. Het wegvallen van de tussenschakel van procureur vereenvoudigt de procesvoering. In het nieuwe systeem neemt de digitale rol een voornamelijk plaats in. Zie brief van 6 april 2007, kenmerk 5477381/07, Ministerie van Justitie, Directoraat-Generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving, 'Datum inwerkingtreding wet inzake afschaffing procuraat en invoering elektronisch berichtenverkeer', en het nieuwsbericht van de NOvA van november 2007, 'Afschaffing verplicht procuraat half jaar uitgesteld'. Zie verder het Wetsvoorstel, de Memorie van Toelichting en andere aan dit voorstel gerelateerde Kamerstukken betreffende de Wet afschaffing procuraat en invoering elektronisch berichtenverkeer: Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Advocatenwet en andere wetten in verband met het afschaffen van het procuraat in burgerlijke zaken en de invoering van elektronisch berichtenverkeer, *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 815. Het voorstel is op 8 februari 2007 zonder beraadslaging en zonder stemming aangenomen door de Tweede Kamer. De Eerste Kamer heeft het voorstel op 18 maart 2008 als hamerstuk afgedaan. Zie *Handelingen Eerste Kamer* 2007-2008 (18 maart 2008), nr. 24, p. 971.

264 De operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) heeft gelopen van 1994 tot 2003. Doel van het project was via het moderniseren van wet- en regelgeving de markttoegang te vergroten en de werking van de markt te versterken. De operatie richtte zich dan ook op het wegnemen van regels die het marktgedrag van bedrijven onnodig (kunnen) beperken en het scheppen van (meer) ruimte voor eigen verantwoordelijkheid en keuzes.

265 Zie de Regeling notariële tarieven familiepraktijk minderdraagkrachtigen 2005, *Stcrt.* 2004, 244, uitgevaardigd op basis van art. 56, lid 1 WNA.

266 Er is in dat geval te weinig betrokkenheid van de beroepsgroep zelf bij de vaststelling van de prijzen voor de constatering van mededingingsbeperkend gedrag van deze groep of de aanname van een 'effct utile'-redenering. Dit laat overigens onverlet dat er andere juridische bezwaren kunnen zijn tegen deze maximumtarieven. Vgl. Rieter 99, p. 517 en 518.

fenomeen dat binnen het mededingingsrecht tot minder achterdocht leidt dan een systeem van minimumprijzen.

3.2. Publiciteits- en acquisitiebeperkingen

3.2.1. De uitgangspunten in het Europese recht

De tijd van de volledige reclameverboden in de (juridische) vrije beroepen is ook voorbij. De Dienstenrichtlijn verplicht de lidstaten om ieder algeheel verbod op commerciële communicatie in te trekken, ook waar het om de gereguleerde beroepen gaat.²⁶⁷ De lidstaten zien er wel op toe dat de commerciële communicatie van gereguleerde beroepen in overeenstemming is met de beroepsregels welke in het bijzonder betreffen de onafhankelijkheid, waardigheid en integriteit van het beroep en het beroepsgeheim, op een wijze die strookt met de specifieke aard van elk beroep.²⁶⁸ De Richtlijn laat lidstaten dus niet alleen de ruimte om beroepsregels betreffende commerciële communicatie toe te staan op hun grondgebied, maar verplicht ze zelfs om in de gaten te houden dat deze regels ook worden nageleefd. Uiteraard dienen de beroepsregels betreffende commerciële communicatie wel 'overeenkomstig het Gemeenschapsrecht' te zijn, wat wil zeggen dat ze binnen de grenzen dienen te blijven die andere communautaire rechtsgebieden stellen. Zo moeten beroepsregels inzake commerciële communicatie niet-discriminatoir, om dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd en evenredig zijn.²⁶⁹

Hoewel de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op het notariaat,²⁷⁰ is de boodschap duidelijk voor de juridische vrijeberoepsgroepen:

267 Zie art. 24 lid 1 van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36. Deze bepaling strekt zich ook uit tot beroepsorden en beroepsorganisaties binnen een lidstaat, in ieder geval zeker waar deze handelen op grond van door de overheid gedelegeerde bevoegdheden. Zie art. 4 lid 7 en lid 9 van Richtlijn 2006/123/EG. Voor zover beroepsorganisaties niet op basis van een wettelijk toegekende bevoegdheid maar geheel 'op eigen initiatief' regelgevend optreden bij het uitvaardigen van bepaalde reclameverboden, is het de vraag of de Dienstenrichtlijn nog langer van toepassing is op deze organisaties. Zie over het vraagstuk van de reikwijdte van het begrip 'lidstaat' als adreessaat van het communautaire vrij verkeersrecht, en de vraag welke organisaties binnen een land nog zijn te beschouwen als vertegenwoordigers van (het openbaar gezag van) die lidstaat: Craig & De Búrca 2003, p. 210 en 211.

268 Zie art. 24 lid 2 van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36.

269 Zie art. 24 lid 2 van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36.

270 Zie art. 2 lid 2 sub 1 van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36.

algehele reclameverboden zijn niet langer toegestaan, en reclamevoorschriften dienen proportioneel te zijn in de beperkingen die zij opleggen.

Naast de bepalingen inzake commerciële communicatie uit de Dienstenrichtlijn bestaan ook nog meer specifieke EG-regels over reclame. De Europese Richtlijn betreffende misleidende reclame²⁷¹ heeft mede betrekking op reclame voor beroepsmatige dienstverlening.²⁷² Zowel de advocatuur als het notariaat behoren tot de sectoren die onder de werking van deze Richtlijn vallen. Uitgangspunt van de Richtlijn is dat vergelijkende reclame geoorloofd is op voorwaarde dat zij niet misleidend is.²⁷³ Ook onder deze Europese regeling hebben lidstaten de mogelijkheid om beroepsorganisaties verbodsbepalingen of beperkingen uit te laten vaardigen inzake vergelijkende reclame tussen beroepsgenoten, al dienen lidstaten hierbij wel de bepalingen van het EG-Verdrag in acht te nemen.²⁷⁴ Rechtsgebieden die zich in dit kader direct opdringen zijn het vrijverkeers- en mededingingsrecht.

Niet alleen de Europese harmonisatiebepalingen voor de interne markt hebben dus hun invloed op de reclame-uitingen van vrijeberoepers, ook het communautaire mededingingsrecht kan paal en perk stellen aan nationale publiciteitsvoorschriften. Het is beroepsorganisaties onder het mededingingsrecht overigens niet bij voorbaat verboden om bepaalde grenzen te stellen aan de wijze waarop reclame-uitingen worden vorm gegeven of acquisitie plaatsvindt. Het gaat uiteindelijk om het vinden van het juiste evenwicht: vraag is waar de publiciteitsgrenzen getrokken zijn, welke mededingingsbeperkingen zij met zich mee brengen, en hoe de rechtvaardigingsgronden luiden voor bestaande reclamerestricties.

271 Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame, *Pb.* 1984, L 250/17, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/55/EG van het Europees parlement en de Raad van 6 oktober 1997, *Pb.* 1997, L 290/18 en Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van o.a. Richtlijn 84/450/EEG ("Richtlijn oneerlijke handelspraktijken"), *Pb.* 2005, L 149/22.

272 Vgl. ook Van den Bossche 2004, p. 821-825.

273 Zie art. 3 bis van Richtlijn 84/450/EEG in geconsolideerde versie.

274 Zie art. 7 lid 5 van Richtlijn 84/450/EEG in geconsolideerde versie.

Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft in het *EPI*-arrest²⁷⁵ beslist dat een algeheel verbod op vergelijkende reclame in strijd komt met art. 81 lid 1 EG.²⁷⁶ In de bewoordingen van het Gerecht vinden we tevens een soort 'rule of reason'-redenering terug, met als conclusie dat een algeheel verbod op vergelijkende reclame niet gerechtvaardigd kan worden.²⁷⁷

In de *EPI*-zaak passeren echter ook meer genuanceerde reclamevoorschriften de revue, waarvan strijd met het mededingingsrecht weer veel minder evident is. Zo besliste het Gerecht van Eerste Aanleg dat een bepaling uit de beroepsgedragscode voor octrooigemachtigden die verbiedt dat een gemachtigde zich (bijvoorbeeld in reclame-uitingen) ten onrechte laat voorstaan op professionele relaties die er niet zijn, niet aan te merken is als een beperking van de mededinging.²⁷⁸

Het Gerecht vond ook dat de bepaling van de beroepsgedragscode die verbiedt dat *op initiatief van een octrooigemachtigde* met een cliënt wordt gesproken over een specifieke, afgesloten zaak die reeds door een andere gemachtigde is behandeld, de mogelijkheden van de gemachtigde om zijn diensten aan te bieden aan potentiële cliënten *niet* aanzienlijk inperkt.²⁷⁹

275 GvEA 28 maart 2001, zaak T-144/99, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau t. Commissie ("EPI-gedragscode"), *Jur.* 2001, II-1087. De raad van bestuur van de Europese Octrooiorganisatie heeft in 1977 op basis van het Octrooiverdrag een Instituut van erkende gemachtigden bij het Octrooibureau ('EPI' genaamd) ingesteld, en tevens een reglement vastgesteld dat de tuchtbevoegdheid van dit EPI ten aanzien van erkende octrooigemachtigden regelt. Het EPI is een orgaan zonder winst oogmerk dat als leden heeft eenieder die ingeschreven staat op de lijst van erkende octrooigemachtigden. Het EPI heeft onder meer tot doel met de Europese Octrooiorganisatie samen te werken in aangelegenheden die verband houden met het beroep van erkend octrooigemachtigde (in het bijzonder op het gebied van het tuchtrecht en het Europees bekwaamheidsexamen), en toezicht te houden op de naleving van de beroepsgedragsregels door zijn leden. De leden van het EPI kiezen uit hun midden een raad. Deze kan, binnen de grenzen van het tuchtreglement voor erkende gemachtigden, aanbevelingen doen inzake de deontologie. Zo heeft de raad van het EPI een beroepsgedragscode opgesteld. De in de hoofdtekst besproken regels maken onderdeel uit van deze code.

276 Zaak T-144/99, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau t. Commissie ("EPI-gedragscode"), *Jur.* 2001, II-1087, r.o. 72-79.

277 Zaak T-144/99, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau t. Commissie ("EPI-gedragscode"), *Jur.* 2001, II-1087, met name r.o. 56, 57, 75-78. Een beroep op art. 81 lid 3 EG, teneinde het algemene verbod op vergelijkende reclame te sauveren, honoreerde het Gerecht niet. Alleen een tijdelijke ontheffing van de Commissie op basis van deze bepaling, teneinde een overgangperiode te creëren voor het EPI om haar beroepsregels op orde te krijgen, kon door de beugel. Zie r.o. 107-138.

278 Zaak T-144/99, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau t. Commissie ("EPI-gedragscode"), *Jur.* 2001, II-1087, r.o. 70 en 71.

279 De bepaling heeft slechts tot doel te vermijden dat een gemachtigde bij het aanbieden van diensten aan een cliënt zich laatdunkend uitlaat over een collega en diens tussenkomst in een afgesloten dossier bekritiseert.

Vandaar dat het Gerecht deze bepaling uit de beroepsgedragscode ook niet mededingingsbeperkend achtte in de zin van art. 81 lid 1 EG.²⁸⁰

Men ziet dat de Gemeenschapsrechter dit soort fatsoensnormen niet eens beschouwt als een mededingingsbelemmering, zodat het 'mededingingshoofdstuk' meteen gesloten is. Ingrijpender, minder specifieke beroepsregels met zwaardere economische gevolgen, zullen echter niet zo gemakkelijk aan de werking van het mededingingsrecht ontsnappen. De discussie zal zich hier toespitsen op de vraag in hoeverre de beroepsregels in kwestie daadwerkelijk gerechtvaardigd zijn.

3.2.2. De reclamevoorschriften in de advocatuur

Een algemeen reclameverbod is niet meer van kracht in en voor de Nederlandse advocatuur. Wel stelt de Nederlandse Orde van Advocaten nog altijd bepaalde restricties aan publiciteitsuitingen en acquisitiemethoden van advocaten. De NMa heeft in haar inventarisatie ook deze publiciteits- en acquisitieregels van de Orde aan een kritische blik onderworpen.²⁸¹

Art. 3 van de Verordening op de publiciteit bevat een verbod op vergelijkende reclame tussen advocaten. De achtergrond van deze regel, als beschreven in de toelichting bij de Verordening, is dat het vrijwel onmogelijk is om objectief vast te stellen of de dienstverlening door de ene advocaat beter is dan de dienstverlening door de andere advocaat. Bovendien kan vergelijkende reclame leiden tot ernstige verstoringen van de onderlinge verhoudingen. Op grond van art. 4 van de Verordening op de publiciteit mogen advocaten hun diensten niet actief telefonisch of in persoon aan potentiële cliënten aanbieden. Deze methoden van acquisitie zouden te weinig ruimte laten voor cliënten om tot een weloverwogen en zelfstandige beslissing te komen. Ook staat het advocaten niet vrij om succespercentages openbaar te maken. Art. 6 van de Verordening op de publiciteit verbiedt dit. Succespercentages of de uitkomst van zaken vormen geen eenduidige maatstaf voor de kwaliteit van de dienstverlening. Op grond van art. 8 mag een advocaat zijn tarieven niet vergelijken met de tarieven van andere aanbieders. Ook mag een advocaat geen minimumtarieven publiceren. Art. 12 van de Verordening op de publiciteit beperkt de mogelijkheid voor advocaten om in hun reclame-uitingen melding te maken van bepaalde nevenfuncties. De regel beoogt te vermijden dat bij het publiek de indruk zou ontstaan dat een advocaat extra invloed zou hebben bij

280 Zaak T-144/99, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau t. Commissie ("EPI-gedragscode"), *Jur.* 2001, II-1087, r.o. 89-100.

281 Zie NMa, *Inventarisatie vrije beroepen: advocatuur*, Den Haag: NMa oktober 2006, p. 33-36.

rechterlijke instanties. Op grond van regel 2 lid 2 van de Gedragsregels 1992 is het advocaten verboden om een beloning of een provisie te geven of te ontvangen voor het aanbrengen van opdrachten. Dit beperkt advocatenkantoren in hun acquisitiemogelijkheden.

Bij al deze regels dient men in het achterhoofd te houden dat het Burgerlijk Wetboek een aparte sectie kent over misleidende reclame. Art. 6:194-6:196 BW stellen een regime in waarin de gebruiker wordt beschermd tegen misleidende reclame.²⁸² Dit zou een reden kunnen zijn om de hierboven beschreven beroepsregels af te schaffen. Er is immers al een wettelijk regime van kracht om de ernstigste vormen van misleidende reclame tegen te gaan. Hiertegenover kan men aanvoeren dat een regeling uit het Burgerlijk Wetboek wellicht niet voldoende is als 'toezicht'-instrument om de publiciteitsuitingen van de beroepsgroep onder controle te houden. De rest van de Verordeningen en Gedragsregels kunnen immers ook niet zomaar aan de kant gezet worden met een beroep op bijvoorbeeld de onrechtmatigedaadsbepalingen van art. 6:162 BW. Ook een beroep op de open tuchtrechtelijke norm van 'gedrag zoals een goed advocaat betaamt' als controle-instrument ter vervanging van de bestaande publiciteitsregels²⁸³ overtuigt niet automatisch. Deze regel is gewoon te vaag om alle expliciete publiciteitsregels te vervangen en dan nog ten volle richting te geven, en zou voorts als nadeel met zich meebrengen dat het publiciteitsregime voor advocaten een louter casuïstisch gebeuren zou worden.

Hiermee is niet gezegd dat alle hierboven beschreven publiciteitsregels automatisch heilig zijn, en dat niet een aantal van deze regels zou kunnen verdwijnen wegens een gebrek aan daadwerkelijke meerwaarde voor de goede beroepsuitoefening. Welke van de boven beschreven regels zouden zeker afgeschaft kunnen worden, en welke voorschriften hebben voldoende merites om te kunnen blijven voortbestaan? Deze vraag komt in een mogelijke botsing met het mededingingsrecht uiteindelijk terug in de proportionaliteitsvraag: welke regels zijn nu daadwerkelijk geschikt, noodzakelijk en proportioneel om de doelen te bewerkstelligen waarvoor zij zijn uitgevaardigd?

Het verbod op vergelijkende reclame lijkt zeker een kern van waarheid in zich te dragen waar het gaat om de vergelijking van de kwaliteit van

282 Vgl. NMa, *Inventarisatie vrije beroepen. advocatuur*, Den Haag NMa oktober 2006, p. 33.

283 Vgl. NMa, *Inventarisatie vrije beroepen. advocatuur*, Den Haag NMa oktober 2006, p. 33

dienstverlening. Hierbij is het aanprijzen van de eigen advocatenpraktijk in algemene bewoordingen ("de beste van de stad") geen probleem, maar concrete vergelijkingen met andere advocatenkantoren zouden wel problematisch kunnen zijn, omdat de kwaliteit van dienstverlening heel moeilijk objectief is vast te stellen. Vergelijkende reclame op prijzen lijkt dan weer weinig problematisch, als de vergelijkingen maar eerlijk geschieden en rekening houden met prijswijzigingen bij de concurrent.

Het actief telefonisch of in persoon aanbieden van diensten is ook verboden. Normaliter doorstaat dit verbod een kritische toets van het hedendaags economisch leven niet. Consumenten moeten tegenwoordig mondig genoeg geacht worden om zich niet in de war te laten brengen door telefonische acquisitie. Echter, met de ervaring van alle telefonische terreuracties heden ten dage van verzekeraars, telefoniebedrijven en andere agressors lijkt dit verbod van de Orde van Advocaten juist een lichtend voorbeeld te zijn voor de wetgever.

Verder staat het advocaten niet vrij om succespercentages openbaar te maken. Dit is een goede regel van de Orde. Niet alleen vormen succespercentages of de uitkomst van zaken geen eenduidige maatstaf voor de kwaliteit van de dienstverlening van een advocaat, ook zouden dergelijke publicatiemogelijkheden advocaten uiteindelijk kunnen aanzetten tot het louter aannemen van zaken met een hoge succeskans. Ook het hanteren van (veel) hogere tarieven voor zaken met weinig kans op een succesvolle uitkomst zou aangewakkerd kunnen worden.

Een advocaat mag nog steeds zijn tarieven niet vergelijken met de tarieven van andere aanbieders. Ook mag een advocaat geen minimumtarieven publiceren. Dit is een onzinnig verbod. Advocaten moeten gewoon in staat zijn om hun tariefbreedte te publiceren, en evt. ook tariefvergelijkingen te maken met concurrenten. Hierbij moeten ze opletten dat hun vergelijkingen de waarheid geen geweld aandoen. Gebeurt dit wel, dan heeft de advocaat die een fout maakt in zijn prijsvergelijkingen een probleem. Eventueel zou de Orde haar publiciteitsregel omtrent tarieven in deze zin aan kunnen passen: geen onjuiste prijsvergelijkingen, anders dreigt er een sanctie. En ook: te publiceren minimumtarieven dienen een realistisch beeld te geven van de werkelijke kosten van juridische bijstand, anders dreigt een sanctie. De cliënt mag dus niet achteraf overvallen worden met een rekening die door allerlei verborgen posten sterk afwijkt van gepubliceerde tarieven of van vooraf gemaakte afspraken.

Advocaten mogen in hun reclame-uitingen bepaalde nevenfuncties niet vermelden. Dit verbod lijkt niet meer van deze tijd. Potentiële cliënten mogen geacht worden te begrijpen dat de aanwezigheid van bepaalde nevenfuncties bij een advocaat op zich nimmer doorslaggevend zal zijn in een rechtszaak.

Het verbod op het geven of ontvangen van een beloning of een provisie voor het aanbrengen van opdrachten zou weer wél hout kunnen snijden. De onafhankelijkheid van de advocaat en het belang van de cliënt dienen te allen tijde gewaarborgd te worden. Een soort 'handel' in zaken zou daaraan in de weg kunnen staan. Anderzijds kan men ook betogen dat de waarden van onafhankelijkheid en partijdigheid niet echt in gevaar komen bij een systeem van provisiebepalingen, als de advocaat zich maar houdt aan deze beginselen zodra hij inhoudelijk aan de slag gaat met de zaak.

3.2.3. *De reclamevoorschriften in het notariaat*

De traditionele zware reclamebeperkingen binnen het notariaat zijn inmiddels verleden tijd, al blijven er beperkingen in stand.²⁸⁴ Zo hanteert de KNB een verplichting tot het maken van objectieve reclame, beperkt zij notarissen in hun mogelijkheden tot het rechtstreeks benaderen van potentiële cliënten, en verbiedt zij de publicatie van minimumtarieven en het vermelden van bepaalde nevenfuncties.²⁸⁵ Ook verbiedt de KNB het toekennen van provisies door notarissen voor het verkrijgen van opdrachten.²⁸⁶ Dit zou de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris in gevaar brengen.

Voor dit rijtje regels geldt eigenlijk hetzelfde als voor de eerder behandelde publiciteits- en acquisitieregels van de advocatuur. Het commentaar dat ik daar heb geleverd is ook van toepassing op deze notariële voorschriften, en wordt dan ook niet herhaald in deze context.

De eis van het maken van objectieve reclame is wel erg algemeen gesteld en kent in die zin ook geen equivalent in de Gedragsregels voor de

284 Zie de Verordening beroeps- en gedragsregels van de KNB van 21 juni 2000, *Stcrt.* 2000, 182, nadien overigens nog enkele keren gewijzigd (geconsolideerde versie beschikbaar op <<http://www.notaris.nl/page.asp?id=415>>). Deze verordening is gebaseerd op art. 61 WNA. In de verordening zijn publiciteitsregels opgenomen, die de oude strikte regels vervangen. Reclame door de notaris is in het algemeen toegestaan, mits daarbij bepaalde voorwaarden in acht worden genomen. Zie hierover de considerans van de verordening, vlak boven de opsomming van twaalf punten.

285 Zie de Verordening op de beroeps- en gedragsregels van de KNB, art. 26-31.

286 Zie de Verordening op de beroeps- en gedragsregels van de KNB, art. 12 lid 2.

advocatuur.²⁸⁷ In de advocatuur gelden wel restricties ten aanzien van het maken van vergelijkende reclame. Deze lijken terecht waar het om kwaliteitsvergelijkingen tussen kantoren gaat. Waar algemene kwaliteitsaanprijzingen ("de beste juridische dienstverlening van het land") geen problemen opleveren, daar gaan concrete kwaliteitsvergelijkingen mank wegens een gebrek aan eenduidige kwaliteitsmaatstaven en goede meetinstrumenten.

De NMa heeft zich in haar inventarisatie van het notariaat kritisch uitgelaten over de bestaande publiciteits- en acquisitieregels.²⁸⁸ De KNB heeft beloofd de verplichting tot het maken van objectieve reclame te schrappen uit haar beroepsregels, evenals het verbod op het vermelden van nevenfuncties. Verder wordt het verbod op het rechtstreeks benaderen van potentiële cliënten gematigd.²⁸⁹

3.3. Exclusieve werkzaamheden

3.3.1. *De uitgangspunten van exclusiviteit en marktuitsluiting: gedwongen winkelnering*

Een vrije mededinging binnen advocatuur en notariaat kan ook belemmerd worden door de toedeling van exclusieve taken. Deze toedeling leidt tot gedwongen winkelnering, waarbij afnemers verplicht zijn om een dienst van een bepaalde groep vrijeberoepsbeoefenaren af te nemen. Potentiële concurrenten van deze juridische dienstverleners krijgen te maken met marktuitsluiting, één van de meest flagrante schendingen van het mededingingsrecht.

Kortom, (regels omtrent) exclusieve werkzaamheden belemmeren de vrije markt van dienstverlening aan de aanbodzijde, en kunnen daarmee ook de vraagzijde negatief beïnvloeden. Immers, hoe minder toetreders, hoe minder keuzemogelijkheden voor de consument.

287 De eis van objectieve reclame in deze algemene vorm is enigszins zonderling, omdat reclame-uitingen bijna altijd een subjectieve interpretatie geven van de werkelijkheid. Het lijkt dan ook onmogelijk voor een reclamemaker in het notariaat om aan deze algemene voorwaarde te voldoen. Meer specifieke voorschriften zijn wel mogelijk. Zo mag reclame niet misleidend zijn en dienen concrete kwaliteitsvergelijkingen achterwege te blijven in het notariaat daar ze niet goed meetbaar zijn.

288 Zie NMa, *Inventarisatie vrije beroepen: notariaat*, Den Haag: NMa 2006, p. 31-38.

289 Zie NMa, *Eindverslag inventarisatie vrije beroepen: notariaat* van de NMa, Den Haag: NMa mei 2007, p. 4. Bij afsluiting van het manuscript van dit boek was van een daadwerkelijke implementatie van deze voornemens door de KNB nog niets bekend.

3.3.2. Exclusieve werkzaamheden van advocaten

De belangrijkste vorm van exclusiviteit in de advocatuur is de figuur van de verplichte procesvertegenwoordiging. Deze figuur staat vooralsnog niet breed ter discussie, al vindt men wel degelijk hervormingsideeën terug in de literatuur.²⁹⁰

Naar aanleiding van het rapport van de werkgroep Cohen (de interdepartementale werkgroep domeinmonopolie advocatuur) uit 1995 heeft de wetgever een wijziging doorgevoerd in de restrictie van organisaties die advocaten in dienst mogen hebben. Mochten voorheen alleen advocatenkantoren emploten verlenen aan advocaten, sinds het einde van de jaren negentig is het ook aan andere organisaties toegestaan om zelf een advocaat in dienst te hebben.

Zo maken vakbonden, publieke lichamen als gemeenten en rechtsbijstandverzekeraars gebruik van de mogelijkheid om advocaten in loondienst te nemen. Het is niet zo dat alle organisaties zomaar advocaten in dienst mogen hebben. Centraal staat het parallelliteitscriterium: de belangen van de advocaat in loondienst en van zijn werkgever of diens leden moeten gelijk lopen. Op die manier wordt voorkomen dat een tegenstelling van belangen ontstaat, waardoor de advocaat niet meer onafhankelijk het partijbelang van zijn cliënt kan dienen. De werkgever van een advocaat in dienstbetrekking (niet zijnde een advocatenkantoor) dient verder ter eerbiediging van een onafhankelijke praktijkuitoefening door de advocaat in kwestie het Professioneel statuut voor de Advocaat in Dienstbetrekking te ondertekenen. Bij rechtsbijstandverzekeraars met advocaten in dienstbetrekking is het parallelliteitscriterium losgelaten, vandaar dat voor deze organisaties nog een aanvullende eis geldt.²⁹¹

Het gevaar bij een niet-advocatuurlijke organisatie is dat deze andere (al dan niet commerciële) kerndoelen nastreeft dan het voeren van een onafhankelijke en partijdige rechtspraktijk. De advocaat is als werknemer intern verantwoording schuldig aan zijn organisatie en kan in die zin gestuurd worden door een ander objectief dan het verlenen van onafhankelijke en partijdige bijstand in rechte.

Voorts dienen advocaten in loondienst bij een andere werkgever zich te houden aan de beroepsregels die gelden voor hun beroepsgenoten bij advocatenkantoren, met wie zij samen ingeschreven staan op het

290 Zie bijvoorbeeld Baarsma & De Jonge 2009

291 Zie Rapport Commissie advocatuur van 24 april 2006 P C E van Wijmen e a , *Een maatschappelijke Orde*, Den Haag Ministerie van Justitie 2006, p 41

tableau. Ze dienen de driejarige beroepsopleiding te (hebben) doorlopen, aan permanente opleidingsvereisten te voldoen en zich aan het tuchtrecht voor advocaten te houden. Er is in dit kader dus geen speciaal regime van kracht inzake procesvertegenwoordiging ten aanzien van advocaten in loondienst.

Op enige extra regels betreffende hun onafhankelijkheid na zorgt deze constructie voor een 'level playing field' van juridische dienstverleners met een procesbevoegdheid: zelfde opleidingsinvesteringen en permanente opleidingskosten, idem begeleidingseis van advocaat-stagiaires door een patroon, zelfde beroepscode. Terwijl juristen in dienst bij bijvoorbeeld rechtsbijstandverzekeraars op deze wijze toegang krijgen tot het procesmonopolie van advocaten (namelijk door zich zelf als advocaat te kwalificeren), ontstaan er niet twee verschillende groepen van procesvertegenwoordigers met ieder hun eigen set van beroepsregels.

Nu ook andere organisaties dan advocatenkantoren een advocaat in dienst mogen hebben, wordt de kring van exclusief gerechtigden tot procesvertegenwoordiging feitelijk verbreed.

Men ziet de laatste jaren overigens ook een tendens naar meer afscherming op het vlak van de procesvertegenwoordiging, met de ideeën over het instellen van een speciale cassatiebalie bij de Hoge Raad met specifieke eisen aan advocaten die cassatie instellen bij deze instantie.²⁹²

3.3.3. Exclusieve werkzaamheden van notarissen

Het notariaat kent de ministerieplicht²⁹³ en het domeinmonopolie (de verplichte notariële inschakeling).²⁹⁴ Denk bij dit laatste aan de vaste betrokkenheid van een notaris bij de verkoop van een huis.

292 Zie het advies van de door de minister van Justitie ingestelde Commissie Cassatie-Advocatuur: stel 'cassatiebalie' voor civiele zaken in, nieuwsbericht van 17 augustus 2004 en advies van 21 juni 2004 te vinden op <<http://gids.recht.nl/?nid=18404&RNLSSESSION=>>>. Zie ook E. Unger, 'Cassatiebalie', *Advocatenblad* 2006-13, p. 605. Bij afronding van dit boek was dit advies overigens (nog) niet in concrete wetgevingssadaden omgezet.

293 De ministerieplicht is een wettelijke plicht die betekent dat de notaris niemand zijn diensten mag weigeren, tenzij daar gegronde redenen voor zijn. Het gevolg is dat notariškantoren geen specialisaties kennen; alle kantoren moeten in principe alle diensten even goed kunnen verrichten.

294 Het domeinmonopolie betekent dat de wet de notaris een uitsluitende bevoegdheid toekent om bepaalde juridische handelingen te verrichten, waardoor er ten aanzien van de bij de wet opgedragen taken geen sprake kan zijn van concurrentie van buitenaf.

De ministerieplicht mag geen reden zijn voor onderlinge afspraken tussen notarissen (bijvoorbeeld betreffende een horizontale marktverdeling),²⁹⁵ maar zij vormt in combinatie met het domeinmonopolie in feite een takenpakket dat is afgeschermd voor concurrentie 'van buiten' (bijvoorbeeld door juristen die niet als notaris zijn gekwalificeerd).

Het ministerie van Economische zaken komt met de volgende wijzigingsvoorstellen ter vermindering van de exclusiviteit binnen het notariaat:²⁹⁶

- 1) De familiepraktijk²⁹⁷ en de bestuursoverdracht in het bijzonder onderwijs²⁹⁸ dienen uit het notarieel domeinmonopolie gehaald te worden.
- 2) De ministerieplicht dient geheel afgeschaft te worden.
- 3) Het verbod op het verrichten van handelingen buiten het eigen arrondissement dient afgeschaft te worden.

De auteurs van bovenstaande voorstellen laten overigens de mogelijkheid open dat, hoewel er economische gronden zijn om aan het nut van het alleenrecht van de notaris op de familiepraktijk te twijfelen, niet-economische gronden een argument kunnen vormen voor handhaving van het alleenrecht.²⁹⁹

Van Mourik heeft zijn gedachten laten gaan over afschaffing van de verplichte notariële tussenkomst in de transport- en hypotheeksfeer, mits is veiliggesteld dat de openbare registers op orde blijven.³⁰⁰ Transporten en

295 Zie Rechtbank Rotterdam 18 juni 2003, Mr. Linders e.a. t. NMa, LJN: AH9702, reg.nr. MEDED 01/601-RIP, r.o. 2.3.1.

296 Baarsma, Mulder & Teulings 2004, p. 71-73.

297 Onder de familiepraktijk valt bijvoorbeeld het maken van een testament of van huwelijks- en partnerschapsvoorwaarden.

298 In geval van een bestuursoverdracht in het onderwijs draagt een rechtspersoon de instandhouding van een school over aan een andere rechtspersoon. Ook in geval van een bestuurlijke fusie tussen scholen is sprake van een dergelijke overdracht.

299 Baarsma, Mulder & Teulings 2004, p. 72. De auteurs voeren herverdeling en paternalisme aan als niet-economische gronden. Dit laatste argument lijkt overigens niet zo sterk.

300 De verplichte tussenkomst van de notaris als voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van een rechtshandeling kent een formeel belang en een materieel belang. In het eerste geval denke men aan de wenselijkheid dat bijvoorbeeld de openbare registers op orde blijven en dat het bestaan van rechtspersonen niet aan twijfel onderhevig is. In het tweede geval aan het belang dat een samenleving heeft bij gedegen vastlegging van private afspraken en beschikkingen (het wilsaspect; de wilscntrole). Met de toekenning van executoriale kracht aan daarvoor in aanmerking komende akten wordt aan dit belang de ultieme consequentie verbonden. De 'Belehrung en Beratung' van de notaris heeft haar beslag binnen het tweede belang van zijn taak. De ervaring leert

hypotheken zouden voortaan behandeld kunnen worden als technische handelingen, verricht in goed overleg met functionarissen van het kadaster. Cliënten hoeven voor deze handelingen zelfs hun huis niet meer uit te komen. Hiertegenover bepleit Van Mourik de wenselijkheid van de inschakeling van de notaris in een vroeger stadium van het rechtsverkeer betreffende onroerende zaken, op het moment dat zijn 'Belehrung en Beratung' er nog daadwerkelijk toe doen. Met dit idee sluit de hoogleraar aan bij het reeds door de Commissie Hammerstein gelanceerde voorstel om de tussenkomst van de notaris wettelijk verplicht te stellen in de obligatoire fase van de koop van onroerend goed (de zgn. Amsterdamse praktijk).

Hij tekent bij bovenstaande gedachten wel aan dat louter afschaffing van de verplichte notariële tussenkomst in de transport- en hypotheek sfeer de bijl aan de wortel van het notariaat legt. Immers, liefst zeventig procent van de omzet wordt behaald door de transporten en de hypotheeken.³⁰¹

3.3.4. Wetswijzigingen betreffende exclusieve werkzaamheden en het mededingingsrecht

De beschreven wijzigingsvoorstellen richten zich op het wegnemen van marktbarrières en vergroten daarmee de potentiële concurrentie tussen leveranciers van juridische diensten. Zij zullen vanuit de hoek van het mededingingsrecht en het vrijverkeersrecht dan ook toegejuicht worden. Implementatie van de genoemde plannen is echter voor de meeste nog ver weg.

De voorstellen komen grotendeels neer op een aanpassing van bestaande formele overheidswetgeving. Hierdoor is positieve actie van de nationale wetgever onontbeerlijk om tot veranderingen te komen. Het communau-

volgens Van Mourik dat de klanten van de notaris in de transport- en hypotheeksector weinig enthousiasme aan de dag leggen voor de tussenkomst van de notaris. Voorts is het ietwat opmerkelijk dat een overeenkomst van geldlening ten bedrage van € 500.000 de tussenkomst van de notaris niet behoeft en de vestiging van een recht van hypotheek tot een bedrag van € 20.000 wel. De koop en levering van een BMW voor de prijs van € 100.000 kan bij de dealer worden gerealiseerd, de koop en levering van een strookje grond van € 10.000 niet. Een en ander wordt begrijpelijk met het oog op het formele belang van de notariële tussenkomst (de bijhouding der registers). Let men echter op het materiële belang (het wilsaspect), dan ontstaat de indruk dat geen brede visie ten grondslag ligt bij de keuzen van de gevallen waarin de tussenkomst van de notaris nodig is. Van Mourik heeft de indruk dat de 'Belehrung en Beratung' in staat van blindheid zijn vastgeplakt aan de gevallen waarin om formele redenen naar de notaris wordt verwezen.

301 Zie Houdijk 2006, p. 15-17.

taire mededingingsrecht mist het toepassingsbereik om deze aanpassing zelf af te dwingen.

Op vigerende overheidswetgeving inzake exclusieve werkzaamheden kunnen de nationale beroepsorganisaties eigenlijk niet aangesproken worden wegens een gebrek aan betrokkenheid bij de totstandbrenging van de regels. Voor de toepassing van het mededingingsrecht is dan geen aanknopingspunt te vinden.

De bestaande Nederlandse formele wetgeving zou wellicht wel onder vuur kunnen komen van het communautaire vrijverkeersrecht. Bij de toepassing van dit Europese rechtsgebied dient men in ieder geval de Verdragsrechtelijke en jurisprudentiële ('rule of reason'-gerelateerde) rechtvaardigingsgronden in het oog te houden. Aangezien het in de huidige wetgeving gaat om klassieke pijlers onder de (vermeende) goede werking van de beroepsgroep, en meer algemeen het juridische stelsel, wordt deze wetgeving niet zomaar aan de kant geschoven door het EG-recht.³⁰²

3.4. Voorschriften betreffende de zakelijke structuur en de eis van een onafhankelijke beroepsuitoefening

3.4.1. Uitgangspunten achter en doelstellingen van structuurregels

De advocatuurlijke en notariële beroepsorganisaties hebben ieder hun eigen regelgeving betreffende de zakelijke structuur van advocaten- en notarispraktijken. Niet zomaar iedere zakelijke structuur of samenwerkingsverband is toegestaan. Belangrijk is dat de structuur van de organisatie niet in de weg staat aan de navolging van beroepswaarden als onafhankelijkheid en integriteit. Deze waarden zouden bijvoorbeeld in gevaar kunnen komen indien een advocaat of notaris in één bedrijf samenwerkt met een dienstverlener die zich aan beroepsnormen houdt die contrair zijn aan de advocatuurlijke of notariële beroepsregels.

302 Een uitzondering vormt wellicht de nationaliteitseis voor notarissen, die voorschrijft dat de toegang tot het ambt van notaris voorbehouden is aan personen met de nationaliteit van de lidstaat van vestiging. De Commissie heeft de jacht op deze regel ingezet. De Nederlandse variant van deze bepaling (art. 6 lid 1 WNA) staat overigens sowieso op de nominatie om te verdwijnen. Zie over dit onderwerp Paragraaf 1.3.2. van dit hoofdstuk.

3.4.2. Structuurvoorschriften in de advocatuur

Wouters

In de *Wouters*-zaak stond een samenwerkingsverband tussen advocaten en accountants op het spel. De Nederlandse Orde van Advocaten verbood een dergelijke samenwerking om de onafhankelijkheid en partijdigheid van de advocaat³⁰³ niet in gevaar te laten komen.³⁰⁴ Het samenwerkingsverbod tussen genoemde beroepsgroepen vormde een mededingingsbeperking omdat het de economische integratie van de twee groepen in de weg stond. Vanuit economisch oogpunt is een al te versplinterde sector niet goed – dit in tegenstelling tot het andere uiterste van een door fusies volledig geconcentreerd bedrijfsveld. Het samenwerkingsverbod had, in een steeds sterker internationaliserende beroepsgroep, tevens een negatieve invloed op de tussenstaatse handel. Vandaar dat het Hof van Justitie het communautaire kartelverbod in principe van toepassing achtte.

Toch besliste het Hof om het samenwerkingsverbod van de Orde van Advocaten niet te verbieden onder art. 81 lid 1 EG. Het Hof voerde aan dat niettegenstaande de uit de verordening voortvloeiende mededingingsbeperkingen, de Orde zich redelijkerwijze op het standpunt mocht stellen dat de betreffende regeling noodzakelijk is voor een goede beroepsuitoefening.³⁰⁵ Kortom, het Hof accepteerde een rechtvaardigingsgrond van de kant van de Orde. Het verbod op een samenwerkingsverband tussen advocaten en accountants was daarmee houdbaar onder het (communautaire) mededingingsrecht.

Het is niet vreemd dat het Hof een mededingingsbeperking laat passeren op het vlak van de zakelijke structuur, aangezien op dit terrein een aantal

303 De uitgangspunten van onafhankelijkheid en partijdigheid lijken elkaar enigszins te bijten, en een zekere spanning tussen beide is dan ook onvermijdelijk. Het gaat daarbij vooral om de vraag hoe ver een advocaat precies mag gaan om aan de wensen van zijn client gevolg te geven en voor diens zaak op te komen. Onafhankelijkheid betekent dat de advocaat in de uitoefening van zijn beroep zijn eigen professionele standaard en verantwoordelijkheid hanteert, zonder beïnvloeding van buitenaf. Onafhankelijkheid geldt zowel ten aanzien van de overheid als ten opzichte van de rechtzoekende. Partijdigheid betekent dat het belang van de client, en niet enig eigen belang van de advocaat, bepalend is voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behandelen. Een belangenverstrengeling tussen advocaat en client is in feite onder beide beginselen verboden. Zie de Gedragsregels voor advocaten 1992, Regel 2 lid 1 (met Toelichting) en Regel 5.

304 Art. 4^o art. 6, noot 10, van de Samenwerkingsverordening 1993 van 23 september 1993, *Stcrt.* 1993, 193, laatstelijk gewijzigd bij verordening van 14 september 2001, *Stcrt.* 2002, 169.

305 Zaak C-309/99, *Wouters*, r.o. 110.

goede argumenten zijn te vinden voor bepaalde deontologische regels. Het is de vraag of het Hof bij andersoortige mededingingsbeperkingen even 'marginaal' had getoetst. Men kan zich voorstellen dat prijsafspraken over vaste tarieven op minder clementie kunnen rekenen dan een goed gemotiveerd verbod op een samenwerkingsverband tussen advocaten en een specifieke andere groep van beroepsbeoefenaars met een sterk afwijkende beroepsleer.

Drost

Ook de NMa heeft zich beziggehouden met een conflict tussen de Nederlandse Orde van Advocaten en een juridisch dienstverlener over diens zakelijke structuur. In de *Drost*-zaak stond een rechtskundig adviseur centraal die zich had gespecialiseerd op de gebieden letselschade, arbeidsrecht en sociaal verzekeringsrecht, maar zelf geen advocaat was. Deze juridisch dienstverlener wilde een samenwerkingsverband aangaan met advocaten, advocaten in dienstbetrekking nemen en een advocatenpraktijkrechtspersoon opzetten. De beroepsregels van de NOvA staan niet toe dat een niet-advocaat de aandelen beheert van een praktijkvennootschap waarin advocaten werkzaam zijn (tenzij het gaat om een beoefenaar van een door de NOvA toegelaten vrij beroep),³⁰⁶ advocaten in loondienst neemt die binnen hun dienstbetrekking niet uitsluitend optreden voor hun werkgever (tenzij de werkgever behoort tot een speciaal geselecteerde categorie),³⁰⁷ en een samenwerkingsverband met advocaten aangaat (tenzij hij behoort tot een door de NOvA erkende beroepsgroep waarmee advocaten een samenwerkingsverband mogen aangaan).³⁰⁸ De categorie van rechtskundig adviseurs behoort niet tot de bovenvermelde uitzonderingsgevallen waarvoor de Orde de poort naar de advocatenberoepsgroep heeft opengezet. Dit is op zich opvallend, omdat rechtskundig adviseurs een rol vervullen die voor een groot deel vergelijkbaar is met die van advocaten. Zo vallen rechtskundig adviseurs onder het tuchtrecht van de Nederlandse Vereniging van Rechtskundig Adviseurs (NVRA), zijn zij verplicht om belangenconflicten te vermijden en ook verplicht tot geheimhouding. Rechtskundig adviseurs hebben alleen geen wettelijk verschoningsrecht zoals advocaten. Of dit laatste nu een dermate groot verschil teweeg brengt in de rol die beide beroepsgroepen vervullen in de markt van juri-

306 Zie de Verordening op de Praktijkrechtspersoon (Verordening van 27 november 1996, *Stcrt* 1996, 241 – verscheidene malen gewijzigd), vooral art 3, 4, 6 en 7

307 Zie de Verordening op de Praktijkuitoefening in Dienstbetrekking (Verordening van 27 november 1996, *Stcrt* 1996, 239 – verscheidene malen gewijzigd), vooral art 3

308 Zie de Samenwerkingsverordening 1993 (Verordening van 23 september 1993, *Stcrt* 1993, 193 – verscheidene malen gewijzigd), vooral art 4, 5 en 6

dische bijstand en dienstverlening om samenwerking of een andere vorm van integratie tussen beide beroepsgroepen te verbieden, is de vraag.

Drost vroeg toestemming aan de NOvA voor het doorvoeren van bovengenoemde zakelijke stappen, maar de NOvA besliste op basis van de vigerende verordeningen negatief op zijn verzoek. Drost diende een klacht in bij de NMa, omdat hij voornoemde regels uit de Verordeningen van de NOvA in strijd achtte met de Mededingingswet (namelijk art. 6 en 24 Mw).

De NMa wees de klacht uiteindelijk af op basis van haar prioriteringsbeleid, en gaf aan het doelmatiger te vinden om haar in 2004 aangevangen inventarisatie naar de mededingingsbeperkingen in de advocatuur af te ronden. De onderwerpen waar Drost over klaagde zouden dan een plaats krijgen in deze consultatie.³⁰⁹ Hiermee heeft de NMa zich uit een lastig handhavingparket gered: een handhavend optreden had ongetwijfeld tot een hoop trammelant geleid met de Orde van Advocaten en wellicht ook de minister van Justitie. De weg van de inventarisatie lijkt verder ook productiever (en inderdaad: doeltreffender), omdat de zaak niet op de spits gedreven wordt en in nauw overleg met de beroepsorganisatie en belanghebbenden een goede balans wordt gezocht op een groter aantal punten van beroepsregelgeving.

Blijft over de vraag of de regel van de Orde puur mededingingsrechtelijk gezien nu wel of niet door de beugel kan. Deze vraag lijkt negatief beantwoord te kunnen worden.

In de zaak stond een inbreuk centraal op zowel art. 6 Mw als art. 24 Mw. Art. 24 Mw kon niet overtreden worden door de Orde omdat zij (in de analyse van de NMa) geen onderneming vormt in de zin van het mededingingsrecht, noch een in een collectief samenwerkende verzameling van ondernemingen. De Orde oefent immers zelf geen economische activiteiten uit, en de in de NOvA verenigde advocaten zijn te heterogeen om aan te nemen dat zij samen (via de Orde) een collectieve machtspositie innemen.³¹⁰ Kortom: de Orde is een typische *ondernemersvereniging*, en die wordt niet genoemd onder de overtreders in art. 24 Mw.

Het prioriteringsbeleid van de NMa speelde dus vooral een rol bij de toepassing van art. 6 Mw, aangezien de applicatie van art. 24 Mw eigenlijk bij voorbaat al strandde op het ondernemingscriterium. Vanuit

309 NMa-besluit op bezwaar, 20 december 2006, Drost vs. Nederlandse Orde van Advocaten, zaaknr. 1627/55, randnr. 48.

310 Zie NMa-besluit op bezwaar, 20 december 2006, Drost vs. Nederlandse Orde van Advocaten, zaaknr. 1627/55, randnr. 50.

haar discretionaire bevoegdheid besloot de NMa om zich in deze zaak inhoudelijk verder niet uit te laten over art. 6 Mw. Had de NMa dit wel gedaan, dan had zij dit artikel waarschijnlijk niet geschonden geacht in de voorliggende situatie.

De regel van de Orde dat niet-advocaten geen aandelen van een advocatenvennootschap mogen bezitten, noch in een eenvormige structuur mogen samenwerken met advocaten of advocaten in loondienst mogen hebben, heeft zeker mededingingsbelemmerende gevolgen. Zo beperkt deze regel bedrijven in hun mogelijkheden tot fusies en overnames. Het is dan de vraag of een goed beargumenteerde redenering ter ondersteuning van de geschiktheid, noodzaak en proportionaliteit van deze regel, die ongetwijfeld als doel heeft de onafhankelijkheid en goede beroepsuitoefening door de advocaat te waarborgen, een (al dan niet als marginaal te bestempelen) toetsing zal overleven. Een vergelijking met de *Wouters*-zaak ligt voor de hand.

Een vergelijking tussen 'Wouters' en 'Drost'

Het type beroepsregel dat centraal staat in *Drost* kent qua categorie en qua doelstelling sterke overeenkomsten met het samenwerkingsverbod dat centraal stond in *Wouters*. Beide casus hebben betrekking op voorschriften betreffende de zakelijke structuur van een advocatenkantoor. In beide casus staan voorschriften centraal die tot doel hebben de onafhankelijkheid en de vrijheid van beroepsuitoefening van de advocaat te waarborgen, evenals de behartiging van het partijbelang en de daarmee samenhangende vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt. De conclusie lijkt dan snel getrokken: aangezien de structuurregels in *Wouters* de beoordeling van het Hof van Justitie overleefden, is het waarschijnlijk dat ook de structuurregels in *Drost* dat zouden doen.

Toch zijn er ook inhoudelijke verschillen tussen de *Wouters*-zaak en de *Drost*-casus, vooral wat betreft het karakter van de beroepsgroep waarmee advocaten zouden (gaan) samenwerken. Het verschil tussen accountants en rechtskundig adviseurs is dat accountants (deels) een controlerende publieke taak hebben (die aan het partijbelang in de weg kan staan), en rechtskundig adviseurs louter een adviserende taak. Dit maakt dat rechtskundig adviseurs wat betreft de inhoud van hun werk en de opstelling richting cliënten veel dichterbij advocaten staan dan accountants.

Zowel op het punt van de onafhankelijkheid als op het punt van de partijdigheid lijken de (uitgangs)posities van advocaten en rechtskundig adviseurs overeen te komen. Dit neemt niet weg dat er wel verschillen zijn in vooral wettelijke bevoegdheden. Zo is de onafhankelijkheid van advocaten

nog iets sterker omdat deze groep een wettelijk verschoningsrecht heeft. Ook hebben advocaten een exclusieve procesvertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte, waardoor ze meer mogelijkheden hebben om voor het belang van hun cliënt op te komen. Verder zullen er ongetwijfeld verschillen bestaan tussen het tuchtrecht van de NOvA enerzijds en van de NVRA anderzijds, al is het alleen maar omdat de tuchtrechtspraak van de NOvA een grotere historie heeft en dus meer in jurisprudentie uitgewerkte normen kent.

Of deze punten van verschil een voldoende argument opleveren om samenwerking of een andere vorm van integratie tussen beide beroepsgroepen tegen te houden, is de vraag. Ik neig naar de stelling dat de rollen die beide beroepsgroepen vervullen in de markt van juridische bijstand en dienstverlening zo zeer op elkaar lijken, dat ondanks de ook bestaande verschillen in beroepsvoorschriften samenwerking of exploitatie van een gezamenlijke rechtspraktijk wel mogelijk is. Hierbij is van groot belang dat de Orde samenwerking en andere vormen van integratie tussen advocaten en andere vrijeberoepsgroepen niet categorisch uitsluit. Zo mogen advocaten en notarissen gewoon samenwerken en binnen één rechtspersoon opereren. Dit terwijl beide beroepsgroepen toch ook elk hun eigen beroepsdeontologie kennen, met alle verschillen die daarbij horen. Indien notarissen binnen het bereik van samenwerking met advocaten vallen, is niet in te zien waarom rechtskundig adviseurs daarbuiten vallen. Wel moet in geval van samenwerking of gezamenlijke exploitatie van een rechtspersoon volstrekt duidelijk zijn voor de cliëntèle welke personen welke functie bekleden. Het mag niet zo zijn dat bij het publiek de schijn wordt gewekt dat een rechtskundig adviseur advocaat is. Voorts is speciale aandacht geëigend op het punt van de voorlichting van cliënten dat hun dienstverlener in geval van een rechtskundig adviseur geen wettelijk verschoningsrecht heeft. De consequenties van deze omstandigheid moeten cliënten helder zijn.

3.4.3. *Structuurvoorschriften in het notariaat*

Ook voor het notariaat kunnen beperkingen gesteld worden aan de mogelijkheid om samenwerkingsverbanden³¹¹ aan te gaan met beoefenaars van

311 Het gaat hier dan om een samenwerkingsverband in de volgende zin: "(...) iedere samenwerking met een beoefenaar van een ander beroep dan notaris waaraan een of meer notarissen deelnemen dan wel een verband van notarissen deelneemt en waarbij de deelnemers geheel of gedeeltelijk voor gezamenlijke rekening en risico praktijk uitoefenen of zeggenschap over bedrijfsvoering met elkaar delen;" Zie art. 1 sub a Verordening interdisciplinaire samenwerking 2003, verordening van de KNB van 18 juni 2003, *Stcrt.* 2003, 185, goedgekeurd door de minister van Justitie bij brief van

een ander beroep. De notaris mag geen samenwerkingsverband aangaan met leden van een andere beroepsgroep, indien daardoor zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid wordt beïnvloed.³¹² De Verordening interdisciplinaire samenwerking 2003 van de KNB regelt dit nader, en schrijft voor dat de notaris alleen een samenwerkingsverband aan mag gaan met advocaten en belastingadviseurs.³¹³ Ook hier vallen de accountants dus buiten de boot, evenals de rechtskundig adviseurs. Bij de adviseurs heeft kennelijk niet iedere beroepsgroep dezelfde rechten wanneer het gaat om samenwerking met het notariaat.

De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris staan overigens wettelijk gezien buiten kijf als grondslagen van het notariaat.³¹⁴ Deze uitgangspunten worden verder grotendeels met rust gelaten door de vrijemarktdenkers, al zijn er wel plannen voor het instellen van de optie van een notaris in loondienst van een andere notaris.³¹⁵ Ook de samenwerkingsverboden binnen het notariaat zouden in de toekomst nog onderwerp van hervormingsplannen kunnen zijn, afhankelijk ook van ontwikkelingen binnen andere beroepsgroepen.

3.5. Het verbod op 'no cure, no pay'

3.5.1. *De uitgangspunten achter de betalingsvormen van 'no cure, no pay' en 'quota pars litis'*

In de advocatuur komen een aantal betalingsvormen voor. Onder deze methoden bevinden zich het vergoedingsprincipe van 'no cure, no pay' en het beginsel van 'quota pars litis'. Betaling van een advocaat door een cliënt op basis van 'no cure, no pay' houdt in dat honoraria slechts bij het behalen van een vooraf bepaald resultaat in rekening worden gebracht. Zo

18 september 2003. Andere soorten samenwerking tussen notarissen en andere beroepsbeoefenaren vallen buiten de werking van genoemde Verordening, en zijn dus sowieso niet verboden onder deze regeling.

312 Art. 18 WNA.

313 Art. 2 Verordening interdisciplinaire samenwerking 2003, verordening van de KNB van 18 juni 2003, *Stcrt.* 2003, 185, goedgekeurd door de minister van Justitie bij brief van 18 september 2003.

314 Zie art. 17 lid 1 WNA.

315 Deze mogelijkheid wordt nu nog geblokkeerd door art. 17 lid 2 WNA, teneinde de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris te waarborgen. Zie voor de hervormingsvoorstellen waarin de optie van een notaris in loondienst van een andere notaris naar voren komt: Plug e.a. 2003, p. 12 en 109; Baarsma, Mulder & Teulings 2004, p. 73. Zie verder het conceptwetsvoorstel 'Wet notaris in dienstbetrekking' van het ministerie van Justitie, beschikbaar op <http://www.justitie.nl/Images/Wetsvoorstel%20nid%20consultatie.2_tcm74-37939.doc>.

zouden cliënt en advocaat kunnen afspreken dat betaling alleen plaats vindt indien de zaak in kwestie winnend wordt afgesloten en de rechter een bepaalde schadevergoeding toekent aan cliënt. Betaling op basis van 'quota pars litis' betekent dat de advocaat zijn vergoeding declareert als een vooraf overeengekomen deel van de waarde van het te behalen resultaat. Zo kan de honorering van de advocaat vorm krijgen in een bepaald percentage van de aan cliënt toegekende schadevergoeding.

'No cure, no pay' en 'quota pars litis' verschillen in werkwijze, maar beide honoreringsmethoden hebben wel een gemeenschappelijk uitgangspunt: indien de advocaat de zaak van zijn cliënt verliest, kan hij fluiten naar zijn vergoeding.³¹⁶ De betalingsmethode van 'no cure, no pay' is het meest in zwang, en staat over het algemeen centraal in de discussie. Toch gaat hetgeen over dit principe wordt opgemerkt over het algemeen evenzo op voor het beginsel van 'quota pars litis', voor zover dit laatste principe tenminste geldt als exclusieve beloningsmethode in de overeenkomst tussen advocaat en cliënt.

Ook het Nederlandse notariaat kent een (absoluut) verbod op 'no cure, no pay' en (andersoortige) resultaatgerelateerde beloning.³¹⁷ Ondanks de bezwaren die de NMa naar voren heeft gebracht tegen dit verbod van de KNB,³¹⁸ neemt het een minder belangrijke plaats in binnen het notariaat dan binnen de advocatuur. Immers, de klassieke werkzaamheden van een notaris bestaan (al) uit een resultaatsverbintenis: het werk zit in het opmaken van een akte en het (verdere) resultaat is niet afhankelijk van de uitkomst van een gerechtelijke procedure. Het is onzinnig om de betaling van het verlijden van een authentieke akte te baseren op het 'no cure, no pay'-beginsel. Wellicht dat dit beloningsprincipe wel een rol zou kunnen spelen bij bepaalde niet-ambtelijke (buitenwettelijke) werkzaamheden van de notaris.³¹⁹ Tot dezelfde verhitte discussies als het 'no cure, no pay'-verbod

316 Hierbij definieer ik 'quota pars litis' als een beloningsmethode die *louter* uitgaat van betaling op basis van een deel van de uiteindelijke winst. Indien een advocaat een vast uurtarief in rekening brengt, en daarnaast afspraken maakt met zijn cliënt omtrent een 'bonus' in geval van winst van de zaak, zou men deze laatste afspraak ook kunnen kenschetsen als een 'quota pars litis'-beding. In mijn verdere betoog ga ik echter uit van het 'quota pars litis'-beginsel als enige betalingsmethode in de overeenkomst tussen advocaat en cliënt. Zie verder over dit onderwerp Faure, Hartlief & Philipsen 2006, p. 28-31.

317 Zie art. 12 lid 3 van de Verordening beroeps- en gedragsregels van de KNB van 21 juni 2000, *Stcrt.* 2000, 182 (nadien meermalen gewijzigd), geconsolideerde versie beschikbaar op <<http://www.notaris.nl/page.asp?id=415>>.

318 Zie NMa, *Eindverslag inventarisatie vrije beroepen: notariaat* van de NMa, Den Haag: NMa mei 2007, p. 5 en 6.

319 Denk hierbij aan het geven van juridische adviezen, die niet samenhangen met een gegeven opdracht tot het verlijden van een authentieke akte, noch met een andere

binnen de advocatuur heeft de notariële variant echter niet geleid in Nederland. Vandaar dat de advocatuur centraal staat bij de behandeling van de Nederlandse verwickelingen rond dit onderwerp. De kernpunten uit dit betoog gelden *grosso modo* echter ook het notariaat.

3.5.2. De Europese rechtspraak en beschikkingspraktijk over het verbod op 'no cure, no pay'

Uitgebreide Europese jurisprudentie over het verbod op 'no cure, no pay' is er vooralsnog niet. Advocaat-Generaal Poiares Maduro heeft de toelating van 'no cure, no pay'-honoraria aangeroerd in zijn conclusie bij het *Cipolla-Macrino*-arrest. De A-G is voorstander van een dergelijke introductie. Hij voert aan dat er geen verband bestaat tussen een lagere kwaliteit van dienstverlening en de toelating van 'no cure, no pay'-honoraria. Bovendien kan het 'no cure, no pay'-honoreringssysteem in zijn ogen de toegang tot de rechter bevorderen.³²⁰

De Commissie staat juist weer meer open voor een 'no cure, no pay'-verbod. Zo achtte de Commissie in de *EPI*-zaak een 'no cure, no pay'-verbod van het Instituut van erkende gemachtigden bij het Octrooibureau ('EPI' genaamd) voor octrooigemachtigden gerechtvaardigd, teneinde de onpartijdigheid van de gemachtigden te garanderen en het doelmatig functioneren van het Europees Octrooibureau zeker te stellen.³²¹ In de procedure voor het Gerecht van Eerste Aanleg³²² kwam dit punt verder niet meer aan de orde.

A-G Poiares Maduro mag dan een voorstander zijn van de mogelijkheid van honorering op basis van 'no cure, no pay', de nationale beroepsorganisaties, maar vooral ook de wetgevers in de lidstaten, denken daar vaak anders over. In een aantal lidstaten van de Gemeenschap is betaling van

in de wet aan de notaris opgedragen werkzaamheid. Zie NMa, *Eindverslag inventarisatie vrije beroepen notariaat* van de NMa, Den Haag NMa mei 2007, p. 5

320 Conclusie A-G Poiares Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 94

321 Met het verbod wordt bewerkstelligd dat de kwaliteiten van het octrooi of van de oppositie daartegen de enige (en juiste) basis vormen voor procedures bij het Octrooibureau. Zie Commissiebeschikking 1999/267/EG, *EPI-gedragscode*, *Pb.* 1999, L 106/14, par. 35

322 GvEA 28 maart 2001, zaak T-144/99, *Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau t. Commissie ("EPI-gedragscode")*, *Jur.* 2001, II-1087

een advocaat op basis van 'no cure, no pay' en 'quota pars litis' bij wet verboden of in ieder geval nader gereguleerd.³²³

3.5.3. De Nederlandse beschikkingspraktijk over het verbod op 'no cure, no pay'

In Nederland heeft de NOvA een algemeen 'no cure, no pay'-verbod en een daaraan verwant 'quota pars litis'-verbod neergelegd in art. 25 van de Gedragsregels voor advocaten 1992 en in art. 2 van de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning).³²⁴ Samen voorzagen zij in een verbod op *contingency fees*.³²⁵

In de *Engelgeer*-zaak³²⁶ trad de NMa op tegen het 'no cure, no pay'-verbod van de Orde van Advocaten. Uiteindelijk constateerde de NMa strijdigheid van dit verbod met het Nederlandse mededingingsrecht voor wat betreft de behandeling van letselschadezaken, maar besliste zij ook om geen boete of last onder dwangsom op te leggen. De NMa oordeelde dat art. 16 Mw (oud) uiteindelijk van toepassing zou zijn op een verordening van de Orde van Advocaten over dit onderwerp, en aldus wat betreft het Nederlandse mededingingsrecht de strijdigheid aan de regeling zou ontnemen.³²⁷

323 Er zijn ook lidstaten waar vormen van resultaatgerelateerd belonen wél zijn toegestaan. Zie voor een overzicht van de bestaande beloningssystemen in een aantal lidstaten van de EG: Faure, Hartlief & Philipsen 2006.

324 Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning), inw. tr. 2 juli 2002 (besluit AR 1 juli 2002), *Stcrt.* 4 juli 2002, 125, gerechtsceerd *Stcrt.* 9 juli 2002, 128. Hierbij dient aangetekend te worden dat het 'quota pars litis'-verbod uit genoemde bepalingen in de tuchtspraak enigszins gematigd is. Zie nader hierover Faure, Hartlief & Philipsen 2006, p. 28-31.

325 Vgl. Faure, Hartlief & Philipsen 2006, p. 26-28.

326 Besluit van de d-g NMa, 21 februari 2002, zaaknr. 560, *Engelgeer t. Nederlandse Orde van Advocaten*, zie ook Besluit op bezwaar van de d-g NMa, 5 november 2003, zaaknr. 3447, *Engelgeer-vlod*.

327 Art. 16 Mw oud (de collisiebepaling) bevatte een tijdelijke vrijstelling van het kartelverbod van art. 6 Mw voor overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds op grond van een andere wet aan toezicht waren onderworpen of op grond van een wettelijke verplichting tot stand waren gekomen. Uiteraard was art. 16 Mw ook van toepassing ten aanzien van de verordeningen van de Orde van Advocaten, aangezien deze onderworpen zijn aan repressief toezicht van de minister van Justitie. Art. 16 Mw is inmiddels afgeschaft. Met het verwijderen van art. 16 Mw wilde het kabinet voorkomen dat bepaalde gedragingen buiten het nationale mededingingsrecht zouden vallen, maar binnen het Europese mededingingsrecht. Bovendien wilde men hiermee de toezichthouders in verscheidene sectoren dwingen het mededingingsrecht goed in acht te nemen.

De Orde van Advocaten heeft enkele jaren na deze zaak een verordening opgesteld voor een beperkte introductie van het 'no cure, no pay'-systeem. Het ging om een experiment met deze vorm van betaling voor letselschadeadvocaten voor vijf jaar. De minister van Justitie heeft vervolgens gebruik gemaakt van zijn vernietigingsbevoegdheid op basis van de Advocatenwet³²⁸ om deze verordening definitief ongedaan te maken.³²⁹

Argumenten van de minister van Justitie, gericht tegen het beloningsprincipe van 'no cure, no pay', luiden (geparafraseerd) als volgt: het beginsel ontnemt de grondslag aan de onafhankelijke positie van de advocaat; het zet het vertrouwen tussen advocaat en cliënt onder druk; het brengt belangen in het spel die niets van doen hebben met een behoorlijke rechtsbedeling; het zet advocaten aan tot het niet aannemen van zwakke zaken; het brengt 'overall' een stijging van het aandeel van de advocaat in de opbrengst van zaken teweeg ten koste van het aandeel van de cliënt; het brengt het gevaar met zich mee van risicoloos procederen met een 'niet geschoten is altijd mis'-mentaliteit;³³⁰ het leidt tot een toename van de bedrijfsrisico's van de advocaat die open staat voor het verlenen van juridische bijstand in 'zwakke' zaken; het leidt tot een claimcultuur.³³¹

Uiteraard zijn niet alle bezwaren even goed ontvangen in de literatuur, en is ook een reeks argumenten te bedenken tegen het vernietigingsbesluit van de minister en dus vóór invoering van 'no cure, no pay' in de advocatuur.³³² Zo kan men zeggen dat de minister weinig oog heeft voor de processuele positie van de gelaedeerde, die vaak op moet boksen tegen een grote verzekeringsmaatschappij. Ook onderschat de minister wellicht de

328 Zie voor een korte uitleg van deze bevoegdheid Paragraaf 1.2 van dit hoofdstuk

329 Koninklijk Besluit van 9 maart 2005, *Stb.* 2005, 123.

330 De minister voert aan dat de wederpartij er recht op heeft dat hij niet lichtvaardig in rechte wordt betrokken. Een ander element is het kwaliteitsaspect van de juridische dienstverlening, dat ook zijn weerslag kan hebben op het functioneren van de rechterlijke macht. Een risico dat op de loer ligt bij 'no cure, no pay', is dat de kwaliteit van het juridisch optreden van de advocaat in een procedure gaat verschillen naar gelang zijn eigen inschatting van de succeschansen van een zaak. Bij zaken met een beperkt perspectief besluit de advocaat dan niet om af te zien van het opstarten van een procedure, maar waagt hij een kans onder de noemer 'niet geschoten is altijd mis'. De kans lijkt in dat geval niet denkbeeldig dat de betreffende advocaat een zaak aanspant zonder daar inhoudelijk echt de verantwoordelijkheid voor te nemen en er voldoende tijd in te steken. De rechter krijgt vervolgens een gemankeerd en ongeordend dossier op zijn bureau van twijfelachtig juridisch niveau, en moet zelf maar uitzoeken wat hij precies gaat doen met de eis.

331 Zie de 'Overwegingen' nr. 2-8 van het Vernietigingsbesluit (Koninklijk Besluit van 9 maart 2005, *Stb.* 2005, 123).

332 Zie bijvoorbeeld De Jong 2005, p. 631-633. Zie verder Ten Have & Mulder 2007, p. 440-444.

voordelen van het 'no cure, no pay'-beginsel als prikkel voor de advocaat om zijn procesvoering zo efficiënt mogelijk te organiseren: de cliënt hoeft bij 'no cure, no pay' in ieder geval niet bang te zijn voor een advocaat die maar declarabele uren blijft maken.

Het punt bij 'no cure, no pay' is natuurlijk dat de status van dit beginsel niet eenduidig is: er zijn zowel goede argumenten vóór als prima redenen tégen te bedenken. De minister heeft in ieder geval een aanzienlijk aantal bezwaren opgeworpen in zijn strijd tegen het 'no cure, no pay'-beginsel, waarvan een gedeelte wel degelijk hout lijkt te snijden. De beslissing of de nadelen de voordelen uiteindelijk te boven gaan, of andersom, heeft iets weg van een Salomonsoordeel. Nader onderzoek in de toekomst zou meer duidelijkheid kunnen scheppen over de daadwerkelijke negatieve en positieve gevolgen van 'no cure, no pay'.³³³

Opmerkelijk is dat de beroepsgroep zelf via haar beroepsorganisatie een stap in de richting van verdergaande liberalisering heeft gedaan met het opzetten van het 'no cure, no pay'-experiment, maar de minister deze verandering uiteindelijk tegenhield. Hieruit blijkt dat het niet altijd de beroepsorganisaties zelf zijn die automatisch hun vakgebied afschermen voor iedere vernieuwing. Soms staan zij juist open voor een verdere doorvoering van concurrentiemogelijkheden in hun beroepssector.

De NMa is desniettemin opnieuw een procedure gestart tegen de Orde wegens instandhouding van het verbod op 'no cure, no pay'.³³⁴ Het eigenaardige van deze situatie was dat de NMa optrad tegen een ondernemersvereniging die zelf met een regeling was gekomen om meer marktwerking te introduceren op het vlak van betalingsmodaliteiten voor advocaten. Het is vervolgens de minister geweest die deze regeling heeft tegengehouden.

Probleem voor de NMa was dat zij in casu niet de mogelijkheid had om direct op te treden tegen de minister wegens een inbreuk op het EG-mededingingsrecht. In de huidige stand van de rechtspraak en literatuur lijkt de NMa niet bevoegd te zijn om op basis van art. 88 Mw de 'effet

333 Voortbordurend op eerdere onderzoek naar resultaatgerelateerde beloningssystemen voor advocaten, zoals Faure, Hartlief & Philipsen 2006.

334 Zie Persbericht 05-06 van de NMa van 4 maart 2005, NMa maakt rapport op over verbod 'no cure no pay', op <http://www.nmanet.nl/nederlands/home/actueel/nieuws_persberichten/persberichten/2005/05_06.asp>. Hoewel de NMa rapport opmaakt tegen de Nederlandse Orde van Advocaten, besluit zij ook om de sanctieprocedure voorlopig op te schorten, mede met het oog op de instelling van de Commissie Van Wijnen. Zie het *Jaarverslag NMa 2005*, Den Haag: NMa 2006, p. 11.

utile'-leer te handhaven ten opzichte van de Nederlandse staat.³³⁵ De NMa moet zich dus richten op het ondernemersveld zelf.

Aanknopingspunt voor de NMa in een procedure tegen de NOvA was de eigen besluitenreeks van de Orde met vermeend mededingingsbeperkende effecten. De NMa kon zich in dit kader richten op het initiële (en reeds lang bestaande) algemene 'no cure, no pay'-verbod en het daaraan verwante 'quota pars litis'-verbod van de Orde, zoals vastgelegd in art. 25 van de Gedragsregels en art. 2 van de Verordening op de praktijkuitoefening. Door de pogingen van de NOvA om tot een 'no cure, no pay'-experiment te komen in de letselschadeadvocatuur en daarmee de bestaande regels te mitigeren, was de situatie echter een stuk gecompliceerder geworden.

De Orde heeft immers de mogelijkheid om bestaande regels terug te draaien middels een directe ingreep in haar Gedragsregels en Verordeningen. Een ingreep in de 'no cure, no pay'-regeling dient de NOvA te gieten in de vorm van een wijziging van de Gedragsregels én in de vorm van de intrekking van de bestaande Verordening en/of de uitvaardiging van een nieuwe Verordening. Immers, het 'no cure, no pay'-verbod van de Orde is vastgelegd zowel in Gedragsregels als in een Verordening.

Bij de wijziging van de Gedragsregels staat de minister machteloos ten opzichte van de beslissing van de Orde, aangezien deze buiten de vernietigingsbevoegdheid van de minister vallen. Bij de uitvaardiging van een nieuwe Verordening staat repressief toezicht wél open. Ook in geval de Orde over zou gaan tot de loutere intrekking van een bestaande verordening is deze beslissing onderworpen aan repressief toezicht van de minister. Het gaat ook dan immers om een officieel besluit van de Orde in de zin van art. 30 AW.

Zoals hierboven beschreven was de wil aanwezig bij de NOvA om het verbod op 'no cure, no pay' te matigen in een bepaalde tak van de advocatuur, maar heeft de minister van Justitie dit Orde-initiatief middels zijn repressieve toezicht teniet gedaan. In hoeverre kan de Orde van Advocaten dan nog langer een schending van art. 81 EG of art. 6 Mw tegengeworpen worden? Immers, zij toont initiatieven om de vermeend mededin-

335 In de doctrine zijn wel ideeën opgekomen over het mogelijke bestaan van een bevoegdheid van de NMa om ook de overheid zelf direct aan te spreken op een inbreuk op het communautaire mededingingsrecht. Zie Slot & Van Bockel 2002, p. 7. Deze bevoegdheid wordt dan geconstrueerd vanuit een Europees-teleologische benadering van art. 88 Mw. Zie Mortelmans, 2003d, p. 413.

De rechterlijke macht in Nederland heeft deze benadering vooralsnog niet omarmd. Ook de NMa maakt nog geen aanstalten om van deze (vermeende) bevoegdheid gebruik te maken. Zie Mortelmans 2003d, p. 413.

gingsbeperkende maatregel van zijn scherpste randjes te ontdoen, maar wordt daarin van hogerhand tegengewerkt, zo zou men kunnen zeggen. In deze situatie luidt de analyse dat de Orde art. 81 EG en/of art. 6 Mw wellicht schendt, maar dat zij in ieder geval een 'state action defence'³³⁶ heeft tegen (het in stand blijven van) deze overtreding. Dit houdt in dat de NOvA een schulduitsluitingsgrond in kan roepen wat betreft de mogelijke schending van de genoemde kartelbepalingen.

3.5.4. De Nederlandse verboden op 'no cure, no pay' en 'quota pars litis' in een ander jasje

Het kabinet heeft vervolgens besloten om het verbod op 'no cure, no pay' en 'quota pars litis' op te nemen in een formele wet (de Advocatenwet). De minister, en met hem het kabinet, vindt dat het verbod een zo fundamenteel karakter heeft, dat het beter lijkt, in navolging van ons omringende landen, om het in de wet zelf op te nemen.³³⁷ Vreemd genoeg houdt het kabinet wel de weg open naar een toekomstig experiment met een zekere vorm van resultaatgerelateerde beloning, op voorwaarde dat dit niet tot aantasting van de onafhankelijkheid van de advocaat leidt.³³⁸ In dit kader heeft een volgende minister van Justitie een proef met het 'no win, no fee'-principe overwogen.³³⁹ Hierover is wederom gesteggel met de NOvA uitbroken.³⁴⁰

-
- 336 De 'state action defence' vormt een schulduitsluitingsgrond voor ondernemingen wier mededingingsbeperkende gedragingen niet zijn terug te voeren op autonoom ondernemersgedrag vanuit een eigen keuzevrijheid of op eigen initiatief, maar mede worden voorgeschreven of in stand gehouden door een nationale wet of autoriteit.
- 337 Alvorens tot een wetswijziging als hier omschreven over te gaan, wilde de minister eerst het advies van de Commissie Van Wijnen over de positie van de advocatuur in het maatschappelijk bestel nog even afwachten. Zie het nader rapport (de reactie) van de minister van Justitie van 4 maart 2005 op het advies van de Raad van State d.d. 23 februari 2005 over het vernietigingsbesluit van de minister, kenmerk W03.04.0633/1, één na laatste alinea. Met het advies van de Commissie Van Wijnen in de hand besloot het kabinet tot een aanpassing van de Advocatenwet in dit opzicht. Zie Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 15-18.
- 338 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 15-18. Zie ook Paragraaf 1.3.4. van dit hoofdstuk.
- 339 De proef had betrekking op zaken betreffende letsel- en overlijdensschade (inmiddels een bekend thema). Zie de Brief van de Staatssecretaris van Justitie met kenmerk 5515856/07 van 4 december 2007 inzake experiment *no win no fee* aan de Tweede Kamer.
- 340 Zie bijvoorbeeld *Advocatenblad* nr. 12, 29 augustus 2008, p. 486: 'Orde bij nader inzien tegen *no win no fee*'.

Wat betreft het opnemen van het 'no cure, no pay'-verbod in een formele wet, was het de lidstaat Nederland die tegen de hervormingsgeest van de beroepsorganisatie zelf in een verbod (volledig) handhaafde door het vast te leggen in de wet.

Aangezien de Orde met haar initiatieven tot gedeeltelijke afschaffing van het 'no cure, no pay'-verbod inhoudelijk niet langer achter een totaalverbod stond, vinden de betreffende bepalingen uit de Advocatenwet en de eventueel daaruit voortvloeiende mededingingsbeperkingen hun oorsprong toch vooral bij de overheid. De regeling die de overheid min of meer overnam in formele wetgeving mag dan oorspronkelijk door de NOvA als ondernemersvereniging zijn vormgegeven, op het moment van omzetting in overheidswetgeving leek zij eigenlijk al weer verlaten door het ondernemersveld.

De Nederlandse situatie omtrent 'no cure, no pay' die hier voorligt is zo bijzonder van aard en ook zo eigenaardig in het verloop van de opeenvolgende gebeurtenissen, dat de scheidslijn tussen applicatie en non-applicatie van de 'effet utile'-leer erg dun is. Men zou in casu kunnen beslissen dat er (nog) wel een voldoende band bestaat tussen het oorspronkelijk private initiatief en de latere 'overheidsbekrachtiging' om toepassing van de 'effet utile'-leer aan te nemen. Toch denk ik dat de betrokkenheid van het beroepsveld bij de opname van het 'no cure, no pay'-verbod in de Advocatenwet hier uiteindelijk te gering is om een zelfstandige schending van art. 81 EG en vervolgens 'effet utile' aan te nemen.³⁴¹

Een 'effet utile'-constatering tegen de Nederlandse staat wordt tevens ernstig bemoeilijkt waar het gaat om een eventuele betrokkenheid van de beroepsgroep bij de *uitvoering* van de wettelijke regeling. Concrete betrokkenheid is niet zomaar aan te wijzen.

Een van de weinige vormen van medewerking van het beroepsveld die in deze situatie nog in het oog springt, heeft betrekking op de tuchtrechtelijke handhaving van de 'no cure, no pay'-verbodsregel. Advocaten die de regel schenden worden tuchtrechtelijk aangepakt door de Orde,

341 Alleen als men de visie van de Advocaten-Generaal Léger en Jacobs zou volgen, die voor toepassing van de 'effet utile'-leer de eis van een zelfstandige schending van het kartelverbod door ondernemingen naast zich neerleggen, bestaan er op dit punt mogelijkheden om Nederland aan te pakken. Zie Conclusie van A-G Jacobs van 23 maart 2000 in gevoegde zaken C-180 tot 184/98, Pavlov, *Jur.* 2000, I-6451, r.o. 163 en Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, Arduino, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 88 en 89. Van het voorstel van de A-G's op dit punt ben ik echter geen voorstander, in ieder geval niet in de vorm waarin zij het hebben gepresenteerd. De redenen hiervoor zijn reeds uiteengezet in par. 2.2.6.

waarbij de tuchtrechtsprekende instantie in eerste aanleg voor de meerderheid uit advocaten bestaat. Men zou dus kunnen argumenteren dat het beroepsveld wel degelijk is betrokken bij de uitvoering en handhaving van de regel, doordat zij toeziet op de nakoming ervan. Of dit tuchtrechtelijk optreden voldoende is om de NOvA een schending van art. 81 EG of art. 6 Mw in de schoenen te schuiven, specifiek wat betreft het 'no cure, no pay'-verbod, is echter de vraag. Als men de houdbaarheid van de tuchtrechtelijke handhaving van beroepsregels onder het mededingingsrecht onder de loep wil nemen, dan kan men dit het beste doen door het tuchtrecht als fenomeen te beschouwen. Opsplitsing van de tuchtrechtelijke procedure naar gelang het type gedragsregel dat daarin centraal staat, lijkt zinvol noch functioneel.

Als men het tuchtrecht al als mededingingsbeperkend zou willen bestempelen, lijken er voldoende rechtvaardigingsgronden voor een dergelijk systeem te bestaan. Deze rechtvaardigingsgronden zorgen voor een uitzondering op het verbod, zodat van een zelfstandige schending van art. 81 EG of art. 6 Mw door het ondernemersveld of de beroepsorganisatie geen sprake is.³⁴²

Indien het mededingingsrecht niet van toepassing is, betekent dit niet automatisch dat de Nederlandse wetgever buiten schot blijft van het EG-recht. De Europese Commissie zou een Verdragschendingsprocedure kunnen overwegen tegen Nederland wegens belemmering van het vrij verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging, zeker wanneer het 'no cure, no pay'-verbod in een formele wet is opgenomen.³⁴³ Het EG-Verdrag biedt immers meer juridische instrumenten dan alleen de bepalingen betreffende het communautaire mededingingsrecht.

De Commissie lijkt in haar beleid echter nog niet zo ver te zijn dat ze de bestaande 'no cure, no pay'-verboden in de lidstaten aan gaat pakken, op welke rechtsgrond dan ook. Afgezien van de juridische moeilijkheden die hieraan verbonden zijn, staat het wegnemen van systemen van

342 De Nederlandse Orde van Advocaten zou zich overigens sowieso geen zorgen hoeven te maken, aangezien de (organen van de) NOvA waarschijnlijk een 'state action defence' zou(den) hebben bij een als schending van de mededingingsregels gekwalificeerd tuchtrechtelijk optreden. Immers, de Advocatenwet legt het gehele kader van het tuchtrechtelijk systeem neer, en deelt de handhavings- en procestaken binnen het stelsel toe.

343 Zie voor de nuances van de toepassing van art. 43 en 49 EG op overheidsmaatregelen die juridisch niet discrimineren, maar wel de handel tussen de lidstaten belemmeren: zaak C-134/03, *Viacom*, *Jur.* 2005, I-1167; zaak C-405/98, *Gourmet*, *Jur.* 2001, I-1795; gev. zaken C-34-36/95, *De Agostini*, *Jur.* 1997, I-3843; zaak C-384/93, *Alpine Investments*, *Jur.* 1995, I-1141.

vaste prijzen en van reclameverboden waarschijnlijk nog immer hoger op het prioriteitenlijstje van de Commissie voor de vrije beroepen.

3.6. Stage- en opleidingsvoorschriften

3.6.1. Uitgangspunten achter opleidingseisen

Advocatuur en notariaat kennen een groot aantal regels over de wijze waarop nieuwe toetreders tot het beroep zich in hun eerste jaren dienen te onderwerpen aan een praktijkopleiding, teneinde als advocaat een definitieve inschrijving op het tableau te bemachtigen en als kandidaat-notaris in aanmerking te komen voor het ambt van notaris. De normen liggen vast in de AW en WNA, in verordeningen en in gedragsregels en reglementen. De opzet is aldus dat de uitgangspunten zijn geformuleerd in de formele wet, en dat de nadere uitwerking vervolgens plaats heeft in regels van de beroepsorganisaties. Het zijn deze nadere voorschriften van de beroepsorganisaties die binnen het schootsveld van het mededingingsrecht dreigen te raken. Door de veelheid aan specifieke voorschriften heeft het geen zin om alle regels apart te toetsen op hun houdbaarheid onder het mededingingsrecht. Beter is het om te zien in een concrete zaak welke lijn de NMa aanhoudt op dit terrein. Deze lijn is ongetwijfeld typerend voor de benadering die de mededingingsautoriteit aan zal houden ten aanzien van het gros van deze categorie beroepsregels.

3.6.2. Het optreden van de NMa inzake opleidingseisen

De NMa heeft in 2004 een zaak op haar bord gekregen over de mededingingsrechtelijke status van stage- en opleidingsregels van de Orde van Advocaten. De *Schroeder*-zaak had betrekking op het Stage- en Opleidingsreglement van de Raad van Toezicht van de arrondissementsorde Rotterdam.³⁴⁴

Schroeder wenste voor zichzelf als 'eenpitter' een advocatenkantoor te beginnen. Hij had de driejarige beroepsopleiding nog niet doorlopen, en diende dus eerst een advocatenstage af te ronden. Deze stage wilde hij doorlopen middels een zogenaamd buitenpatronaat. Dit houdt in dat de advocaat-stagiaire geen kantoor houdt ten burele van zijn patroon. De Nederlandse wetgever en de Nederlandse Orde van Advocaten zijn enigszins terughoudend om een buitenpatronaat toe te staan. Het is juist de bedoe-

344 NMa-besluit op bezwaar 19 januari 2007, zaaknr. 4183/45, *Schroeder vs. Rotterdamse Orde van Advocaten en Nederlandse Orde van Advocaten*.

ling dat een beginnend advocaat zich altijd in de nabijheid bevindt van een ervaren advocaat om middels raad en daad bijstand te krijgen als hij daaraan behoefte heeft.

Zo bepaalt art. 9b lid 3 van de Advocatenwet dat van de verplichting van de stagiaire om bij een patroon kantoor te houden de raad van toezicht van een arrondissementsorde vrijstelling kan verlenen, indien naar het oordeel van de raad een behoorlijke praktijkuitoefening, waaronder de financiering van de praktijk en de dekking van het risico van de beroepsaansprakelijkheid van de stagiaire verzekerd is.

Art. 7 Stageverordening 2005 van de (centrale) Orde van Advocaten vermeldt dat de Raad van Toezicht van een arrondissementsorde niet overgaat tot verlening van een vrijstelling van de verplichting bij een patroon kantoor te houden, dan nadat de stagiaire in voldoende mate heeft getracht een patroon te vinden bij wie hij kantoor kan houden en daarin niet of niet op voor de Raad aanvaardbare voorwaarden is geslaagd.

Ingevolge art. 2 van het Stage- en Opleidingsreglement van de Orde Rotterdam dient de advocaat-stagiaire die een buitenpatronaat wil aanhouden in ieder geval werkzaam te zijn in een kantoorcombinatie of enige andere samenwerkingsvorm, zoals toegelaten in de Samenwerkingsverordening 1993. Ingevolge art. 4 van het reglement kan de Raad van Toezicht nadere voorwaarden stellen, alsmede afwijken van de bepalingen van het reglement, wanneer zich bijzondere omstandigheden voordoen die daartoe naar zijn oordeel aanleiding geven. De Raad van Toezicht heeft daarmee de mogelijkheid om een buitenpatronaat toe te staan waarbij weinig tot geen officiële banden aanwezig zijn tussen patroon en advocaat-stagiaire.

De reden dat het mededingingsrecht hier *a priori* van toepassing kan zijn ligt in het feit dat er weliswaar een basisbepaling in een formele wet is opgenomen, maar dat de uitwerking van deze hoofdnorm in nadere regels, en de toepassing van de norm in de praktijk, geschiedt door de centrale en de decentrale Ordes van Advocaten. Dit zijn voor de toepassing van het mededingingsrecht ondernemersverenigingen, waaraan de wetgever op dit onderwerp een substantiële ruimte heeft gelaten om zelfstandig op te treden bij de nadere invulling van de basisregel.³⁴⁵

Schroeder voerde aan dat art. 2 van het Stage- en Opleidingsreglement van de Orde Rotterdam in strijd was met het mededingingsrecht (art. 6 Mw), omdat de bepalingen van dit artikel eisen bevatten die niet gesteld worden

345 Vgl. zaak T-513/93, CNSD I, *Jur.* 2000, II-1807 en gev. zaken T-217/03 en T-245/03, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV)* e.a. t. Commissie, *Jur.* 2006, II-4987.

aan reeds gekwalificeerde advocaten, zodat hij als nieuwe toetreders tot de markt benadeeld wordt in zijn concurrentiepositie.

De NMa wees de klacht van Schroeder af op basis van haar prioriteringsbeleid, en gaf aan het doelmatiger te vinden om haar in 2004 aangevangen inventarisatie naar de mededingingsbeperkingen in de advocatuur af te ronden. De onderwerpen waar Schroeder over klaagde zouden dan een plaats krijgen in deze consultatie. Ook liet de NMa doorschemeren aan de door Schroeder beschreven situatie niet direct mededingingsechtelijke implicaties te verbinden, te meer omdat Schroeder zelf te weinig initiatieven had ontplooid om in overleg met de arrondissementsorde een oplossing te vinden voor zijn situatie. Art. 4 van het Stage- en Opleidingsreglement bood de Rotterdamse Orde immers mogelijkheden om Schroeder tegemoet te komen in zijn eenpitterpositie.³⁴⁶

De vraag of de regelgeving van de Orde van Advocaten in de onderhavige casus nu wel of niet door de beugel van art. 6 Mw kan, is simpelweg bevestigend te beantwoorden. De regelgeving betreffende de advocatenstage biedt mogelijkheden voor het aanvragen van een buitenpatronaat, al zijn er wel waarborgen ingebouwd dat een dergelijke constructie niet al te lichtzinnig wordt doorgevoerd. De precieze voorwaarden moeten worden afgestemd in een nader overleg tussen arrondissementsorde en advocaat-stagiaire. Zolang de arrondissementsordes hun taak in dit verband serieus nemen, en advocaat-stagiaires wel degelijk mogelijkheden bieden om via een buitenpatronaat hun advocatenstage te vervullen, lijkt geen sprake te kunnen zijn van schending van art. 6 Mw. Zoals de NMa ook aangeeft in haar beschikking is het inherent aan het feit dat een stagiaire in opleiding is dat bepaalde kwaliteitseisen op het gebied van de dagelijkse begeleiding nodig zijn.³⁴⁷

3.6.3. *De status van opleidingseisen onder het mededingingsrecht*

Conclusie is dat de stage- en opleidingsregelgeving de mededinging wel beperkt op het punt van het buitenpatronaat, maar dat de regelgeving gerechtvaardigd is omwille van het doel van een goede opleiding aan beginnende advocaten. Dat strikte regels omtrent het buitenpatronaat een

346 NMa-besluit op bezwaar 19 januari 2007, zaaknr. 4183/45, Schroeder vs. Rotterdamse Orde van Advocaten en Nederlandse Orde van Advocaten, randnr. 30-45.

347 NMa-besluit op bezwaar 19 januari 2007, zaaknr. 4183/45, Schroeder vs. Rotterdamse Orde van Advocaten en Nederlandse Orde van Advocaten, randnr. 37.

(extra) toegangsbelemmering tot het beroep van advocaat in het leven kunnen roepen, wordt dan voor lief genomen.

Enige discussie kan blijven bestaan over de vraag of de decentrale Ordes soms te restrictief zijn in hun beoordeling van een buitenpatronaat-constructie.³⁴⁸ Zolang de opleidingsregelgeving objectief (non-discriminatoir) en transparant is, lijkt zij doorgaans genuanceerd genoeg om buiten schot van het mededingingsrecht te blijven.³⁴⁹

3.7. Methoden voor kwaliteitstoetsing, geschillenoplossing en tuchtrechtspraak

3.7.1. De uitgangspunten in het Europese recht

De Dienstenrichtlijn verplicht lidstaten om in samenwerking met de Europese Commissie het opzetten van kwaliteitshandvesten, keurmerken en gedragscodes voor dienstverrichters op communautair niveau te stimuleren.³⁵⁰ Bij de juridische vrijeberoepsgroepen zoals de advocatuur ligt de focus voorsnog vooral bij het ontwikkelen van *nationale* kwaliteitssystemen. Binnen de lidstaten zelf zijn immers op het punt van de kwaliteitsbewaking nog de nodige slagen te maken. Het overkoepelende Europese initiatief is daarom mooi, maar de nationale plannen krijgen hun implementatie daar waar zij het meest effectief zijn: dicht bij de burger (c.q. rechtzoekende).

3.7.2. De status van kwaliteitssystemen onder het mededingingsrecht

Het kabinet wil dat de NOvA een kwaliteitssysteem ontwikkelt, waarmee de kwaliteit van dienstverlening door advocaten getoetst kan worden.³⁵¹ Het lidmaatschap van een specialisatievereniging verplicht stellen, vindt het kabinet daarentegen te ver gaan.³⁵² Dit laatste neemt niet weg dat de

348 NMa-besluit op bezwaar 19 januari 2007, zaaknr. 4183/45, Schroeder vs. Rotterdamse Orde van Advocaten en Nederlandse Orde van Advocaten, randnr. 44.

349 Zie voor het Belgische perspectief op stage-/opleidingseisen en mededinging, aan de hand van de voor het Belgische vrijeberoepsbestel maatgevende Tambue-saga: Van den Bossche 2004, p. 807 en 808.

350 Zie art. 26 en art. 37 van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36.

351 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 19.

352 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 13, p. 19 en 20.

specialisatievereniging aan een sterke opmars bezig is, en dus steeds belangrijker wordt in het beroepsveld.³⁵³ Onder advocaten bestaat veel behoefte om zich binnen de specialisatie waarin zij actief zijn, te organiseren in een aparte vereniging die zich richt op samenwerking tussen de beroepsbeoefenaars op een zelfde rechtsterrein. Soms is de toegang tot een specialisatievereniging afhankelijk gesteld van het behalen van een examen. Altijd zorgt een specialisatievereniging voor een grotere uitwisseling van kennis en ervaring tussen advocaten, en worden binnen het verenigingsverband cursussen en andere educatieve activiteiten georganiseerd.

Een hechte collegiale samenwerking zal ook in de toekomst van groot belang zijn, vooral waar het om intercollegiale kwaliteitstoetsing gaat. De roep dat advocaten elkaar meer moeten opzoeken om elkaars vakmanschap te toetsen en te verbeteren zal alleen maar toenemen.³⁵⁴ Deze toetsing zou mede plaats kunnen vinden binnen de specialisatieverenigingen.

De KNB heeft een Auditbureau in het leven geroepen dat intercollegiale kwaliteitstoetsingen uitvoert.³⁵⁵ De auditoren kunnen na hun onderzoek drie conclusies trekken: de (kandidaat)notaris heeft alles goed geregeld; de (kandidaat)notaris heeft zijn zaken bijna goed geregeld, maar er ontbreekt nog wat; de (kandidaat)notaris heeft zijn zaken niet goed geregeld. In het laatste geval is de (kandidaat)notaris gehouden zijn praktijk anders vorm te geven. Een heronderzoek volgt.³⁵⁶

Collegiale kwaliteitstoetsing lijkt de mededinging niet al te zeer te belemmeren, zolang de hechtere samenwerking zich maar richt op verbetering van kwaliteit van beroepsuitoefening, en geen kader wordt voor mededingingsbeperkend gedrag als het maken van prijsafspraken. Belangrijk is dat de verschillende specialisatieverenigingen de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen³⁵⁷ goed in de gaten houden. De richtsnoeren hebben o.a. tot onderwerp erkenningsregelingen, lidmaatschapscriteria van brancheorganisaties en gedragscodes. Zo worden in erkenningsregelingen de activi-

353 Zie voor een overzicht en beschrijving van bestaande specialisatieverenigingen, *Advocatenblad* 2004/14.

354 Denk aan het instrument van *peer review*, waarvan de NOvA voorstander is. Zie L. van Almelo, 'Els Unger, Orde van Advocaten: Advocaten gaan elkaars vakbekwaamheid controleren', *Notariaat Magazine* 2007-6/7, p. 33.

355 Dit Auditbureau is in mei 2007 van start gegaan. Zie J. aan de Stegge, 'Bestuurssecretaris Lineke Minkjan: Kwaliteit moet een routine worden', *Notariaat Magazine* 2007-6/7, p. 10.

356 Zie J. aan de Stegge, 'Bestuurssecretaris Lineke Minkjan: Kwaliteit moet een routine worden', *Notariaat Magazine* 2007-6/7, p. 13.

357 Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, *Stcrt.* 2005, nr. 67, p. 20-24, gewijzigd bij *Stcrt.* 2008, nr. 77, p. 14.

teiten van ondernemingen getoetst aan een aantal kwalitatieve criteria. Als de activiteiten van een onderneming aan die criteria voldoen, dan wordt deze onderneming 'erkend' en kan zij dit kenbaar maken aan het publiek door middel van bijvoorbeeld een logo. In de richtsnoeren is bepaald dat erkenningsregelingen een open karakter moeten hebben, objectieve, niet-discriminerende eisen dienen te bevatten, en uit moeten gaan van een transparante procedure die culmineert in een onafhankelijke beslissing waartegen beroep open staat.³⁵⁸

3 7 3 *De status van geschillenoplossing en tuchtrechtspraak onder het mededingingsrecht*

Bij het notariaat concentreert de vernieuwingsdrang zich mede op de modi voor geschillenoplossing. Zo stelt het ministerie van Economische Zaken voor een geschillencommissie te installeren, evenals een 'consumentenze-tel' bij de KNB.³⁵⁹ De kwaliteit van de dienstverlening aan de consument kan op deze wijze beter gegarandeerd worden dan via een systeem van tuchtrechtspraak.³⁶⁰ De advocatuur kent met de Geschillencommissie Advocatuur al een instelling voor geschillenbeslechting.

In februari 2007 heeft de Commissie Huls het rapport 'Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht' uitgebracht.³⁶¹ In het rapport bevinden zich een groot aantal adviezen voor de regeling van het wettelijk tuchtrecht van vrije beroepers als accountants, advocaten, artsen, octrooigemachtigden, loodsen en notarissen. Tot de belangrijkste aanbevelingen behoren de volgende adviezen.³⁶²

De instelling van één onafhankelijk loket voor klachten van cliënten tegen leden van de beroepsgroep. Het loket draagt vervolgens in overleg met de klager zorg dat de klacht bij de juiste instantie terecht komt. Dit kan zijn een klachtencommissie (voor bejegeningssklachten), een commissie die

358 Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, randnr 88-94. Vgl. ook Vznr Rechtbank Haarlem 28 december 2004, NAL en JSP L t CONO Kaasmakers, LJN-nr AR8299, reg. nr 107380/KG ZA 04-591, r.o. 59.

359 Baarsma, Mulder & Teulings 2004, p. 72. Overigens is een geschillenregeling het notariaat niet vreemd: zie art. 55 WNA.

360 Pamflet *vrije beroepen – Praktische uitwerking van publieke belangen en reguleringsinstrumenten*, ministerie van Economische Zaken 2004, p. 7.

361 N.J.H. Huls e.a., *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rapport van de werkgroep tuchtrecht), Den Haag, 7 december 2006. Zie voor document ook *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 279, nr. 48.

362 Zie voor een nadere beschouwing over de gevolgen van de Huls'-voorstellen voor het notariaat J. Vijselaar, 'Commissie Huls: Volledige openheid over klachten tegen notariaat gewenst', *Notariaat Magazine* 2007-3, p. 14-17.

zich buigt over declaratiegeschillen, of de tuchtrechter (voor klachten betreffende de kwaliteit van de beroepsuitoefening).³⁶³

Alle handelingen van een beroepsbeoefenaar zijn onderworpen aan tuchtrecht, of er nu een wettelijk monopolie aan ten grondslag ligt of niet. Ongedeeld tuchtrecht vormt het uitgangspunt.³⁶⁴

Tuchtrechtelijke uitspraken dienen te worden gepubliceerd op een website.³⁶⁵

Indien de geloofwaardigheid en maatschappelijke acceptatie van tuchtrechtspraak afneemt en zij daardoor aan effectiviteit verliest, kan het raadzaam zijn de samenstelling van de tuchtcolleges zo aan te passen dat zij in meerderheid bestaan uit leden van de rechterlijke macht.³⁶⁶

Mededingingsrechtelijk gezien lijkt zowel tuchtrechtspraak als een systeem met een geschillencommissie toelaatbaar: mocht men al een beperking van de vrije concurrentie zien in deze kwaliteitsbewakingsystemen, dan zijn ze zeker te beschouwen als inherent aan een goede beroepsuitoefening of te rechtvaardigen onder de 'rule of reason'. En afhankelijk van de samenstelling en werkwijze van de met toezicht of geschillenbeslechting belaste commissies, zijn deze wellicht niet eens te kwalificeren als (onderdeel van) een ondernemersvereniging.

De hervormingsvoorstellen van de Commissie Huls hebben verder nauwelijks mededingingsrechtelijke implicaties. Sterker nog, hoe groter de rechterlijke bezetting van tuchtrechtelijke instanties en andere toezichthouders, hoe minder kans op een mededingingsrechtelijke interventie.

Het kabinet heeft in december 2007 een standpunt uitgevaardigd naar aanleiding van het rapport Huls, waarin het ingrijpende wijzigingen voorstelt in de structuur van de wettelijke tuchtrechtspraak voor vrijeberoepsbeoefenaren.³⁶⁷ Eén van de belangrijkste voorstellen was om de bestaande appèlcolleges (in de verschillende vrijeberoepsgroepen) samen te voegen

363 N.J.H. Huls e.a., *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rapport van de werkgroep tuchtrecht), p. 22 en 23.

364 N.J.H. Huls e.a., *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rapport van de werkgroep tuchtrecht), p. 38.

365 N.J.H. Huls e.a., *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rapport van de werkgroep tuchtrecht), p. 28, 43 en 44.

366 N.J.H. Huls e.a., *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rapport van de werkgroep tuchtrecht), p. 26 en 27.

367 Kabinetsstandpunt van 7 december 2007 op rapport *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rechtsstaat en Rechtsorde), *Kamerstukken II 2007-2008*, 29 279, nr. 61. De beroepen die in dit kabinetsstandpunt centraal staan zijn advocatuur, notariaat, gerechtsdeurwaarders, accountants, octrooigemachtigden, beroepsbeoefenaren in de individuele gezondheidszorg, veterinairen, loodsen en zeevarenden. Zie par. 2 van het Kabinetsstandpunt.

tot één college voor hoger beroep in tuchtzaken, en dit onder te brengen bij de reguliere rechtspraak.³⁶⁸ Hoofddoel van de plannen was om te komen tot een uniforme, moderne regeling voor het tuchtprocesrecht.³⁶⁹

Op dit voornemen van het kabinet hebben, wat betreft de advocatuur, de NOvA en het Hof van Discipline zeer kritisch gereageerd.³⁷⁰ De kritiekpunten waren van principiële,³⁷¹ inhoudelijke en praktische³⁷² aard.

De meest recente versie van de kabinetsplannen bevat twee varianten: enerzijds een model waarin een tuchtcollege als kamer bij de reguliere rechtspraak is georganiseerd, anderzijds een model waarbij de tuchtcolleges los van de reguliere rechtspraak zijn georganiseerd. Dit geldt zowel voor de tuchtrechtspraak in eerste aanleg als in hoger beroep. Het notariaat zal de eerste variant volgen, de advocatuur de tweede.³⁷³

Hoe het ook zij met de hervorming van de tuchtrechtspraak in de toekomst, van invloed op de toepassing van het mededingingsrecht zijn de mogelijke aanpassingen zeer waarschijnlijk niet. De tuchtrechtspraak in het notariaat gaat waarschijnlijk volledig over in overheidshanden, en geraakt daarmee buiten het bereik van het mededingingsrecht. De tucht-

368 Kabinetsstandpunt op rapport *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rechtsstaat en Rechtsorde), *Kamerstukken II* 2007-2008, 29 279, nr. 61, par. 3.

369 Kabinetsstandpunt op rapport *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rechtsstaat en Rechtsorde), *Kamerstukken II* 2007-2008, 29 279, nr. 61, par. 3.

370 Zie 'Commentaar Nederlandse Orde van Advocaten en Hof van Discipline van 31 januari 2008 op kabinetsreactie rapport Huls van 7 december 2007, 29279, nr. 61', ten behoeve van het Algemeen Overleg op 5 maart 2008. Zie Knapen 2008, p. 2 en 3.

371 Zo zou het onderbrengen van de tuchtrechtspraak voor de advocatuur bij de reguliere rechterlijke macht in strijd zijn met het rechtsstatelijke principe van de onafhankelijkheid van de advocaat, die zich ook uitstrekt tot de verhouding met de rechter. Zie 'Commentaar Nederlandse Orde van Advocaten en Hof van Discipline van 31 januari 2008 op kabinetsreactie rapport Huls van 7 december 2007, 29279, nr. 61', ten behoeve van het Algemeen Overleg op 5 maart 2008, par. 5. Zie ook Wackie Eysten 2008, p. 454.

372 De uiteenlopende vrije beroepen verschillen fundamenteel van elkaar in traditie, omvang, maatschappelijke positie, functie in het maatschappelijk verkeer, wijze van toetreding tot het beroep, organisatiestructuur en de mate van onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid. Dit zou de harmonisatie van tuchtrechtelijke normen en maatregelen voor al deze beroepsgroepen er niet gemakkelijker op maken. Zie 'Commentaar Nederlandse Orde van Advocaten en Hof van Discipline van 31 januari 2008 op kabinetsreactie rapport Huls van 7 december 2007, 29279, nr. 61', ten behoeve van het Algemeen Overleg op 5 maart 2008, par. 4.

373 Zie *Kamerstukken II* 2008-2009, 29 279, in het bijzonder nr. 81 en 86 ('Rechtsstaat en Rechtsorde; Brief staatssecretaris over de wijze waarop de tuchtrechtspraak voor de advocatuur in eerste aanleg en in hoger beroep kan worden vorm gegeven', respectievelijk 'Rechtsstaat en Rechtsorde; Brief staatssecretaris over de positionering van de tuchtcolleges').

rechtspraak in de advocatuur komt juist geheel in handen te liggen van de beroepsgroep zelf, al blijft de aanstelling van rechters in tuchtcolleges mogelijk. De noodzaak van het bestaan en het functioneren van dergelijke colleges is doorgaans zo goed aan te tonen, dat van mededingingsrechtelijke problemen geen sprake zal zijn.

4. SAMENVATTING

Deze samenvatting geeft allereerst een overzicht van de categorieën vrijberoepsregels die in botsing (kunnen) komen met het mededingingsrecht. Vervolgens komt de toepassing van het antitrustrecht op regelgevende vrijberoepsorganisaties aan bod. Van groot belang hierbij is de mededingingsrechtelijke status die de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie hebben in het deontologische regelgevingproces. Ook de betekenis van de 'effet utile'-leer voor de vrijberoepsproblematiek wordt aan een korte beschouwing onderworpen. Dit geldt eveneens voor de rol van de excepties in het kartelrecht, in het bijzonder de 'rule of reason'-benadering. Vervolgens komt de daadwerkelijke houdbaarheid onder het kartelrecht van de verschillende categorieën juridische beroepsregels in Nederland aan de orde. Een balans en vooruitblik besluiten deze samenvatting.

4.1. De categorieën vrijberoepsregels die in botsing komen met het mededingingsrecht

In haar Mededelingen over de mededinging op het gebied van professionele dienstverlening³⁷⁴ onderscheidt de Europese Commissie zes reguleringsgebieden die de mededinging beperken. In deze rapporten veroordeelt zij eigenlijk drie gebieden bij voorbaat: systemen van vaste prijzen voor de beroepsgroep, systemen van aanbevolen prijzen voor de beroepsgroep en reclameverboden. De Commissie stelt verder nog drie vormen van regulering ter discussie, te weten toegangsvereisten tot het vrije beroep, (regels omtrent) exclusieve werkzaamheden en voorschriften betreffende de zakelijke structuur. Het punt bij deze laatste reguleringsgebieden is niet zozeer dat ze volledig dienen te verdwijnen, de vraag is in welke mate en welke vorm ze gehandhaafd dienen te blijven. En ook bij de categorieën van vaste prijzen en reclameverboden liggen de zaken genuan-

374 Mededeling Commissie van 9 februari 2004, Verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM(2004) 83 def., en Mededeling Commissie van 5 september 2005, Follow-up van het verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM(2005) 405 def.

ceerder dan op het eerste gezicht lijkt: zo zijn er systemen van maximumprijzen te vinden in het rechtsbestel van menige lidstaat, en gaat het bij reclamevoorschriften vaak al lang niet meer om algehele verboden, maar om meer specifieke publiciteits- en acquisitiebeperkingen.

Naast de door de Commissie benoemde categorieën van beroepsregels die in botsing kunnen komen met het mededingingsrecht, vinden we in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter en de beschikkingspraktijk van de NMa ook nog enkele andere typen voorschriften waarover discussie bestaat. Ook deze categorieën kunnen van groot belang zijn voor de Nederlandse situatie, en behoeven derhalve bespreking.

De vraag bij al deze beroepsregels is veelal niet zozeer of zij *a priori* verboden zijn onder het mededingingsrecht, maar of de regels in kwestie objectief gerechtvaardigd kunnen worden of niet. Hierbij geldt: hoe minder mededingingsbeperkend de beroepsregels zijn, met inachtneming van hun deontologische doel, hoe beter.

Op basis van bovenstaande overwegingen zijn in dit hoofdstuk achtereenvolgens aan bod gekomen: (i) systemen van vaste en aanbevolen prijzen, (ii) publiciteits- en acquisitiebeperkingen, (iii) regels omtrent exclusieve werkzaamheden, (iv) voorschriften betreffende de zakelijke structuur en de eis van een onafhankelijke beroepsuitoefening, (v) het verbod op 'no cure, no pay', (vi) stage- en opleidingsvoorschriften, en (vii) methoden voor kwaliteitstoetsing, geschillenoplossing en tuchtrechtspraak.

Bij lezing van de Mededelingen wordt duidelijk dat het de Europese Commissie niet aan enthousiasme ontbreekt in haar 'bevrijdingsslag' op het gebied van de vrije beroepen. Het zal echter wel enige tijd vergen om de regulerende instanties in alle lidstaten zo ver te krijgen dat men daadwerkelijk alle regels 'screent' opodeloos beperkende voorschriften. Daar komt bij dat de Commissie zelf haar handen ongetwijfeld vol zal hebben om alle beroepsregels in zevenentwintig lidstaten in de gaten te houden, en een consequente en uniforme benadering van deze regels te hanteren. Mij lijkt dat de Commissie zich eerst en vooral zal bezighouden met flagrante en lastig te rechtvaardigen mededingingsbeperkingen als prijsafspraken en algemene reclameverboden. Hiervan is in een aantal Europese lidstaten nog steeds sprake. Nederland komt wat betreft de advocatuur en het notariaat nauwelijks meer voor in de schema's van de Europese Commissie over deze twee onderwerpen, en zit wat dit betreft dus goed.

Dit wil niet zeggen dat de Nederlandse vrije beroepen gevrijwaard blijven van ieder toezicht op hun beroepsregels. Naast de Commissie is er nóg een mededingingsautoriteit die zich buigt over de toepassing van het mededingingsrecht op vrijeberoepsregels, en hiervoor wat betreft de Ne-

derlandse situatie ook beter is toegerust: de NMa. Deze instantie heeft zich door de jaren heen mede toegelegd op een evaluatie van de vrijeberoepsregelgeving die in Nederland van kracht is. Ook de juridische beroepsgroepen zijn hierbij niet ontsnapt aan de aandacht van de NMa. Verder bestaat de mogelijkheid dat vrijeberoepsregels voorwerp worden van een civiele zaak voor de burgerlijke rechter.

4.2. De toepassing van het antitrustrecht op regelgevende vrijeberoepsorganisaties

Vrijeberoepsorganisaties worden veelal gezien als belangenbehartiger van hun leden in plaats van als volledig onafhankelijk, objectief regulator. Voor de toepassing van het mededingingsrecht op de regelgeving van de beroepsorganisaties is het cruciaal dat de Nederlandse Orde van Advocaten respectievelijk de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie als ondernemersvereniging is te kwalificeren. Zonder ondernemersvereniging immers geen toepassing van de verboden van art. 81 lid 1 EG en art. 6 Mw. In een vaste lijn van jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter staat de publiekrechtelijke aard van een beroepsorganisatie op zich niet in de weg aan kwalificatie als ondernemersvereniging. Het gaat niet om het etiket dat het nationale recht plakt op de organisatie, maar om de wijze waarop zij in werkelijkheid functioneert.

In het *Wouters*-arrest besliste het Hof van Justitie dat de Nederlandse Orde van Advocaten onder het toen geldende wettelijke regime in Nederland niet als overheidsorgaan maar als ondernemersvereniging diende te worden beschouwd. De Gemeenschapsrechter zette de uitgangspunten als volgt neer:

"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."³⁷⁵

Waar in *Wouters* het bestaan van drie elementen nog vereist leek voor de buitenwerkingstelling van de communautaire mededingingsregels, daar vond het Hof van Justitie in de zaken *Arduino* en *Cipolla-Macrino* de aanwezigheid van één element eigenlijk voldoende. Het Hof concludeerde in deze arresten dat

375 Zie zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 68.

"ofschoon de nationale regeling procedurele noch materiële voorschriften bevat die met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kunnen verzekeren dat de (...) Orde van Advocaten zich bij de opstelling van de ontwerp-tariefregeling gedraagt als een verlengstuk van het openbaar gezag dat handelt in het algemeen belang, de (...) staat geen afstand lijkt te hebben gedaan van haar bevoegdheid om in laatste instantie te beslissen of toezicht te houden op de toepassing van de tariefregeling."³⁷⁶

De Gemeenschapsrechter vond de aanwezigheid van een goedkeuringsbevoegdheid van de minister van Justitie ten aanzien van ontwerp-tariefregelingen van de Italiaanse Orde van Advocaten, en een rol voor de Italiaanse rechter bij de toepassing van de tariefrechtsnoeren, kennelijk een voldoende garantie van publiekrechtelijke controle om te concluderen dat de constructie niet onder de werking van het mededingingsrecht komt.

De overwegingen van het Hof van Justitie spitsten zich in *Arduino* en *Cipolla-Macrino* uiteindelijk niet zozeer toe op het ondernemersverenigingsbegrip, als wel op de 'effet utile'-leer. Toepassing van de 'effet utile'-leer komt in zicht in vrijeberoepszaken als een lidstaat het tot stand komen van mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen oplegt of begunstigt, dan wel de werking ervan versterkt, en de verantwoordelijkheid voor overheidsinterventie overdraagt aan particuliere marktdeelnemers. De centrale vraag in de twee arresten was dan ook of een lidstaat de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied daadwerkelijk had overgedragen aan particuliere marktdeelnemers: een reële overdracht van een dergelijke verantwoordelijkheid zou het overheidskarakter ontnemen aan een beroepsregeling.

Bij deze beoordeling ging de Gemeenschapsrechter in *Arduino* en *Cipolla-Macrino* dus ruimhartiger te werk dan in *Wouters*. Het Hof van Justitie liet het ondernemersveld wel erg vrij in het inhoudelijke beslissingsproces: het besluitvormend orgaan van de Italiaanse orde van advocaten bestond niet in meerderheid uit onafhankelijke deskundigen, maar het orgaan was in zijn besluitvormingsproces bovendien niet onderworpen aan procedurele of materiële voorschriften ter behartiging van het algemeen belang. Het openbaargezag-karakter moest toch vooral komen van de minister van Justitie die met zijn goedkeuringsbevoegdheid het laatste (formele) woord had ten aanzien van iedere regeling van de betreffende Orde van Advocaten.

De juridische vrijeberoepsgroepen bezitten in veel lidstaten via hun beroepsorganisaties de materiële bevoegdheid om regelgeving vorm te ge-

376 Gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 49; zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 39 en 40.

ven: zo bestaat het besluitvormend orgaan veelal niet uit een meerderheid van onafhankelijke deskundigen en ontbreken soms onderscheidende criteria ter waarborging van het algemeen belang in de vaststellingsprocedure van beroepsregels. Dat de minister van Justitie op het einde een door de beroepsorganisatie vastgestelde regeling dient goed te keuren en zelfs wijzigingen kan bevelen, doet niets af aan het feit dat de ondernemers-advocaten de regelgeving in beginsel inhoudelijk vorm geven.

Het lijkt van groot belang voor de kwalificatie van een regelgevende beroepsorganisatie als (loutere) overheidsinstantie, dat in het besluitvormend orgaan van deze organisatie in meerderheid onafhankelijke leden zitting hebben die niet professioneel gelieerd zijn aan de beroepsgroep.³⁷⁷ In de juridische vrijeberoepsgroepen is dit nu net een onoverkomelijk probleem, omdat in veel lidstaten (en in ieder geval in Nederland) de wens is dat de beroepsgroep zelf haar regelgeving vaststelt: omwille van de onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid, omwille van de expertise, omwille van de effectiviteit van de regelgeving. Hiermee bestaan principiële bezwaren tegen de situatie dat de minister volledige inhoudelijke controle houdt over het regelgevingproces. In deze opzet is een regulator dus per definitie onderdeel van het ondernemersveld, en houdt men immer een mededingingsrechtelijke spanning. Toetsing aan het mededingingsrecht ligt dan voor de hand, waarbij men de beroepsorganisatie doorgaans gewoon als ondernemersvereniging kan bestempelen.

In situaties waarin vrijeberoepsorganisaties deontologische besluiten nemen die mededingingsrechtelijk niet door de beugel kunnen, is het niet zo dat de lidstaat ook automatisch een schending van de 'effet utile'-leer tegengeworpen kan worden. Indien de staat betrokken is bij het regelgevingproces via een goedkeuringsbevoegdheid van de minister, ligt toerekening voor de hand. Lang niet altijd, echter, is sprake van delegatie van economische ordeningsbevoegdheden door de overheid aan beroepsorganisaties: gedragsregels van deze organisaties vloeien regelmatig voort uit autonome bron, waarbij hun uitvaardiging wortelt in een lange historische traditie. De vraag naar de houdbaarheid van de beroepsregelgeving onder het mededingingsrecht concentreert zich dan op de toepassing van het kartelverbod ten aanzien van deze beroepsorganisaties.

377 Dit criterium is overigens niet in alle arresten van de Gemeenschapsrechter doorslaggevend zie bijvoorbeeld zaak C-153/93, Duitsland t Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, *Jur* 1994, I-2517, r o 18 Vgl ook zaak C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) t Elhniko Dimosio*, n n g , r o 52 en 53

4.3. De NOvA en de KNB als vrijeberoepsregelgever: ondernemersvereniging of staatsorgaan?

Mede onder invloed van het rapport van de Commissie Van Wijmen heeft het kabinet beslist dat het wettelijk kader waarin de Nederlandse Orde van Advocaten lange tijd heeft geopereerd, op een aantal punten gaat veranderen. Het repressieve toezicht door de minister van Justitie op de regelgeving van de Orde wordt vervangen door preventief toezicht. Het gaat hierbij om goedkeuring als bedoeld in art. 10:25 Awb. Dit preventieve toezicht lijkt zich enkel uit te strekken over de Verordeningen en andere officiële besluiten van de NOvA die een directe wettelijke basis hebben in de Advocatenwet, en niet over haar Gedragsregels.

Daarnaast stelt het kabinet een door de Orde in te richten adviesraad in, die voor het merendeel bestaat uit niet-advocaten. Deze adviesraad zal advies geven over de ontwerpregelingen van de Orde. De NOvA zal een afwijking van het advies moeten motiveren.

De kernwaarden van de advocaat (onafhankelijkheid, partijdigheid, integriteit, vertrouwelijkheid, deskundigheid en publieke verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling) worden in de Advocatenwet vastgelegd. Deze kernwaarden kunnen dan dienen als toetsingskader voor de NOvA bij haar regelgeving.

De KNB kent al lange tijd een wettelijk kader waarin de minister van Justitie een goedkeuringsbevoegdheid heeft ter zake van Verordeningen, en repressief toezicht uitoefent over andere besluiten van de beroepsorganisatie zoals reglementen. In de Wet op het Notarisambt is verankerd dat de KNB een taak van algemeen belang heeft in de vorm van de bevordering van een goede beroepsuitoefening en de vakbekwaamheid van haar leden, en de zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt.

Onder de criteria van de Gemeenschapsrechter uit de arresten *Arduino* en *Cipolla-Macrino*, lijkt de NOvA in het nieuwe wettelijke kader alleen nog handelend op te kunnen treden als ondernemersvereniging bij de uitvaardiging van Gedragsregels, maar niet meer bij de uitvaardiging van officiële besluiten zoals Verordeningen. Immers, in de *Arduino-/Cipolla*-lijn indiceert de instelling van preventief overheidstoezicht in het besluitvormingsproces, dat het optreden van de Orde onderdeel uitmaakt van een lidstatelijk wetgevingstraject. Een zelfde tweedeling gaat op ten aanzien van de KNB, die alleen nog als ondernemersvereniging optreedt wanneer zij andere besluiten dan Verordeningen doet uitgaan. Men kan dan denken aan reglementen. Deze besluiten zijn niet onderworpen aan goedkeuring van de minister, maar louter aan de mogelijkheid van vernietiging.

Onder de *Wouters*-criteria is het echter nog geen (volledig) uitgemaakte zaak dat de beide Nederlandse vrijeberoepsorganisaties als overheidsorganen zijn te beschouwen bij hun regelgevende activiteiten. Het Hof van Justitie merkt in *Wouters* op dat voor een overheidskarakter een lidstaat niet alleen de essentiële beginselen dient vast te leggen waaraan de uit te vaardigen regelgeving moet voldoen, maar ook criteria van algemeen belang moet formuleren voor de uit te vaardigen beroepsregelgeving. Uiteraard dienen deze criteria voldoende specifiek en nauwkeurig te zijn om daadwerkelijk richting te geven aan het proces van regelgeving. Hiervoor zijn wellicht toch te weinig concrete richtsnoeren opgenomen in de AW en WNA.

In de AW nieuwe stijl wordt wel een raad van advies ingesteld die de nodige inhoudelijke invloed kan uitoefenen op conceptregelgeving vanuit een onafhankelijk perspectief. Hier staat tegenover dat de AW nog steeds een bepaling kent die vermeldt dat de NOvA niet alleen de goede beroepsuitoefening in de gaten houdt, maar tevens opkomt voor de rechten en belangen van de advocaten zelf. Van wijziging van deze bepaling is vooralsnog niets bekend.³⁷⁸ Zij vormt natuurlijk een contra-indicatie voor de volledige onafhankelijkheid c.q. 'publieke' inslag van de Orde van Advocaten in haar regelstellende optreden.

De *Wouters*-criteria lijken in de Nederlandse situatie eerder voor toepassing in aanmerking te komen dan de *Arduino*- en *Cipolla-Macrino*-normen. De maatstaven uit deze laatste twee arresten zijn verbonden met het Italiaanse vrijeberoepsstelsel in al zijn specificiteit, waarbij de toepassing van het antitrustrecht door de Gemeenschapsrechter was afgestemd op karakteristieken die enigszins afwijken van de kenmerken van het Nederlandse systeem.

Aangezien de vigerende Verordeningen en Gedragsregels van de NOvA nog allemaal tot stand zijn gekomen onder het 'oude' regime waarin de Orde bij de uitvaardiging van álle soorten regels werd gekwalificeerd als ondernemersvereniging, geldt de toepassing van het mededingingsrecht onverkort voor deze regels. Hun oorsprong ligt immers nog steeds in een besluit van een ondernemersvereniging. Men zou eigenlijk alle Verordeningen opnieuw aan moeten nemen conform de nieuwe procedure om ze (wellicht) 'mededingingsproof' te maken.

378 De aanwezigheid van kernwaarden in de Advocatenwet als richtsnoeren voor regelgeving doet aan de onderliggende inclinatie tot belangenbehartiging van de NOvA dan niets af.

Zelfs als het mededingingsrecht op een gegeven moment niet meer van toepassing zou zijn ten aanzien van bepaalde categorieën juridische beroepsregels, dan behoudt de toetsing van specifieke beroepsregels onder het mededingingsrecht haar waarde: de in dit kader gemaakte inhoudelijke afwegingen hebben zeker hun betekenis voor een eventuele toepassing van het EG-vrijverkeersrecht ten aanzien van beroepsregels.

4.4. De strekking van de 'effet utile'-leer

De Advocaten-Generaal Léger en Jacobs hebben het voorstel gedaan om toepassing van de 'effet utile'-leer op te rekken, in de zin dat zij ook bij afwezigheid van een zelfstandige schending van art. 81 of 82 EG door ondernemingen opgaat. Zolang de lidstaat maar maatregelen uitvaardigt die het mededingingsproces negatief beïnvloeden, kan de leer in de opinie van beide A-G's van toepassing zijn.

Het probleem dat de Advocaten-Generaal constateren is juist, namelijk dat een 'perfecte' schending van art. 81 of 82 EG niet haalbaar is in 'effet utile'-zaken. Met een 'perfecte' schending wordt bedoeld op de situatie dat ondernemingen daadwerkelijk een mededingingsbeperking tot stand hebben gebracht zonder inhoudelijke of formele inbreng/betrokkenheid van een derde actor (een overheidsorgaan). De oplossing die zij aandragen is echter zo ruim geformuleerd dat de 'effet utile'-doctrine wel erg ver wordt opgerekt.

Een volledige ontkoppeling van de overtreding van art. 81 of 82 EG en de schending van art. 10 EG, waarbij het voldoende zou zijn dat overheidsregelgeving een negatieve invloed heeft op het concurrentieproces, gaat uiteindelijk in tegen doel en strekking van de leer. De doctrine heeft nu juist als kern dat een lidstaat een zelfstandige schending van het mededingingsrecht door ondernemingen bekrachtigt, faciliteert, versterkt of afdwingt. Indien ondernemingen materieel niet bijdragen aan de totstandbrenging van een mededingingsbeperking, vervalt de mogelijkheid van toepassing van het communautaire antitrustrecht. Men komt dan waar het gaat om overheidsregelingen uit bij een andere afdeling van het Europese recht, namelijk het communautaire vrijverkeersrecht.

Gekoppeld aan hun zeer brede interpretatie van de 'effet utile'-leer, hebben de A-G's Léger en Jacobs ook een aparte uitzonderingsmethode ontwikkeld voor deze doctrine. Waar hun interpretatie van de leer te ruim is, lijkt een aparte 'effet utile'-exceptie weer overbodig. Een zelfstandige schending van art. 81 EG of 82 EG vormt immers een essentieel en onverbrekelijk onderdeel van een inbreuk op de 'effet utile'-leer. Een rechtvaardig

gingstoets die de onrechtmatigheid ontnemt aan een dergelijke schending van art. 81 of 82, ontnemt automatisch ook de onrechtmatigheid aan het lidstatelijke optreden binnen de 'effet utile'-benadering. Voor een rechtvaardigingsgrond kan men zich dus richten op de uitzonderingsinstrumenten die ten aanzien van deze twee artikelen beschikbaar zijn. Een aparte uitzonderingsleer voor de 'effet utile'-doctrine is dan niet nodig.

4.5. De rol van de 'rule of reason' bij de toetsing van deontologische regels

De Verdragsrechtelijke uitzonderingsinstrumenten van art. 81 lid 3 EG en art. 86 lid 2 EG bieden qua opmaak en inhoud geen of onvoldoende ruimte om deontologische belangen een plaats te geven (art. 81 lid 3 EG), of zijn niet geschikt als uitzonderingsinstrument, omdat ze de ondernemersvereniging niet als adressaat van de exceptie vermelden (art. 86 lid 2 EG). Voor een gerichte rechtvaardigingstoets inzake mededingingsbeperkende besluiten van een vrijeberoepsorganisatie, is men bij deze bepalingen aan het verkeerde adres. De vraag is dan of er niet een ander uitzonderingsinstrument voorhanden is dat meer geschikt is om de juiste balans te vinden tussen mededingings- en vrijeberoepsbelangen. De in de vrijverkeersrecht-spraak van het Hof van Justitie tot ontwikkeling gekomen 'rule of reason' zou in dit kader uitkomst kunnen bieden.

De (maatschappelijke) 'rule of reason' bevat een aantal criteria die in zaken met een maatschappelijke dimensie geschikt zijn om een afweging te maken tussen botsende economische en niet-economische belangen. In de juridische vrijeberoepssector gaat het (mede) om achterliggende waarden van de rechtsstaat, zoals de onafhankelijkheid van de advocaat en notaris, vertrouwelijkheid en een goede rechtsbedeling. In het mededingingsrecht staan daarentegen de belangen van werkzame mededinging en economische efficiëntie centraal. De Europese 'rule of reason' kent vijf voorwaarden. Het criterium van de proportionaliteit *sensu lato* is over het algemeen het meest cruciaal met betrekking tot de juridische vrijeberoepssector, in de zin dat toetsing aan de 'rule of reason' culmineert in de proportionaliteitstoets.

Proportionaliteit behoort tot de basisbeginselen van het Europese recht. De proportionaliteitstoets (proportionaliteit in brede zin) valt uiteen in de deelvoorwaarden geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid (proportionaliteit *sensu stricto*). Over de concrete toetsing van specifieke vrijeberoepsregels aan deze drie criteria is het volgende te zeggen.

Het geschiktheidscriterium zal meestal niet voor grote problemen zorgen in de vrijeberoepssector, omdat de opgegeven doelstellingen (onafhankelijkheid van de advocaat, onpartijdigheid van de notaris, integriteit, deskundigheid) over het algemeen legitiem zijn. De geschiktheid zelf van een maatregel voor het bereiken van een bepaald doel is ook niet zo gemakkelijk te bestrijden. Vragen in dit kader richten zich al gauw op de beschikbaarheid van alternatieven, een punt dat aan bod komt binnen de noodzakelijkheidstoets.

Het evenredigheids criterium zal ook niet voor zoveel problemen zorgen in de vrijeberoepssector. 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. Teneinde hierin een keuze te maken, dient men de betrokken belangen 'op waarde te schatten'. Nadat men een bepaalde betekenis heeft toegekend aan elk van beide (groepen) belangen, dient men te beslissen welke van beide het meest waardevol is en daarmee voorrang krijgt boven de ander. Deze exercitie behelst een politiek-maatschappelijke afweging van belangen omtrent (bij de juridische vrije beroepen) de bescherming van waarden van de rechtsstaat aan de ene kant en een effectieve, concurrerende dienstverlening aan de andere kant.

Het is de maatschappij die primair een bepaalde waarde hecht aan de verschillende typen belangen in kwestie. Het zijn de rechterlijke instanties en (in een eerder stadium) de mededingingsautoriteiten die de beoordeling op proportionaliteit *sensu stricto* vanuit het mededingingsrecht verrichten. Het lijkt aannemelijk dat deze instanties op dit punt een enigszins terughoudende benadering in acht nemen, zeker waar het om met het mededingingsrecht botsende waarden van de rechtsstaat gaat die in alle lidstaten van de EG zijn geaccepteerd. Beroepsdeontologie als zodanig behoort immers nog altijd tot de competentie van de EG-lidstaten – die vervolgens binnen hun rechtsgebied ook ruimte kunnen laten aan particuliere organisaties voor regulering.

De noodzakelijkheidstoets levert met betrekking tot de vrijeberoepssector de grootste hoofdbrekens op. Deze maatstaf gaat na of de maatregel in kwestie werkelijk noodzakelijk is voor het bereiken van het aangevoerde doel, of dat er minder mededingingsbeperkende maatregelen denkbaar zijn die hetzelfde doel bereiken.

Eigenlijk impliceert de noodzakelijkheidmaatstaf een onderzoek naar de haalbaarheid van minder mededingingsbeperkende alternatieven voor de maatregel die voorligt. Zijn er geschikte opties te bedenken die

minder mededingingsbeperkend zijn (een mededingingstoets) en toch het niet-economische belang even goed dienen als de maatregel in kwestie (een niet-economische toets)? De eerste component is goed te toetsen, de tweede component is lastiger toe te passen.

Uit *Wouters* valt op te maken dat het Hof van Justitie op het punt van de noodzakelijkheid enigszins terughoudend is. Men zou deze opstelling kunnen kwalificeren als een marginale toetsing, al blijft het begrip 'marginale toetsing' mijns inziens een onbestemde term. Anderzijds kan de noodzakelijkheidvoorwaarde wel degelijk een obstakel vormen voor bepaalde juridische vrijeberoepsregelgeving – zij vormt doorgaans een lastiger hobbel dan de evenredigheidsvoorwaarde.

In de jurisprudentie van de communautaire rechter ziet men in dit kader dat de noodzaak van bijvoorbeeld prijsafspraken in de vrijeberoepssector zeker niet onomstreden is: de Gemeenschapsrechter is voorzichtig om systemen van prijsbinding eigener beweging aan de kant te schuiven,³⁷⁹ de Commissie en Advocaat-Generaal zijn hiertoe wel bereid.³⁸⁰

Een gelijksoortige inhoud van de 'rule of reason'-toets in het communautaire mededingingsrecht en het vrijverkeersrecht is te meer geëigend voor wat betreft de vrijeberoepssector, waar beroepsorganisatie en overheid vaak ieder een deel van de beroepsregels voor hun rekening nemen, en de lijn voor toepassing van één van beide rechtsgebieden dun is. Men ziet ook dat het communautaire mededingingsrecht en het vrijverkeersrecht, die beide overigens vanuit hun eigen perspectief de sector onder de loep nemen, afwisselend toegepast worden in vrijeberoepszaken die feitelijk zeer op elkaar lijken. Een convergentie in de proportionaliteitstoets bevordert dan de uniformiteit en duidelijkheid van het Europese recht ten opzichte van vrijeberoepsregulering.

4.6. De concrete houdbaarheid van de verschillende categorieën juridische beroepsregels in Nederland onder het kartelverbod

Systemen van vaste en aanbevolen prijzen voor de gehele beroepsgroep bestaan in de Nederlandse advocatuur en notariaat nauwelijks meer. De advocatuur kent nog vaste uurtarieven voor curatoren en bewindvoerders, en aanbevolen tarieven voor procureursdiensten (de liquidatietarieven).

379 Zie Hof van Justitie 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 55-70.

380 Zie Conclusie A-G Poiares Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 76-93, en Beschikking Commissie 24 juni 2004, zaaknr. 2005/8/EG, Belgische Orde van Architecten, *Jur.* 2005, L 4/10, par. 97-99.

In het notariaat geldt een systeem van vaste maximumtarieven voor notariële diensten aan minder draagkrachtigen in de familierechtpraktijk. Deze prijssystemen doorstaan de toets van het mededingingsrecht. Ze vallen óf buiten de werking van dit rechtsgebied (de maximumtarieven voor notariële diensten), óf ze kunnen gerechtvaardigd worden op basis van een 'rule of reason'-redenering met daarin aandacht voor het goed functioneren van de rechtsstaat (de uurtarieven voor curatoren en de liquidatietarieven). De liquidatietarieven zullen overigens verdwijnen, aangezien IT-ontwikkelingen en organisatorische hervormingen de figuur van de procureur overbodig maken in de advocatuur.

Algehele publiciteits- en acquisitieverboden bestaan niet langer in de Nederlandse advocatuur en notariaat, maar er is nog wel een hele reeks van reclamevoorschriften van kracht. Hierbij zijn de verboden op *vergelijkende* reclame achterhaald waar het gaat om objectief meetbare variabelen zoals tarieven voor dienstverlening. Waar het gaat om moeilijk meetbare parameters zoals de kwaliteit van de dienstverlening, lijken verboden op *vergelijkende* reclame juist weer niet achterhaald. Voor dit type beperkingen bestaan zeker rechtvaardigingsgronden onder het mededingingsrecht.

Ook het verbod op het openbaar maken van succespercentages lijkt voor een rechtvaardiging onder het mededingingsrecht in aanmerking te komen. Niet alleen vormen succespercentages of de uitkomst van zaken geen eenduidige maatstaf voor de kwaliteit van de dienstverlening van een advocaat, ook zouden dergelijke publicatiemogelijkheden advocaten uiteindelijk kunnen aanzetten tot het louter aannemen van zaken met een hoge kans op succes. Ook het ter compensatie hanteren van (veel) hogere tarieven voor zaken met weinig kans op een succesvolle uitkomst zou aangewakkerd kunnen worden.

Bij de exclusieve werkzaamheden zijn er ideeën uit economische hoek om de figuur van de verplichte procesvertegenwoordiging voor advocaten af te schaffen, evenals de ministerieplicht voor notarissen, en het domeinmonopolie voor notarissen uit te kleden. Het mededingingsrecht lijkt vooralsnog niet tot dit soort bewegingen te verplichten. Dit neemt niet weg dat er in de praktijk wel enige liberaliserendensen zijn waar te nemen.

In de advocatuur doet de figuur van de advocaat in loondienst opgang, waardoor ook andere organisaties dan advocatenkantoren een advocaat in dienst kunnen hebben. Dit doorbreekt de figuur van de verplichte procesvertegenwoordiging weliswaar niet, maar zorgt wel voor een verbreding van de kring der concurrenten.

In de notariële literatuur zijn gedachten opgekomen om de verplichte notariële tussenkomst in de transport- en hypotheeksfeer af te schaffen,

mits de wetgever veilig stelt dat de openbare registers op orde blijven. Daartegenover staat dan de wenselijkheid van de inschakeling van de notaris in een vroeger stadium van het rechtsverkeer betreffende onroerende zaken, op het moment dat zijn 'Belehrung en Beratung' er nog daadwerkelijk toe doen. Als risico bij bovenstaande gedachten wordt wel aangetekend dat louter afschaffing van de verplichte notariële tussenkomst in de transport- en hypotheeksfeer de bijl aan de wortel van het notariaat kan leggen.

Samenwerkingsverboden tussen bepaalde beroepsgroepen die zijn opgenomen in voorschriften betreffende de zakelijke structuur van vrijeberoepsorganisaties, zullen enkel toegestaan zijn onder het mededingingsrecht in de volgende gevallen:

- Het samenwerkingsverbod ziet op beroepsgroepen die tegengestelde taken of deontologische regels hebben die elkaar kunnen bijten;
- Het samenwerkingsverbod ziet op de samenwerking tussen een beroep met strenge deontologische voorschriften, en een beroepsgroep die dergelijke regels juist geheel of in belangrijke mate ontbeert.

De status van het verbod op 'no cure, no pay' binnen het mededingingsrecht is enigszins twijfelachtig, al komt het in de huidige stand van de Europese rechtspraktijk inhoudelijk nog niet in gevaar: in de *EPI*-zaak heeft nota bene de Europese Commissie een 'no cure, no pay'-verbod van een beroepsorganisatie na een proportionaliteitstoets goedgekeurd. Het mededingingsrecht is echter niet bepaald een statisch rechtsgebied. A-G Poiares Maduro heeft in zijn conclusie bij het *Cipolla-Macrino*-arrest betoogd dat een (totaal)verbod op 'no cure, no pay' de toets van het Europese recht niet (langer) doorstaat.

In een economisch rechtsgebied als het mededingingsrecht zou een opheffing van het verbod, of desnoods een middenweg tussen een absoluut verbod en een volledige vrijgave, waarschijnlijk toegejuicht worden. Binnen de beroepsdeontologie is opheffing of een gulden middenweg echter geen optie: het verbod op 'no cure, no pay' vormt een belangrijk beginsel van het nationale rechtsbestel. Om met oud-minister van Justitie Donner te spreken, die reageerde op een proef van de NOvA met 'no cure, no pay' in de letselschadebranche: "Wie experimenteert met een principe geeft nu eenmaal het principe zelf terstond al prijs."³⁸¹

381 J.P.H. Donner, 'Geen experimenten bij advocaten', *NRC Handelsblad*, 29 maart 2005, p. 7.

Het is de vraag of het 'no cure, no pay'-verbod dat de Nederlandse overheid opneemt in de Advocatenwet nog onder het mededingingsrecht getoetst kan worden. De 'effet utile'-leer strekt zich ook uit tot situaties waarin een lidstaat bepaalde gedragingen of besluiten van een beroepsorganisatie bekrachtigt. Punt is of het algehele 'no cure, no pay'-verbod zoals dat nu in een formele wet is vastgelegd, *inhoudelijk* nog steeds als afkomstig van de NOvA beschouwd kan worden. De NOvA mag het verbod dan oorspronkelijk in eigen beroepsregelgeving hebben vastgelegd, zij heeft in de loop van de tijd ook initiatieven ontplooid in de richting van een liberalisatie. Het is de Nederlandse overheid die deze liberalisatie heeft tegengehouden. Met deze bijzondere, zelfs eigenaardige gang van zaken in het achterhoofd is het sterk de vraag of het totaalverbod op 'no cure, no pay' in de Advocatenwet nog toegeschreven kan worden aan de Nederlandse Orde van Advocaten. Hiermee komt de toepassing van art. 81 EG ten aanzien van de NOvA op losse schroeven te staan, waardoor ook de 'effet utile'-leer buitenspel gezet zou worden.

Ook het Nederlandse notariaat kent een (absoluut) verbod op 'no cure, no pay'. Toch neemt dit verbod een minder belangrijke plaats in binnen het notariaat dan binnen de advocatuur. Immers, de klassieke werkzaamheden van een notaris bestaan (al) uit een resultaatsverbintenis: het werk zit in het opmaken van een akte en het (verdere) resultaat is niet afhankelijk van de uitkomst van een gerechtelijke procedure. Het is onzinnig om de betaling van het verlijden van een authentieke akte te baseren op het 'no cure, no pay'-beginsel. Wellicht dat dit beloningsprincipe wel een rol zou kunnen spelen bij bepaalde niet-ambtelijke (buitenwettelijke) werkzaamheden van de notaris. Tot dezelfde verhitte discussies als het 'no cure, no pay'-verbod binnen de advocatuur heeft de notariële variant echter niet geleid in Nederland.

Stage- en opleidingsvoorschriften zijn over het algemeen gewoon toegestaan onder het mededingingsrecht. Als ze al mededingingsbeperkend zijn, zijn ze doorgaans noodzakelijk voor een goede opleiding van nieuwe toetreders tot het beroep.

Methoden voor kwaliteitstoetsing, geschillenoplossing en tuchtrechtspraak zijn ook toegestaan onder het mededingingsrecht, mits de toepassingscriteria en toelatingsvoorwaarden maar objectief en non-discriminatoir zijn.

4.7. Balans en vooruitblik

In de Nederlandse advocatuur zijn wat betreft de regulering van marktgedrag drie soorten regels te onderscheiden: voorschriften die reeds zijn gesneuveld onder de druk van het mededingingsrecht, zoals de door de beroepsorganisatie vastgestelde vaste tarieven voor advocaten; regels die onder vuur liggen van het mededingingsrecht, zoals reclamevoorschriften en (tot voor kort) het 'no cure, no pay'-verbod; en regels die vooralsnog uit de greep van het mededingingsrecht weten te blijven, zoals het samenwerkingsverbod tussen advocaten en accountants en het procesmonopolie van advocaten.

In het Nederlandse notariaat is de volgende driedeling te maken wanneer het gaat om marktgedrag: voorschriften die reeds onder druk van de dereguleringsoperatie MDW en van het mededingingsrecht zijn gesneuveld, zoals de vaste tarieven voor de meeste notarisdiensten; regels die onder vuur liggen van economische beleidsmakers, zoals de ministerieplicht en (onderdelen van) het domeinmonopolie; en voorschriften die voorlopig (grotendeels) met rust worden gelaten door de vrijemarktdenkers, zoals de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris.

In de nabije toekomst kunnen bepaalde categorieën van regels inzake een goede beroepsuitoefening nog tot interessante botsingen leiden met het mededingingsrecht en 'autonome' liberaliseringsinitiatieven.

De strijd rond het 'no cure, no pay'-verbod in de advocatuur lijkt (wat betreft de toepassing van het mededingingsrecht) uiteindelijk beslecht door de opname van het verbod in de Advocatenwet. Maar op het vlak van de reclamevoorschriften voor advocaten zijn zeker nog enige liberaliseringsslagen mogelijk onder druk van het mededingingsrecht. Hetzelfde geldt voor de reclameregels voor notarissen.

Het boek over verboden samenwerkingsverbanden tussen vrijeberoepsbeoefenaren is niet definitief gesloten. Naarmate vrije beroepen zich verder ontwikkelen, controlemechanismen verbeteren of tegenstellingen verdwijnen zouden de gevaren van een bepaalde samenwerking zomaar kunnen afnemen.

In het notariaat zijn klassieke instituten als de ministerieplicht en het domeinmonopolie onderwerp van hervormingsplannen. Hier komt de hervormingsdruk niet zozeer direct van het mededingingsrecht, als wel van 'autonome' hervormingsideeën vanuit de economische beleidshoek (het ministerie van Economische Zaken) en van een enkele veranderingsgezinde beroepsbeoefenaar. Ook het procesmonopolie van advocaten

wordt bij tijd en wijle onder vuur genomen door een criticaster van buiten het beroepsveld.³⁸²

382 Zie Baarsma & De Jonge 2009. Zie ook Advocatie.nl, bericht van 30 mei 2007, 'Marktwerving in advocatuur nog lang niet gerealiseerd'. Waarschuwing L. Hermans, voorzitter MKB Nederland: "Als 't procesmonopolie niet deze ronde in de Kamer wordt afgeschaft dan is het wel de volgende keer."

MEDEDINGINGSRECHT EN CULTUUR

1. DE REGELGEVING IN DE CULTUURSECTOR

Cultuur is lastig te definiëren. Kearns gebruikt de volgende omschrijving:

" 'Culture' means cultivation or the result of cultivation; the state of being cultivated; refinement in manners, thought, taste etc.; [...] the arts; [...] the attitudes and values which inform a society."¹

Het begrip 'cultuur' kan doelen op de schone kunsten, waaronder allerlei kunstwerken, cultuurgoederen en -diensten vallen.² Cultuur kan ook antropologisch geduid worden. Zij vormt de basis van een symbolische wereld van betekenissen, overtuigingen, waarden en tradities, die in taal, godsdienst en mythen tot uitdrukking worden gebracht.³ Dit hoofdstuk sluit aan bij de rol van cultuur in de eerste betekenis. Centraal staan sectorbelangen van de kunstwereld, waarin makers hun geestesproducten op de markt brengen en cultuuruitingen dus ook een economische dimensie krijgen.

Dit hoofdstuk richt zich dan ook op de botsing van het antitrustrecht met cultuurbelangen in enige specifieke domeinen. Drie dossiers worden aan een nadere beschouwing onderworpen: de distributiesector van boeken, de productiesector van literaire werken en de beheersector van artistieke rechten. Deze drie domeinen hebben gemeen dat de toepassing van het kartel- en misbruikverbod in het verleden tot grote problemen c.q. opschudding heeft geleid, waarbij de borging van cultuurbelangen een belangrijk element vormde in het mededingingsvraagstuk. In dit kader zijn de drie te behandelen domeinen typerend voor de collision tussen het antitrustrecht en cultuurbelangen, en bij uitstek geschikt om binnen het bestek van dit boek te onderzoeken.

1 Kearns 2004, p. 388.

2 Mededeling van de Commissie van 10 mei 2007 over een Europese agenda voor cultuur in het licht van de mondialisering, COM(2007) 242def., par. 2.

3 Mededeling van de Commissie van 10 mei 2007 over een Europese agenda voor cultuur in het licht van de mondialisering, COM(2007) 242def., par. 2.

De mediasector blijft als zodanig buiten het bereik van dit hoofdstuk, omdat de meeste mededingingszaken op dit terrein met – tevens – een Nederlandse weerslag zich afspelen op het vlak van de concentratiecontrole en het staatssteunregime:⁴ mededingingsrechtsgebieden die buiten het bestek van dit boek vallen.

Cultuur is bij uitstek het domein waar lidstaten in de eerste plaats zelf beleid en regelgeving vaststellen. Cultuur krijgt immers op de eerste plaats vorm op nationaal en regionaal niveau. Dit neemt niet weg dat ook de internationale gemeenschap zich in verdragen heeft uitgelaten over het fenomeen 'cultuur' en de rechten van de dragers daarvan. Hieronder volgt een korte inleiding op het Europese en Nederlandse wetgevingskader voor de cultuursector.

1.1. Europeesrechtelijk cultuurkader

De bevoegdheid om wet- en regelgeving op het terrein van de cultuur uit te vaardigen berust exclusief bij de lidstaten. De EG heeft slechts een aanvullende bevoegdheid op dit vlak. In de verworpen Grondwet voor Europa stond dit uitgangspunt expliciet vermeld in art. I-17 sub c: De Unie is bevoegd om ondersteunend, coördinerend of aanvullend op te treden op het gebied van cultuur. Maar ook niet meer dan dat.

Om de vrijheid van de kunsten nog eens te onderstrepen bevat het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie⁵ in art. 13 een bepaling die de vrijheid van de kunsten en het wetenschappelijk onderzoek voorschrijft.

In het EG-Verdrag vermeldt art. 151 lid 1 EG dat de Gemeenschap bijdraagt tot de ontplooiing van de culturen van de lidstaten, onder eerbiediging van de nationale en regionale verscheidenheid van die culturen. Volgens lid 2 van art. 151 EG is het optreden van de Gemeenschap erop gericht de samenwerking tussen de lidstaten aan te moedigen en hun activiteiten zonodig op enkele terreinen te ondersteunen en aan te vullen. Tot deze terreinen behoren culturele uitwisseling en bescherming van het cul-

4 Het vraagstuk van de afgifte van programmegegevens door de publieke omroepen aan geïnteresseerde derden (de *Telegraaf*-zaak), en de daarmee verbonden vragen betreffende de status van de geschriftenbescherming onder het antitrustrecht, komen aan bod in het hoofdstuk over de collisie tussen mededingingsrecht en intellectuele eigendom

5 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb* 2000, C 364/1, vanaf de datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon vervangen door het herziene Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb* 2007, C 303/1

tureel erfgoed. Harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten is niet toegestaan, zo blijkt uit lid 5 van art. 151 EG. Het Verdrag van Lissabon verandert inhoudelijk eigenlijk niets aan art. 151 EG.⁶

Door deze Verdragsrechtelijke restricties, maar ook door de onduidelijkheid van wat het begrip 'cultuur' nu precies inhoudt en het bestaan van intrinsieke verschillen tussen culturele uitingen in de verschillende landen van de EU, is het voor de Gemeenschap eigenlijk onmogelijk om een eenvormig cultureel beleid uit te zetten.⁷

De directe invloed van de Gemeenschap op het beleidsterrein van de cultuur is dus alleszins beperkt. Via het instrument van 'soft law' kunnen bepaalde culturele beleidsinitiatieven ontplooid worden, die de status van dwingend recht echter mankeren. Zo heeft de Commissie een Mededeling uitgevaardigd over een Europese agenda voor cultuur,⁸ die vooral veel mooie woorden bevat⁹ maar niet of nauwelijks bindende maatregelen.¹⁰ Hetzelfde geldt voor het Cultuurprogramma (2007-2013) van de EG.¹¹

Dit neemt niet weg dat de Gemeenschap via de band van andersoortige beleidsterreinen waarop het een exclusieve of gedeelde bevoegdheid heeft, wel degelijk in kan grijpen in de cultuursector. Hierbij zijn vooral de economische EG-rechtsgebieden relevant: de vier vrijheden en het communautaire mededingingsrecht.

Om te zorgen dat ook bij de toepassing van andersoortige EG-rechtsgebieden, waarmee de Gemeenschap wél diep kan ingrijpen in nationaal beleid van de lidstaten, rekening wordt gehouden met culturele aspecten in de

6 De enige wijzigingen betreffen de besluitvormingsprocedure voor stimuleringsmaatregelen en aanbevelingen. Zie Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1, art. 2 sub 126. In het hertitelde EG-Verdrag (i.e. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) wordt art. 151 vernummerd tot art. 167.

7 Zie ook Kearns 2004, p. 401.

8 Mededeling van de Commissie van 10 mei 2007 over een Europese agenda voor cultuur in het licht van de mondialisering, COM(2007) 242def.

9 Denk aan termen als 'inventariseren', 'stimuleren', 'aanmoedigen', 'raadplegen', 'ondersteunen', en als klap op de vuurpijl 'toevoegen van een culturele dimensie aan publieke debatten'. Mededeling van de Commissie van 10 mei 2007 over een Europese agenda voor cultuur in het licht van de mondialisering, COM(2007) 242def., par. 4.1.

10 Samenwerking tussen de lidstaten op cultureel vlak vindt plaats middels de open coördinatiemethode. Zie Mededeling van de Commissie van 10 mei 2007 over een Europese agenda voor cultuur in het licht van de mondialisering, COM(2007) 242def., par. 4.2.

11 Besluit nr. 1855/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot vaststelling van het programma Cultuur (2007-2013), *Pb.* 2006, L 372/1.

verschillende lidstaten, is in het EG-Verdrag een integratiebepaling opgenomen inzake cultuur. Art. 151 lid 4 EG schrijft voor dat de Gemeenschap bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van het Verdrag rekening houdt met de culturele aspecten, met name (maar dus niet alleen) om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen. Vraag is wat het begrip 'rekening houden met' precies betekent in de rechtspraktijk. De Commissie geeft aan dat het optreden van de Gemeenschap overeenkomstig art. 151 lid 4 EG vaak aankomt op het vinden van het juiste evenwicht tussen verschillende legitieme openbare beleidsdoelstellingen, waartoe ook behoort de bevordering van de culturele verscheidenheid.¹² Art. 151 lid 4 lijkt dus te verplichten tot het maken van een afweging van belangen. Vraag blijft natuurlijk hoe deze afweging precies gemaakt dient te worden, en welke belangen in welke situaties een zekere voorrang krijgen.

De integratiebepalingen uit het EG-Verdrag gelden ook ten aanzien van het communautaire mededingingsrecht. Art. 151 lid 4 EG is een bepaling van primair Gemeenschapsrecht, en bevindt zich in de hiërarchie van normen dus op hetzelfde niveau als de Verdragsrechtelijke mededingingsbepalingen.

1.2. Nationaal cultuurkader

Lidstaten hebben dus hun competenties op het gebied van de cultuur behouden. De regulering van de cultuursector is daarmee op de eerste plaats een zaak van deze landen zelf, voor zover er niet vanuit andersoortige communautaire beleidsterreinen voorschriften uitgaan die ook doorwerken in de cultuursector.

In Nederland gaat het ministerie van OCW over 'de cultuursector' in al zijn diversiteit. Naast voor de cultuursector typische beleidsterreinen als het museumwezen,¹³ theater en muziek, valt ook het mediabeleid hieronder. De cultuurgerelateerde regelgeving in Nederland is te divers om hier geheel uiteen te zetten. In de verschillende, meer specifieke, onderdelen van dit hoofdstuk zal ook de ter zake doende overheidsregelgeving aan de orde komen.¹⁴

12 Mededeling van de Commissie van 10 mei 2007 over een Europese agenda voor cultuur in het licht van de mondialisering, COM(2007) 242def, par 2.1

13 Dat ook de cultuursector niet ontsnapt aan de neoliberale tijdgeest blijkt uit het feit dat zelfs het museumwezen niet gevrijwaard blijft van economische hervormingen. Zie Bos 2001, p. 4-7

14 Hier kan men denken aan de Wet op de vaste boekenprijs (zie Paragraaf 2 van dit hoofdstuk) en aan de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (zie Paragraaf 4 van dit hoofdstuk)

Veel regels hebben betrekking op de verstrekking van subsidies aan theatergroepen, muziekgezelschappen en kleinkunsttieten. De filmsector heeft in Nederland jarenlang kunnen profiteren van een speciale belastingvriendelijke (c.v.-)constructie. Voor dit type regelgeving is het EG-staatssteunrecht van belang, dat verder niet aan bod komt in dit boek. Vandaar dat ook het Nederlandse subsidiestelsel voor de cultuursector niet behandeld wordt.

Het mediabeleid is een hoofdstuk apart. Veel problemen in deze sector draaien om verstrekking van overheidssubsidies en de botsingen die dit oplevert met het communautaire staatssteunrecht. Hiervoor geldt hetzelfde als hierboven is opgemerkt met betrekking tot cultuursubsidies. Verder zijn in het mediabeleid vraagstukken opgekomen omtrent de toegang tot bepaalde IE-rechten van spelers in het mediaveld, zoals televisieomroepen.¹⁵ Deze vragen worden behandeld in het hoofdstuk over mededingingsrecht en IE-recht.¹⁶ De reden hiervoor is dat de botsing met het mededingingsrecht in deze gevallen meer IE-specifiek dan media-specifiek is.

Gedragingen van private cultuurdragers, al dan niet in relatie tot Nederlandse cultuurregelgeving, kunnen onder de reikwijdte van het antitrustrecht komen, wanneer zij economische activiteiten verrichten. Een mededingingsrechtelijke casus die in het hart van de cultuursector ligt, draait om het systeem van de vaste boekenprijs. De kwestie biedt een uitgelezen mogelijkheid voor een praktijkstudie naar alle aspecten van toepassing van het communautaire antitrustrecht in de cultuursector.

Naast de vaste boekenprijs aan de verkoopzijde van de markt, bestaat er ook een vaste prijs aan de productiezijde: auteurs, vertalers en scenaristen werken met vaste tarieven in hun sector. Ook dit vasteprijzen-systeem komt aan bod in het hoofdstuk.

Tevens van belang in de cultuursector is het functioneren van de collectieve beheersorganisaties, die de inning en de controle op het gebruik van rechten van cultuurdragers (literatoren, componisten, uitvoerende kunstenaars) voor hun rekening nemen. Ook dit onderwerp komt aan de orde in het vervolg.

Dit hoofdstuk vangt aan met een uitgebreide behandeling van het Nederlandse systeem van de vaste boekenprijzen en zijn relatie tot het mededingingsrecht. Een volgend onderdeel is gewijd aan de vasteprijssystema-

15 Denk in dit kader aan de jarenlange strijd over de programmegegevens tussen De Telegraaf en de (publieke) omroepen.

16 Zie Paragraaf 3.2. van Hoofdstuk III.

tiel voor auteurs, vertalers en scenaristen. Daarna volgt een analyse van het functioneren van de collectieve beheersorganisaties in Nederland onder het mededingingsrecht. Tot besluit is er een samenvatting van de belangrijkste punten van dit hoofdstuk, gepaard aan enige conclusies.

2. HET MEDEDINGINGSRECHT EN HET NEDERLANDSE SYSTEEM VAN DE VASTE BOEKENPRIJS

Bij typisch mededingingsbeperkende figuren in de cultuursector denkt men al snel aan de systemen van vaste boekenprijzen, die in een aantal Europese landen van kracht zijn. In dit hoofdstukonderdeel wordt de houdbaarheid van de Nederlandse variant onder het antitrustrecht tegen het licht gehouden.

Eerst wordt de historie van het vasteboekenprijsstelsel in Nederland uit de doeken gedaan, gevolgd door een beschrijving van de huidige wettelijke regeling. Vervolgens komt de houdbaarheid van het Nederlandse stelsel onder het communautaire kartelrecht aan de orde. De in deze problematiek cruciale voorwaarden uit art. 81 EG en de 'effet utile'-leer worden aan een nadere beschouwing onderworpen, evenals de relevante excepties. Tot besluit wordt kort ingegaan op de toekomstperspectieven van het Nederlandse systeem van de vaste boekenprijs.

2.1. Inleiding – Het traject naar de Wet op de vaste boekenprijs

Sinds begin 2005 is er in Nederland een nieuwe Wet op de vaste boekenprijs. De kern van deze wet is het handhaven van een vaste detailhandelsprijs voor boeken binnen Nederland. Dit systeem was al jaren van toepassing, maar toen via een privaat stelsel van de Koninklijke Vereniging van het Boekenvak (KVB). De reden dat er nu een wettelijke regeling is ligt in het feit dat men het systeem bestendig wilde maken voor het mededingingsrecht. De vraag is vervolgens of dit ook gelukt is: kan het nieuwe systeem uit de greep blijven van zowel het Nederlandse als het Europese mededingingsrecht?

De systematiek van de vaste boekenprijs gaat al meer dan een eeuw terug. In 1815 is de (inmiddels) Koninklijke Vereniging van het Boekenvak (KVB) opgericht ter behartiging van de belangen van boekhandels. Sinds haar oprichting heeft de vereniging zich beziggehouden met overleg over prijsafspraken. Van 1904 tot 2005 beheerde de KVB het Reglement Handelsverkeer, dat als kern had een vaste boekenprijs voor elk Nederlandstalig boek

dat in de Nederlandse boekhandel verkrijgbaar was.¹⁷ De KVB was daarmee de spin in het web van een systeem van collectieve prijsbinding dat de verkoopprijzen van boeken in de winkels uiteindelijk bepaalde.

Onder de oude Wet Economische Mededinging (WEM) is in 1997 (voor de tweede keer) een ontheffing verleend voor het prijsbindingsstelsel van de KVB.¹⁸ Deze ontheffing liep af op 1 januari 2005. Aangezien de nieuwe Mededingingswet geen mogelijkheden biedt voor een ontheffing op cultuurpolitieke gronden, en de NMa niet van plan leek om in deze zaak de uitzonderingsgronden van art. 6 lid 3 Mw van toepassing te achten, is een formele wet ontworpen door enkele Kamerleden om het stelsel te redden. Met de introductie van de Wet op de vaste boekenprijs in 2005 is de KVB haar prijsbepalende functie formeel kwijtgeraakt. Ook onder de nieuwe systematiek is het echter nog steeds het ondernemersveld dat de hoogte van de prijzen bepaalt.

Ondanks de vrijstelling onder de WEM, werd de vaste boekenprijs 'oude stijl' zeker niet door iedereen zonder slag of stoot aanvaard. De KVB heeft in het verleden menige juridische procedure gevoerd om ongehoorzame boekhandelaren op het 'rechte pad' te krijgen, indien deze blijk gaven van de intentie om onder de vaste prijs te duiken.¹⁹ Een beroep op het Nederlandse mededingingsrecht zat er door de afgegeven vrijstelling voor de ongehoorzame boekhandelaren niet in.

Als argumenten vóór een systeem van vaste boekenprijzen gelden de volgende motieven: (i) het loslaten van de vaste boekenprijs vormt een bedreiging voor kleine, regionale en gespecialiseerde boekhandels; (ii) uitgeverijen bieden in geval van afschaffing geen ruimte meer voor minder commerciële boeken; (iii) meer in het algemeen zorgt een vaste boekenprijs voor een optimale beschikbaarheid en toegankelijkheid van boeken voor de consument; (iv) hij stimuleert boekhandelaren ook om hun cliënteel een betere service te bieden. Kortom: het systeem van de vaste boekenprijs garandeert de pluriformiteit van het aanbod, zowel wat betreft boeken

17 Zie voor een beschrijving van de historie van de KVB de website van deze vereniging, onder de knop 'over de kvb', en dan het kopje 'geschiedenis'.

18 De Commissie besloot in 1999 om op dat moment geen verdere actie te ondernemen tegen het boekenprijsstelsel, omdat zij meende dat het interstatelijkheids criterium niet in het geding was. Zie Persbericht IP/99/668 van 9 september 1999, 'Commissie sluit dossier over stelsel van vaste boekenprijzen in Nederland'.

19 Zo heeft de KVB o.a. procedures gevoerd tegen Free Record Shop en Fred Reiber. Zie Jaarverslag 2000, Koninklijke Vereniging van het Boekenvak, p. 12 en 13.

(beschikbaarheid van het boekenaanbod) als wat betreft aanbieders van die boeken (diversiteit in de infrastructuur).²⁰

Als argumenten tégen een systeem van een vaste boekenprijs gelden o.a. dat dit systeem de prijzen voor de consument kunstmatig hoog houdt en dat het een enigszins effectieve, 'natuurlijke' selectie van boeken in de weg staat.²¹ Daarnaast kunnen vraagtekens gezet worden bij het onderliggende mechanisme van kruissubsidiëring.²²

Het systeem van een vaste boekenprijs maakt in theorie kruissubsidiëring mogelijk tussen goed lopende boeken en boeken die minder goed verkopen. De boekhandels kunnen het verlies dat ze maken op de minder goed verkopende boeken immers compenseren met de (extra) winst die ze maken op de verkoop van bestsellers. Het is overigens de vraag of alle boekenwinkels in de praktijk ook daadwerkelijk altijd uitvoering geven aan dit mechanisme van kruissubsidiëring. Waarom zouden boekhandels bepaalde minder goed verkopende boeken niet uit de schappen halen en zich voor een groot deel concentreren op de titels die wel goed lopen?

Daarnaast is het de vraag of het onderliggende mechanisme van kruissubsidiëring noodzakelijkerwijs als 'reddende engel' optreedt: een vaste (hoge) prijs voor weinig populaire boeken zou op zichzelf al voldoende kunnen zijn om de kostprijs ervan te dekken, mits er een beperkte maar fanatieke groep van potentiële klanten voor de boeken bestaat.

Kern van een systeem van prijsbinding is dat boekenwinkels niet onderling op prijs mogen concurreren. Zij hanteren allemaal één uniform vastgesteld tarief voor een bepaald boek. Het is dan ook niet vreemd dat het mededingingsrecht altijd moeite heeft gehad met dit systeem van vaste prijzen. (Minimum) prijsafspraken behoren tot de meest flagrante schendingen van het mededingingsrecht, waarvoor in de regel geen uitzondering wordt gemaakt. Het gaat bij vasteboekenprijsystemen formeel om stelsels van verticale prijsbinding, maar feitelijk bewerkstelligen dergelijke systemen door hun sterke horizontale cumulatieve effecten ook een prijsafstemming tussen boekwinkels onderling. Eindverkopers concurreren immers niet meer met elkaar op de prijs voor een bepaald boek van een bepaalde schrijver.

Vaste prijssystemen voor boeken kunnen een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke vorm hebben. In het eerste geval vormt een overheidsrege-

20 Zie bijvoorbeeld de considerans van de Wet op de vaste boekenprijs, *Staatsblad* 2004, 600 en *Staatsblad* 2004, 623 en het Jaarverslag 2000, Koninklijke Vereniging van het Boekenvak, p. 6.

21 Zie Van Boxtel 2004, p. 105

22 Zie ook Houdijk 2005d, p. 148.

ling het kader van het stelsel. In het tweede geval hebben vaste prijssystemen een private basis en uitvoering: ze worden geheel door marktpartijen bepaald en gecontroleerd. Het oude boekenprijzenstelsel in Nederland kende een volledig private uitvoering.

Naar gelang de precieze vorm van de regeling kan het communautaire recht van de vier vrijheden (in het bijzonder het vrij verkeer van goederen en het vrij verkeer van diensten), dan wel het EG-mededingingsrecht van toepassing zijn. Uitgangspunt daarbij is dat het vrijverkeersrecht toeziet op mogelijke beperkingen van de handel tussen lidstaten als gevolg van overheidsregelgeving, en het communautaire mededingingsrecht op belemmeringen als gevolg van gedragingen van ondernemingen. Via de 'effet utile'-leer kan het Europese mededingingsrecht zich echter ook uitstrekken over overheidsactiviteiten.

Nu het Nederlandse prijsbindingsstelsel voor de boekensector is vastgelegd in een formele wet, lijkt de Nederlandse Mededingingswet buitenspel te staan. De grootste bedreigingen voor de Nederlandse boekenprijswet komen dan ook van de kant van het Europese recht.

2.2. De kenmerken van de Wet op de vaste boekenprijs

De Wet op de vaste boekenprijs is op 1 januari 2005 in werking getreden in Nederland.²³ Deze wet schrijft voor dat de uitgever van boeken in de Nederlandse of Friese taal en van muziekl uitgaven (bladmuziek) die hij voor het eerst in een bepaalde uitvoering in Nederland uitgeeft, een vaste prijs vaststelt.²⁴ De kleinhandelaar dient deze prijs in acht te nemen bij de verkoop aan de eindafnemer (de boekenkoper).²⁵ Voor boeken en muziekuitgaven die uit het buitenland worden geïmporteerd, stelt de importeur een vaste prijs vast. De verplichting tot het aanhouden van een vaste prijs geldt niet voor boeken die in Nederland zijn uitgegeven en na export weer in Nederland worden geïmporteerd vanuit andere EG- of EER²⁶-lidstaten, tenzij de import specifiek plaatsvindt met het oogmerk om de wet te ontduiken.²⁷ Met dit laatste worden U-bochtconstructies expliciet verboden.²⁸

23 Wet van 9 november 2004, houdende regels omtrent de vaste boekenprijs (Wet op de vaste boekenprijs), *Staatsblad* 2004, 600 en *Staatsblad* 2004, 623.

24 Art. 2 Wvb.

25 Art. 6 Wvb.

26 De Europese Economische Ruimte (EER) is ingesteld in een associatieovereenkomst van de EG met de Europese Vrijhandelsassociatielanden IJsland, Noorwegen en Liechtenstein.

27 Art. 3 Wvb.

28 Bij U-bochtconstructies wordt op artificiële wijze een grensoverschrijdend element aangebracht, zodat vervolgens het Gemeenschapsrecht kan worden ingeroepen om

Oorspronkelijk was in de conceptwet de bepaling opgenomen dat importeurs verplicht zouden zijn om de door buitenlandse uitgevers van Nederlandstalige boeken aanbevolen of vastgestelde prijzen in acht te nemen. Na kritiek van de Europese Commissie is deze bepaling echter uit de wet verwijderd.

De vaste prijzen gelden niet voor opruiming en in geval van faillissement van de boekhandel in kwestie. Ook voor boekenclubs kan een uitzondering gemaakt worden op de hoofdregel van de vaste prijs.²⁹ Schoolboeken vallen niet onder de werking van de wet, dus voor deze boeken geldt geen systeem (meer) van vaste prijzen.³⁰ Wanneer scholen de boeken inkopen voor hun leerlingen zijn doorgaans de aanbestedingsregels van toepassing.

De uitgever en de importeur zijn gehouden om van de vaste prijs voor een boek of muziekgave mededeling te doen aan het Commissariaat voor de Media. Het Commissariaat zorgt voor de landelijke bekendmaking van die vaste prijs.³¹ Het Commissariaat zal ook toezicht houden op de naleving van de wet.³² Overtreders kunnen te maken krijgen met een boete of dwangsom van deze instantie.³³ Overigens is het niet zo dat het Commissariaat de prijzen vaststelt, het controleert alleen of iedereen zich houdt aan de door de uitgever bepaalde prijs voor een boek.

Oorspronkelijk was het de bedoeling om een nieuw zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) op te richten dat belast zou worden met het toezicht op de Wet op de vaste boekenprijs. Uiteindelijk is het Commissariaat voor de Media ingeschakeld als handhavinginstantie. De oprichting van een nieuwe ZBO, speciaal ter controle van deze wet, lijkt inderdaad wat veel van het goede.

De Wet op de vaste boekenprijs is nader uitgewerkt in een Besluit vaste boekenprijs³⁴ en een Regeling vaste boekenprijs.³⁵ In deze regelingen heeft de minister van OCW voorschriften neergelegd over kortingsregelingen, bijzondere prijzen, boekenclubs en de distributie-infrastructuur in de boekensector.

te ontkomen aan de toepassing van de nationale regels. Zie Barents & Brinkhorst 2003, p. 352 en 353.

29 Art. 6 en art. 9 Wvb.

30 Art. 1 sub b en d Wvb.

31 Art. 4 Wvb.

32 Art. 15 Wvb.

33 Art. 17 Wvb.

34 Besluit vaste boekenprijs van 3 mei 2005, *Stb.* 2005, 269 en *Stb.* 2005, 367.

35 Regeling vaste boekenprijs van 12 april 2007, *Stcrt.* 2007, 72.

2.3. De vaste boekenprijs onder het EG-mededingingsrecht

In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de status van het vaste boekenprijsstelsel onder het Europese mededingingsrecht. Hierbij spitst de beschouwing zich toe op de knelpunten van het stelsel met het genoemde rechtsgebied, en worden de belangrijkste criteria van het kartelverbod doorgelopen op hun toepasselijkheid ten aanzien van het boekenprijsstelsel.

2.3.1. De knelpunten met het EG-mededingingsrecht

Zoals gezegd kunnen vasteprijsstelsels voor boeken publiekrechtelijke en private elementen in zich dragen. Stelsels van beider aard zijn bekend binnen Europa, en het Hof van Justitie EG heeft zich in het verleden dan ook over beide soorten uitgelaten. Ook het Europees Parlement heeft zich beziggehouden met het fenomeen van de vaste boekenprijs, en de Commissie opgeroepen om een richtlijn vast te stellen over dit onderwerp. Het zou dan gaan om een richtlijn met een aantal regels en uitgangspunten die een kader scheppen voor nationale prijsbindingsystemen voor boeken.³⁶ Tot dusverre heeft de Commissie hieraan geen gehoor gegeven.³⁷ Verder heeft de Raad een resolutie opgesteld met daarin het verzoek aan de Commissie om bij de toepassing van het Europese mededingings- en vrijverkeersrecht rekening te houden met de bijzondere culturele waarde van het boek en met het belang van het boek voor de bevordering van de culturele verscheidenheid. Ook de grensoverschrijdende dimensie van bepaalde boekenmarkten dient de Commissie daarbij in acht te nemen.³⁸

De jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter over de toepassing van het vrijverkeersrecht op nationale prijsregelingen voor boeken spitst zich toe

36 Zie Resolutie van het Europees Parlement van 16 mei 2002 met aanbevelingen aan de Commissie over de vaststelling van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de vaste boekenprijs, 2001/2061 (INI).

37 Het is overigens de vraag of een richtlijn op zichzelf de toepassing van het communautaire mededingingsrecht ten aanzien van nationale prijsbindingstelsels kan mitigeren. Als instrument van secundair recht kan een richtlijn de werking van primair EG-recht immers niet opzij zetten. Deze kwestie hangt mede af van de vraag hoeveel ruimte een richtlijn nog zou laten voor private initiatieven en particulier mededingingsbeperkend gedrag. Wellicht zou D-G Concurrentie de inhoud van de richtlijn mee kunnen nemen bij het uitzetten van een mededingingsbeleid ten aanzien van nationale vasteboekenprijsstelsels. Aldus zou een richtlijn een rol spelen bij of zelfs van invloed zijn op de interpretatie van primair EG-recht (in dit geval het communautaire mededingingsrecht).

38 Zie Resolutie van de Raad van 12 februari 2001 betreffende de toepassing van nationale stelsels voor het vaststellen van de boekenprijs, *Pb.* 2001, C 73/5.

op de toepassing van art. 28 EG (vrij verkeer van goederen) in twee soorten situaties: boeken die in een andere lidstaat zijn uitgegeven en in de betrokken lidstaat worden ingevoerd; boeken die in de betrokken lidstaat zelf zijn uitgegeven en, na uitvoer naar een andere lidstaat, weer worden ingevoerd.³⁹ Schending van art. 28 EG is aan de orde wanneer de nationale wet een andere regeling treft voor de prijsvaststelling van nationale producten dan voor die van ingevoerde boeken. Ook is sprake van een inbreuk op dit artikel indien de nationale regeling de importeur de mogelijkheid ontnemt om prijsvoordelen van in het buitenland aangekochte boeken die oorspronkelijk in de eigen lidstaat zijn uitgegeven, door te geven aan zijn klanten.⁴⁰ In het *Leclerc*-arrest oordeelde het Hof voorts dat dit type overheidsregelingen niet te rechtvaardigen is onder art. 30 EG, noch onder de 'rule of reason'.⁴¹

De jurisprudentie omtrent nationale prijsregelingen onder het Europese vrijverkeersrecht is overigens veel uitgebreider dan het genoemde arrest misschien doet vermoeden en ook tamelijk genuanceerd: zo zijn er uitspraken waarin het Hof nationale prijsmaatregelen zonder onderscheid geheel buiten de werking van art. 28 EG houdt.⁴²

Naast het EG-recht van de vier vrijheden kan ook het communautaire mededingingsrecht van toepassing zijn op prijsstelsels voor boeken. Het mededingingsrecht kan zich uitstrekken over zowel een puur privaat systeem, als over een systeem dat is vervat in een publiekrechtelijk kader. In het eerste geval behoort toepassing van art. 81 en 82 EG ten aanzien van ondernemingen of ondernemersverenigingen die het private systeem 'runnen' tot de mogelijkheden. In het tweede geval komt de 'effet utile'-leer om de hoek kijken ten aanzien van de lidstaat die het publiekrechtelijke kader verzorgt, in combinatie met de (potentiële) applicatie van de anti-trustbepalingen op het ondernemersveld.

De 'effet utile'-leer betreft de toepassing van art. 3 lid 1 sub g j^o 10 j^o 81 of 82 EG. De combinatie van deze Verdragsartikelen verplicht de lidstaten om de effectieve toepassing van de communautaire mededingingsregels niet te ondergraven.⁴³ Toepassing van de 'effet utile'-leer is geëigend

39 Zaak 229/83, *Leclerc*, *Jur* 1985, 1, r o 24

40 Zaak 229/83, *Leclerc*, *Jur* 1985, 1, r o 23, 25, 26

41 Zaak 229/83, *Leclerc*, *Jur* 1985, 1, r o 28-30

42 Zie over deze jurisprudentie Van de Gronden 1999, p 237-240

43 Art 3 lid 1 sub g EG draagt de Europese Gemeenschap op te voorzien in een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Art 10 EG bevat het beginsel van de Gemeenschapstrouw. Op basis van dit artikel mogen lidstaten geen handelingen verrichten die de werking van EG-Verdragsartikelen frustreren en het Gemeenschapsbeleid ondergraven. Het mededingingsrecht van art 81 en 82 EG behoort tot dit Gemeenschapsbeleid.

indien een lidstaat het tot stand komen van mededingingsbeperkende gedragingen oplegt of begunstigt, dan wel de werking ervan versterkt of de verantwoordelijkheid voor overheidsinterventie overdraagt aan particuliere marktdeelnemers.⁴⁴

Bij de toepassing van art. 81 lid 1 EG op (deels) privaat georganiseerde prijsbindingsystemen in de boekensector, lijkt vooral de voorwaarde van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel cruciaal. Het criterium van de mededingingsbeperking zal niet tot al te veel discussie leiden. In de woorden van de Commissie:

"Doordat de prijsconcurrentie tussen boekhandelaren voor afzonderlijke titels wordt uitgeschakeld, wordt voorkomen dat de handelaren hun marktpositie door eigen concurrentie-inspanningen verbeteren waarbij zij uitgeverijproducten aanbieden tegen prijzen die lager zijn dan de door de uitgevers vastgestelde detailhandelsprijzen, en aldus de met rationaliseringsmaatregelen bereikte voordelen aan de consument doorgeven. Evenzo wordt het boekhandelaren onmogelijk gemaakt de verkoop van hun producten door incidentele of regelmatige prijsverlagingen te bevorderen. Deze overeenkomsten beperken derhalve de mededinging."⁴⁵

Het criterium van de overeenkomst tussen ondernemingen kan de vraag oproepen in hoeverre ondernemingen 'gestuurd' of zelfs 'verplicht' worden door de overheid om bepaalde zaken, zoals de prijs van producten, te coördineren. Dit vraagstuk kan (ook) aan bod komen binnen de 'effet utile'-leer.

Uiteindelijk lijken vijf punten van groot belang bij de juridische toetsing van de Wet op de vaste boekenprijs onder het EG-mededingingsrecht. Deze vijf elementen verschillen sterk van elkaar wat betreft hun plaats in het toepassingstraject van dit rechtsgebied. Maar zij hebben gemeen dat zij alle vijf relevant zijn en in zekere zin een obstakel kunnen vormen voor de toepassing van het kartelverbod ten aanzien van de wet. Het gaat om de volgende punten:

- 1) De voorwaarde uit art. 81 lid 1 (en 82 EG) dat de tussenstaatse handel ongunstig wordt beïnvloed;
- 2) De 'effet utile'-leer;

44 Zie zaak 267/86, Van Eycke, *Jur.* 1988, 4769, r.o. 16; zaak C-2/91, Meng, *Jur.* 1993, I-5751, r.o. 14.

45 Vgl. Mededeling overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 van de Raad betreffende een verzoek om een negatieve verklaring of een vrijstelling overeenkomstig artikel 81, lid 3 EG (zaken COMP/34.657 - Sammelrevers en COMP/35.245-35.251 - Einzelreverse), *Pb.* 2000, C 162/25, par. 11 en 12.

- 3) Art. 81 lid 3 EG;
- 4) Art. 86 lid 2 EG;
- 5) De jurisprudentiële uitzonderingsmethode van de 'rule of reason'.

Formeel dienen de excepties in het kader van art. 81 EG behandeld te worden, alvorens de 'effet utile'-leer aan bod kan komen. Immers, pas bij een daadwerkelijke schending van art. 81 EG komen de overige criteria van deze leer aan bod. Als de 'particuliere' dimensie van een prijsbindingsstelsel al niet strijdig is met het mededingingsrecht (bijvoorbeeld op grond van een uitzondering op culturele gronden), dan valt ook de 'publiekrechtelijke' dimensie buiten de toepassing van het mededingingsrecht. De 'effet utile'-leer is nu eenmaal enkel van toepassing bij de gratie van een private schending van art. 81 of 82 EG die het publiekrechtelijk optreden aan- of invult dan wel anderszins vorm geeft.

De reden dat de behandeling van de 'effet utile'-leer hier toch een plaats krijgt vóór de bespreking van de 'rule of reason', ligt in het feit dat binnen de 'effet utile'-leer interessante afwegingen plaatsvinden met betrekking tot de relatie overheid – ondernemersveld, die ook van belang zijn voor het kartelverbod van art. 81 lid 1 zelf. Hier komt bij dat het zeer wel mogelijk is dat het finale oordeel over de houdbaarheid van het Nederlandse prijsbindingsstelsel afhangt van de excepties. Voor de opbouw van dit stuk is het dan goed om naar de inhoudelijk cruciale onderdelen toe te werken.

Eerst volgt nu een analyse van het interstatelijkheids criterium, aangezien dit de toegangspoort vormt tot de toepassing van het *Europese* mededingingsrecht.

2.3.2. Beïnvloeding van de tussenstaatse handel

Voor de toepassing van art. 81 lid 1 EG is het nodig dat de tussenstaatse handel wordt beïnvloed. De voorwaarde van de handelsbeïnvloeding is bedoeld als afbakeningscriterium voor de werking van dit Verdragsartikel. Pas bij een (mogelijk) effect op de tussenstaatse handel valt de afspraak onder het bereik van het EG-kartelrecht. Men ziet dat de Commissie tot nu toe vaste boekenprijsstelsels die zich min of meer beperken tot het grondgebied van één lidstaat, op basis van deze maatstaf met rust laat.⁴⁶

⁴⁶ Vgl. Mededeling overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 van de Raad betreffende een verzoek om een negatieve verklaring of een vrijstelling overeenkomstig artikel 81, lid 3 EG (zaken COMP/34 657 – Duitse Sammelrevers, en COMP/35 245-35.251 – Duitse Einzelreverse), Pb 2000, C 162/25, par. 13

Toch is het de vraag of deze benadering niet eerder berust op beleidsmatig-politieke overwegingen (zoals een zekere terughoudendheid om in te grijpen in het culturele leven van een lidstaat), dan op de juridische onmogelijkheid om in te grijpen vanwege de 'tussenstaatse handel'-voorwaarde.⁴⁷

Tussen Nederland en België bestaat een omvangrijke grensoverschrijdende handel in Nederlandstalige boeken. De wetgever heeft in de Wet op de vaste boekenprijs bepaald dat boeken afkomstig uit het 'communautaire buitenland' zijn onderworpen aan de systematiek van een vaste prijs, tenzij het gaat om herinvoer van oorspronkelijk in Nederland uitgegeven boeken. Wanneer een buitenlandse uitgever zijn boeken rechtstreeks in Nederland invoert, bepaalt de importeur de vaste prijs.

De vraag is dan in hoeverre dit prijsbindingsstelsel nu daadwerkelijk in de weg staat aan de import van boeken uit het buitenland (bijvoorbeeld België). Het stelsel mag er dan niet op gericht zijn om buitenlandse ondernemers uit de markt te drukken, het beperkt wel de mogelijkheid voor buitenlandse uitgeverijen om zelf invloed uit te oefenen op de prijs waarvoor hun boeken op de Nederlandse markt worden gebracht. Ook is de mogelijkheid van prijsdifferentiatie binnen Nederland in ieder geval uitgesloten. Deze omstandigheid kan een effect hebben op de verkoop(aantallen) van het product in kwestie, en aldus op het transport en de handel in dat goed.

Er zijn sterke aanwijzingen dat de Wet op de vaste boekenprijs een merkbare (negatieve) invloed heeft op de tussenstaatse handel.⁴⁸ Het Hof van Justitie gaat over het algemeen uit van een ruime interpretatie van het criterium van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel in art. 81 en 82 EG.⁴⁹ Ook de Europese Commissie hanteert een brede uitleg:

47 Vgl. de zienswijze van Staatssecretaris V d. Laan over de opstelling van de Commissie in dezen. Opmerkingen van Staatssecretaris M v d. Laan bij de behandeling van de Wet op de vaste boekenprijs in de Eerste Kamer, 12 oktober 2004, *Handelingen Eerste Kamer* 2004-2005, nr. 2, p. 41.

48 Zie Mok 2003, p. 6. Aangetekend moet worden dat Mok zich hier uitsloot over een eerder concept van het wetsvoorstel betreffende de vaste boekenprijs, dat enkele verdergaande bepalingen bevatte voor de tussenstaatse handel dan de uiteindelijke versie, zoals de verplichting voor importeurs om door buitenlandse uitgeverijen vastgestelde prijzen in acht te nemen.

49 Zie bijvoorbeeld zaak 5/69, Volk/Vervaecke, *Jur.* 1969, 561. Aangetekend moet worden dat het Hof in meer recente zaken ook wel constateerde dat er géén invloed op de tussenstaatse handel aanwezig was. Gevoegde zaken C-215 en 216/96, Carlo Baginasco e a./BPN, *Jur.* 1999, I-135. Maar in deze zaak ging het zeker niet om directe, allesomvattende prijsafspraken binnen de markt van een lidstaat.

"Verticale overeenkomsten die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijken, kunnen () de handelsstromen tussen lidstaten beïnvloeden wanneer zij het voor ondernemingen uit andere lidstaten moeilijker maken de betrokken nationale markt te penetreren, hetzij via export, hetzij via vestiging () Wanneer verticale overeenkomsten een dergelijk marktafsluitend effect hebben, kunnen zij bijdragen tot de versterking van de nationale drempelvorming en zodoende de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruisen"⁵⁰

Het Hof van Justitie heeft marktafsluiting gedefinieerd als het ontbreken, als gevolg van overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen, van reële en concrete mogelijkheden om toegang tot de markt te krijgen.⁵¹

Het hierboven omschreven type verticale overeenkomst is dus wel degelijk in staat om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden, zelfs wanneer het niet direct obstakels voor die handel in het leven roept. Systemen van *verticale* prijsbinding kunnen de handelsstromen evenzeer beïnvloeden als horizontale kartels.⁵²

Een nationaal systeem van prijsbinding dat de gehele Nederlandse boekenmarkt beslaat mag dan slechts gelden op het grondgebied van één lidstaat, maar lijkt met deze uitgangspunten toch de handel tussen lidstaten ongunstig te (kunnen) beïnvloeden. 'Drempelvorming'⁵³ is normaliter het sleutelwoord bij afspraken of systemen die zich beperken tot het grondgebied van één lidstaat. In de casuïstiek van de vaste boekenprijzen krijgt dit begrip zijn eigen karakteristieke invulling bij de analyse van die aspecten van boekenprijsregelingen die een grensoverschrijdend element in zich dragen of een dusdanig effect teweegbrengen.

Onder de Nederlandse Wet op de vaste boekenprijs krijgen buitenlandse ondernemers die in Nederland een boekwinkel willen openen te maken met de afwezigheid van een zeer belangrijke concurrentiefactor (de prijs), op basis waarvan ze zich zouden kunnen onderscheiden in de markt en hun eigen marktaandeel vergroten. In die zin vormt het prijsstelsel een

50 Commissie-Mededeling met Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 EG, *Pb* 2004, C 101/81, par 86

51 Commissie-Mededeling met Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb* 2004, C 101/81, par 87

52 Zie Commissie-Mededeling met Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb* 2004, C 101/81, par 88

53 Zie zaak 8/72, Vereniging van Cementhandelaren, *Jur* 1972, 977 indien een ondernemersafpraak het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt kan dit een drempel opleveren voor ondernemingen uit andere lidstaten om zich op die markt te begeven. Zie ook Jones & Sufrin 2004, p 173 en 174. Zie verder de Brief van de Minister van EZ aan de Tweede Kamer, 1 september 2004, *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 652, nr 28, p 2

belemmering voor buitenlandse ondernemers om zich in Nederland te vestigen en een substantiële plaats te verwerven op de Nederlandse boekenmarkt.

Ook buitenlandse consumenten (bijvoorbeeld Vlamingen) kunnen nadeel ondervinden van de vaste boekenprijs, wanneer zij in Nederland een boek willen kopen en het in Nederland geldende prijssysteem hun de mogelijkheid ontnemt om dit tegen een zo scherp mogelijk bedrag te doen.

De Wet op de vaste boekenprijs bevat, zoals hierboven reeds vermeld, het voorschrift dat de importeurs van in het buitenland uitgegeven (Nederlandstalige) boeken een vaste prijs voor Nederland bepalen.⁵⁴ De bemoeienis van de importeurs met de vaststelling van de vaste prijs voor de Nederlandse markt van buitenlandse (Nederlandstalige) boeken vermindert het profijt dat de consument kan hebben van het vrije handelsverkeer, namelijk de volledige doorgifte van voordelige prijzen van een buitenlandse uitgever.

In de huidige Wet op de vaste boekenprijs zijn dus wel degelijk factoren aan te wijzen die leiden tot een negatieve invloed op de tussenstaatse handel.⁵⁵ Het argument dat boekenprijssystemen die zich tot één taalgebied beperken in essentie een puur nationale markt behelzen,⁵⁶ gaat niet op, want taalgebieden zijn nu eenmaal niet landsgrensgebonden in Europa. Dit geldt bijvoorbeeld voor de Duitse en de Engelse taal, maar ook voor de Nederlandse. Het argument dat een terughoudende toepassing van het interstatelijkheids criterium recht doet aan de autonomie van de lidstaten op cultureel gebied, is ook niet op zijn plaats: een dergelijke redeneerwijze houdt de introductie in van een normatief element in een technisch criterium, dat daar niet thuishoort. Bij het interstatelijkheids effect staat centraal of de betreffende afspraak of het betreffende systeem het handelsverkeer tussen lidstaten beïnvloedt, niet of de politieke autonomie van een lidstaat gewaarborgd dient te worden op een bepaald beleidsterrein.

Indien men vaststelt dat de voorwaarden van het verbod van art. 81 lid 1 EG zijn vervuld, inclusief het criterium van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel, dan komt men vervolgens uit bij de juridische uitzonderingsgronden op dat verbod: art. 81 lid 3 EG; art. 86 lid 2 EG; het instru-

54 De verplichting tot het aanhouden van een vaste prijs geldt alleen niet voor boeken die in Nederland zijn uitgegeven en na export weer in Nederland worden geïmporteerd vanuit andere EG-lidstaten, tenzij de import specifiek plaatsvindt met het oogmerk om de wet te ontduiken.

55 Zie ook De Vries 2006, p. 176.

56 Vgl. De Vries 2006, p. 113 en 114.

ment van de 'rule of reason'. Alvorens deze excepties onder de loep te nemen, eerst aandacht voor plaats en werking van de 'effet utile'-doctrine in de vasteboekenprijskasus.

2.3.3. De 'effet utile'-leer

2.3.3.1. Inleiding

Art. 81 en 82 EG zijn gericht tot ondernemingen: pas indien deze actoren zelf activiteiten ondernemen om de mededinging te beperken, kunnen genoemde artikelen van toepassing zijn. Het Hof van Justitie stelt in het *Ladbroke*-arrest⁵⁷ en in het *Altair Chimica*-arrest⁵⁸ ferm vast dat art. 81 en 82 EG alleen betrekking hebben op de mededingingsversturende gedragingen waartoe ondernemingen op eigen initiatief hebben besloten. De mededingingsbeperking moet haar oorsprong hebben in autonome gedragingen van ondernemingen.⁵⁹ Het Hof zet de uitgangspunten wel erg stevig neer in deze twee arresten,⁶⁰ al hangt een en ander sterk samen met het feitelijke onderwerp van de voorliggende casus: de verstrekking van een exclusief recht aan een onderneming, respectievelijk de inning van overheidsbelastingen door een onderneming.⁶¹ Feit blijft dat voor de toepassing van het kartel- en misbruikverbod een link met zelfstandig ondernemersgedrag absoluut noodzakelijk is.

De Gemeenschapsrechter heeft beslist dat private akkoorden die in overleg met de overheid gesloten zijn of die tot stand zijn gekomen binnen een publiekrechtelijk kader dat de speelruimte van ondernemingen beperkt, daardoor *niet* aan het kartelverbod van art. 81 lid 1 EG kunnen ontsnappen.⁶² Ook het feit dat overheidsautoriteiten bepaalde afspraken tussen ondernemingen (bijvoorbeeld over minimumprijzen) goedkeuren en zelfs op verzoek van die ondernemingen bekrachtigen (algemeen verbindend

57 Gevoegde zaken C-359 en 379/95 P, *Ladbroke Racing*, *Jur* 1997, I-6265

58 Zaak C-207/01, *Altair Chimica/ENEL*, *Jur* 2003, I-8875

59 Zie gev. zaken C-359 en 379/95 P, *Ladbroke Racing*, *Jur* 1997, I-6265, r.o. 33-35, en zaak C-207/01, *Altair Chimica/ENEL*, *Jur* 2003, I-8875, r.o. 30 en 31

60 Het ware wellicht nauwkeuriger geweest om het uitgangspunt aldus te formuleren: Art. 81 en 82 EG hebben enkel betrekking op mededingingsbeperkingen waaraan ondernemingen (mede) zelfstandig inhoud hebben gegeven

61 Overigens zou ik ook in dit type zaken een controle uit hoofde van art. 82 EG op ondernemingsgedrag wat betreft de *uitoefening* van eventueel door de staat verleende bevoegdheden *niet a priori* willen uitsluiten. Voorts zou art. 86 EG wellicht nog een rol kunnen spelen in dit soort zaken

62 Zie zaak 123/83, *BNIC/Clair*, *Jur* 1985, 391, r.o. 17, 19, 20 en 26, en gevoegde zaken 240-242, 261, 262, 268 en 269/82, *SSI e a./Commissie*, *Jur* 1985, 3831, r.o. 40

verklaren) onttrekt die overeenkomsten niet aan de werking van art. 81 lid 1 EG.⁶³

De omstandigheid dat nationale autoriteiten op de hoogte waren van het mededingingsbeperkende gedrag van de ondernemingen of dit hebben goedgekeurd of zelfs aangemoedigd, doet niets af aan de toepasbaarheid van art. 81 EG ten aanzien van ondernemingen.⁶⁴ Dezelfde uitgangspunten gelden *grosso modo* voor art. 82 EG. Genoemde artikelen kunnen op deze wijze niet alleen direct tegengeworpen worden aan ondernemingen, maar via de band van art. 3 lid 1 sub g EG en vooral art. 10 EG tevens aan lidstaten. Dit laatste fenomeen draagt ook wel de naam 'effet utile'-leer.

In het arrest *Inno/ATAB* heeft het Hof van Justitie aangegeven dat een overheidsmaatregel die dwingt tot een gedraging die schending oplevert van art. 81 of 82 EG in strijd is met de combinatie art. 3 lid 1 sub g j^o 10 j^o 81/82 EG.⁶⁵ In het dictum van dit arrest koppelt het Hof de 'effet utile'-leer aan het door een nationaal wettelijk stelsel "in de hand werken" van schending van art. 82 EG, waarbij mede gelet moet worden op de handelsbelemmeringen die kunnen "voortvloeien" uit de aard van het stelsel.⁶⁶ De lat lijkt hiermee (juridisch) in beginsel niet zo hoog te liggen voor het aannemen van schending van de 'effet utile'-leer door een lidstaat.

Jans c.s. onderscheidt vier categorieën van 'effet utile'-situaties.⁶⁷ Uit zijn analyse blijkt dat onder de 'effet utile'-doctrine niet alleen valt de situatie dat een lidstaat in zijn wetgeving ondernemingen stimuleert of aanzet tot het maken van mededingingsbeperkende afspraken, maar dat de leer ook betrekking heeft op de situatie dat de overheid een bestaand kartel 'legali-

63 Zie zaak 123/83, *BNIC/Clair*, *Jur.* 1985, 391, r.o. 22 en 23. In *BNIC/Clair* oordeelde de Gemeenschapsrechter dat de publiekrechtelijke status van het lichaam waarin groepen van economische subjecten zich hadden verenigd, niets afdeed aan de schending van het mededingingsrecht: het Hof beschouwde de functionarissen van het lichaam als vertegenwoordigers van het ondernemersveld. Zie zaak 123/83, *BNIC/Clair*, *Jur.* 1985, 391, r.o. 13-26.

64 GvEA 13 december 2006, gev. zaken T-217/03 en T-245/03, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV)* e.a. t. Commissie, n.n.g., r.o. 92. Zie ook zaak T-7/92, *Asia Motor France II*, *Jur.* 1993, II-669, r.o. 71, met een verwijzing naar zaak 229/83, *Leclerc*, *Jur.* 1985, 1; zaak T-148/89, *Tréfilunion* t. Commissie, *Jur.* 1995, II-1063, r.o. 118. Zie verder Press Release no. 101/06 van 13 december 2006 over het arrest van het GvEA in gev. zaken T-217/03 en T-245/03, *FNCBV* e.a. t. Commissie.

65 Zaak 13/77, *Inno/ATAB*, *Jur.* 1977, 2115; r.o. 37.

66 Zaak 13/77, *Inno/ATAB*, *Jur.* 1977, 2115, ov. 2 van het dictum.

67 Zie hierover Paragraaf 3.6 van Hoofdstuk II.

seert' door de betreffende afspraken in overheidsregelgeving vast te leggen.

Hoewel ook de Nederlandse rechter en de NMa zich hebben uitgelaten over de 'effet utile'-leer, bijvoorbeeld in de *Souwer-uitspraak*,⁶⁸ de *Kraaijenbergse Plassen-zaak*,⁶⁹ en de *Nederlandse Dagbladpers-zaak*,⁷⁰ komen de belangrijkste aanwijzingen voor de betekenis en invulling van deze doctrine toch uit Luxemburg. Hierboven zijn reeds enige zaken genoemd waarin de leer is uitgewerkt, maar er is veel meer Europese rechtspraak over het 'effet utile'-fenomeen. Deze is niet altijd even consequent. Hieronder volgt een analyse van een aantal bepalende uitspraken die uiteindelijk van belang zijn voor de positiebepaling van het Nederlandse systeem van de vaste boekenprijs onder het antitrustrecht.

2.3.3.2. Europese *landmark cases* betreffende 'effet utile'

Vereniging van Vlaamse Reisbureaus

In de *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus-zaak*⁷¹ had de Belgische beroepsvereniging voor reisbureaus een gedragscode opgesteld waarin het geven van kortingen werd verboden. Daarnaast had zij afspraken gemaakt over het hanteren van vaste tarieven. Het behoeft geen betoog dat deze activiteiten op zich in strijd waren met art. 81 EG.

De gedragsregels werden vervolgens in een Koninklijk besluit van de Belgische overheid opgenomen en vormden vanaf dat moment als zodanig een wettelijke verplichting. De Belgische overheid bestempelde bovendien in een wettelijke regeling het niet eerbiedigen van de binnen de beroepsvereniging overeengekomen prijzen en tarieven als een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad.

Een reisagent overtrad de gedragsregels en werd daarop aangesproken door de Vereniging van Vlaamse Reisbureaus. De reisagent verdedigde zich met het verweer dat de gedragsregels in strijd waren met het EG-recht. De rechtbank van koophandel te Brussel stelde enkele prejudiciële vragen aan de Gemeenschapsrechter. Het Hof van Justitie bepaalde in zijn

68 Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 11 augustus 1998, nr. H01.97.0295, hoger beroep tegen uitspraak rechtbank Haarlem in geschil Souwer t. Minister van VWS.

69 Besluit NMa 13 augustus 1999, zaaknr. 568, Kraaijenbergse Plassen, randnr. 79.

70 Besluit NMa 21 december 1999, zaaknr. 528, Vereniging de Nederlandse Dagbladpers, randnr. 16.

71 Zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus t. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, *Jur.* 1987, 3801.

uitspraak ten aanzien van de Belgische overheid dat zij de private afspraken versterkte door hen op te nemen in een wettelijke regeling, en aldus de 'effet utile'-leer schond.⁷²

De gelijkenissen tussen deze Europeesrechtelijke zaak en de karakteristieken van de Nederlandse Wet op de vaste boekenprijs-casus zijn even talrijk als treffend.

Van Eycke

In het arrest *Van Eycke*⁷³ heeft het Hof van Justitie de 'effet utile'-formule nader uitgewerkt. Uitgangspunt is nog steeds dat art. 81 en 82 EG op zich slechts betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten. Uit de samenhang van deze artikelen met art. 10 EG volgt evenwel, dat de lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken.⁷⁴

Het Hof beschrijft dan drie vormen waarin lidstaten het nuttig effect van de communautaire mededingingsregels ongedaan kunnen maken:

- (i) Een lidstaat legt op of begunstigt het tot stand komen van met art. 81 EG strijdige afspraken.
- (ii) Een lidstaat versterkt de werking van met art. 81 EG strijdige afspraken. De nationale regeling kan slechts worden geacht de werking van bestaande afspraken te versterken, indien zij de elementen van tussen ondernemingen gesloten akkoorden geheel of gedeeltelijk overneemt en die ondernemingen tot naleving ervan aanzet.
- (iii) Een lidstaat ontnemt aan haar eigen regeling het overheidskarakter door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen.⁷⁵

72 Zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus t. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, *Jur.* 1987, 3801, r.o. 22-24.

73 Zaak 267/86, Van Eycke, *Jur.* 1988, 4769.

74 Zie zaak 267/86, Van Eycke, *Jur.* 1988, 4769, onder 'Samenvatting'.

75 Zie zaak 267/86, Van Eycke, *Jur.* 1988, 4769, onder 'Samenvatting'. Onder andere in zijn *Reiff*-arrest heeft het Hof van Justitie deze analyse nog eens herhaald. Zie zaak C-185/91, *Reiff*, *Jur.* 1993, I-5801, r.o. 14.

CNSD

De CNSD-zaak handelde over de vaststelling van vaste tarieven voor douane-expediteurs door de beroepsorganisatie. In CNSD I⁷⁶ besliste het Gerecht dat ondernemingen zelfstandig art. 81 of 82 EG kunnen schenden, zelfs als de staat bepaalde concurrentiebeperkingen aan hen heeft opgelegd. Van een dergelijke schending is sprake, indien de betrokken ondernemingen althans ten dele in staat blijven autonoom de concurrentie te beperken – bijvoorbeeld omdat zij een zekere manoeuvreerruimte hebben bij de tenuitvoerlegging van nationale wetgeving – en zich hieraan ook schuldig maken.⁷⁷ Er zijn constructies of situaties denkbaar waarin zowel lidstaat als ondernemersveld bijdragen aan de totstandkoming van bepaalde mededingingsbeperkingen. In dat geval kunnen zowel de betrokken ondernemingen als de lidstaat aangepakt worden onder het Europese recht, op basis van art. 81 en 82 EG, respectievelijk de 'effet utile'-leer.⁷⁸

Reiff en Arduino

In *Reiff*⁷⁹ besliste het Hof van Justitie dat het feit dat de leden van een lichaam dat de prijzen dient vast te stellen op voordracht van de rechtstreeks betrokken beroepsorganisatie door de overheid worden benoemd, niet uitsluit dat sprake is van een mededingingsbeperkende regeling in de zin van art. 81 EG, wanneer deze personen als vertegenwoordigers van de organisaties die hen hebben voorgedragen over de prijzen hebben onderhandeld en een overeenkomst hebben gesloten.⁸⁰ Een officiële overheidspositie plaatst ondernemingsvertegenwoordigers dus niet *a priori* buiten de wet van het mededingingsrecht.

Het Hof van Justitie kwam in het arrest *Reiff* uiteindelijk tot de conclusie dat het mededingingsrecht niet van toepassing was: het Hof oordeelde dat de lidstaat onder de omstandigheden van de casus toch vol-

76 GvEA 30 maart 2000, zaak T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali t Commissie ('CNSD I'), *Jur* 2000, II-1807

77 Zie zaak T-513/93, CNSD I, *Jur* 2000, II-1807, onder 'Samenvatting' ov 3, en onder 'Overwegingen van het arrest' r o 58-62 en 71-72. Zie vooral de zinsnede: "Voor zover een dergelijke organisatie [beroepsorganisatie/ondernemersvereniging, JH] over een handelingsruimte beschikt bij de vervulling van de verplichtingen die haar zijn opgelegd door de nationale wettelijke regeling volgens welke zij had kunnen en moeten handelen op een wijze die de bestaande mededinging niet beperkt, kunnen de mededinging beperkende gevolgen van een door haar vastgesteld tarief hun oorsprong in haar gedragingen vinden."

78 Vgl. zaak C-35/96, Commissie t Italië ('CNSD II'), *Jur* 1998, I-3851, r o 45-49, 53-55 en 60.

79 Zaak C-185/91, *Reiff*, *Jur* 1993, I-5801.

80 Zaak C-185/91, *Reiff*, *Jur* 1993, I-5801, r o 16.

doende controle hield over de uitkomst van het prijsbepalingsstelsel via het openbare lichaam. Zo beschouwde het Hof de leden van de tariefcommissies niet als vertegenwoordigers van de beroepsorganisaties, en constateerde het dat de commissies de tarieven dienen vast te stellen op basis van overwegingen van algemeen belang en dat de staat het laatste woord houdt omtrent de hoogte van de tarieven. De overheid dient er echter wel op toe te zien dat de staatscommissies waarin afgevaardigden uit het ondernemersveld zitting hebben, hun werk inderdaad doen op basis van overwegingen van algemeen belang. Zo nodig dient de overheid haar eigen besluit in de plaats te stellen van de beslissing van deze commissies.⁸¹ Het Hof velde hier een Salomonsoordeel op de dunne lijn die toepassing of niet-toepassing van de 'effet utile'-leer soms kenmerkt.⁸²

In het arrest *Arduino* komen deze uitgangspunten opnieuw naar voren, al is het Hof van Justitie in deze zaak nog iets ruimhartiger voor een nationaal tarifieringsstelsel.⁸³

Meng en Ohra

In het arrest *Meng* geeft het Hof aan dat een bepaalde overheidsregeling kan worden geacht de werking van een bestaand kartel te versterken, indien zij de elementen van een tussen ondernemingen in dezelfde branche tot stand gekomen mededingingsregeling geheel of gedeeltelijk overneemt.⁸⁴ In *Meng* zelf is dit overigens niet aan de orde.⁸⁵ Van dit laatste lijkt

81 Zaak C-185/91, Reiff, *Jur.* 1993, I-5801, r.o. 17-24.

82 Waarbij het de vraag is of de analyse van het Hof op alle punten even sterk is. Het ondernemersveld heeft onder de onderhavige Duitse constructie toch, direct of indirect, de mogelijkheid om prijzen *inhoudelijk* te bepalen. Controlemechanismen van overheidswege doen hier niets aan af, nog afgezien van de vraag of deze in de praktijk altijd even effectief werken.

83 Zie zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 36-43. Een wettelijke verplichting tot optreden vanuit het algemeen belang was niet aanwezig in het Italiaanse bestel voor de marktdeelnemers belast met de vaststelling van advocatarieven. Het Hof constateerde echter dat de Italiaanse overheid (officieel) het laatste woord hield inzake de inhoud van de vastgestelde tariefreguleringen (en daarmee de hoogte van de tarieven). Om deze reden was het juridische kader dat de staat Italië hanteerde niet in strijd met de 'effet utile'-leer, aldus het Hof. Het Hof zoekt hier echt de grenzen op van wat mogelijk is om een nationaal rechtskader buiten de toepassing van de 'effet utile'-leer te houden. Zie hierover Paragraaf 2.2.4., 2.2.6. en 2.2.7. van Hoofdstuk IV.

84 Zaak C-2/91, *Meng*, *Jur.* 1993, I-5751, r.o. 19.

85 De feiten in deze zaak wezen uit dat de wettelijke regeling nimmer voorafgegaan was door een akkoord binnen de branche van de verschillende marktpartijen. De Commissie stribbelde nog tegen door aan te voeren dat de wettelijke regeling in kwestie een akkoord in een bepaalde sector had overgenomen voor andere branches

echter wel degelijk sprake in de Nederlandse situatie van de vaste boekenprijs: hier heeft jarenlang een prijsafsprake bestaan (tussen de marktpartijen) binnen de Koninklijke Vereniging van het Boekenvak, die, hoe men het ook wendt of keert, nu gecodificeerd gaat worden en dus met een publiek-rechtelijk sausje wordt overgoten. De kern van het systeem blijft echter overeind en wordt als het ware 'overgenomen' van het oude stelsel. In *Meng* zegt het Hof hierover:

"Een op een bepaalde () branche toepasselijke regeling kan slechts worden geacht de werking van een bestaande mededingingsregeling te versterken, indien zij de elementen van een tussen ondernemingen in dezelfde branche tot stand gekomen mededingingsregeling geheel of gedeeltelijk overneemt"⁸⁶

Het arrest *Ohra*⁸⁷ onderstreept de uitgangspunten van het Hof in *Meng*.

Asia Motor France

Het Gerecht van Eerste Aanleg formuleerde het uitgangspunt nog maar eens heel ruim in *Asia Motor France*:

"Wanneer [] een overheidsmaatregel de elementen van een tussen de marktdeelnemers van een sector tot stand gekomen mededingingsregeling overneemt of wordt vastgesteld na overleg met en met instemming van de betrokken marktdeelnemers [*cursive-ring door auteur*, JH], kunnen deze marktdeelnemers zich niet op de dwingende aard van de regeling beroepen om zich aan de toepassing van artikel 85, lid 1, te onttrekken [] Wanneer daarentegen een dwingende bestuursrechtelijke bepaling die van invloed kan zijn op de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt en het handelsverkeer tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, geen verband houdt met een in artikel 85, lid 1, van het Verdrag bedoelde gedraging van ondernemingen, valt de naleving van een dergelijke bepaling door ondernemingen op zichzelf niet binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1 [] In een dergelijk geval missen de marktdeelnemers namelijk de door artikel 85, lid 1, van het Verdrag vereiste speelruimte"⁸⁸

Duidelijk is dat de Gemeenschapsrechter in bovenstaande overwegingen geen al te hoge barrière wenst op te werpen voor het aannemen van een 'effet utile'-schending. In het kader van de 'effet utile'-doctrine lijken de volgende richtsnoeren van onderscheidend belang. Voor de vaststelling van een inbreuk op art. 81 EG is altijd een materiële bijdrage van het ondernemersveld in de totstandkoming van de mededingingsbeperking ver-

en aldus de werking van dat akkoord had versterkt, maar het Hof schoof dit argument terzijde. Zie *Meng*, r.o. 17-19

86 *Meng*, r.o. 19

87 Zie zaak C-245/91, *Ohra*, *Jur* 1993, I-5851

88 Zie zaak T-387/94, *Asia Motor France e a t Commissie*, *Jur* 1996, II-961, r.o. 60 en 61

eist.⁸⁹ Een schending van de 'effet utile'-leer door een lidstaat is alleen mogelijk als er óók sprake is van een eigen, inhoudelijk aandeel van het ondernemersveld in de totstandbrenging van de mededingingsbeperking.

Autotrasporti Librandi

In de zaak *Autotrasporti Librandi*⁹⁰ is het Hof van Justitie erg strikt omgegaan met toepassing van de 'effet utile'-leer. Het Hof concludeerde dat de 'effet utile'-leer niet van toepassing was in de situatie dat marktdeelnemers de meerderheid hebben in een orgaan dat besluit over het vaststellen van tarieven voor goederenvervoer, mits het orgaan de in de wet bepaalde criteria van openbaar belang in acht zou nemen en de overheid haar prerogatieven niet af zou staan aan particuliere marktdeelnemers, in de zin dat zij rekening houdt met de opmerkingen van andere openbare en particuliere organisaties of de tarieven zelfs ambtshalve vaststelt.⁹¹ Deze benadering van het Hof lijkt wel erg ruimhartig naar nationale overheden toe. Een lidstaat zou eventueel aan de toepassing van de 'effet utile'-leer kunnen ontsnappen door criteria van openbaar belang op te nemen in de wet en 'rekening te houden' met de *input* van andere organisaties dan de tariefcommissie bij de prijsbepaling. Of dit laatste element in de praktijk altijd waargemaakt wordt, is echter lastig te controleren.

In theorie mogen de criteria van de Gemeenschapsrechter helder klinken, in de realiteit van het regelgevingproces kan toepassing nog tot behoorlijke interpretatie- en toetsingproblemen leiden. In beginsel is het toch een commissie die in meerderheid bestaat uit vertegenwoordigers van het ondernemersveld, die een vaste prijs voor de sector vaststelt.

Leclerc en Echirolles

Twee zaken die van groot belang zijn in de beschouwing van de Nederlandse vasteboekenprijs en de 'effet utile'-leer, zijn de arresten *Leclerc*⁹² en *Echirolles*,⁹³ juist omdat prijsbindingsystemen voor boeken centraal stonden in deze casus.

89 Het gedrag van ondernemingen zou ook zonder eventueel bestaande overheidsdwang of overheidsstimulansen onder het kartelverbod moeten vallen.

90 Zaak C-38/97, *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi t. Cuttica spedizioni e servizi internazionali*, *Jur.* 1998, I-5955.

91 Zie zaak C-38/97, *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi t. Cuttica spedizioni e servizi internazionali*, *Jur.* 1998, I-5955, r.o. 37.

92 Zaak 229/83, *Leclerc*, *Jur.* 1985, 1.

93 Zaak C-9/99, *Echirolles*, *Jur.* 2000, I-8207

Het Hof van Justitie heeft twintig jaar geleden in de *Leclerc*-zaak beslist dat de 'effet utile'-leer niet van toepassing is op een nationale wettelijke regeling die voorschrijft dat de detailhandelprijs van boeken door de uitgever of importeur van een boek wordt vastgesteld en verbindend is voor alle detailhandelaars. Het Hof constateerde dat met betrekking tot zuiver nationale praktijken in de boekensector tot dat moment geen communautair mededingingsbeleid bestond dat de lidstaten in acht hadden moeten nemen op basis van het beginsel van de Gemeenschapstrouw. Bij gebreke van een communautair mededingingsbeleid in de boekensector, zijn de krachtens art. 3 lid 1 sub g, 10 en 81 EG op de lidstaat rustende verplichtingen niet zo duidelijk bepaald, aldus het Hof, dat het die lidstaten verboden is om een wettelijke regeling, inhoudende dat de detailhandelprijs van boeken door de uitgever of importeur van een boek wordt vastgesteld en verbindend is voor alle detailhandelaars, uit te vaardigen.⁹⁴ Het Hof van Justitie ziet hier duidelijk een rol weggelegd voor de Europese Commissie om beleid uit te stippelen. Zolang de Commissie geen duidelijke opstelling heeft geformuleerd ten aanzien van nationale prijsbindingsstelsels, hebben lidstaten behoorlijke armslag in het uitzetten van hun eigen beleid.

In het *Echirolles*-arrest sluit het Hof van Justitie aan bij zijn uitspraak in *Leclerc*.⁹⁵ De nadruk ligt nog steeds op het ontbreken van mededingingsbeleid van de zijde van de Commissie ten aanzien van systemen van vaste boekenprijzen.⁹⁶

Opvallend is dat de Gemeenschapsrechter niet zelf enige stevige wenken geeft voor toekomstig Commissiebeleid op dit onderwerp. De terughoudende opstelling van het Hof van Justitie verbaast temeer gezien de lange historie van ver voor de troepen uitlopen in zijn rechtspraak. Het Hof heeft de Commissie wel eens vaker aangesproken op de afwezigheid van beleid, maar dan ging het om de uitoefening van een directe regelgevende bevoegdheid van de Commissie op basis van een Verdragsartikel (art. 86 lid 3 EG).⁹⁷ Veel vaker had het weinig moeite om voortvarende beslissingen te nemen op gebieden waarop tot dat moment nog geen substantieel of omvattend Gemeenschapsbeleid bestond, of waarvoor binnen de lidstaten

94 Dit op voorwaarde dat die wettelijke regeling de vrijverkeersbepalingen in het EG-Verdrag niet schendt. Zie zaak 229/83, *Leclerc*, *Jur* 1985, 1, r.o. 19 en 20.

95 Zie zaak C-9/99, *Echirolles*, *Jur* 2000, I-8207, r.o. 24.

96 Vgl. zaak C-9/99, *Echirolles*, *Jur* 2000, I-8207, r.o. 8 en 24.

97 Zie zaak C-157/94, Commissie t. Nederland, *Jur* 1997, I-5699, r.o. 69, en zaak C-159/94, Commissie t. Frankrijk, *Jur* 1997, I-5815, r.o. 113.

het draagvlak ontbrak.⁹⁸ De terughoudendheid van het Hof in de 'boekenprijzaken' is zo atypisch, dat men bijna zou denken dat de Gemeenschapsrechter een weg heeft gezocht om zo soepel mogelijk van de heikele kwestie verlost te zijn (en de hete aardappel door te schuiven naar de Commissie).

Op het beleidsfront zijn inmiddels enige ontwikkelingen zichtbaar met de resoluties van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie.⁹⁹ De Commissie houdt zich voorlopig echter rustig. Zij beweegt niet in de richting van een plan om nationale boekenprijsystemen vanuit Europa te ondersteunen, noch in de richting van een plan om deze boekenprijsystemen scherper te toetsen onder het communautaire vrijverkeers- en mededingingsrecht.

Als de Commissie een duidelijkere en hardere lijn uit zou zetten in het communautaire mededingingsbeleid ten aanzien van de vaste boekenprijs, zou het Hof in de toekomst misschien meer genegen zijn om in bepaalde cultuurzaken over te gaan tot een daadwerkelijke toetsing aan de 'effet utile'-leer.¹⁰⁰ De Commissie houdt zich voorsnog echter zeer op de vlakte wat betreft de vaste boekenprijs onder het communautaire mededingingsrecht. Een andere invalshoek is dat de Gemeenschapsrechter enige duidelijke aanwijzingen zou moeten geven in dit vraagstuk, om zo de Commissie op weg te helpen in het uitstippelen van een beleid met betrekking tot de boekensector.

Fiammiferi

De 'effet utile'-leer kan opgaan indien een lidstaat een schending van art. 81 of 82 EG stimuleert, faciliteert, bekrachtigt of verplicht stelt. In de *Fiammiferi*-zaak¹⁰¹ stond het verplichtstellings-element centraal, en in dat kader moet men de overwegingen van het Hof van Justitie in dit arrest ook zien. Dit neemt niet weg dat in casus die bijvoorbeeld draaien om een

98 Denk bij voortvarend en initiatiefrijk rechtspreken door het Hof van Justitie inzake de uitleg van primair EG-recht, aan de burgerschaps- en verblijfsrechtarresten, zoals zaak 209/03, Dany Bidar t. London Borough of Ealing en Secretary of State, *Jur.* 2005, I-2119; zaak C-456/02, Trojani t. OCMW, *Jur.* 2004, I-7573; zaak C-200/02, Zhu en Chen t. Secretary of State, *Jur.* 2004, I-9925.

99 Zie Resolutie van het Europees Parlement van 16 mei 2002 met aanbevelingen aan de Commissie over de vaststelling van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de vaste boekenprijs, 2001/2061 (INI), en Resolutie van de Raad van 12 februari 2001 betreffende de toepassing van nationale stelsels voor het vaststellen van de boekenprijs, *Pb.* 2001, C 73/5.

100 Vgl. ook Mok 2003, p. 7.

101 Zaak C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), *Jur.* 2003, I-8055.

bekrachtiging door een lidstaat van een bestaand kartel, de overwegingen van de Gemeenschapsrechter in *Fiammiferi* zeer zeker van belang zijn.

In het *Fiammiferi*-arrest ging het om een overheidsregeling die jarenlang deelname aan een verkooporganisatie verplicht stelde voor Italiaanse ondernemingen. Midden jaren negentig hief de Italiaanse overheid deze verplichting op.

Het Hof van Justitie zegt zowel iets over de schending van art. 81 EG door ondernemingen, als over de overtreding van de 'effet utile'-leer door lidstaten. Zo merkt het Hof op met betrekking tot de werking van de 'effet utile'-leer:

"In dit verband doet het weinig ter zake dat in het geval waarin de nationale wetgeving ondernemingen verplicht tot mededingingsverstorend gedrag, deze niet tevens een inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG kan worden verweten () De verplichtingen van de lidstaten uit hoofde van de artikelen 3, lid 1, sub g, EG, 10 EG, 81 EG en 82 EG, die verschillen van de verplichtingen van ondernemingen op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG, blijven immers onverminderd bestaan, zodat de nationale mededingingsautoriteit verplicht blijft de betrokken nationale regel buiten toepassing te laten"¹⁰²

Op het eerste gezicht lijkt het Hof van Justitie in deze passage de band tussen schending van art. 81 of 82 EG door een onderneming aan de ene kant en schending van de 'effet utile'-leer door een lidstaat aan de andere kant te verbreken, maar dit is niet het geval. De link tussen beide typen gedragingen blijft bestaan, maar voor de vaststelling van een 'effet utile'-schending is het niet nodig dat een overtreding van art. 81 of 82 EG ook daadwerkelijk toegerekend kan worden aan een onderneming.¹⁰³

Men zou hier wellicht aan toe kunnen voegen: voor een 'effet utile'-vaststelling is het zelfs niet nodig dat een dergelijke overtreding door een onderneming (reeds) daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.¹⁰⁴ Cruciaal is dat nationale regelgeving dwingt of aanzet tot een inhoudelijke bijdrage aan de totstandbrenging van een mededingingsbeperking, nu of in de (nabije) toekomst.

De conclusie op dit punt zou dan luiden dat als vereiste voor schending van de 'effet utile'-leer nog steeds centraal staat dat ondernemersgedrag zelf in principe binnen de reikwijdte van het verbod van art. 81 of 82

102 Zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, *Jur* 2003, I-8055, r.o. 51

103 Denk hierbij aan het fenomeen van de 'state action defence', die ondernemingen kunnen inroepen indien een lidstaat hen dwingt om een schending van het kartelverbod of het verbod op misbruik van machtspositie te begaan

104 Het is niet logisch om eerst een daadwerkelijke schending af te wachten door het ondernemersveld, en schade te laten ontstaan, alvorens op te treden uit hoofde van de 'effet utile'-leer

EG valt. Of deze overtreding daadwerkelijk plaatsvindt dan wel is toe te rekenen aan de ondernemingen in kwestie, doet niet ter zake. Het gaat om (de aanzet tot of zelfs mogelijkheid op) een zelfstandige ondernemersschending van genoemde artikelen, als delictsonderdeel van de 'effet utile'-leer.

In het vervolg van het arrest gaat de Gemeenschapsrechter nader in op de vraag onder welke omstandigheden ondernemingen (ondernemersverenigingen) zelf vorm geven aan een schending van de antitrustverboden.

Uiteraard is sprake van een overtreding van art. 81 EG als nationale wetgeving ruimte laat voor mededinging tussen bedrijven, en ondernemingen deze concurrentiemogelijkheden eigenhandig beperken. Interessanter is de vraag, of van een dergelijke overtreding ook sprake kan zijn indien nationale wetgeving de nadere invulling van mededingingsbeperkende maatregelen overlaat aan ondernemingen (of beter: ondernemersverenigingen). In *Fiammiferi* zijn aanwijzingen te vinden voor een bevestigend antwoord.

Het Hof legt als maatstaf neer of nationale wetgeving de mogelijkheid openlaat van mededinging die nog door autonome gedragingen van ondernemingen zou kunnen worden belemmerd, beperkt of vervalst.¹⁰⁵ Is dit het geval, dan schenden zij art. 81 EG. Is dit niet het geval, dan overtreden zij art. 81 EG niet. Het Hof werkt deze vraag ook uit in de richting van de situatie dat nationale wetgeving het ondernemersveld de bevoegdheid geeft om maatregelen uit te vaardigen die de mededinging beperken, maar geen criteria of regels aanreikt om deze maatregelen (en de daaraan inherente belemmeringen) nader vorm te geven.¹⁰⁶ De gezamenlijke ondernemingen zijn dan onder nationaal recht in staat om inhoudelijk vorm te geven aan een mededingingsbeperking – middels 'autonome' gedragingen.

Het Hof geeft verder aan dat een openbaar lichaam dat in (grote) meerderheid of uitsluitend bestaat uit vertegenwoordigers van het ondernemersveld, gewoon als ondernemersvereniging beschouwd moet worden.¹⁰⁷

Uit 's-Hofs lijn van redeneren kan men opmaken dat de mogelijkheid tot het maken van zelfstandige economische keuzen in de nadere vormgeving of uitwerking van een (in potentie al) mededingingsbeperkend systeem, voldoende is voor de vaststelling van een autonome schending van art. 81

105 Zie zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 66.

106 Zie zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 70 en 80.

107 Zie zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 76-80.

of 82 EG door het ondernemersveld. Pas wanneer de Gemeenschapsrechter over zou gaan tot het volledig loskoppelen van een autonome schending van art. 81 en 82 EG van de 'effet utile'-leer, zoals is bepleit door de Advocaten-Generaal Léger en Jacobs,¹⁰⁸ is sprake van een daadwerkelijke verbreking van de band tussen beide elementen. Dit voorstel van de A-G's verdient geen navolging: karakteristiek voor de 'effet utile'-doctrine is nu juist de aanwezigheid van het bestanddeel van zelfstandig ondernemers-optreden.

2.3.3.3. De Wet op de vaste boekenprijs onder de 'effet utile'-leer

Het is de vraag of de 'effet utile'-leer van toepassing kan zijn op de Wet op de vaste boekenprijs. Men ziet dat de Gemeenschapsrechter enigszins wispelturig is in zijn 'effet utile'-oordelen: zo zijn er strikte¹⁰⁹ uitspraken, zoals *Reiff*, *Arduino* en *Autotrasporti Librandi*, maar ook extensieve¹¹⁰ arresten, zoals *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, *CNSD*, *Asia Motor France* en *Fiammiferi*. Hierbij komen dan met betrekking tot de boekensector de ietwat curieuze uitspraken *Leclerc* en *Echirrolles*: de interpretatie van de 'effet utile'-leer is niet eens zo restrictief in deze arresten, maar een gebrek aan Commissiebeleid geldt hier als sta-in-de-weg voor toepassing van de doctrine.

Teneinde lidstaten vanuit het communautaire mededingingsrecht aan te kunnen spreken op hun nationale wetgeving, is een marge vereist in die regelgeving die particuliere betrokkenheid (in de zin van mededingingsbeperkend gedrag) van ondernemingen mogelijk maakt. Deze particuliere betrokkenheid kan zowel vooraf als achteraf de totstandkoming van een regeling plaatsvinden. Zo kan een lidstaat gemaakte private afspraken met een mededingingsbeperkend effect vastleggen in een publiekrechtelijke regeling of de 'hulp' invoeren van het ondernemersveld bij het nader vormgeven van een mededingingsbeperkende gedragslijn.¹¹¹

108 Zie Conclusie van A-G Jacobs van 23 maart 2000 in gevoegde zaken C-180 tot 184/98, *Pavlov*, *Jur.* 2000, I-6451, r.o. 161-163; Conclusie van A-G Léger van 10 juli 2001 in zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 85-89.

109 In de zin dat schending van de 'effet utile'-leer niet zo gemakkelijk aangenomen wordt.

110 In de zin dat schending van de 'effet utile'-leer relatief gemakkelijk aangenomen wordt.

111 Mocht toepassing van het communautaire mededingingsrecht niet mogelijk blijken wegens het ontbreken van (iedere) betrokkenheid van het ondernemersveld bij het vormgeven van de mededingingsbeperking, dan kan overheidsregelgeving wellicht nog via het communautaire vrijverkeersrecht aangepakt worden.

Uit de behandeling van de Wet op de vaste boekenprijs in de Eerste Kamer blijkt dat deze wet niet op zich staat, maar wel degelijk een lang bestaande kartelpraktijk overneemt ('codificeert') en vervolgens binnen het wettelijk kader ondernemingen (uitgevers) blijft betrekken in het maken van prijsafspraken. Het argument dat de wet los staat van de gevoerde praktijk de afgelopen jaren is onjuist: zowel wat betreft het verleden (de wet is gebaseerd op de bestaande praktijk), als wat betreft de toekomst (de wet laat nog immer ruimte voor privaatrechtelijk handelen).¹¹²

De Wet op de vaste boekenprijs geeft 'de markt' de mogelijkheid om zelf de vaste prijs van een boek te bepalen, zonder dat de betrokken partijen daarbij handelen als onafhankelijk deskundigen met (louter) het algemeen belang voor ogen. De overheid heeft ook geen instrument om in te grijpen in de hoogte van de vastgestelde prijs, en deze zo nodig te vervangen door een in een overheidsbesluit vastgestelde prijs.¹¹³ De boekenprijswet schrijft bovendien voor dat een overheidsorgaan controleert of alle partijen zich aan de vastgestelde prijs houden. In die zin kan men deze wet zelfs opvat-

112 Beide punten worden bijzonder duidelijk uit een groot aantal opmerkingen van Tweede Kamerlid Dittrich en Staatssecretaris V.d. Laan bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer. Zie de behandeling van de Wet op de vaste boekenprijs in de Eerste Kamer, 12 oktober 2004, *Handelingen Eerste Kamer 2004-2005*, nr. 2, p. 16-42. Let vooral op de opmerkingen op p. 30-35 en p. 39-41; enkele voorbeelden: * p. 31: de heer Dittrich: "Echter, de hoofddoelstelling van het wetsvoorstel is het vastleggen van de huidige praktijk. Wij gaan niet verder, maar doen daar ook niets aan af."

* p. 41: de heer Dittrich: "Het interessante van ons wetsvoorstel is dat wij de afspraken en de jurisprudentie die is opgebouwd overplanten en een wettelijke grondslag geven."

* p. 30: de heer Dittrich: "De AMvB moet daarom de grondslag bevatten voor het maken van afspraken tussen representatieve organisaties van uitgevers en boekverkopers, al dan niet in samenspraak met een of meer distributeurs. (...) De concrete afspraken moeten uiteraard door de marktpartijen zelf gemaakt worden." Aangekend moet worden dat deze uitspraak specifiek betrekking had op een onderdeel van de wet dat gericht was op het in stand houden van een distributie-infrastructuur voor boeken en muziekuitgaven.

* p. 32: de heer Dittrich: "...wanneer je een uitgave in de publieke verkoop brengt, moet je er een vaste prijs voor bepalen. Met de hoogte van de prijs en de wijze van berekening bemoeit het wetsvoorstel zich niet." Met andere woorden: dat mogen marktpartijen zelf doen.

113 Een ontsnapping zoals bijvoorbeeld *Reiff* die biedt lijkt dus niet haalbaar in de Nederlandse context, waarbij het mededingingsrecht niet van toepassing is indien de overheid voldoende controle houdt over de uitkomst van het reguleringsproces (o.a. middels de bevoegdheid om haar eigen besluit in de plaats te stellen van de beslissing van het ondernemersveld). Zie zaak C-185/91, *Reiff*, *Jur.* 1993, I-5801, r.o. 17-24.

ten als een regeling die prijsafspraken faciliteert (afdwingt), en wel via een bestuurlijk handhavingssysteem.¹¹⁴

Het is dus niet zo dat een nieuw wettelijk stelsel louter in de plaats wordt gesteld van een bestaand privaatrechtelijk systeem.¹¹⁵ Bovendien blijft het ondernemersveld inhoudelijk betrokken bij het vormgeven van de mededingingsbeperking. Op zich zijn alle randvoorwaarden aanwezig om de 'effet utile'-leer te doen opgaan. Ook de Europese Commissie is van mening dat deze doctrine toepassing kan vinden op de Wet op de vaste boekenprijs.¹¹⁶

Bij de toetsing van de Nederlandse Wet op de vaste boekenprijs aan de 'effet utile'-leer kunnen de *Leclerc*- en *Echirolles*-uitspraken niet buiten beschouwing blijven. Uiteindelijk heeft het Hof van Justitie in deze arresten de toepassing van de 'effet utile'-doctrine in de boekensector immers afgewezen op grond van de afwezigheid van een Commissiebeleid terzake.

Het is de vraag of de beslissing van het Hof van Justitie in *Leclerc* en *Echirolles* helemaal in lijn ligt met zijn overige rechtspraak op het gebied van de 'effet utile'-leer, waarin door lidstaten gefaciliteerde prijsbindingssystemen er normaliter niet goed vanaf komen. Het argument van de afwezigheid van nader communautair beleid om de niet-toepassing van Verdragsverboden te legitimeren vormt voorts geen al te sterke argumentatie. Indien het Hof zich aan deze regel had gehouden in al zijn rechtspraak, had de ontwikkeling van het Europese recht er geheel anders uitgezien, als het proces dat dan had plaatsgevonden de kwalificatie 'ontwikkeling' al had kunnen dragen.

2.3.3.4. Het optreden van de NMa

De NMa lijkt, geredeneerd vanuit het Nederlandse mededingingsrecht, machteloos te staan wanneer de wetgever een prijsbindingsstelsel instelt

114 Bouckaert trekt uit zaak 123/83, *BNIC/Clair*, *Jur.* 1985, 391 en gevoegde zaken 240-242, 261, 262, 268 en 269/82, *SSI e.a./Commissie*, *Jur.* 1985, 3831 de conclusie dat volgens het Hof van Justitie private akkoorden die op instigatie van de overheid gesloten zijn of die nadien binnen een publiekrechtelijk kader afdwingbaar worden gesteld (dit is precies wat lijkt te gebeuren onder de Wet op de vaste boekenprijs) daardoor niet aan het kartelverbod van art. 81 lid 1 kunnen ontsnappen. Zie Bouckaert 1993, p. 90.

115 Anders: Drijber 2004a, p. 87 en Drijber 2003, p. 74.

116 Zo blijkt uit de brief van D-G Concurrentie met zijn advies over het wetsvoorstel betreffende de vaste boekenprijs aan het Ministerie van Economische Zaken van 2 augustus 2004, p. 3 en 4. De brief is doorgestuurd naar de Tweede Kamer op 6 september 2004 als Bijlage bij Kamerstuk 28 652, nr. 28.

voor de boekenbranche. Met het *Fiammiferi* (CIF)-arrest¹¹⁷ biedt het EG-mededingingsrecht op dit punt wellicht nieuwe mogelijkheden.

In *Fiammiferi* legt het Hof van Justitie nationale mededingingsautoriteiten de plicht op om nationale wet- of regelgeving die in strijd is met art. 3 lid 1 sub g j^o 10 j^o 81/82 EG buiten toepassing te laten. Indien een mededingingsautoriteit constateert dat ondernemingen het mededingingsrecht schenden en daartoe verplicht, aangezet of ondersteund worden door overheidswetgeving, dan is zij *gehouden* de betreffende overheidsmaatregelen buiten toepassing te laten.¹¹⁸ Voorts kan een mededingingsautoriteit art. 81 of 82 EG handhaven ten opzichte van betrokken ondernemingen. Het opleggen van sancties aan bedrijven voor gedragingen die zijn voorgeschreven door nationale wetgeving en verricht in de periode dat deze nog niet buiten toepassing was verklaard, is echter niet mogelijk. Wel kan een mededingingsautoriteit sancties opleggen aan ondernemingen voor gedragingen in het verleden, wanneer nationale wetgeving deze gedragingen enkel heeft vergemakkelijkt of bevorderd, maar niet verplicht heeft gesteld.¹¹⁹

Aangezien nationale mededingingsautoriteiten over het algemeen slechts bevoegd zijn om op te treden tegen ondernemingen, kan alleen in procedures gericht tegen ondernemingen de vraag beantwoord worden of overheidsregelgeving in conformiteit is met het communautaire mededingingsrecht.¹²⁰ Een formele ingang voor een procedure tegen de staat biedt het Europese recht niet. Het procesrecht behoort nog grotendeels tot de autonome bevoegdheden van de lidstaten.

Ook in het Nederlandse recht ontbreekt vooralsnog een procedurele ingang voor de NMa om haar mededingingsrechtelijke handhavingstaken direct uit te oefenen jegens de Nederlandse staat. In de doctrine zijn wel

117 Zaak C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), *Jur* 2003, I-8055. Zie over het *Fiammiferi* (CIF)-arrest en verwante rechtspraak over de juridische plichten en bevoegdheden uit hoofde van de toepassing van EG-recht, die voor nationale autoriteiten voortvloeien uit art. 10 EG (zoals de arresten *Ahmed Saeed*, *Fratelli Costanzo*, *Simmenthal* en *Factortame*) Temple Lang 2004, p. 397-406. De karakteristieken van de arresten in kwestie zijn: zaak 66/86, *Ahmed Saeed*, *Jur* 1989, 803; zaak 103/88, *Fratelli Costanzo*, *Jur* 1989, 1839; zaak 106/77, *Simmenthal*, *Jur* 1978, 629; zaak C-213/89, *Factortame*, *Jur* 1990, I-2433.

118 Zaak C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), *Jur* 2003, I-8055, r.o. 58.

119 Een mededingingsautoriteit dient hierbij naar behoren rekening te houden met de bijzonderheden van het wettelijke kader waarbinnen de ondernemingen hebben gehandeld. Zie zaak C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), *Jur* 2003, I-8055, r.o. 58.

120 Zo is de NMa op basis van art. 88 Mw j^o art. 5 van Vo. 1/2003 bevoegd om art. 81 en 82 EG binnen het Nederlandse rechtsgebied toe te passen ten aanzien van ondernemingen.

ideeën opgekomen over het mogelijke bestaan van een bevoegdheid van de NMa om ook de overheid zelf direct aan te spreken op een inbreuk op het communautaire mededingingsrecht.¹²¹ Deze bevoegdheid wordt dan geconstrueerd vanuit een Europees-teleologische benadering van art. 88 Mw.¹²² De rechterlijke macht in Nederland heeft deze benadering vooralsnog niet omarmd. Ook de NMa maakt geen aanstalten om van deze (vermeende) bevoegdheid gebruik te maken.¹²³

De enige ingang voor de NMa om een inbreuk op de 'effet utile'-regel vast te stellen, loopt vooralsnog via de geijkte nationale handhavingspaden jegens ondernemingen. Sinds *Fiammiferi* biedt (erkent) het Europese recht echter wel een materiële bevoegdheid voor mededingingsautoriteiten om tot de vaststelling te komen dat nationaal recht in strijd is met de 'effet utile'-regel en derhalve buiten toepassing dient te blijven.

Deze bevoegdheid van de NMa heeft de volgende implicaties. In een procedure tegen een onderneming in de boekenbranche zou de NMa kunnen vaststellen dat de Nederlandse wet in kwestie in strijd is met het communautaire mededingingsrecht en daarom buiten toepassing dient te blijven. Een dergelijke vaststelling houdt niet in dat de wet daarmee nietig is of wordt ingetrokken, want die bevoegdheid heeft de NMa niet: niet naar Nederlands recht, en ook niet naar communautair recht.

Een zodanig besluit heeft echter wel grote consequenties. In een beschikking van de NMa ten aanzien van bijvoorbeeld uitgeverijen, waarin de NMa deze ondernemingen meldt dat hun gedragingen conform een Nederlandse wet strijdig zijn met het communautaire kartelrecht (art. 81 of 82 EG), ontnemt de NMa die ondernemingen de mogelijkheid zich vanaf dat moment nog langer op de 'state action defence' en het rechtszekerheidsbeginsel te beroepen.

In de beschikking kunnen de ondernemingen niet gestraft worden voor hun gedragingen in het verleden, maar ze worden wel gedwongen vanaf het moment van de beschikking om een formele wet naast zich neer te leggen. Blijven de ondernemingen de Nederlandse wet toch volgen, dan krijgen zij te maken met het bestuursrechtelijke handhavinginstrumentarium van de NMa (denk aan de figuur van de dwangsom). De 'state action defence' en een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel gaan niet langer op: de ondernemingen wisten immers vanaf dat moment dat ze handelden in strijd met dwingend EG-recht.

121 Zie Slot & Van Bockel 2002, p. 7.

122 Zie Mortelmans 2003d, p. 413.

123 Zie Mortelmans 2003d, p. 413.

Aangetekend moet worden dat een handhavingactie van de NMa tegen ondernemingen wel een (oorspronkelijk) aanknopingspunt moet hebben in mededingingsbeperkend gedrag van die ondernemingen zelf: is zulk gedrag niet aanwijsbaar, dan komen art. 81 en 82 EG überhaupt niet voor toepassing in aanmerking jegens deze bedrijven. Het optreden van de NMa is nu eenmaal gebonden aan de inhoudelijke criteria van genoemde Verdragsbepalingen.

Zoals hierboven al is beschreven, is de eigen bijdrage van de boeken-sector aan de totstandkoming van vaste boekenprijzen gemakkelijk te herkennen. De spelers in het veld hebben immers het hele prijsbindingsstelsel, dat sinds 1 januari 2005 in een wet is gecodificeerd, zelf opgezet. In het 'nieuwe' stelsel stellen de uitgevers verder zelf de prijzen vast. De mededingingsbeperking (vaste hoge prijzen) vindt dus wel degelijk haar oorsprong in eigen gedragingen van ondernemingen. Dat ondernemingen wellicht een beroep kunnen doen op de 'state action defence' als schulduitsluitingsgrond voor mogelijke overtredingen, doet dan niets af aan de mogelijkheid voor de NMa om ze direct aan te spreken op schending van art. 81/82 EG. Hiermee is de weg geopend om 'en passant' ook de wet te toetsen aan de 'effet utile'-leer.

Eigenlijk zijn de toepassingsvoorwaarden van art. 81/82 EG en van de 'effet utile'-doctrine communicerende vaten: bij beide moet sprake zijn (geweest) van een materiële bijdrage van ondernemingen in de totstandkoming van de mededingingsbeperking. Is deze eigen bijdrage er niet, dan is het communautaire mededingingsrecht verder niet van toepassing en dient men te kijken naar het EG-recht van de vier vrijheden.

Het is in Nederland niet vreemd dat een bestuursorgaan bepaald nationaal recht (ook formele wetten) niet (geheel) toepast of er geen (volledige) uitvoering aan geeft wegens strijd met hogere regels van internationaal of communautair recht. Het zou echter wel curieus zijn indien een Nederlands bestuursorgaan in een beschikking rechtssubjecten dwingt om zich niet aan de Nederlandse wet te houden, op straffe van boetes en dwangsommen. De NMa zou op deze wijze een dergelijke wet feitelijk buiten spel kunnen zetten.

2.3.4. Toepassing van art. 81 lid 3 EG

In het arrest *VBVB en VBBB*¹²⁴ besliste het Hof van Justitie dat de Commissie gelijk had door geen vrijstelling te verlenen op basis van art. 81 lid 3 EG voor een Nederlands-Vlaams prijsbindingsstelsel voor boeken. De Com-

124 Gevoegde zaken 43 en 63/82, *VBVB en VBBB*, *Jur.* 1984, 19.

missie vond dat dit Nederlands-Vlaamse stelsel in de opzet waarin het voorlag aan geen enkele van de vier cumulatieve voorwaarden van art. 81 lid 3 voldeed. Het Hof van Justitie richtte zich op de vraag of de 'transnationale' overeenkomst bijdroeg aan de verbetering van de productie en de verdeling van boeken. De Gemeenschapsrechter sloot zich aan bij de argumentatie van de Commissie dat een causaal verband niet was aangetoond tussen enerzijds de afschaffing van de vaste boekenprijs en anderzijds de vermindering van het aantal gepubliceerde titels en de verkleining van het aantal boekhandels. De Commissie constateerde dat de vermindering van het aantal boekhandelaren reeds op gang was gekomen ondanks het bestaan van prijsbinding, hetgeen zou duiden op het bestaan van andere oorzaken voor de verkleining van het aantal boekhandels. De invoering van nieuwe verkoopmethoden in de boekensector bevorderde verder de verspreiding van boeken onder nieuwe groepen consumenten. Ten slotte achtte de Commissie de organisatie van een doeltreffend distributiesysteem zeer wel denkbaar zónder een dwingend stelsel van prijsbinding. De Gemeenschapsrechter vond deze argumenten ter afwijzing van de eerste voorwaarde van art. 81 lid 3 EG overtuigend genoeg.¹²⁵ Nu het prijsbindingsstelsel de eerste maatstaf van art. 81 lid 3 al niet passeerde, hoefde het Hof van Justitie de overige ontheffingsvoorwaarden niet meer te onderzoeken.

In het arrest *Publishers Association*¹²⁶ was het Hof veel voorzichtiger in zijn oordeel omtrent de toepassing van art. 81 lid 3 EG. Het concludeerde dat de Commissie nader moest kijken naar de toepasselijkheid van art. 81 lid 3 EG in deze zaak. De Commissie had eerder een verzoek tot ontheffing voor overeenkomsten met uniforme standaardvoorwaarden voor de verkoop van boeken tegen een vaste prijs in het Verenigd Koninkrijk afgewezen.¹²⁷ Het beroep hiertegen bij het Gerecht faalde.¹²⁸

Het prijsbindingsstelsel in de *Publishers Association*-zaak zat volgens het Hof substantieel anders in elkaar dan het systeem in *VBVB en VBBB*.¹²⁹ Het stelsel van *VBVB en VBBB* bevatte een verplichting voor alle aangesloten uitgevers om voor elk uit te geven boek een vaste prijs vast te stellen. Bovendien was de regel van toepassing dat alle handelscontacten met niet-

125 Zie gev. zaken 43 en 63/82, *VBVB en VBBB*, *Jur* 1984, 19, r.o. 54-61

126 Zaak C-360/92 P, *Publishers Association*, *Jur* 1995, I-23

127 Zie Commissiebeschikking 89/44/EEG van 12 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag, *Publishers Association (Net Book Agreements)*, *Pb* 1989, L 22/12

128 Zie zaak T-66/89, *Publishers Association tegen Commissie*, *Jur* 1992, II-1995

129 De praktische betekenis van dit verschil kan echter ook sterk gerelativeerd worden. Zie Mok 1996, p. 141

erkende uitgevers en boekhandelaren verboden waren. De *Net Book Agreements* van de *Publishers Association* lieten meer ruimte voor een eigen keuze van de uitgever. Zo was deze niet verplicht om een boek te onderwerpen aan het regime van vaste prijzen, maar had hij wel de mogelijkheid daartoe.¹³⁰

De Commissie kwam in de *Publishers Association*-zaak al snel tot de conclusie dat niet voldaan werd aan de cumulatieve voorwaarden van art. 81 lid 3 EG, terwijl het Hof van Justitie wat meer ruimte leek te willen geven voor toepassing van dit uitzonderingsinstrument. Het Hof was in deze casus enigszins terughoudend om nationale beleidsterreinen aan de kant te zetten ten faveure van het communautaire kartelrecht.¹³¹ Dit is ook begrijpelijk: het Hof van Justitie wil niet te snel via de band van het EG-mededingingsrecht ingrijpen in nationale, niet (volledig) gecommunautariseerde beleidsterreinen en deze gebieden daarmee inhoudelijk in een bepaalde richting dwingen.

Toch is de realiteit dat art. 81 lid 3 EG niet zo geschikt is voor het maken van een uitzondering op het kartelverbod in cultuurzaken, simpelweg omdat dit artikellid gericht is op economische, en niet op culturele ontwikkeling. Een vasteboekenprijsregeling maakt gebruik van een economisch mechanisme en kent dus een economische uitvoering, maar haar achterliggende *rationale* ligt in een nationaal bepaald (niet-economisch) cultureel belang, zoals culturele ontplooiing, een breed assortiment aan literaire boeken en pluriformiteit in de literatuur.

Indien men art. 81 lid 3 EG toepast op prijsbindingsystemen voor boeken, en men neemt zijn cumulatieve criteria serieus, dan kan men eigenlijk niet anders dan constateren dat aan de uitzonderingsgronden normaliter niet wordt voldaan. Zeker wanneer het gaat om een prijsbindingsstelsel dat de gehele markt van een lidstaat beslaat, en uiteindelijk ingesteld is om een niet-economisch belang te dienen, krijgt men problemen met alle vier de voorwaarden.

Bij de eerste voorwaarde zou een zeer ruime interpretatie nodig zijn van het begrip 'verbetering van de distributie/economische of technische vooruitgang', waaronder dan ook het literaire argument van een diverser boekenaanbod een plaats zou moeten vinden. Het is sterk de vraag of een dergelijke invulling van het criterium stand houdt onder de volledig op

130 Vgl. Albers 1999, p. 256.

131 Denk ook aan het *Wouters*-arrest, waarin het Hof van Justitie voorzichtig was om al te snel deontologische regels van de Nederlandse advocatuur in strijd te achten met art. 81 lid 1 EG. Overigens gebruikte het Hof hierbij niet art. 81 lid 3 EG als uitzonderingsinstrument. Zie zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577.

economische en technische efficiëntie gerichte uitleg van art. 81 lid 3 door de Commissie.¹³² Het argument van de instandhouding van een fijnmazig distributienetwerk voor boeken als bijdrage aan de distributieverbetering of economische vooruitgang, wordt in ieder geval pertinent afgewezen door de NMa.¹³³

De voordelen voor de consument (de tweede voorwaarde van art. 81 lid 3 EG) zijn niet economisch van aard, maar bevinden zich op het culturele vlak. Het is verder de vraag of de consument voordeel heeft bij het systeem van prijsbinding. Waarschijnlijk is slechts een select groepje literatuurliefhebbers daadwerkelijk gebaat bij een breed aanbod van weinig gelezen boeken. De andere consumenten ondervinden slechts hinder van de hogere prijzen voor de boeken die zij aanschaffen.¹³⁴

Kortom, het is sterk de vraag of het systeem van prijsbinding onmisbaar is voor het bereiken van een *economische* ontwikkeling (de derde voorwaarde van art. 81 lid 3 EG).¹³⁵

Ook de vierde voorwaarde van voldoende restconcurrentie is zeer lastig te passeren. In een prijsbindingsysteem dat de gehele nationale markt beslaat verdwijnt alle concurrentie op één van de belangrijkste concurrentiefactoren denkbaar, namelijk de prijs. In zo'n systeem blijven bovendien weinig andere factoren over waarop nog wel substantieel geconcurrereerd kan worden. Naast de vaste prijs is ook het product (het te verkopen boek in kwestie) precies hetzelfde. Wat overblijft als mededingingsfactor is de service in en aankleding van de winkel waar de boeken verkocht worden. Als product en prijs eenmaal vastliggen, resteert dus slechts een beperkte concurrentieruimte. Hoewel het niet zo is dat prijsbindingsystemen *a priori* uitgesloten zijn van de toepassing van art. 81 lid 3 EG, passen prijsafspraken deze bepaling in de praktijk bijna nooit.

132 Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb* 2004, C 101/97, randnr. 48-72.

133 Zie het NMa-Besluit van 16 december 1998 in zaaknr. 450, Van Ditmar Boekenimport, randnr. 36-44, waarbij de NMa in randnr. 43 klip en klaar stelt "De vaste boekenprijs draagt derhalve niet bij tot de instandhouding van een fijnmazig distributienet van boeken in Nederland." Zie verder het NMa-Besluit van 8 september 1998 in zaaknr. 155, Erasmus Muziekproducties, randnr. 35.

134 De NMa is helder over de gevolgen voor de consument "Vaste boekenprijzen leiden er slechts toe dat kostenvoordelen in de vorm van hogere winstmarges bij de boekhandelaar blijven. Derhalve kan moeilijk worden aanvaard dat de beperkingen van de mededinging – zelfs indien ze een bepaald voordeel zouden voortbrengen [] – een billijk aandeel in deze hypothetische voordelen aan de gebruiker ten goede laten komen, wanneer eventuele prijsvoordelen niet kunnen worden doorgespeeld." Zie het NMa-Besluit van 16 december 1998 in zaaknr. 450, Van Ditmar Boekenimport, randnr. 46 en 47.

135 Zie ook het NMa-Besluit van 16 december 1998 in zaaknr. 450, Van Ditmar Boekenimport, randnr. 49.

Het is verder ook niet duidelijk hoe precies art. 151 lid 4 EG in te passen in de applicatie van art. 81 lid 3 EG ten aanzien van prijsbindingsystemen in de cultuursector. Art. 151 lid 4 EG bevat een integratieverplichting voor de Gemeenschap ten aanzien van cultuur. Met cultuur wordt hier de cultuur van en in de lidstaten bedoeld: een beleidsterrein dat niet of nauwelijks is geharmoniseerd vanuit de Gemeenschap. De EG dient volgens art. 151 lid 4 EG bij haar optreden uit hoofde van andere EG-Verdragsbepalingen rekening te houden met culturele aspecten. Dit geldt ook voor het mededingingsbeleid. Het is alleen de vraag of art. 81 lid 3 EG wel voldoende wettelijke mogelijkheden biedt om een dergelijke integratie daadwerkelijk te bewerkstelligen. Daar komt bij dat de term 'rekening houden met' tamelijk eufemistisch is voor het proces dat plaatsvindt wanneer een economisch en een niet-economisch belang op elkaar botsen: soms moet gewoon een keuze gemaakt worden voor één van beide. Er kan tenslotte maar één belang de doorslag geven.

Het hanteren van constructies om met typisch niet-economische belangen toch langs de vier cumulatieve voorwaarden van art. 81 lid 3 EG te laveren,¹³⁶ gaat in tegen kerndoel en -strekking van deze bepaling.¹³⁷ Dit is

136 Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft in gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, *Metropole télévision e.a. t. Commissie*, *Jur.* 1996, II-649, r.o. 118 opgemerkt dat de Commissie in het kader van een algemene beoordeling zich voor het verlenen van een ontheffing krachtens art. 81 lid 3 EG stellig kan baseren op overwegingen betreffende het algemeen belang. Deze opmerking lijkt de weg open te stellen voor de verwerking van algemene belangen in de toepassing van art. 81 lid 3 EG. In de toepassingspraktijk van deze bepaling is dit uitgangspunt echter niet zo revolutionair als het lijkt. Nog immer dienen de vier cumulatieve voorwaarden gepasseerd te worden, die allemaal een economische inslag hebben. Daarmee is niet gezegd dat het onmogelijk is om algemene belangen mee te nemen in de toepassing van art. 81 lid 3 EG. Zolang algemene belangen maar een economische vertaling kunnen krijgen bij de beoordeling van de verschillende voorwaarden van lid 3, is toepassing van deze bepaling mogelijk. De Gemeenschapsrechter heeft een dergelijke benadering bijvoorbeeld gehanteerd bij milieubelangen. Het is echter niet zo dat deze methode ook goed werkt bij alle algemene (niet-economische) belangen. Er zijn nu eenmaal algemene belangen waaraan heel moeilijk een economische waarde is te koppelen of een economische dimensie is te verlenen.

137 Wanneer men naar de Wet op de vaste boekenprijs kijkt, ziet men dat voor betrokkenheid van het ondernemersveld op bepaalde onderdelen van de wet een uitzondering via art. 81 lid 3 EG denkbaar is. Zo schept art. 12 de mogelijkheid dat de minister een AMvB uitvaardigt met een grondslag voor afspraken tussen uitgevers, distributeurs en boekverkopers ten behoeve van de distributie-infrastructuur van boeken en muziekuitgaven. Men kan zich voorstellen dat wanneer het specifiek gaat over opzet en werking van een distributienetwerk, dat in dat geval voldoende aanknopingspunten aanwezig zijn om art. 81 lid 3 EG toe te passen. Zie hierover nader de woorden van Kamerlid Dittich tijdens de behandeling van de Wet op de vaste boekenprijs in de Eerste Kamer, 12 oktober 2004, *Handelingen Eerste Kamer 2004-2005*, nr. 2, p. 30.

zeker het geval in de interpretatie die de Commissie geeft aan art. 81 lid 3: deze lijkt weinig ruimte te bieden voor de invulling van niet-economische belangen. Met de uitvaardiging van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG heeft de Commissie er voor gekozen om het toepassingsbereik van deze bepaling beperkt te houden. De focus ligt geheel bij economische efficiëntie.¹³⁸

Het is daarmee de vraag of niet beter een ander instrument gebruikt kan worden om te toetsen of een prijsbindingsstelsel voor boeken al dan niet buiten het verbod van art. 81 lid 1 EG valt.

2.3.5. Toepassing van art. 86 lid 2 EG

Toepassing van art. 86 lid 2 EG komt in zicht in die gevallen waarin ondernemingen daadwerkelijk zijn belast door de overheid met het beheer van diensten van algemeen economisch belang en daarmee een bijzondere taak toevertrouwd hebben gekregen. Een dergelijke taak kan bij wet of besluit zijn opgedragen.¹³⁹ Zij kan echter ook zijn toegekend door middel van een contract of een samenstel van plannen, wettelijke bepalingen en regelingen.¹⁴⁰ Ondernemingen kunnen echter niet zomaar aanvoeren dat zij met een dergelijke bijzondere taak zijn belast.¹⁴¹ Hiervoor dienen zij substantieel bewijs aan te dragen.¹⁴² In dat geval voorziet deze bepaling in een rechtvaardigingsgrond voor mededingingsbeperkingen die in de dienst van algemeen economisch belang liggen besloten. Het is de vraag of art. 86 lid 2 EG van toepassing kan zijn ten aanzien van de situatie van prijsbinding in de boekensector.

Toepassing van art. 86 lid 2 EG was in de 'oude' situatie, toen de Koninklijke Vereniging van het Boekenvak de prijzen vaststelde, in ieder geval niet mogelijk. De 'ondernemersvereniging' komt immers niet voor in de uitzonderingsvoorwaarden van deze bepaling. In de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter zijn signalen te vinden dat toepassing van art. 86 lid 2 EG op besluiten van ondernemersverenigingen dan ook niet mogelijk

138 Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97, par. 48-72. Zie hierover ook Monti 2007, p. 89-91 en 119-122.

139 Zie bijvoorbeeld zaak 127/73, BRT t. Sabam II, *Jur.* 1974, 313, r.o. 20.

140 Zie zaak C-393/92, Gemeente Almelo e.a. t. Energiebedrijf IJsselmij, *Jur.* 1994, I-1477 en zaak C-203/96, Dusseldorp e.a. t. minister van VROM, *Jur.* 1998, I-4075. Zie Van de Gronden 2007, p. 409.

141 Art. 86 lid 2 EG behoeft een strikte uitlegging, aldus het Hof van Justitie, aangezien deze bepaling een derogatie van de Verdragsregels mogelijk maakt. Zie zaak 127/73, BRT t. Sabam II, *Jur.* 1974, 313, r.o. 19.

142 Vgl. Meulman 2004, p. 105.

is.¹⁴³ Tegen deze zienswijze kan men overigens wel argumenten inbrengen. Zo zou men met een beroep op de doelstelling achter art. 86 lid 2 EG een analoge toepassing van deze bepaling op activiteiten van een ondernemersvereniging kunnen bepleiten.

De huidige Wet op de vaste boekenprijs roept een wettelijk stelsel in het leven rondom een prijsbindingsysteem voor boeken. Houdt dit ook in dat de Wet de uitgevers en boekwinkels expliciet belast met de uitvoering van diensten van algemeen economisch belang?

De Wet geeft het ondernemersveld de mogelijkheid om prijzen bindend vast te stellen en roept ook handhavingmechanismen in het leven om het prijsbindingsysteem te laten functioneren. Het is echter niet meteen duidelijk in deze context wat de wetgever precies terug wil zien van de kant van het ondernemersveld, in ruil voor het bestaan van de vaste prijs.¹⁴⁴

De Wet formuleert als algemeen doel de pluriformiteit van het boekenaanbod te waarborgen.¹⁴⁵ Het is echter de vraag of de Wet (of haar uitvoeringsmaatregelen) op haar algemene doelstelling een aantal nauwkeurig geformuleerde, controleerbare, openbare dienstverplichtingen voor 'de boekensector' laat volgen, dan wel dat deze uit de algemene doelstelling zelf zijn af te leiden. Dit lijkt niet het geval. Het is bijvoorbeeld niet zo dat de Wet boekhandelaren voorschrijft om bij bepaalde categorieën boeken een zeker aantal exemplaren in voorraad te houden: men zou hier kunnen denken aan een wettelijke verplichting tot het ter verkoop aanbieden van door de regelgever nader omschreven hoogwaardige literatuur waarvoor heel weinig belangstelling bestaat bij de consument.

Art. 15 van het Besluit vaste boekenprijs geeft representatieve organisaties van uitgevers en verkopers de mogelijkheid om afspraken te maken ten behoeve van de instandhouding van een distributie-infrastructuur

143 Zie de Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 167-169.

144 Het louter bewerkstelligen van vaste, hoge prijzen, kan moeilijk op zichzelf als een dienst van algemeen economisch belang beschouwd worden.

145 De indieners van het wetsvoorstel, Dittrich en Halsema, omschrijven het doel van de wet als volgt: "Het wetsvoorstel dient een cultuurpolitiek doel. De indieners beogen voorwaarden te scheppen waaronder in Nederland ook voor de langere termijn een breed en divers aanbod van boeken in het Nederlands (...) beschikbaar kan zijn via een geografisch ruim gespreid net van boekhandels met een groot en gevarieerd assortiment. Het wetsvoorstel geeft de vaste boekenprijs, die dient als middel tot dit doel, een wettelijke basis." Zie Voorstel van wet van de leden Dittrich en Halsema houdende regels omtrent de vaste boekenprijs (Wet op de vaste boekenprijs); Memoorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 652, nr. 3, p. 1.

met het oog op het handhaven van een voldoende geografische spreiding en beschikbaarheid van minder courante boeken en muziekluitgaven ten behoeve van eindafnemers in Nederland. Het gaat dan om afspraken over tarieven en (andere) leveringsvoorwaarden. Art. 15 bevat echter geen concrete *plichten* voor uitgevers en verkopers om zich van deze taak te kwijten. Het biedt hun slechts de *mogelijkheid* om afspraken te maken over de distributie van minder courante boeken en muziekluitgaven. De toepassing van art. 86 lid 2 EG in de vasteboekenprijsclaus is mijns inziens dus niet evident.

Art. 86 lid 2 EG is in de casuïstiek van de Gemeenschapsrechter tot nu toe vooral ingezet in universele dienstverleningszaken waarin een analyse van de bedrijfsvoering of het economisch functioneren van de dienstverlener de onderneming centraal stond.¹⁴⁶ Vandaar dat de proportionaliteitsafweging in deze zaken zeer 'economisch' van aard is, en het leidende criterium niet zozeer is de toets van de minst beperkende maatregelen, als wel de test van economisch aanvaardbare omstandigheden en economisch evenwicht in de bedrijfsvoering van de dienstverlener.¹⁴⁷ Het risico van 'cherry picking' staat centraal in dit type analyse.¹⁴⁸ Het wegingmechanisme onder art. 86 lid 2 EG richt zich daarbij op de omvang en het gebruik van bepaalde exclusieve productie- of dienstverleningsrechten van – doorgaans – één organisatie.

Het is de vraag of de houdbaarheid van een algemeen prijsbindingsstelsel in de boekensector goed te beoordelen is onder de 'economische' toetsingsvariant van art. 86 lid 2 EG. Het klassieke beeld van 'cherry picking' dat onderdelen uit de bedrijfsvoering af te scheiden zijn van andere onderdelen vindt geen weerslag in de boekenbranche. In deze sector is de lijn veel dunner: goede en minder goed verkopende werken lopen dwars door de verschillende categorieën van boeken heen. Boekwinkels zullen over het algemeen echter de 'kersen' binnen deze categorieën zo kunnen aanwijzen.

146 Vgl. arresten in zaak C-320/91, Corbeau, *Jur* 1993, I-2533 en zaak C-157/94, Commissie t. Nederland, *Jur* 1997, I-5699

147 Vgl. zaak C-320/91, Corbeau, *Jur* 1993, I-2533, r.o. 16 en 17. Zie ook Belhadj, Evans & Van de Gronden 2007, p. 142

148 'Cherry picking' is het risico dat bij afwezigheid van een stelsel van bijzondere taken en exclusieve rechten, ondernemingen alleen die delen van de markt bedienen waar de gunstigste omstandigheden heersen, en de overige delen van de markt laten zitten. Men ziet dit fenomeen bij uitstek terug in netwerksectoren zoals energie en post, waar bedrijven zich het liefst richten op drukbevolkte gebieden, en de laagbevolkte gebieden bij voorkeur links zouden laten liggen. Zie Van de Gronden 2005, p. 88

Met een iets bredere toets gericht op het economisch evenwicht in de bedrijfsvoering zou men de noodzaak van een vaste boekenprijs voor het voortbestaan van boekwinkels onder de loep kunnen nemen.¹⁴⁹ Vooralsnog ligt aan de bestaande prijsbindingsystemen slechts de assumptie ten grondslag dat boekwinkels zich in hun assortiment ook ruimhartig richten op niet-populaire boeken. Van deze aanname zou onder art. 86 lid 2 EG wellicht een kritischere toetsing kunnen plaatsvinden.

Hier staat tegenover dat in de klassieke art. 86-zaken economische waarden als leveringszekerheid en schaalgrootte als ijkpunt dienen. In de boekensector gaat het uiteindelijk om achterliggende typisch culturele waarden, zoals pluriformiteit in het boekenaanbod en, nog algemener, culturele diversiteit en ontwikkeling. Het is de vraag of dit soort belangen een ingang hebben in art. 86 lid 2 EG in de economische uitleg die deze bepaling tot dusverre heeft gekregen in de jurisprudentie. De behartiging van bepaalde niet-economische belangen is nu eenmaal lastig te vertalen (kwantificeren) in een economisch of rekenkundig model. Het *ex post* karakter van de afweging onder art. 86 lid 2 EG bemoeilijkt de beoordeling in dit opzicht alleen maar.

Zoals hierboven reeds aangegeven, is het hoe dan ook de vraag of de publieke taken waarmee ondernemingen in de boekenbranche in het kader van art. 86 lid 2 EG bekleed dienen te zijn, voldoende hard omschreven en duidelijk genoeg geëxpliciteerd zijn in het Nederlandse boekenprijsbestel om toepassing van deze bepaling aan te nemen.

2.3.6. Toepassing van de 'rule of reason'

Een benadering die zich goed leent om culturele gronden in te verwerken, en zodoende een evenwichtige afweging mogelijk maakt tussen een economisch en een niet-economisch belang, is de 'rule of reason'. Met 'rule of reason' wordt hier bedoeld op de maatschappelijke 'rule of reason', die oorspronkelijk binnen het Europese vrijverkeersrecht is ontwikkeld als uitzonderingsinstrument op de betreffende verboden.¹⁵⁰

149 Indien men de focus van art. 86 lid 2 EG zou verschuiven van de specifieke categorie van 'cherry picking' naar de bredere categorie van marktfalen, zou de uitoefening van een bijzondere taak door private actoren in meer opzichten onderwerp kunnen zijn van een (economische) analyse onder art. 86 lid 2 EG. Zie Van de Gronden 2005, p. 88.

150 Zie voor een nadere uiteenzetting van de achtergrond en werking van de 'rule of reason' Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

De Gemeenschapsrechter heeft de maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht vooralsnog niet expliciet erkend. Van enige sympathie voor de *onderliggende benadering* lijkt wél sprake.¹⁵¹

Een tweede methode afkomstig uit de vrijverkeersjurisprudentie, is de *Keck*-doctrine.¹⁵² Hoewel deze uitzonderingsmethodiek in de literatuur wordt genoemd als exceptiemogelijkheid voor vasteboekenprijsssystemen onder het mededingingsrecht, lijkt zij niet op haar plaats bij flagrante anti-trustschendingen in de cultuursector.¹⁵³

De Europese 'rule of reason' biedt de ruimte om een niet-economisch belang af te wegen tegen een economisch of mededingingsbelang. Onder de cumulatieve voorwaarden van de 'rule of reason' bevindt zich de proportionaliteitstoets, essentieel om tot een evenwichtige afweging van belangen te komen. Het proportionaliteitsbeginsel *sensu lato* bestaat in het Europese recht uit de deelvoorwaarden geschiktheid, noodzakelijkheid, evenredigheid (proportionaliteit *sensu stricto*).¹⁵⁴ (Ook) in cultuurzaken lijkt dit beginsel zo cruciaal dat men doorgaans kan aannemen dat indien een afspraak of maatregel deze toets doorstaat, zij tevens de andere criteria van de 'rule of reason'¹⁵⁵ zal doorstaan. Hierna wordt het Nederlandse prijsbindingsstelsel voor boeken getoetst aan de drie proportionaliteits-elementen.

151 Zie Paragraaf 3 8 2 van Hoofdstuk II

152 Gev. zaken C-267/91 en C-268/91, Bernard Keck en Daniel Mithouard *Jur.* 1993, I-6097

153 Wesseling ziet een *Keck*-uitzondering in het niet toepassen van het mededingingsrecht ten aanzien van systemen van vaste boekenprijzen. Dit is inderdaad een optie uit het communautaire vrijverkeersrecht die als inspiratiebron zou kunnen dienen voor de uitzonderingsinstrumenten binnen het mededingingsrecht. De *Keck*-doctrine met haar exceptie voor verkoopmodaliteiten lijkt in de vasteboekenprijszaken echter toch te weinig inhoudelijk om in overweging te nemen. Tenslotte gaat het bij een systeem van vaste prijzen binnen het mededingingsrecht om een flagrante schending van dit rechtsgebied. De *Keck*-uitzondering binnen het Europese vrijverkeersrecht richt zich nu juist op regels die niet tot de kernbelemmeringen behoren die het vrijverkeersrechtsgebied poogt weg te nemen. Vgl. Wesseling 2005, p. 76. Mortelmans had al eerder terecht vastgesteld dat bij *Keck*-uitzonderingsituaties grote inhoudelijke verschillen bestaan tussen het EG-vrijverkeersrecht en het communautaire mededingingsrecht. Waar het vrijverkeersrecht bepaalde prijsregulaties (zoals een verbod op wederverkoop met verlies) niet zo problematisch acht, behoren dergelijke fenomenen in het mededingingsrecht tot de flagrante schendingen. En waar de vrijverkeersregels strikt toegepast worden ten aanzien van producteisen en kwaliteitsstandaarden, is het mededingingsrecht weer een stuk soepeler met dergelijke voorschriften (mits ze objectief en non-discriminatoir zijn). Zie Mortelmans 2001a, p. 633.

154 Zie voor een nadere toelichting op de achtergrond en werking van de drie proportionaliteitsvoorwaarden Paragraaf 3 8 2 van Hoofdstuk II.

155 Zie voor een overzicht van de vijf voorwaarden van de 'rule of reason' Paragraaf 3 8 2 van Hoofdstuk II.

Hoewel de geschiktheidvraag doorgaans niet voor grote problemen zorgt,¹⁵⁶ zou deze norm bij een prijsbindingsysteem voor boeken al een obstakel kunnen vormen. De geschiktheidvoorwaarde geeft de toetsende instantie (zoals een rechter) een instrument om op te treden tegen maatregelen die in de grond protectionistisch of mededingingsuitsluitend zijn, maar worden gepresenteerd als noodzakelijk om een gerechtvaardigd belang te dienen. Juist bij prijsbindingsystemen voor boeken kan men zich afvragen of de systematiek überhaupt wel de doelen dient die aangevoerd worden: worden de pluriformiteit in het boekenaanbod en de pluriformiteit van boekhandels inderdaad versterkt door een prijsbindingsysteem? Aangezien geschiktheid een minder strikt causaal verband veronderstelt dan noodzakelijkheid,¹⁵⁷ kan men deze vragen bij dit criterium wellicht bevestigend beantwoorden. Dezelfde vragen komen echter terug bij de noodzakelijkheidvoorwaarde, en deze toetsing is een stuk strikter.

De evenredigheidstoets leidt tot een meer (rechts-)politieke afweging. Op het punt van de proportionaliteit *stricto sensu* zullen met betrekking tot de nieuwe boekenprijswet waarschijnlijk niet zoveel problemen ontstaan. Als de Nederlandse wetgever of cultuursector de afweging maakt dat een mededingingsbeperking het doel waard is, dan zal een rechter hier niet zo snel in treden. Cultuur behoort tot de eigen bevoegdheden van de lidstaten. De EG heeft binnen dit domein geen eigen competentie om de lijnen op Europees niveau uit te zetten. De lidstaten kunnen zelf invulling geven aan dit beleidsterrein, waarbij de keuze openstaat om bepaalde regulaties over te laten aan de sector zelf – uiteraard binnen de grenzen die (onder andere) het communautaire mededingingsrecht stelt.

Bij de noodzakelijkheidstoets staat de vraag centraal of voor de verwezenlijking van het te bereiken doel even doelmatige, maar minder (mededingings)beperkende alternatieven voorhanden zijn. De noodzakelijkheidvoorwaarde lijkt met betrekking tot prijsbindingsystemen voor boeken zeker als scherprechter te kunnen dienen. De vraag is of een prijsbindingsysteem wel echt noodzakelijk is om de culturele doelen te bereiken die worden gesteld: wellicht zijn er andere, minder mededingingsbeperkende systemen denkbaar die de gestelde doelen even goed dienen.

Naast prijsbindingstelsels voor boeken zijn ook andere systemen ter ondersteuning van de boekensector mogelijk, zoals een gesubsidieerd fonds

156 Zie Jans e.a. 2002, p. 185 en 189-190, en Jans et al. 2007, p. 153 en 154.

157 Jans e.a. 2002, p. 189-190, en Jans et al. 2007, p. 153 en 154.

of uitgever om weinig gelezen boeken te publiceren.¹⁵⁸ Deze tasten niet de hele markt aan op het punt van kunstmatig hoge prijzen voor alle boeken; concurrentie op prijs is dan wél gewoon mogelijk tussen boekhandels. Het mag de vraag zijn of dit soort systemen én de pluriformiteit van het boek én de pluriformiteit van de boekhandels in brede zin altijd garanderen. Deze systemen bieden echter wel een preciezer en meer gericht instrument (dan het huidige prijsbindingsysteem) om te bereiken waarvoor ze zijn ingesteld: de verkoop van boeken die commercieel niet aantrekkelijk zijn. Het is immers maar de vraag of het systeem van kruissubsidiëring, dat verondersteld wordt te liggen onder het bestaande prijsbindingsysteem, daadwerkelijk goed functioneert. Hoe lang zullen uitgeverijen aan een slecht verkopende titel kruissubsidiëring blijven geven?¹⁵⁹

Men zou ook nog kunnen denken aan het Zweedse systeem van gerichte subsidies aan boekhandels met een beter assortiment.¹⁶⁰ Nadelen hiervan zijn dat dit weer meer regels en een zeker gevaar van willekeur met zich mee brengt.¹⁶¹

Bij dit type maatregelen moet bovendien rekening gehouden worden met de Europese staatssteunregels.¹⁶²

Van groot belang bij een noodzakelijkheidafweging omtrent prijsbindingssystemen voor boeken, zijn ten slotte de veranderingen in de boekensector zelf. Door de opkomst van het internet vinden meer en meer bestellingen digitaal plaats. Boekhandels krijgen in toenemende mate een distributiefunctie, en de verkoop in de winkel neemt in belang af. Dit houdt in dat boekhandels titels in mindere mate op voorraad hoeven te hebben, maar deze bijbestellen bij bijvoorbeeld de uitgever indien de cliënt een bepaald

158 Vgl. ook Langer 1999a, 274

159 Zie Langer 2001, p. 16

160 Zie de behandeling van de Wet op de vaste boekenprijs in de Eerste Kamer, 12 oktober 2004, *Handelingen Eerste Kamer* 2004-2005, nr. 2, p. 18

161 Vgl. Van Boxtel 2004, p. 105. Bovendien ontsnapt ook een nationaal subsidieregime niet *a priori* aan de werking van het communautaire mededingingsrecht, aangezien de staatssteunregels dan om de hoek komen kijken.

162 Zie in dit verband Commissiebeschikking 1999/133/EG van 10 juni 1998 betreffende staatssteun ten gunste van Coopérative d'exportation du livre français (CELFF), *Pb* 1999, L 44/37, Commissiebeschikking 2005/262/EG van 20 april 2004 betreffende door Frankrijk aan Cooperative d'exportation du livre français (CELFF) verleende steun, *Pb* 2005, L 85/27, zaak T-49/93, Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) t. Commissie, *Jur* 1995, II-2501, zaak C-332/98, Franse Republiek t. Commissie, *Jur* 2000, I-4833, zaak T-155/98, Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) t. Commissie, *Jur* 2002, II-1179, zaak C-199/06, Centre d'exportation du livre français (CELFF) en Ministre de la Culture et de la Communication t. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE), *Jur* 2008, I-469, zaak T-348/04, Société internationale de diffusion et d'édition SA (SIDE) t. Commissie, *Jur* 2008, II-625

boek wenst aan te schaffen. Internetwinkels nemen de levering van boeken ook gedeeltelijk over van de boekhandels in de straat. Het is de vraag of met de toename van de verkoop van boeken via het internet de pluriformiteit van het boekenaanbod niet op een andere wijze wordt gewaarborgd. Een vervolgvraag is dan of een prijsbindingsstelsel nog wel onontbeerlijk is voor het behoud van diversiteit van boeken.

Het is dus zeker niet zo dat toepassing van een 'rule of reason' vrij spel biedt aan de boekenbranche. Sterker nog, in de Nederlandse situatie met de vaste boekenprijs zou een 'rule of reason'-afweging ook negatief kunnen uitpakken voor de Wet op de vaste boekenprijs.

2.4. Toekomstperspectieven van het stelsel van de vaste boekenprijs

Een boekhandelaar in Nederland kan te maken krijgen met het Commissariaat voor de Media als handhavinginstantie van de Wet op de vaste boekenprijs, wanneer hij boeken onder de vastgestelde prijs verkoopt. Het Commissariaat heeft de bevoegdheid om boetes uit te delen wegens schending van de wet. Een ondernemer kan in beroep gaan bij de Nederlandse administratieve rechter tegen zo'n boetebeschikking. Hij zou daarbij wellicht het EG-mededingingsrecht (de 'effet utile'-leer) kunnen invoeren tegen de boekenprijswet en de op basis van die wet uitgevaardigde boetebeschikking. Indien de bestuursrechter zou constateren dat de Wet op de vaste boekenprijs inderdaad strijdig is met Europees recht, dan zal hij een besluit (boetebeschikking) op grond van die wet vernietigen. Vooralsnog lijkt de haalbaarheid van een dergelijk oordeel meer theoretisch dan realistisch.

Het feit dat de Europese Commissie tot dusverre nog nauwelijks heeft opgetreden tegen allerlei boekenprijsstelsels in de lidstaten lijkt eerder voort te vloeien uit beleidsmatige overwegingen dan uit een juridische onmogelijkheid. De precieze afwegingen van de Commissie hieromtrent zijn moeilijk te traceren.

Een belangrijke achtergrond lijkt in ieder geval dat men binnen deze instelling zelf ook verdeeld is over de vraag of zij op moet treden vanwege het communautaire mededingingsrecht of niet.¹⁶³ De Commissie brandt

163 Zie de opmerkingen van Staatssecretaris M. v.d. Laan bij de behandeling van de Wet op de vaste boekenprijs in de Eerste Kamer, 12 oktober 2004, *Handelingen Eerste Kamer* 2004-2005, nr. 2, p. 41: "Laten wij ook onze zegeningen tellen, want als dit bij de Commissie aan de orde wordt gesteld, is de uitkomst onbekend. Daar heersen nu zeer verschillende krachten met zeer verschillende opvattingen en als dit al serieus

haar vingers waarschijnlijk liever niet aan het vraagstuk van de vaste boekenprijs. Hiermee hangt samen dat het prijsbindingsysteem in de culturele sector ook niet tot al te grote beroering leidt onder de economisch georiënteerde geesten in Brussel: van een prioriteit binnen bijvoorbeeld D-G Concurrentie om op te treden tegen de vaste boekenprijs lijkt allerm minst sprake.

Al met al is de 'laissez faire'-houding van de Commissie op dit onderwerp niet zonder gevolgen. Uit de arresten *Leclerc* en *Echirolles* kan men opmaken dat het uitzetten van nader beleid door de Commissie van belang is voor de toepassing van het communautaire mededingingsrecht in de boekensector – of men het nu eens is met dit uitgangspunt of niet. Het Hof van Justitie is in ieder geval voorzichtig om art. 81 EG van toepassing te achten in deze sector.

Belangrijk bij alle beleidsmatige motieven is ongetwijfeld het feit dat prijsbindingsystemen binnen de boekenbranche een lange traditie hebben in Europa, en altijd een bepaalde uitzonderingspositie hebben genoten. Met tradities is het moeilijk breken. Ten slotte speelt ook het feit dat de cultuursector bestaat uit volledig nationaal georganiseerde beleidsterreinen, waarop de EG zelf geen substantiële bevoegdheden heeft, een belangrijke rol: de Gemeenschap moet dan oppassen dat zij via de band van het economische Europese recht dit soort domeinen niet toch naar haar hand zet.

In Groot-Brittannië heeft een onderlinge strijd tussen uitgevers geleid tot een implosie van het vaste boekenprijsstelsel.¹⁶⁴ In het Nederlandse boekenlandschap heerst vooralsnog rust. Ook van de kant van de Commissie en de NMa valt niet direct een actie tegen het Nederlandse stelsel te verwachten. In theorie zouden zij, al dan niet aangejaagd door een boekhandelaar of een consumentenorganisatie, hun beleidsvisie kunnen bijstellen in de richting van een hardere aanpak van prijsbindingsystemen in de boekensector. De historische wortels van dit fenomeen in vele lidstaten van de Gemeenschap, de politieke gevoeligheid van eventuele acties, en de terughoudende rechtspraak van de Gemeenschapsrechter staan hieraan wellicht in de weg. Deze feitelijke stand van zaken doet echter niets af aan de bijzonder interessante juridische status van het Nederlandse prijsbindingsstelsel in de boekenbranche onder het antitrustrecht.

wordt behandeld, duurt het nog jaren voordat men er daar uit is. Dat lijkt me allemaal verloren energie. De Commissie wil er haar vingers niet aan branden."

164 Zie Drijber 2004a, p. 87.

3. MEDEDINGINGSRECHT EN VASTE PRIJZEN VOOR SCHRIJVERS, VERTALERS EN SCENARISTEN IN NEDERLAND

3.1. Het Nederlandse systeem van vaste prijzen voor literatoren

In Nederland bestaan adviestarieven voor auteurs, vertalers en scenaristen. De adviestarieven zijn een *gentlemen's agreement* tussen auteurs en uitgevers, vertegenwoordigd door brancheverenigingen als de Vereniging van Letterkundigen aan de ene kant en de Groep Algemene Uitgevers aan de andere kant. Zo zijn er prijsrichtlijnen te vinden in de modelcontracten van de Vereniging van Letterkundigen. Deze *gentlemen's agreements* vormen een niet-bindende afspraak tussen beide partijen, waarvan per geval afgeweken kan worden. Dit neemt niet weg dat het stelsel van adviestarieven in de praktijk tot een systeem van vaste prijzen leidt.

Zo is in het modelcontract voor vertalers van literaire werken per taal een vaste minimumprijs van een aantal centen per vertaald woord opgenomen. Voor het Engels is dat bijvoorbeeld 5.9 eurocent per woord. Uitgevers en vertalers kunnen afwijken van de regeling als ze willen, en dat gebeurt.¹⁶⁵ Maar het gebeurt ook heel vaak niet.

Naast de tussen marktpartijen overeengekomen 'adviesprijs', bestaat er voor vertalers overigens een tweede regeling in Nederland om hen financieel tegemoet te komen. Het Fonds van de Letteren kan namelijk een financiële aanvulling geven bij hoogwaardige vertaalprojecten.

De standaardcontracten voor vertalers zijn exemplarisch voor de aard van de regelingen die in Nederland zijn getroffen tussen private partijen, ten einde de schrijvende beroepen te ondersteunen. Er bestaan gelijksoortige modellen voor de royalty's van romanschrijvers, dichters, toneelschrijvers en scenaristen. Zo lopen de royalty's voor boeken op van tien tot vijftien procent van de betaalde oplage. De verenigingen van schrijvers hebben deze vaste percentages bevochten bij de uitgevers.¹⁶⁶

3.2. Het optreden van de NMa

De NMa heeft de adviestarieven voor auteurs, vertalers en scenaristen in strijd bevonden met art. 6 Mw. Zo heeft de NMa er bij de Vereniging van

165 Zie M. Huygen, 'Hoe de kartelpolitie grote bedrijven laat gaan en van arme vertalers centen afsnoept', *NRC Handelsblad* 31 maart 2007, p. 15.

166 Zie M. Huygen, 'Hoe de kartelpolitie grote bedrijven laat gaan en van arme vertalers centen afsnoept', *NRC Handelsblad* 31 maart 2007, p. 15.

Letterkundigen op aangedrongen dat zij de prijsrichtlijnen in haar modelcontracten laat vallen.¹⁶⁷ Maar ook de standaardcontracten van andere verenigingen voor het schrijvend beroep die dezelfde concepten hanteren, kunnen volgens de NMa niet door de beugel van art. 6 Mw.

De NMa vindt dat auteurs, vertalers en scenaristen enerzijds en uitgevers en andere dienstafnemers anderzijds iedere keer opnieuw dienen te onderhandelen over de vast te stellen tarieven, in plaats van een vaste prijs te hanteren. Op deze wijze krijgt het spel van vrije concurrentie alle ruimte en ontstaat er meer differentiatie: topauteurs zouden een hoger tarief kunnen bedingen, terwijl de mindere goden het met een kariger beloning moeten doen.

In de huidige systematiek van de vertalingbranche zit namelijk een duidelijk kruissubsidiëringselement besloten: iedere vertaler krijgt een vaste prijs voor zijn vertaalwerkzaamheden, ongeacht de precieze kwaliteit van zijn werk. Waar de toppers wellicht te weinig krijgen voor hun excellente werk, krijgen de zwakke broeders misschien te veel voor de matige kwaliteit die ze leveren.

Op aandringen van de NMa (en onder dreiging van toepassing van art. 6 Mw) hebben de Groep Algemene Uitgevers en de Vereniging van Letterkundigen de normtarieven voor vertalingen in de toelichting van de modelcontracten geschrapt. Contractpartijen hebben daardoor de vrijheid gekregen om zelf een honorarium overeen te komen, aldus de NMa.¹⁶⁸ De vraag is natuurlijk of dit soort prijsafspraken de toets van het mededingingsrecht nu echt niet kunnen doorstaan.

In een visiedocument over cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen heeft de NMa aangegeven dat zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) onder het mededingingsrecht geen (uur)tariefafspraken mogen maken via een collectieve arbeidsovereenkomst (cao).¹⁶⁹ Minimumtarieven zouden zzp'ers beperken in hun mogelijkheden om zich ten opzichte van elkaar te onderscheiden. Opdrachtgevers en consumenten zouden hierdoor mogelijk te hoge prijzen betalen, aldus de NMa.¹⁷⁰

167 *Volkskrant* 31 oktober 2006, p. 17, 'Vertalers laten op aandrang NMa adviestarieven vallen'; *NRC Handelsblad* 31 oktober 2006, p. 11, 'NMa verbiedt afspraken vertalers'.

168 Zie persbericht NMa van 3 juli 2007, 'Effect optreden NMa tweede kwartaal'.

169 Visiedocument NMa, Den Haag: december 2007, *Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet*.

170 Zie Persbericht NMa 07-34, 5 december 2007, 'Mededingingswet staat geen tariefafspraken voor zelfstandigen toe in cao's'.

Art. 16 Mw, dat een uitzondering bevat van de verbodsbepalingen van de Mw voor onder andere collectieve arbeidsovereenkomsten, strekt zich niet uit over afspraken betreffende aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht tussen opdrachtgevers en zelfstandigen (zogenaamde interprofessionele akkoorden).¹⁷¹ De *Brentjens*-exceptie¹⁷² is dus niet van toepassing hier, aangezien het om de totstandkoming van een CAO voor zelfstandigen gaat en niet voor werknemers.

Het is logisch dat de NMa prijsafspraken ten gunste van ondernemingen (want dat zijn zzp'ers nu eenmaal) onder de vlag van een cao categorisch afwijst. Directe aanleiding voor het onderzoek waren berichten over tariefafspraken met betrekking tot remplaçanten bij symfonieorkesten, maar verspreiding van het fenomeen naar andere sectoren waar veel zzp'ers werkzaam zijn (waaronder de bouwsector) lag in het verschiep.¹⁷³ De NMa heeft het fenomeen middels het visiedocument meteen de kop in willen drukken. Het is duidelijk dat het kartelverbod uitgaat van autonoom handelende bedrijven. Onderlinge afstemming tussen ondernemingen teneinde 'billijke mededingingsvoorwaarden' te bereiken, behoort op zichzelf niet tot de doelstellingen van het mededingingsrecht.¹⁷⁴

Waar deze visie van de NMa in zijn algemeenheid juist is, en men de cao nimmer open mag stellen als podium voor tariefafspraken ten bate van een algemene (en zeer brede) categorie van zzp'ers, zou ten aanzien van specifieke, goed afgebakende groepen zelfstandigen in een bijzondere positie wellicht een andere houding passen.¹⁷⁵ Er moet dan wel een gewichtig, niet-mededingingsrechtelijk belang in het geding zijn.

Het gaat dan bijvoorbeeld om zelfstandigen die werkzaam zijn in de cultuursector, waarvan uit onderzoek blijkt dat zij het hoofd moeilijk boven water kunnen houden en waarvan vaststaat dat hun werkzaamheden van groot belang zijn voor de ontwikkeling van de cultuur. Men kan den-

171 Visiedocument NMa, Den Haag december 2007, *Caο-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet*, par 63-72

172 Het Hof onttrekt in de arresten *Albany*, *Brentjens* en *Drijvende Bokken* bepaalde CAO-afspraken in hun geheel aan de werking van art 81 lid 1 EG. Zie zaak C-67/96, *Albany*, *Jur* 1999, I-5751, r o 59 en 60, gev zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens*, *Jur* 1999, I-6025, r o 56 en 57, zaak C-219/97, *Drijvende Bokken*, *Jur* 1999, I-6121, r.o. 46 en 47

173 Althans, deze vrees leefde bij de NMa. Zie Persbericht NMa 07-34, 5 december 2007, 'Mededingingswet staat geen tariefafspraken voor zelfstandigen toe in cao's'

174 Vgl zaak T-29/92, Vereniging van samenwerkende prijsregelende organisaties in de bouw/nijsverheid (SPO) e a t Commissie, *Jur* 1995, II-289, r o. 119.

175 Deze tariefafspraken kunnen plaatsvinden in het verband van een cao, maar overigens ook in het kader van een convenant met de spelers in de sector, en in vele andere vormen

ken aan de reeds genoemde groep van vertalers, die bijdragen aan de ont-sluiting en verspreiding van literaire werken. Het contrast met de onder-nemers die profiteren van de vasteboekenprijsystematiek is in dit opzicht schril: waar de NMa de vertalers/scenaristen/auteurs keihard aanpakt met hun prijsafspraken, daar komen de distributeurs en eindverkopers van boeken goed weg.

Mocht men voor de categorie van auteurs een uitzondering willen maken op de toepassing van de mededingingsregels, dan lijken art. 6 lid 3 Mw en art. 81 lid 3 EG daartoe niet geschikt.¹⁷⁶ De 'rule of reason' zou in dit verband wellicht uitkomst kunnen bieden als exceptiemethode.

3.3. De argumenten vóór en tégen een systeem van vaste vergoedingen in de literaire sector

In economisch opzicht is op een vasteprijzensystematiek het nodige af te dingen; binnen het mededingingsrecht is het zelfs een doodzonde. In cul-tureel opzicht zijn wel een aantal argumenten aan te voeren vóór een der-gelijk systeem, al zijn ze niet altijd even sterk.

Zo zou de bestaande regeling met vaste prijzen jonge auteurs, ver-talers en scenaristen de mogelijkheid bieden om een bestaan in de literaire sector op te bouwen. Zij zou er voor zorgen dat ook auteurs met een klein publiek kunnen publiceren en aldus de culturele diversiteit bevorderen. De vaste prijs zou enige zekerheid bieden in een sector waar de beloning voor geleverd werk allesbehalve hoog is, terwijl de inspanningen zeer aan-zienlijk zijn. De commerciële waarde van een kunstwerk zou vaak minder zijn dan de culturele waarde. Indien men alle vangnetten verwijdt in de vertaalsector en hem volledig overlaat aan de 'vrije markt', zouden slecht vertaalde boeken de goed vertaalde boeken overvleugelen: kwaliteit en prijs vormen communicerende vaten, en de markt brengt zonder vangnet zelf te weinig prikkels voor een hogere kwaliteit voort.¹⁷⁷

Nog afgezien van het feit dat genoemde argumenten onderling nog-al verschillen in kracht, zijn ze in economisch en juridisch opzicht über-haupt moeilijk meetbaar. Dit maakt het lastig om de waarde van deze argumenten te bepalen en ze vervolgens af te wegen tegen mededingings-belangen.

176 Zie Visiedocument NMa, Den Haag: december 2007, *Cao-tariefbepalingen voor zelfstan-digen en de Mededingingswet*, randnr. 81-84, waarin de NMa toepassing van art. 6 lid 3 Mw en 81 lid 3 EG ten aanzien van tariefafspraken voor zelfstandigen verwerpt.

177 Vgl. M. Huygen, 'Hoe de kartelpolitie grote bedrijven laat gaan en van arme vertalers centen afsnoept', *NRC Handelsblad* 31 maart 2007, p. 15; M. de Haan, 'Schaduwkun-stenaars', *Volkskrant* 2 februari 2007, p. 21; *NRC Handelsblad* 6 november 2006, p. 9, 'Concurrentie in kunst is niet altijd "eerlijk" '.

Wellicht dat de 'rule of reason' hier het meest geschikte instrument is om desondanks binnen een werkbaar kader tot een toetsing onder art. 6 Mw te komen. De proportionaliteitstoets met zijn drie onderdelen (geschiktheid, noodzaak, evenredigheid) biedt een verfijnd instrumentarium om tot een juiste afweging te komen. Uiteraard zal de rechter hierin uiteindelijk een laatste woord hebben, maar het is zeker mogelijk om een eigen invulling te geven aan de afweging.

Voor een terughoudende toepassing van art. 6 Mw op dit type prijsafspraken zijn een aantal argumenten aan te dragen. Het mag bij prijsafspraken in de literaire branche dan gaan om 'hard core' beperkingen van de mededinging, de culturele doelen die erachter schuil gaan hebben hun eigen merites. De 'waarde' van deze culturele doelen is lastig meetbaar in economisch en juridisch opzicht, hetgeen tot enige voorzichtigheid noopt om ze disproportioneel te achten. Voor het *Europese* mededingingsrecht (indien van toepassing) speelt hier ook mee dat cultuur vooralsnog een zaak van de lidstaten is, en de EG een eigen competentie op dit terrein mist. Een laatste argument voor terughoudendheid is het feit dat deze systematiek van prijsafspraken 'de cultuur' bij de bron dient, namelijk door de cultuurdragers te ondersteunen die de (in casu literaire) cultuur primair vormgeven. Hierin is een verschil te bekennen met het stelsel van de vaste boekenprijs, dat zich meer richt op het distributiedeel van deze cultuurvorm.

Indien men de systematiek van de vaste prijzen in de uitgevers- en boekwinkelbranche (de verkoopkant) vergelijkt met de systematiek van de vaste prijzen in de literatuur- en vertaalbranche (de 'productiekant'), dan moet men concluderen dat de laatste zich dichterbij de bron van cultuur bevindt. Het systeem van vaste prijzen voor literatoren richt zich namelijk op de echte cultuurdragers. Het ligt daarom voor de hand dat toepassing van de 'rule of reason' met zijn proportionaliteitstoets tot een strikter resultaat leidt wat betreft de vasteprijzensystematiek in de uitgevers- en boekwinkelsector dan wat betreft de vaste tarieven in de auteurssector.¹⁷⁸

4. MEDEDINGINGSRECHT EN COLLECTIEVE BEHEERSORGANISATIES

4.1. Collectieve beheersorganisaties: bestaan en functioneren

Collectieve beheersorganisaties (CBO's) zijn administratieve organisaties die namens rechthebbenden royalty's innen bij gebruikers. Een CBO kan

178 Hierbij zijn het vooral de criteria van de geschiktheid en noodzakelijkheid van een maatregel die in toepassing uiteen kunnen lopen.

in feite dus als een doorgeefluik van vergoedingen beschouwd worden.¹⁷⁹ Deze beheersorganisaties zijn bij de inning van de gelden werkzaam op het gebied van auteurs- en naburige rechten. Kunstenaars, componisten, artiesten, auteurs maken gebruik van hun diensten.

Het optreden van collectieve beheerorganisaties kan zowel een economische als een sociaal-culturele legitimatie in zich dragen.

In economisch opzicht bieden CBO's voordelen waar het gaat om de inning van en de controle op het gebruik van auteursrechten. De schaalvoordelen zijn bijzonder groot. Het zou ondoenlijk zijn als iedere auteursrechthebbende zijn eigen contracten met gebruikers af zou sluiten, en ook zou (moeten) bijhouden of deze overeenkomsten goed worden nageleefd. Rechtenorganisaties vervullen daarnaast ook belangrijke sociale taken. Hugenholtz geeft bijvoorbeeld aan dat collectief rechtenbeheer in de praktijk dikwijls de enige manier is waarop 'kleine' auteurs hun rechten kunnen exploiteren.¹⁸⁰ Koelman vermeldt dat sommige collectieve rechtenorganisaties sociale fondsen kennen, en dat beheersorganisaties vaak een vakbondachtige functie vervullen voor individuele auteurs tegenover machtige wederpartijen als omroepen en grote platenmaatschappijen.¹⁸¹

Nederland kent vijf collectieve beheersorganisaties die wettelijk bevoegd zijn om voor een bepaalde categorie rechthebbenden auteursgelden te innen. Buma/Stemra¹⁸² en Sena¹⁸³ zijn de twee grootste en bekendste van de

179 Zie het NMa-document 'De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties', Den Haag: NMa 2007, p. 2.

180 Hugenholtz 2003, p. 205.

181 Koelman 2004b, p. 94. Koelman verwijst hierbij ook naar zaak 127/73, BRT t. Sabam II, *Jur.* 1974, 313, waarin het Hof van Justitie opmerkt (in r.o. 9) dat het feit dat een organisatie ten doel heeft de rechten en belangen van haar individuele leden te beschermen tegenover belangrijke partijen als radio-omroepen en platenmaatschappijen als factor meegenomen moet worden in de afweging binnen art. 82 EG.

182 De Vereniging Buma (Bureau voor Muziekauteursrecht) richt zich op de exploitatie van het muziekauteursrecht waar het gaat om het openbaar maken van muziekstukken (denk hierbij aan popconcerten, muziek in discotheken en horecabedrijven). Buma beheert de auteursrechten van de aangesloten auteurs (tekstdichters en componisten). Vervolgens sluit Buma contracten af met afnemers voor het gebruik van het repertoire dat zij onder haar beheer heeft. Voor het gebruik van de werken dienen de afnemers vergoedingen te betalen. Stichting Stemra legt zich toe op het exploiteren van muziekwerken die worden vastgelegd op beeld- en geluidsdragers en vervolgens verveelvoudigd. Buma/Stemra vormt één auteursrechtorganisatie voor componisten, tekstschrijvers en muzikuitgevers en heeft haar hoofdvestiging in Hoofddorp. Zie voor een beschrijving van de historie van deze organisatie: Witbraad 2008, p. 13-15.

183 Sena (Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten) richt zich op uitvoerende kunstenaars (zoals de vertolkers van een lied of muziekstuk) en platenproducenten.

vijf.¹⁸⁴ Op Buma/Stemra na hebben genoemde organisaties een wettelijk 'eigen recht': zij bezitten hun licentie- en inningrechten zonder dat auteurs of artiesten deze aan hen hebben verleend of overgedragen.¹⁸⁵ Buma mag dan geen directe wettelijke inningrechten hebben, zij heeft daarentegen (als enige) een *concessie* gekregen van de Nederlandse overheid voor bemiddeling inzake muziekauteursrecht op het gebied van de uitvoering in het openbaar en de uitzending in een radio- of televisieprogramma.¹⁸⁶ Deze concessie houdt in dat alleen Buma gerechtigd is om op te treden als vertegenwoordiger van makers van muziekwerken. Hiermee bezitten eigenlijk alle vijf de organisaties *de facto* een monopoliepositie op het hun toebedeelde (deel)terrein.¹⁸⁷

Het College van Toezicht oefent controle uit op het functioneren van de vijf CBO's op grond van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten:¹⁸⁸ repressief toezicht ten aanzien van Buma, preventief toezicht op de vier andere CBO's. Tot de bevoegdheden van het College behoren in het laatste geval o.a. de goedkeuring van statuutwijzigingen en van de vaststelling van modelcontracten door de organisaties.¹⁸⁹ Het College bepaalt hiermee echter niet het gehele functioneren van de CBO's: inhoudelijk hebben deze organisaties wel degelijk de ruimte om een eigen beleid uit te zetten. Op basis van art. 4 Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten houdt het College geen toezicht op CBO's voor zover toezicht op grond van de Mededingingswet wordt uitgeoefend door de NMa. Collectieve beheersorganisaties zijn dus tevens onderworpen aan het mededingingstoezicht van de NMa.

184 De andere drie organisaties met een wettelijk monopolie zijn Stichting de Thuiskopie, Stichting Reprorecht en Stichting Leenrecht. Zie het NMa-document 'De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties', Den Haag: NMa 2007, p. 3, en persbericht NMa van 23 februari 2007, 'NMa presenteert resultaten onderzoek tarieven collectieve beheersorganisaties'.

185 Zie art. 15f, 16d, 16l Aw en art. 15, 15a en 15b WNR. Zie verder Koelman 2004a, p. 45.

186 Zie art. 30a Aw en het Besluit van 12 oktober 1932, *Stb.* 1932, 496 (het BUMA-besluit), laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 12 april 2003, *Stb.* 2003, 177.

187 Koelman 2004a, p. 45.

188 Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten (Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten), *Stb.* 2003, 111 en *Stb.* 2003, 278.

189 Zie art. 3 van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.

Naast de genoemde (privaatrechtelijke) CBO's met een wettelijk licentie- en inningrecht, bestaan er een groot aantal privaatrechtelijke verdeelorganisaties die werken op basis van vrijwillige aansluiting. De vijf collectieve beheerorganisaties innen de auteursgelden en betalen deze vervolgens aan de verdeelorganisaties uit, die op hun beurt weer uitkeren aan de rechthebbenden. De werkelijkheid is overigens wel wat diffuser dan het schema doet vermoeden: ook verdeelorganisaties incasseren soms rechtstreeks bij betalingsplichtigen en ook CBO's keren wel eens direct uit aan rechthebbenden.¹⁹⁰ Ook bestaan er rechtenorganisaties die aan collectief rechtenbeheer doen op een specifiek terrein zonder wettelijke prerogatieven.¹⁹¹ Vanuit het midden-, klein- en grootbedrijf komen dan ook veel klachten over de (ondoorzichtigheid van de) inning van auteursrechten.¹⁹²

Inmiddels staat een ingrijpende wetswijziging van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties op stapel.¹⁹³ Tot de voorgestelde modificaties behoort de instelling van overheidstoezicht op organisaties van *vrijwillig* collectief beheer, de uitbreiding van het instrument van *preventief* toezicht, en de oprichting van een geschillencommissie voor de toetsing van tarieven.¹⁹⁴

De vijf wettelijk bevoegde collectieve beheersorganisaties hebben met hun exclusieve rechten en (bijbehorende) marktmacht een economische machtspositie in handen op de hun 'toegevallen' specifieke gebieden. Zij dienen dus op te passen dat zij art. 24 Mw of art. 82 EG niet schenden bij hun optreden in de markt. Collectieve rechtenorganisaties hebben in oorsprong naar twee kanten toe een monopoliepositie: zowel makers als ge-

190 Zie persbericht MKB Nederland, 12 juli 2007, 'MKB-Nederland wil één rekening voor auteursrechten'

191 Denk aan Pictonght, dat auteursrechten beheert van visuele makers (beeldend kunstenaars, illustratoren, ontwerpers en fotografen) Zie persbericht van 7 juni 2007 op <<http://www.beeldrecht.nl>>, 'Fusie auteursrechtenorganisaties van visuele makers Nieuwe naam voor gefuseerde organisaties Pictonght'

192 De minister van Justitie wil dan ook dat vanaf 1 januari 2009 bedrijven nog maar één rekening krijgen voor het betalen van auteursrechten, hetgeen overigens niet betekent dat er een organisatie komt voor de inning Zie het bericht van 20 december 2007 op <www.accountant.nl> 'Vanaf 2009 één factuur voor auteursrechten'

193 Zie Wijziging van de Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten, *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 766, nr. 1-6

194 Zie hierover Cohen Jehoram 2008, p. 8-11, en Langeveld 2009, p. 45-50 Zie ook Persbericht Ministerie van Justitie, 10 november 2008, 'Sterker toezicht op auteursrechtorganisaties', met verwijzing naar het Wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting inzake Toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten

bruikers kunnen immers alléén bij deze organisaties terecht.¹⁹⁵ Misbruik van machtspositie ligt dan ook op de loer. Wanneer CBO's afspraken met elkaar maken over wie wat doet in het rechtenbeheer, komen ook art. 6 Mw en art. 81 EG om de hoek kijken.

Zowel nationaal als Europees mededingingsrecht kan van toepassing zijn op de activiteiten van CBO's. Collectieve beheersorganisaties zijn ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht, omdat zij deelnemen aan de economische uitwisseling van prestaties, en dus actief zijn op het gebied van de uitoefening van economische activiteiten.¹⁹⁶

De rechtenorganisaties zijn altijd primair nationaal georganiseerd geweest, al komt daarin wellicht verandering in de toekomst. Dit neemt niet weg dat hun optreden rondom de inning van auteursrechten wel degelijk invloed kan hebben op de tussenstaatse handel, waarmee toepassing van het Europese mededingingsrecht binnen bereik komt. Met de aanwezigheid van potentiële cliënten uit heel Europa aan zowel de bemiddelingskant (de rechthebbenden) als de gebruikerskant (de afnemers van licenties), lijkt een dergelijke invloed al gauw aantoonbaar. Voeg hierbij de opkomst van de verkoop van auteursrechtelijk beschermde werken via het internet en een ook op andere vlakken steeds opener economie in Europa, en de grensoverschrijdende dimensie is daar.

Mochten rechtenorganisaties in toenemende mate 'Eurolicenties' gaan verstrekken en collectieve beheerorganisaties in de toekomst meer en meer fuseren met hun 'counterparts' uit andere lidstaten, dan doemen daarmee de contouren van een echte Europese markt op.¹⁹⁷

195 Koelman 2004a, p. 46.

196 Zie Beschikking Commissie 8 oktober 2002, zaaknr. COMP/C2/38.014, IFPI "Simulcasting", *Pb.* 2003, L 107/58, par. 59, met verwijzing naar o.a. gev. zaken C-92/92 en C-326/92, *Phil Collins t. Imtrat Handelsgesellschaft*, *Jur.* 1993, I-5145, zaak 127/73, *BRT t. Sabam II*, *Jur.* 1974, 313, en zaak 7/82, *GVL t. Commissie*, *Jur.* 1983, 483.

197 Een segment dat hiervoor bij uitstek in aanmerking lijkt te komen, is de markt van online muziek, film en games. Toch constateert de Commissie dat het gebrek aan multiterritoriale licentiëring en het gebrek aan technologische systemen die een goed beheer van rechten en een eerlijke betaling van internettechnen en andere IT-ontwikkelaars mogelijk maken, ook in deze markt nog steeds voor grote problemen zorgen. Zie *EUObserver*, 4 januari 2008, 'EU to push for single market in online music and films'.

4.2. CBO's en misbruik van machtspositie

4.2.1. *Verschillende vormen van misbruik*

De inning van auteursrechten door collectieve beheersorganisaties vormt op zich geen misbruik van machtspositie in de ogen van het Hof van Justitie, ook niet als zij daarbij een vergoeding in rekening brengen voor het gehele repertoire die is gebaseerd op de gemiddelde omzet van een gebruiker van de rechten. Alleen indien andere methoden bestaan om het rechtmatige doel (zijnde de bescherming van de auteurs, componisten en muzikuitgevers) te bereiken die de kosten van het beheer en van het toezicht op het gebruik van de rechten niet verhogen, houdt de Gemeenschapsrechter de optie van misbruik open.¹⁹⁸

De collectieve inning van auteursrechten mag dan niet *a priori* de kwalificatie misbruik opleveren, dit houdt niet in dat CBO's kunnen doen en laten wat ze willen. Het misbruikverbod stelt wel degelijk grenzen aan hun bewegingsruimte. CBO's kunnen zich in principe aan verschillende vormen van abusief gedrag schuldig maken.

Eén van de vormen waarin misbruik van machtspositie plaats zou kunnen vinden is het vragen van een excessieve prijs voor het gebruik van producties waarop auteursrechten rusten. De vaststelling dat prijzen excessief zijn is overigens één van de meest precaire vingeroefeningen die bestaan onder het mededingingsrecht. Een andere mogelijke vorm van misbruik is discriminatie tussen afnemers van muziek en andere IE-rechtelijk beschermde werken en vertolkingen, bijvoorbeeld in het tarief dat hun berekend wordt door een CBO. CBO's zouden voorts misbruik van hun positie kunnen maken door hun dienstverlening te beperken tot auteurs/artiesten uit hun 'eigen' land – ook dit is een vorm van discriminatie. Ten slotte zouden beperkingen die CBO's opleggen aan de auteurs/artiesten waarmee zij een beheerovereenkomst sluiten, bijvoorbeeld met betrekking tot het gebruik of de exploitatie van werken door de maker zelf, tot de risicogroep van misbruik kunnen behoren.

In Hoofdstuk III over mededingingsrecht en intellectueel eigendomsrecht passeren bovenstaande misbruikvormen ook in meerdere of mindere mate de revue. Zo besteedt dit hoofdstuk aandacht aan de excessiviteit van

198 Zie zaak 395/87, *Ministère Public t. Jean-Louis Tournier*, *Jur.* 1989, 2521, r.o. 45; zaak C-52/07, *Kanal 5 en TV 4 t. STIM*, n.n.g., r.o. 30-35.

prijzen.¹⁹⁹ De focus van Hoofdstuk III ligt echter bij *licentieweigering* door de (eigenlijk) *rechthebbende*.

In de sector van het collectieve beheer van rechten ligt de problematiek net even anders: het misbruikvraagstuk spitst zich hier niet toe op algehele leveringsweigering, maar op andere misbruikvormen; de misbruikproblematiek is nauw verbonden met kartelvorming; de CBO's treden op als vertegenwoordiger van de feitelijk rechthebbenden. Vandaar dat het vraagstuk van abusief handelen in het domein van het collectieve rechtenbeheer op deze plaats behandeld wordt, en niet in Hoofdstuk III over mededingsrecht en intellectueel eigendomsrecht.

4.2.2. De lijn van de Gemeenschapsrechter

Excessieve tarieven

Het Hof van Justitie heeft aangegeven in *Tournier*²⁰⁰ en *Lucazeau*²⁰¹ dat bij het bepalen van de excessiviteit van tarieven van een CBO een kostenvergelijking met de prijzen van de tegenhangers in andere lidstaten een aanwijzing kan vormen voor misbruik. Het feit dat rechtenorganisaties in verschillende lidstaten afwijkende grondslagen hanteren voor hun tariefensysteem (i.e. een verschil in royaltybasis), doet daar niets aan af. Indien een rechtenorganisatie een substantieel hoger tarief hanteert dan beheersorganisaties in andere lidstaten, dient zij dit verschil te rechtvaardigen op basis van objectieve verschillen tussen de situatie in de betrokken lidstaat en die in andere lidstaten.²⁰² Lukt haar dit niet, dan ligt een vaststelling van misbruik van machtspositie in het verschiët.

Het Hof accepteert hierbij niet zomaar alle argumenten onder het kopje 'objectieve verschillen'. Omstandigheden als hoge prijzen in de horeca, een traditioneel hoge mate van bescherming van het auteursrecht en bijzonderheden in de nationale wetgeving achtte de Gemeenschapsrechter niet relevant als onderbouwing van hoge tarieven.²⁰³ Het Hof heeft vooral oog voor de huishoudelijke kosten van de CBO's in de verschillende lidstaten. Een log beheersapparaat kenmerkt zich door hoge (personeels)kosten

199 Zie Paragraaf 2.3.6.3. en 3.2.7. van Hoofdstuk III.

200 Zaak 395/87, *Ministère Public t. Jean-Louis Tournier*, *Jur.* 1989, 2521.

201 Gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Francois Lucazeau e.a. t. SACEM*, *Jur.* 1989, 2811.

202 Zaak 395/87, *Ministère Public t. Jean-Louis Tournier*, *Jur.* 1989, 2521, r.o. 38 en 43; gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Francois Lucazeau e.a. t. SACEM*, *Jur.* 1989, 2811, r.o. 25 en 30.

203 Zaak 395/87, *Ministère Public t. Jean-Louis Tournier*, *Jur.* 1989, 2521, r.o. 39-42; gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Francois Lucazeau e.a. t. SACEM*, *Jur.* 1989, 2811, r.o. 26-29.

op de punten van inning, beheer en verdeling.²⁰⁴ De rekening is voor de licentienemers in de vorm van een hoger tarief of voor de rechthebbenden in de vorm van een lagere uitkering.

Waar het gaat om de royaltyvergoeding zelf, indiceert het Hof van Justitie dat de billijkheid van de vergoeding met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van het gebruik in het handelsverkeer.²⁰⁵

De Gemeenschapsrechter zoekt dus een oplossing voor de beoordelingsproblematiek in het maken van een internationale vergelijking, waarbij ruimte is voor 'objectieve verschillen'. De richtlijnen die het Hof formuleert ten spijt, is de vaststelling in een concrete zaak van excessiviteit van tarieven en daarmee van misbruik van machtspositie bepaald geen sinecure. Niet alleen is de 'objectiviteit' van tussen lidstaten verschillende omstandigheden niet altijd even gemakkelijk vast te stellen, ook blijft de vraag omtrent een 'juiste' royaltyvergoeding of een 'redelijke' compensatie voor administratiekosten lastig te beantwoorden. De Gemeenschapsrechter laat dit soort feitelijke oordelen waarschijnlijk graag over aan de mededingingsautoriteiten en de nationale (feiten)rechter.

Discriminatie tussen (potentiële) leden

Ook het oordeel van het Hof van Justitie dat een CBO artiesten die een andere nationaliteit bezitten en in een ander land wonen dan de lidstaat die tot haar 'territoire' behoort, niet mogen weigeren als cliënt,²⁰⁶ heeft in de praktijk minder verstrekkende gevolgen dan in theorie. Deze beslissing stelt in principe concurrentie open tussen rechtenorganisaties op het punt van hun interne monopolie: rechthebbenden kunnen zich immers aansluiten bij de Europese rechtenorganisatie van hun voorkeur. In de praktijk is dit echter minder gemakkelijk dan het lijkt, bijvoorbeeld doordat CBO's zich enkel in de taal van hun 'eigen' land tot rechthebbenden richten.²⁰⁷

204 Zaak 395/87, Ministère Public t Jean-Louis Tournier, *Jur* 1989, 2521, r o 42, gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88, Francois Lucazeau e a t SACEM, *Jur* 1989, 2811, r o 29

205 Zie zaak C-245/00, SENA t NOS, *Jur* 2003, I-1251, r o 37

206 Zie zaak 7/82, GVL t Commissie, *Jur* 1983, 483, r o 56

207 Zie Koelman 2004a, p 50

4.2.3. De lijn van de NMa

Excessieve tarieven en prijsdiscriminatie

De CBO's brengen auteursrechtstarieven in rekening die gebruikers zoals café-eigenaren moeten betalen aan rechthebbenden zoals artiesten. Het is voor een mededingingsautoriteit zeer moeilijk om vast te stellen dat tarieven die deze organisaties aan gebruikers in rekening brengen excessief zijn, ongeacht de hoogte van die tarieven. Het grote probleem vormt de afwezigheid van een duidelijk referentiepunt in de kostenwinstverhouding van een product.

In de woorden van René Jansen, lid van de Raad van Bestuur van de NMa:

"Wat het zo lastig maakt om toe te zien op tarieven van collectieve beheersorganisaties is dat je hier, in tegenstelling tot andere markten, moeilijk uit kunt gaan van een kostprijs.

Bovendien is er in het geval van bijvoorbeeld een liedje geen directe relatie tussen de kostprijs en de waarde ervan. Daarom is het zeer moeilijk uitspraken te doen over de vraag of tarieven excessief zijn. Is "Rood" van Marco Borsato meer waard dan "Fearless" van Kane?"²⁰⁸

In de zaken *KHN-Buma*²⁰⁹ en *Fresh FM-Buma*²¹⁰ heeft de NMa beslist om niet tot toepassing van art. 6 en 24 Mw over te gaan.²¹¹ In deze zaken ging het om een klacht betreffende misbruik van machtspositie en kartelafspraken door Buma, als organisatie verantwoordelijk voor de bedrijfsmatige exploitatie, incasso en repartitie op het gebied van muziekauteursrecht.

Het ging in de klachten vooral om de hoogte van de door Buma gevraagde vergoedingen voor het draaien van muziek door de 'afnemers' van muziek – het punt van excessieve tarieven, en om prijsdiscriminatie door Buma ten aanzien van gebruikers. Ook werd de prijstransparantie van Buma op de korrel genomen, evenals haar exclusieve positie in de Nederlandse markt.

208 Zie persbericht NMa van 23 februari 2007, 'NMa presenteert resultaten onderzoek tarieven collectieve beheersorganisaties'. MKB Nederland wenst dan ook een hervorming van het bestaande systeem naar een transparanter, eenvoudiger en efficiënter stelsel.

209 Besluit NMa 10 mei 2007, zaaknr. 5169, Koninklijke Horeca Nederland t. Buma.

210 Besluit NMa 10 mei 2007, zaaknr. 3295, Fresh FM t. Buma; Besluit NMa 2 april 2008, zaaknr. 3295, Fresh FM t. Buma, bezwaar.

211 Zie in dit kader ook de eerdere zaak KHN t. SENA: Besluit NMa 10 april 2003, zaaknr. 2319, Horeca Nederland t. SENA; Rb. Rotterdam 10 januari 2005, Koninklijk verbond van Ondernemers in het Horeca- en Aanverwante bedrijf Horeca Nederland t. NMa, LJN-nr. AS9459, reg.nr. MEDED 03/1561-KNP.

Uiteindelijk heeft de NMa in beide zaken alle punten van bezwaar afgewezen, o.a. op grond van een onderzoek naar tarieven in andere landen²¹² en op basis van haar prioriteringsbeleid.²¹³

De NMa acht het niet goed mogelijk om te beoordelen of de tarieven van CBO's excessief zijn. Het instrumentarium van de Mededingingswet schiet daarvoor te kort in de ogen van de mededingingsautoriteit. Prijsregulering vanuit de Mw is nu eenmaal erg lastig. De NMa adviseert dan ook om te komen tot een meer specifieke vorm van toezicht om de tarieven op een zinvolle wijze te beoordelen.²¹⁴ Dit zou de introductie betekenen van alweer een toezichthouder in de Nederlandse economie, of een verdere verbreiding van de specifieke toezichttaken van de NMa.²¹⁵ Belangrijk is in ieder geval om te constateren dat het mededingingsrechtelijke verbod op misbruik van machtspositie in deze visie dus eigenlijk tekort schiet waar het gaat om één van de kerntaken van de collectieve beheersorganisaties: de prijsbepaling voor auteursrechtlicenties. Specifiekere maatregelen zijn dan nodig om hierop controle te kunnen uitoefenen.²¹⁶

Exclusiviteitsbedingen in beheerovereenkomsten

Buma bleef onderwerp van onderzoek door de NMa op basis van klachten uit het veld. De zaak *XS4ALL t. Buma*²¹⁷ draaide om de weigering van Buma om toe te staan dat een gebruiker (XS4ALL) een eigen overeenkomst zou sluiten met muzikanten over het uitzenden (beschikbaar stellen) via internet van een muziekoptreden en van bepaalde muziekwerken.

212 Waarbij de NMa concludeerde dat uit dit vergelijkend onderzoek niet bleek dat het tarief van Buma over de hele linie aanzienlijk hoger was dan het tarief in vergelijkingslanden. Zie Besluit NMa 10 mei 2007, zaaknr. 3295, Fresh FM t. Buma, randnr. 38 en 39, Besluit NMa 2 april 2008, zaaknr. 3295, Fresh FM t. Buma, bezwaar, randnr. 72.

213 Zie Besluit NMa 10 mei 2007, zaaknr. 5169, Koninklijke Horeca Nederland t. Buma, randnr. 30 en 33.

214 Zie het NMa-document 'De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties', Den Haag, NMa 2007, p. 7 en 8.

215 Al te rechtlijnig is de NMa overigens niet in het benoemen van de opties, want ook andersoortige toezichthouders als een (auteursrechten)tribunaal schaaft zij onder de mogelijkheden.

216 Zie voor een voorstel tot de invoering van een apart wettelijk tariefregime voor CBO's, bestaande uit een transparantieplicht, normering van tarieven en een geschillenregeling. Hugenholtz, Visser & Hins 2008, p. 94-98. Zie voorts Paragraaf 4.1 van dit hoofdstuk over de wijzigingsplannen van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties.

217 Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr. 4070/22, XS4ALL t. Buma.

Aanleiding voor de klacht van XS4ALL bij de NMa was een door haar georganiseerd festival waar de verhouding tussen het internet en het auteursrecht centraal stond. XS4ALL wilde dit festival gelijktijdig uitzenden via internet en tevens bepaalde muziekwerken van de optredende muzikanten als MP3 files gratis ter beschikking stellen via internet. XS4ALL was daartoe een vergoeding overeengekomen met de muzikanten in kwestie voor zowel de optredens, als voor de openbaarmaking via internet. Buma verlangde niettemin een minimumvergoeding per openbaarmaking via internet.²¹⁸

XS4ALL voerde aan dat Buma art. 24 Mw op twee wijzen had geschonden. In de eerste plaats klaagde XS4ALL over de volledige en verstrekkende overdracht van rechten waartoe Buma de bij haar aangesloten muziekauteurs verplicht. Buma zou hierdoor iedere mogelijkheid voor haar leden uitsluiten om zelfstandig toestemming te verlenen tot het gebruik van hun muziekrepertoire.²¹⁹ In de tweede plaats beklagde XS4ALL zich over de weigering van Buma haar toe te staan rechtstreeks met de bij Buma aangesloten personen afspraken te maken ter zake (bepaalde aspecten) van het gebruik van hun muziekrepertoire.²²⁰

De NMa wees de klachten van XS4ALL af. De NMa stelde vast dat Buma de mogelijkheid geeft aan rechthebbenden om bepaalde exploitatievormen en/of landen uit te sluiten van een overdracht aan Buma.²²¹ Ook nam de NMa in overweging dat een rechthebbende bepaalde delen van zijn repertoire individueel kan beheren waar het gaat om niet-commercieel gebruik.²²² Tevens constateerde de NMa dat Buma rechthebbenden de gelegenheid geeft om hun lidmaatschap telkens tegen het einde van een jaar op te zeggen, zodat ze ieder jaar de mogelijkheid hebben om naar een andere CBO over te stappen.²²³ Het feit dat Buma in beginsel de overdracht verlangt van volledige auteursrechten op het bestaande en toekomstige

-
- 218 Zie Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr. 2
 - 219 Zie Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr 4
 - 220 Zie Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr. 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr. 5
 - 221 Denk hierbij bijvoorbeeld aan de modus van on-line exploitatie Zie Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr 47-49.
 - 222 Buma biedt haar leden sinds kort de mogelijkheid om bepaalde werken van hun repertoire individueel aan te bieden aan niet-commerciele gebruikers onder een 'Creative Commons'-licentie Zie Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr 38 en 39
 - 223 Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr 56-58

repertoire,²²⁴ levert in de ogen van de NMa dan ook geen misbruik in de zin van art. 24 Mw op.²²⁵

Het tweede element van de art. 24-klacht betrof Buma's weigering om toestemming te verlenen voor individuele exploitatie door de contractspartijen van XS4ALL. De NMa was van oordeel dat ook hier geen sprake was van misbruik, omdat het collectieve beheer van rechten in de jurisprudentie is aanvaard, en daarmee ook de uitsluiting van gelijktijdig individueel beheer.²²⁶ De onderhavige situatie achtte de NMa niet zo bijzonder dat een uitzondering op dit uitgangspunt moest worden gemaakt.²²⁷

CBO's hebben dus de mogelijkheid om kunstenaars, artiesten en (andere) auteurs die zich willen aansluiten bij hen, te verplichten tot én te houden aan de volledige overdracht van rechten. CBO's hebben vanuit hun taak van collectief beheer voorts de mogelijkheid om de aan hen overgedragen inningrechten in exclusiviteit uit te oefenen ten opzichte van gebruikers van IE-rechtelijk beschermde werken en vertolkingen. In beide gevallen misbruiken CBO's hun machtspositie niet in de ogen van de NMa.

4.3. CBO's en kartelvorming

Een mogelijke oplossing voor het gevaar van misbruik van machtspositie door CBO's zou zijn dat deze organisaties hun monopolieposities kwijtraken en met elkaar gaan concurreren. Op deze wijze zou de markt zijn werk kunnen doen en zou er bijvoorbeeld een neerwaartse druk op de tarieven kunnen ontstaan. Vooralsnog ziet het er echter niet naar uit dat de CBO's in de verschillende lidstaten hun machtspositie kwijtraken. Zij vervullen een historisch gegroeide, zeer karakteristieke rol in de cultuursector. Hun monopoliepositie wordt bestendigd in onderlinge (al dan niet stilzwijgende) afspraken met als kern dat iedere CBO haar eigen 'domein' bestiert. Naast het verbod op misbruik van machtspositie komt hiermee ook het kartelverbod voor toepassing in aanmerking met betrekking tot de wijze waarop rechtenorganisaties in de markt acteren.

224 Vgl. Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr. 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr. 32.

225 Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr. 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr. 67.

226 Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr. 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr. 63. In de jurisprudentie wordt collectief beheer van muziekauteursrechten onder meer gerechtvaardigd op basis van het herstellen van de machtsverhoudingen tussen rechthebbers en gebruikers en het verlagen van de transactiekosten van licentiering. Zie Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr. 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr. 52.

227 Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr. 4070/22, XS4ALL t Buma, randnr. 63 en 64.

Uit Europese rechtspraak blijkt dat collectieve rechtenorganisaties in wederkerigheidcontracten geen exclusiviteitsbepalingen mogen opnemen die hun verbieden om direct licenties te verlenen aan in een andere lidstaat gevestigde gebruikers die daarom verzoeken. Ook onderling afgestemde gedragingen van dien aard kunnen niet door de beugel. Wel heeft het Hof de mogelijkheid open gelaten dat CBO's om organisatorische redenen een bepaalde exclusieve gebiedsindeling hanteren.²²⁸ Indien rechtenorganisaties genoopt zouden zijn om hun eigen administratie- en controlesysteem op te zetten op de grondgebieden van andere lidstaten, zou dit wellicht ten koste gaan van de efficiëntie van hun bedrijfsvoering. Uit bedrijfseconomisch oogpunt kan het dan beter zijn om een reeds in een andere lidstaat gevestigde CBO als vertegenwoordiger c.q. administrateur in te huren voor dat deelgebied.

In de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter kunnen exclusieve gebiedsverdelingen tussen beheersorganisaties de toets van art. 81 EG doorstaan in geval van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Hier ziet men toch de contouren van een maatschappelijke 'rule of reason'-afwijking, al volgt het Hof zelf een wat ondoorzichtige redenering.²²⁹

Gezien het feit dat ieder land nog steeds zijn eigen wet- en regelgeving kent op het gebied van collectief rechtenbeheer, is de uitvoering van het beheers- en controlesysteem in handen van een lappendeken aan CBO's in de lidstaten. Dit neemt niet weg dat technologische ontwikkelingen (zoals digitale administratiesystemen) in de toekomst wellicht nieuwe mogelijkheden scheppen voor grensoverschrijdende beheerssystemen.²³⁰

228 Zaak 395/87, *Ministère Public t. Jean-Louis Tournier*, *Jur.* 1989, 2521, r.o. 20-26; gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Francois Lucazeau e.a. t. SACEM*, *Jur.* 1989, 2811, r.o. 14-20.

229 De redenering van het Hof luidt dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging in principe verboden is onder art. 81 EG, maar dat van het bestaan van een dergelijk fenomeen geen sprake hoeft te zijn indien de parallelle gedraging anders dan door een afstemming kan worden verklaard. Hieruit valt af te leiden dat het bestaan van een objectieve grond het handelen van CBO's zou kunnen rechtvaardigen. Die objectieve grond kan bijvoorbeeld zijn de uitvoerbaarheid van het beheers- en controlesysteem van auteursrechten. Het had wellicht dichter bij de realiteit gelegen indien het Hof het bestaan van afspraken of onderling afgestemde gedragingen tussen CBO's had erkend, en vervolgens had getoetst op het bestaan van een rechtvaardigingsgrond. Het eindresultaat was hetzelfde geweest, en de Gemeenschapsrechter had meer recht gedaan aan de ontstaansgeschiedenis van het huidige model, waaraan ongetwijfeld het nodige overleg tussen CBO's ten grondslag heeft gelegen. Zie zaak 395/87, *Ministère Public t. Jean-Louis Tournier*, *Jur.* 1989, 2521, r.o. 20-26; gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Francois Lucazeau e.a. t. SACEM*, *Jur.* 1989, 2811, r.o. 14-20.

230 Vgl. het bericht van 17 december 2007 op <www.webwereld.nl>: 'Buma/Stemra ontwikkelt nieuwe online licenties'. Auteursrechtenorganisatie Buma/Stemra is een

Ook de Commissie heeft zich met het optreden van collectieve rechtenorganisaties beziggehouden. Waar het gaat om het beheer van rechten voor digitaal gebruik, ziet men dat de noodzaak voor het bestaan van exclusieve administratiegebieden eigenlijk veel minder is. Administratie en controle kan volledig digitaal plaatsvinden, en de plaats van vestiging van de controleur is daarbij niet zo van belang. Dit in tegenstelling tot het beheer van rechten die niet geëxploiteerd worden via de digitale snelweg, maar gebruikt in de ruimtelijke wereld waar fysiek toezicht is vereist.

In de IFPI "Simulcasting"-beschikking keurde de Commissie een systeem goed onder art. 81 lid 3 EG waarin een grote groep van samenwerkende auteursrecht-beheersorganisaties ieder een multirepertoire en multiterritoriale licentie konden afgeven voor het recht op simulcasting.²³¹ In deze beschikking stond een stelsel van wederkerigheidcontracten centraal tussen organisaties voor naburige rechten dat betrekking had op het uitzenden van programma's via internet. Na enige wijzigingen van de voorwaarden van deze wederkerigheidcontracten door partijen, concludeerde de Commissie dat zij aan alle vier de voorwaarden van art. 81 lid 3 EG voldeden.²³²

Belangrijk hierbij was dat de betrokken organisaties voor naburige rechten toezegden om aan iedere in de EER gevestigde aspirant-gebruiker een licentie te verlenen,²³³ en dat er concurrentie mogelijk was tussen de beheersorganisaties op het punt van de beheersvergoeding in het tarief.²³⁴ Op het punt van de royaltycomponent van de tarieven bleef concurrentie uit: de royalty's mochten van de Commissie nationaal bepaald worden, waarmee het totale simulcastingtarief zou bestaan uit een samentelling van de 'nationale' royalty's.²³⁵

nieuw bedrijfs onderdeel gestart dat zich gaat bezighouden met het ontwikkelen van licentiemodellen bij online distributie en online gebruik van muziek

231 'Simulcasting' is de gelijktijdige uitzending door radio- en televisiestations via internet van geluidsoptnamen vervat in hun uitzending van vrij te ontvangen radio- en/of televisiesignalen. Beschikking Commissie 8 oktober 2002, zaaknr. COMP/C2/38 014, IFPI "Simulcasting", *Pb* 2003, L 107/58, par. 2.

232 Beschikking Commissie 8 oktober 2002, zaaknr. COMP/C2/38 014, IFPI "Simulcasting", *Pb* 2003, L 107/58, par. 84-123.

233 Beschikking Commissie 8 oktober 2002, zaaknr. COMP/C2/38 014, IFPI 'Simulcasting', *Pb* 2003, L 107/58, par. 3, 20, 61, 119. Zie ook hierover Koelman 2004a, p. 48 en 49.

234 Hiertoe dienden de beheersorganisaties de royalty's voor auteursrechten te scheiden van de beheersvergoeding, en genoemde vergoedingen apart te vermelden bij het berekenen van het licentietarief. Zie Beschikking Commissie 8 oktober 2002, zaaknr. COMP/C2/38 014, IFPI 'Simulcasting', *Pb* 2003, L 107/58, par. 99-107.

235 Beschikking Commissie 8 oktober 2002, zaaknr. COMP/C2/38 014, IFPI "Simulcasting", *Pb* 2003, L 107/58, par. 108-115.

De Commissie accepteerde de royaltyafspraken, omdat zij ze noodzakelijk achtte voor het goed functioneren van het rechtensysteem in kwestie. Op het punt van administratie- en beheerskosten dienden de beheerorganisaties echter wél met elkaar te concurreren. En discriminatie in de verstrekking van licenties was niet toegestaan.

In haar beschikking in de zaak *RTL Group & Music Choice Europe t. de CISAC-leden*,²³⁶ heeft de Commissie de Europese beheersorganisaties verboden om nog langer met vereende krachten de mogelijkheden te beperken om diensten buiten het thuisgebied aan te bieden aan muzikmakers en aan commerciële gebruikers. CBO's mogen onderling echter bilaterale overeenkomsten blijven aangaan en behouden het recht om de hoogte van royalty's vast te stellen binnen hun thuisgebied.

De door de Commissie verboden praktijken bestaan uit clausules in de wederkerige vertegenwoordigingsovereenkomsten tussen CISAC-leden en uit andersoortige onderling afgestemde feitelijke gedragingen die zorgen voor een strikte segmentatie van de markt van rechtenbeheer langs nationale lijnen. Niet langer toegestaan zijn: (i) de lidmaatschapsclausule die een muzikmaker ervan weerhoudt om een andere CBO te kiezen voor zijn rechtenbeheer; (ii) territoriale restricties (waaronder exclusiviteitsbedingen) die een CBO beletten om licenties aan te bieden aan commerciële gebruikers buiten hun thuisdomein.

4.4. De rol van art. 86 EG in het domein van het collectieve rechtenbeheer

Duidelijk is dat zowel het kartelverbod als het verbod op misbruik van machtspositie hun invloed hebben op het domein van het collectieve rechtenbeheer. Wellicht dat in het vraagstuk rond de activiteiten van CBO's art. 86 EG nog een rol kan spelen. De vraag daarbij is in hoeverre exclusieve rechten die bepaalde beheerorganisaties conform nationaal recht bezitten, de toets van deze bepaling doorstaan.

Een voorvraag is of art. 86 EG überhaupt van toepassing kan zijn op beheerorganisaties. De Commissie is stellig in haar oordeel, en beantwoordt dit punt negatief: volgens het Hof van Justitie zouden (auteurs)rechtorganisaties geen ondernemingen zijn belast met het beheer van diensten

236 Zie Persbericht IP/08/1165 van 16 juli 2008 in zaak COMP/38 698 – CISAC Agreement, "Antitrust Commission prohibits practices which prevent European collecting societies offering choice to music authors and users" De Commissiebeschikking zelf was ten tijde van het afronden van deze tekst nog niet beschikbaar in verband met het verwijderen van bedrijfsgeheimen en andere vertrouwelijke informatie

van algemeen economisch belang in de zin van art. 86 EG.²³⁷ De Commissie verwijst hierbij naar de arresten *GVL t. Commissie*²³⁸ en *BRT t. Sabam II*,²³⁹ waarin het Hof van Justitie inderdaad tot de conclusie kwam dat de lidstaat in kwestie in de omstandigheden van het geval de beheersorganisatie geen enkele taak had opgedragen. De Gemeenschapsrechter geeft in *BRT t. Sabam II* nog als richtlijn dat art. 86 lid 2 EG een strikte uitlegging behoeft van de definitie van de ondernemingen die zich op de bepaling kunnen beroepen. Vast moet echt staan dat ondernemingen krachtens een overheidsbesluit met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast.²⁴⁰

De Commissie is erg snel met haar oordeel dat auteursrechtorganisaties geen ondernemingen zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Het Hof van Justitie is in enkele zaken inderdaad tot deze conclusie gekomen, maar de verschillen tussen de beheersorganisaties in de verschillende lidstaten en de regimes waaronder zij opereren zijn zo aanzienlijk dat het lastig is om uit genoemde arresten een algeheel 'verbod' af te leiden van toepassing van art. 86 op rechtenorganisaties.

In de Nederlandse situatie zijn de vijf 'wettelijke' CBO's als onderneming te kwalificeren: in hun beheerswerkzaamheden voeren zij economische activiteiten uit. Voorts zijn zij bij wet belast met de inning en de verdeling van licentierechten namens en ten gunste van de rechthebbenden,²⁴¹ en vindt ook wettelijk toezicht²⁴² plaats op hun functioneren. Het is dus denkbaar dat art. 86 lid 2 EG voor toepassing openstaat ten aanzien van deze organisaties. Art. 86 lid 2 EG komt vanzelfsprekend niet voor toepassing in aanmerking ten aanzien van de vrijwillige ('niet-wettelijke') collectieve beheersorganisaties die in Nederland actief zijn.

Voor een eventueel succesvol beroep op art. 86 lid 2 EG, dienen de 'wettelijke' CBO's tevens te voldoen aan de overige criteria van art. 86 lid 2 EG, in het bijzonder aan de proportionaliteitstoets. Dit brengt een inhoudelijke toetsing met zich mee van de mededingingsbeperkende CBO-activiteiten die onder een antitrustverbod vallen.

237 Zie Beschikking Commissie 8 oktober 2002, zaaknr. COMP/C2/38.014, IFPI "Simulcasting", *Pb.* 2003, L 107/58, par. 59.

238 Zaak 7/82, *GVL t. Commissie*, *Jur.* 1983, 483, r.o. 29-32.

239 Zaak 127/73, *BRT t. Sabam II*, *Jur.* 1974, 313, r.o. 17-23.

240 Zie zaak 127/73, *BRT t. Sabam II*, *Jur.* 1974, 313, r.o. 19 en 20.

241 Zie art. 15f, 16d, 16l Aw en art. 15 en 15b WNR.

242 Zie de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.

Het gebruik van exclusieve rechten en het aanhouden van gebiedsverdelingen zijn flagrant mededingingsbeperkend. Als een organisatie niets doet om de nadelige effecten (hoge prijzen, geen oor voor de wensen van rechthebbers en licentienemers, etc.) binnen de perken te houden, dan wordt de druk op de rechtvaardigingsgronden erg hoog.

Indien een nationaal systeem van exclusieve rechten slecht functioneert, is de kans op mededingingsrechtelijke problemen des te groter. Uit het *Höfner*-arrest blijkt dan dat een schending van art. 86 lid 1 EG op de loer ligt, en de uitzondering van art. 86 lid 2 geen redding meer kan brengen. In deze zaak bleek het Duitse arbeidsbureau, dat bij wet een exclusief werkdomein was toebedeeld, niet in staat om bepaalde diensten voor een bepaald marktsegment op voldoende niveau aan te bieden. Het Hof van Justitie kwalificeerde dit onvermogen als misbruik van machtspositie, en de verlening van een exclusief recht van een dergelijke omvang door de Duitse overheid als strijdig met art. 86 lid 1 EG.

Het verlenen van exclusieve rechten aan een onderneming die niet geschikt is voor en/of onvoldoende is toegerust op het uitvoeren van de haar toegewezen taken, dwingt deze organisatie er als het ware toe om haar positie te misbruiken. De verlening van rechten met een te ruime omvang doorstaat de toets van art. 86 lid 2 EG in dit opzicht dan ook niet.²⁴³

De stap naar het veld van de collectieve beheersorganisaties is vanuit dit uitgangspunt niet zo groot. Als zou blijken dat Nederlandse CBO's niet efficiënt werken en niet transparant zijn in hun facturering, en zij functioneren met hun exclusief verleende rechten binnen een nationaal bestel dat nodeloos gecompliceerd is, dan komen de grenzen van het toelaatbare onder art. 86 EG snel in zicht. Immers, zowel de rechthebbenden als de licentienemers zouden nadeel ondervinden van dit logge functioneren en de inefficiënte bedrijfsvoering in de vorm van lagere inkomsten en hogere kosten.

4.5. De toekomst van het collectieve rechtenbeheer

Het D-G Interne Markt van de Commissie houdt zich de laatste jaren op beleidsvlak intensief bezig met het collectieve rechtenbeheer, vooral in de muzieksector. Het is echter lastig voor de Commissie om de juiste beleidslijn te vinden op dit complexe terrein, die recht doet aan de belangen van

243 Vgl. zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089, r.o. 62-64.

de verschillende *stakeholders* in de markt en de culturele diversiteit in Europa garandeert.²⁴⁴

In een aanbeveling uit mei 2005 inzake collectief beheer van auteursrechten voor *online* muziekdiensten,²⁴⁵ heeft de Commissie de stand van de jurisprudentie tot dan toe 'gecodificeerd'. Kern van de aanbeveling is dat rechthebbenden in de *online* muziekbranche zelf de CBO mogen kiezen waar zij hun rechten onderbrengen voor multiterritoriaal beheer. Ook zijn rechthebbenden vrij om, met inachtneming van een redelijke opzegtermijn, van collectieve beheerorganisatie te wisselen.²⁴⁶ Verder dienen CBO's zich bij het beheer van rechten in de online muziekindustrie te houden aan eisen van non-discriminatie (zowel naar de afnemers als naar de rechthebbenden toe) en een billijke verdeling van royalty's.²⁴⁷

De markt van *online* muziek, films en games blijft een beleidsprioriteit van de Commissie. Graag stimuleert zij de totstandkoming van een geïntegreerde Europese markt, zij het niet via dwingende wetgeving. Liever richt zij zich op zachtere instrumenten zoals een aanbeveling.²⁴⁸ Eén van de stappen van de Commissie op dit vlak is de uitvaardiging van een 'Communication on Creative Content Online in the Single Market'.²⁴⁹

244 Zie bijvoorbeeld *EUObserver*, 9 december 2007, 'Barroso rules out quick decision on online music market': "We should give ourselves the necessary time to wait up all the information to reach a balanced, fair and sustainable consensus [between all stakeholders], Mr Barroso said at a conference on creative rights and cultural diversity [...] in Brussels on 6 December 2007."

245 Aanbeveling van de Commissie van 18 mei 2005 betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige onlinemuziekdiensten, Pb. 2005, L 276/54.

246 Zie Aanbeveling van de Commissie van 18 mei 2005 betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige onlinemuziekdiensten, Pb. 2005, L 276/54, par. 3 en 5.

247 Zie Aanbeveling van de Commissie van 18 mei 2005 betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige onlinemuziekdiensten, Pb. 2005, L 276/54, par. 9-13.

248 Zie EU-Persbericht IP/08/5 van 3 januari 2008, 'Commission sees need for a stronger more consumer-friendly Single Market for Online Music, Films and Games in Europe'. Zie ook *EUObserver*, 4 januari 2008, 'EU to push for single market in online music and films'.

249 Communication from the Commission tot the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, on Creative Content Online in the Single Market, COM(2007) 836 fin. Vier punten staan centraal in dit document: (i) availability of creative content, (ii) multi-territory licensing for creative content, (iii) interoperability and transparency of Digital Rights Management systems (DRMs), (iv) legal offers and piracy.

Integrale prijsconcurrentie tussen CBO's zal moeilijk blijven, zolang iedere lidstaat zijn eigen beheerssysteem kent en er van een daadwerkelijk *level playing field* geen sprake is. Bij het royaltygedeelte van het tarief gaat het om de inning van gelden voor exclusieve rechten die normaliter in een nationale regeling zijn bepaald. Overigens ziet men wel dat de CBO's steeds meer initiatieven ontplooiën om aan wensen van rechthebbenden te voldoen en de mogelijkheden van de markt te benutten. Zo is Buma/Stemra een proefproject gestart waarin deze organisatie componisten en tekstschrijvers de mogelijkheid geeft om flexibeler hun rechten te beheren.²⁵⁰

Het gedeelte van het tarief dat bestaat uit een vergoeding van de bedrijfskosten van de beheersorganisatie zal pas daadwerkelijk aan concurrentie onderworpen worden wanneer CBO's hun exclusieve territorium kwijtraken en andere organisaties tot hun domein moeten toelaten. Tot nu toe is het nog vaak zo dat één organisatie binnen een afgebakend gebied het beheer van de inningrechten van een maker inzake een bepaald gebruik van zijn materiaal voor haar rekening neemt. Er is dan geen tweede organisatie die dezelfde dienst (het beheer van een auteursrechtelijke licentie) op dezelfde markt verricht tegen een lagere prijs.

Het vrijgeven van de markt klinkt mooi, maar brengt in de praktijk van het rechtenverkeer ook enige negatieve effecten teweeg. Tegenover het prijsdrukkende effect van mededinging staat bij afschaffing van exclusieve rechten het verlies aan synergie in de beheer- en handhavingactiviteiten. Indien verschillende CBO's naast elkaar zouden opereren in Nederland op hetzelfde deelterrein, zouden zij ook allemaal hun eigen controle- en administratieapparaat dienen te voeren, gericht op de Nederlandse situatie. Dit brengt grote meerkosten met zich mee in het totaalbeeld van de sector – al zouden deze kosten met de introductie van nieuwe administratiesystemen in de toekomst kunnen verminderen.

Vooralsnog lijken de ontwikkelingen in de Europese markt van rechtenbeheer vooral te tenderen in de richting van een fusiegolf.²⁵¹ Het aantal 'spelers in de markt' zal daarmee fors teruglopen. Het veld van het rechtenbeheer leent zich in de huidige opzet niet voor toetreding van daadwer-

250 Deze auteursrechthebbenden kunnen hun werk onder Creative Commons-licenties publiceren. Het licentiesysteem van Creative Commons biedt rechthebbenden de mogelijkheid om werk ter beschikking te stellen aan derden voor niet-commercieel gebruik, bewerking of gratis verspreiding (met vermelding van de maker), zonder hun auteursrechten op zichzelf te verliezen. Zie nieuwsberichten van 16 augustus 2007: 'Proef Buma/Stemra met Creative Commons'; 'Van "Alle rechten voorbehouden" naar "Sommige rechten voorbehouden"'. Zie verder over Creative Commons: Hendriks 2006, p. 1-7; Guibault 2008, p. 85-93.

251 Zie Hugenholtz 2003, p. 208.

kelijke nieuwkomers: zij missen de 'massa' om zich in korte tijd tot een speler van formaat te ontwikkelen,²⁵² en worden bovendien geconfronteerd met het bestaan van exclusieve vertegenwoordigingsrechten aan de kant van de gevestigde organisaties. De markt lijkt het voorlopig te moeten doen met de 'incumbents' die nu het spelbeeld bepalen.²⁵³

Het (economisch) ideaalbeeld lijkt één Europese markt voor licentiebeheer, zowel qua administratie als controle- en handhavingmechanismen, waarbinnen de mededingingsvoorwaarden voor rechtenorganisaties feitelijk en juridisch gelijk zijn: (i) er zou concurrentie plaatsvinden tussen een aantal rechtenorganisaties; (ii) nieuwe administratiesystemen zouden het beheer van rechten veel efficiënter maken; (iii) digitale ontwikkelingen zouden ervoor zorgen dat grenzen tussen lidstaten niet meer bestaan op het vlak van het rechtenbeheer. Wellicht dat in dat geval enige *Europese* maatregelen of randvoorwaarden de sociale functies van de beheerorganisatie (voor zover noodzakelijk) zouden kunnen waarborgen.

Een dergelijke uniforme Europese markt is niet zomaar gerealiseerd: voornog kent iedere lidstaat zijn eigen stelsel met specifieke wet- en regelgeving, waarbinnen nationaal georganiseerde CBO's actief zijn. Hier staat tegenover dat de opkomst van internet, satelliet en kabel de verspreiding van muziekwerken over landsgrenzen heen sterk faciliteert. Aan het EG-recht de schone taak om een gulden middenweg te vinden tussen enerzijds de karakteristieke rol van de CBO in nationaal afgebakende domeinen en anderzijds een open, concurrerende Europese markt voor rechtenbeheer.

5. SAMENVATTING

Dit hoofdstuk richt zich op de botsing van het antitrustrecht met cultuurbelangen in drie domeinen: de distributiesector van boeken, de productiesector van literaire werken en de beheersector van artistieke rechten. Deze drie dossiers hebben gemeen dat de toepassing van het kartel- en misbruikverbod in het verleden tot grote problemen c.q. opschudding heeft

252 Punt is ook dat in beheer gegeven rechten niet zomaar middels acquisitie zijn over te nemen: het is niet mogelijk om als nieuwkomer op simpele wijze (de rechthebbenden zelf passerend) grote pakketten vertegenwoordigingsrechten 'in te kopen' bij een beheersorganisatie.

253 Zie Hugenholtz 2003, p. 204. Hugenholtz geeft aan dat de toegangsbarrrière tot de markt van collectief rechtenbeheer zeer hoog is voor potentiele nieuwkomers. Bestaand repertoire is doorgaans via aansluit- en wederkengheidcontracten exclusief onder de bestaande rechtenorganisaties verdeeld. Het opbouwen en beheren van een nieuwe rechtencatalogus vergt enorme investeringen.

geleid, waarbij de borging van cultuurbelangen een belangrijk element vormde in het mededingingsvraagstuk. In dit kader zijn de behandelde onderwerpen typerend voor de collisie tussen het antitrustrecht en cultuurbelangen, en bij uitstek geschikt om binnen het bestek van dit boek te onderzoeken.

Hierna volgen de belangrijkste punten uit de analyse betreffende de toepassing van het antitrustrecht in (i) de distributiesector van boeken (het systeem van de vaste boekenprijs), (ii) de productiesector van literaire werken (de vaste tarieven voor vertalers, scenaristen en andere auteurs), en (iii) de sector van het collectieve beheer van artistieke rechten (het optreden van de CBO's in Nederland en Europa).

5.1. De vaste boekenprijs in Nederland onder het kartelrecht

Sinds begin 2005 is er in Nederland een nieuwe Wet op de vaste boekenprijs. De kern van deze wet is het handhaven van een vaste detailhandelsprijs voor boeken binnen Nederland. Dit systeem was al jaren van toepassing, maar toen via een privaat stelsel van de Koninklijke Vereniging van het Boekenvak (KVB). De reden dat er nu een wettelijke regeling is, ligt in het feit dat men het systeem bestendig wilde maken voor het mededingingsrecht. De vraag is vervolgens of dit ook gelukt is: kan het nieuwe systeem uit de greep blijven van zowel het Nederlandse als het Europese mededingingsrecht?

Het Nederlandse systeem van prijsbinding voor boeken blijkt na analyse op een (wellicht verrassend) aantal punten de voorwaarden voor schending van art. 81 lid 1 EG en 'effet utile'-leer te vervullen. Hiermee is niet gezegd dat de Wet op de vaste boekenprijs dan ook automatisch in strijd is met het EG-Verdrag. Zo zijn er verscheidene exceptiemogelijkheden aanwezig binnen het kartelrecht om een mededingingsbeperkend systeem te sauveren van toepassing van het verbod.

Een definitief antwoord op de vraag of het nieuwe systeem uit de greep kan blijven van het Europese mededingingsrecht, is nog niet zo gemakkelijk te geven. Het zou kunnen luiden: (i) naar de huidige stand van de rechtspraak en met het oog op de historische wortels en de politieke gevoeligheid van het onderwerp: ja; (ii) naar de merites van de verschillende voorwaarden: waarschijnlijk niet.

Twee wegen staan open voor de (Gemeenschaps)rechter om nationale prijsbindingsystemen voor boeken buiten de werking van art. 81 EG te houden: (i) aan de verbodsvoorwaarden wordt niet voldaan, zodat het

verbod überhaupt niet van toepassing is; (ii) aan de verbodsvoorwaarden wordt wél voldaan, maar een uitzondering op het verbod is mogelijk.

Met een deels privaat georganiseerd prijsbindingsstelsel in het hart van de regeling, beperkt de Wet op de vaste boekenprijs effectief (en op flagrante wijze) de mededinging. Vraag voor de toepassing van het *communautaire* mededingingsrecht is of het Nederlandse stelsel van de vaste boekenprijs de handel tussen de lidstaten merkbaar beïnvloedt. Hier zijn sterke aanwijzingen voor te vinden. De Gemeenschapsrechter gaat, evenals de Europese Commissie, over het algemeen uit van een ruime interpretatie van het criterium van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel in art. 81 en 82 EG. Hierbij past de aantekening dat er 'boekenprijs'-zaken zijn waarin de Commissie een vasteprijsstelsel dat zich min of meer beperkte tot het grondgebied van één lidstaat, op basis van deze maatstaf met rust heeft gelaten. Het is echter sterk de vraag of deze benadering in lijn is met de reguliere toepassing van het interstatelijkheids criterium.

Tussen Nederland en België bestaat een omvangrijke grensoverschrijdende handel in Nederlandstalige boeken. De wetgever heeft in de Wet op de vaste boekenprijs bepaald dat boeken afkomstig uit het 'communautaire buitenland' zijn onderworpen aan de systematiek van een vaste prijs, tenzij het gaat om herinvoer van oorspronkelijk in Nederland uitgegeven boeken. Wanneer een buitenlandse uitgever zijn boeken rechtstreeks in Nederland invoert, bepaalt de importeur de vaste prijs. Het stelsel mag er dan niet op gericht zijn om buitenlandse ondernemers uit de markt te drukken, het beperkt wel de mogelijkheid voor buitenlandse uitgeverijen om zelf invloed uit te oefenen op de prijs waarvoor hun boeken op de Nederlandse markt worden gebracht. Ook is de mogelijkheid van prijsdifferentiatie binnen Nederland in ieder geval uitgesloten. Deze omstandigheid kan een effect hebben op de verkoop(aantallen) van het product in kwestie, en aldus op het transport en de handel in dat goed. De bemoeienis van de importeurs met de vaststelling van de vaste prijs voor de Nederlandse markt van buitenlandse (Nederlandstalige) boeken vermindert bovendien het profijt dat de consument kan hebben van het vrije handelsverkeer, namelijk de volledige doorgifte van voordelige prijzen van een buitenlandse uitgever.

Onder de boekenprijswet krijgen buitenlandse ondernemers die in Nederland een boekwinkel willen openen te maken met de afwezigheid van een zeer belangrijke concurrentiefactor (de prijs), op basis waarvan ze zich zouden kunnen onderscheiden in de markt en hun eigen marktaandeel vergroten. In die zin vormt het prijsstelsel een belemmering voor

buitenlandse ondernemers om zich in Nederland te vestigen en een substantiële plaats te verwerven op de Nederlandse boekenmarkt.

Ook buitenlandse consumenten (bijvoorbeeld Vlamingen) kunnen nadeel ondervinden van de vaste boekenprijs, wanneer zij in Nederland een boek willen kopen en het in Nederland geldende prijssysteem hun de mogelijkheid ontnemt om dit tegen een zo scherp mogelijk bedrag te doen.

In de huidige Wet op de vaste boekenprijs zijn dus wel degelijk factoren aan te wijzen die leiden tot een negatieve invloed op de tussenstaatse handel. Hiermee zou een belangrijke horde genomen zijn op weg naar de vaststelling van een inbreuk op het communautaire kartelverbod.

Een volgend pijnpunt is de vraag of de 'effet utile'-leer van toepassing kan zijn op de Wet op de vaste boekenprijs. Men ziet dat de Gemeenschapsrechter enigszins wispelturig is in zijn 'effet utile'-oordelen: zo zijn er strikte²⁵⁴ uitspraken, zoals *Reiff*, *Arduino* en *Autotrasporti Librandi*, maar ook extensieve²⁵⁵ arresten, zoals *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, *CNSD*, *Asia Motor France* en *Fiammiferi*.

In de arresten *Leclerc* en *Echirolles* herkent men een afwijzende houding van het Hof van Justitie om schending van de 'effet utile'-leer aan te nemen bij prijsbindingsystemen voor boeken. Belangrijk argument van het Hof hiervoor is het ontbreken van een Commissiebeleid ten aanzien van de boekensector. Het is de vraag of deze benadering van de Gemeenschapsrechter goed past binnen de traditie van de communautaire rechtspraak in het algemeen en de jurisprudentie over 'effet utile' in het bijzonder. Waar het Hof in de historie van het Europese recht nimmer heeft gedraald om (enigszins) voor de troepen uit te lopen, daar is het in de 'boekenkwestie' bijna Roomser dan de paus. In andere rechtspraak (bijvoorbeeld inzake burgerschap) houdt het Hof juist de lijn aan dat het, bij afwezigheid van Gemeenschapsbeleid op terreinen die node uitwerking behoeven, zelf enige wenken geeft ter interpretatie van primair EG-recht.

De Wet op de vaste boekenprijs laat 'de markt' de ruimte om zelf de vaste prijs van een boek te bepalen, zonder dat de betrokken partijen daarbij handelen als onafhankelijke deskundigen met (louter) het algemeen belang voor ogen. De overheid heeft ook geen instrument om in te grijpen in de hoogte van de vastgestelde prijs, en deze zo nodig te vervangen door

254 In de zin dat schending van de 'effet utile'-leer niet zo gemakkelijk aangenomen wordt.

255 In de zin dat schending van de 'effet utile'-leer relatief gemakkelijk aangenomen wordt.

een in een overheidsbesluit vastgestelde prijs. Men kan zeggen dat de Nederlandse staat met het huidige systeem het ondernemersveld faciliteert in het maken van prijsafspraken. Hier komt bij dat de huidige Wet op de vaste boekenprijs in feite een codificatie is van een vroeger, volledig privaats georganiseerd, prijsbindingsstelsel. In dit perspectief zijn er dus twee wijzen waarop Nederland de 'effet utile'-leer schendt.

Uit de behandeling van de Wet op de vaste boekenprijs in de Eerste Kamer blijkt dat deze wet niet op zich staat, maar wel degelijk een lang bestaande kartelpraktijk overneemt ('codificeert') en vervolgens binnen het wettelijk kader ondernemingen (uitgevers) blijft betrekken in het maken van prijsafspraken. Het argument dat de wet los staat van de gevoerde praktijk de afgelopen jaren is onjuist: zowel wat betreft het verleden (de wet is gebaseerd op de bestaande praktijk), als wat betreft de toekomst (de wet laat nog immer ruimte voor privaatrechtelijk handelen).

De boekenprijswet schrijft bovendien voor dat een overheidsorgaan controleert of alle partijen zich aan de vastgestelde prijs houden. In die zin kan men deze wet zelfs opvatten als een regeling die prijsafspraken faciliteert (afdwingt), en wel via een bestuurlijk handhavingssysteem.

Bij de uitzonderingsinstrumenten voldoet art. 81 lid 3 EG door zijn economische opmaak en invulling eigenlijk niet om als exceptiemiddel te functioneren in de cultuursector.

Ook de toepassing van art. 86 lid 2 EG brengt complicaties met zich mee. De Wet op de vaste boekenprijs formuleert als algemeen doel de pluriformiteit van het boekenaanbod te waarborgen. Als middel om dit doel te bewerkstelligen geldt het recht voor het ondernemersveld om de prijs van een bepaald boek op een bepaald niveau vast te stellen. Het is echter de vraag of de Wet op haar algemene doelstelling een aantal concrete, controleerbare, openbare dienstverplichtingen voor de boekhandels laat volgen, dan wel dat deze uit de algemene doelstelling zelf zijn af te leiden. Dit lijkt niet het geval. Het is bijvoorbeeld niet zo dat de Wet boekhandelaren voorschrijft om bij bepaalde categorieën boeken een zeker aantal exemplaren in voorraad te houden: men zou hier kunnen denken aan een wettelijke verplichting tot het ter verkoop aanbieden van door de regelgever nader omschreven hoogwaardige literatuur waarvoor heel weinig belangstelling bestaat bij de consument.

Het Hof en de Commissie lijken met discutabele benaderingen die draaien om het al dan niet bestaan van Commissiebeleid (in het kader van de 'effet utile'-leer) en om het interstatelijkheids criterium, eigenlijk niet goed te weten hoe zij om moeten gaan met vasteboekenprijssytemen. Ook de wijze waarop zij art. 81 lid 3 EG toepassen in deze materie is niet helder. De

methode van de maatschappelijke 'rule of reason' zou binnen de cultuursector wellicht uitkomst kunnen bieden. De 'rule of reason' is zeer wel toe te snijden op culturele belangen en maakt een evenwichtige afweging mogelijk via de subcriteria van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid.

Het argument dat de 'rule of reason' toegerust is op het maken van een coherente belangenafweging in de collisieproblematiek, zegt op zich niets over de uitkomst van de weging die uiteindelijk plaatsvindt. Zowel aanhangers als tegenstanders van het prijssysteem voor boeken hebben de gelegenheid om hun argumenten in te vullen in de driestapstoets. Hierbij kan de noodzakelijkheidvoorwaarde als scherprechter optreden. Het is de vraag of voor het doel van de Wet op de vaste boekenprijs, kort gezegd pluriformiteit in het boekenaanbod c.q. van de boekenverkoop, niet even doelmatige oplossingen denkbaar zijn die minder mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan het huidige systeem.

Men kan dan denken aan meer gerichte regelingen of systemen ter ondersteuning van de boekensector, zoals een gesubsidieerd fonds of uitgever om weinig gelezen boeken te publiceren. Deze tasten niet de hele markt aan op het punt van kunstmatig hoge prijzen voor alle boeken; concurrentie op prijs is dan wél gewoon mogelijk tussen boekhandels. Het mag de vraag zijn of dit soort systemen én de pluriformiteit van het boek én de pluriformiteit van de boekhandels in brede zin altijd garanderen. Deze systemen bieden echter wel een preciezer en meer gericht instrument (dan het huidige prijsbindingsysteem) om te bereiken waarvoor ze zijn ingesteld: de verkoop van cultureel hoogstaande boeken die commercieel niet aantrekkelijk zijn. Het is immers maar de vraag of het systeem van kruissubsidiëring, dat verondersteld wordt te liggen onder het bestaande prijsbindingsysteem, daadwerkelijk goed functioneert.

Men zou ook nog kunnen denken aan het Zweedse systeem van gerichte subsidies aan boekhandels met een beter assortiment. Nadelen hiervan zijn dat dit weer meer regels met zich mee brengt en een subsidiepraktijk immer is omgeven met een bepaalde bestuurlijke willekeur.

Van groot belang bij een noodzakelijkheidafweging omtrent prijsbindingssystemen voor boeken, zijn ten slotte de veranderingen in de boekensector zelf. Door de opkomst van het internet vinden meer en meer bestellingen digitaal plaats. Boekhandels krijgen meer en meer een distributiefunctie, en de verkoop in de winkel neemt in belang af. Dit houdt in dat boekhandels titels in mindere mate op voorraad hoeven te hebben, maar deze bijbestellen bij bijvoorbeeld de uitgever indien de cliënt een bepaald boek wenst aan te schaffen. Internetwinkels nemen de levering van boeken ook

gedeeltelijk over van de boekhandels in de straat. Het is de vraag of met de toename van de verkoop van boeken via het internet de pluriformiteit van het boekenaanbod niet op een andere wijze wordt gewaarborgd. Een vervolgvraag is dan of een prijsbindingsysteem nog wel onontbeerlijk is voor het behoud van diversiteit van boeken.

Als conclusie kan gelden dat toepassing van een 'rule of reason'-benadering zeker geen vrij spel biedt aan de boekenbranche. Sterker nog, in de Nederlandse situatie met de vaste boekenprijs zou een 'rule of reason'-afweging ook negatief kunnen uitpakken voor het systeem.

5.2. Vaste prijzen voor schrijvers, vertalers en scenaristen in Nederland onder het kartelrecht

In Nederland bestaan adviestarieven voor auteurs, vertalers en scenaristen. De adviestarieven zijn een *gentlemen's agreement* tussen auteurs en uitgevers, vertegenwoordigd door brancheverenigingen als de Vereniging van Letterkundigen aan de ene kant en de Groep Algemene Uitgevers aan de andere kant. Zo zijn er prijsrichtlijnen te vinden in de modelcontracten van de Vereniging van Letterkundigen. Deze *gentlemen's agreements* vormen een niet-bindende afspraak tussen beide partijen, waarvan per geval afgeweken kan worden. Dit neemt niet weg dat het stelsel van adviestarieven in de praktijk tot een systeem van vaste prijzen leidt.

Op aandringen van de NMa (en onder dreiging van toepassing van art. 6 Mw) hebben de Groep Algemene Uitgevers en de Vereniging van Letterkundigen de normtarieven voor vertalingen in de toelichting van de modelcontracten geschrapt. Contractpartijen hebben daardoor de vrijheid gekregen om zelf een honorarium overeen te komen, aldus de NMa.

Het is de vraag of dit soort prijsafspraken pertinent de toets van het mededingingsrecht niet kunnen doorstaan.

Voor een terughoudende toepassing van art. 6 Mw op dit type prijsafspraken zijn een aantal argumenten aan te dragen. Het mag bij prijsafspraken in de literaire branche dan gaan om 'hard core' beperkingen van de mededinging, de culturele doelen die erachter schuil gaan hebben wel hun eigen merites. Zo zou een 'prijsbodem' wellicht de literaire diversiteit bevorderen en de kwaliteit van vertaalwerk ten goede komen. Wat betreft de laatstgenoemde doelstelling komt een hoge kwaliteit niet alleen de koper ten goede, zij draagt ook een intrinsieke culturele waarde in zich.

De waarde van (achterliggende) culturele doelen is overigens lastig meetbaar in economisch en juridisch opzicht. Het feit dat cultuur voorals-

nog een zaak van de lidstaten is, en de EG een eigen competentie op dit terrein mist, noopt wellicht tot enige voorzichtigheid om culturele maatregelen disproportioneel te achten onder het *Europese* mededingingsrecht (indien van toepassing).

Een argument voor terughoudendheid ligt in het feit dat de vasteprijssystematiek voor literatoren 'de cultuur' bij de bron dient, namelijk door de cultuurdragers te ondersteunen die de (in casu literaire) cultuur primair vormgeven. Hierin is een verschil te bekennen met het stelsel van de vaste boekenprijs, dat zich meer richt op de distributie- en verkoopkant van de literaire cultuur. Vanuit de optiek van stimulering van cultuurvorming aan de basis, is het curieus dat het distributiesegment van de boekenmarkt met fluwelen handschoenen wordt behandeld, terwijl de makers (auteurs) zelf hard worden aangepakt.

Om deze reden lijkt een vasteprijzensystematiek voor vertalers of een vast systeem van royalty's voor auteurs onder het kartelrecht eerder voor een exceptie in aanmerking te komen dan een systeem van vaste boekenprijzen. Hoe dan ook biedt de 'rule of reason' (die hierboven al is toegelicht) in dit type zaken de meest geschikte benaderingswijze om een afwijking te maken onder het mededingingsrecht.

5.3. Collectieve beheersorganisaties in Nederland onder het kartelrecht

Wat zijn collectieve beheersorganisaties en hoe functioneren zij?

Collectieve beheersorganisaties (CBO's) zijn administratieve organisaties die namens rechthebbenden royalty's innen bij gebruikers. Een CBO kan in feite dus als een doorgeefluik van vergoedingen beschouwd worden. Deze beheersorganisaties zijn bij de inning van de gelden werkzaam op het gebied van auteurs- en naburige rechten. Kunstenaars, componisten, artiesten en auteurs maken gebruik van hun diensten.

Nederland kent vijf collectieve beheersorganisaties die wettelijk bevoegd zijn om voor een bepaalde categorie rechthebbenden auteursgelden te innen, waaronder Buma en Sena.

Het optreden van collectieve beheersorganisaties kan zowel een economische als een sociaal-culturele legitimatie in zich dragen.

In economisch opzicht bieden CBO's voordelen waar het gaat om de inning van en de controle op het gebruik van auteursrechten. De schaalvoordelen zijn enorm. Men moet er niet aan denken dat iedere auteursrechthebbende zijn eigen contracten met gebruikers af zou sluiten.

Rechtenorganisaties vervullen daarnaast ook belangrijke sociale taken. Zo kan collectief rechtenbeheer in de praktijk dikwijls de enige manier zijn waarop 'kleine' auteurs hun rechten kunnen exploiteren. Sommige collectieve rechtenorganisaties kennen sociale fondsen. Beheersorganisaties vervullen vaak een vakbondachtige functie voor individuele auteurs tegenover machtige wederpartijen als omroepen en grote platenmaatschappijen.

Collectieve beheersorganisaties hebben met hun exclusieve rechten een economische machtspositie in handen op de hun 'toebehorende' specifieke gebieden en dienen dus op te passen dat zij art. 24 Mw of art. 82 EG niet schenden bij hun optreden in de markt. Collectieve rechtenorganisaties hebben naar twee kanten toe een monopoliepositie: zowel makers als gebruikers kunnen immers alléén bij deze organisaties terecht. Misbruik van machtspositie ligt dan ook op de loer. Wanneer CBO's afspraken met elkaar maken over wie wat doet in het rechtenbeheer, komen ook art. 6 Mw en art. 81 EG om de hoek kijken.

CBO's en het misbruikverbod

CBO's kunnen zich in principe aan verschillende vormen van abusief gedrag schuldig maken. Eén van de vormen waarin misbruik van machtspositie plaats zou kunnen vinden is het vragen van een excessieve prijs voor het gebruik van producties waarop auteursrechten rusten. Een andere mogelijke vorm van misbruik is discriminatie tussen afnemers van muziek en andere IE-rechtelijk beschermde werken en vertolkingen, bijvoorbeeld in het tarief dat hun berekend wordt door een CBO. CBO's zouden voorts misbruik van hun positie kunnen maken door hun dienstverlening te beperken tot auteurs/artiesten uit hun 'eigen' land – ook dit is een vorm van discriminatie. Ten slotte zouden beperkingen die CBO's opleggen aan de auteurs/artiesten waarmee zij een beheerovereenkomst sluiten, bijvoorbeeld met betrekking tot het gebruik of de exploitatie van werken door de maker zelf, tot de risicogroep van misbruik kunnen behoren.

Het Hof van Justitie heeft aangegeven in *Tournier en Lucazeau* dat bij het bepalen van de excessiviteit van tarieven van een CBO een kostenvergelijking met de prijzen van de tegenhangers in andere lidstaten een aanwijzing kan vormen voor misbruik. Indien een rechtenorganisatie een substantieel hoger tarief hanteert dan beheersorganisaties in andere lidstaten, dient zij dit verschil te rechtvaardigen op basis van objectieve verschillen tussen de situatie in de betrokken lidstaat en die in andere lidstaten. Lukt haar dit niet, dan ligt een vaststelling van misbruik van machtspositie in het verschiet.

Het Hof accepteert hierbij niet zomaar alle argumenten onder het kopje 'objectieve verschillen'. Omstandigheden als hoge prijzen in de horeca, een traditioneel hoge mate van bescherming van het auteursrecht en bijzonderheden in de nationale wetgeving achtte de Gemeenschapsrechter niet relevant als onderbouwing van hoge tarieven.

Het Hof heeft vooral oog voor de huishoudelijke kosten van de CBO's in de verschillende lidstaten. Een log beheersapparaat kenmerkt zich door hoge (personeels)kosten op de punten van inning, beheer en verdeling. De rekening is voor de licentienemers in de vorm van een hoger tarief of voor de rechthebbenden in de vorm van een lagere uitkering.

Waar het gaat om de royaltyvergoeding zelf, indiceert het Hof van Justitie dat de billijkheid van de vergoeding met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van het gebruik in het handelsverkeer.

Deze richtlijnen ten spijt, is de vaststelling in een concrete zaak van excessiviteit van tarieven en daarmee misbruik van machtspositie bepaald geen sinecure. Niet alleen is de 'objectiviteit' van tussen lidstaten verschillende omstandigheden niet altijd even gemakkelijk vast te stellen, ook blijft de vraag omtrent een 'juiste' royaltyvergoeding of een 'redelijke' compensatie voor administratiekosten lastig te beantwoorden. Het grote probleem vormt de afwezigheid van een duidelijk referentiepunt in de kostenwinst-verhouding van een product. Zo is in het geval van liedjes een directe relatie tussen kostprijs en waarde eigenlijk niet vast te stellen.

De Gemeenschapsrechter laat dit type feitelijke oordelen waarschijnlijk graag over aan de mededingingsautoriteiten en de nationale (feiten-)rechter.

De NMa is in de zaken *KHN-Buma* en *Fresh FM-Buma* tot de vaststelling gekomen dat het wettelijk verbod op misbruik van machtspositie als instrument tekort schiet voor de beoordeling van de hoogte van tarieven. Dit instrument is te onvolkomen in de ogen van de NMa om de mogelijke excessiviteit van vergoedingen voor bijvoorbeeld het draaien van muziek mee te kunnen vaststellen.

In de zaak *XS4ALL t. Buma* heeft de NMa beslist dat CBO's de mogelijkheid hebben om kunstenaars, artiesten en (andere) auteurs die zich willen aansluiten bij hen, te verplichten tot de volledige overdracht van rechten. CBO's hebben vanuit hun taak van collectief beheer voorts de mogelijkheid om de aan hen overgedragen inningrechten in exclusiviteit uit te oefenen ten opzichte van gebruikers van IE-rechtelijk beschermde werken en

vertolkingen. In beide gevallen komt de NMa tot de conclusie dat van misbruik geen sprake is.

Een mogelijke oplossing voor het gevaar van misbruik van machtspositie door CBO's zou zijn dat deze organisaties hun monopolieposities kwijtraken en met elkaar gaan concurreren. Op deze wijze zou de markt zijn werk kunnen doen en zou er bijvoorbeeld een neerwaartse druk op de tarieven kunnen ontstaan. Vooralsnog ziet het er echter niet naar uit dat de CBO's in de verschillende lidstaten hun machtspositie kwijtraken. Hun monopoliepositie wordt bestendigd in onderlinge (al dan niet stilzwijgende) afspraken met als kern dat iedere CBO haar eigen 'domein' bestiert. Dit type afspraken kan in aanraking komen met het kartelverbod.

CBO's en het kartelverbod

Uit Europese rechtspraak (denk aan arresten als *Tournier* en *Lucazeau*) blijkt dat collectieve rechtenorganisaties in wederkerigheidcontracten geen exclusiviteitsbepalingen mogen opnemen die hun verbieden om direct licenties te verlenen aan in een andere lidstaat gevestigde gebruikers die daarom verzoeken. Ook onderling afgestemde gedragingen van dien aard kunnen niet door de beugel. Wel heeft het Hof de mogelijkheid open gelaten dat CBO's om organisatorische redenen een bepaalde exclusieve gebiedsindeling hanteren. Indien rechtenorganisaties genoopt zouden zijn om hun eigen administratie- en controlesysteem op te zetten op de grondgebieden van andere lidstaten, zou dit wellicht ten koste gaan van de efficiëntie van hun bedrijfsvoering. Uit bedrijfseconomisch oogpunt kan het dan beter zijn om een reeds in een andere lidstaat gevestigde CBO als vertegenwoordiger c.q. administrateur in te huren voor dat deelgebied.

In de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter kunnen exclusieve gebiedsverdelingen tussen beheersorganisaties de toets van art. 81 EG dus doorstaan in geval van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Hier ziet men toch de contouren van een maatschappelijke 'rule of reason'-afweging, al volgt het Hof van Justitie zelf een wat ondoorzichtige redenering. In de toekomst zullen de mogelijkheden van digitaal rechtenbeheer de noodzaak aan exclusieve administratiegebieden waarschijnlijk doen verminderen.

Ook de Commissie heeft zich met het optreden van collectieve rechtenorganisaties beziggehouden. In de IFPI "Simulcasting"-beschikking keurde de Commissie een systeem goed onder art. 81 lid 3 EG waarin een grote groep van samenwerkende auteursrecht-beheersorganisaties ieder een multitreptoire en multiterritoriale licentie konden afgeven voor het recht

op simulcasting.²⁵⁶ Op het punt van de royaltycomponent van de tarieven bleef concurrentie uit: de royalty's mochten van de Commissie nationaal bepaald worden, waarmee het totale simulcastingtarief zou bestaan uit een samentelling van de 'nationale' royalty's. De Commissie accepteerde deze afspraken, omdat zij ze noodzakelijk achtte voor het goed functioneren van het rechtensysteem in kwestie. Op het punt van administratie- en beheerskosten dienden de betrokken beheerorganisaties echter wél met elkaar te concurreren. Ook zegden zij toe aan iedere aspirant-gebruiker een licentie te verlenen.

In haar beschikking in de zaak *RTL Group & Music Choice Europe t. de CISAC-leden*, heeft de Commissie de Europese beheersorganisaties verboden om nog langer met vereende krachten de mogelijkheden te beperken om diensten buiten het thuisgebied aan te bieden aan muzikmakers en aan commerciële gebruikers. CBO's mogen onderling echter bilaterale overeenkomsten blijven aangaan en behouden het recht om de hoogte van royalty's vast te stellen binnen hun thuisgebied.

Men ziet dat bij de toepassing van het mededingingsrecht in het veld van het collectieve rechtenbeheer art. 81 lid 3 EG een rol kan spelen, net zoals een soort 'rule of reason'-benadering. Wellicht dat in het vraagstuk rondom de CBO's art. 86 EG ook nog van betekenis kan zijn. De vraag is dan of de exclusieve rechten die bepaalde rechtenorganisaties conform nationaal recht hebben, de toets van deze bepaling doorstaan.

De mogelijke rol van art. 86 lid 2 EG in het veld van collectief rechtenbeheer

De eerste vraag is of de exceptie van art. 86 lid 2 EG van toepassing kan zijn op rechtenorganisaties. De Commissie is stellig in haar oordeel in de *IFPI "Simulcasting"*-beschikking en beantwoordde de vraag negatief: volgens het Hof van Justitie zouden (auteurs)rechtorganisaties geen ondernemingen zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang in de zin van art. 86 EG. De Commissie verwees hierbij naar de arresten *GVL t. Commissie* en *BRT t. Sabam II*, waarin het Hof van Justitie inderdaad tot de conclusie kwam dat de lidstaat in kwestie in de omstandigheden van het geval de beheersorganisatie geen enkele taak had opgedragen. De Gemeenschapsrechter geeft in *BRT t. Sabam II* nog als richtlijn dat art. 86 lid 2 EG een strikte uitlegging behoeft van de definitie van

256 'Simulcasting' is de gelijktijdige uitzending door radio- en televisiestations via internet van geluidsopnamen verrat in hun uitzending van vrij te ontvangen radio- en/of televisiesignalen.

de ondernemingen die zich op de bepaling kunnen beroepen. Vast moet echt staan dat ondernemingen krachtens een overheidsbesluit met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast.

De Commissie is erg snel met haar oordeel dat auteursrechtorganisaties geen ondernemingen zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Het Hof van Justitie is in enkele zaken inderdaad tot deze conclusie gekomen, maar de verschillen tussen de beheersorganisaties in de verschillende lidstaten en de regimes waaronder zij opereren zijn zo aanzienlijk dat het lastig is om uit genoemde arresten een algeheel 'verbod' af te leiden van toepassing van art. 86 op rechtenorganisaties.

In de Nederlandse situatie zijn de vijf wettelijk bevoegde CBO's wel degelijk bij wet belast met de inning en de verdeling van licentierechten namens en ten gunste van de rechthebbenden, en vindt ook wettelijk toezicht plaats op hun functioneren. Het is dus denkbaar dat art. 86 lid 2 EG voor toepassing openstaat ten aanzien van deze organisaties. Uiteraard moeten 'wettelijke' CBO's, om voor een uitzondering in aanmerking te komen, tevens voldoen aan de overige criteria van de bepaling, in het bijzonder de noodzakelijkheids-/proportionaliteitstoets. Het is dus niet zo dat deze exceptie een vrijbrief vormt voor collectieve rechtenorganisaties om te doen en laten wat ze willen. Art. 86 lid 2 EG komt vanzelfsprekend niet voor toepassing in aanmerking ten aanzien van de vrijwillige ('niet-wettelijke') collectieve beheersorganisaties die in Nederland actief zijn.

De wijze waarop een stelsel van collectief rechtenbeheer binnen een lidstaat is georganiseerd kan zo inefficiënt zijn, en het functioneren van CBO's zo weinig transparant, dat de grenzen van het toelaatbare onder art. 86 EG snel in zicht komen. Het gebruik van exclusieve rechten en het aanhouden van gebiedsverdelingen zijn nu eenmaal flagrant mededingingsbeperkend. Als een organisatie niets doet om de nadelige effecten (hoge prijzen, geen oor voor de wensen van rechthebbenden en licentienemers, etc.) binnen de perken te houden, wordt de druk op de rechtvaardigingsgronden wel erg hoog.

Het toekomstbeeld voor de markt van collectief rechtenbeheer

Het (economisch) ideaalbeeld lijkt één Europese markt voor licentiebeheer, zowel qua administratie als controle- en handhavingmechanismen, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voor rechtenorganisaties feitelijk en juridisch gelijk zijn. Wellicht dat in dat geval enige *Europese* maatregelen of randvoorwaarden de sociale functies van de beheerorganisatie (voor zover noodzakelijk) zouden kunnen waarborgen.

Een dergelijke uniforme Europese markt is niet zomaar gerealiseerd: voornog kent iedere lidstaat zijn eigen stelsel met specifieke wet- en regelgeving, waarbinnen nationaal georganiseerde CBO's actief zijn. Hier staat tegenover dat de opkomst van internet, satelliet en kabel de verspreiding van muziekwerken over landsgrenzen heen sterk faciliteert. Aan het EG-recht de schone taak om een gulden middenweg te vinden tussen enerzijds de karakteristieke rol van de CBO in nationaal afgebakende domeinen en anderzijds een open, concurrerende Europese markt voor rechtenbeheer.

MEDEDINGINGSRECHT EN GEZONDHEIDSZORG

Inleiding

De rol van concurrentie binnen de gezondheidszorg is een onderwerp waarover in verschillende wetenschappen veel discussie heeft plaatsgevonden in de loop der jaren,¹ en is bovendien een onderwerp dat politiek gevoelig ligt. Naast overwegingen van economische aard betreffende organisatie en functioneren van de zorgsector, spelen traditiegetrouw ook andere thema's een zeer belangrijke rol, zoals ideeën van sociale aard (solidariteit; toegankelijkheid van zorg voor iedereen) en van kwaliteit van medische dienstverlening.

Met de inzet van een hervormingsproces van het Nederlandse zorgstelsel in 2006 gaat een steeds verdere doorvoering van marktwerking gepaard in de sector. Het is de vraag hoe het mededingingsrecht dient te worden toegepast op dit terrein in verandering, waar concurrentie een steeds belangrijker rol speelt. Een vraag is ook hoe het mededingingsrecht omgaat met karakteristieken en belangen van de zorgsector die wellicht botsen met het mededingingsbelang.²

In een nieuw zorgstelsel met meer marktwerking, moet een nieuw evenwicht gevonden worden tussen vrije concurrentie aan de ene kant en de borging van publieke belangen aan de andere kant. Als vanzelf ontstaat de zoektocht naar een nieuwe balans tussen enerzijds mededingingsbescherming en anderzijds de behartiging van sociale en gezondheidskundige doelstellingen. Het is de vraag in hoeverre en via welke mechanismen

-
- 1 Voor een economische analyse van het proces van marktwerking in de zorgsector, zie bijvoorbeeld Porter & Olmsted Teisberg 2006, en Olmsted Teisberg, Porter & Brown 1998, p. 409-430. Voor *juridische* bijdragen over dit onderwerp, zie het vervolg van dit hoofdstuk waarin een uitgebreide selectie van juridische literatuur voorbij komt.
 - 2 Zie De Vries 2007a, p. 136: "Door grenzen te stellen aan de toepassing van mededingingsregels op de zorgsector wordt voorkomen dat lidstaten hun bevoegdheid om zelf over de organisatie van de gezondheidszorg te beslissen teveel verliezen. Van belang is daarbij ook dat het in de context van het mededingingsrecht vooralsnog onduidelijk is in hoeverre algemene belangen, zoals zorg, als rechtvaardigingsgrond kunnen worden meegenomen."

Europees en nationaal mededingingsrecht ruimte laat voor behartiging van zorgbelangen door particulieren.

Dit hoofdstuk begint met een uiteenzetting van het regelgevend kader op het vlak van volksgezondheid en (zorggerelateerde) sociale zekerheid,³ zowel op Europees als op nationaal niveau.

Vervolgens komt de toepassing van het Europese en Nederlandse mededingingsrecht op de zorgsector uitgebreid aan bod, waarbij de focus uiteindelijk ligt op het functioneren van het Nederlandse bestel.

Bij de beschrijving van de relatie tussen het communautaire anti-trustrecht en zorgbelangen, ligt de aandacht bij de mededingingsrechtelijke *landmark cases* van de Gemeenschapsrechter op het terrein van sociale en volksgezondheidsdoelstellingen.

Bij de bestudering van de toepassing van het mededingingsrecht op het Nederlandse zorgstelsel, richt het onderzoek zich op de activiteiten van zorgverleners, zorgverzekeraars en 'tussenpartijen' (zoals het zorgkantoor en de zorgmakelaar) die in dit veld actief zijn. Hierbij gaat de aandacht uit naar situaties waarin zorg- en mededingingsbelangen tegenover elkaar staan, en wordt nader onderzocht welke methoden mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties (kunnen) gebruiken om over dit soort gevallen een oordeel te vellen.

Een samenvatting van de belangrijkste punten sluit dit hoofdstuk af.

1. HET REGELGEVEND KADER

Op het vlak van de gezondheidszorg is veel wet- en regelgeving te vinden, zowel op internationaal, Europees als nationaal niveau. Waar het internationale recht zich vooral bezighoudt met de (grond)rechten van de patiënt, daar bepaalt het nationale recht de systematiek van het zorgstelsel. Het Europese recht concentreert zich op een vrijwillige coördinatie tussen de verschillende nationale zorgstelsels, op het vrije verkeer van patiënten (als dienstontvangers) en de vrije beroepsuitoefening van zorgverleners, en op de conformiteit van de nationale zorgsystemen met het communautaire mededingings-, staatssteun- en aanbestedingsrecht. De regelgevende bevoegdheden op het vlak van de organisatie van de volksgezondheid liggen in principe bij de lidstaten. Dit maakt de positie van gezondheidszorg in het EG-recht gecompliceerd: het is zoeken naar het juiste evenwicht tussen

3 Het begrip sociale zekerheid is lastig van een eenvormige definitie te voorzien, zeker Europeesrechtelijk gezien. Vonk geeft aan dat het socialezekerheidsbegrip in de jurisprudentie alle kanten op meandert. Zie Vonk 2004, p. 473. Voor een nadere beschouwing van de notie van sociale zekerheid, zie Steyger 2002, p. 80-97.

nationaal volksgezondheidsrecht en Europees vrijverkeers- en mededingingsrecht. Hieronder volgt een nadere uiteenzetting van de toepasselijke regels in de (Nederlandse) zorgsector.

1.1. Internationaal gezondheidsrecht – Internationale verdragen en grondrechten

Het recht op zorg is een sociaal-economisch grondrecht. Het omvat het recht op gezondheidszorg (toegang tot noodzakelijke zorg van goede kwaliteit) en het recht op gezondheidsbescherming en -bevordering.⁴ Daarnaast bestaan er individuele grondrechten die de patiënt kan invoeren, zoals het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit en het recht op privacy.

Op mondiaal niveau bestaan een aantal verdragen die het recht op gezondheidszorg impliciet of expliciet erkennen als mensenrecht. Art. 25 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens vermeldt het 'recht op een levensstandaard die hoog genoeg is voor de gezondheid', waarbij 'levensstandaard' ook geneeskundige verzorging omvat. Art. 12 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten erkent 'het recht van eenieder op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid'. Het statuut van de 'World Health Organization' (WHO) merkt in zijn preambule de *highest attainable standard of health* aan als een fundamenteel mensenrecht.

Ook de verdragen die binnen het raamwerk van de 'International Labour Organization' (ILO) tot stand zijn gekomen, bevatten bepalingen inzake gezondheidszorg. Het gaat dan o.a. om het ILO-Verdrag betreffende de prestaties bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, het ILO-Verdrag betreffende ziekteverzekering van landarbeiders, huispersoneel en arbeiders in de industrie en handel, en het ILO-Verdrag betreffende minimumnormen van sociale zekerheid.⁵

Ook bestaan er verdragen op Europees niveau waarin gezondheidszorg aan bod komt. In het Europees Sociaal Handvest is in art. 11 het recht op bescherming van de gezondheid opgenomen. De partijen bij het Handvest zijn in dit kader verplicht om voorzieningen te treffen die gericht zijn op

⁴ Roscam Abbing 2001, p. 368.

⁵ Voor korte opsomming van de specifieke verplichtingen en aanspraken inzake gezondheidszorg en ziektekostenverzekering waartoe deze verdragen de verdragspartijen verplichten, zie Buijsen & Den Exter 2006, p. 90.

het zoveel mogelijk wegnemen van de oorzaken van een slechte gezondheid.⁶

Het Verdrag inzake de mensenrechten en de biogeneeskunde, dat tot stand is gekomen binnen de Raad van Europa maar (nog) niet door Nederland is geratificeerd,⁷ formuleert een plicht voor de lidstaten om 'zorg te dragen voor gelijke toegangsmogelijkheden tot gezondheidszorg van passende kwaliteit',⁸ en geeft uitwerking aan individuele rechten in de gezondheidszorg.⁹

De 'Principles of the Rights of Patients in Europe' van de Wereldgezondheidsorganisatie formuleren het recht op gezondheidszorg, waarbij zowel de gelijke toegang tot als de kwaliteit van zorg gegarandeerd moet zijn.¹⁰

De Europese Code inzake sociale zekerheid bevat een apart deel over het waarborgen van geneeskundige zorg door lidstaten. Het gaat dan o.a. om de verstrekking van intra- en extramurale zorg en noodzakelijke geneesmiddelen.¹¹ Het Nederlandse kabinet heeft overigens een onderdeel van deze code opgezegd, omdat hij het heffen van eigen bijdragen bij patiënten met een beroepsziekte verbiedt.¹²

Het Europees Verdrag inzake sociale zekerheid richt zich meer op het verzekeringsgedeelte van de gezondheidszorg. Het bevat een aantal voorschriften over de werking van de nationale ziektekostenverzekering en de verstrekking van zorg bij grensoverschrijdend patiëntenverkeer.¹³ Het Verdrag is speciaal aangepast voor de nieuwe Nederlandse Zorgverzekeringswet.¹⁴

Als het gaat om het thema volksgezondheid in internationaal verband, zijn er naast de (verdragsrechtelijke) stappen van staten ook initiatieven van

6 Zie Buijsen & Den Exter 2006, p. 89.

7 Zie Persbericht ministerie van VWS van 16 januari 2004, 'Uitstel ratificatie Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde.'

8 Zie art. 3 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen met betrekking tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde ('Verdrag inzake de mensenrechten en de biogeneeskunde'), *Trb.* 1997, 113.

9 Zie Roscam Abbing 2001, p. 369.

10 Zie 'A Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe', Wereldgezondheidsorganisatie (Regionaal Bureau Europa), Amsterdam 1994, met daarin opgenomen de 'Principles of the Rights of Patients in Europe', Art. 5 ('Care and Treatment').

11 Zie Deel II (in het bijzonder art. 7 en 10) van de Europese Code inzake sociale zekerheid, Straatsburg, 16 april 1964, *Trb.* 1965, 47, laatste wijziging in *Trb.* 2007, 96.

12 Zie Volkskrant, 19 december 2007, 'Kabinet morrelt aan Europese regels'.

13 Zie art. 19-26 van het Europees Verdrag inzake sociale zekerheid, Parijs, 14 december 1972, *Trb.* 1976, 54.

14 Zie Wijziging Europees Verdrag inzake sociale zekerheid, *Trb.* 2007, 140.

private entiteiten te onderscheiden. Op mondiaal gebied is een organisatieverband van de nationale ziekenfondsen actief: "l'Association Internationale de la Mutualité" (AIM). Eén van de initiatieven die de AIM ontplooit, bestaat in het tot stand brengen van een statuut van het Europees ziekenfonds.¹⁵

1.2. Het communautaire rechtskader voor de gezondheidszorg in Europa

1.2.1. *Primair EG-recht inzake volksgezondheid*

Art. 2 EG vermeldt als doelstelling van de Gemeenschap de verbetering van de kwaliteit van het bestaan. Ook zijn in dit artikel opgenomen sociale bescherming, sociale samenhang en solidariteit. Art. 3 EG somt de activiteiten op ter realisering van de doelstellingen van art. 2 EG. In art. 3 lid 1 sub p EG committeert de communautaire wetgever zich tot het leveren van een bijdrage tot het verwezenlijken van een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid.

Een nadere uitwerking van volksgezondheid als communautair beleidsterrein vinden we in Titel XIII (art. 152 EG). In art. 152 lid 2 moedigt de Gemeenschap samenwerking tussen de lidstaten op het vlak van gezondheidszorg aan en steunt hen in hun optreden. De Commissie kan, in nauw contact met de lidstaten, alle dienstige initiatieven nemen om de coördinatie tussen de lidstaten op het terrein van volksgezondheidsbeleid te bevorderen. Lid 2 bepaalt echter ook dat het optreden van de EG louter een aanvulling vormt op het nationale beleid van de lidstaten.

Art. 152 lid 5 voegt hier aan toe dat bij het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig worden geëerbiedigd.¹⁶ De EG

15 Zie G. Messiaen, 'Neen aan het Europees statuut van het ziekenfonds', beschikbaar via <<http://www.liberales.be>>.

16 Op dit moment is de harmonisering op het vlak van gezondheidszorg in de Gemeenschap beperkt tot technische vereisten voor geneesmiddelen. In feite is deze EG-regeling gericht op producteisen ter bescherming van de consument (en wel in het veld van de geneesmiddelenbranche). Zie Vo. 2309/93 van de Raad van 22 juli 1993 tot vaststelling van communautaire procedures voor het verlenen van vergunningen voor en het toezicht op geneesmiddelen voor menselijk en diergeneeskundig gebruik en tot oprichting van een Europees Bureau voor de geneesmiddelenbeoordeling, *Pb.* 1993, L 214/1. Met deze Verordening is het mogelijk om een vergunning voor de gehele Gemeenschap te verkrijgen.

dient zich dus terughoudend op te stellen in haar regelgevend optreden op dit gebied.¹⁷

Het belang van volksgezondheid wordt nog eens onderstreept door de aanwezigheid van art. 35 in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie,¹⁸ dat het recht op toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging omschrijft. Art. II-95 van de Grondwet voor Europa deed hetzelfde in de verworpen constitutie. Anderzijds was in art. I-17 van de niet-ingevoerde Grondwet voor Europa¹⁹ de bescherming en verbetering van de volksgezondheid opgenomen bij de gebieden ten aanzien waarvan de EU slechts een ondersteunende, aanvullende en coördinerende rol heeft.²⁰

Het EU-Hervormingsverdrag verklaart het Handvest van de Grondrechten verbindend voor de Unie.²¹ Het Hervormingsverdrag wijzigt voorts art. 152 EG, en vervangt lid 5 door de volgende bepaling:

"Het optreden van de Unie eerbiedigt de verantwoordelijkheden van de lidstaten met betrekking tot de bepaling van hun gezondheidsbeleid, alsmede de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging. De verantwoordelijkheden van de lidstaten omvatten het beheer van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging, alsmede de allocatie van de daaraan toegewezen middelen."²²

Nieuw aan deze gewijzigde bepaling is de passage dat de allocatie van middelen wat betreft het beheer van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging tot de verantwoordelijkheden (én bevoegdheden) van de lidstaten behoort. Men kan zeggen dat hiermee nogmaals wordt benadrukt

17 Zie ook Mortelmans 2005b, p. 410, die uit een rechtspraakanalyse dezelfde conclusie trekt.

18 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.* 2000, C 364/1, vanaf de datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon vervangen door het herziene Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.* 2007, C 303/1.

19 Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa (Verdrag van 29 oktober 2004), *Pb.* 2004, C 310/1.

20 Alleen wanneer het gaat om gemeenschappelijke veiligheidsvraagstukken op het gebied van volksgezondheid, had de EU op basis van art. I-14 Grondwet voor Europa een met de lidstaten gedeelde directe bevoegdheid.

21 Zie Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1, art. 1 sub 8.

22 Zie Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb.* 2007, C 306/1, art. 2 sub 127. In het hertitelde EG-Verdrag (i.e. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) wordt art. 152 uiteindelijk vernummerd tot art. 168.

dat de lidstaten de touwtjes in handen hebben waar het gaat om de financierings- en organisatiestructuur van hun zorgstelsel. Wellicht inspireert deze bepaling de Gemeenschapsrechter om ook in de toekomst terughoudend te blijven in zijn toetsing van nationale zorgzaken onder het economische EG-recht.²³

Bij de huidige stand van het Europese recht is de Gemeenschap dus niet bevoegd om het stelsel van gezondheidszorg van de lidstaten te harmoniseren. Lidstaten hebben hun soevereiniteit grotendeels bewaard op het gebied van de volksgezondheid:²⁴ de beslissingsmacht over de organisatie- en financieringsstructuur van de gezondheidszorg berust primair op lidstatelijk niveau. Deze beslissingsmacht is overigens niet onbegrensd. Het EG-recht stelt wel degelijk randvoorwaarden en nadere voorschriften, waaraan de nationale wetgever en de spelers in het (zorg)veld zich dienen te houden. Zowel het primaire als het secundaire Gemeenschapsrecht is dan ook van grote invloed op de nationale zorgsectoren.

Bij het primaire EG-recht krijgen nationale zorgstelsels te maken met verbodsbepalingen uit het vrij verkeer van goederen, van werknemers, van diensten (en vestiging) en van kapitaal.²⁵ Het mededingingsrecht is van belang als 'grenzensteller' in de zorgsector door middel van het kartelverbod en het verbod op misbruik van machtspositie, maar ook via het staatssteun- en aanbestedingsregime. Dit hoofdstuk richt zich op de toepassing van de eerste twee mededingingsrechtelijke verboden.

In art. 152 lid 1 EG is een volksgezondheid-integratiebeginsel opgenomen, dat voorschrijft dat bij de bepaling en uitvoering van elk beleid en optreden van de Gemeenschap een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid wordt verzekerd. Bescherming van de gezondheid

23 Opvallend is dat de formule van het nieuwe lid 5 ("de allocatie van [...] middelen") nauw aansluit bij de terminologie van het mededingingsrecht. In de bepaling zijn het de lidstaten die deze allocatie nader vorm (mogen) geven.

24 Op enkele 'nicheterreinen' na dan. Art. 152 lid 4 EG vermeldt enige onderwerpen waarop de EG wel mag harmoniseren, zoals kwaliteits- en veiligheidseisen voor organen, stoffen van menselijke oorsprong en bloederivaten.

25 Vooral de verbodsbepalingen van het vrij verkeer van diensten zijn belangrijk (gebleken) voor de zorgsector. Denk aan arresten als zaak C-158/96, Raymond Kohll t. Union des caisses de maladie, *Jur.* 1998, I-1931; zaak 120/95, Nicolas Decker t. Caisse de maladie des employés privés, *Jur.* 1998, I-1831; zaak C-157/99, Geraets-Smits t. Stichting Ziekenfonds VGZ en Peerbooms t. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, *Jur.* 2001, I-5473; zaak C-385/99, Müller-Fauré t. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen en Van Riet t. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, *Jur.* 2003, I-4509. Zie voor een arrest waarin het vrij verkeer van goederen centraal stond: zaak 238/82, Duphar t. Nederland, *Jur.* 1984, 523.

komt ook terug in art. 153 EG, dat zich richt op consumentenbescherming en daartoe een eigen integratiebeginsel bevat (zie art. 153 lid 1 en 2 EG).

Het is de vraag of en in hoeverre deze communautaire bepaling enige (meetbare) invloed kan uitoefenen bij de toepassing van bepaalde excepties op de communautaire verbodsartikelen van het vrijverkeers- en mededingingsrecht, in geval volksgezondheidsbelangen in het geding zouden komen door toepassing van deze verboden.

Bij deze excepties kan men denken aan art. 86 lid 2 EG, dat diensten van algemeen economisch belang onder bepaalde voorwaarden vrijwaart van de toepassing van het vrijverkeers- en mededingingsrecht. De diversiteit aan zorgstelsels in de lidstaten en de specifieke kenmerken van elk van hen, bevorderen een uniforme uitleg van de exceptie van art. 86 lid 2 in de zorgsector op zich niet. Toch probeert de Commissie in haar beleidsinitiatieven meer duidelijkheid te scheppen over de rol van de dienst van algemeen economisch belang (DAEB) in de zorgsector.²⁶

1.2.2. Secundair EG-recht inzake volksgezondheid

De Gemeenschap mag dan weinig directe regelgevende bevoegdheden hebben op het gebied van volksgezondheid, dit neemt niet weg dat zij langs de band van andere communautaire competenties ter uitvaardiging van secundair recht dit beleidsterrein wel degelijk kan bereiken. Zo biedt art. 95 EG vaak een basis²⁷ – de interne markt is nu eenmaal een breed interpreteerbaar begrip.²⁸ Bovendien vermeldt art. 95 lid 3 dat de Commissie bij haar harmonisatievoorstellen uitgaat van een hoog beschermingsniveau op het vlak van de volksgezondheid.

Een ongelimiteerde mogelijkheid tot het uitvaardigen van communautaire wetgeving biedt art. 95 EG echter niet. Zo heeft de Gemeenschapsrechter aangegeven dat de EG-wetgever volksgezondheid zeker mee mag nemen als objectief in richtlijnen, zolang art. 95 EG maar niet wordt gebruikt voor de uitvaardiging van een regeling teneinde het gebrek aan directe bevoegdheden op het vlak van volksgezondheid te omzeilen.²⁹

²⁶ Hierover meer in Paragraaf 1.2.3 van dit hoofdstuk

²⁷ Art. 95 EG bevat de rechtsgrondslag voor harmonisatie van wetgeving betreffende de interne markt. Voor deze bepaling geldt de besluitvormingsprocedure van art. 251 EG, waarin de Raad beslist bij gekwalificeerde meerderheid.

²⁸ Denk verder aan art. 42 EG, art. 52 EG en art. 308 EG als rechtsbases voor richtlijnen en verordeningen.

²⁹ Zie zaak C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, *Jur.* 2000, I-8419, over het ontbreken van een rechtsgrondslag in art. 95 EG voor een richtlijn over reclame en sponsoring van tabaksproducten. Al zijn er zeker ook 'tabakszaken' waarin het Hof van Justitie de Gemeenschap wel bevoegd achtte om op basis van art. 95 EG

Via de band van positieve integratie is desniettemin een keur aan regels van kracht die doorwerken in de nationale zorgstelsels. Zo zijn de opleidingseisen voor artsen en ander medisch personeel reeds lange tijd geharmoniseerd.³⁰ Op het vlak van patiënten-grondrechten zijn van belang de Richtlijn bescherming persoonsgegevens³¹ en de Richtlijn proeven bij mensen met geneesmiddelen.³²

Aan de financieringszijde van de zorgsector kan men denken aan de Transparantierichtlijn prijsstelling geneesmiddelen.³³ Aan de (zorg)verzekeringskant kan men denken aan de Schadeverzekeringrichtlijnen betreffende het directe verzekeringsbedrijf.³⁴ De Schadeverzekeringrichtlijnen stellen voorwaarden aan de regulering door lidstaten van polisvoorwaarden van (schade)verzekeraars. De doelstelling van de Schadeverzekeringrichtlijnen is de harmonisatie van gelijke concurrentievoorwaarden voor verzekeringsondernemingen binnen de EG en de bescherming van verzekerden. In het nieuwe Nederlandse zorgstelsel wil het kabinet het verzekeren van zorgbehandelingen overlaten aan privaatrechtelijke zorgverzekeraars. Een zorgverzekering wordt daarmee in feite een schadeverzekering voor zorgbehandelingen. Toch zal de Nederlandse overheid scherpe publiekrechtelijke waarborgen instellen via het uitvaardigen van wettelijke voorwaarden aan de verzekeringen. De particuliere (zorg)verzekeringsmarkt krijgt dan te maken met nationale voorschriften als de acceptatie-

maatregelen te nemen die de volksgezondheid mede beschermen. Zie bijvoorbeeld zaak C-491/01, *British American Tobacco*, *Jur* 2002, I-11453

- 30 Zie Richtlijn 2005/36 van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, *Pb* 2005, L 255/22, die de volgende secundaire regelgeving absorbeert: Richtlijn 93/16, *Pb* 1993, L 165/1 (artsen en specialisten), Richtlijn 78/686 en 78/687, *Pb* 1978, L 233/1 en 10 (tandartsen), Richtlijn 80/154 en 80/155, *Pb* 1980, L 33/1 en 8 (verloskundigen), Richtlijn 85/432 en 85/433, *Pb* 1985, L 253/34 en 37 (apothekers), Richtlijn 77/452 en 77/453, *Pb* 1977, L 176/1 en 8 (ziekenverplegers)
- 31 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *Pb* 1995, L 281/31
- 32 Richtlijn 2001/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de toepassing van goede klinische praktijken bij de uitvoering van klinische proeven met geneesmiddelen voor menselijk gebruik, *Pb* 2001, L 121/34
- 33 Richtlijn nr 89/105/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opnemingen daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg, *Pb* 1989, L 40/8
- 34 Eerste Richtlijn Schadeverzekering 73/239/EEG, *Pb* 1973, L 228/3, Tweede Richtlijn Schadeverzekering 88/357/EEG, *Pb* 1988, 172/1, Derde Richtlijn Schadeverzekering 92/49/EEG, *Pb* 1992, L 228/1

plicht en het verbod op risicoselectie. Over de vraag of dit type regels in strijd kan komen met de Schadeverzekeringrichtlijnen is veel te doen geweest in literatuur en politiek.³⁵

De Gemeenschap is al lange tijd regelgevend actief op het vlak van de sociale zekerheid en het grensoverschrijdend verkeer van EU-burgers. De richtlijnen en verordeningen die in dit kader van kracht zijn, raken ook aan het domein van de gezondheidszorg. Zo coördineert de Sociale Zekerheidsverordening (Vo. 1408/71) de socialezekerheidsregelingen van de lidstaten wat betreft verstrekkingen aan werknemers en zelfstandigen, alsmede hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.³⁶ Uitgangspunt is dat een burger, die in een andere lidstaat dan het woonland werkt, bij ziekte aanspraken heeft op zorgverlening conform de verstrekkingen in het land van verblijf; behandeling is gelijk aan die voor de onderdanen van het gastland.³⁷ Vo. 883/04 vervangt Vo. 1408 en handelt (wederom) over de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels.³⁸ Een deel van de rechtspraak van het Hof van Justitie over patiëntenmobiliteit is in deze Verordening verwerkt.

Daarnaast heeft de Commissie lang gewerkt aan een speciale richtlijn over patiëntenrechten in de grensoverschrijdende gezondheidszorg.³⁹

35 Zie over de toepassing van de Schadeverzekeringrichtlijnen op het (nieuwe) Nederlandse zorgverzekeringsbestel Drijber & De Groot 2002, Van de Gronden 2004a, p 20-32 en 115-120, Houdijk 2004, p 186-188. Zie verder de Brief van minister Hoogervorst aan Europees Commissaris Bolkestein van 8 oktober 2003, kenmerk DWJZ-2418668; de Brief van Europees Commissaris Bolkestein aan minister Hoogervorst van 25 november 2003, kenmerk CAB/PvB/D(03)0848, de Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer van 19 december 2003, *Kamerstukken II* 2003-2004, 23 619, nr 20, de opmerkingen van minister Hoogervorst in het hoofdlijnen debat van de Tweede Kamer over het zorgstelsel van 15 april 2004, *Handelingen Tweede Kamer* 2003-2004, nr. 67, p 4395. Zie ook de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over het vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf, *Pb* 2000, C 43/5, par II.

36 Vo 1408/71/EEG van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, *Pb* 1971, L 149/2, *Pb* 1997, L 28/1 (geconsolideerde versie). De Verordening is uitgevaardigd op basis van art 42 EG (vrij verkeer van werknemers) en art 308 EG. De Verordening is gericht op de coördinatie van nationale wetgevingen op het terrein van de sociale zekerheid (waaronder ook ziektekostenutkeringen vallen).

37 Zie Roscam Abbing 2001, p 374.

38 Vo 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *Pb* 2004, L 166/1. Zie voor een nadere beschouwing van het wijzigingsproces rond Vo 1408/71 en de totstandkoming van de nieuwe Vo 883/2004 Pennings 2005, p 106-116.

39 De Commissie ging hierbij uit van drie principes. "Firstly, it is up to the member state providing medical treatment to secure and monitor its quality and safety standards

De komst van deze richtlijn heeft, net zoals de Dienstenrichtlijn al eerder deed, voor de nodige commotie gezorgd in de lidstaten en het Europees Parlement. Ook binnen de Commissie zelf bestond lange tijd geen overeenstemming over het voorstel,⁴⁰ maar nu ligt het er dan toch.⁴¹

De Dienstenrichtlijn⁴² zou van grote invloed kunnen zijn op de nationale zorgstelsels, ware het niet dat gezondheidszorg is uitgezonderd van toepassing van deze richtlijn. Uitgangspunt van de regeling is dat dienstverleners hun diensten onbelemmerd in een andere lidstaat mogen verrichten. Op dit uitgangspunt zijn een aantal excepties aangebracht in de richtlijn, o.a. door de reikwijdte van de regeling zelf te beperken ten aanzien van bepaalde sectoren. Gezondheidszorg is één van deze sectoren.⁴³

De uitvaardiging van een speciale groepsvrijstelling voor de zorg in het mededingingsrecht,⁴⁴ lijkt vooralsnog een stap te ver. Hiervoor biedt de Europeesrechtelijke jurisprudentie nog te weinig richting, en lijken de zorgstelsels in de lidstaten ook wel erg divers. Wel heeft de Commissie gebruik gemaakt van de mogelijkheid om via de band van het begrip 'dienst van algemeen economisch belang', dat o.a. doorklinkt in art. 86 lid 2, nader

for all patients. Secondly, the home country of a patient should cover the costs of healthcare provided in another EU state, up to a certain level. And finally, all national authorities are required to set up national contact points for providing information to patients on cross-border healthcare, with their form and numbers to be decided by individual member states." Zie *EUObserver*, 19 december 2007, 'Brussels postpones landmark bill on EU cross-border health care until 2008'. Vgl. in dit kader ook het Persbericht van de Europese Commissie van 9 december 2003, *Grensoverschrijdende gezondheidszorg: ministers van Volksgezondheid en maatschappelijke organisaties wensen nauwere samenwerking*, IP/03/1678.

40 Zie *EUObserver*, 7 februari 2008, 'EU health bill faces indefinite delay'; *EUObserver*, 10 januari 2008, 'EU health bill pulled amid national and MEP criticism'; *EUObserver*, 19 december 2007, 'Brussels postpones landmark bill on EU cross-border health care until 2008'; *EUObserver*, 1 april 2008, 'New commissioner pledges to tackle disputed EU health bill'.

41 Europese Commissie, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, 2 juli 2008, COM(2008) 414fin.

42 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006, L 376/36. Deze regeling is nader uitgewerkt in een Handboek van de Commissie voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 2007.

43 Zie art. 2 lid 2 sub f van Richtlijn 2006/123/EG. Zie ook overweging 22 van de considerans: "Het uitsluiten van de werkingssfeer van deze richtlijn van de gezondheidszorg dient te omvatten: medische en farmaceutische diensten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren."

44 Zie Hatzopoulos 2005, p. 168.

beleid uit te vaardigen dat ook van invloed kan zijn op de zorgsector. Deze regelgevende activiteiten behoren echter tot de categorie 'soft law'.

1.2.3. *Soft law inzake volksgezondheid en toekomstige Verdragsbepalingen*

De Commissie houdt zich intensief bezig met de toekomst van de gezondheidszorg in de lidstaten van de EG.⁴⁵ De rechtspraak inzake het vrij verkeer van diensten heeft zijn sporen nagelaten in de zorgsector, specifiek waar het gaat om de patiëntenmobiliteit tussen de lidstaten.⁴⁶ De Commissie is op deze jurisprudentie ingehaakt, en heeft een mededeling uitgevaardigd over de mobiliteit van patiënten.⁴⁷ Het perspectief van de Commissie is overigens breder: zo richt zij zich ook op de ontwikkeling van de gezondheid en medische dienstverlening in Europa.⁴⁸ Hiertoe heeft zij de afgelopen jaren actieprogramma's⁴⁹ en aanbevelingen⁵⁰ ingezet.

45 Zie hierover Stergiou 2007, p. 238-245.

46 Denk aan arresten als zaak C-158/96, Raymond Kohll t. Union des caisses de maladie, *Jur.* 1998, I-1931; zaak 120/95, Nicolas Decker t. Caisse de maladie des employés privés, *Jur.* 1998, I-1831; zaak C-157/99, Geraets-Smits t. Stichting Ziekenfonds VGZ en Peerbooms t. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, *Jur.* 2001, I-5473; zaak C-385/99, Müller-Fauré t. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen en Van Riet t. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, *Jur.* 2003, I-4509.

47 Commissiedocument COM/2004/301 def., Mededeling van de Commissie van 20 april 2004 met een Follow-up van het denkproces op hoog niveau over de mobiliteit van patiënten en de ontwikkelingen in de gezondheidszorg in de Europese Unie.

48 Commissiedocument COM/2004/304 def., Mededeling van de Commissie van 20 april 2004 betreffende Modernisering van de sociale bescherming voor de ontwikkeling van hoogwaardige, toegankelijke en duurzame gezondheidszorg en langdurige zorg: steun aan de nationale strategieën door middel van de "open coördinatiemethode"; Commissiedocument SEC (2006), 1195/4, Mededeling van de Commissie van 26 september 2006 met een Raadpleging over communautaire maatregelen op het gebied van gezondheidsdiensten; Summary report of the responses to the consultation regarding 'Community action on health services' of 26 September 2006, European Commission, SEC (2006) 1195/4.

49 Besluit nr. 1350/2007/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 tot vaststelling van een tweede communautair actieprogramma op het gebied van gezondheid (2008-2013), *Pb.* 2007, L 301/3. Zie wat betreft het totstandkomingsproces van dit besluit: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's van 6 april 2005, COM(2005) 115 def., Voorstel voor een besluit van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een communautair actieprogramma op het gebied van gezondheid en consumentenbescherming (2007-2013); Gewijzigd voorstel van 24 mei 2006 voor een besluit van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een communautair actieprogramma op het gebied van gezondheid, COM(2006) 234 def.

50 Recommendations on Health and EU Social Policy of December 2003, EU Health Policy Forum, Brussels. Sleutelwoorden in deze aanbevelingen zijn: (i) Accessibility; (ii) Equity in health; (iii) Health promotion; (iv) Resources to health.

Over de 'dienst van algemeen economisch belang' is al jaren veel te doen in Europa. Aangezien deze term een sleutelbegrip vormt bij de toepassing van art. 86 lid 2 EG, staat zijn juridische waarde buiten kijf. Maar ook politiek gezien heeft de term een grote impact, vooral in discussies over de reikwijdte van de Europese marktregels ten opzichte van sociale verworvenheden in de lidstaten. In het Europees Parlement staat de status van de sociale voorzieningen van de lidstaten onder het Europese recht regelmatig op de agenda, evenals het vraagstuk in hoeverre het Europese recht nationale DAEB's in hun bestaan zou mogen beperken. Ook NGO's en andere particuliere organisaties houden zich met dit onderwerp bezig, evenals nationale parlementen.

De Commissie achtte het nuttig om een systematisch overzicht op te stellen van de specifieke karakteristieken van sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten en het kader waarin deze diensten worden uitgevoerd.⁵¹ Uiteindelijk heeft dit initiatief een Mededeling over Sociale diensten van algemeen belang in de EU opgeleverd,⁵² gevolgd door een Mededeling over Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang.⁵³ In deze laatste mededeling is een aparte paragraaf (kort) gewijd aan gezondheidsdiensten.⁵⁴ Tevens heeft de Commissie in deze mededeling een overzicht gegeven van de doelstelling en beginnelen van (de organisatie van) sociale diensten.⁵⁵ Als kenmerken van de sociale dienst worden hier o.a. genoemd (i) het vervullen van een preventieve en sociaal samenhangende opdracht voor de gehele bevolking, onafhankelijk van vermogen of inkomen; (ii) een diversiteit aan gebruikers, waartoe zeker ook kwetsbare groepen behoren; (iii) een asymmetrische,

51 Zie het Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2004) 374, par. 4.4. De Commissie geeft in het Witboek aan dat het formuleren van de doelstellingen van sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten een bevoegdheid van de lidstaten (en dus een zaak van de nationale politiek is), maar dat Gemeenschapsregels een sterke invloed kunnen hebben op de instrumenten waarmee deze voorzieningen aangeboden en gefinancierd worden. Wanneer bij deze instrumenten marktwerking zit, opent dat de weg naar de toepassing van het EG-mededingingsrecht.

52 Mededeling Commissie van 26 april 2006 inzake Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, COM/2006/177 def.

53 Mededeling Commissie van 20 november 2007 inzake Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement, COM(2007) 725 def.

54 Mededeling Commissie van 20 november 2007 inzake Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement, COM(2007) 725 def., par. 2.4.

55 Mededeling Commissie van 20 november 2007 inzake Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement, COM(2007) 725 def., par. 2.3.

non-commerciële relatie tussen dienstverlener en begunstigde; (iv) een keuze voor op specifieke lokale situaties toegesneden oplossingen.

Al te veel licht in de duisternis van diensten van algemeen belang en in het bijzonder gezondheidsdiensten scheppen bovenvermelde Mededelingen overigens niet: zo ontbreken expliciete aanwijzingen over de waarde van gezondheidsbelangen afgezet tegenover vrijverkeers- en mededingingsbelangen. De Mededelingen blijven vrij algemeen; scherpe keuzes worden niet gemaakt. Gezien de politieke gevoeligheid van het onderwerp is dit niet verbazingwekkend.

Hetzelfde kan gezegd worden van het Protocol betreffende de diensten van algemeen belang bij het Verdrag van Lissabon,⁵⁶ waarop de Commissie zich momenteel richt,⁵⁷ en dat wederom een kader schetst voor sociale diensten.⁵⁸ Lidstaten zijn onder het Protocol in ruime mate bevoegd om diensten van algemeen economisch belang te (doen) verrichten. Verder formuleert het Protocol een aantal gedeelde waarden wat betreft dit soort diensten: diversiteit in DAEB's en verschillen in behoeften en voorkeuren van de gebruikers; een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en toegankelijkheid; gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker.

Hoe mooi deze uitgangspunten ook klinken, feit is dat de lidstaten gehouden zijn en blijven om zich binnen de grenzen van de Europese Verdragen te bewegen. Een vrijwaring van de toepassing van het communau-

56 Zie het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb* 2007, C 306/1, negende Protocol betreffende de diensten van algemeen belang

57 Zie Mededeling Commissie van 20 november 2007 inzake Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang een nieuw Europees engagement, COM(2007) 725 def, par 3

58 Zie het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *Pb* 2007, C 306/1, negende Protocol betreffende de diensten van algemeen belang Art 1 luidt "De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 14 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie omvatten met name (i) de essentiële rol en de ruime bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers, (ii) de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden, (iii) een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en toegankelijkheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker" Art 2 luidt "De bepalingen van de Verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren"

taire vrijverkeers- en mededingingsrecht levert het Protocol dan ook niet op voor diensten van algemeen economisch belang (waaronder gezondheidsdiensten). Wellicht dat het Protocol lidstaten de mogelijkheid geeft om het bestaan van bepaalde nationale maatregelen te rechtvaardigen en ze aldus uit te zonderen van de werking van de antitrustverboden – uiteraard enkel indien deze maatregelen een bijzondere taak toevertrouwen aan ondernemingen én deze actoren dwingen om rekenschap te geven van de in het Protocol opgesomde gedeelde waarden.

1.3. Het wettelijk kader van de Nederlandse gezondheidszorg

1.3.1. De zorgmarkten en hun specifieke regelgeving

Lidstaten hebben in principe onder het Europese recht de bevoegdheid om hun sociale zekerheidssystemen naar eigen inzicht te organiseren.⁵⁹ Dit geldt ook voor het Nederlandse systeem van volksgezondheid: niet alleen wat betreft de financierings- en verzekeringskant, maar ook wat betreft de structuur van de zorgverlening zelf.

De Nederlandse zorgsector bestaat uit verschillende segmenten. Allereerst zijn daar de medische dienstverleners zelf: ziekenhuizen en zelfstandig gevestigde behandelaars leveren intra- respectievelijk extramurale zorg. Naast de eigenlijke medische zorg bestaat een eigenstandig financierings- en verzekeringssegment. De gezondheidszorg in Nederland wordt bekostigd via verschillende verzekeringsvormen, overheidssubsidies en directe betalingen door patiënten. De verzekeringsmethodiek heeft voorts voor een derde 'markt' gezorgd in Nederland, en dat is het segment van de zorgcontractering.⁶⁰

De Nederlandse zorgsector bestaat globaal dus uit drie markten. Op de zorgmarkt verlenen zorgaanbieders zorg aan patiënten en andere zorgvragers. Op de zorgverzekeringsmarkt bieden zorgverzekeraars aan verzekerden hun verzekeringsproduct aan. Op de zorginkoopmarkt kopen zorgverzekeraars ten behoeve van hun verzekerden zorg in.⁶¹

59 Zie zaak 238/82, Duphar t. Nederland, *Jur.* 1984, 523, r.o. 16, en gev. zaken C-159 en 160/91, Poucet en Pistre, *Jur.* 1993, I-637, r.o. 6. Zie ook Temple Lang 2005, p. 47.

60 Deze zorginkoopmarkt is ontstaan in Nederland omdat de zorgverzekeraars niet slechts borg staan voor de vergoeding van zorgdiensten, maar die zorgdiensten vaak ook zelf voor hun verzekerden inkopen. Zie hier het stelsel van zorg in natura. Zorgverzekeraars betalen in deze opzet niet slechts een zorgbehandeling die de verzekerde zelf maar moet zien te regelen, maar bieden de verzekerde de behandeling als het ware aan. In het kader van de inkoop van zorg voeren de verzekeraars onderhandelingen met de zorgverleners over o.a. de prijs en kwaliteit van de behandelingen.

61 Zie Lapré, Rutten & Schut 2001, p. 180-182, en Van de Gronden 2001b, p. 268.

De Nederlandse zorgsector heeft in 2006 een revolutie doorgemaakt aan de verzekeringskant. Met de nieuwe Zorgverzekeringswet is een geheel hervormd assurantiestelsel in werking getreden. De Zorgverzekeringswet is in een proces van jaren, en niet zonder slag of stoot, tot stand gekomen.⁶² Het nieuwe verzekeringstelsel kenmerkt zich door afschaffing van de vermaarde ziekenfondssystematiek en de introductie van meer marktwerking. Uitgangspunt in het huidige stelsel is een privaatrechtelijke verzekering voor iedereen, met overigens sterke publiekrechtelijke waarborgen. Ook aan de zorgverleningkant wordt meer en meer ruimte geboden voor commercieel initiatief. Het (verder) liberaliseren van dit segment zal zijn beslag krijgen in de jaren tot 2012.

De wetgever kan via wetten van diverse aard de speelruimte bepalen voor de verschillende actoren in de zorg. Deze actoren dienen er rekening mee te houden dat de ruimte die hun gelaten wordt door genoemde wetten voor 'marktactiviteiten', bestreken wordt door het Europese en Nederlandse mededingingsrecht.

De organisatie van de sector van zorgverlening en medische dienstverlening wordt nader gereguleerd door een groot aantal wetten, algemene maatregelen van bestuur en beleidsregels. De Nederlandse overheid gebruikt de volgende wetten als sturingsmechanisme voor de bekostiging en organisatie van de zorgsector: (1) de Zorgverzekeringswet (Zvw),⁶³ die de Ziekenfondswet (ZFW) vervangen heeft; (2) de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ),⁶⁴ die aan modernisering(splannen) onderhevig is; (3) de Wet marktordening gezondheidszorg (WMG),⁶⁵ als opvolger van de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG); en (4) de Wet toelating zorginstellingen (WTZi),⁶⁶ die de plaats heeft ingenomen van de Wet Ziekenhuisvoorzieningen (WZV).

62 Zie voor het verloop van de discussies het hoofdlijnen debat van de Tweede Kamer over het zorgstelsel van 15 april 2004, *Handelingen Tweede Kamer* 2003-2004, nr 67, p 4363-4411

63 Wet van 16 juni 2005, houdende regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet), *Stb* 2005, 358

64 Wet van 14 december 1967, houdende algemene verzekering bijzondere ziektekosten (AWBZ), *Stb* 1967, 617

65 Wet van 7 juli 2006, houdende regels inzake marktordening, doelmatigheid en beheerste kostenontwikkeling op het gebied van de gezondheidszorg (Wet marktordening gezondheidszorg), *Stb* 2006, 415

66 Wet van 20 oktober 2005 tot vereenvoudiging van het stelsel van overheidsbemoeienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet toelating zorginstellingen), *Stb* 2005, 571

In het jaar 2006 hebben een groot aantal modificaties in de zorgwetgeving plaatsgevonden, waaronder de hierboven vermelde wetsopvolgingen. Deze herzieningsoperatie geeft vorm aan een nog immer voortgaande stelselverschuiving van planningsmodel naar markt georiënteerd model.

De zorgverzekeringsmarkt heeft altijd bestaan uit drie compartimenten,⁶⁷ en doet dat eigenlijk nog steeds. Er is een compartiment aan zorg, dat onverzekerbaar wordt geacht volgens het marktpincipe (hiervoor heeft altijd de AWBZ gegolden).⁶⁸ Er is een tweede compartiment dat bestaat uit een vast pakket aan medische diensten, waarbij sprake is van een mengvorm van overheidsregelgeving en concurrentie (hierin speelt de Zvw een rol).⁶⁹ En er is een derde compartiment van aanvullend verzekerde zorg waarin volgens marktpincipes (aanvullende) verzekeringen worden aangeboden.

In de hierna volgende paragrafen worden de verschillende wetten aan een korte beschouwing onderworpen.

1.3.2. *De oude Ziekenfondswet*

De zorgassurantiemarkt in Nederland kende tot 2006 een 'dual' bestel van publiek- en privaatrechtelijke ziektekostenverzekeringen.⁷⁰ Tweederde van de bevolking was verplicht verzekerd in een publiekrechtelijke ziektekostenverzekering, geregeld in de Ziekenfondswet uit 1964. De ziekenfondsverzekering had overigens ook privaatrechtelijke kenmerken. Zo was de uitvoering van deze verzekering in handen van private lichamen (die door de overheid waren toegelaten als ziekenfonds). De ziekenfondsen sloten voorts zelf contracten af met zorgaanbieders. Eenderde van de bevolking was privaatrechtelijk verzekerd tegen ziektekosten. Schadeverzekeraars uit Nederland en andere lidstaten boden hiertoe (commerciële) ziektekostenverzekeringen aan.⁷¹

Een verschil tussen de oorspronkelijke ziekenfondsen en de particuliere zorgverzekerders was dat de ziekenfondsen geen winstoogmerk

67 Zie Van de Gronden & Mortelmans 2003, p. 471, en Van de Gronden 2001b, p. 267 en 268.

68 Vooral deel uitmakend van de *care*-sector van langdurige, op verzorging en verpleging gerichte zorg.

69 Deel uitmakend van de *cure*-sector van vaak kortdurende, op genezing gerichte zorg (denk aan medische hulp en ziekenhuisopnamen).

70 Zie voor een beknopte beschrijving van de historische ontwikkeling van het Nederlandse zorgstelsel: Hamilton 2005, p. 412-415.

71 Zie p. 2 van de Brief van Minister Hoogervorst aan Europees Commissaris Bolkestein van 8 oktober 2003, kenmerk DWJZ-2418668.

mochten hebben en de particuliere verzekeraars wel.⁷² De onmogelijkheid van een winstootslag weerhield de ziekenfondsen er overigens niet van om met commerciële middelen te opereren in de zorgmarkt.⁷³ De Nederlandse wetgever had daartoe ook ruimte geschapen voor de ziekenfondsen.

De oude ZFW en de AWBZ legden het recht op medische hulp vast. Bij de uitvoering van deze wetten stonden zorgaanbieders van patiënten ten aanzien van de in het veld actieve zorgaanbieders centraal. De betaling van de zorgovereenkomsten verliep voor een groot gedeelte via de ziekenfondsverzekeraars. De ziekenfondsen dienden zich te houden aan wettelijke eisen betreffende de toegang tot de verzekering (en daarmee *de facto* tot de zorg), solidariteit, premies en dergelijke. Zo mochten zij de inschrijving als ziekenfondsverzekerde niet weigeren aan mensen van wie zij dachten dat ze een verhoogd behandelrisico met zich mee zouden dragen (de zogenaamde acceptatieplicht). De ziekenfondsverzekeraars hadden wel de mogelijkheid van premie- en pakketdifferentiatie, voor zover niet gebaseerd op risicoselectie. Zij mochten ook aanvullende verzekeringen aanbieden boven op het wettelijk voorgeschreven basispakket.

De normen die de ZFW stelde, combineerden marktwerking met solidariteit bij de uitvoering van de publiekrechtelijke verzekering – er was sprake van (zwaar) gereguleerde marktwerking.

Naast de verzekeringen die voortvloeiden uit de bovenstaande twee wetten, waren er zoals gezegd particuliere ziektekostenverzekeringen voor mensen die niet (volledig) onder de werking van de twee wetten vielen en daar dus geen (volledige) rechten aan konden onttelen. Zij dienden een particuliere ziektekostenverzekering af te sluiten met een verzekeraar en deze verzekeringsovereenkomst kwam in principe tot stand volgens de beginselen van de vrije markt en in vrije concurrentie. Particuliere verzekeraars hadden bij de afsluiting van particuliere ziektekostenverzekeringen ook geen acceptatieplicht.⁷⁴ Zij konden dus een risicoselectie doorvoeren.

72 Zie art. 34 lid 3 sub b ZFW (oud). Ziekenfondsen mochten geen winst – in de zin van aan derden uitkeerbare gelden – beogen. Het Besluit financiering ziekenfondsen Ziekenfondswet regelde (in art. 4b en 10) de reservering van eventuele meeropbrengsten in een bepaald jaar ter dekking van toekomstige tekorten.

73 Zo deden ook ziekenfondsen aan reclame en sponsoring om klanten te werven.

74 De acceptatieplicht wil zeggen dat leeftijd, gezondheidssituatie en sociale omstandigheden geen grond mogen vormen voor de weigering van een persoon als verzekerde.

Voor mensen die door een zodanige selectie buiten de boot dreigden te vallen, was overigens een speciale wettelijke voorziening getroffen.⁷⁵

1.3 3. De Zorgverzekeringswet

De ZFW is inmiddels vervangen door een nieuwe wet, de Zorgverzekeringswet (Zvw).⁷⁶ Met deze nieuwe regeling bestaat vanaf 1 januari 2006 één basisverzekering tegen ziektekosten voor iedereen.⁷⁷ De wettelijke status van 'ziekenfonds' is met de stelselherziening afgeschaft. De Zorgverzekeringswet roept een verplichte private verzekering in het leven voor ingezetenen van Nederland. Private (eventueel op winst gerichte) verzekeringsondernemingen mogen de verzekering aanbieden. De Zvw gaat uit van een standaardpakket van noodzakelijke zorg. Daarboven mogen aanvullende verzekeringspakketten aangeboden worden door verzekeraars. De Zorgverzekeringswet is nader uitgewerkt in AMvB's en andere Koninklijke Besluiten,⁷⁸ en ministeriële regelingen.⁷⁹

In de markt bieden zorgverzekeraars dus een privaatrechtelijke zorgverzekering aan, die overigens met allerlei publiekrechtelijke waarborgen is omgeven. Met het nieuwe systeem beoogt de overheid één level

-
- 75 Het ging dan om personen die niet in aanmerking kwamen voor het ziekenfonds en geweigerd werden als verzekerde door particuliere verzekeraars. Voor hen was een vangnet aanwezig op basis van de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998, *Staatsblad* 1998, 438. Verder was nog van kracht het Tijdelijk besluit tegemoetkoming buitengewone uitgaven, *Staatsblad* 2004, 152, dat was bedoeld voor mensen met een laag inkomen en hoge ziektekosten (vanwege een chronische ziekte, handicap of ouderdom) die niet door een andere regeling of verzekering werden vergoed.
- 76 Voor een overzicht in vogelvlucht van de kernelementen van de Zorgverzekeringswet, zie Van Veen & Hamilton 2005, p. 80. "Kernelementen van de nieuwe Zorgverzekeringswet zijn: verzekeringsplicht voor de burgers, acceptatieplicht voor zorgverzekeraars, privaatrechtelijke zorgverzekeringsovereenkomsten tussen zorgverzekeraars en verzekerden, een door de overheid omschreven basispakket, maar ruimte voor eigen polisvarianten voor verzekeraars ('natura' of 'restitutie'), of een mix daarvan, onderscheiden niveaus van eigen risico's), (inkomensafhankelijke) werkgeversbijdragen, uitkeringen uit een vooral door deze bijdragen gevoed vereveningsfonds, vrijheid voor zorgverzekeraars bij verzekerden in rekening te brengen premies zelf vast te stellen, maar verbod op premiedifferentiatie naar risicoprofiel." In het verloop van deze paragraaf worden elementen uit deze opsomming nog nader aangesneden en uitgediept.
- 77 Vgl. Brief van de Minister en Staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer van 12 maart 2004, *Kamerstukken II* 2003-2004, 23 619, nr. 21.
- 78 Zie bijvoorbeeld het Besluit van 28 juni 2005, houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in de artikelen 11, 20, 22, 32, 34 en 89, van de Zorgverzekeringswet (Besluit zorgverzekering).
- 79 Zie bijvoorbeeld de Regeling van de Minister van VWS van 1 september 2005 houdende regels ter zake van de uitvoering van de Zorgverzekeringswet (Regeling zorgverzekering).

playing field te creëren voor alle zorgverzekeraars. Marktelementen moeten zorgen voor innovatiekracht, effectiviteit en een doelmatige uitvoering in de zorg, waardoor het oude systeem van aanbodsturing door de overheid meer en meer afgebouwd kan worden.⁸⁰ Bij een (volledig) privaatrechtelijk georganiseerd stelsel hebben de verzekeraars en zorgaanbieders in beginsel de regie over prijsstelling en capaciteitsplanning. De overheid kan daarbij sterke publiekrechtelijke waarborgen inbouwen, en zo komen tot geregleerde marktwerking.

De Zorgverzekeringswet bewerkstelligt dat de aangeboden verzekering een standaardpakket van noodzakelijke zorg dekt.⁸¹ De inhoud van dit pakket is grotendeels gelijk aan de verstrekkingen onder de oude Ziekenfondswet. Een verschil tussen de Zvw en de vorige wettelijke regeling is dat de Zorgverzekeringswet functiegerichte aanspraken op zorg formuleert. Deze figuur geeft, anders dan een voorzieningsgerichte omschrijving, niet aan welke persoon of instelling de betreffende zorg moet verlenen.⁸² Het is aan de zorgverzekeraar om met de verzekerde overeen te komen bij wie, en waar de verzekerde de zorg mag halen, of de verzekerde de zorg in natura verstrekt krijgt dan wel vergoeding van de kosten, alsmede aan welke procedurele voorwaarden moet zijn voldaan.⁸³ Deze ingreep in de wijze waarop het zorgverzekeringsstelsel functioneert, moet zorgen voor meer keuzemogelijkheden en meer concurrentieprikkels in het (zorg)veld.

80 Algera en Sluijs omschrijven het oude systeem van aanbodsturing als volgt. "Kern van het oude systeem, bekend als het stelsel van 'centrale aanbodsturing', bestond uit de (omgekeerde) contracteerplicht. Enerzijds waren de ziekenfondsen en AWBZ-uitvoeringsorganen verplicht om op verzoek binnen hun werkgebied met iedere instelling die dat wilde en die tot het wettelijk pakket behorende zorg kon verlenen, overeenkomsten te sluiten (contracteerplicht). Anderzijds diende deze instelling dezelfde overeenkomst te sluiten met andere ziekenfondsen en uitvoeringsorganen die dat wensten (omgekeerde contracteerplicht)." Daarnaast bepaalde de overheid ook nog het vestigingsbeleid van ziekenhuizen en ander zorginstellingen, en stelde zij maximumtarieven vast voor een aanvaardbare doorberekening van kosten tussen zorgaanbieders en -verzekeraars. Zie Algera & Sluijs 2007, p. 179.

81 Zie art. 11 Zvw en art. 2.1 tot en met 2.16a van het Besluit van 28 juni 2005, houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in de artikelen 11, 20, 22, 32, 34 en 89, van de Zorgverzekeringswet (Besluit zorgverzekering).

82 De keuzevrijheid van zorgverzekeraars om alleen overeenkomsten te sluiten met geselecteerde zorgaanbieders kan worden beperkt waar het gaat om specifieke zorgvormen. Conform art. 12 Zvw kunnen bij AMvB vormen van zorg of overige diensten worden aangewezen waarvoor de zorgverzekeraar met iedere instelling die binnen zijn werkgebied is gelegen op haar verzoek een overeenkomst sluit. Op deze wijze wordt vanuit het algemeen belang de distributie van bepaalde zorg aan de bevolking zeker gesteld. Zie Den Exter 2005a, p. 88 en 89.

83 Den Exter 2005a, p. 88.

Naast een verzekering die het wettelijke basispakket dekt, staat het burgers vrij om een aanvullende verzekering af te sluiten bij een zorgverzekeraar. Deze aanvullende verzekeringen missen de wettelijke waarborgen die van kracht zijn rondom het basispakket. Iedere geïnteresseerde moet in vrije onderhandeling met de verzekeraar (voor eigen rekening en verantwoording) tot een overeenkomst komen inzake de verstrekking van bepaalde additionele voorzieningen.⁸⁴

De overheid roept wat betreft het wettelijke basispakket een eigen risico in het leven voor verzekerden.⁸⁵ Deze publiekrechtelijke randvoorwaarde richt zich op het voorkomen van *moral hazard* (moreel risico) – het verschijnsel dat naarmate de verzekeringsdekking ruimer en beter is, men minder prikkels heeft om de omvang van de schade (c.q. de kosten van geconsumeerde zorgdiensten) te beperken. Met een eigen risico wordt ook roekeloos gedrag tegengegaan: de verzekerde voelt de zorgkosten van zijn medische behandeling immers (ook) in eigen portemonnee. Naast het wettelijk vastgestelde eigen risico, laat de Zvw de zorgverzekeraars zelf nog de mogelijkheid om, binnen een bepaalde bandbreedte, een eigen risico aan te bieden aan hun verzekerden.⁸⁶

Ook in het nieuwe systeem vormt solidariteit een basisbeginsel van het zorgstelsel. Dit principe houdt in dat alle leden van de maatschappij toegang moeten hebben tot gezondheidszorg indien zij daaraan behoefte hebben, ongeacht hun vermogen om te betalen voor de ontvangen zorgdiensten.⁸⁷ Solidariteit in deze zin is geen wollig begrip dat in feite een lege huls herbergt. Zij houdt in dat een zorgstelsel is gebaseerd op universele toegang zonder risicoselectie, dat er (tot op zekere hoogte) inkomensafhankelijke premies geheven worden of dat een ander systeem van compensatie van financieel zwakkeren van kracht is, en dat er geen significante verschillen bestaan in het pakket van zorgdiensten dat patiënten afnemen.⁸⁸ Hierbij dient wel aangetekend te worden dat de publiekrechtelijke waarborgen in een privaatrechtelijk georganiseerd stelsel aan grenzen zijn

84 Zie Den Exter 2005a, p. 88.

85 De Zvw stelt een wettelijk verplicht eigen risico in voor iedere verzekerde (van € 150), maar dit eigen risico staat als het ware buiten de verzekering. Zie art. 18a Zvw.

86 De Zvw geeft zorgverzekeraars de mogelijkheid om een polis met een vrijwillig eigen risico aan te bieden aan hun klanten, maar zij verplicht dezelfde verzekeraars tevens om een verzekering zonder vrijwillig eigen risico open te stellen. Op deze manier liggen de opties ter keuze voor aan de verzekeringsnemer. Zie art. 19 Zvw.

87 Jost, Dawson & Den Exter 2006, p. 688; Den Exter 2005b, p. 698.

88 Zie Den Exter 2005b, p. 698.

gebonden.⁸⁹ Zo is het niet gangbaar dat allerlei eisen gesteld worden aan *aanvullende* verzekeringen, dat zorg in natura bij alle verzekeringsvormen verplicht wordt gesteld, en dat de overheid automatisch ingrijpt in de hoogte van premies.

In de Zorgverzekeringswet waarborgt de overheid een aantal publieke belangen, zoals de toegang tot een ziektekostenverzekering, een basispakket aan noodzakelijke zorg en een aanvaardbare premie voor iedereen. Een wettelijk vastgelegde acceptatieplicht voor een door de overheid vastgesteld basisverzekeringspakket bewerkstelligt dat verzekeraars voor dit basispakket alle verzekerden moeten accepteren, ongeacht leeftijd of gezondheidssituatie.⁹⁰ Een verbod op premiedifferentiatie naar risicoprofiel zorgt er voor dat verzekeraars geen hogere premie mogen vragen aan oudere mensen of mensen met hoge ziektebelastingen.⁹¹ Om de nadelen van het verbod op risicoselectie⁹² te compenseren bestaat een risicovereveningsfonds.⁹³

Verzekeraars hebben tevens een zorgplicht jegens hun verzekerden: deze hebben recht op hetzij zorg door de gecontracteerde aanbieders, hetzij een vergoeding van gemaakte kosten (de natura- respectievelijk restitutiepols).⁹⁴

89 Uiteindelijk gaat de politiek over de keuze voor solidariteit als grondslag voor een zorgstelsel en over de wijze waarop deze solidariteit vervolgens haar beslag krijgt in het stelsel. Bepaalde uitgangspunten mogen dan heilig zijn, dit wil niet zeggen dat regeringen verder geen ruimte hebben om het solidariteitsbeginsel op een bepaalde manier te implementeren in de organisatie van de zorgsector. Vgl. Buysen & Den Exter 2005, p. 111-117.

90 Art. 3 Zvw. De acceptatieplicht betekent dat zorgverzekeraars wettelijk verplicht zijn om aspirant-verzekeringnemers (tegen dezelfde voorwaarden) te accepteren, mits zij wonen in het werkgebied van de zorgverzekeraar. Zorgverzekeraars mogen klanten niet weigeren op grond van hun leeftijd, geslacht of ziekterisico.

91 Art. 17 Zvw. Premiedifferentiatie betekent letterlijk verschillen in premie. In de Zorgverzekeringswet mogen zorgverzekeraars voor dezelfde verzekering geen verschillende premies heffen op grond van bijvoorbeeld leeftijd, ras, seksuele geaardheid, afkomst, achtergrond, geslacht of gezondheidsrisico.

92 Risicoselectie, het selecteren van verzekerden op grond van mogelijke risicofactoren, is in de Zorgverzekeringswet niet toegestaan. De wet kent, zoals gezegd, een acceptatieplicht voor zorgverzekeraars. Ook het hanteren van premiedifferentiatie op grond van risicofactoren is niet toegestaan.

93 Zie art. 32-40 Zvw. Een risicovereveningsfonds verstrekt verzekeraars een financiële compensatie voor bepaalde categorieën van verliesgevend patiënten. Het bevat een betalingsplicht voor werkgevers (de loongerelateerde werkgeversbijdrage) en een uitkeringsrecht voor verzekeraars (gebaseerd op het risicoprofiel van hun verzekeringsbestand).

94 Art. 11 lid 1 Zvw schrijft voor dat zorgverzekeraars hetzij zorg in natura regelen voor hun verzekerden, hetzij de kosten van behandelingen vergoeden én (desgevraagd) bemiddelen in het verkrijgen van de gewenste zorg. Aan de verzekeraars wordt de keuze gelaten of zij de verzekeringsprestaties in natura of in restitutievorm willen aanbieden.

Een andere wettelijke regeling, de Wet op de zorgtoeslag, regelt een toeslag op het inkomen ter compensatie van de zorg(verzekerings)kosten voor mensen met een lager inkomen. Inkomenspolitiek wordt op deze manier geheel uit de Zvw gehaald. Binnen de Zvw geldt een volledig nominale (niet-inkomensafhankelijke) premie voor de verzekerden. Inkomenscompensatie voor de lagere inkomens vindt plaats middels het uitkeren van een zorgtoeslag, afhankelijk van iemands inkomen. Deze zorgtoeslag vindt zijn beslag via de fiscaliteit: de Belastingdienst beheert en keert uit. Inkomenspolitiek en de daarmee verbonden compensatieregeling wordt hiermee buiten het eigenlijke zorgverzekeringsstelsel gehouden.

1 3 4. De Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten

De AWBZ is een volksverzekering voor ziektekostenrisico's waar men zich niet individueel voor kan verzekeren. Iedereen die in Nederland woont of werkt is er voor verzekerd en heeft recht op vergoeding van AWBZ-zorg. De AWBZ dekt zware medische risico's die niet onder de zorgverzekeringen vallen en anders niet vergoed zouden worden. Het gaat om medische kosten die door vrijwel niemand op te brengen zijn. Op grond van de AWBZ krijgt een patiënt bijzondere ziektekosten vergoed (zoals kosten van langdurige zorg thuis of opname in een verpleeghuis of gehandicapteninstelling). De AWBZ onderscheidt zes soorten zorg, die 'functies' worden genoemd.⁹⁵

Een verzekerde kan deze 'zorgfuncties' zelf inkopen middels een persoonsgebonden budget (pgb), behalve wanneer het gaat om behandeling en langdurig verblijf.⁹⁶ Deze twee categorieën zorg worden altijd in natura geleverd. Een pgb is een geldbedrag dat iemand uit hoofde van een ministeriële regeling⁹⁷ ontvangt om zelf zijn of haar zorg mee te kopen. Met dit geld kiezen mensen zelf een hulpverlener.

95 Het gaat om de volgende functies (i) persoonlijke verzorging, (ii) verpleging, (iii) ondersteunende begeleiding, (iv) activerende begeleiding, (v) verblijf; (vi) behandeling

96 Zie brief van de staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer over de pgb-regeling nieuwe stijl, *Kamerstukken II* 2007-2008, 26 631, nr. 232, p. 2

97 Zie Regeling van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 5 december 2005, nr. Z/VU-2635240, houdende regels voor subsidies ten laste van de AWBZ en intrekking van de Regeling subsidies AWBZ en Ziekenfondswet (Regeling subsidies AWBZ), *Staatscourant* van 13 december 2005, nr. 242/31, par. 2.6 'Persoonsgebonden budget'. In 1995 en 1996 zijn de eerste pgb-regelingen van start gegaan na een lange tijd van experimenteren. Zie brief van de staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer over de pgb-regeling nieuwe stijl, *Kamerstukken II* 2007-2008, 26 631, nr. 232, p. 1

Iedereen die door ziekte, handicap of ouderdom zorg nodig heeft, kan kiezen voor een persoonsgebonden budget. Een pgb is echter geen verplichting. Mensen kunnen ook kiezen voor zorg in natura, of voor een combinatie van een pgb en zorg in natura.

De AWBZ wordt uitgevoerd door de zorgverzekeraars,⁹⁸ die deze taak hebben gemandateerd aan zorgkantoren. Deze zorgkantoren staan in de regio waarin zij werkzaam zijn,⁹⁹ de klanten van de verzekeraars bij. Zorgkantoren hebben taken in relatie tot:¹⁰⁰ (i) de patiënt/consument;¹⁰¹ (ii) het regionaal zorgbeleid;¹⁰² (iii) de eigen bedrijfsvoering.¹⁰³

De AWBZ-premie is opgenomen in de loonheffing van de volksverzekeringen. Zorgaanbieders krijgen betaald naar de AWBZ-functies (zoals verpleging en ondersteunende begeleiding) die ze leveren. Dit noemt men functiegerichte aanspraken. Vóór de invoering van deze aanspraken, kreeg de zorgaanbieder betaald per cliënt, ongeacht hoeveel zorg deze nodig had.

De AWBZ is met de inwerkingtreding van de Zvw aangepast c.q. danig uitgekleeft. Alle op genezing gerichte zorg van de AWBZ is overgeheveld naar de standaardverzekering curatieve zorg. Hiermee is de AWBZ weer een verzekering geworden voor bijzondere ziektekosten, meer specifiek de zeer ernstige en langdurige zorg. Onder alle op genezing gerichte zorg die is overgeheveld naar de standaardverzekering curatieve zorg (de Zvw), valt de gehele extramurale zorg en de intramurale zorg tot één jaar. Ook de geestelijke gezondheidszorg van korter dan een jaar is uit de AWBZ overgeheveld naar de basisverzekering.

De Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO)¹⁰⁴ heeft een aantal lichtere vormen van hulp en ondersteuning 'overgenomen' van de AWBZ,

98 Een verzekerde is verzekerd voor de AWBZ bij dezelfde zorgverzekeraar als waar hij verzekerd is voor de Zorgverzekeringswet

99 Nederland is verdeeld in 32 regio's, waarbij in elke regio één zorgkantoor verantwoordelijk is voor de uitvoering van de AWBZ

100 Zie <<http://www.zorgkantoor.nl/werkzaamheden.html>>

101 Het gaat dan o a om het geven van informatie over AWBZ-zorg, het vaststellen of de zorgvrager verzekerd is, en het vaststellen en innen van de eigen bijdrage

102 Het gaat dan o a om het opstellen van een beleidsplan, om het contracteren van zorg, en het voeren van overleg

103 Het gaat dan o a om adequate registratie en adequate administratie

104 Wet van 29 juni 2006, houdende nieuwe regels betreffende maatschappelijke ondersteuning (Wet maatschappelijke ondersteuning), *Stb* 2006, 351

zoals huishoudelijke verzorging en AWBZ-vervoer. Gemeenten zijn verantwoordelijk voor de verlening van WMO-hulp.¹⁰⁵

Categorieën van zorg die tot nu toe onder de AWBZ zijn gebleven, zijn langdurige verpleging en verzorging en gehandicaptenzorg.¹⁰⁶ Deze zorg kan zowel op intramurale als op extramurale basis aangeboden worden.

De AWBZ heeft door de jaren heen steeds meer ruimte geboden aan marktwerking, zowel door de mogelijkheden tot vrije dienstverlening aan de kant van de zorgaanbieders te vergroten,¹⁰⁷ als door de keuzemogelijkheden aan de kant van de zorgvragers middels het pgb te verruimen.¹⁰⁸ Met de afroaming van de AWBZ wat betreft zorgvormen met concurrentiepotentie, zijn ook veel soorten behandelingen uit het 'AWBZ-dienstverleningspakket' verdwenen die zich voor meer marktwerking lenen. In het resterende AWBZ-mandje bevinden zich zorgvormen waarvoor marktwerking bepaald geen vanzelfsprekendheid is. Zo is op het vlak van de zware zorg (professionele zorg en verpleging) prijsconcurrentie niet mogelijk.

De AWBZ is voorlopig nog niet in rustig vaarwater gekomen. Hervormingsplannen van de wet blijven opkomen.¹⁰⁹ Voorgestelde wijzigingen strekken zich zelfs uit tot afschaffing van de wet.¹¹⁰

- 105 Gemeenten hebben de plicht om 'individuele voorzieningen' (zoals huishoudelijke ondersteuning) ook als pgb aan te bieden.
- 106 Vgl. de Brief van de Minister en Staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2003-2004, 23 619 en 26 231, nr. 19, p. 1 en 2.
- 107 Een gehandicapteninstelling kan er bijvoorbeeld voor kiezen om niet alleen gehandicapten te verplegen, maar ook ouderen. Daarnaast kan een gehandicapteninstelling ervoor kiezen om extramuraal mensen te gaan verzorgen of verplegen. Haar handelingsvrijheid is dus toegenomen. Zie NMa, Visiedocument AWBZ-zorgmarkten (visiedocument 3130/66), Den Haag: NMa 2004, randnr. 64.
- 108 Zie brief van de staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer over de pgb-regeling nieuwe stijl, *Kamerstukken II* 2007-2008, 26 631, nr. 232, p. 2: "De cliënt heeft met het pgb grotere keuzevrijheid gekregen en zijn positie is versterkt. Het is aan de client zelf om te bepalen bij wie hij zijn zorg inkoopt; dit kunnen ook niet toegelaten aanbieders zijn. Ook heeft de cliënt in eigen hand welke functies hij inkoopt, dat hoeven niet de geïndiceerde functies te zijn, maar het moet wel om AWBZ-verzekerde zorg gaan. Het pgb blijkt in een behoefte te voorzien, ruim 10% van alle zorgvragers in de AWBZ, maakt er gebruik van."
- 109 Zie bijvoorbeeld SER, Commissie Sociale Zekerheid, Werkgroep Toekomst AWBZ, 'Ontwerpadvies Toekomst AWBZ' van 27 maart 2008, SZ/753, AWBZ/124; NRC Handelsblad 26 maart 2008, 'SER unaniem: schrap welzijn uit de AWBZ'; Het Financieel Dagblad 28 maart 2008, 'SER: AWBZ terug naar kern in 2012'.
- 110 Persbericht van 31 januari 2008, 'Zorg naar gemeenten en verzekeraars. Stekker uit dure awbz': "De Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) adviseert staatssecretaris Jet Bussemaker vandaag de zorg uit de algemene wet bijzondere ziektekosten

1.3.5 De Wet marktordening gezondheidszorg

Met de Wet marktordening gezondheidszorg (WMG)¹¹¹ is de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) in het leven geroepen.¹¹² De NZa is onder meer belast met markttoezicht, marktontwikkeling en tarief- en prestatieregulering op het terrein van de gezondheidszorg,¹¹³ alsmede met het toezicht op de rechtmatige uitvoering door de zorgverzekeraars van hetgeen bij of krachtens de Zorgverzekeringswet is geregeld.¹¹⁴ Het toezicht op het marktgedrag in de zorgsector ligt dus in handen van de NZa, voor zover de specifieke bevoegdheden van deze autoriteit ingrijpen mogelijk maken. Meer concreet kan men denken aan het vaststellen van tarieven voor zorgdiensten, het voorschrijven van gedragsregels ter stimulering van marktconform gedrag, het stellen van eisen aan de administratie van instellingen, en het monitoren en analyseren van de prijs- en marktontwikkeling. Deze taken van de toezichthouder zijn er op gericht gereguleerde marktwerking in de zorg te begeleiden en stimuleren. De NZa stelt bij de uitoefening van haar taken het algemeen consumentenbelang voorop.¹¹⁵

De NZa komt voort uit het College Tarieven Gezondheidszorg (CTG)¹¹⁶ en het College voor Toezicht op de Zorgverzekeringen (CTZ). Zij ontleent haar taken aan de Wet marktordening gezondheidszorg (WMG). Als voorloper van de WMG geldt (mede) de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG). De WTG richtte zich op de beheersing van het volume en de kosten van het aanbod in de zorg. Het CTG was als zelfstandig bestuursorgaan het uitvoeringsorgaan van de WTG. Het College voor Toezicht op de Zorgver-

in vier jaar tijd over te hevelen naar de gewone zorgverzekering en de gemeentelijke wmo. De SER zal binnenkort een naar verluidt vergelijkbaar advies uitbrengen." Persbericht van 31 januari 2008 (met de reactie van enige Tweede Kamer-fracties op eventuele kabinetsplannen), 'CDA en VVD tegen afschaffen AWBZ'

111 Zie nader over de WMG Meersma & VerLoren van Themaat 2005, p. 2084-2087

112 Zie art. 3 WMG

113 Art. 16 sub a WMG

114 Art. 16 sub b WMG

115 Art. 3 lid 4 WMG

116 In een overgangssperiode heeft de NZa korte tijd gefunctioneerd als CTG/Zorgautoriteit 1.0 (in oprichting). Voor een opsomming van de kernactiviteiten van het bestuur van de toenmalige CTG/ZA 1.0 zie de Brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer van 21 november 2003, *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 324, nr. 1, p. 7. Men moet dan denken aan het verstrekken van goedkeuring voor tarieven die een orgaan voor gezondheidszorg en een ziektekostenverzekeraar dan wel hun representatieve organisaties overeengekomen zijn, prijs- en gedragsregulering op markten waar de prijsvorming (nog) niet aan de markt wordt overgelaten, het monitoren en analyseren van de prijs- en marktontwikkeling en het zo nodig ingrijpen op markten waar de prijzen al in meer of mindere mate zijn vrijgegeven.

zekeringen (CTZ)¹¹⁷ heeft een aantal jaren toezicht gehouden op de (rechtmatigheid en doelmatigheid van de) uitvoering van de ziekenfondsverzekering en de AWBZ, alvorens zij opging in de NZa.¹¹⁸

De Nederlandse Zorgautoriteit heeft vanaf het begin van haar bestaan nauw samengewerkt met de NMa.¹¹⁹ Waar de specifieke bevoegdheden van de NZa ophouden, en de NMa competentie heeft krachtens de Mededingingswet (of het communautaire mededingingsrecht), kan de NMa haar toezicht uitoefenen. De NMa is binnen Nederland natuurlijk de instantie bij uitstek voor het toezicht op marktwerking, in principe in alle sectoren van de economie. Bij een eventuele samenloop van bevoegdheden tussen de NZa en de NMa, gaat de NZa in haar optreden echter vóór en worden eerst de mogelijkheden van de WMG benut.¹²⁰

Het was de bedoeling dat de NZa uiterlijk in 2008 geïncorporeerd zou worden in de NMa, zodat zowel markttoezicht als prijsregulering in de zorg in één hand terecht zouden komen.¹²¹ Vooralsnog is deze fusie niet gerealiseerd. Uiteraard dienen de NZa en de NMa, zolang ze niet zijn samengegaan, te voorzien in een efficiënte uitwisseling van relevante informatie en moeten zij hun werkwijze zoveel mogelijk op elkaar afstemmen.

1.3.6. De Wet toelating zorginstellingen

De Wet toelating zorginstellingen (WTZi) heeft per 1 januari 2006 de Wet Ziekenhuisvoorzieningen (WZV) vervangen.¹²² De WTZi schrijft voor dat

117 Zie Wet van 23 december 2000 tot instelling van het College voor Toezicht op de Zorgverzekeringen, *Stb.* 2000, 23.

118 Zie ook Meijer 2006, p. 183.

119 Op basis van art. 17 WMG hebben de NMa en de NZa op 10 oktober 2006 een Protocol over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang gesloten. Zie nader over de relatie tussen de NMa en de NZa en verschillende samenwerkingsvormen tussen beide instanties: Meijer 2006, p. 184-187.

120 Zie art. 18 WMG en art. 6 Protocol tussen de NMa en de NZa over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang. Deze bepalingen voorzien, voor die gevallen waar een samenloop van bevoegdheden mogelijk is, in een voorrangregeling ten gunste van de NZa. Deze samenloop kan zich met name voordoen in vraagstukken rond marktmacht. De NZa dient zich bij de uitoefening van haar bevoegdheden omtrent aanmerkelijke marktmacht wel te richten naar de uitleg van begrippen die de NMa hanteert bij de toepassing van het mededingingsrecht. Zie art. 18 WMG en art. 12 Protocol tussen de NMa en de NZa over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang.

121 Zie de Brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer van 21 november 2003, *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 324, nr. 1, p. 5 en 6.

122 De Wet toelating zorginstellingen is de opvolger van de eerder in het wetgevingsproces voorgestelde Wet exploitatie zorginstellingen (WEZ). De WTZi heeft als doel om de planning, de bouw en de exploitatie (het gebruik) van zorginstellingen in de

zorginstellingen een toelating dienen te hebben om zorg te mogen leveren die ten laste komt van de Zorgverzekeringswet of de AWBZ. Gaat een zorginstelling (ver)bouwen, dan moet hier bovendien in sommige gevallen een vergunning voor worden aangevraagd. De toelating en het bouwregime worden onder de WTZi behalve in de wettekst nader uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit,¹²³ de beleidsregels¹²⁴ en de beleidsvisie.

Een zorginstelling heeft dus een toelating nodig als zorg verleend wordt waarop aanspraak bestaat op basis van de AWBZ of de Zorgverzekeringswet.¹²⁵ Een toelating vormt daarmee in feite een soort licentie voor een organisatie om zorg te mogen verstrekken die 'gedekt' wordt door genoemde wetten. Uit een toelating vloeien rechten en plichten voort. Tot de eerste categorie behoren (in bepaalde situaties) financieringsrechten, tot de tweede categorie behoren eisen wat betreft transparantie en taakuitvoering, evenals een verplichting tot het volgen van een procedure bij bouw of sloop.

Zorginstellingen die vallen onder de WTZi zijn bij het plegen van (nieuw)bouw in bepaalde gevallen gehouden om over een vergunning van het College Bouw zorginstellingen¹²⁶ te beschikken.¹²⁷ Aan de verlening van een vergunning zijn prestatie- en transparantie-eisen verbonden voor de bouw.¹²⁸ Daartegenover staat een vergoeding van de bouw. Beslissingen omtrent de verstrekking van een vergunning worden genomen op basis van wettelijk verankerde bouwprioriteiten en in beleidsregels opgenomen spreidings- en prioriteitscriteria. Het College bouw zorginstellingen stelt deze op.

De WTZi is niet van toepassing op alle instellingen voor medisch specialistische zorg. Privaat gefinancierde instellingen die geen zorg aanbieden die wordt gedekt door de Zvw of AWBZ, zoals privéklinieken, vallen niet

intra- en extramurale sector te regelen. In de nota van wijziging bij de WTZi staat dat zorginstellingen winst mogen gaan maken, althans in bepaalde deelmarkten. De oude WZV kende nog een verbod op het maken van winst. Zie de derde nota van wijziging van het voorstel van Wet Exploitatie Zorginstellingen (WEZ), *Kamerstukken II* 2003-2004, 27 659, nr. 16, p. 14.

123 Besluit van 3 november 2005, houdende uitvoering van enige bepalingen van de Wet toelating zorginstellingen (Uitvoeringsbesluit WTZi), *Stb.* 2005, 575.

124 Regeling van de Minister van VWS van 9 juli 2007 houdende vaststelling van beleidsregels ex artikelen 4 en 13 Wet toelating zorginstellingen, kenmerk MC-U-2776561.

125 Art. 5 lid 1 WTZi.

126 Zie art. 19-31 WTZi.

127 Art. 11 lid 1 WTZi.

128 Art. 11 lid 2 tot 4 WTZi.

onder deze wet. Ziekenhuizen zijn over het algemeen wel onderworpen aan de wet. Sinds 1 januari 2008 is het bouwregime voor ziekenhuizen echter afgeschaft. Ziekenhuizen nemen nu voor eigen rekening en risico investeringsbeslissingen.¹²⁹

Instellingen die niet onder de WTZi vallen, kunnen gewoon een winstoogmerk hanteren. Toch is het niet zo dat de WTZi zorgverlenende instanties mét een winstoogmerk bij voorbaat toelating weigert. De wet mag dan in de eerste plaats open staan voor non-profit zorginstellingen, zij laat instellingen met een winstoogmerk onder bepaalde voorwaarden óók toe.¹³⁰ Het is de bedoeling dat vanaf 2012 een dergelijk winststreven toegestaan is voor álle instellingen, tenzij het kabinet op dat moment anders beslist.¹³¹

Het doel van de WTZi is om geleidelijk meer vrijheid en verantwoordelijkheid voor de zorginstellingen te creëren, door overheidsbemoeienis met de capaciteit en de bouw van zorginstellingen te verminderen.

1.3.7. Overige wettelijke regelingen en instanties

Het College voor zorgverzekeringen (CVZ) is een zelfstandig bestuursorgaan op het terrein van de sociale ziektekostenverzekeringen, te weten de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ).¹³²

Het CVZ neemt een onafhankelijke positie in tussen de beleidsbepalende partijen (politiek en ministeries) en de uitvoerende partijen (zorgverzekeraars en zorgaanbieders). Bij het uitvoeren van zijn missie heeft het CVZ de volgende kerntaken:¹³³ (i) pakketbeheer,¹³⁴ (ii) fondsbe-

129 Zie website Ministerie van VWS, dossier WTZi 'WTZi in vogelvlucht'

130 Zie art 5 lid 2 WTZi: een toelating kan aan instellingen met een winstoogmerk slechts worden verleend indien die instelling behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie. Tot deze uitverkoren categorie behoren bijvoorbeeld instellingen voor kraamzorg, mondzorg en psychiatrische behandeling. Zie Besluit van 3 november 2005, houdende uitvoering van enige bepalingen van de Wet toelating zorginstellingen (Uitvoeringsbesluit WTZi), art 3.1

131 Zie NZa, Monitorspecial 'De rol van ZBC's in de ziekenhuissector', januari 2007, par 4.2.6. Verbod winststreven, NZa, *Uitvoeringstoets 'Op weg naar vrije prijzen' Maatstafconcurrentie voor medisch specialistische zorg*, april 2007, par 1.3, 3.2, 3.3.1, en 8.2

132 Zie art 58-76 Zvw

133 Zie art 64-70 Zvw

134 Het CVZ kijkt of de vormen van zorg waarop de verzekerde wettelijk recht heeft (het verzekerde pakket), nog wel bij de tijd zijn. Concreet gaat het hier om vier aparte vragen

* Waar hebben verzekerden recht op vanuit de Zvw?

* Hoe bepaalt men waar verzekerden recht op hebben?

* Hoe zorgt men dat AWBZ-verzekerden krijgen waar ze recht op hebben?

* Hoe zorgt men dat alle partijen weten waar de verzekerden recht op hebben?

heer,¹³⁵ (iii) verzekeraarsfinanciering,¹³⁶ en (iv) centrale uitvoering.¹³⁷ Daarnaast heeft het CVZ een handhavingfunctie: het college kan bestuurlijke boeten opleggen aan verzekerden.¹³⁸

De Wet op bijzondere medische verrichtingen (WBMV),¹³⁹ de Kwaliteitswet zorginstellingen¹⁴⁰ en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG)¹⁴¹ stellen kwaliteitseisen aan de zorgverleners wat betreft de door hen verrichte medische handelingen en geleverde zorgdiensten.

De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) waarborgt de veiligheid en kwaliteit van de zorg, ook in het nieuwe zorg- en verzekeringsstelsel. De IGZ maakt deel uit van het Staatstoezicht op de volksgezondheid dat in de Gezondheidswet¹⁴² zijn wettelijke basis vindt.¹⁴³ Tot de taken van de IGZ behoren het verrichten van onderzoek naar de staat van de volksgezondheid en het houden van toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften op het gebied van volksgezondheid (inclusief de opsporing

135 Het CVZ beheert als onafhankelijke organisatie geld dat burgers betalen voor de Zvw en de AWBZ. Dat betekent ook dat het CVZ verantwoording aflegt over de inkomsten en uitgaven van de fondsen AWBZ en Zvw en de samenhang inzichtelijk maakt tussen beleid, onverwachte ontwikkelingen en de financiële gevolgen daarvan

136 Zorgverzekeraars hebben een acceptatieplicht voor de Zvw. Om te voorkomen dat verzekeraars met veel verzekerden uit risicogroepen (ouderen, laagopgeleiden, chronisch zieken) ten onder gaan in de concurrentiestrijd, is de risicovereeniging in het leven geroepen. Daarbij berekent het CVZ hoeveel geld elke verzekeraar uit de centrale 'kas' krijgt ter compensatie van de extra kosten voor zijn risicovolle verzekerden

137 Voor een goed functioneren van de zorgverzekering voert het CVZ tenslotte nog een aantal specifieke activiteiten uit

* Het verrekenen van ziektekostenpremie voor Nederlanders die in het buitenland wonen,

* Het uitvoeren van de boeteregeling voor mensen die niet-verzekerd zijn;

* De vergoeding van zorgkosten voor gemoedsbezwaarden: mensen die vanwege hun geloof of levensovertuiging niet verzekerd willen zijn,

* Het bevorderen van elektronische gegevensuitwisseling in de uitvoering van de zorgverzekeringen

138 Zie art. 96-113 Zvw.

139 Wet van 24 oktober 1997, houdende regels betreffende bijzondere verrichtingen op het gebied van de gezondheidszorg (Wet op bijzondere medische verrichtingen), *Stb* 1997, 515

140 Wet van 18 januari 1996, betreffende de kwaliteit van zorginstellingen, *Stb* 1996, 80

141 Wet van 11 november 1993, houdende regelen inzake beroepen op het gebied van de individuele gezondheidszorg, *Stb* 1993, 655

142 Wet van 18 januari 1956, houdende nieuwe wettelijke voorschriften met betrekking tot de organisatie van de zorg voor de volksgezondheid, *Stb* 1956, 51

143 Simons & Gevers 2007, p. 1617

van overtredingen).¹⁴⁴ Naast het toezicht van de IGZ bestaan meer controlemodellen die bijdragen aan kwaliteitsverbetering, zoals onderlinge visitaties tussen professionals, kwaliteitsprogramma's van beroeps- en brancheorganisaties, kwaliteitsafspraken tussen verzekeraars en zorgaanbieders, en initiatieven van onafhankelijk certificerende instanties.¹⁴⁵ Op deze meer op private basis georganiseerde kwaliteitssystemen zou het antitrustrecht eventueel van toepassing kunnen zijn, indien ze gebruikt worden om ernstige mededingingsbeperkingen mee door te voeren.

De IGZ heeft overigens afspraken gemaakt met de NZa en de NMa om de verschillende toezichttaken goed op elkaar af te stemmen. De IGZ houdt daarbij het primaat met betrekking tot het toezicht op de *kwaliteit* van zorg.¹⁴⁶ De andere twee toezichthouders houden zich meer bezig met de economische, organisatorische en financiële dimensie van het Nederlandse zorgstelsel.

1.3.8. De systematiek van de zorgmarkt: regels en karakteristieken

De zorg(inkoop)sector kent drie markttypen: type I, II, en III. Markttype I omvat de zorg die niet kan worden vrijgelaten, omdat de markt teveel falen vertoont.¹⁴⁷ De A-segment-zorg in ziekenhuizen valt hieronder: denk aan medisch onderzoek en acute zorg. Vaste, door de overheid bepaalde tarieven kenmerken deze categorie. Markttype II bevat de deelmarkten die op termijn (zo veel mogelijk) overgaan op vrije prijsvorming en investering, en zonodig een zekere vorm van prijsregulering behouden.¹⁴⁸ Het systeem van maatstafconcurrentie (waarover verderop in deze Paragraaf meer) kan bij dit type medische dienstverlening een bepaalde mate van marktwerking in het leven roepen. Markttype III omvat de zorg die volledig vrij is: kenmerk is vrije concurrentie en het ontbreken van marktfalen.¹⁴⁹ De B-segment-zorg in de ziekenhuizen valt hieronder: denk aan behandelingen voor aandoeningen als suikerziekte, liesbreuk, nierstenen en heup- en knieslijtage.¹⁵⁰ Tevens behoren medische beroepsgroepen als psychotherapie en fysiotherapie tot deze categorie.¹⁵¹

144 Zie art. 36 Gezondheidswet.

145 Simons & Gevers 2007, p. 1620.

146 Simons & Gevers 2007, p. 1620.

147 Algera & Sluijs 2007, p. 179.

148 Algera & Sluijs 2007, p. 179.

149 Algera & Sluijs 2007, p. 179.

150 De specialismen interne geneeskunde, chirurgie, urologie respectievelijk orthopedie verrichten genoemde behandelingen. Ziekenhuizen vermelden de behandelingen in het B-segment op hun website, zoals het Laurentius Ziekenhuis Roermond.

151 Zie Volkskrant 25 september 2007, 'Vrije prijzen ook voor Cesar- en Mensendiecktherapie'; Volkskrant 25 augustus 2007, 'Klink laat prijzen fysiotherapie los'.

Als berekeningsmethodiek voor het vaststellen van de kosten van behandelingen wordt sinds 1 januari 2005 de systematiek van de diagnose behandelcombinaties (DBC's) gebruikt.¹⁵² Een DBC omvat het geheel van activiteiten en verrichtingen van de zorgverlener tijdens de behandeling van een patiënt.¹⁵³ De DBC benoemt elke stap in de behandeling van de patiënt, van het eerste consult of onderzoek tot en met de laatste controle (het zogenaamde zorgpad),¹⁵⁴ om daar vervolgens een kostenplaatje aan te verbinden middels een bepaalde berekeningsmethodiek. Behalve ziekenhuizen werken ook zelfstandige behandelcentra, privéklinieken en zelfstandig gevestigde medisch specialisten op basis van de DBC.¹⁵⁵

Van oudsher zijn ziekenhuizen gebudgetteerde instellingen. Dit betekent dat de overheid de uitgaven maximeert en middels beleidsregels precies voorschrijft hoe het budget moet worden opgebouwd.¹⁵⁶ De ruimte voor vrije prijsvorming in de ziekenhuissector wordt echter langzaam uitgebreid.

Conform het regeerakkoord van CDA, PvdA en ChristenUnie en de uitwerking daarvan door VWS zou vanaf 2009 het instrument van maatstafconcurrentie worden gehanteerd voor het deel van de ziekenhuiszorg dat nog niet is vrijgegeven, maar zich wel leent voor onderhandelingen over de prijzen voor DBC's.¹⁵⁷

Maatstafconcurrentie is een systeem van marktordening waarbij een vrije concurrerende markt zo goed mogelijk wordt benaderd.¹⁵⁸ In het concept van maatstafconcurrentie zijn prijzen onderhandelbaar tot een bepaald maximum. Een maatstaf is de gemiddelde maximale prijs die een instelling in rekening mag brengen voor zijn productie.¹⁵⁹

152 Zie Algera & Sluijs 2007, p. 179.

153 Registratie en facturering vinden niet meer plaats per aparte verrichting, maar voor het gehele behandeltraject.

154 Algera & Sluijs 2007, p. 179.

155 Algera & Sluijs 2007, p. 179.

156 Zie bijvoorbeeld NMa, Consultatiedocument *Concurrentie in de ziekenhuissector* (consultatiedocument 3128/16), Den Haag: NMa 2003, randnr. 90.

157 De NZa heeft geadviseerd om al eerder, per 1 januari 2008, met het systeem van maatstafconcurrentie te starten in (bepaalde segmenten van) de zorg. Zie NZa, *Uitvoeringstoets 'Op weg naar vrije prijzen'. Maatstafconcurrentie voor medisch specialistische zorg*, april 2007, par. 1.5. Zie ook NMa-Richt snoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, *Stcrt.* 2007, 241, randnr. 23.

158 NZa, *Uitvoeringstoets 'Op weg naar vrije prijzen'. Maatstafconcurrentie voor medisch specialistische zorg*, april 2007, par. 1.3.

159 NMa-Richt snoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, *Stcrt.* 2007, 241, randnr. 23.

In de plannen van het kabinet wordt de maatstaf in de beginfase na introductie nog berekend op basis van de eigen historische budgetten van een zorginstelling. In latere jaren zal de maatstaf bepaald worden op basis van de landelijke gemiddelden. De marktverhoudingen worden daarmee scherper en de onderlinge competitie neemt toe.

Via de methode van maatstafconcurrentie is het mogelijk om de prestaties van ondernemingen onderling te vergelijken. Het doel van de methode is een betere prijs-kwaliteitverhouding en efficiënter werken uit te lokken.¹⁶⁰

Hoewel de regering dus het plan had opgevat om in 2009 te starten met maatstafconcurrentie in de Nederlandse zorgsector, was het gedurende dit jaar nog onduidelijk of en wanneer deze methode daadwerkelijk zou worden ingevoerd.¹⁶¹

2. EG-MEDEHINGINGSRECHT EN VOLKSGEZONDHEID

Het Europese en Nederlandse mededingingsrecht hebben beide hun invloed op het Nederlandse zorgstelsel. Vanuit 'Europa' gaat het dan zowel om het antitrust- en fusiecontrolerecht, als om het staatssteun- en aanbestedingsrecht. De actoren in het veld dienen dan ook met een aanzienlijk aantal mededingingsrechtelijke terreinen rekening te houden.

Voor alle duidelijkheid: het zorgstelsel als object van studie in dit boek, bestaat niet louter uit zorgverlenende beroepsgroepen en instellingen, maar omvat ook een uitgebreide verzekeringsdimensie die van oudsher nauw verweven is met de sociale voorzieningen in de lidstaten.

Dit onderdeel begint met een overzicht van de essentiële toetsingscriteria bij de toepassing van het communautaire mededingingsrecht in sociale en zorgzaken. Een analyse van de werking van de antitrustregels in zaken waarin sociale overwegingen en belangen een rol spelen, vormt de opmaat tot de beschouwing over de toepassing van de communautaire mededingingsregels in de sector van gezondheidszorg. Uiteindelijk vormt het

160 NMa-Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, *Stcrt.* 2007, 241, randnr. 23.

161 De NZa merkt op: "De invoering van maatstafconcurrentie - een vorm van prestatiebekostiging - is voorlopig van de baan." Zie http://www.nza.nl/dossier/prestatiebekostiging_cure/Rekenmodel_maatstafconcurr_besch, geraadpleegd in maart 2009. Zie voorts nieuwsbericht van PriceWaterhouseCoopers van 8 april 2008: "De Nederlandse Zorgautoriteit heeft minister Klink van Volksgezondheid vorige week geadviseerd om de invoering van de prestatiebekostiging in de zorg per 1 januari 2009 uit te stellen." Zie http://actueel.nl.pwc.com/site/publieke_sector/gezondheidszorg/380/maatstafconcurrentie_te_smallen_benadering.html?internalreferrer=list.

Europese kartel- en misbruikrecht een steeds belangrijker mededingingsrechtelijk toetsingskader waarbinnen de Nederlandse zorgsector dient te opereren, zowel via directe toepassing als via de band van de (conceptueel gelijksoortige) Nederlandse Mededingingwet.

Allereerst volgt nu een behandeling van enige toetsingscriteria van het Europese antitrustrecht die essentieel zijn voor zijn omgang met botsende sociale en zorgbelangen.

2.1. Essentiële toetsingscriteria bij de toepassing van het EG-mededingingsrecht in sociale en zorgzaken

Bij Europeesrechtelijke vraagstukken die draaien om de collisie tussen het communautaire interne marktrecht en nationale beleidsterreinen met een sterke eigen signatuur (zoals de zorg), is sprake van een botsing op twee niveaus: (i) een economisch getint beleidsterrein tegenover een (van oudsher) zeer publiek gericht terrein; (ii) Europese bevoegdheden tegenover nationale bevoegdheden. Men hoeft bepaald geen visionair te zijn (geweest) om te voorspellen dat deze tegenstellingen zouden leiden tot fricties. Het is interessant om te zien hoe de Gemeenschapsrechter met deze botsingen is omgegaan in zijn rechtspraak.

Het Europese recht heeft zijn grip op de gezondheidszorg het laatste decennium verstevigd. Vanaf de tweede helft van de jaren negentig van de vorige eeuw heeft in eerste instantie vooral het communautaire vrijverkeersrecht een grote invloed gehad op nieuwe ontwikkelingen in de zorgsector. Arresten als *Decker*,¹⁶² *Kohll*,¹⁶³ en *Müller-Fauré*¹⁶⁴ hebben hun juridische bijdrage aan het vrij verkeer van patiënten geleverd.¹⁶⁵

Ook de invloed van het communautaire mededingingsrecht op de zorgsectoren in de lidstaten neemt toe.¹⁶⁶ Waar in het vrijverkeersrecht vooral de open grenzen dienen als aanjager van toepassing van dit rechtsgebied op

162 Zaak 120/95, Nicolas Decker t Caisse de maladie des employés privés, *Jur* 1998, I-1831

163 Zaak C-158/96, Raymond Kohll t Union des caisses de maladie, *Jur* 1998, I-1931

164 Zaak C-385/99, Muller-Fauré t Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen en Van Riet t Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, *Jur* 2003, I-4509

165 Zie voor een analyse van de toepassing van art 49 EG op de zorgsector in een aantal landmark-arresten Koutrakos 2005, p 105-130 Koutrakos besteedt ook aandacht aan het begrip 'economische activiteit' en vooral 'vergoeding' als toepassingscriterium voor de communautaire vrijverkeersbepalingen. Zie Koutrakos 2005, p 112-115

166 Zie Jost, Dawson & Den Exter 2006, p 699

de zorgsector, vervult in het mededingingsrecht de introductie van (meer) marktwerking in de nationale stelsels van gezondheidszorg deze rol.

Het EG-recht verplicht lidstaten niet om mededingingsprincipes te introduceren in hun gezondheidszorgsystemen. Wanneer een lidstaat echter beslist om marktwerking te introduceren, is het zeer wel mogelijk dat het EG-mededingingsrecht van toepassing is. Het EG-mededingingsrecht raakt hierbij niet aan de bevoegdheid van lidstaten om zelf het zorgstelsel vorm te geven, maar controleert wel of die lidstaat bij de uitoefening van die bevoegdheid geen maatregelen neemt die strijdig zijn met het mededingingsrecht. Hierbij kan men denken aan de regels betreffende staatssteun¹⁶⁷ en de 'effet utile'-doctrine¹⁶⁸ (toepassing van art. 3 lid 1 sub g EG j° art. 10 EG j° art. 81 of eventueel 82 EG).¹⁶⁹ Toepassing van de 'effet utile'-doctrine komt in zicht als een lidstaat het tot stand komen van mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen oplegt of begunstigt, dan wel de werking ervan versterkt, of de verantwoordelijkheid voor overheidsinterventie overdraagt aan private actoren (marktdeelnemers).¹⁷⁰

167 De staatssteunbepalingen nemen toe in belang in een nieuw zorgstelsel met meer marktwerking en een grote rol voor particuliere verzekeringsmaatschappijen, namelijk daar waar lidstaten de verzekeraars compensatie bieden voor bepaalde zorggaranties aan de burgers. Wanneer lidstaten verzekeringsmaatschappijen bijvoorbeeld financiële compensaties gaan geven in het kader van risicoverdelingsregelingen in de zorg, kan het communautaire staatssteunregime om de hoek komen kijken. Zie bijvoorbeeld de Ierse staatssteunbeschikking van de Commissie N 46/2003, 'Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market', van 13 mei 2003, C(2003) 1322def. (korte samenvatting in *Pb.* 2003, C 186/16), en de uitspraak op het beroep tegen deze beschikking door het Gerecht van Eerste Aanleg van 12 februari 2008 in zaak T-289/03, BUPA t. Commissie, *Jur.* 2008, II-81. Zie ook vooral de Nederlandse staatssteunbeschikking van de Commissie N 541/2004 en N 542/2004, 'Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem', 3 mei 2005, C(2005) 1329def. (korte samenvatting in *Pb.* 2005, C 324/30).

168 Zie over deze doctrine ook Paragraaf 3.6 van Hoofdstuk II.

169 Zie bijvoorbeeld zaak 13/77, *Inno/ATAB*, *Jur.* 1977, 2115; zaak 311/85, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus t. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, *Jur.* 1987, 3801; zaak 267/86, *Van Eycke t. Aspa*, *Jur.* 1988, 4769; zaak C-2/91, *Meng*, *Jur.* 1993, I-5751; zaak C-185/91, *Reiff*, *Jur.* 1993, I-5801; zaak C-245/91, *Ohra*, *Jur.* 1993, I-5851; zaak C-153/93, *Delta*, *Jur.* 1994, I-2517; zaak T-513/93, *CNSD t. Commissie ('CNSD I')*, *Jur.* 2000, II-1807; gev. zaken T-191/98, T-212/98 tot T-214/98, *Atlantic Container Line AB e.a. t. Commissie*, *Jur.* 2003, II-3275.

170 Zie zaak 267/86, *Van Eycke*, *Jur.* 1988, 4769, onder 'Overwegingen van het arrest', bij het antwoord op de eerste en de tweede vraag; zaak C-96/94, *Centro Servizi Spedito, Jur.* 1995, I-2883, r.o. 20-21; zaak C-38/97, *Autotrasporti Librandi/Cuttica spedizioni*, *Jur.* 1998, I-5955, r.o. 26. Zie ook zaak C-245/91, *Ohra*, *Jur.* 1993, I-5851, r.o. 15; zaak C-153/93, *Duitsland t. Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, *Jur.* 1994, I-2517, r.o. 14; zaak C-379/92, *Peralta*, *Jur.* 1994, I-3453, r.o. 21; zaak C-134/94, *Esso Espagnola*, *Jur.* 1995, I-4223, r.o. 18; zaak C-35/96, *Commissie t. Italië ('CNSD II')*, *Jur.* 1998, I-3851, r.o. 53. Zie verder *Ritter & Braun* 2004, p. 992.

Daarnaast ziet het EG-antitrustrecht er op toe dat ondernemingen die actief zijn binnen het nationale wettelijke (zorg)kader geen activiteiten ondernemen die strijdig zijn met dit rechtsgebied. Ook de particuliere actoren in de zorgsector moeten dus op hun tellen passen en zorgen dat ze geen activiteiten ontplooiën die in strijd komen met het communautaire antitrust- en fusiecontrolerecht.¹⁷¹

Het domein van volksgezondheid mag dan in principe een exclusief domein zijn van de lidstaten, via de band van het EG-mededingingsrecht kan het communautaire recht behoorlijk diep ingrijpen in deze sector. De aanwezigheid van marktwerking vormt de toegangspoort voor toepassing van het mededingingsrecht op de gezondheidszorg.

Belangrijke criteria om vast te stellen of de antitrustverboden toepassing vinden binnen de zorgsector, zijn aan de ene kant de verbodsvoorwaarde van het bestaan van een 'onderneming' (en de daarmee verbonden maatschap van 'economische activiteit'),¹⁷² en aan de andere kant de excepties op de verboden, waaronder art. 86 lid 2 EG.

Ondernemingscriterium

Een 'onderneming' in de zin van het Verdrag is 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.¹⁷³ Onder het uitoefenen van een economische activiteit kan worden verstaan het (in het eigen belang) deelnemen aan het economisch verkeer, gericht op het produceren of verhandelen van goederen of het verlenen van diensten op de markt.¹⁷⁴ De aanwezigheid van een winstoogmerk is niet noodzakelijk. Non-profitorganisaties en zelfs overheidsinstellingen kunnen, voor zover zij economische activiteiten uitoefenen, als een onderneming worden beschouwd in de zin van het mededingingsrecht. Iedere organisatie die typische overheidsprerogatieven uitoe-

171 Zie in dit kader NRC Handelsblad, 16 januari 2008, 'Kroes onderzoekt concurrentie bij medicijnbedrijven', en de Volkskrant, 16 januari 2008, 'Kroes laat invallen doen bij producenten medicijnen'.

172 Een andere verbodsvoorwaarde van art. 81 en 82 EG, het criterium van een ongunstige invloed op de intracommunautaire handel, richt zich in haar toepassingsvraag niet specifiek op de aard van de activiteit in kwestie, noch op de status van de uitvoerders daarvan. Zij regelt de 'territoriale' afbakening van het antitrustrechtsgebied. Dit criterium komt hier verder niet meer aan bod, omdat het een ander begrenzingsaspect van het antitrustrecht betreft dan (het vraagstuk van) de botsing tussen mededingings- en zorgbelangen.

173 Zaak C-41/90, Hofner, *Jur* 1991, I-1979, r.o. 21.

174 Zaak 118/85, Commissie t. Italië, *Jur* 1987, 2599, r.o. 7, zaak C-35/96, Commissie t. Italië ('CNSD II'), *Jur* 1998, I-3851, r.o. 36, zaak C-218/00, Battistello, *Jur* 2002, I-691, r.o. 23.

fent blijft met haar handelen overigens buiten het bereik van het mededingingsrecht. Een bedrijf dat activiteiten verricht die neerkomen op de uitoefening van overheidsgezag of een orgaan van de staat dat handelt in de hoedanigheid van overheid is dus sowieso niet als onderneming aan te merken in de zin van het mededingingsrecht.¹⁷⁵

Art. 81 lid 3 EG

Art. 81 lid 3 kan ingeroepen worden indien een bepaalde mededingingsbeperkende afspraak voordelen met zich mee brengt voor de technologische innovatie of economische vooruitgang.¹⁷⁶ Deze uitzonderingsgrond kan zeer functioneel zijn op het terrein van technologische innovatie of economische ontwikkeling.¹⁷⁷

De bepaling lijkt echter minder werkzaam te zijn wanneer het gaat om activiteiten en afspraken van zorgverzekeraars of zorgaanbieders in de zorgmarkt die (mede) handelen vanuit bepaalde sociale doelstellingen en sterke mededingingsbeperkende effecten met zich mee brengen. Zo zijn de Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van art. 81 EG op horizontale overeenkomsten¹⁷⁸ en betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG¹⁷⁹ toch in het bijzonder gericht op economische efficiëntie.

175 Zaak C-343/95, *Diego Cali*, *Jur.* 1997, I-1547, r.o. 18, en zaak C-364/92, *SAT Fluggesellschaft t. Eurocontrol*, *Jur.* 1994, I-43, r.o. 30.

176 En vervolgens moet ook nog aan de andere drie cumulatieve voorwaarden voldaan worden voor toepassing van dit artikellid. De Commissie heeft Vo. 358/2003, *Pb.* 2003, L 53/8, uitgevaardigd betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector. Wellicht dat deze Verordening nog iets kan betekenen voor samenwerking tussen verzekeraars in de zorgsector. De Verordening biedt in art. 1 uitzonderingsmogelijkheden voor samenwerking ten aanzien van het berekenen van de dekkingskosten van een bepaald risico, het vaststellen van niet-bindende standaardpolisvoorwaarden en het mede(her)verzekeren van specifieke risicocategorieën. Overigens zitten er duidelijk grenzen aan de uitzonderingen op het kartelverbod vermeld in deze Verordening: flagrante mededingingsbeperkingen zoals premieafspraken zijn niet toegestaan.

177 Denk hierbij aan de ontwikkeling van een nieuw medicijn via een samenwerkingsovereenkomst tussen farmaceutische bedrijven.

178 Mededeling van de Commissie houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.* 2001, C 3/2.

179 Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97.

Art. 86 lid 2 EG

Voor de toepassing van art. 86 lid 2 EG moet aangetoond worden dat de onderneming in kwestie door de overheid belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang en dat zij daarbij een bijzondere taak vervult die haar (door die overheid) is toevertrouwd. In beginsel dient een wettelijke bepaling of een overheidsbesluit de taak aan een onderneming op te dragen. Soms kan ook uit een samenstel van wettelijke regels en beleidsdocumenten een dergelijke toedeling van taken afgeleid worden.¹⁸⁰

Het Hof van Justitie heeft verklaard dat:

"gelet op het [...] belang van de lidstaten hen niet [kan] worden verboden, dat zij bij hun definitie van de diensten van algemeen economisch belang waarmee zij bepaalde ondernemingen belasten, rekening houden met doelstellingen die verband houden met hun nationaal beleid, en trachten deze te verwezenlijken *door middel van verplichtingen en feitelijke beperkingen* [cursivering door auteur; JH] die zij deze ondernemingen opleggen."¹⁸¹

Toch betekent dit niet dat de lidstaten *carte blanche* krijgen. In de zaak *Porto di Genova* heeft het Hof van Justitie aangegeven dat een economische activiteit met een algemeen economisch belang van andere economische activiteiten moet worden onderscheiden.¹⁸² Een onderneming kan dus niet zomaar aanvoeren dat zij een bijzondere taak toevertrouwd heeft gekregen of met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang is belast door de overheid. Hiervoor dient substantieel bewijs aanwezig te zijn.¹⁸³

In de praktijk is niet altijd helder of een onderneming daadwerkelijk door een nationale overheid is belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, of dat de vervulling van een bijzondere taak aan haar is toevertrouwd. Organisaties kunnen ook zelfstandig handelen van-

180 Voor de toepassing van art. 86 lid 2 EG dient te worden aangetoond dat ondernemingen diensten van algemeen economisch belang verrichten waarmee zij op grond van een overheidsbesluit zijn belast. Zie zaak 172/80, Züchner, *Jur.* 1981, 2021, r.o. 7. De vorm waarin dat overheidsbesluit is neergelegd is minder belangrijk. Het overheidsorgaan dient bij dergelijke beslissingen wel te handelen in de hoedanigheid van overheidsorgaan en niet als particulier. Zie zaak C-393/92, Gemeente Almelo, *Jur.* 1994, I-1477, r.o. 4 en 31.

181 Zaak C-157/94, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1997, I-5699, r.o. 40.

182 Zaak C-179/90, Porto di Genova, *Jur.* 1991, I-5889, r.o. 20.

183 Zie Meulman 2004, p. 105.

uit een bepaalde sociale inslag, en van daaruit onderling afspraken maken. Het is de vraag of art. 86 lid 2 EG dan nog wel van toepassing kan zijn.

In het arrest *Ambulanz Glöckner*¹⁸⁴ heeft het Hof van Justitie het leveren van eerstehulpdiensten aangemerkt als een dienst van algemeen economisch belang. Volgens het Hof waren bepaalde medische hulpverleningsorganisaties belast met een taak van algemeen economisch belang, bestaande in de verplichting dag en nacht in het gehele betrokken gebied het spoedvervoer van zieken of gewonden te verzekeren tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting.¹⁸⁵

De Commissie heeft in een staatssteunbeschikking over het Nederlandse risicovereveningssysteem vastgesteld dat de Nederlandse zorgverzekeraars met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang zijn belast.¹⁸⁶ Uiteraard moet worden afgewacht in hoeverre deze vaststelling de toets van de Gemeenschapsrechter zal doorstaan, al heeft het Gerecht een vergelijkbare beschikking van de Commissie in een Ierse staatssteunzaak in stand gehouden.¹⁸⁷ Belangrijk in dit arrest is dat het Gerecht vaststelt dat toepassing van art. 86 lid 2 EG ook mogelijk is indien een overheid géén exclusieve of bijzondere rechten heeft verleend aan ondernemingen. Over deze casuïstiek en de status van de Nederlandse zorgverzekeraars onder art. 86 lid 2 EG verderop meer.¹⁸⁸

'Rule of reason'

In het geval niet aan de voorwaarden van art. 86 lid 2 EG wordt voldaan, zou wellicht het concept van de 'rule of reason' (of een daarop gelijkende variant zoals de 'leer van de inherente beperkingen') uitkomst kunnen bieden. Het gaat hier dan om de niet-economische of maatschappelijke 'rule

184 Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089.

185 Zie zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089, r.o. 55. Zie ook NMa-Richt-snoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, *Stcrt.* 2007, 241, randnr. 118.

186 Zie de Nederlandse staatssteunbeschikking van de Commissie N 541/2004 en N 542/2004, 'Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem', 3 mei 2005, C(2005) 1329def., par. 4.2.1.: "Bijgevolg kan onder deze omstandigheden uit het samenstel van voorwaarden en beperkingen die de overheid oplegt, worden afgeleid dat de betrokken ondernemingen met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang zijn belast."

187 Zaak T-289/03, *BUPA t. Commissie*, *Jur.* 2008, II-81.

188 Zie Paragraaf 3.2.1.2., 3.5 en 3.6.1. van dit hoofdstuk, waar art. 86 lid 2 EG nader aan de orde komt binnen het kader van het Nederlandse zorgstelsel.

of reason' die in lijn ligt met de regel die oorspronkelijk voortkomt uit de jurisprudentie over het communautaire vrijverkeersrecht.¹⁸⁹ Niet bedoeld wordt een economische variant van deze exceptie,¹⁹⁰ waaraan o.a. tegengeworpen zou kunnen worden dat deze het nuttig effect ontnemt aan art. 81 lid 3 EG.¹⁹¹ De maatschappelijke 'rule of reason'-exceptie is gericht op de integratie van een niet-economisch belang in het (economische) EG-recht, en omvat (net zoals art. 86 lid 2 EG) een proportionaliteitstoets.

Naast de toetsingscriteria van het ondernemingsbegrip, de (maatschappelijke) 'rule of reason', en art. 86 lid 2 kan nog een criterium relevant zijn, namelijk dat van de *state action defence*. De *state action defence* is van toepassing wanneer mededingingsbeperkende gedragingen van een onderneming niet zijn terug te voeren op autonoom gedrag maar worden voorgeschreven door een nationale wet.¹⁹²

Bij de toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie biedt het misbruikcriterium zelf mogelijkheden om genuanceerde afwegingen te maken. Met de invulling van dit criterium krijgt het misbruikverbod zijn eigen afbakening. Daarnaast zou de methode van de objectieve rechtvaardigingsgrond¹⁹³ een rol kunnen spelen bij het begrenzen van de werking van de verbodsbepaling.

-
- 189 Sporen van een vergelijkbare benadering zijn inmiddels ook te vinden in het EG-mededingingsrecht. Zie Conclusie A-G Lenz in zaak C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football* t Jean-Marc Bosman, *Jur* 1995, I-4921, r o 269, Conclusie van A-G Cosmas in gev. zaken C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, *Jur* 2000, I-2549, r o 110-112. Vgl. ook zaak C-519/04 P, *Meca-Medina en Majcen* t Commissie, *Jur* 2006, I-6991, r o 42, en zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur* 2002, I-1577, r o 110.
- 190 Denk aan de economische 'rule of reason' uit het Amerikaanse mededingingsrecht met een afweging tussen puur economische voor- en nadelen van een mededingingsbeperkende handeling. Zie over de twee varianten *economic rule of reason* en *policy rule of reason*. Van de Gronden & Mortelmans 2001, p. 316.
- 191 Zoals het Gerecht van Eerste Aanleg EG deed in zaak T-112/99, *Métropole télévision* e a t Commissie, *Jur* 2001, II-2459, r o 72-78 en 107.
- 192 En dit onafhankelijk van de vraag of er wel of niet sancties staan op het niet-nakomen van die nationale wetgeving. Ondernemingen kunnen over het algemeen dus niet beschuldigd worden van schending van het mededingingsrecht in situaties die buiten hun eigen invloedssfeer liggen. Zie ook Wezenbeek-Geuke 2004, p. 74. Zie verder de Conclusie van A-G Jacobs bij gev. zaken C-264, 306, 354 en 355/01, *AOK Bundesverband*, *Jur* 2004, I-2493, die zich ook uitlaat over het gebruik van de *state action defence*.
- 193 De figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond, voor handelen dat eigenlijk misbruik van een machtspositie vormt, zien we bijvoorbeeld terug in de omgangsmethode van het antitrustrecht met het intellectuele eigendomsrecht. De *Magill/IMS Health*-benadering kent de (afwezigheid van een) objectieve rechtvaardigingsgrond als één van de misbruikvoorwaarden. Zie gev. zaken C-241/91P en C-242/91P, *RTE en ITP* t Commissie ('*Magill*'), *Jur* 1995, I-743, r o 55, zaak C-418/01, *IMS Health* t *NDC Health*, *Jur* 2004, I-5039, r o 38. De objectieve rechtvaardigingsgrond kan in

Het is een interessante vraag welke van de hiervoor genoemde exceptiemethoden eventueel een rol zou(den) kunnen spelen in de toepassing van het antitrustrecht op de zorgsector. In de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter is vooral de keuze tussen het ondernemingscriterium en art. 86 lid 2 EG een interessante gebleken. De *state action defence* en de 'rule of reason' zouden wellicht hun nut kunnen hebben als exceptiemethoden in zorgzaken, in geval de Verdragsrechtelijke uitzonderingsinstrumenten (art. 81 lid 3 EG en art. 86 lid 2 EG) een te beperkt toepassingsbereik blijken te hebben in de zorgsectorcasuïstiek.

Voor een nadere analyse van de lijnen die de Gemeenschapsrechter in de loop der jaren heeft uitgezet, passeren in de volgende Paragrafen de *land-mark cases* uit de Europese jurisprudentie de revue: eerst op het terrein van de sociale politiek, daarna op het terrein van volksgezondheid en zorg.

2.2. EG-mededingingsrecht, solidariteit en sociale belangen

In de arresten over het vrije patiëntenverkeer heeft het Hof van Justitie aangegeven dat de gehele zorgsector is doortrokken van economische activiteiten, of publieke instanties nu betrokken zijn bij het proces van (zorg)-dienstverlening of niet.¹⁹⁴ Dit houdt overigens niet in dat iedere activiteit van een speler in het zorgdomein automatisch is te kwalificeren als een economische handeling. Zeker in het mededingingsrecht heeft de Gemeenschapsrechter zich regelmatig moeten uitlaten over grensgevallen waarin een oordeel gevraagd werd over het economische gehalte van bepaalde activiteiten van een organisatie.

In de arresten *Poucet & Pistre*¹⁹⁵ en *Cisal*¹⁹⁶ besliste het Hof dat de instellingen die sociale verzekeringsfondsen beheerden niet als onderneming waren te kwalificeren omdat er te weinig marktwerking aanwezig was in de uitvoering van het betreffende verzekeringssysteem. Het Hof constateerde

deze benadering niet gebruikt worden om zomaar allerlei commerciële belangen van de dominante onderneming in te vullen: de lat voor legitieme commerciële, technische of efficiency-redenen ligt hoog. Verder kunnen publieke belangen zoals privacy-bescherming een dergelijke objectieve rechtvaardigingsgrond vorm geven. Het is overigens denkbaar dat in andere toepassingsgebieden van het misbruikverbod de objectieve rechtvaardigingsgrond als exceptie (iets) minder streng ingevuld wordt en meer gericht is op de normale uitoefening van economische activiteiten door een onderneming in de vrije markt.

194 Zie Davies 2006, p. 20. Vlg. ook zaak C-158/96, Raymond Kohll t. Union des caisses de maladie, *Jur.* 1998, I-1931, r.o. 46.

195 Gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Poucet & Pistre, *Jur.* 1993, I-637.

196 Zaak C-218/00, *Cisal*, *Jur.* 2002, I-691.

dat het solidariteitsbeginsel volledig was doorgevoerd in de sociale verzekeringen in kwestie, en dat dus van kapitalisatie geen sprake was. De hoogte van financiële aanspraken lag vast: deze vloeide voort uit een wettelijk kader. De verzekeringsinstellingen voerden met hun verrichtingen geen economische activiteiten uit.

In het *Poucet & Pistre*-arrest waren drie fundamentele kenmerken te onderscheiden die niet aanwezig zijn bij commerciële verzekeringsregelingen: het ontbreken van winstoogmerk, het nastreven van een sociaal doel en de toepassing van het solidariteitsbeginsel.¹⁹⁷

De mate van solidariteit in o.a. een ziekteverzekering is dus een belangrijke factor bij de beoordeling of er wel of niet sprake is van een economische activiteit en daarmee of er wel of niet sprake is van een onderneming. Ook in door de overheid *verplichte* stelsels kunnen commerciële elementen overigens aanwezig zijn. Dit soort stelsels zijn niet per definitie (volledig) gegrond op onderlinge solidariteit tussen verzekerden.

Het Hof heeft de *Cisal*-lijn bevestigd in het recente arrest *Kattner Stahlbau t. Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*.¹⁹⁸ Wanneer een bedrijfsvereniging (ongevallen)verzekeringsdiensten aanbiedt in het kader van een regeling die het solidariteitsbeginsel ten uitvoer legt, en deze regeling is onderworpen aan staatstoezicht, vervult genoemde organisatie een functie van uitsluitend sociale aard; zij wordt niet beschouwd als onderneming in de zin van het antitrustrecht.¹⁹⁹

Tegenover de uitspraken van het Hof in *Poucet & Pistre* en *Cisal*, kan men de arresten *FFSA*²⁰⁰ en *Albany, Brentjens*, en *Drijvende Bokken*²⁰¹ zetten. In deze zaken besliste het Hof dat Franse en Nederlandse pensioenfondsen ondernemingen waren. Belangrijke overwegingen van het Hof werden gevormd door het gegeven dat de pensioenfondsen volgens het kapitalisatiebeginsel opereerden, en het gegeven dat de hoogte van de uitkeringen dus afhankelijk was van het beleggingsrendement behaald met de inleg. Soli-

197 Zie Conclusie van A-G Tesaurio in gev. zaken C-159/91 en C-160/91, *Poucet & Pistre*, *Jur.* 1993, I-637, r.o. 9.

198 Zie zaak C-350/07, *Kattner Stahlbau t. Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*, n.n.g., r.o. 33-68.

199 Zie zaak C-350/07, *Kattner Stahlbau t. Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*, n.n.g., r.o. 65-68.

200 Zaak C-244/94, *FFSA*, *Jur.* 1995, I-4013.

201 De *Brentjens*-rechtspraak: zaak C-67/96, *Albany*, *Jur.* 1999, I-5751; gev. zaken C-115/97, C-116/97, C-117/97, *Brentjens*, *Jur.* 1999, I-6025; zaak C-219/97, *Drijvende bokken*, *Jur.* 1999, I-6121. Het ging in deze zaken om pensioenfondsen die bij CAO zijn opgericht en waarvoor deelneming is voorgeschreven door de overheid voor alle werknemers in de bedrijfstak.

dariteitsaspecten waren niet of in te geringe mate terug te vinden in het systeem van de pensioenfondsen. Daarnaast bestond voor de pensioenfondsen concurrentie op het aanbieden van ouderdomsverzekeringen van privaatrechtelijke (levens)verzekeringmaatschappijen. Zelfs het ontbreken van winstootmerk was onvoldoende om aan de desbetreffende activiteiten het economische karakter te ontnemen. De verrichtingen van de betrokken pensioenfondsen waren volgens het Hof dus aan te merken als economische activiteiten.

De Gemeenschapsrechter lijkt bij de ondernemingsvraag terdege waarde te hechten aan de beleidsvrijheid die bepaalde organisaties hebben om hun marktoptreden zelf vorm te geven.²⁰²

In de *Brentjens*-rechtspraak was er nog een ander aspect waar het Hof zich over uitliet. De pensioenfondsen waren zoals gezegd te kwalificeren als ondernemingen en in principe onderworpen aan het mededingingsrecht. Het was echter de vraag of de verplichte deelname aan een pensioenfonds (opgericht bij CAO) voor werknemers nu wel of niet onder de werking van art. 81 EG zou vallen. Aangezien de pensioenregeling in het kader van een CAO tot stand gekomen was ging het hier in feite over de vraag of een CAO binnen het toepassingsbereik van het mededingingsrecht valt. Het Hof beantwoordde deze vraag negatief: CAO-afspraken vallen naar hun aard (afpraak tussen sociale partners) en doel (werkgelegenheid) buiten het kartelverbod.²⁰³ Hiermee houdt het Hof een vrij specifieke categorie van private afspraken eenvoudigweg buiten het bereik van het mededingingsrecht. Een afweging tussen niet-economische en mededingingsbelangen is dan niet nodig.

Het Hof van Justitie heeft zich met name in de *Brentjens*-rechtspraak laten inspireren door de EG-Verdragsartikelen over sociale politiek (art. 136-145 EG). Het ging daarbij vooral om art. 137 EG en art. 139 EG, en tevens om art. 1 van de Overeenkomst over Sociale Politiek. De genoemde Verdragsartikelen handelen o.a. over de uitvoering van richtlijnen door en de dialoog tussen sociale partners. Men ziet hier dat het EG-Verdrag nadere regels formuleert voor gedragingen van economische actoren die in potentie de toepassing van het mededingingsrecht teweeg kunnen brengen.

202 Zie ook Loozen 1999, p. 281.

203 Zie ook zaak C-222/98, Van der Woude, *Jur.* 2000, I-7111, r.o. 22-27. Een collectieve afspraak tussen sociale partners over de ziektekostenverzekering van werknemers draagt bij aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden en is daarom evenals de collectieve afspraken over pensioenregelingen in de *Brentjens*-rechtspraak immuun voor het kartelverbod.

De kaders in het EG-Verdrag voor sociale politiek aan de ene kant en volksgezondheid aan de andere kant verschillen nogal van elkaar. De EG-Verdragsbepalingen betreffende volksgezondheid zijn minder uitgebreid en uitgewerkt geformuleerd dan de bepalingen betreffende sociaal overleg. Art. 152 EG schrijft (slechts) voor dat communautair optreden een aanvulling vormt op het nationale beleid en dat de Gemeenschap samenwerking en coördinatie tussen de lidstaten ondersteunt. Het artikel bevat geen specifieke aanwijzingen over de wijze waarop de financiering van nationale gezondheidszorgsystemen of de organisatie van medische dienstverlening geregeld dient te worden in de lidstaten, laat staan dat het artikel iets zegt over de rol die private actoren in de zorgsector kunnen spelen in dit proces.²⁰⁴

Het is dan ook de vraag in hoeverre de arresten van het Hof in de *Brentjens*-rechtspraak precies relevant zijn voor de toepassing van het mededingingsrecht binnen de gezondheidszorg.²⁰⁵ Hier komt bij dat de 'Brentjens-techniek' erg geschikt lijkt om bepaalde sectorkenmerken of sectorgewoonten (zoals het opstellen van CAO's) buiten de werking van het mededingingsrecht te houden. Commerciële handelingen van marktpartijen bij het aanbieden van zorgdiensten of bij de uitvoering van een verzekeringsbedrijf, zullen met deze techniek in principe niet buiten de reikwijdte van het mededingingsrecht gehouden kunnen worden.

2.3. De toepassing van de mededingingsregels in de gezondheidszorg – de uitgangspunten in het Europese recht

2.3.1. Inleiding

Op Europees niveau rijzen de laatste jaren meer en meer vragen over de precieze toepassing van het EG-mededingingsrecht op handelingen van zorgverzekeraars, zorgaanbieders en de farmaceutische industrie.

Zowel de Gemeenschapsrechter als de Commissie hebben zorgaanbieders als ondernemingen gekwalificeerd: de economische activiteiten die zij verrichten betreffen het aanbieden van medische diensten of goederen tegen een vergoeding.²⁰⁶ Zo bepaalde het Hof van Justitie in het *Pavlov*-arrest dat vrijgevestigde medisch specialisten zelfstandig economische activiteiten

204 Hier tegenover staat dan wel weer de aanwezigheid van een volksgezondheid-integratiebeginsel, dat echter is gericht op het optreden van de Gemeenschap, niet op dat van de lidstaten op hun 'eigen' terreinen (namelijk de beleidsgebieden waarop zij een exclusieve competentie behouden hebben)

205 Zie Slot 2003, p. 580-593

206 Zie Van de Gronden 2004a, p. 38

ontplooiën en aldus ondernemingen zijn in de zin van het mededingingsrecht.²⁰⁷ In de APB-zaak was de Commissie al tot deze conclusie gekomen wat betreft apothekers.²⁰⁸ In de zaak *Ambulanz Glöckner* stond een ambulancedienst centraal.²⁰⁹ Het Hof wees wederom op de economische aard van medische diensten die tegen betaling worden geleverd.²¹⁰ Het Hof stipte bovendien aan dat de onderhavige diensten in potentie door de markt konden worden aangeboden – hetgeen in het verleden ook al was gebeurd. De uitvoering hoefde dus niet noodzakelijkerwijs in handen te liggen van publieke organen.²¹¹

Deze rechtspraak houdt niet in dat zorgaanbieders in ieder type zorgstelsel *automatisch* als onderneming zijn te bestempelen. De Gemeenschapsrechter hanteert in dezen een genuanceerde lijn, die een nadere uitwerking vindt in het *FENIN*-arrest. Ook bij zorgverzekeringsinstanties gaat de Gemeenschapsrechter niet zomaar over tot de kwalificatie 'onderneming'. In het *AOK Bundesverband*-arrest verdiepte het Hof van Justitie zich in het ondernemingsvraagstuk in een zorgstelsel waar de zorgverzekeringstaak mede in handen lag van ziekenfondsen. Producenten van geneesmiddelen worden over het algemeen gekwalificeerd als onderneming.²¹²

De farmaceuticasector is regelmatig voorwerp van onderzoek (geweest) door de Commissie onder art. 81 en 82 EG.²¹³ Zo stonden in het kader van het kartelverbod activiteiten van geneesmiddelenproducenten ter belemmering van parallelimporten centraal.²¹⁴ De uitleg van het overeenkomstbegrip vormde in deze casuïstiek een belangrijk onderwerp van discussie.²¹⁵ Inhoudelijk spitste de problematiek zich toe op de differentiatie in

207 Gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98, Pavlov t. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, *Jur.* 2000, I-6451, r.o. 76 en 77.

208 Beschikking Commissie van 14 december 1989, zaaknr. 90/33/EEG, APB, *Pb.* 1990, L 18/35.

209 Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089.

210 Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089, r.o. 20.

211 Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089, r.o. 20.

212 Dit volgt impliciet (zonder dat de Gemeenschapsrechter nu uitvoerig ingaat op het ondernemingscriterium) uit arresten als zaak 41/69, *ACF Chemiefarma t. Commissie*, *Jur.* 1970, 661; zaak 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici t. Commissie*, *Jur.* 1990, I-45; zaak T-41/96, *Bayer t. Commissie*, *Jur.* 2000, II-3383. Zie ook Commissiebeschikking 2001/791 van 8 mei 2001, *Glaxo Wellcome (aanmelding)*, *Pb.* 2001, L 302/1, par. 109.

213 Zie bijvoorbeeld Van Ginneken 2008, p. 65-70.

214 Zie bijvoorbeeld Beschikking Commissie van 10 januari 1996, zaaknr. 96/478/EG, *ADALAT*, *Pb.* 1996, L 201/1; zaak T-41/96, *Bayer AG t. Commissie*, *Jur.* 2000, II-3383, en het hoger beroep in gev. zaken C-2/01 P en C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure en Commissie t. Bayer AG*, *Jur.* 2004, I-23.

215 Zie hierover nader Parret 2004, p. 147-152.

verkoopvoorwaarden van de kant van geneesmiddelenproducenten ten aanzien van groothandelaren, en wel aan de hand van de bestemming van de farmaceutica voor binnenlandse verkoop of uitvoer.²¹⁶ Op deze zaken wordt in het kader van dit hoofdstuk niet nader ingegaan, omdat zij niet direct betrekking hadden op een botsing tussen mededingings- en zorgbelangen. Wanneer de vrije handel in medicijnen tot lagere prijzen leidt, kunnen beide typen belangen juist met elkaar sporen.

Farmaceutica-producenten dienen rekening te houden met het misbruikverbod bij hun strategisch gebruik van octrooibeschermtng. Deze problematiek bevindt zich echter op het snijvlak van het mededingingsrecht en het intellectuele eigendomsrecht, waaraan een apart hoofdstuk is gewijd in dit boek.

2.3 2. De FENIN-zaak

In het *FENIN*-arrest²¹⁷ heeft het Gerecht vastgesteld dat voor de bepaling van de economische aard van een activiteit als de aankoop van producten of diensten door een organisatie, deze aankoop niet los kan worden gezien van het latere gebruik van het door de koper verworvene. De aankoop van producten is pas economisch van aard, indien de koper deze producten vervolgens gebruikt om zelf een goed of een dienst aan te bieden op de markt.²¹⁸ De aard van het latere gebruik bepaalt dus de (al dan niet) economische inslag van de aankoopactiviteit. Op deze wijze wordt uiteindelijk vastgesteld of een organisatie is te kwalificeren als onderneming bij de aankoop van bepaalde producten of diensten en daarmee binnen het bereik van het antitrustrecht valt, of niet.

De *FENIN*-zaak draaide om de aankoop van zorgproducten (medische hulpmiddelen) door de beheersorganen van het Spaanse nationaal gezondheidstelsel SNS, dat deze producten nodig had om zorg aan te kunnen bieden aan zijn leden. Het Gerecht ging er in deze zaak van uit dat de beheersorganen die de goederen aankochten met die goederen verder geen commerciële activiteiten verrichtten, maar ze slechts inzetten om hun publieke taak van goede gezondheidszorg uit te voeren. Het SNS werkte

216 Zie bijvoorbeeld Beschikking Commissie van 8 mei 2001, zaaknr. 2001/791, Glaxo Wellcome (aanmelding), *Pb* 2001, L 302/1 en het beroep daartegen in zaak T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited t. Commissie, *Jur* 2006, II-2969

217 Zaak T-319/99, *FENIN* t. Commissie, *Jur* 2003, II-357. Zie voor een nadere analyse van dit arrest Louri 2005, p. 87-97

218 In dit verband geldt als ijkpunt voor het bestaan van een economische activiteit, het (zelfstandig) aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt, en niet de aankoopactiviteit van producten op een toeleveringsmarkt. Zie zaak T-319/99, *FENIN* t. Commissie, *Jur* 2003, II-357, r.o. 36

daarbij op basis van het solidariteitsbeginsel, aangezien het gefinancierd werd middels sociale bijdragen en andere overheidsbijdragen en het systeem op basis van een algemene dekking gratis diensten verleent aan zijn leden.²¹⁹ Het Gerecht redeneerde dat de aankoopactiviteiten niet als economisch waren aan te merken in de zin van het mededingingsrecht, en de beheersorganen derhalve niet als onderneming konden worden bestempeld.

Hoewel het Gerecht er in deze zaak van uit ging dat er geen marktwerking aanwezig was in het zorgaanbod van het SNS, is het de vraag of dat feitelijk ook echt het geval was. Waarschijnlijk speelden marktwerkingfactoren wel degelijk een rol in het functioneren van de sector, omdat de openbare ziekenhuizen van het SNS in sommige gevallen tegen betaling diensten verleenden aan personen die niet bij het SNS-stelsel waren aangesloten (zoals buitenlandse toeristen). Maar omdat dit gegeven te laat was ingebracht in de klachtprocedure bij de Commissie zijn deze factoren nimmer als feiten meegenomen in het geschil en aldus inhoudelijk niet aan bod gekomen in het arrest van het Gerecht.²²⁰

De uitspraak in het *FENIN*-arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg is logisch: indien de rechter constateert dat zorgverleners met aangekochte goederen geen activiteiten opstarten die op enigerlei wijze onderhevig zijn aan marktwerking, dan is deze aankoop van goederen of diensten geen economische activiteit. Het is echter wel de vraag of dit uitgangspunt vaak praktijk is binnen de zorgsector, omdat bij de uitoefening van veel zorgdiensten toch bepaalde marktwerkingselementen kunnen worden aangewezen.²²¹ In de toekomst zal dit uitgangspunt wellicht moeilijker toepasbaar blijken in menige Europese lidstaat, indien landen zouden overgaan tot (verdergaande) introductie of versterking van marktwerking in de gezondheidszorg. Zo lijkt marktwerking in ieder geval definitief een voornaam plaats te hebben afgedwongen in het Nederlandse zorgstelsel van de toekomst.

Het Hof van Justitie heeft in hoger beroep het arrest van het Gerecht in stand gehouden.²²² De *FENIN*-lijn van het Gerecht blijft hiermee in stand.

Na het *FENIN*-arrest van het Gerecht was het de vraag of de redeneerwijze van de communautaire rechter ook toegepast zou kunnen worden op de

219 Zie zaak T-319/99, *FENIN* t. Commissie, *Jur.* 2003, II-357, r.o. 39.

220 Zie r.o. 41-44 van het *FENIN*-arrest.

221 De redeneerwijze van *FENIN* kan wellicht van groot belang zijn voor andere domeinen dan de gezondheidszorg (denk aan het gebied van het onderwijs).

222 Zaak C-205/03P, *FENIN* t. Commissie, *Jur.* 2006, I-6295. Zie nader over dit arrest Sluijs 2007, p. 40-42.

zorgverzekeringsmarkt. Een redenering zou kunnen zijn dat ondanks het bestaan van marktwerking op de zorginkoopmarkt, verzekeraars geen ondernemingen zijn als er geen ruimte voor marktwerking bestaat bij het aanbieden van de zorgverzekeringen.²²³ Bijgevolg zou het mededingingsrecht niet van toepassing zijn op verzekeraars die afspraken maken over de inkoop van zorg, indien deze inkoop niet geëxploiteerd wordt via commerciële activiteiten op een vrije zorgverzekeringsmarkt, maar is gericht op het verzorgen van diensten met een sociaal, publiek doel. Het was de vraag hoe het Hof van Justitie om zou gaan met het ondernemingsbegrip in de zorgverzekeringsmarkt, en welke rol de opzet en werkwijze van zorgverzekeringsorganisaties daarbij zouden spelen.

2.3.3. De AOK Bundesverband-zaak

In het arrest *AOK Bundesverband* stond de rechtsvraag centraal of het gezamenlijk vaststellen van uniforme maximumprijzen voor geneesmiddelen door (organisaties van) ziekenfondsen in Duitsland in strijd was met art. 81 EG.²²⁴ Een wettelijke regeling stippelde een traject uit waarbinnen de Duitse ziekenfondsverenigingen uiteindelijk gezamenlijk de vaste maximumbedragen voor de vergoeding van geneesmiddelen vaststelden. Slaagden deze ziekenfondsen er niet in om vaste maximumbedragen vast te stellen, dan werd de beslissing genomen door de Duitse minister. Bij de beantwoording van de vraag of art. 81 EG geschonden wordt concentreert het Hof zich op het ondernemingscriterium en concludeert dat de Duitse ziekenfondsen niet zijn te beschouwen als ondernemingen bij het vaststellen van de maximumprijzen.

De Duitse ziekenfondsen concurreren met elkaar op het vlak van het premietarief om verzekerden voor zich te kunnen winnen. Verzekerden zijn vrij in de keuze van hun ziekenfonds.²²⁵ Toch geeft het Hof met een verwijzing naar de arresten *Poucet & Pistre* en *Cisal* aan dat de Duitse ziekenfondsen een taak van zuiver sociale aard vervullen in het beheer van het sociale zekerheidsstelsel, die berust op het beginsel van solidariteit en ieder winst-oogmerk mist. De ziekenfondsen keren verplichte vergoedingen uit aan hun verzekerden die niet afhangen van het bedrag van de premies. Daarbij vormen zij een op solidariteit gebaseerde gemeenschap die onderling kos-

223 Van de Gronden & Mortelmans 2003b, zie p. 472.

224 Gev. zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK Bundesverband e.a.*, Jur. 2004, I-2493. Zie voor een nadere analyse van dit arrest: Belhaj & Van de Gronden 2004, p. 682-687; Algera 2004, p. 139-147; Riedel 2004, p. 241-245.

225 R.o. 8 van het AOK-arrest.

ten en risico's compenseert.²²⁶ De uiteindelijke aanspraken van verzekerden worden dus, net zoals in *Poucet & Pistre*, binnen een wettelijk stramien vastgesteld, waarbij een directe relatie tussen inleg en uitkering ontbreekt.

Opvallend is dat het Hof redeneert dat het feit dat onderlinge concurrentie bestaat tussen de ziekenfondsen op het vlak van premiehoogte niets afdoet aan de aard van hun sociale activiteiten. De aanwezigheid van het concurrentie-element zet slechts aan tot efficiëntie en een zo goedkoop mogelijke organisatie (twee beginselen van goed beheer van een organisatie), zonder echter iets te veranderen aan de niet-economische aard van de activiteiten van de ziekenfondsen.²²⁷ De ziekenfondsen in kwestie zijn diens-tengevolge bij de uitoefening van de betreffende activiteiten dan ook niet aan te merken als 'onderneming', aldus het Hof.

Men kan aanvoeren dat het feit dat onderlinge concurrentie bestaat tussen de ziekenfondsen op het vlak van premiehoogte wél iets afdoet aan de aard van hun activiteiten: de doelstellingen van de ziekenfondsen blijven wellicht sociaal van aard, maar hun optreden in de markt kenmerkt zich wel degelijk door een strijd om de consument. De verhoging van efficiëntie in de bedrijfsvoering is van groot belang. Hiermee wordt dit optreden economisch van aard en komt het binnen het bereik van het mededingingsrecht. De manier om de private betrokkenheid bij de vaststelling van maximumprijzen voor geneesmiddelen vervolgens uit te zonderen van de werking van het antitrustrecht, is de toepassing van een exceptiebepaling. Een mogelijke overweging hierbij zou bijvoorbeeld zijn dat de Duitse ziekenfondsen een specifieke beheertaak van algemeen belang uitvoeren.

Het Hof volgt deze redenering dus niet, en concludeert dat de ziekenfondsen geen ondernemingen zijn. Curieus genoeg gaat de Gemeenschapsrechter in het vervolg van het arrest dan toch nog nader in op de situatie dat ziekenfondsen wél ondernemingen zouden zijn.²²⁸ Het Hof werkt als het ware een tweede toets uit, misschien 'voor het geval dat'. Deze tweede toets spitst zich toe op de wijze waarop de ziekenfondsen uitvoering geven aan hun beheertaken in het sociale zekerheidsstelsel. Het Hof overweegt dat de ziekenfondsen bij het vaststellen van maximumbedragen niet een eigen belang op het oog hebben, dat kan worden losgekoppeld van het uitsluitend sociale doel van de ziekenfondsen. Zij kwijten zich van een verplichting die volledig verbonden is met hun activiteiten in het Duitse wettelijk ziektekostenverzekeringssstelsel.²²⁹ Langs deze weg

226 R.o. 51-53 van het AOK-arrest.

227 R.o. 56 van het AOK-arrest.

228 R.o. 58-64 van het AOK-arrest.

229 R.o. 63 van het AOK-arrest.

komt het Hof uiteindelijk uit bij dezelfde conclusie als bij de eerste toets: Duitse ziekenfondsen fungeren bij de vaststelling van maximumbedragen als uitvoerders van de wet, en handelen niet als ondernemingen.²³⁰

Het lijkt er op dat het Hof zijn uiteindelijke conclusie ('geen ondernemingen') voor de zekerheid ook met een tweede redeneerwijze wilde onderbouwen. Hoewel de afwegingen formeel plaatsvinden binnen het ondernemingscriterium, komen inhoudelijk toch associaties op met art. 86 lid 2 EG en de figuur van de *state action defence*. Het is de vraag of het ondernemingscriterium de juiste maatstaf is om (dit soort) zorgverzekeringszaken te beoordelen onder het mededingingsrecht, of dat bepaalde excepties hiervoor een geschikter toetsingsinstrument zouden vormen.²³¹

Een kanttekening kan geplaatst worden bij het gebruik van het element van het winstoogmerk om vast te stellen of een organisatie nu wel of niet als 'onderneming' gekwalificeerd moet worden. Van de Gronden merkt op dat dit criterium een *come back* maakt in het AOK-arrest als bepalende factor in de ondernemingsvraag.²³²

Het criterium van het al dan niet bestaan van een winstoogmerk bij een organisatie lijkt geen geschikt criterium ter bepaling of deze instantie nu wel of niet een onderneming is en of aldus het mededingingsrecht van toepassing kan zijn, zeker niet in het volksgezondheidsveld. In de Nederlandse zorgsector zijn ook na de stelselherziening een groot aantal ziektekostenverzekeraars actief die statutair geen winstoogmerk hebben, in de zin van een doelstelling van aan derden (aandeelhouders) uitkeerbare gelden. Deze verzekeraars zijn echter commercieel zeer actief en concurreren volop met andere verzekeraars in de markt. Het feit dat ze geen winst beogen te maken in bovenstaande zin, doet in feite niets af aan de economische aard van hun verzekeringsactiviteiten. In het Nederlandse zorgverle-ningssegment werkt het overgrote deel van de ziekenhuizen en behandel-

230 R o 64 van het AOK-arrest

231 A-G Jacobs kiest in zijn conclusie bij het AOK-arrest duidelijk voor art 86 lid 2 als instrument om de juridische problemen op te lossen, naast de maatstaf van de *state action defence*. Zie Conclusie A-G Jacobs bij gev zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband e a , Jur 2004, I-2493, r o 72-102. Art 86 lid 2 aan de ene kant en de *state action defence* aan de andere kant zijn twee verweren die ieder hun eigen karakteristieke werking hebben in dit soort zorgzaken. Bij beide dient een kader van nationale wetgeving aanwezig te zijn. Voor de *state action defence* dient er een regelgevend kader te zijn dat een aantal concrete wettelijke verplichtingen oplegt aan ondernemingen. Voor art 86 lid 2 EG dient een nationale wet of publiekrechtelijk besluit in ieder geval een taak van algemeen belang te formuleren en op te dragen aan bepaalde ondernemingen, zonder dwingend en in de finesses voor te schrijven hoe deze taak precies moet worden uitgevoerd (dan is immers een beroep mogelijk op de *state action defence*).

232 Van de Gronden 2004c, p 281 en 282

centra op basis van de WTZi nog steeds zonder winstoogmerk.²³³ Dit wil niet zeggen dat ziekenhuizen zich niet kunnen of mogen manifesteren in de markt. Met het aanbieden van zorgdiensten kunnen zij wel degelijk economische activiteiten verrichten.²³⁴

Ook bedrijven zonder winstoogmerk kunnen dus zeer competitief en commercieel opereren in een markt, en daar in volle concurrentie met andere ondernemingen hun activiteiten ontplooiën. Het is niet meer dan logisch dat in dat geval het mededingingsrecht van toepassing kan zijn op deze bedrijven.

Hoe het ook zij, de conclusie van het Hof in het AOK-arrest is duidelijk: organisaties van ziekenfondsen zijn geen ondernemingen in de zin van art. 81 EG wanneer zij in het kader van de uitvoering van wettelijke beheertaken van het sociale zekerheidsstelsel maximumbedragen vaststellen voor de vergoeding van geneesmiddelen. De aanwezigheid van een zekere mate van concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt doet daaraan niets af.

2.3.4 *Enige conclusies*

Het is opvallend dat het publieke belang in gezondheidszorgzaken via de band van het ondernemingscriterium de mededingingsrechtelijke toetsing binnenkomt. Deze benadering van de Gemeenschapsrechter ziet men op andere terreinen eigenlijk niet terug.²³⁵

In de AOK-zaak maakten de ziekenfondsen onderling prijsafspraken, maar zij deden dat in een wettelijk systeem dat deze taak aan hen oplegde en daarbij voorschreef dat als de ziekenfondsen de prijzen niet zouden bepalen, de minister het zou doen. Het zou erg ver gaan om deze ziekenfondsen daadwerkelijk te veroordelen wegens een schending van het anti-

233 Vgl art 5 WTZi. Deze zorgverstrekkers ontvangen doorgaans overigens financiering van de overheid.

234 Zie Hatzopoulos 2002, p. 707. "The position is less clear with regard to public hospitals, where health services are genuinely offered for free, being financed directly from the State budget and where the personnel has the status of civil servant. According to the broad definition of 'undertaking' put forward by the Court, whereby any activity pursued or susceptible of being pursued for profit is to be considered as an economic activity, even these public hospitals should be treated as undertakings."

235 De benadering van het Hof waarin organisaties die zijn belast met de uitvoering van typische overheidsprerogatieven buiten het ondernemingsbegrip vallen (de *Diego Cali*-lijn), en de benadering waarin afspraken op sociaal terrein buiten de reikwijdte van het antitrustrecht blijven (de zogenaamde *Brentjens*-benadering) behelzen net andersoortige afwegingen. Zie over de *Diego Cali*-lijn Paragraaf 1.4 en 3.4.2 van Hoofdstuk II, zie over de *Brentjens*-benadering Paragraaf 3.8.1. van Hoofdstuk II.

trustrecht, terwijl ze eigenlijk ingeschakeld worden om het werk van de minister te doen. Het is echter de vraag langs welke weg in een dergelijke situatie de disapplicatie van het mededingingsrecht bereikt dient te worden. Wellicht had het Hof in plaats van het ondernemingscriterium in casu beter hetzij de *state action defence*, hetzij art. 86 lid 2 EG kunnen gebruiken.

De *state action defence* zou van toepassing kunnen zijn indien ondernemingen onder overheidsdruk mededingingsbeperkende afspraken maken of andersoortige mededingingsbeperkende handelingen verrichten. Hierbij spelen twee aspecten een rol: of er daadwerkelijk een wettelijke verplichting rust op de ondernemingen om mededingingsbeperkende handelingen te verrichten; zo ja, of de ondernemingen daadwerkelijk een eigen inbreng hebben in het vaststellen van mededingingsbeperkende voorwaarden.²³⁶

Wanneer een overheid ondernemingen slechts stimuleert tot het maken van afspraken, of ondernemingen afspraken maken die buiten een wettelijke plicht vallen, zal een beroep op de *state action defence* niet opgaan. Als een wettelijke regeling echter een duidelijke plicht oplegt aan spelers in het veld om zelfstandig inhoud te geven aan bepaalde regelingen, zou een beroep op dit verweer kunnen slagen.

In de AOK-zaak zou nog een punt van discussie kunnen zijn of de ziekenfondsen als ondernemingen voldoen aan de voorwaarden van de *state action defence*. Het is niet helemaal duidelijk in hoeverre de Duitse wet de ziekenfondsen verplicht om maximumprijzen vast te stellen en hoeveel vrijheid zij daarbij hebben.²³⁷ Een beroep op de *state action defence* zou kans van slagen kunnen hebben. De Duitse wet legt maximumprijsstelling min of meer op aan ziekenfondsen, en instrueert deze fondsen door het directief dat de ziekenfondsen zo laag mogelijke maximumprijzen dienen vast te stellen.

Voor een beroep op art. 86 lid 2 EG moet aangetoond worden dat de overheid een bijzondere taak van algemeen economisch belang heeft opgedragen aan de betrokken ondernemingen. De voorwaarden van art. 86 lid 2 zijn in dit opzicht scherper dan die van de *state action defence*. Indien men er van uit zou gaan dat de ziekenfondsen in AOK ondernemingen zijn, een taak van algemeen belang uitoefenen, en daarbij wel degelijk enige ruimte hebben om zelf hun beleid te bepalen, komt toepassing van art. 86 lid 2 EG in beeld. Het voordeel van toepassing van deze bepaling boven het gebruik van het ondernemingscriterium als beslissende toetsingsmaatstaf

236 Zie de Conclusie van A-G Jacobs bij het AOK-arrest, r.o. 80-84

237 In de verschillende stadia van de nationale gerechtelijke procedure werd deze feitelijke vraag ook verschillend beantwoord door Duitse rechters.

(zoals is gebeurd in het AOK-arrest), is dat art. 86 lid 2 via een proportionaliteitstest een veel beter uitgewerkt toetsingskader kent om tot een genuanceerde afweging te komen. Hier staat tegenover dat art. 86 lid 2 EG veel strikte toepassingsvoorwaarden kent dan het ondernemingscriterium en daarmee een beperkter toepassingsbereik heeft. Bovendien leidt de proportionaliteitstoets tot een gecompliceerde afweging. In gezondheidszorgzaken komt bij de toepassing van art. 86 lid 2 EG een nationaal zorgbelang te staan tegenover een communautair mededingingsrechtelijk belang. Deze belangen lopen uiteen op twee onderdelen: zorgbelang tegenover mededingingsbelang,²³⁸ en nationaal belang tegenover communautair belang.

Het lijkt ten slotte goed om het belang van het AOK-arrest van de Gemeenschapsrechter enigszins te relativiseren, evenals de waarde van het *FENIN*-arrest. Hoewel beide uitspraken zeker als *landmark cases* zijn te betitelen, is het de vraag of de realiteit van ontwikkelingen in (de organisatie van) de gezondheidszorg in de lidstaten de juridische uitgangspunten van de Gemeenschapsrechter niet zal inhalen. Wanneer in de nabije toekomst meer concurrentiemogelijkheden worden geïntroduceerd of anderszins toegelaten in de nationale stelsels van gezondheidszorg – hetzij aan de verzekeringskant, hetzij aan de uitvoeringszijde – is het de vraag of de stelregels uit beide arresten nog opgaan, of dat hiervoor de benodigde aanknopingspunten ontbreken.

3. MEDEDINGINGSRECHT EN DE NEDERLANDSE ZORGSECTOR

In dit onderdeel komt de eigenlijke toepassing van het Nederlandse en Europese antitrustrecht op de Nederlandse zorgsector aan de orde.

Eerst volgt een beschrijving van de initiatieven die de NMa in de loop der jaren heeft ontwikkeld ten aanzien van de Nederlandse gezondheidszorg. Daarna gaat de aandacht uit naar de betekenis van het kartel- en misbruikverbod voor drie soorten actoren in de Nederlandse zorg: de zorgverzekeraars, de zorgaanbieders en de 'tussenpartijen' (denk aan zorgkantoren en zorgmakelaars). Bij elke categorie wordt ruim aandacht besteed aan de wijze waarop het antitrustrecht omgaat met de mededingingsrechtelijk meest interessante gedragingen van de zorgactoren in kwestie. Dit onderdeel sluit af met een korte evaluatie van de toepassing van het antitrustrecht op de Nederlandse zorgsector, gevolgd door een

238 Wellicht kan via het volksgezondheid-integratiebeginsel van art. 152 lid 1 EG een communautair tegenwicht aan de zorgkant gevonden worden tegen het mededingingsbelang.

analyse van de verschillende exceptiemethoden en -instrumenten die ter beschikking staan in zorgzaken.

3.1. Historische ontwikkelingen in het mededingingsbeleid ten aanzien van de Nederlandse zorgsector – de initiatieven van de NMa

Eén van de eerste voorbeelden van veranderende omstandigheden in de Nederlandse zorgsector en een daarmee gepaard gaande herijking van de toepassing van het mededingingsrecht, betrof de concentratiebewegingen tussen ziekenhuizen. Fusies tussen ziekenhuizen worden vanaf het begin van de eenentwintigste eeuw effectief getoetst door de NMa.²³⁹ Voorheen gaf de NMa bij aangemelde ziekenhuisfusies aan dat daadwerkelijke concurrentie tussen ziekenhuizen door de toen geldende wet- en regelgeving nog niet mogelijk was, ofschoon ze al wel als ondernemingen konden worden beschouwd.²⁴⁰ Met de ontwikkelingen in de wetgeving van de laatste jaren, is concurrentie op basis van kwaliteit, service en zorgaanbod al mogelijk geworden.²⁴¹ De ziekenhuissector wordt bovendien meer en meer opengesteld voor vrije prijsvorming.

Ook in de AWBZ-zorg was sprake van een verschuiving in de concurrentiemogelijkheden voor zorgaanbieders, in de zin van een openstelling op

239 De eerste zaak waarin een fusie tussen ziekenhuizen uitvoerig inhoudelijk werd getoetst, was het NMa-besluit van 28 januari 2004, zaaknr. 3524/47, Concentratie Juliana Kinderziekenhuis-Rode Kruis Ziekenhuis en Leyenburg Ziekenhuis. De NMa concludeerde uiteindelijk dat er geen reden was om aan te nemen dat door de fusie een economische machtspositie zou ontstaan omdat er voldoende aanbieders overbleven in de markt. Recent heeft de NMa een opvallend besluit genomen in een concentratiezaak betreffende twee ziekenhuizen uit de provincie Zeeland. In haar besluit van 25 maart 2009 in zaaknr. 6424, Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuis, verleende de NMa onder voorschrijven een vergunning voor de totstandbrenging van de fusie tussen beide ziekenhuizen; dit ondanks zorgen over een significante mededingingsbeperking op de markten voor algemene ziekenhuiszorg in Midden-Zeeland, als resultaat van het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie.

240 Zie NMa-besluit van 5 juni 1998, zaaknr. 165, Concentratie Sophia Ziekenhuis en Ziekenhuis-Verpleeghuis De Weezenlanden, randnr. 44.

241 De NMa heeft in haar Visiedocument *Concurrentie in de ziekenhuissector* uit 2004 reeds geconstateerd dat de context waarin ziekenhuizen (na wijzigingen in de regelgeving) vanaf 1 januari 2003 opereerden, ruimte bood voor concurrentie. Alle aanbieders van ziekenhuiszorg zijn sindsdien in belangrijke mate vrij in het bepalen van de hoeveelheid, samenstelling, vorm en kwaliteit van de door hen aangeboden zorg. Alleen de vrijheid wat betreft het vaststellen van prijzen ontbrak op dat moment nog. Zie NMa, Visiedocument *Concurrentie in de ziekenhuissector* (visiedocument 3128/55), Den Haag: NMa 2004, p. 31 en 32.

steeds meer onderdelen van de dienstverlening voor het proces van concurrentie.²⁴² Door de overheveling van zorgtypen zoals de extramurale zorg en de intramurale zorg tot één jaar naar de nieuwe Zorgverzekeringswet, is de AWBZ een groot deel van haar voor marktwerking openstaande zorg weer kwijtgeraakt.

Het proces van concurrentie grijpt dus hoe langer hoe meer om zich heen in de zorg, waarmee ook het potentiële bereik van het mededingingsrecht zich uitbreidt.

De NMa heeft de afgelopen jaren beslissingen moeten nemen betreffende de toepassing van de Nederlandse Mededingingwet op gedragingen van zorgverzekeraars, zorgaanbieders en tussenpersonen (zorgmakelaars; zorgkantoren). De toegangspoort tot toepassing van het mededingingsrecht is, ook in de Nederlandse rechtspraktijk, het begrip 'onderneming'. Dit criterium neemt een belangrijke plaats in bij de afbakening van het toepassingsgebied van mededingingsrechtelijke verboden op de zorgsector.²⁴³

De NMa heeft een aantal beleidsdocumenten uitgevaardigd om de toepassing van de Mededingingswet op de zorgsector te verduidelijken: de regelmatig herziene²⁴⁴ Richtsnoeren voor de zorgsector,²⁴⁵ het Visiedocument 'Concurrentie in de ziekenhuissector'²⁴⁶ en het Visiedocument 'AWBZ-zorgmarkten'.²⁴⁷ De documenten bevatten een overzicht van eerdere

242 Zie NMa, Visiedocument *AWBZ-zorgmarkten* (visiedocument 3130/66), Den Haag NMa 2004, randnr 110-124. Zie verder Persbericht NMa 04-03 van 22 januari 2004, 'NMa concurrentie in ziekenhuis- en AWBZ-zorg mogelijk'; NMa, 10 juni 2003, 'Informatie- en consultatiedocument AWBZ-zorgmarkten', Persbericht NMa 03-23 van 10 juni 2003, 'NMa Nieuwe regels AWBZ-sector maken concurrentie mogelijk'.

243 Ook in andere lidstaten van de EG speelt de afbakeningsproblematiek in hoeverre economische wetgeving van toepassing te verklaren op handelingen van organisaties in de zorgsector. Een voorbeeld daarvan is België met het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 23 mei 2003 in de zaak 'L'union professionnelle des entreprises d'assurances et consorts c. Solimut et consorts' (Arrêt de 23 mai 2003 de la Cour d'appel de Bruxelles, neuvième chambre, N° 2002/AR/2531).

244 Zie laatstelijk nog Persbericht 07-35 van de NMa van 12 december 2007, 'NMa herziene Richtsnoeren voor de zorgsector'.

245 Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, *Stcrt* 2007, 241 (eerdere versies en wijzigingen in *Stcrt* 2002, 206, *Stcrt* 2005, 122, *Stcrt* 2006, 44). De Richtsnoeren richten zich op verticale, maar vooral horizontale afspraken tussen actoren in de zorgsector, en op concentratiecontrole in de zorg. Het verbod op misbruik van een economische machtspositie komt niet of nauwelijks aan bod in de Richtsnoeren.

246 NMa, Visiedocument *Concurrentie in de ziekenhuissector* (visiedocument 3128/55), Den Haag: NMa 2004, voorafgegaan door het NMa-Consultatiedocument *Concurrentie in de ziekenhuissector* (consultatiedocument 3128/16) uit juni 2003.

247 NMa, Visiedocument *AWBZ-zorgmarkten* (visiedocument 3130/66), Den Haag NMa 2004.

casuïstiek en veel informatie over de werking van de verschillende zorgmarkten en vormen van samenwerking op die markten. Van baanbrekend nieuws over de juridische instrumenten die gebruikt kunnen worden bij de afbakening van het mededingingsrecht ten aanzien van de zorgsector, is geen sprake.

De consultatiedocumenten over de ziekenhuis- respectievelijk AWBZ-zorg concluderen in ieder geval dat meer en meer ruimte ontstaat voor concurrentie in deze domeinen. Toepassing van de Mededingingswet ten aanzien van de ziekenhuissector staat slechts open, indien en voor zover de sector zich (potentieel) leent voor concurrentie. Ter beoordeling van de vraag of concurrentie mogelijk is in de ziekenhuissector, geeft de NMa een drietal cumulatieve voorwaarden waaraan ten minste in enige mate moet zijn voldaan. Het gaat dan om (i) de vrijheid van aanbieders in het bepalen van de hoeveelheid, samenstelling, vorm, prijs en/of kwaliteit van het aanbod; (ii) het bestaan van prikkels om de 'productie' te verhogen; (iii) de mogelijkheden voor afnemers (patiënten en verzekeraars) om een aanbieder te kiezen en de inhoud en omvang van de zorgvraag te bepalen.²⁴⁸

Waar de Nederlandse wet- en regelgever zorgactoren meer en meer ruimte heeft gelaten voor ondernemerschap, bestaan ook nog andere motieven van waaruit de spelers in het zorgveld in hun bedrijfsvoering handelen. Zo zijn zij gehouden om hun praktijk in kwalitatief en organisatorisch opzicht goed te laten functioneren.

In dit kader zijn het afgelopen decennium verschillende soorten samenwerkingsverbanden ontstaan tussen zorgactoren. De opstelling van de NMa²⁴⁹ is dat daar waar samenwerking de efficiëntie of de kwaliteit verhoogt, afspraken tussen ondernemers in de zorg in het voordeel van de consument kunnen zijn, mits de concurrentie niet onnodig wordt beperkt. Mededingingsautoriteiten hebben over het algemeen een voorkeur voor het meten van concrete voordelen van een kartelafpraak voor de consument, die op korte termijn worden verwezenlijkt vanuit een directe relatie tussen gebruiker en bij de kartelafpraak betrokken ondernemingen.²⁵⁰ Het

248 Zie NMa, Visiedocument *Concurrentie in de ziekenhuissector* (visiedocument 3128/55), Den Haag: NMa 2004, p. 10.

249 Zie Persbericht 07-35 van de NMa van 12 december 2007, 'NMa herziert Richtsnoeren voor de zorgsector'.

250 Al zijn er ook wel terreinen of onderwerpen waarop de mededingingsautoriteiten zich minder strikt opstellen. Zo ziet men dat de Commissie en de NMa bij de beoordeling van milieuovereenkomsten in het kader van art. 81 lid 3 EG respectievelijk art. 6 lid 3 Mw, relatief coulant zijn op het punt van de termijn waarbinnen voordelen voor de consument zichtbaar moeten zijn, en op het punt wie de voordelen in concreto zouden moeten ontvangen. In de inschatting van de vermindering van milieu-

is de vraag of samenwerkingsverbanden tussen zorgactoren deze voordelen altijd direct en concreet (meetbaar) voortbrengen.

3.2. De positie van de zorgverzekeraars in het antitrustrecht

3.2.1. *Het ondernemingscriterium en de exceptie voor diensten van algemeen economisch belang nader beschouwd*

3.2.1.1. Het ondernemingscriterium

In de zorgverzekeringsbranche vormt het ondernemingscriterium een eerste horde voor de toepassing van de antitrustverboden. De vraag is wat precies de mededingingsrechtelijke status is van de verzekeraars in het huidige zorgbestel. Bij de beantwoording van deze vraag is het goed om eerst even stil te staan bij het fenomeen 'verzekering' zelf.

"Verzekering [...] is een mechanisme waarbij gelijkaardige risico's samen worden gebracht bij een verzekeringsmaatschappij die deze risico's, gebruikmakend van de wet van de grote getallen, kan spreiden over de grote groep verzekerden. Door die risicospreiding ontstaat tussen gelijkaardige risico's binnen eenzelfde risicogroep [...] een bepaalde solidariteit; dit wordt de risico- of kanssolidariteit genoemd."²⁵¹

Belangrijk om te melden is dat de hier vermelde solidariteit geen betrekking heeft op nobele sociale doelstellingen, maar een verzekeringstechniek is om risico's te spreiden. Verzekeraars zullen, wanneer zij de vrije hand hebben, altijd streven naar (een zekere) selectiviteit in hun verzekerdenbestand en naar risicoselectie. In de Nederlandse zorgsector zijn deze bedrijfsvoeringstechnieken nu net verboden door de Zvw,²⁵² omwille van solidariteitsdoelstellingen van sociale aard.

Nu zorgverzekeraars niet vrij zijn om hun bedrijf uit te oefenen op voorwaarden die zij zelf zouden willen stellen, is het de vraag hoeveel ruimte er blijft voor de toepassing van het mededingingsrecht op deze organisaties. Een eerste essentiële maatstaf voor de applicatie van dit rechtsgebied is het ondernemingscriterium. Vandaar dat vanuit verschillende

schade als voordeel voor de consument, zit vaak onontkoombaar een langetermijnperspectief besloten. Een exacte be- of toerekening van milieuvoordelen is daarbij lang niet altijd mogelijk. Bij het vaststellen van het voordeel voor de consument worden collectieve voordelen van een milieuovereenkomst toegerekend aan de individuele gebruiker van een product, ook al zijn deze voor een specifieke consument niet significant. Zie nader over dit onderwerp Paragraaf 2.4., 2.5.1. en 3.2. van Hoofdstuk VII.

251 Faure 2005, p. 1786.

252 Zie art. 3 en art. 17 Zvw.

hoeken de vraag beantwoord is of zorgverzekeraars het stempel 'onderneming' verdienen.

De NMa heeft in haar beschikkingspraktijk lange tijd de inmiddels (qua status) opgeheven ziekenfondsen gekwalificeerd als ondernemingen, zowel met betrekking tot het aanbieden van een ziektekostenverzekering als met betrekking tot het inkopen van zorg.²⁵³ Hierdoor kwamen deze zorgactoren ook binnen het bereik van de mededingingsrechtelijke verboden van art. 6 Mw en 24 Mw. Na het AOK *Bundesverband*-arrest van het Hof van Justitie uit 2004, is de NMa echter op haar eerdere beslissingslijn inzake ziekenfondsen teruggekomen. Zij was voortaan van mening dat ziekenfondsen toch geen ondernemingen waren in de zin van het mededingingsrecht.²⁵⁴

Het ziekenfonds bleek de kwalificatie 'onderneming' uiteindelijk niet te kunnen dragen in de ogen van de NMa, althans niet in het post-AOK-tijdperk. Het ziekenfonds is met de inwerkingtreding van de Zvw zijn plaats in het Nederlandse zorgverzekeringslandschap echter kwijtgeraakt. Privaat opererende zorgverzekeraars bieden tegenwoordig hun diensten aan binnen een publiekrechtelijk kader. Waar twijfel bestond over de ziekenfondsen onder de oude ZFW, is de situatie helder wat betreft de zorgverzekeraars die onder de huidige Zvw hun diensten aanbieden aan de Nederlandse consument: zij kunnen als onderneming beschouwd worden. De Commissie heeft de uitgangspunten duidelijk verwoord in haar beschikking over het Nederlandse risicovereveningssysteem in de zorgverzekeringsmarkt:

253 Zie NMa-besluit van 29 december 1998, zaaknr. 1165, Concentratie Anoz Verzekeringen/Anova-ZAO, randnr. 14; NMa-besluit van 18 juni 1999, zaaknr. 882, Ontheffingsaanvraag Amicon Zorgverzekeraar, en zaaknr. 407, Klacht van Texincare en Tevict t. Amicon Zorgverzekeraar, randnr. 43-50; NMa-besluit van 25 oktober 1999, zaaknr. 224, Inkooporganisatie Multizorg, randnr. 39-40; NMa-besluit van 15 december 2000, zaaknr. 590 en 1972, Ontheffingsaanvraag Amicon Zorgverzekeraar en Vrijgevestigd Fysiotherapeut, en zaaknr. 1570, Sanders t. Amicon Zorgverzekeraar, randnr. 55; NMa-besluit van 6 juli 2001, zaaknr. 912, CZ Apotheek, randnr. 72; NMa-besluit van 23 augustus 2001, zaaknr. 1915, Zilveren Kruis Geneesmiddelenformulier Kenmerk, randnr. 43 en 44.

254 Zie Persbericht NMa van 29 april 2005, 'NMa ziet ziekenfondsen niet als ondernemingen': "De NMa ziet ziekenfondsen niet langer als ondernemingen". Zie ook NMa-besluit van 26 mei 2005, zaaknr. 3473, 4119, 4697, 4698, 4699, 4700, 4701, 4702, 4703, 4704, 4705, 4706, 4707, 4708, 4709, 4710, 4711, 4728, 4729, 4730, 4731, 4732, 4733, 4734, 4735, 4736, 4737, 4738, 4739, 4740, 4741, 4742, 4743, 4744, 4745, 4746, Klachten van zorgaanbieders m.b.t. misbruik inkoopmacht zorgverzekeraars.

"De particuliere verzekeraars van wie de activiteiten onder de Zorgverzekeringswet vallen, vervullen niet uitsluitend een sociale functie, zij vervullen ook economische activiteiten. Zij streven winst na. Het staat de verzekeraars vrij de nominale premies vast te stellen en te bepalen hoe dit vermogen wordt gebruikt en wat de hoogte van de winst is. [...] Bijgevolg worden de activiteiten als economische activiteiten aangemerkt en zijn de verzekeraars dus ondernemingen [...]"²⁵⁵

De Nederlandse wetgever heeft, met de terughoudende opstelling van het Europese recht (c.q. de Gemeenschapsrechter) bij de ondernemerskwalificatie van ziekenfondsen/zorgverzekeraars in het achterhoofd, voor wat betreft het Nederlandse mededingingsrecht duidelijkheid willen geven. Art. 122 van de Zorgverzekeringswet luidt:

"Een zorgverzekeraar wordt, voor zover deze niet kan worden aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 81 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, voor de toepassing van de Mededingingswet aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 1 van die wet."

Nu het ondernemingscriterium geen problemen oplevert, behoort een schending van het kartelverbod of het verbod op misbruik van machtspositie bij het optreden van zorgverzekeraars zeker tot de mogelijkheden. Mocht van een dergelijke overtreding sprake zijn, dan komen de excepties in beeld.

3.2.1.2. Art. 86 lid 2 EG

Het belang van art. 86 lid 2 voor het Nederlandse mededingingsrecht is groot, mede omdat deze bepaling dient als inspiratiebron voor de Nederlandsrechtelijke equivalenten art. 11 en 25 Mw. Voor de zorgsector neemt het belang van art. 86 lid 2 alleen maar toe, nu de Commissie en de Gemeenschapsrechter recent een zeer interessante invulling hebben gegeven aan de bepaling in een Nederlandse en Ierse zorgzaak.

Zoals al is uiteengezet in Paragraaf 2.1. hierboven, hangt toepassing van art. 86 lid 2 (mede) af van de vraag of een onderneming een bijzondere taak van algemeen economisch belang toevertrouwd heeft gekregen van de overheid. Al te formalistisch in zijn beoordeling van deze voorwaarde

255 Zie de Nederlandse staatssteunbeschikking van de Commissie N 541/2004 en N 542/2004, 'Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem', 3 mei 2005, C(2005) 1329def., par. 3.1. De Commissie merkt ook nog op: "Geldt voor de aangeboden verzekeringen weliswaar een risicovereveningssysteem, toch is het risicovereveningssysteem zo opgebouwd dat [...] concurrentie niet wordt beperkt. Het risicovereveningssysteem stimuleert juist de concurrentie."

is de Gemeenschapsrechter niet, maar het is anderzijds ook niet zo dat art. 86 lid 2 *carte blanche* geeft aan iedere overheidsconstructie.

De Commissie heeft in een staatssteunbeschikking over het Nederlandse risicovereveningsstelsel vastgesteld dat de Nederlandse zorgverzekeraars met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang zijn belast.²⁵⁶ De argumentatie van de Commissie luidt als volgt:

"[] de Nederlandse regering [heeft] ervoor gekozen dat, in plaats van één verzekeraar met een publieke taak te belasten, meerdere verzekeraars actief kunnen zijn op de markt, waar de risico's worden verevend ingeval de risicoprofielen van de verzekeraars verschillen. De Nederlandse regering verplicht bij wet ondernemingen die diensten verrichten, die als diensten van algemeen economisch belang kunnen worden aangemerkt, deze diensten onder bepaalde beperkingen uit te voeren.

De voorwaarden die deze ondernemingen worden opgelegd [] omvatten i) een acceptatieplicht, ii) een verbod premies te differentiëren naar gelang het gezondheidsrisico van de verzekerde

Daarnaast bepaalt de Zorgverzekeringswet dat. iii) de overheid de risico's bepaalt die tot het verzekeringspakket moeten behoren (in zoverre moeten de verzekeraars een standaardcontract door het CTZ laten goedkeuren), en iv) zorgverzekeraars aan specifiek toezicht zijn onderworpen, met onder meer informatieverplichtingen ten aanzien van het CTZ, en v) zorgverzekeraars verplicht zijn landelijk te werken. Zoals gezegd, zijn al deze verplichtingen gebaseerd op de solidariteitsbeginselen die in de Zorgverzekeringswet zijn vastgelegd

Bijgevolg kan onder deze omstandigheden uit het samenstel van voorwaarden en beperkingen die de overheid oplegt, worden afgeleid dat de betrokken ondernemingen met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang zijn belast []"²⁵⁷

De Commissie wijst ter onderbouwing van de vaststelling dat de zorgverzekeraars zijn belast met het beheer van een DAEB op het feit dat de Zorgverzekeringswet een aantal (stevige) voorwaarden oplegt aan zorgverzekeraars, en dat deze laatste groep onderworpen is aan specifiek overheids-toezicht. De Commissie benadrukt dat solidariteit ten grondslag ligt aan deze eisen.

De aanwezigheid van solidariteitsbeginselen als grondslag voor de bepalingen van de Zorgverzekeringswet lijkt van groot belang voor de beslissing van de Commissie. Het is namelijk sterk de vraag of de randvoorwaarden en andere eisen van de Zvw de dienstverlening door de zorgverzekeraars op zichzelf tot een DAEB maken, hoe ingrijpend en stringent de

256 Zie de Nederlandse staatssteunbeschikking van de Commissie N 541/2004 en N 542/2004, 'Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningsstelsel', 3 mei 2005, C(2005) 1329fn, par. 4.2.1

257 Nederlandse staatssteunbeschikking van de Commissie N 541/2004 en N 542/2004, 'Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningsstelsel', 3 mei 2005, C(2005) 1329fn, par. 4.2.1

voorwaarden op onderdelen ook mogen zijn. Er zijn zoveel sectoren van de economie die vanuit publiek(rechtelijk)e overwegingen gereguleerd worden en te maken hebben met scherp overheidsstoezicht. De aanwezigheid van dergelijke wettelijke kaders maakt nog niet dat de actoren in het economische speelveld dan ook meteen belast zijn met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang. Op deze wijze zou bijna iedere onderneming door de overheid toevertrouwd zijn met een bijzondere taak.

Onder de Zvw is in principe sprake van vrije toetreding van zorgverzekeraars tot de markt, mits zij zich aan de voorwaarden van de wet houden. Dit uitgangspunt dient te leiden tot een situatie van daadwerkelijke concurrentie in de zorgverzekeringsbranche. Art. 86 lid 2 EG verwijst naar lidstaten die ondernemingen een bijzondere taak toevertrouwen. Deze aanwijzing lijkt te duiden op een situatie dat de nationale overheid één onderneming of een bepaalde besloten groep van ondernemingen aanwijst als uitvoerders van een DAEB. Een bijzondere taak toevertrouwen aan een in principe open groep van uitvoerders is eigenlijk een *contradictio in terminis*. Een lidstaat vertrouwt dan geen bijzondere taak toe aan de spelers in het veld, maar maakt economische activiteiten mogelijk in een gereguleerde omgeving (namelijk onder een aantal randvoorwaarden).

Misschien dat men hier tegenover kan zetten dat de eisen die de Zvw stelt vanuit een solidariteitsgedachte (i.e. de acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie naar gezondheidsrisico, en de overheidsbemoeienis met het verzekeringspakket) zo diep ingrijpen in de kern van de dienstverleningsactiviteit in kwestie (namelijk het verzekeringswezen), dat zij deze transformeren tot een activiteit die de normale commerciële bedrijfsvoering te boven gaat: tot een taak van algemeen (economisch) belang dus. Maar dit soort redeneringen lijkt mij te balanceren op een heel dunne lijn.

Tegen de staatssteunbeschikking van de Commissie over het Nederlandse risicovereveningssysteem was beroep ingesteld bij het Gerecht,²⁵⁸ maar dit is ingetrokken.²⁵⁹ De Gemeenschapsrechter kan zich in deze zaak dus niet uitlaten over de vraag in hoeverre de redenering van de Commissie stand houdt. Het Gerecht heeft zich inmiddels wel uitgesproken over een Iers

258 Dit beroep stond als aanhangige zaak ingeschreven onder nummer T-84/06, Azivo Algemeen Ziekenfonds De Volharding t. Commissie, Pb. 2006, C 108/27.

259 Zie het Register van zaken die zijn ingediend bij het Gerecht van Eerste Aanleg op <<http://curia.europa.eu/en/content/juris/t2.htm>>: "T-84/06: Removed from the register on 13/10/2008, Azivo Algemeen Ziekenfonds De Volharding/Commission".

risicovereveningssysteem in de zorg,²⁶⁰ dat gelijkenissen vertoont met het Nederlandse stelsel. Het Gerecht heeft daarbij een vergelijkbare redenering van de Commissie als hierboven is behandeld, gesauveerd. De Gemeenschapsrechter overwoog:

"[...] het loutere feit dat de nationale wetgever in het algemeen belang in ruime zin aan alle ondernemers van een sector toestemmings-, functionerings- of controleregels oplegt, is in beginsel niet aan te merken als een taak van algemeen economisch belang [...]. Daarentegen is het voor de erkenning van een taak van algemeen economisch belang niet noodzakelijk dat de met die taak belaste ondernemer een uitsluitend of bijzonder recht voor de vervulling van die taak wordt verleend. Uit artikel 86, lid 1, EG in samenhang met lid 2, blijkt, dat onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds een aan een ondernemer verleend bijzonder of uitsluitend recht en anderzijds de taak van algemeen economisch belang die in voorkomend geval met dat recht verbonden is [...]. De verlening van een bijzonder of uitsluitend recht aan een ondernemer is het eventueel gerechtvaardigde instrument dat het die ondernemer mogelijk maakt een taak van algemeen economisch belang te verrichten. [Er] [...] schuilt derhalve geen fout in de vaststelling van de Commissie [...], dat de toewijzing van een taak van algemeen economisch belang ook kan bestaan in een verplichting die aan meerdere of zelfs aan alle op dezelfde markt actieve ondernemers is opgelegd [...]"²⁶¹

Het Gerecht voegt hier aan toe dat de verplichte aard van de betrokken dienst een essentiële voorwaarde voor het bestaan van een taak van algemeen economisch belang (TAEB) in de zin van het Gemeenschapsrecht vormt. Die verplichte aard moet aldus worden begrepen dat de ondernemers die met een TAEB worden belast, in beginsel gehouden zijn de betrokken dienst op de markt aan te bieden met inachtneming van de door de overheid geformuleerde verplichtingen. Met name gaat het dan om de verplichting een bepaalde commerciële activiteit uit te oefenen onafhankelijk van de kosten die daarmee gemoeid zijn.²⁶²

Het Gerecht concludeert:

"Om een dienst als verplicht te beschouwen volstaat het derhalve, indien geen uitsluitend of bijzonder recht is verleend, dat de met een dergelijke taak belaste ondernemer verplicht is die dienst te verstrekken aan elke gebruiker die daarom vraagt. Met andere woorden, de verplichte aard van de dienst en dus het bestaan van een taak van algemeen economisch belang zijn bewezen, indien de dienstverlener verplicht is contracten te sluiten tegen vaste condities, zonder de andere contractpartij

260 Zie de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg van 12 februari 2008 op het beroep tegen de Ierse staatssteunbeschikking van de Commissie N 46/2003, 'Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market', C(2003) 1322def, in zaak T-289/03, BUPA t. Commissie, *Jur.* 2008, II-81.

261 Zie zaak T-289/03, BUPA t. Commissie, *Jur.* 2008, II-81, r.o. 178 en 179.

262 Zie zaak T-289/03, BUPA t. Commissie, *Jur.* 2008, II-81, r.o. 188.

te kunnen afwijzen. Laatstgenoemd element biedt de mogelijkheid de onder een taak van algemeen economisch belang vallende dienst te onderscheiden van alle andere op de markt verrichte diensten en dus van alle andere volledig vrij uitgeoefende activiteiten [...]."²⁶³

In de zorgverzekeringssector kan men in het kader van een eventueel bestaande TAEB (en de daarmee samenhangende verplichtingen) denken aan de acceptatieplicht, uniforme tariefstelling, levenslange dekking en minimumprestaties.²⁶⁴

De invulling van de inhoud van een dienst van algemeen economisch belang (zoals: welke kenmerken of kwaliteitseisen moet een dergelijke dienst in zich verenigen?)²⁶⁵ wordt doorgaans aan de lidstaten overgelaten. Art. 86 lid 2 EG biedt op dit punt geen uitgewerkt model. De toetsing van de Gemeenschapsrechter kan terughoudend zijn.

Aan de wijze waarop een lidstaat een bijzondere taak toebedeelt aan één of meerdere ondernemingen in de markt, dienen in het kader van art. 86 lid 2 echter strenge eisen te worden gesteld. Doet men dat niet, dan ligt uitholling van de exceptie op de loer. Dit komt niet overeen met de restrictieve wijze waarop de taakbelastingsvoorwaarde in art. 86 lid 2 is geformuleerd.

De NMa stelt zich voorlopig terughoudend op waar het gaat om de rol van de 'DAEB'-exceptie in de Nederlandse zorgsector. In haar Richtsnoeren voor de zorgsector geeft de NMa aan dat de exceptie beperkt dient te worden uitgelegd.²⁶⁶

Hoe het ook precies zij met de inroepbaarheid van art. 86 lid 2 EG, het lijkt logisch dat de reikwijdte van deze exceptie zich beperkt tot mededingingsbelemmeringen die direct voortvloeien uit of samenhangen met wettelijke verplichtingen die de overheid aan ondernemingen oplegt. Het is dus niet zo dat deze bepaling inroepbaar is bij iedere mededingingsbeperkende handeling van een onderneming die is belast met een TAEB.

263 Zie zaak T-289/03, BUPA t. Commissie, *Jur.* 2008, II-81, r.o. 190.

264 Vgl. zaak T-289/03, BUPA t. Commissie, *Jur.* 2008, II-81, r.o. 191.

265 Zo stelt het Gerecht in zaak T-289/03, BUPA t. Commissie, *Jur.* 2008, II-81, r.o. 166: "As regards competence to determine the nature and scope of an SGEI mission within the meaning of the Treaty, and also the degree of control that the Community institutions must exercise in that context, it follows from [...] the case-law of the Court of First Instance that Member States have a wide discretion to define what they regard as SGEIs and that the definition of such services by a Member State can be questioned by the Commission only in the event of manifest error [...]."

266 NMa-Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, *Stcrt.* 2007, 241, randnr. 116 en 120.

3.2.2. Samenwerking tussen zorgverzekeraars en het kartelverbod

In de tijd van het oude ziekenfondsstelsel zijn de *particuliere* zorgverzekeraars met elkaar tot een solidariteitsregeling gekomen omtrent de acceptatie van aspirant-verzekeringnemers. Dit Solidariteitsprotocol bevatte een afspraak om premiedifferentiatie naar leeftijd binnen afzonderlijke individuele verzekeringsproducten aan een bepaalde bandbreedte te binden. Bovendien bevatte het Solidariteitsprotocol een afspraak om het uiteenlopen van de tarieven voor collectieve en individuele contracten tegen te gaan.

De NMa achtte het protocol in strijd met art. 6 lid 1 Mw. De premiebandbreedte-regeling had een horizontaal karakter (nagenoeg alle particuliere ziektekostenverzekeraars in Nederland waren deelnemer) en zou naar verwachting marktbreed tot minder scherpe premiestellingen en premieverhogingen leiden. Het protocol had in dit opzicht dus een mededingingsbeperkend effect. Hetzelfde gold eigenlijk voor de regeling om het tariefverschil tussen collectieve en individuele contracten te mitigeren.²⁶⁷

Een uitzondering op basis van art. 6 lid 3 Mw zat er ook niet in. Zo achtte de NMa het niet aannemelijk dat de premiebandbreedte-regeling een bijdrage zou leveren aan de economische vooruitgang, noch dat een billijk aandeel in eventuele voordelen de gebruikers ten goede zou komen. De regeling verhinderde de felle concurrentie ten aanzien van jonge verzekerden, terwijl dit tot de normale werking van de markt voor particuliere ziektekostenverzekeringen zou moeten behoren. Het is niet aan partijen om te bepalen wat een maatschappelijke grens voor premiedifferentiatie zou moeten zijn, aldus de NMa. Ook aan de andere twee voorwaarden van art. 6 lid 3 Mw werd niet voldaan. Zo constateerde de NMa dat circa 100% van de Nederlandse markt voor particuliere ziektekostenverzekeringen bij de solidariteitsregeling was aangesloten, hetgeen een belangrijke aanwijzing vormde voor het ontbreken van voldoende restconcurrentie.²⁶⁸

Zorgverzekeraars kunnen onderling overleg voeren over een gezamenlijke opstelling ten opzichte van zorgaanbieders. Hierbij kan men denken aan een afstemming omtrent de te hanteren tarieven ten opzichte van medische dienstverleners en producenten van zorgproducten. Bij afspraken die in een dergelijke setting gemaakt worden, stelt het kartelverbod al gauw vraagtekens.

267 Besluit 16 december 2002, zaaknr. 2605/31, Zorgverzekeraars Nederland – Solidariteitsprotocol, randnr. 78-112

268 Besluit 16 december 2002, zaaknr. 2605/31, Zorgverzekeraars Nederland – Solidariteitsprotocol, randnr. 113-146

In haar besluiten is de NMa soms restrictief,²⁶⁹ en dan weer coulant²⁷⁰ geweest ten aanzien van samenwerkingsverbanden tussen zorgverzekeraars op inkoopgebied. Bepalend hierbij waren de marktaandelen van de deelnemende ziektekostenverzekeraars: hoe kleiner de marktaandelen, des te kleiner de kans op een schending van art. 6 Mw. Verder geldt natuurlijk dat hoe groter de selectie aan zorgtypen is waarvoor ziektekostenverzekeraars een gezamenlijk inkoopbeleid voeren, des te groter de kans wordt dat de deelnemers zich begeven op een (deel)markt waarop ze een groot marktaandeel hebben.

De zorgverzekeraars in Nederland voeren bij bepaalde farmaceutica een gezamenlijk preferentiebeleid ten aanzien van de geneesmiddelenindustrie. Dit preferentiebeleid houdt in dat de zorgverzekeraars uit een aantal gelijkwaardige geneesmiddelen één of meer producten aanwijzen die met uitsluiting van de soortgelijke producten van andere leveranciers voor vergoeding in aanmerking komen. Als maatstaf in het vergelijkingsproces gelden de apotheekinkoopprijzen.

Een gezamenlijk preferentiebeleid van zorgverzekeraars vereist onderling overleg en onderlinge afspraken. Het kartelverbod komt dan om de hoek kijken. De NMa heeft zich in een Informele zienswijze uitgelaten over het preferentiebeleid inzake bepaalde groepen geneesmiddelen en dit toegestaan.²⁷¹ De NMa overwoog dat het preferentiebeleid slechts van toepassing was op een beperkt aantal geneesmiddelen, dat er voldoende concurrentie overbleef tussen de zorgverzekeraars, en dat de verzekeraars de besparingen verrekenden in de premies waardoor hun verzekerden hiervan profiteerden. De NMa benadrukte dat een preferente status slechts gold voor een periode van zes maanden.²⁷² Het preferentiebeleid kon bovendien niet anders dan gezamenlijk gevoerd worden: een individueel preferentiebeleid bleek louter tot prijsverhogingen te leiden en was dus ge-

269 Besluit NMa 13 oktober 2000, zaaknr. 652, Inkoop Samenwerkingsovereenkomsten ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ. Voorwerp van onderzoek door de NMa was de gezamenlijke inkoop van een uitgebreid pakket aan zorgdiensten op het vlak van extramurale zorg, hulpmiddelen, intramurale zorg en ondersteunende hulpdiensten.

270 Besluit NMa 25 oktober 1999, zaaknr. 224, Inkooporganisatie Multizorg. Centraal in deze zaak stond de gezamenlijke inkoop van hulpmiddelen en kraamzorg.

271 Zie Brief van de NMa van 22 juni 2005 aan brancheorganisatie Zorgverzekeraars Nederland inzake een verzoek om een informele zienswijze preferentiebeleid ('Informele zienswijze preferentiebeleid'), kenmerk 4713/6.b39. Zie ook Persbericht NMa 05-21 van 22 juni 2005, 'NMa staat preferentiebeleid zorgverzekeraars toe'.

272 Brief van de NMa van 22 juni 2005 aan brancheorganisatie Zorgverzekeraars Nederland inzake een verzoek om een informele zienswijze preferentiebeleid ('Informele zienswijze preferentiebeleid'), kenmerk 4713/6.b39, p. 5-7.

doemd te mislukken.²⁷³ Van groot belang was verder dat het preferentiebeleid eindelijk echte prijsconcurrentie teweeg bracht onder de leveranciers van geneesmiddelen.²⁷⁴ Onder deze omstandigheden was geen sprake van een schending van art. 6 Mw en art. 81 EG in de ogen van de NMa: voor zover de kartelverboden zelf al geschonden zouden zijn, waren voldoende argumenten aangevoerd voor de toepassing van de excepties van art. 6 lid 3 Mw en art. 81 lid 3 EG.²⁷⁵

De Rechtbank Breda acht het preferentiebeleid (vooralsnog) niet in strijd met art. 6 Mw of art. 81 EG. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is nog onvoldoende aannemelijk dat de NMa het preferentiebeleid als een relevante inperking van de mededinging in de zin van het kartelverbod zal aanmerken.²⁷⁶

3.2.3. *Het optreden van zorgverzekeraars en het misbruikverbod*

3.2.3.1. De inzet van het misbruikinstrumentarium op de zorgverzekeringsmarkt

Het verbod op misbruik van een machtspositie is met name relevant voor Nederlandse zorgverzekeraars, omdat deze vaak nog steeds een machtspositie hebben binnen de regio waar zij ooit hun verzekeringsbedrijf hebben opgebouwd.

Zorgverzekeraars lopen het risico art. 24 Mw (of eventueel art. 82 EG) te schenden in hun optreden naar zorgaanbieders toe. Voor toepassing van het misbruikverbod dient allereerst aangetoond te worden dat een

-
- 273 Voorheen was sprake van margeconcurrentie, waarbij de leveranciers concurreerden op de hoogte van de marge voor de apotheekhouder. Deze koos dan de leverancier die hem de hoogste marge bood. Bij margeconcurrentie bestaat derhalve voor de leveranciers een prikkel om de prijs zo hoog mogelijk vast te stellen. De voordelen (de marge) komen ten goede aan de apotheekhouder en worden dus niet doorgegeven aan de eindgebruiker. Zie Brief van de NMa van 22 juni 2005 aan brancheorganisatie Zorgverzekeraars Nederland inzake een verzoek om een informele zienswijze preferentiebeleid ('Informele zienswijze preferentiebeleid'), kenmerk 4713/6.b39, p. 7.
- 274 Brief van de NMa van 22 juni 2005 aan brancheorganisatie Zorgverzekeraars Nederland inzake een verzoek om een informele zienswijze preferentiebeleid ('Informele zienswijze preferentiebeleid'), kenmerk 4713/6.b39, p. 8.
- 275 Brief van de NMa van 22 juni 2005 aan brancheorganisatie Zorgverzekeraars Nederland inzake een verzoek om een informele zienswijze preferentiebeleid ('Informele zienswijze preferentiebeleid'), kenmerk 4713/6.b39, p. 7.
- 276 Noch de Informele zienswijze preferentiebeleid van de NMa uit 2005, noch de Richtsnoeren voor de zorgsector (zoals vernieuwd in 2007) geven daarvoor voldoende aanknopingspunten, aldus de voorzieningenrechter. Zie Rechtbank Breda 4 januari 2008, BOGIN e.a. t. CZ Groep e.a., LJN-nr. BC1188, reg. nr. 183442/KG ZA 07-712, r.o. 3.6.

zorgverzekeraar een dominante positie inneemt op de markt. Zoals hierboven al is aangegeven, hebben zorgverzekeraars door de regionale concentratie in hun werkgebieden al gauw een hoog marktaandeel op (regionaal afgebakende) markten. Toch heeft de NMa in het verleden wel vastgesteld dat zorgverzekeraars met zeer grote marktaandelen géén machtspositie in handen hadden, aangezien zij op de zorginkoopmarkt geconfronteerd werden met een machtsblok van collectief onderhandelende zorgverleners.²⁷⁷ De NMa heeft echter ook (soms zelfs al in dezelfde besluiten) beslist dat deze samenwerkingsverbanden tussen collectief opererende zorgaanbieders op zichzelf in strijd zijn met het mededingingsrecht (namelijk het kartelverbod).²⁷⁸

In de NMa-casuïstiek betreffende misbruik in de zorg, vormt art. 24 Mw doorgaans het aangrijpingspunt; van toepassing van art. 82 EG is lang niet altijd sprake. Zorgmarkten worden (nog steeds) veelal langs nationale of regionale lijnen afgebakend.

De exceptie van art. 25 Mw geeft in theorie de mogelijkheid om een uitzondering op art. 24 Mw te maken. Een probleem bij de toepassing van art. 25 Mw is echter dat deze bepaling niet direct als verweer ingeroepen kan worden in een civiele of bestuursrechtelijke procedure. Slechts de NMa is bevoegd om art. 25 Mw toe te passen in een speciale ontheffingsprocedure op aanvraag.

Daarnaast kent art. 25 Mw, net zoals art. 86 lid 2 EG en art. 11 Mw, de inhoudelijke problematiek rond de voorwaarde dat nationale wetgeving de onderneming in kwestie een bijzondere taak van algemeen economisch belang moet toevertrouwen. Het is de vraag of een dergelijke (taak)-toebedeling altijd teruggevonden kan worden in de Nederlandse regelgeving die van toepassing is op de actoren in de zorg. Wellicht dat de Europese rechtspraak in de nabije toekomst meer licht werpt op (en ruimte geeft voor) de interpretatie van deze voorwaarde.

Vooralsnog vormt art. 25 Mw eigenlijk nooit onderwerp van een (ontheffings)procedure bij de NMa. Partijen doen niet of nauwelijks een beroep op deze bepaling middels een ontheffingsaanvraag, in ieder geval niet in zorgzaken.

277 Zie NMa-besluit van 15 december 2000, zaaknr. 590 en 1972, Ontheffingsaanvraag Amicon Zorgverzekeraar Vrijgevestigd Fysiotherapeut, en zaaknr. 1570, Sanders t. Amicon Zorgverzekeraar, randnr. 140-150; NMa-besluit van 20 april 2000, zaaknr. 995, Organisatie van Nederlandse Tandprotheticici t. Zorgverzekeraars Nederland, randnr. 55-79.

278 Over dit onderwerp (de positie van zorgverleners onder het antitrustrecht) meer in Paragraaf 3.3.2. en 3.3.3. van dit hoofdstuk.

Art. 24 Mw vormt al met al een belangrijke aanvulling op het mededingingsrechtelijke instrumentarium in de zorgsector: waar art. 6 Mw de zorgaanbieders in toom houdt, daar biedt art. 24 Mw de mogelijkheid om grip te houden op het optreden van zorgverzekeraars.²⁷⁹ De vraag is onder welke omstandigheden zorgverzekeraars het verbod op misbruik van machtspositie precies (kunnen) schenden.

3.2.3.2. Het optreden van zorgverzekeraars in de relatie tot zorgverleners: rechtspraak en beschikkingspraktijk

Ziektekostenverzekeraars hebben de mogelijkheid om al dan niet zorgcontracten af te sluiten met behandelaars en andere zorgaanbieders. Bij de NMa zijn in de loop der jaren regelmatig klachten binnengekomen over vermeend misbruik door zorgverzekeraars, omdat deze om hen moverende redenen weigerden om met bepaalde zorgverleners in zee te gaan. Zorgverzekeraars zijn zoals gezegd nog immer sterk regionaal geconcentreerd wat betreft hun klantenbestand van verzekerden. Zij hebben dan ook vaak een groot marktaandeel in hun 'eigen' regio.

Wanneer zorgverzekeraars weigeren om een zorgcontract af te sluiten met een bepaalde zorgverlener, terwijl andere zorgaanbieders in de regio wél voor een overeenkomst in aanmerking komen, heeft dit grote (financiële) repercussies voor de behandelaar die buitenspel staat.

Uit de besluiten van de NMa komt naar voren dat zorgverzekeraars in principe vrij zijn om op individuele basis zorgovereenkomsten te sluiten met medische dienstverleners. Toepassing van de Mededingingswet op het contracteerbeleid betekent niet dat een zorgverzekeraar moet onderhandelen met iedere zorgaanbieder, of dat een verzekeraar zonder meer de voorwaarden van een zorgverlener zou moeten accepteren. Dit is niet anders indien de zorgverzekeraar een economische machtspositie bezit in de zin van art. 24 Mw.²⁸⁰ Zorgverzekeraars mogen standaardcontracten

279 Zo moet voorkomen worden dat zorgverzekeraars een eventueel vacuüm aan de kant van de (onder het juk van het kartelverbod zuchtende) zorgverleners opvullen door misbruik van hun machtspositie, bijvoorbeeld in de vorm van het opleggen van onredelijke contractuele voorwaarden. Zie Van de Gronden 2001b, p. 275.

280 Zie Persbericht NMa 05-16 van 27 mei 2005, 'NMa wijst klachten zorgaanbieders tegen zorgverzekeraars af': "De Mededingingswet dwingt niet tot individuele onderhandelingen tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars, ook niet als een zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft. Het staat een zorgverzekeraar vrij zijn eigen inkoopbeleid vorm te geven, mits de criteria die hij hierbij hanteert objectief, transparant en non-discriminatoir zijn."

aanbieden aan zorgaanbieders.²⁸¹ Zij dienen in hun contracteerbeleid wel de uitgangspunten van objectiviteit, transparantie en non-discriminatie te hanteren.²⁸²

Een zorgverzekeraar mag zelfstandig een merkenvoorkeurslijst opstellen voor bepaalde hulpmiddelen of medicijnen. Het is begrijpelijk dat een verzekeraar merken selecteert die de beste prijs-kwaliteitverhouding kunnen bieden. Bij de keuze van zijn wederpartij(en), maakt een zorgverzekeraar slechts gebruik van zijn normale recht om te kiezen met welke zorgverstrekker(s) hij een overeenkomst wil sluiten.²⁸³

Bij de toetsing van zorgverzekeraarsgedrag aan art. 24 is de NMa in het kader van het misbruikonderzoek nader ingegaan op concrete beweegredenen voor het optreden van verzekeraars. De NMa heeft daarbij verschillende vormen van handelen geaccepteerd vanwege de aanwezigheid van goede argumenten ('objectieve rechtvaardigingsgronden'):

- Zorgverzekeraars die weigeren om een overeenkomst met een tandtechnicus te sluiten vanwege het feit dat hij geen (wettelijk erkend) tandprotheticus is, schenden het misbruikverbod niet, wanneer hun contracteerbeleid aansluiting vindt bij wettelijke diploma- en registratie-eisen en zij dit beleid verder op non-discriminatoire wijze toepassen. Zorgverzekeraars hebben in dat geval een objectieve rechtvaardigingsgrond voor hun optreden.²⁸⁴
- De weigering van een ziektekostenverzekeraar om een zorgcontract aan te gaan met een huisarts omdat hij niet aannemelijk heeft ge-

281 Zie Besluit NMa 26 mei 2005, zaaknr. 3473, 4119, 4697, 4698, 4699, 4700, 4701, 4702, 4703, 4704, 4705, 4706, 4707, 4708, 4709, 4710, 4711, 4728, 4729, 4730, 4731, 4732, 4733, 4734, 4735, 4736, 4737, 4738, 4739, 4740, 4741, 4742, 4743, 4744, 4745, 4746, Klachten van zorgaanbieders m.b.t. misbruik inkoopmacht zorgverzekeraars; Besluit NMa 7 februari 2006, zaaknr. 4699, Kok t. Agis; Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 5119, De Koning t. Achmea; Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 4708, Hoekstra t. Agis/Amicon; Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 4697, Van der Werff-Oor t. Agis; Besluit NMa 31 mei 2006, zaaknr. 5142, Het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie (KNGF) t. Achmea, Agis, CZ en VGZ.

282 Besluit NMa 19 juni 2003, zaaknr. 3119, Kingma, randnr. 25, in stand gehouden door de Rechtbank Rotterdam in Rb. Rotterdam 3 december 2004, Kingma t. NMa, LJN-nr. AS3852, reg.nr. MEDED 03/2084-KNP. Verzekeraars hebben dus kort gezegd het recht om op objectieve wijze te beslissen bij wie zij zorg inkopen. Zie bijvoorbeeld ook Besluit NMa 8 juni 2001, zaaknr. 2455, Regionale Instelling voor Jeugd tandverzorging Rotterdam – Zilveren Kruis Achmea.

283 Besluit NMa 18 juni 1999, zaaknr. 882, Ontheffingsaanvraag Amicon Zorgverzekeraar, en zaaknr. 407, Texincare en Tivic t. Amicon Zorgverzekeraar.

284 Besluit NMa 18 juni 1998, zaaknr. 104, Tandprothesespecialist t. zorgverzekeraars.

maakt dat bij vestiging van zijn praktijk de waarneming voldoende zou zijn gewaarborgd, vormt in de ogen van de NMa geen misbruik van machtspositie.²⁸⁵ De objectieve rechtvaardigingsgrond zit hier in de eis van een garantie van continuïteit van zorgverlening.

- Zorgverzekeraars mogen overgaan tot 'gekoppelde' inkoop van (fysiotherapeutische) zorg voor de basisverzekering en voor de aanvullende verzekering. Als argument hiervoor geldt dat een deel van de fysiotherapie ressorteert onder de hoofdverzekering en een ander deel onder de aanvullende verzekering, zodat met een koppeling wordt voorkomen dat patiënten tijdens de behandeling van fysiotherapeut moeten wisselen.²⁸⁶
- Het feit dat zorgverzekeraars, in de ogen van zorgaanbieders, te lage tarieven hanteren voor hun dienstverlening (dat wil zeggen tarieven onder de kostprijs), kan zijn grondslag vinden in een situatie van overaanbod aan de kant van de zorgverleners. Van misbruik is dan ook geen sprake.²⁸⁷
- Een zorgverzekeraar die een zorgaanbieder (mondhygiënist) verplicht om te declareren op basis van verrichtingen in plaats van op basis van een uurtarief, maakt daarmee geen misbruik van een even-

285 Besluit NMa 18 december 2002, zaaknr. 2960, Abegg-CZ. De situatie was als volgt. De betreffende ziektekostenverzekeraar (CZ) hanteerde als uitgangspunt dat huisartsen zelf verantwoordelijk zijn voor de continuïteit van de te leveren zorg. CZ achtte deze continuïteit niet gewaarborgd in een constructie waarin voor waarneming werd zorggedragen door middel van een collega in (deeltijd) loondienst. Dit was reden voor CZ om geen zorgcontract af te sluiten met de huisarts in kwestie. De NMa vond dit een voldoende argument van de kant van CZ, zodat zij niet overging tot een vaststelling van misbruik van machtspositie door CZ.

286 Zie Besluit NMa 26 mei 2005, zaaknr. 3473, 4119, 4697, 4698, 4699, 4700, 4701, 4702, 4703, 4704, 4705, 4706, 4707, 4708, 4709, 4710, 4711, 4728, 4729, 4730, 4731, 4732, 4733, 4734, 4735, 4736, 4737, 4738, 4739, 4740, 4741, 4742, 4743, 4744, 4745, 4746, Klachten van zorgaanbieders m.b.t. misbruik inkoopmacht zorgverzekeraars; Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 5136 en 5137, Bouten e.a. t. zorgverzekeraars; Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 4709, Van den Berg e.a. t. Agis; Besluit NMa 31 mei 2006, zaaknr. 5142, Het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie (KNGF) t. Achmea, Agis, CZ en VGZ.

287 Zie Besluit NMa 26 mei 2005, zaaknr. 3473, 4119, 4697, 4698, 4699, 4700, 4701, 4702, 4703, 4704, 4705, 4706, 4707, 4708, 4709, 4710, 4711, 4728, 4729, 4730, 4731, 4732, 4733, 4734, 4735, 4736, 4737, 4738, 4739, 4740, 4741, 4742, 4743, 4744, 4745, 4746, Klachten van zorgaanbieders m.b.t. misbruik inkoopmacht zorgverzekeraars; Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 5136 en 5137, Bouten e.a. t. zorgverzekeraars; Besluit NMa 31 mei 2006, zaaknr. 5142, Het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie (KNGF) t. Achmea, Agis, CZ en VGZ.

tuele machtspositie.²⁸⁸ Een ziektekostenverzekeraar mag naar methoden zoeken om een beter inzicht te verkrijgen in de feitelijke werkzaamheden van de zorgaanbieder bij de zorgverlening, om vervolgens de vergoeding van de kosten te verbinden aan de daadwerkelijk uitgevoerde handelingen.

Ook de Nederlandse rechter heeft zich uitgelaten over objectief gerechtvaardigd optreden van zorgverzekeraars:

- Ziektekostenverzekeraars mogen een gelijkkluidend en niet-onderhandelbaar aanbod doen aan alle beoogde wederpartijen, mits zij dit aanbod op een zorgvuldige en redelijke wijze vormgeven. Voor zorgverzekeraars geldt geen onderhandelingsplicht.²⁸⁹
- Ziektekostenverzekeraars die in hun inkoopbeleid een beheerssysteem met een benchmark²⁹⁰ hanteren ten aanzien van zorgaanbieders (fysiotherapeuten), maken geen misbruik van hun eventuele machtspositie.²⁹¹ Een benchmark vormt een gerechtvaardigd meetinstrument van prestaties, mits het zorgverleners niet op voorhand uitsluit.

Het publieke belang van een goede gezondheidszorg geeft zorgverzekeraars de mogelijkheid om via het stellen van een aantal eisen aan zorgverleners een bepaald niveau van zorg te garanderen. Dit kan inhouden dat zorgverleners die niet aan de eisen voldoen, niet voor een zorgcontract in aanmerking komen. Voor de getroffen aanbieders betekent dit dat zij buitenspel komen te staan in hun regio wat betreft de zorgverlening aan een in potentie zeer omvangrijke groep patiënten.²⁹² Dit kan grote financiële gevolgen voor hen hebben.

288 Besluit NMa 13 juli 2006, zaaknr. 5166, Nederlandse Vereniging van Mondhygiënist (NVM) t. Menzis.

289 Hoge Raad 8 april 2005, Apothekers t. AGIS Zorgverzekeringen, LJN-nr. AS2706, reg.nr. C04/049HR, r.o. 3.3 en 3.4.4.

290 Het gebruik van een benchmark is een techniek om de prestatie van verschillende systemen of organisaties met elkaar te kunnen vergelijken. De uitkomst van een benchmark-meting is een soort maatgetal dat iets over de prestatie zegt.

291 Rechtbank Rotterdam 21 augustus 2007, KNGF, X en Y t. NMa, LJN-nr. BB2621, reg.nr. MEDED 06/2879-STRN, MEDED 07/1731-STRN, MEDED 07/1732-STRN, par. 2: 'Beoordeling van het beroep'.

292 De overgrote meerderheid van de bij de dominante zorgverzekeraar aangesloten patiënten zal hen de rug toekeren, omdat verleende zorg niet meer vergoed wordt door de verzekeraar.

De eis van het hanteren van objectieve voorwaarden wil niet zeggen dat een ziektekostenverzekeraar zich ten opzichte van alle zorgaanbieders van een bepaalde medische categorie automatisch precies hetzelfde mag opstellen. De Rechtbank Rotterdam sluit niet uit dat een zorgverzekeraar die standaardcontracten hanteert, waarover niet individueel onderhandeld kan worden door zorgverleners, misbruik van een economische machtspositie maakt.²⁹³ Dit uitgangspunt vormt dus de andere kant van de medaille wat betreft de vrijheid van optreden van zorgverzekeraars: zij dienen de objectiviteit te bewaren in hun omgang met zorgverleners, maar mogen deze wederpartijen tegelijkertijd niet als één blok behandelen.

3.2.3.3. Het optreden van zorgverzekeraars in de relatie tot zorgverleners: conclusies uit de rechtspraktijk

In de toetsingspraktijk betreffende gedrag van zorgverzekeraars aan art. 24 Mw, valt op dat het misbruikcriterium veel ruimte biedt voor normatieve afwegingen. Art. 24 Mw kent geen wettelijke exceptie zoals art. 6 Mw die wel kent in de vorm van een lid 3. De 'DAEB'-exceptie van art. 25 Mw is gemankeerd in haar toepassing, zoals we zagen in Paragraaf 3.2.3.1.

Na analyse van de casuïstiek blijkt dat uitzonderingsoverwegingen bij art. 24 Mw plaatshebben binnen de verbodsbepaling zelf, meer precies binnen het misbruikconcept. Belangrijk binnen dit concept is de exceptie van de objectieve rechtvaardigingsgrond voor potentieel abusief gedrag van ondernemingen. Bij de nadere invulling van deze maatstaf komt men uit bij de elementen redelijkheid, transparantie en non-discriminatie.

Bij de daadwerkelijke toepassing van het criterium van de objectieve rechtvaardigingsgrond in de beschikkingspraktijk van de NMa en in de rechtspraak, komt een grote diversiteit aan omstandigheden aan de orde. Vooral de NMa heeft zich in zorgzaken vaak uitgelaten over de toepassing van het misbruikverbod en over de door de zorgverzekeraars aangevoerde argumenten voor hun opstelling of handelen in kwestie.

Uit de beschikkingspraktijk van de NMa blijkt dat zij niet zo snel aanneemt dat een zorgverzekeraar zijn machtspositie misbruikt ten opzichte van een zorgverlener. Ook de Nederlandse rechter is terughoudend om al te snel misbruik vast te stellen.

293 Rechtbank Rotterdam 21 augustus 2007, X. t. NMa, LJN-nr. BB2627, reg. nr. MEDED 07/1808-STRN; Rechtbank Rotterdam 21 augustus 2007, Nederlandse Vereniging van Mondhygiënisten t. NMa, LJN-nr. BB2619, reg. nr. MEDED 06/3486-VRLK.

Zo hebben deze instanties in het kader van een objectieve rechtvaardigingsafweging geaccepteerd dat zorgverzekeraars geen contract afsluiten met zorgaanbieders wanneer deze niet (kunnen) voldoen aan kwaliteitseisen of voorwaarden ten aanzien van de continuïteit van zorg, dan wel moeite hebben met het hanteren van 'benchmarks'. Ook hebben zij het contracteerbeleid van zorgverzekeraars (als objectief gerechtvaardigd) geaccepteerd, waarin een systeem van gekoppelde inkoop werd gebruikt of declaraties vergoed werden op basis van verrichtingen in plaats van op basis van een uurtarief.

Voor zorgverzekeraars bestaat dan ook geen plicht uit hoofde van art. 24 Mw om met alle zorgaanbieders in de regio een zorgcontract te sluiten, noch een verplichting om met alle zorgverleners individueel te onderhandelen.

De NMa heeft de ruimte om haar eigen afwegingen te maken bij de interpretatie van de misbruikvoorwaarde. De Commissie heeft in december 2008 een Mededeling uitgebracht met een leidraad voor de toepassing van art. 82 EG in zaken die draaien om exclusionair misbruik.²⁹⁴ De specifieke toepassing van het misbruikverbod in zorgzaken komt niet aan bod in dit onderzoek; vandaar dat vanuit 'Europa' vooralsnog weinig inhoudelijke sturing afkomstig is.

Het optreden van de NMa uit hoofde van (met name) art. 24 Mw is 'effects based' in de zin dat de beoordelingen erg casuïstisch van aard zijn, en volledig toegespitst op de omstandigheden van het geval. Of de beoordelingen louter 'economisch' van aard zijn, valt echter te betwijfelen. Zorgverzekeraars hebben bij de inkoop van zorg ook een verantwoordelijkheid op het vlak van de kwaliteit en continuïteit van zorg. Als de NMa hun optreden onder de loop van het misbruikverbod neemt, spelen zorgbelangen automatisch een rol bij de legitimatie van hun handelingen.

3.3. De positie van de zorgaanbieders in het antitrustrecht

3.3.1. Het ondernemingscriterium en de speelruimte voor concurrentie

Ook in de zorgverleningbranche vormt het ondernemingscriterium een eerste horde voor de toepassing van de antitrustverboden. Waar 'Europa' een voorzichtige (*FENIN*) en een doortastende (*Pavlov*; *Ambulanz Glöckner*)

294 Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, Pb. 2009, C 45/7.

kant toont om zorgorganen als onderneming te kwalificeren, daar is de Nederlandse praktijk doorgaans voortvarend. De NMa heeft in haar beschikkingspraktijk in een groot aantal zaken geconcludeerd dat zorgaanbieders (zoals ziekenhuizen, apothekers, fysiotherapeuten) ondernemingen zijn.²⁹⁵ Een grens ligt natuurlijk bij instanties die overheidsprerogatieven uitoefenen, zoals de minister van VWS: deze wordt niet als onderneming beschouwd.²⁹⁶

Uit de beschikkingspraktijk van de NMa blijkt dus dat zorginstellingen in Nederland bij de uitoefening van hun zorgdiensten doorgaans zijn te beschouwen als marktspelers en voldoen aan het ondernemingscriterium. Een uitzondering op deze regel is wellicht te vinden bij zorgverleners of onderdelen van ziekenhuizen die *markttype I* zorg aanbieden. Van vrije prijsvorming is geen sprake en de markt wordt volledig budgettair bepaald.

De mogelijkheid van vrije prijsvorming is een belangrijk facet in iedere markt waarvan concurrentie de spil vormt. Het is de vraag of in het medische beroepsveld door de karakteristieken van de markt en de van toepassing zijnde regelgeving, vrije prijsvorming altijd mogelijk is. Bijkerk & Pellikaan beantwoorden deze vraag positief, maar formuleren tevens een aantal voorwaarden voor het bestaan van daadwerkelijke concurrentie in de zorgsector: (i) heldere product/prestatiebeschrijvingen; (ii) transparantie inzake kwaliteit en prijs; (iii) de aanwezigheid van voldoende aanbieders op de markt en de afwezigheid van marktversturende toetredingsdrempels; (iv) de mogelijkheid voor de consument om eenvoudig een aanbieder te kiezen en van aanbieder te veranderen; (v) het bestaan van prik-

295 Zie NMa-besluit van 5 juni 1998, zaaknr. 165, Concentratie Sophia Ziekenhuis/Ziekenhuis-Verpleeghuis De Weezenlanden, r.o. 16-32; NMa-besluit van 1 maart 2000, zaaknr. 1131, 1151 en 1250, Vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen, randnr. 18; NMa-besluit van 11 april 2001, zaaknr. 537, Ontheffingsaanvraag Landelijke Huisartsen Vereniging, randnr. 71; NMa-besluit van 18 juni 1999, zaaknr. 882, Ontheffingsaanvraag Amicon Zorgverzekeraar, en zaaknr. 407, Klacht van Texincare en Tevic t. Amicon Zorgverzekeraar, randnr. 52; NMa-besluit van 15 december 2000, zaaknr. 590 en 1972, Ontheffingsaanvraag Amicon Zorgverzekeraar en Vrijgevestigd Fysiotherapeut, en zaaknr. 1570, Sanders t. Amicon Zorgverzekeraar, randnr. 56.

296 Dit is een uit het Europese recht bekende begrenzing van het mededingingsrechtsgebied. De Mededingingswet is dan ook niet van toepassing op door de overheid vastgestelde opleidingseisen en toelatingsvoorwaarden tot een medische beroepsregistratie. Zie Besluit NMa van 13 april 2004, zaaknr. 2061, Nederlandse Associatie voor Psychotherapie (NAP), randnr. 18. Deze zaak handelde over de vaststelling van wettelijke opleidingseisen voor BIG-registratie door de minister van VWS.

kels voor verzekeraar en consument om goed in te kopen; (vi) investeringszekerheid; (vii) de afwezigheid van anticompetitieve gedragingen.²⁹⁷

Bij het concept van vrije marktwerking in de zorg passen derhalve de nodige kanttekeningen, in de zin dat een volledig onbelemmerde markt nog steeds ver weg is. Zo lijkt het dienstenpakket van de ziekenhuiszorg zich op het eerste gezicht te lenen voor commerciële exploitatie, vrije prijsvorming en marktwerking: de consument bepaalt haarscherp welke zorg hij waar haalt tegen welke prijs. Helaas kent de markt voor ziekenhuiszorg nogal wat imperfecties.²⁹⁸ Er bestaan vormen van medische dienstverlening waar de consument niets te kiezen heeft (denk aan spoedeisende hulp).²⁹⁹ Het is vaak heel lastig voor de consument om zelf de kwaliteit van de geleverde zorg vast te stellen of te controleren. Er zijn zorgvormen die zich niet lenen voor een commerciële exploitatie, omdat ze, in ieder geval op korte termijn, niet winstgevend (kunnen) zijn: denk aan medisch onderzoek en topklinische zorg.³⁰⁰

Na alle wijzigingen van de AWBZ de laatste jaren (inclusief de inkrimping van het verzekeringspakket), wordt de thuiszorg inmiddels beschouwd als een domein waar economische activiteiten van zorgverleners mogelijk zijn en dus concurrentie dient plaats te vinden tussen marktdeelnemers. Dat het proces van mededinging niet zomaar wortel schiet in een voorheen aanbodgestuurde sector, blijkt uit het vermoeden van de NMa dat in de thuiszorg marktverdelingsafspraken bestaan.³⁰¹

3.3.2. Samenwerking tussen zorgaanbieders en het kartelverbod

De ruimte voor concurrentie tussen medische dienstverleners neemt in Nederland door alle wetswijzigingen sterk toe. Uiteraard is het niet de bedoe-

297 Zie Bijkerk & Pellikaan 2007, p. 183.

298 Ter beoordeling van de vraag of concurrentie mogelijk is in de ziekenhuissector, geeft de NMa niet voor niets een drietal cumulatieve voorwaarden waaraan ten minste in enige mate moet zijn voldaan. Het gaat om (i) de vrijheid van aanbieders in het bepalen van de hoeveelheid, samenstelling, vorm, prijs en/of kwaliteit van het aanbod; (ii) het bestaan van prikkels om de 'productie' te verhogen; (iii) de mogelijkheden voor afnemers (patiënten en verzekeraars) om een aanbieder te kiezen en de inhoud en omvang van de zorgvraag te bepalen. Zie NMa, Visiedocument *Concurrentie in de ziekenhuissector* (visiedocument 3128/55), Den Haag: NMa 2004, p. 10.

299 Eerste hulp leent zich niet direct voor een commerciële beïnvloeding van de vraag door de aanbieder en voor keuzevrijheid van de zorgconsument: nabijheid van een eerstehulppost vormt in nijpende situaties het eerste en enige selectiecriteria voor een patiënt.

300 Zie ook Algera & Sluijs 2007, p. 179.

301 Zie NMa-persbericht 08-02 van 10 januari 2008, 'NMa extra alert op zorgsector'.

ling dat zorgactoren deze ruimte vervolgens zelf weer beperken middels onderlinge afspraken.³⁰² In de sector worden echter geregeld initiatieven ontplooid in de richting van (meer) onderlinge samenwerking.³⁰³ De NMa heeft het kartelverbod regelmatig toegepast op gezamenlijke activiteiten van zorgverleners. Overleg tussen zorgverleners over de wijze waarop zij kunnen bijdragen aan een doelmatiger geneesmiddelengebruik, waarbij adviezen worden ontwikkeld over het voorschrijven van bepaalde geneesmiddelen bij een bepaalde diagnose en over de behandelstappen, is overigens niet in strijd met het kartelverbod.³⁰⁴

In de zaak *NIP, LVE, NVP en NVVP* kwam de problematiek van prijsconcurrentie tussen beroepsbeoefenaren (in casu psychologen en psychotherapeuten) aan de orde. De brancheorganisaties NIP, LVE, NVP en NVVP hanteerden adviestarieven voor hun leden. Vraag was of deze adviestarieven feitelijk tot een prijsafstemming tussen beroepsgenoten leidden en aldus de mededinging (merkbaar) beperkten. De NMa beantwoordde de beide vragen positief, en stelde vast in een besluit dat de brancheorganisaties zich schuldig hadden gemaakt aan prijsafspraken.³⁰⁵ De Rechtbank Rotterdam vroeg zich echter af of in de specifieke marktomstandigheden van dit zorgveld de adviestarieven de mededinging nu daadwerkelijk hadden beperkt. De Rechtbank sloot niet uit dat in de sector van psychiatrische zorg andere elementen dan de hoogte van tarieven doorslaggevend zijn voor de koppeling van dienstgebruiker (patiënt) en dienstverlener (therapeut). Als invloedrijke factoren noemde de rechter (i) de rol van de huisarts met zijn verwijzingsbevoegdheid, (ii) en het fenomeen van (aanvullend) verzekeren, dat de directe lijn tussen consument en prijs van een product in feite

302 Vgl. Persbericht NMa 06-08 van 5 juli 2006, 'NMa: meer concurrentie tussen apothekers': "De [...] NMa verwacht toenemende concurrentie tussen apothekers. Brancheorganisatie KNMP en haar leden hebben na tussenkomst van de NMa een complianceprogramma opgesteld. De NMa hoopt dat de maatregelen bijdragen aan de voorkoming van concurrentiebeperkingen zoals collectief onderhandelen en vestigingsbeleid dat nieuwe toetreders van de markt weert."

303 Zie Parool 26 juli 2007, 'Huisartsen samen de markt op': "Vijftig Amsterdamse huisartsen hebben een organisatie opgericht die hun positie tegenover commerciële zorgverleners moet versterken."

304 Zie Besluit NMa 23 augustus 2001, zaaknr. 1915, Zilveren Kruis Geneesmiddelenformularium Kennemerland. Een samenvatting van genoemde adviezen noemt men een formularium.

305 Besluit NMa 26 april 2004, zaaknr. 3309, NIP, LVE, NVP en NVVP, randnr. 122-147. Vgl. ook Besluit NMa 26 april 2004, zaaknr. 3310, Nederlands Tandtechnisch Genootschap.

verbreekt.³⁰⁶ De Rechtbank verwees de zaak terug naar de NMa voor nader onderzoek.³⁰⁷ Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven heeft het oordeel van de Rechtbank Rotterdam in dezen bevestigd,³⁰⁸ waarna de NMa haar oorspronkelijke besluit herriep en de uitgedeelde boetes introk.³⁰⁹

De NMa heeft verder het vestigingsbeleid van de Nederlandse psychologen³¹⁰ en de statuten van de Landelijke Huisartsenvereniging³¹¹ in strijd bevonden met art. 6 Mw. Het is niet toegestaan om als beroepsvereniging de vestiging van nieuwe toetreders in de regio in de hand te houden middels het instrument van formatieplaatsen, noch om de praktijkomvang van zorgverleners aan banden te leggen (middels het uitvaardigen van regels inzake een minimum en maximum praktijkomvang). Een zelfde oordeel viel de Nederlandse fysiotherapeuten³¹² en apothekers³¹³ ten deel.

De NMa heeft verscheidene malen opgetreden tegen apotheken. De Assense apothekers werden aangepakt omdat zij de toetreding van de apotheek van het Wilhelmina Ziekenhuis als nieuwkomer tot de markt bemoeilijkten door het gebruik van het netwerk voor de uitwisseling van patiëntengegevens te beperken.³¹⁴

In Tilburg hadden de aldaar gevestigde apotheken in een coöperatie de exploitatie van de poliklinische apotheek van het Sint Elisabeth Ziekenhuis op zich genomen. Hiermee werd een potentiële toetreders tot de markt buiten de deur gehouden. Om aan deze situatie een einde te maken dwong de NMa de Tilburgse coöperatie van apotheken en haar leden om de exploitatie van de poliklinische apotheek te beëindigen en deze over te

-
- 306 Rechtbank Rotterdam 17 juli 2006, NIP, NVVP en LVE t NMa, reg nr MEDED 05/2213-WILD, MEDED 05/2214-WILD, MEDED 05/2215-WILD, LJN-nr AY4928, par 2 5 3
 - 307 Rechtbank Rotterdam 17 juli 2006, NIP, NVVP en LVE t NMa, reg nr MEDED 05/2213-WILD, MEDED 05/2214-WILD, MEDED 05/2215-WILD, LJN-nr AY4928, par 2 5 4
 - 308 Zie College van Beroep voor het bedrijfsleven 6 oktober 2008, NMa t NIP, NVVP en LVE, JN BF8820, reg nr AWB 06/667
 - 309 Zie Besluit (op bezwaar) NMa 17 maart 2009, zaaknr 3309, NIP, LVE en NVVP
 - 310 Besluit NMa 1 maart 2000, zaaknr 1131, 1151 en 1250, Vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen – Nederlands Instituut van Psychologen en Regionale Organen Eerstelijns Psychologen
 - 311 Besluit NMa 11 april 2001, zaaknr. 537, Landelijke Huisartsen Vereniging
 - 312 Besluit NMa 15 december 2000, zaaknr 590 en 1972, Ontheffingsaanvraag Amicon Zorgverzekeraar Vrijgevestigd Fysiotherapeut, en zaaknr. 1570, Sanders t Amicon Zorgverzekeraar.
 - 313 Besluit NMa 6 juli 2001, zaaknr 912, CZ Apotheker
 - 314 Besluit NMa 21 juni 2004, zaaknr 2501, Wilhelmina apotheek t Dienstapotheek regio Assen

dragen aan een of meerdere marktpartijen die niet over marktmacht beschikken.³¹⁵

De NMa heeft voorts in een zaak rond de Bredase apothekers duidelijk gemaakt dat het opleggen van een beperking van de openingstijden aan de deelnemers van een waarnemingsregeling voor de avond-, nacht-, en weekenddiensten, niet door de beugel kan. Een waarnemingsregeling mag tevens niet discriminatoir zijn in de uitkering van vergoedingen aan deelnemende apotheken.³¹⁶

Een zelfde benadering vinden we in het domein van de huisartsenzorg: een huisartsengroep dient een beroepsgenoot als lid te accepteren en daarmee ook deel te laten nemen aan een waarnemingsregeling. Een lidmaatschapsweigering levert een schending op van art. 6 Mw, zeker als aansluiting bij een huisartsengroep noodzakelijk is voor de (continuering van de) inschrijving in het register van erkende huisartsen van de KNMG.³¹⁷ De Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa volgen dezelfde lijn: een waarnemingsregeling kan in strijd komen met het kartelverbod, indien de betrokken ondernemingen gezamenlijk over marktmacht beschikken en de samenwerking leidt tot uitsluiting van derden.³¹⁸

3.3.3. De houding van zorgaanbieders ten opzichte van zorgverzekeraars

In een steeds verder geliberaliseerde sector als de zorg, waarin verschillende groepen ondernemingen in wisselwerking staan met elkaar, zijn de (machts)verhoudingen tussen de verschillende marktspeelers van groot belang voor de wijze waarop de markt zich ontwikkelt en het concurrentieproces verloopt. Een belangrijk vraagstuk bij de toepassing van het anti-trustrecht binnen dit domein, is dan ook of en hoe de marktmacht, respectievelijk het gebrek aan marktmacht, van actoren in de zorgsector verdisconteerd wordt in het mededingingsbeleid.

De onderhandelingsmacht van zorgverzekeraars in hun relatie met zorgverleners is aanzienlijk. Het is lastig voor individuele zorgaanbieders om

315 Besluit NMa 21 juni 2004, zaaknr. 2688, Stadsapothek Tilburg.

316 Besluit NMa 5 september 2003, zaaknr. 3169, Regenboogapothek t. Apothekersvereniging Breda/Dienstapothek Breda N.V.

317 Vzng. Rechtbank Utrecht 31 maart 2006, T.B. t. A.A.A. e.a., LJN-nr. AW2111, reg.nr. 209744 / KG 06-254. Aangetekend moet worden dat er ook rechtspraak is, waarin uitsluiting van een waarnemingsregeling van een huisarts niet heeft geleid tot de constatering van een inbreuk op het kartelverbod. Zie Rechtbank Rotterdam 28 augustus 2006, X. t. NMa, JN-nr. AZ0143, reg.nr. 05/2267.

318 NMa-Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, *Stcrt.* 2007, 241, randnr. 164.

daar tegen op te boksen.³¹⁹ Deze zorgaanbieders zouden daadwerkelijk een vuist kunnen maken, indien zij samen zouden werken en één blok zouden vormen in de onderhandelingen met de verzekeraars. Probleem bij deze constructie is dat het mededingingsrecht blokvorming aan de kant van de zorgverleners nu niet bepaald stimuleert: al snel komt de toepassing van het kartelverbod in zicht op dit soort samenwerkingsverbanden.³²⁰ De prijs- en/of marktverdelingsafpraak doet het nu eenmaal niet goed in het antitrustrecht, zeker niet als zij plaatsvindt aan de verkoopzijde van een markt.

In een aantal besluiten is de NMa streng opgetreden tegen zorgverleners die collectief contracten afsloten met afnemers (zorgverzekeraars). Afspraken tussen zorgaanbieders om zich jegens hun afnemers als collectief op te stellen en eenvormige prijzen te hanteren, vormen klassieke voorbeelden van 'hard core' kartelafspraken.³²¹

Het argument dat zorgverleners zich moeten verenigen om opgewassen te zijn tegen de marktmacht van kopers (en aldus hun onderhandelingspositie kunnen verbeteren ten opzichte van verzekeringsmaatschappijen), wordt in de literatuur afgewezen.³²² In Nederland vervult de NZa verder een belangrijke rol in het toezicht op de marktverhoudingen en de tarieven.³²³ Toepassing van de WMG gaat daarbij vóór op applicatie van de Mw.

Toch zijn er geluiden te vinden in de mededingingsrechtelijke literatuur die pleiten voor het 'verenigingsidee' van zorgaanbieders. Van der Wal & Heringa stellen voor om de marktmacht respectievelijk het gebrek aan marktmacht van actoren in de zorgsector te verdisconteren in de toepas-

319 Zie Van der Wal & Heringa 2007, p. 2068-2074.

320 De NMa heeft de zorgverzekeraars van hun kant ook eens coulant behandeld onder het antitrustrecht, door hun gezamenlijke preferentiebeleid ten opzichte van geneesmiddelenproducenten te sauveren. Verzekeraars mochten zich onder bepaalde voorwaarden als één blok opstellen ten opzichte van farmaceuticaleveranciers. Zie hierover Paragraaf 3.2.2 van dit hoofdstuk.

321 NMa-besluit van 18 juni 1999, zaaknr. 882, Ontheffingsaanvraag Amicon Zorgverzekeraar, en zaaknr. 407, Klacht van Texincare en Tevic t. Amicon Zorgverzekeraar, randnr. 71-73, 76 en 82, bevestigd bij NMa-besluit van 13 december 2000, zaaknr. 882, Amicon Zorgverzekeraar, NMa-besluit van 19 april 2000, zaaknr. 767, Ontheffingsaanvraag van Zorg en Zekerheid, en zaaknr. 141, Klacht van Theo de Graaf Brillen en Contactlenzen B.V. t. Zorg en Zekerheid, randnr. 34-39 en ook 40-47.

322 Zie Temple Lang 2005, p. 69 en 70.

323 Denk aan de bevoegdheden van de NZa uit hoofde van art. 45, 48, 50, 52-54 en 56 WMG om zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars bepaalde verplichtingen op te leggen en tarieven en prestatiebeschrijvingen vast te stellen. Conform art. 3 lid 4 WMG stelt de NZa het algemeen consumentenbelang voorop bij haar optreden.

sing van het antitrustrecht. Een mededingingsautoriteit zou in haar beleid ten aanzien van de zorg rekening moeten houden met de noodzaak van *countervailing power* tegen de dominante marktmacht van de zorgverzekeraars aan de inkoopzijde. Een dergelijke benadering zou beter passen bij de economische realiteit van de zorgsector en het belang van de consument. Bovendien zou een dergelijke aanpak de kwaliteit en de continuïteit van de zorgverlening ten goede komen.³²⁴

De ondergeschoven positie van zorgaanbieders ten opzichte van zorgverzekeraars kan gevolgen hebben voor de kwaliteit van medische dienstverlening en de verstrekking van geneesmiddelen. De prioriteit van de verzekeraars ligt immers bij kostenbeheersing: de deskundige opinie van de zorgverlener kan daarbij ondergesneeuwd raken.³²⁵ Verder kan de beperkte looptijd van contracten zorgaanbieders in de problemen brengen, aangezien deze groep over het algemeen aanzienlijke langetermijninvesteringen in bedrijfspand, apparatuur en personeel moet doen. Dit is slecht voor de continuïteit van de zorg.³²⁶

Het staat buiten kijf dat een situatie waarin zorgaanbieders zich zouden verenigen om hun onderhandelingspositie ten opzichte van verzekeringsmaatschappijen te verbeteren, in beginsel in strijd komt met het kartelverbod.³²⁷

Toch zou men zich voor kunnen stellen dat een sterkere positie voor de zorgverlener in de toekomst belangrijk is om de kwaliteit van zorg te (blijven) garanderen. Naarmate de zorgmarkt meer en meer geliberaliseerd wordt, de concurrentie toeneemt, en de kosten van de zorg met de toenemende vergrijzing zullen stijgen, is het denkbaar dat de druk van de kant van zorgverzekeraars vis-à-vis zorgverleners op het vlak van kostenbeheersing alleen maar zal toenemen. Deze druk zou zo hoog kunnen oplopen dat zorgverleners in sommige gevallen afzien van een bepaald medicijn of bepaalde behandeling, teneinde de kosten van een traject niet nog verder te doen oplopen.

In de huidige cultuur in de zorgmarkt is dit nog (grotendeels) ondenkbaar, maar op langere termijn zou deze cultuur onder druk van de markt kunnen veranderen. Het is dan de vraag of het mededingingsrecht onverkort van toepassing dient te blijven, of dat het zich via de band van *countervailing power* meer rekenschap dient te geven van zorgbelangen. Het gaat hierbij niet eens zozeer om het punt of deze belangen uiteindelijk

324 Van der Wal & Heringa 2007, p. 2068-2074.

325 Van der Wal & Heringa 2007, p. 2074.

326 Van der Wal & Heringa 2007, p. 2074.

327 Zie ook Temple Lang 2005, p. 69 en 70.

voorrang zouden krijgen, maar veeleer om de kwestie of in ieder geval een geschikt wegingsmodel beschikbaar is.

Het feit dat het Nederlandse zorgbestel een uitgebreide kring van toezichthouders kent (denk aan de NZa,³²⁸ IGZ,³²⁹ etc.), die ieder met hun eigen bevoegdheden het speelveld reguleren, ontheft het mededingingsrecht niet van de verantwoordelijkheid om zelfstandig een model uit te werken om op de juiste manier met zorgbelangen om te gaan. Zo heeft het antitrustrecht een basis in het Europese recht, dat voorrang heeft boven nationale wetgeving. Het mededingingsrecht is bovendien een volwaardig rechtsgebied, dat zijn eigen afbakening regelt en deze niet op voorhand af mag laten hangen van andere wettelijke regelingen die wellicht toepassing krijgen in een markt. Dat de NMa haar optreden coördineert met andere toezichthouders, doet aan dit uitgangspunt niets af. Wel kan de NMa bij de feitelijke beoordeling van zorgzaken rekening houden met een diversiteit aan factoren, waaronder ook vallen de uitwerking van wetten en de (mogelijke) consequenties van het ingrijpen van (andere) toezichthouders.

Indien een mededingingsautoriteit daadwerkelijk (meer) rekening zou willen houden met de machtsverhoudingen tussen partijen in haar analyse en beoordeling van een zaak onder het kartelverbod, is de vraag welke methode zij hiervoor het beste kan gebruiken.

Allereerst richt de aandacht zich op art. 81 EG, dat in de vorm van lid 3 een eigen uitzonderingsbepaling bevat.

De Richtsnoeren horizontalen vermelden dat behalve de marktpositie van partijen bij een overeenkomst ook andere factoren in aanmerking moeten worden genomen, zoals de tegenmacht van kopers of leveranciers.³³⁰ Dit mag een mooi uitgangspunt zijn, een uitweg biedt de opmer-

328 De NZa houdt zich uit hoofde van de WMG bezig met markttoezicht, marktontwikkeling en tarief- en prestatieregulering. De WMG geeft de NZa niet alleen de mogelijkheid om in haar taakuitoefening verplichtingen op te leggen aan zorgaanbieders en -verzekeraars inzake dienstverlening, contractering en tarifiering, maar zij formuleert ook de uitgangspunten van de bevordering van het concurrentieproces en het belang van de volksgezondheid. Zie art. 45, 48, 50 en 53 lid 1 WMG. Deels beweegt de NZa zich dus op hetzelfde terrein als de NMa (concurrentiebevordering), deels ook op een gebied dat kan botsen met het antitrustrecht (het volksgezondheidsbelang).

329 Tot de primaire taken van de IGZ, die actief is op basis van de Gezondheidswet, behoort het toezicht op de kwaliteit van zorgverlening.

330 Mededeling Commissie van 6 januari 2001 houdende Richtsnoeren inzake de toepasbaarheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.* 2001, C 3/2, randnr. 30.

king waarschijnlijk niet in casus waarin samenwerking tussen ondernemers direct de hoogte van tarieven (in opwaartse zin) beïnvloedt. De Richtsnoeren horizontalen zijn nu eenmaal, in lijn met art. 81 lid 3 EG, sterk gericht op economische efficiëntie^{331, 332}. Dit houdt in dat verkoopkartels onder deze exceptie waarschijnlijk geen aanspraak kunnen maken op een uitzondering. De Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG bevestigen de focus op economische efficiëntie in de toepassing van deze exceptie.³³³

De applicatie van art. 86 lid 2 EG is gecompliceerd vanuit een ander oogpunt, namelijk het bewijs dat zorgaanbieders daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang. Zoals hierboven al uiteengezet,³³⁴ moet afgewacht worden hoe de toepassing van art. 86 lid 2 EG zich op dit punt in de nabije toekomst zal ontwikkelen in de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter.

In Nederland maakt ook de politiek zich zorgen over (het gebrek aan) onderhandelingsmacht aan de kant van de zorgverleners. Enige Tweede Kamerleden hebben het initiatief genomen om de formulering van de bagatelregeling van de Mededingingswet (neergelegd in art. 7) te verruimen,³³⁵ zodat samenwerkende zorgaanbieders (meer dan voorheen) uit de greep van het antitrustrecht blijven. Kenmerk van de bagatelregeling in de Mededingingswet is dat zij ook geldt voor *hardcore* mededingingsbeperkende afspraken. Met de verruiming van de bagatelformulering kunnen zorgverleners in grotere aantallen onderling inkoopafspraken maken, zonder dat het kartelverbod hier een stokje voor steekt. De bagatelbepaling is overi-

331 Monti beschrijft hoe de ratio achter art. 81 EG een ontwikkeling heeft doorgemaakt in de historie van het communautaire mededingingsrecht. Waar economische vrijheid voorheen prioriteit had boven economische efficiëntie, heeft de ordoliberalere zienswijze de laatste jaren steeds meer terrein verloren op de neoklassieke benadering. Economische efficiëntie vormt een steeds belangrijkere kernwaarde van het EG-mededingingsrecht. Zie Monti 2007, p. 46-52.

332 Zie Mededeling Commissie van 6 januari 2001 houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkenheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.* 2001, C 3/2, randnr. 32.

333 Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97, par. 48-72. Zie hierover ook Monti 2007, p. 89-91 en 119-122.

334 Zie Paragraaf 3.2.1.2. van dit hoofdstuk.

335 Zie Voorstel van wet van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken (versoepeling uitzondering verbod van mededingingsafspraken), *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 531, nr. 1-6.

gens niet ongelimiteerd,³³⁶ dus zij biedt geen vrijhaven voor afspraken die al te veel deelnemers omvatten. Bij het vaststellen van het aantal deelnemers dat nog is toegestaan onder voornoemde *De Minimis*-voorziening speelt de marktafbakening uiteraard een voornamelijk rol.

3.4. De positie van het zorgkantoor, de zorgmakelaar en de regiovertegenwoordiger in het antitrustrecht

De NMa heeft in haar Richtsnoeren voor de zorgsector³³⁷ veel aandacht besteed aan de verschillende samenwerkingsvormen in de zorg. Hierbij heeft zij precies aangegeven wat wel en niet is toegestaan als zorgaanbieders gebruik maken van een zorgkantoor, en zorgverleners een zorgmakelaar inschakelen. Naast deze twee tussenpersonen bestaat een derde figuur met een representatieve functie, in de vorm van de regiovertegenwoordiger. Deze bevindt zich aan de zijde van de zorgverzekeraars en treedt op namens de in de regio niet-dominante marktpartijen. In deze paragraaf komen genoemde drie figuren nader aan bod en wordt gezien in hoeverre hun handelen 'gereguleerd' wordt door het mededingingsrecht. Beleidsstukken van de NMa vormen hierin een belangrijke bron, maar ook haar beschikkingspraktijk.

3.4.1. Het zorgkantoor

Zorgkantoren treden in de regio waarin zij werkzaam zijn op namens de verzekeraars en verrichten bepaalde diensten voor de klanten van de verzekeraars. Zorgkantoren voeren taken uit op het vlak van de contractering van zorg, de inning van eigen bijdragen en de informatieverstrekking over AWBZ-zorg.

In de zaak *Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren*³³⁸ besliste de NMa over de mededingingsrechtelijke houdbaarheid van (mandaat- en machtigings)overeenkomsten tussen zorgverzekeraars en zorgkantoren onder de AWBZ. De NMa kwam tot de conclusie dat de van overheidswege toegestane concu-

336 Het voornoemde wetsvoorstel legt de *De Minimis*-grens voor samenwerkende ondernemingen bij een gezamenlijk marktaandeel van 10%. De huidige bagatelregeling hanteert als één van de toepassingscriteria nog een gezamenlijk marktaandeel van 5%.

337 Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, *Stcrt.* 2007, 241 (eerdere versies en wijzigingen in *Stcrt.* 2002, 206; *Stcrt.* 2005, 122; *Stcrt.* 2006, 44). Zie ook het 'Stappenplan bij de Richtsnoeren voor de zorgsector: wat mag wel en wat mag niet?', dat de NMa als hulpmiddel bij de richtsnoeren heeft uitgevaardigd.

338 Besluit NMa 10 maart 2000, zaaknr. 181, *Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren*. Zie hierover ook De Grave 2000, p. 185-188.

rentie en de prikkels om tot doelmatige inkoop over te gaan op dat moment zo zwak waren, dat van een daadwerkelijke mededinging geen sprake was.³³⁹

In haar besluit gaf de NMa aan dat zorgverzekeraars, in hun functie van uitvoeringsorganen van de AWBZ, voor het grootste gedeelte van hun activiteiten niet te beschouwen waren als onderneming in de zin van het mededingingsrecht. In de woorden van de NMa:

"Gegeven de structuurkenmerken van de AWBZ-verzekering in zijn huidige vorm kunnen de Uitvoeringsorganen AWBZ slechts voor een deel van hun activiteiten als onderneming beschouwd worden, namelijk daar waar zij zorg in natura inkopen en zij over voldoende vrijheid beschikken om met hun inkoopbeleid de prestaties van zorgaanbieders te beïnvloeden."³⁴⁰

Dit bleek in deze zaak alleen het geval te zijn bij de inkoop van zorg van vrijgevestigde psychiaters. Zodoende was er onvoldoende reden voor de NMa om aan te nemen dat er daadwerkelijke mededinging bestond die door uitvoeringsorganen en regionale zorgkantoren middels overeenkomsten zou kunnen worden beperkt.³⁴¹ In haar visiedocument over de AWBZ-zorgmarkten van januari 2004 bevestigde de NMa deze benadering.³⁴²

In dit visiedocument heeft de NMa vastgesteld dat zorgkantoren niet kunnen worden aangemerkt als ondernemingen waar het gaat om hun activiteiten met betrekking tot de volksverzekering AWBZ. Dit geldt ook als het gaat om het inkopen van AWBZ-zorg. De uitvoering van de taken van de zorgkantoren komt ten laste van de AWBZ. Voorts worden hun activiteiten met betrekking tot de AWBZ uitgevoerd onder toezicht van de overheid. De aanspraken uit de AWBZ liggen vast op grond van de wet en verzekeren zijn automatisch bij een zorgverzekeraar voor de AWBZ-verzekering ingeschreven. Derhalve is geen sprake van een economische activi-

339 Besluit NMa 10 maart 2000, zaaknr. 181, Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren, randnr. 110.

340 Besluit NMa 10 maart 2000, zaaknr. 181, Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren, randnr. 111.

341 Besluit NMa 10 maart 2000, zaaknr. 181, Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren, randnr. 112.

342 In de periode 1998-2004 heeft de NMa slechts in enkele besluiten aandacht besteed aan spelers op het gebied van de AWBZ. In deze besluiten heeft de NMa geconcludeerd dat als gevolg van regulering daadwerkelijke mededinging tussen de AWBZ-marktspelers niet mogelijk was en het mededingingsrecht daarom niet van toepassing. Zie het NMa-Visiedocument *AWBZ-zorgmarkten* (visiedocument 3130/66), Den Haag: NMa 2004, randnr. 1.

teit maar van een mechanische wetstoepassing.³⁴³ Zorgkantoren kunnen derhalve niet worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Art. 6 Mw is dan ook niet van toepassing op zorgkantoren. Dit laat echter onverlet dat art. 6 Mw wel van toepassing is op zorgaanbieders die AWBZ-zorg aanbieden.³⁴⁴

De conclusie dat zorgkantoren voor de AWBZ géén onderneming in de zin van de Mededingingswet zijn, is mede gebaseerd op het *FENIN*-arrest.³⁴⁵ In deze uitspraak volgde de Gemeenschapsrechter de lijn dat een organisatie die producten aankoopt niet als gevolg van het enkele inkoopfeit kan worden aangemerkt als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht. In *FENIN* boden de beheersorganen van de Spaanse ziekenkassen namelijk geen goederen of diensten aan op een bepaalde markt in het kader van een economische activiteit. Hun inkoopactiviteiten vonden plaats in een puur sociale context en de uiteindelijke goederen of diensten werden gratis aangeboden aan de burger.³⁴⁶

Zorgkantoren mogen dan zorg inkopen bij zorgaanbieders, dit wil nog niet zeggen dat zij zelf commercieel (kunnen) opereren in een markt. Zij hebben met hun vaste patiëntenbestanden en wettelijk vastgelegde aanspraken van zorggebruikers te weinig speelruimte om zelfstandig een commerciële beleidslijn uit te zetten.

3.4.2. De zorgmakelaar

Zorgaanbieders hebben bij onderhandelingen met de zorgverzekeraar de mogelijkheid om een zorgmakelaar in te schakelen.³⁴⁷ De zorgmakelaar geeft advies en verleent bijstand aan de zorgaanbieder in het kader van de onderhandelingen van de zorgaanbieder met de zorgverzekeraar. De zorgmakelaar geeft in het algemeen uitleg over de door de zorgverzekeraar aangeboden overeenkomst en schetst de consequenties van bepaalde contractsvoorwaarden.

343 NMa-Visiedocument *AWBZ-zorgmarkten* (visiedocument 3130/66), Den Haag: NMa 2004, randnr. 90. Zie ook NMa-Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, randnr. 49.

344 NMa-Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, randnr. 49.

345 Zie Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, randnr. 49.

346 Zie Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, randnr. 49.

347 De NMa ziet toekomst in deze figuur. Zie Persbericht 06-02 van de NMa van 2 maart 2006, 'NMa ziet mogelijkheden voor zorgmakelaars'.

Zorgaanbieders kunnen hun onderhandelingen met de zorgverzekeraar ook *uitbesteden* aan een zorgmakelaar.³⁴⁸ Het inschakelen van een zorgmakelaar door concurrerende zorgaanbieders zal in het algemeen efficiencyvoordelen kunnen hebben, maar kan ook leiden tot afstemming van marktgedrag indien concurrentiegevoelige informatie wordt uitgewisseld. Het inschakelen van een zorgmakelaar door zorgaanbieders valt onder het kartelverbod van art. 6 Mw als de overeenkomst tussen de zorgaanbieders en de zorgmakelaar afgestemde uniformering van het marktgedrag van de zorgaanbieders ten doel of ten gevolge heeft. De zorgmakelaar mag geen kartels faciliteren, bijvoorbeeld door de zorgaanbieders waarvoor hij of zij werkzaam is te adviseren om allen hetzelfde tarief te hanteren.³⁴⁹

Zorgaanbieders dienen individueel overeenkomsten te sluiten met een zorgmakelaar. Gezamenlijke contracten of gezamenlijk overleg met een makelaar zijn uit den boze – deze zouden aanleiding kunnen geven tot een verkapt kartel.³⁵⁰ Een zorgverlener geeft geen volmacht aan een zorgmakelaar om namens hem te onderhandelen of contracten te sluiten.³⁵¹ Het moet een zorgaanbieder steeds toegestaan zijn buiten de zorgmakelaar om met een verzekeraar te onderhandelen.³⁵²

3.4.3. De regiovertegenwoordiger

In een Informele zienswijze over regiovertegenwoordiging heeft de NMa aangegeven dat de Mededingingswet niet van toepassing is op de onderhandelingen tussen een zorginstelling, de dominante zorgverzekeraar in de regio en de regiovertegenwoordiger in het kader van de goedkeuring en/of vaststelling van een tarief door de NZa binnen het raamwerk van de (toen geldende) WTG.³⁵³

348 Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, randnr. 139.

349 Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, randnr. 141.

350 Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, randnr. 143.

351 Wel mag een zorgaanbieder de zorgmakelaar de bevoegdheid geven om namens hem een aanbod van een verzekeraar te accepteren dat gelijk is aan of beter is dan de door deze zorgaanbieder bepaalde voorwaarden.

352 Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007, randnr. 143.

353 Brief van de NMa van 9 maart 2006 aan het CTZ/ZAio inzake een Informele zienswijze vervallen contracteerplicht ('Informele zienswijze regiovertegenwoordiging'), kenmerk 5461/6.B102. Zie ook Persbericht 06-05 van de NMa van 10 maart 2006, 'NMa: onderhandelen met regiovertegenwoordiger in het kader van het budget valt buiten bereik Mededingingswet': "De Mededingingswet is niet van toepassing op de onderhandelingen tussen ziekenhuizen, de dominante zorgverzekeraar in de regio en de regiovertegenwoordiger."

Zorginstellingen maken binnen hun regio in een lokaal overleg productie- en capaciteitsafspraken met de verzekeraars. De groep van verzekeraars bestaat daarbij uit de lokale marktleider en de regiovertegenwoordiging. De regiovertegenwoordiging is het collectief van zorgverzekeraars die niet de dominante marktspeler in de regio vormen.³⁵⁴ De regiovertegenwoordiger treedt in het overleg met de zorginstelling op namens de regiovertegenwoordiging. De verzekeraar met het grootste marktaandeel zit zelf aan de onderhandelingstafel.

Uit het beraad tussen zorginstelling en verzekeraars vloeien tariefverzoeken voort aan de NZa, die vervolgens de tarieven goedkeurt of vaststelt die de zorginstelling bij iedere afnemer in rekening moet brengen.³⁵⁵ Bovendien stelt de NZa op basis van de onderhandelingen tussen zorginstelling en verzekeraars per ziekenhuis (of ander zorgcentrum) het budget vast.³⁵⁶

De NMa ziet het overleg als een noodzakelijke stap in de wettelijke procedure van de totstandkoming van een besluit van een overheidsorgaan (de NZa), waarbij de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid bij de overheid ligt.³⁵⁷ Voorstellen van marktpartijen mogen op zichzelf niet bindend zijn, maar moeten (actief) worden goedgekeurd door de overheidsinstantie. Voorts gelden er wettelijke criteria die in acht moeten worden genomen door partijen, aldus de NMa.³⁵⁸

Belangrijk is verder dat het budget en de tarieven van een zorginstelling achteraf door de NZa kunnen worden gecorrigeerd, op basis van daadwerkelijk geleverde productie. Hiermee wordt in de ogen van de NMa bevestigd dat het maken van productie- en capaciteitsafspraken door

354 Zie Brief van de NMa van 9 maart 2006 aan het CTZ/ZA10 inzake een Informele zienswijze vervallen contracteerplicht ('Informele zienswijze regiovertegenwoordiging'), p. 2

355 Zie Brief van de NMa van 9 maart 2006 aan het CTZ/ZA10 inzake een Informele zienswijze vervallen contracteerplicht ('Informele zienswijze regiovertegenwoordiging'), p. 2 Vgl. ook art. 35 en 50-55 WMG

356 Zie Brief van de NMa van 9 maart 2006 aan het CTZ/ZA10 inzake een Informele zienswijze vervallen contracteerplicht ('Informele zienswijze regiovertegenwoordiging'), p. 2

357 Zie Brief van de NMa van 9 maart 2006 aan het CTZ/ZA10 inzake een Informele zienswijze vervallen contracteerplicht ('Informele zienswijze regiovertegenwoordiging'), p. 3

358 Zie Brief van de NMa van 9 maart 2006 aan het CTZ/ZA10 inzake een Informele zienswijze vervallen contracteerplicht ('Informele zienswijze regiovertegenwoordiging'), p. 3

de marktspelers louter een voorbereidende stap is in het vaststellingsproces van tarieven door de NZa.³⁵⁹

In de *Stichting Hofpoort Ziekenhuis*-zaak heeft de NMa de uitgangspunten van de Informele zienswijze regiovertegenwoordiging bevestigd.³⁶⁰

De rol van marktspelers bij het van overheidswege vaststellen van vaste tarieven levert lastige vragen op. Op welk moment fungeren ondernemingen louter als belanghebbenden in het bestuurlijke proces wier mening meegenomen wordt in de voorbereidingsfase van besluiten, en op welk moment hebben marktspelers een beslissende invloed op de totstandkoming van de inhoud van besluiten? In de domeinen van de vrije beroepen (denk aan de advocatuur) en cultuur spelen dit soort vraagstukken ook.

In de zorgsector liggen de zaken wat betreft de bepaling van tarieven door de NZa zo genuanceerd, dat sprake is van een Salomonsoordeel: enerzijds kan men betogen dat de overheid het laatste woord houdt en uiteindelijk de tarieven zelf vaststelt; anderzijds kan men aanvoeren dat de overheid doorgaans de door het veld vastgestelde tarieven goedkeurt en daarmee *de facto* overneemt. In het eerste geval is het mededingingsrecht niet van toepassing. In het tweede geval zouden de zorgverzekeraars en zorginstellingen eventueel aangepakt kunnen worden op basis van het kartelverbod, en de overheid op grond van de 'effet utile'-leer (mits sprake is van een beïnvloeding van de tussenstaatse handel).

De NZa geeft in haar Uitvoeringstoets 'Op weg naar vrije prijzen' overigens aan dat vanaf 1 januari 2008 de regiovertegenwoordiging vervalt en zorgverzekeraars afzonderlijk moeten gaan onderhandelen met zorgaanbieders.³⁶¹

3.5. De toepassing van het antitrustrecht op de Nederlandse zorgsector: een korte evaluatie

In het vraagstuk van de collisie tussen enerzijds mededingingsbelangen en anderzijds overwegingen betreffende de organisatie van de zorg (waarbij bijvoorbeeld solidariteit en kwaliteit van zorg belangrijk zijn), springen twee varianten er uit: (i) de toepassing van het kartelverbod ten aanzien

359 Zie Brief van de NMa van 9 maart 2006 aan het CTZ/ZAio inzake een Informele zienswijze vervallen contracteerplicht ('Informele zienswijze regiovertegenwoordiging'), p. 4.

360 Besluit NMa 3 april 2007, zaaknr. 5561, Stichting Hofpoort Ziekenhuis.

361 NZa, *Uitvoeringstoets 'Op weg naar vrije prijzen'*. Maatstafconcurrentie voor medisch specialistische zorg, april 2007, par. 3.3.3.

van samenwerkende zorgverleners, (ii) en de toepassing van het misbruikverbod ten aanzien van (de contracteerwijze van) zorgverzekeraars. In deze categorieën ziet men zorg- en mededingingsbelangen duidelijk tegenover elkaar staan in het Nederlandse zorgstelsel. Het is interessant om te zien welke benaderingswijzen NMa en rechterlijke macht gebruiken in dit collisie vraagstuk, en of er nog methoden inzetbaar zijn die zij niet hebben gehanteerd.

Het Nederlandse mededingingsrecht loopt met NMa's Richtsnoeren en Visiedocumenten voor de zorg sterk vóór op het Europese mededingingsrecht in het uitzetten van beleid voor de zorgsector. De NMa kan zich in haar beleidsvorming richten op de karakteristieken van het Nederlandse zorgstelsel, terwijl de Commissie te maken heeft met allerlei verschillende zorgsystemen binnen Europa. Het is moeilijk om een beleidslijn te ontwikkelen in het EG-mededingingsrecht die enerzijds helder, duidelijk en voldoende diepgaand is en die anderzijds zonder problemen van toepassing kan zijn op alle gezondheidszorgsystemen van de zevenentwintig lidstaten.

De NMa dient bij de toepassing van het Nederlandse mededingingsrecht ten aanzien van de zorg inhoudelijk wel binnen de lijnen van het Europese mededingingsrecht te blijven, zoals getrokken door de Gemeenschapsrechter in zorg- en andersoortige zaken, teneinde recht te doen aan de ijkfunctie van het EG-mededingingsrecht voor de Nederlandse variant. Zo voorkomt de NMa schizofrene situaties in de uitoefening van haar toezichttaken.³⁶² Anderzijds heeft het Europese mededingingsrecht door de specificiteit van de Nederlandse zorgsector maar ten dele een voortrekkersrol. De NMa heeft de mogelijkheid om, ongetwijfeld in overleg met de Commissie, een eigen lijn uit te zetten in deze sector. De NMa dient daarbij op te passen dat zij niet regulerend optreedt in een markt in ontwikkeling.³⁶³ Tenslotte heeft zij slechts *ex post* handhavingsbevoegdheden in de Nederlandse zorgsector, en voorziet de Mededingingswet vooralsnog niet in een competentie tot het *ex ante* opstellen van regels.³⁶⁴ Wellicht dat de positie van de NMa in dit opzicht verandert indien de NZa in de toekomst onderdeel zou gaan uitmaken van de autoriteit.

362 Zeker met het oog op art. 3 van Vo. 1/2003, *Pb.* 2003, L 1/1, dat de nationale mededingingsautoriteiten verplicht om in geval van toepassing van het nationale mededingingsrecht óók het EG-mededingingsrecht toe te passen indien de ondernemingsafsprake of -gedraging in kwestie de handel tussen de lidstaten negatief kan beïnvloeden.

363 Zie Steyger 2005, p. 148.

364 Steyger 2005, p. 148.

De wetswijzigingen in de Nederlandse gezondheidszorg scheppen meer ruimte voor particuliere zorgverzekeraars en zorgen voor meer vrijheden voor zorgaanbieders. De wetswijzigingen vergroten zo de ruimte voor concurrentie. Naarmate er meer vrijheden komen, is het van belang dat de door de wetgever gecreëerde ruimte niet wordt opgevuld door mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen.

De NMa heeft door de jaren heen in veel 'zorg'-besluiten de ondernemingsvraag positief beantwoord, zelfs al onder het oude Nederlandse zorgstelsel. In het nieuwe systeem is het stramien van de Gemeenschapsrechter uit de arresten *FENIN* en *AOK* grotendeels achterhaald geworden als toetsingskader. Het past in veel gevallen niet om de toepassing van het mededingingsrecht bij voorbaat buiten de deur te houden door zorgactoren niet te kwalificeren als onderneming. Een verfijndere afweging lijkt geboden, waarbij de optie om een antitrustbepaling uiteindelijk niet van toepassing te achten wel degelijk dient te blijven bestaan.

Voor een succesvol beroep op art. 86 lid 2 EG, en art. 11 en 25 Mw is vereist dat nationale wetgeving de onderneming in kwestie belast met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang.³⁶⁵ Het is de vraag of een dergelijke (taak)toebedeling altijd teruggevonden kan worden in de Nederlandse regelgeving die van toepassing is op de actoren in de zorg. De Commissie en de Gemeenschapsrechter zijn wellicht bereid om hierin een stap verder te gaan dan de NMa tot nu toe heeft gedaan.³⁶⁶

Een probleem bij art. 25 Mw is ook nog dat dit artikel niet direct ingeroepen kan worden in een civiele of bestuursrechtelijke procedure. Slechts de NMa is bevoegd om art. 25 Mw toe te passen in een speciale ontheffingsprocedure op aanvraag.

Indien regelgeving van lidstaten op bepaalde onderdelen voorschrijft hoe ondernemingen in de zorgmarkt dienen te handelen, dan kunnen die organisaties voor hun (mogelijk mededingingsbeperkend) gedrag, dat slechts gehoor geeft aan wettelijke verplichtingen, de *state action defence* inroe-

365 Zie over de dienst van algemeen economisch belang in het Europese recht ook Paragraaf 3 10.2 van Hoofdstuk II

366 Zie de Nederlandse staatssteunbeschikking van de Commissie N 541/2004 en N 542/2004, 'Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem', 3 mei 2005, C(2005) 1329fin, arrest Gerecht van Eerste Aanleg van 12 februari 2008 in zaak T-289/03, *BUPA t Commissie*, Jur. 2008, II-81. Zie voorts over de benadering van het fenomeen 'dienst van algemeen economisch belang' in het Europese recht Paragraaf 3 10.2 van Hoofdstuk II

pen.³⁶⁷ De *state action defence* vormt dus een soort schulditsluitingsgrond waarmee een onderneming de toerekenbaarheid van de mededingingsbeperking terzijde kan schuiven, overigens slechts tot het moment dat een mededingingsautoriteit heeft vastgesteld dat daadwerkelijk sprake is van een inbreuk.³⁶⁸

Op de voor de zorg meest belangrijke excepties van het kartel- en misbruikverbod, wordt nu nader ingegaan.

3.6. Een overzicht van de ter beschikking staande exceptiemethoden en -instrumenten in de collisie tussen antitrust- en zorgbelangen

3.6.1. *Excepties voor het kartelverbod*

Indien een mededingingsautoriteit daadwerkelijk (meer) rekening zou willen houden met de bij de verschillende zorgactoren aanwezige marktmacht in haar analyse en beoordeling van een mogelijke samenwerking binnen bepaalde groepen zorgondernemingen onder het kartelverbod, is de vraag welke methode zij hiervoor het beste kan gebruiken. Verschillende manieren staan in principe open om in de kern mededingingsbeperkende samenwerkingsvormen tussen leden van een zorgmarktgroep aan een nader onderzoek te onderwerpen en eventueel buiten de werking van het antitrustrecht te houden:

1) *Toepassing van art. 81 lid 3 EG of art. 6 lid 3 Mw*

Bij de beoordeling van het preferentiebeleid van zorgverzekeraars onder het kartelverbod, heeft de NMa voor een exceptie aansluiting gezocht bij lid 3.³⁶⁹ Het ging hier om een zeer bijzondere marktsituatie, waarbij het preferentiebeleid zorgde voor een neerwaartse druk op de prijzen van medicijnen voor de consument. Men kan zich voorstellen dat samenwerkingsverbanden in de medische sector die meer gericht zijn op het bewaken van de kwaliteit en beschikbaarheid van zorg, waaraan onvermijdelijk een prijskaartje hangt, onder art. 81 lid 3 EG en art. 6 lid 3 Mw minder

367 Een lidstaat die het wettelijk kader van dienst heeft ingesteld moet oppassen dat hij niet aangepakt wordt via de 'effet utile'-doctrine of via art. 86 lid 1 EG voor het in stand houden van wetgeving die ondernemingen zonder voldoende reden van algemeen belang dwingt het mededingingsrecht te schenden.

368 Zie zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 58.

369 Zie Brief van de NMa van 22 juni 2005 aan brancheorganisatie Zorgverzekeraars Nederland inzake een verzoek om een informele zienswijze preferentiebeleid ('Informele zienswijze preferentiebeleid'), kenmerk 4713/6.b39, p. 7.

kans van slagen hebben. Het is dan ook de vraag of samenwerking aan zorgverlenerzijde die verder gaat dan waarnemingsregelingen of vakinhoudelijk overleg, snel voor een uitzondering in aanmerking zou komen onder deze bepaling.

Met het naar de achtergrond verdwijnen van de ordoliberalen zienswijze binnen het mededingingsrecht,³⁷⁰ vindt toepassing van art. 81 lid 3 EG in marktmacht-situaties minder snel plaats. Men zou deze bepaling in dit soort situaties wellicht kunnen toepassen vanuit het perspectief van het consumentenbelang. Het argument zou dan kunnen zijn dat meer macht voor de zorgverleners de diversiteit in behandelopties en wellicht de kwaliteit van de dienstverlening ten goede zou komen. Probleem is dat, zeker na de uitvaardiging van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, de interpretatie van art. 81 lid 3 meer en meer gericht is op economische efficiëntie.³⁷¹ Het zijn daarin vooral de directe economische voordelen voor de consument die centraal staan. Aangezien het Nederlandse mededingingsrecht geënt is op de Europese variant,³⁷² volgt het rechtsgebied de communautaire lijn.

Nu zijn kwalitatieve efficiëntieverbeteringen in de vorm van technologische en distributieve innovaties onder de Richtsnoeren ook mogelijk.³⁷³ Dit soort kwalitatieve voordelen kunnen in de plaats komen van kostenverminderingen.³⁷⁴ De Richtsnoeren geven echter geen toestemming voor een kostenvermeerdering van een product of dienst, als prijs voor het bewerkstelligen van kwalitatieve verbeteringen. Marktmacht voor de zorgverleners levert wellicht kwalitatieve voordelen op in de zorgverlening, maar de kans is zeker aanwezig dat ook de totale kosten dan omhoog zouden gaan. Uiteindelijk zouden deze (in ieder geval gedeeltelijk) op het bord

370 Zie Monti 2007, p. 46-52.

371 Met de uitvaardiging van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG heeft de Commissie er voor gekozen om het toepassingsbereik van deze bepaling beperkt te houden: de focus ligt geheel bij economische efficiëntie. Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97, par. 48-72. Zie hierover ook Monti 2007, p. 89-91 en 119-122.

372 Blijkens hoofdstuk I par. 4 van de *Memorie van Toelichting* op de Mededingingswet sluit deze Nederlandse wet aan bij het Europese mededingingsrecht, en wordt de toepassing van de Mw in belangrijke mate beïnvloed door de beschikkingspraktijk van de Commissie en door de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Zie *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 10.

373 Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97, par. 70-72.

374 Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97, par. 69.

van de consument (verzekeringnemer) terecht komen. Het zijn de zorgverzekeraars die in contractonderhandelingen met de zorgaanbieders de hand op de knip proberen te houden en aldus de kosten proberen te drukken.

Samenwerking tussen zorgverleners zou zich voorts niet direct, in een één op één relatie, uitbetalen aan de consument. Zij zou vorm krijgen in een ingewikkeld, als het ware 'getrapt' proces, waarin ook de zorgverzekeraars een belangrijke rol zouden vervullen. De meetbaarheid en toerekenbaarheid van eventuele voordelen van een samenwerking tussen marktpartijen, is dan een lastige klus.

Het is dus sterk de vraag of in een art. 81 lid 3-afweging de voordelen van een samenwerking tussen zorgondernemingen voldoende concreet en aanwijsbaar, laat staan groot genoeg zijn om op te wegen tegen de nadelen in de vorm van verminderde concurrentie en mogelijk hogere prijzen (resultierend in hogere verzekeringspremies voor de consument).

2) *Toepassing van art. 86 lid 2 EG of art. 11/25 Mw*

Deze bepaling komt om de hoek kijken wanneer men kan aantonen dat zorgverleners een door de overheid toebedeelde taak van algemeen belang op economische wijze uitvoeren.

In de jurisprudentie is de toepassing van art. 86 lid 2 van oudsher gericht op zaken waarin ondernemingen van overheidswege een exclusief recht toegekend hebben gekregen, en daarvan gebruik maken teneinde 'cherry picking'³⁷⁵ te voorkomen. Het gaat dan om universele dienstverleningszaken waarin de continuïteit van de levering van bepaalde goederen of diensten door een onderneming centraal staat – en bedreigd wordt door het voornoemde fenomeen.³⁷⁶ Men kan hier denken aan postbezorging³⁷⁷ en elektriciteitsvoorziening.³⁷⁸ Men ziet dat in de rechtspraak een koppeling bestaat tussen art. 86 lid 1 en lid 2 EG, die de reikwijdte van de exceptie feitelijk sterk inperkt.

De verlening van exclusieve rechten treft men doorgaans niet aan in het deel van het Nederlandse zorgverleningstelsel waar marktwerking is geïn-

375 'Cherry picking' is het risico dat bij afwezigheid van een systeem van bijzondere taken en exclusieve rechten, ondernemingen alleen die delen van de markt bedienen waar de gunstigste omstandigheden heersen, en de overige delen van de markt laten zitten. Zie Van de Gronden 2005, p. 88.

376 Zie ook Van de Gronden 2004b, p. 92-94.

377 Zaak C-320/91, Paul Corbeau, *Jur.* 1993, I-2533.

378 Zaak C-393/92, Gemeente Almelo e.a. t. Energiebedrijf IJsselmij, *Jur.* 1994, I-1477, en zaak C-157/94, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1997, I-5699.

roduceerd. Weliswaar zijn veel zorgaanbieders vergunningplichtig (denk aan de Wet toelating zorginstellingen), en dienen beroepsbeoefenaren zich aan allerlei wettelijke en deontologische eisen te houden (denk aan de Wet BIG en het medisch tuchtrecht), van een exclusieve wettelijke gebiedsverdeling is echter geen sprake.

In de zorgverzekeringsbranche wordt het risico op 'cherry picking' gemitigeerd middels een wettelijk verbod op risicoselectie en het gebod van de acceptatieplicht. Deze Zvw-bepalingen hebben echter algemene werking en gelden dus voor alle spelers in het veld – van *exclusieve* rechten of plichten is in dit opzicht geen sprake.

Toch hoeft de toepassing van art. 86 lid 2 EG niet beperkt te zijn tot constructies waarbij de overheid formeel exclusieve rechten verstrekt. Met het arrest *Ambulanz Glöckner*³⁷⁹ had het Hof van Justitie al laten zien dat voor art. 86 lid 2 EG een rol weggelegd is in de zorgsector. De staatssteunzaken betreffende het Ierse en Nederlandse risicovereveningssysteem in de zorgverzekeringsmarkt³⁸⁰ plaveiden waarschijnlijk de weg naar een ruimer toepassingsbereik van art. 86 lid 2 EG in deze sector.³⁸¹

In de Ierse staatssteunzaak concludeerde het Gerecht dat voor de toepassing van art. 86 lid 2 geen uitsluitend of bijzonder recht hoeft te zijn verleend. Het volstaat dat de onderneming die met een taak van algemeen economisch belang wordt belast, verplicht is haar diensten te verstrekken aan elke gebruiker die daarom vraagt. Met andere woorden, de verplichte aard van de dienst en dus het bestaan van een taak van algemeen economisch belang zijn bewezen, indien de dienstverlener verplicht is contracten te sluiten tegen vaste condities, zonder de andere contractpartij te kunnen afwijzen.

In de zorgverzekeringssector kan men in het kader van een eventueel bestaande DAEB (ook wel TAEB) en de daarmee samenhangende verplicht-

379 Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089.

380 Zie de Ierse staatssteunbeschikking van de Commissie N 46/2003, 'Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market', van 13 mei 2003, C(2003) 1322def. (korte samenvatting in *Pb.* 2003, C 186/16), en de uitspraak op het beroep tegen deze beschikking door het Gerecht van Eerste Aanleg van 12 februari 2008 in zaak T-289/03, *BUPA t. Commissie*, *Jur.* 2008, II-81; de Nederlandse staatssteunbeschikking van de Commissie N 541/2004 en N 542/2004, 'Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem', 3 mei 2005, C(2005) 1329def. (korte samenvatting in *Pb.* 2005, C 324/30).

381 Deze casus draaien om de positie onder art. 86 lid 2 EG van de zorgverzekeraars; het belang van de zaken voor de positie van de Nederlandse zorgaanbieders onder art. 86 lid 2 is lastiger te duiden en moet afgewacht worden.

tingen, denken aan de acceptatieplicht, uniforme tariefstelling, levenslange dekking en minimumprestaties.

In de Nederlandse zorgverleningsmarkt is het de vraag of een TAEB-belasting aantoonbaar is. Voor bijna alle medische hulpverleners bestaan beroepsregels, en zorgverlenende instanties hebben te maken met een uitgebreid pakket aan wettelijke eisen. Het is echter twijfelachtig of deze dwingend genoeg zijn om vorm te geven aan een TAEB. Wellicht dat eventueel bestaande wettelijke zorgplichten, gericht tot bepaalde zorgaanbieders, de conclusie zouden kunnen rechtvaardigen dat sprake is van een TAEB aan zorgverleningszijde.

Hoe het ook precies zij met de inroepbaarheid van art. 86 lid 2 EG, het lijkt in ieder geval logisch dat de reikwijdte van de bepaling zich beperkt tot mededingingsbeperkingen die direct voortvloeien uit of samenhangen met wettelijke verplichtingen die de overheid aan ondernemingen oplegt.

3) *Benadering waarin zorgactoren worden gezien als betrokkene in een (uiteindelijk) publiekrechtelijke regelgevingsprocedure*

Deze methode leent zich voor het buiten de reikwijdte van het antitrustrecht houden van activiteiten van zorgactoren in procedures waarin zij louter om een advies gevraagd worden bij de totstandkoming van een besluit van een publiekrechtelijke instantie, of waarin sprake is van een mechanische wetstoepassing.

4) *Toepassing van in de jurisprudentie van het Hof van Justitie ontwikkelde methoden, zoals de 'rule of reason'*

De (maatschappelijke) 'rule of reason' is tot ontwikkeling gekomen in het Europese vrijverkeersrecht en bevat een aantal criteria die, in zaken met een maatschappelijke dimensie, geschikt zijn om een afweging te maken tussen botsende economische en niet-economische belangen. Achtergrond van deze ontwikkeling is dat de Verdragsrechtelijke uitzonderingsinstrumenten niet voldeden – een alternatieve methode is dan geboden.

De 'rule of reason' of 'exceptie op grond van dwingende eisen van algemeen belang' kent *grosso modo* vijf voorwaarden:³⁸² (i) een communautaire regeling ter zake bestaat niet; (ii) de nationale regel wordt niet om

382 Vgl. zaak 120/78, Cassis de Dijon, Jur. 1979, 649, r.o. 8. Zie ook Barents & Brinkhorst 2006, p. 350, waar tevens meer jurisprudentie inzake het concept van de 'rule of reason' is vermeld.

puur economische redenen toegepast; (iii) het belang dat de nationale maatregel beoogt te beschermen is van voldoende gewicht; (iv) de nationale maatregel mag niet discrimineren, hoewel men ziet dat deze voorwaarde in de jurisprudentie niet heilig is;³⁸³ (v) de nationale maatregel dient proportioneel te zijn.

Belangrijk om te vermelden is dat de hierboven beschreven exceptie niet behelst de economische 'rule of reason' die zijn oorsprong kent in het Amerikaanse mededingingsrecht.³⁸⁴ Deze Amerikaanse redelijkheidsregel betreft een afweging tussen puur economische voor- en nadelen van een mededingingsbeperkende handeling; tegen deze exceptie kan aangevoerd worden dat zij het nuttig effect ontnemt aan art. 81 lid 3 EG.³⁸⁵

De Gemeenschapsrechter heeft de maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht vooralsnog niet expliciet erkend. Van enige sympathie voor de *onderliggende benadering* lijkt wél sprake.³⁸⁶ In de zorg heeft de Gemeenschapsrechter (nog) geen ervaring met de toepassing van de 'rule of reason'.

Toepassing van een 'rule of reason'-redenering binnen de zorgsector in een marktmacht-situatie zou neerkomen op een getrapte constructie: zorgactoren bundelen hun marktmacht om uiteindelijk als groep bepaalde zorgbelangen, zoals kwaliteit en continuïteit van zorg, te kunnen bewerkstelligen. Dit is geen ongewone benadering in het Europese recht: de Gemeenschapsrechter heeft in vrijverkeerszaken de financiële en organisatorische stabiliteit van het nationale zorgstelsel erkend als legitimatie voor het

383 Zie bijvoorbeeld zaak C-2/90, Waalse afvalstoffen, *Jur.* 1992, I-4431. Zie ook Conclusie A-G Jacobs van 26 oktober 2000 in zaak C-379/98, PreussenElektra AG t. Schleswig AG, *Jur.* 2001, I-2099, r.o. 220-238. Mortelmans geeft aan dat het Hof in arresten die betrekking hebben op medisch toerisme de 'rule of reason' honoreerde in gevallen waarin sprake was van een direct discriminerende maatregel. In milieuzaken en gezondheidszaken wijkt het Hof af van zijn eigen 'rule of reason'-principes, aldus Mortelmans. Zie Mortelmans 2005b, p. 410 en 408. Voor kritiek op de voorwaarde dat een beroep op de 'rule of reason' slechts openstaat in geval van zonderonderscheidmaatregelen, gepaard aan een pleidooi voor de verruiming van de toepasselijkheid van deze redelijkheidsregel naar casus waarin sprake is van directe discriminatie: De Vries 2007a, p. 137 en 138.

384 Zie over de twee varianten *economic rule of reason* en *policy rule of reason*: Van de Gronden & Mortelmans 2001, p. 316.

385 Zoals het Gerecht van Eerste Aanleg deed in zaak T-112/99, Métropole télévision e.a. t. Commissie, *Jur.* 2001, II-2459, r.o. 72-78 en 107. Het Gerecht wees daarmee het gebruik van de Amerikaanse 'rule of reason' binnen het communautaire mededingingsrecht af. De Commissie had zich al eerder verzet tegen dit type 'rule of reason' in het Europese antitrustrecht. Zie het Witboek van de Commissie over de modernisering van de regels ter implementatie van art. 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.* 1999, C 132/1, par. 57.

386 Zie Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

bestaan van bepaalde beperkingen voor patiënten (op het gebied van intramurale zorg). Achter deze financiële en organisatorische stabiliteit gaat dan het belang van duurzame, kwalitatief goede zorg schuil die op continue basis aangeboden kan worden.³⁸⁷ Van een gang van zaken op basis van puur economische redenen, is geen sprake.

Bij toepassing van de maatschappelijke 'rule of reason' is het criterium van de proportionaliteit over het algemeen het meest cruciaal. Indien maatregelen deze toets doorstaan, zullen de andere 'rule of reason'-voorwaarden veelal niet meer voor grote problemen zorgen.

Proportionaliteit behoort tot de basisbeginselen van het Europese recht.³⁸⁸ De proportionaliteitstoets (proportionaliteit in brede zin) valt uiteen in de deelvoorwaarden geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid (proportionaliteit *sensu stricto*).³⁸⁹

Met het geschiktheidscriterium toetst men of de activiteit in kwestie geschikt is om het te beschermen belang ook daadwerkelijk te beschermen. Dit belang dient uiteraard legitiem te zijn.³⁹⁰

Vraag bij de noodzakelijkheidstoets is of de activiteit in kwestie en de daarmee gepaard gaande mededingingsbeperking noodzakelijk zijn om het doel te bereiken, of dat daarvoor andere minder mededingingsbeperkende mogelijkheden bestaan. Een aantal alternatieve gedragslijnen worden beoordeeld op de vraag of deze het voorliggende belang even effectief beschermen of niet. In geval van een positief antwoord, wordt gekeken

387 Zie zaak C-157/99, Geraets-Smits t. Stichting Ziekenfonds VGZ en Peerbooms t. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, *Jur.* 2001, I-5473, r.o. 76-80; zaak C-385/99, Müller-Fauré t. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen en Van Riet t. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, *Jur.* 2003, I-4509, r.o. 76-81. Zie ook zaak C-158/96, Raymond Kohll t. Union des caisses de maladie, *Jur.* 1998, I-1931, r.o. 50 en 51.

388 Zie bijvoorbeeld Craig & De Búrca 2008, p. 544.

389 Zie Craig & De Búrca 2008, p. 545; Jans e.a. 2002, p. 185 en 186, en Jans et al. 2007, p. 148-150; Buendia Sierra 1999, p. 301. Vgl. ook Bermann 2002, p. 80 en 81. Zowel Craig & De Búrca als Jans c.s. geven aan dat de drie elementen niet in alle zaken ook alle drie als zodanig worden toegepast: zo concentreert de Gemeenschapsrechter zich wel eens op twee van de drie onderdelen.

390 Geschiktheid bestaat volgens de literatuur dus uit twee elementen: legitimiteit en eigenlijke geschiktheid. Zie Jans e.a. 2002, p. 185, en Jans et al. 2007, p. 149. Jans c.s. constateert dat de horde van de geschiktheid normaliter geen problemen oplevert. De legitimiteit van een belang kan binnen de 'rule of reason'-benadering wellicht ook al bij een eerdere voorwaarde aan bod komen, namelijk bij het criterium van het (vol-doende) gewicht van het belang. Omwille van de coherentie van mijn betoog vindt behandeling hier niettemin plaats binnen de proportionaliteitstoets.

welke van de even effectieve activiteiten de minst beperkende gevolgen voor de mededinging heeft.³⁹¹

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 minst ingrijpende mededingingsbeperking) het niet-economische doel dat er mee gediend wordt 'waard' is.

Benadrukt moet worden dat volksgezondheid als beleidsterrein vooralsnog (grotendeels) behoort tot de exclusieve competentie van de EG-lidstaten. Het lijkt aannemelijk dat rechters en handhavinginstanties een enigszins terughoudende benadering in acht nemen bij de proportionaliteitsvraag.³⁹² Dit zou anders zijn indien het EG-recht zelf een duidelijke hiërarchie van normen formuleert, waaruit blijkt, of in ieder geval kan worden afgeleid, welk belang in welke situatie voorgaat.³⁹³ Op het gebied van de volksgezondheid is hiervan geen sprake – verder dan een integratiebepaling gaat het Europese recht niet. Het is eerder zo dat art. 152 lid 5 EG terughoudendheid predikt ten aanzien van lidstatelijke volksgezondheidsinitiatieven.

Aangezien het Nederlandse mededingingsrecht geënt is op de Europese variant,³⁹⁴ zal het rechtsgebied doorgaans de communautaire lijn volgen. Dit geldt ook voor (de toepassing van) communautaire exceptiemethoden die hun wortels hebben in de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter, waarbij de bijzondere relatie tussen nationaal en Europees recht een element van belang is. Ook in het Nederlandse recht is immers van een duidelijke hiërarchie van normen geen sprake, in de zin dat de Nederlandse wet voor zou schrijven dat het mededingingsbelang prevaleert boven de volksgezondheidsbelangen.

391 Zie Jans e a 2002, p 185, en Jans et al 2007, p. 149

392 De benadering van het Hof van Justitie in het *Wouters*-arrest (zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur* 2002, I-1577) wijst bijvoorbeeld ook in deze richting

393 Als complicerende factor bij het vraagstuk van de waardering van belangen geldt bovendien de bevoegdheidsverdeling tussen Gemeenschap en lidstaten: zo kunnen puur communautaire rechtsgebieden (zoals het EG-mededingingsrecht) tegenover puur nationale beleidsterreinen (zoals cultuur, beroepsdeontologie en gezondheidszorg) komen te staan

394 Blijkens hoofdstuk I par 4 van de *Memorie van Toelichting* op de Mededingingswet sluit deze Nederlandse wet aan bij het Europese mededingingsrecht, en wordt de toepassing van de Mw in belangrijke mate beïnvloed door de beschikkingspraktijk van de Commissie en door de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Zie *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707, nr 3, p 10

Toch lijkt samenwerking aan de zorgverlenerskant van de markt niet op grote steun te hoeven rekenen van de Commissie of NMa, ook al zouden zorgbelangen daar (indirect) daadwerkelijk mee gediend zijn. Dit heeft te maken met de flagrante aard van de mededingingsrechtelijke schending indien groepen zorgaanbieders daadwerkelijk hun gedrag onderling zouden afstemmen en daarmee de prijs van hun diensten mogelijk zouden opdrijven. Dit soort afspraken doorstaan ook de toets van een 'rule of reason'-afweging niet gemakkelijk.

Een mededingingsautoriteit zou zich waarschijnlijk afvragen of dit type samenwerking nu wel geschikt is om bepaalde zorgkwaliteitsdoelen te dienen. Het aantonen van de noodzakelijkheid van dergelijke afspraken zou in ieder geval een probleem vormen, mede gezien het bestaan van andere kwaliteitsbewakinginitiatieven in de zorgsector. Een mededingingsautoriteit zou waarschijnlijk zelfs de proportionaliteit *sensu stricto* (toch de politiek meest beladen maatstaf van de drie proportionaliteitscriteria) in twijfel trekken.

Dit neemt niet weg dat in de toekomst de structuur van de zorgmarkt en de verhoudingen tussen zorgactoren zo kunnen veranderen dat een andersoortige analyse op haar plaats is.

3.6.2. *Excepties voor het verbod op misbruik van een machtspositie*

In de rechtspraak en beschikkingspraktijk betreffende de zorgsector staan de wettelijke en buitenwettelijke uitzonderingsmethoden bij het misbruikverbod veel meer op de achtergrond dan bij het kartelverbod.

Bij misbruikzaken betreffende de zorgsector gebruiken de NMa en de Nederlandse rechter de figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond als (interne) uitzonderingsmethode, die binnen het misbruikbegrip zelf aan bod komt. Deze rechtvaardigingsgrond vertoont conceptueel gelijkenissen met de (maatschappelijke) 'rule of reason' in het kartelrecht.

4. SAMENVATTING

4.1. De Nederlandse zorgsector: opzet en functioneren

De Nederlandse zorgsector bestaat globaal uit drie markten. Op de zorgmarkt verlenen zorgaanbieders zorg aan patiënten en andere zorgvragers. Op de zorgverzekeringsmarkt bieden zorgverzekeraars aan verzekerden hun verzekeringsproduct aan. Op de zorginkoopmarkt kopen zorgverzekeraars ten behoeve van hun verzekerden zorg in.

De Nederlandse zorgsector heeft in 2006 een revolutie doorgemaakt aan de verzekeringskant. Met de nieuwe Zorgverzekeringswet is een geheel hervormd assurantiestelsel in werking getreden. De Zorgverzekeringswet is in een proces van jaren, en niet zonder slag of stoot, tot stand gekomen. Het nieuwe verzekeringstelsel kenmerkt zich door afschaffing van de vermaarde ziekenfondssystematiek en de introductie van meer marktwerking. Uitgangspunt in het huidige stelsel is een privaatrechtelijke verzekering voor iedereen, met overigens sterke publiekrechtelijke waarborgen. Ook aan de zorgverleningkant wordt meer en meer ruimte geboden voor commercieel initiatief. Het (verder) liberaliseren van dit segment zal zijn beslag krijgen in de jaren tot 2012.

De organisatie van de sector van zorgverlening en medische dienstverlening wordt nader gereguleerd door een groot aantal wetten, algemene maatregelen van bestuur en beleidsregels. De Nederlandse overheid gebruikt de volgende wetten als sturingsmechanisme voor de bekostiging en organisatie van de zorgsector: (1) de Zorgverzekeringswet (Zvw), die de Ziekenfondswet (ZFW) vervangen heeft; (2) de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), die aan modernisering(splannen) onderhevig is; (3) de Wet marktordening gezondheidszorg (WMG), als opvolger van de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG); en (4) de Wet toelating zorginstellingen (WTZi), die de plaats heeft ingenomen van de Wet Ziekenhuisvoorzieningen (WZV).

De zorgverzekeringsmarkt heeft altijd bestaan uit drie compartimenten, en doet dat eigenlijk nog steeds. Er is een compartiment aan zorg, dat onverzekerbaar wordt geacht volgens het marktpincipe (hiervoor heeft altijd de AWBZ gegolden). Er is een tweede compartiment dat bestaat uit een vast pakket aan medische diensten, waarbij sprake is van een mengvorm van overheidsregelgeving en concurrentie (hierin speelt de Zvw een rol). En er is een derde compartiment van aanvullend verzekerde zorg waarin volgens marktpincipes (aanvullende) verzekeringen worden aangeboden.

In haar ruim tienjarig bestaan heeft de NMa zich in haar beschikkingspraktijk betreffende de zorgsector vooral toegelegd op de toepassing van het kartelverbod. De NMa heeft inmiddels veel ervaring met het bestrijden van 'hard core' kartels in de zorg. De problematiek van toepassing van het misbruikverbod is van recenter aard, en concentreert zich, de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten door zorgondernemingen daargelaten, vooral nog bij de zorgverzekeraars.

4.2. Het ondernemingscriterium

De Europese *landmark cases* op het gebied van zorg en mededinging, AOK *Bundesverband* en FENIN, hebben ook hun sporen achtergelaten in het Nederlandse zorgstelsel. Toch is hun invloed inmiddels beperkt te noemen. In beide arresten komt de Gemeenschapsrechter tot de conclusie dat zorgactoren (ziektekostenverzekeraars respectievelijk beheersorganen van een zorgstelsel) géén ondernemingen zijn in de zin van het mededingingsrecht. De Gemeenschapsrechter hanteert als reden dat de betrokken organisaties zouden werken vanuit een zuiver sociale doelstelling, op basis van het solidariteitsbeginsel.

Het is opvallend dat het publieke belang in gezondheidszorgzaken via de band van het ondernemingscriterium de mededingingsrechtelijke toetsing binnenkomt. Deze benadering van de Gemeenschapsrechter ziet men op andere terreinen eigenlijk niet terug.³⁹⁵

De NMa kwalificeert de ziektekostenverzekeraars in het hervormde Nederlandse zorgstelsel gewoon als ondernemingen, evenals de Europese Commissie. De Zorgverzekeringswet doet hetzelfde. Ook de zorgverleners in Nederland kunnen doorgaans het stempel 'onderneming' dragen. De NMa heeft in haar beschikkingspraktijk in een groot aantal zaken geconcludeerd dat zorgaanbieders (zoals ziekenhuizen, apothekers, fysiotherapeuten) ondernemingen zijn. Een uitzondering op de regel is wellicht te vinden bij zorgverleners of onderdelen van ziekenhuizen die *markttype I* zorg aanbieden: van vrije prijsvorming is hier geen sprake en de markt wordt volledig budgettair bepaald.

4.3. Kartelgedrag in de zorgsector

In de Nederlandse zorgverlenings- en zorgverzekeringssector hebben zich de afgelopen jaren samenwerkingsvormen ontwikkeld, die automatisch vragen oproepen omtrent de toepassing van het kartelverbod van art. 6 Mw en eventueel art. 81 EG.

De opstelling van de NMa is dat daar waar samenwerking de efficiëntie of de kwaliteit verhoogt, afspraken tussen ondernemers in de zorg

395 De benadering van het Hof waarin organisaties die zijn belast met de uitvoering van typische overheidsprerogatieven buiten het ondernemingsbegrip vallen (de *Diego Cali*-lijn), en de benadering waarin afspraken op sociaal terrein buiten de reikwijdte van het antitrustrecht blijven (de zogenaamde *Brentjens*-benadering) behelzen net andersoortige afwegingen. Zie over de *Diego Cali*-lijn Paragraaf 1.4. en 3.4.2. van Hoofdstuk II; zie over de *Brentjens*-benadering Paragraaf 3.8.1. van Hoofdstuk II.

in het voordeel van de consument kunnen zijn, mits de concurrentie niet onnodig wordt beperkt. De toepassing van dit uitgangspunt in de rechtspraktijk is echter nog lastig genoeg, en krijgt pas aan de hand van de casuïstiek echt handen en voeten.

4.3.1. Samenwerking tussen zorgverzekeraars

In de tijd van het oude ziekenfondsstelsel hebben de particuliere zorgverzekeraars een solidariteitsregeling met elkaar getroffen omtrent de acceptatie van aspirant-verzekeringnemers. Dit Solidariteitsprotocol bevatte een afspraak om premiedifferentiatie naar leeftijd binnen afzonderlijke individuele verzekeringsproducten aan een bepaalde bandbreedte te binden. Bovendien bevatte het Solidariteitsprotocol een afspraak om het uiteenlopen van de tarieven voor collectieve en individuele contracten tegen te gaan. De NMa achtte het protocol in strijd met art. 6 lid 1 Mw.

De zorgverzekeraars in Nederland voeren bij bepaalde farmaceutica een gezamenlijk preferentiebeleid ten aanzien van de geneesmiddelenindustrie. Dit preferentiebeleid houdt in dat de zorgverzekeraars uit een aantal gelijkwaardige geneesmiddelen één of meer producten aanwijzen die met uitsluiting van de soortgelijke producten van andere leveranciers voor vergoeding in aanmerking komen. Als maatstaf in het vergelijkingsproces gelden de apotheekinkoop prijzen.

Een gezamenlijk preferentiebeleid van zorgverzekeraars vereist onderling overleg en onderlinge afspraken. Het kartelverbod komt dan om de hoek kijken. De NMa heeft zich in een Informele zienswijze uitgelaten over het preferentiebeleid inzake bepaalde groepen geneesmiddelen en dit toegestaan. De NMa overwoog dat het preferentiebeleid slechts van toepassing was op een beperkt aantal geneesmiddelen, dat er voldoende concurrentie overbleef tussen de zorgverzekeraars, en dat de verzekeraars de besparingen verrekenden in de premies waardoor hun verzekerden hiervan profiteerden. De NMa benadrukte dat een preferente status slechts gold voor een periode van zes maanden. Het preferentiebeleid kon bovendien niet anders dan gezamenlijk gevoerd worden: een individueel preferentiebeleid bleek louter tot prijsverhogingen te leiden en was dus gedoemd te mislukken. Van groot belang was verder dat het preferentiebeleid eindelijk echte prijsconcurrentie teweeg bracht onder de leveranciers van geneesmiddelen. Onder deze omstandigheden was geen sprake van een schending van art. 6 Mw en art. 81 EG in de ogen van de NMa: voor zover de kartelverboden zelf al geschonden zouden zijn, waren voldoende argumenten aangevoerd voor de toepassing van de excepties van art. 6 lid 3 Mw en art. 81 lid 3 EG.

4.3.2. Samenwerking tussen zorgaanbieders

Zorgaanbieders kennen in hun praktijkvoering vaak samenwerkingsverbanden met andere zorgverleners in de regio. Deze samenwerking strekt zich uit tot waarnemingsregelingen en informatienetwerken voor de uitwisseling van patiëntengegevens. De 'gevestigde orde' van zorgverleners mag potentiële toetreders tot de zorgmarkt niet zomaar de (volwaardige) toegang tot de bestaande gezamenlijke structuren ontzeggen, omdat zij daarmee nieuwe concurrenten van de markt zou kunnen weren.

Het is verder ook niet toegestaan onder het kartelverbod om als beroepsvereniging de vestiging van nieuwe toetreders in de regio in de hand te houden middels het instrument van formatieplaatsen, noch om de praktijkomvang van zorgverleners in de regio aan banden te leggen.

In een aantal besluiten is de NMa streng opgetreden tegen zorgverleners die collectief contracten afsloten met afnemers (zorgverzekeraars). De onderhandelingsmacht van zorgverzekeraars is aanzienlijk. Het is lastig voor individuele zorgaanbieders om daar tegen op te boksen. Deze zorgaanbieders zouden daadwerkelijk een vuist kunnen maken, indien zij samen zouden werken en één blok zouden vormen in de onderhandelingen met de verzekeraars.

Probleem bij deze constructie is dat het mededingingsrecht blokvorming aan de kant van de zorgverleners nu niet bepaald stimuleert: al snel komt de toepassing van het kartelverbod in zicht op dit soort samenwerkingsverbanden. De prijs- en/of marktverdelingsafpraak doet het nu eenmaal niet goed in het antitrustrecht, zeker niet als zij plaatsvindt aan de verkoopzijde van een markt.³⁹⁶

4.3.3. Activiteiten van intermediairs

Naast de zorgverzekeraars en zorgverleners zijn er nog andere actoren actief in de zorgsector, die vaak een positie innemen tussen genoemde partijen onderling of tussen genoemde partijen en de zorgconsument.

Het zorgkantoor

Zorgkantoren treden in de regio waarin zij werkzaam zijn op namens de verzekeraars en verrichten bepaalde diensten voor de klanten van de ver-

396 Denk echter aan de ruimte die de bagatelregeling van art. 7 Mw, die ook geldt voor *hardcore* mededingingsbepenkende afspraken, biedt aan zorgverleners om samen te werken. Zie nader over deze regeling Paragraaf 3.3.3. van dit hoofdstuk.

zekeraars. Zorgkantoren voeren taken uit op het vlak van de contractering van zorg, de inning van eigen bijdragen en de informatieverstrekking over AWBZ-zorg.

In haar visiedocument over de AWBZ-zorgmarkten van januari 2004 heeft de NMa vastgesteld dat zorgkantoren niet kunnen worden aangemerkt als ondernemingen waar het gaat om hun activiteiten met betrekking tot de volksverzekering AWBZ. Dit geldt ook als het gaat om het inkopen van AWBZ-zorg. De uitvoering van de taken van de zorgkantoren komt ten laste van de AWBZ. Voorts worden hun activiteiten met betrekking tot de AWBZ uitgevoerd onder toezicht van de overheid. De aanspraken uit de AWBZ liggen vast op grond van de wet en verzekerden zijn automatisch bij een zorgverzekeraar voor de AWBZ-verzekering ingeschreven. Derhalve is geen sprake van een economische activiteit maar van een mechanische wetstoepassing. Zorgkantoren kunnen derhalve niet worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet.

De zorgmakelaar

Zorgaanbieders hebben bij onderhandelingen met de zorgverzekeraar de mogelijkheid om een zorgmakelaar in te schakelen. De zorgmakelaar geeft advies en verleent bijstand aan de zorgaanbieder in het kader van de onderhandelingen van de zorgaanbieder met de zorgverzekeraar. De zorgmakelaar geeft in het algemeen uitleg over de door de zorgverzekeraar aangeboden overeenkomst en schetst de consequenties van bepaalde contractsvoorwaarden.

Zorgaanbieders kunnen hun onderhandelingen met de zorgverzekeraar ook *uitbesteden* aan een zorgmakelaar. Het inschakelen van een zorgmakelaar door concurrerende zorgaanbieders zal in het algemeen efficiencyvoordelen kunnen hebben, maar kan ook leiden tot afstemming van marktgedrag indien concurrentiegevoelige informatie wordt uitgewisseld. Het inschakelen van een zorgmakelaar door zorgaanbieders valt onder het kartelverbod van art. 6 Mw als de overeenkomst tussen de zorgaanbieders en de zorgmakelaar afgestemde uniformering van het marktgedrag van de zorgaanbieders ten doel of ten gevolge heeft. De zorgmakelaar mag geen kartels faciliteren, bijvoorbeeld door de zorgaanbieders waarvoor hij of zij werkzaam is te adviseren om allen hetzelfde tarief te hanteren.

Zorgaanbieders dienen individueel overeenkomsten te sluiten met een zorgmakelaar. Gezamenlijke contracten of gezamenlijk overleg met een makelaar zijn uit den boze – deze zouden aanleiding kunnen geven tot een

verkapt kartel. Een zorgverlener geeft geen volmacht aan een zorgmakelaar om namens hem te onderhandelen of contracten te sluiten. Het moet een zorgaanbieder steeds toegestaan zijn buiten de zorgmakelaar om met een verzekeraar te onderhandelen.

De regiovertegenwoordiger

In een Informele zienswijze over regiovertegenwoordiging heeft de NMa aangegeven dat de Mededingingswet niet van toepassing is op de onderhandelingen tussen een zorginstelling, de dominante zorgverzekeraar in de regio en de regiovertegenwoordiger in het kader van de goedkeuring en/of vaststelling van een tarief door de NZa binnen het raamwerk van de (toen geldende) WTG.

Zorginstellingen maken binnen hun regio in een lokaal overleg productie- en capaciteitsafspraken met de verzekeraars. De groep van verzekeraars bestaat daarbij uit de lokale marktleider en de regiovertegenwoordiging. De regiovertegenwoordiging is het collectief van zorgverzekeraars die niet de dominante marktspeler in de regio vormen. De regiovertegenwoordiger treedt in het overleg met de zorginstelling op namens de regiovertegenwoordiging. De verzekeraar met het grootste marktaandeel zit zelf aan de onderhandelingsstafel.

Uit het beraad tussen zorginstelling en verzekeraars vloeien tariefverzoeken voort aan de NZa, die vervolgens de tarieven goedkeurt of vaststelt die de zorginstelling bij iedere afnemer in rekening moet brengen. Bovendien stelt de NZa op basis van de onderhandelingen tussen zorginstelling en verzekeraars per ziekenhuis (of ander zorgcentrum) het budget vast.

De NMa ziet het overleg als een noodzakelijke stap in de wettelijke procedure van de totstandkoming van een besluit van een overheidsorgaan (de NZa), waarbij de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid bij de overheid ligt. Voorstellen van marktpartijen mogen op zichzelf niet bindend zijn, maar moeten (actief) worden goedgekeurd door de overheidsinstantie. Voorts gelden er wettelijke criteria die in acht moeten worden genomen door partijen, aldus de NMa.

Belangrijk is verder dat het budget en de tarieven van een zorginstelling achteraf door de NZa kunnen worden gecorrigeerd, op basis van daadwerkelijk geleverde productie. Hiermee wordt in de ogen van de NMa bevestigd dat het maken van productie- en capaciteitsafspraken door de marktspelers louter een voorbereidende stap is in het vaststellingsproces van tarieven door de NZa.

De NZa geeft in haar Uitvoeringstoets 'Op weg naar vrije prijzen' overigens aan dat de regiovertegenwoordiging in 2008 zou vervallen en zorgverzekeraars afzonderlijk zouden moeten gaan onderhandelen met zorgaanbieders.

4.4. Misbruikgedrag in de zorgsector

Het verbod op misbruik van een machtspositie is met name relevant voor Nederlandse zorgverzekeraars, omdat deze vaak nog steeds een machtspositie hebben binnen de regio waar zij ooit hun verzekeringsbedrijf hebben opgebouwd.

De NMa en de Nederlandse rechter nemen bij de toetsing van zorgverzekeraarsgedrag aan art. 24 Mw de nodige ruimte voor normatieve afwegingen binnen het misbruikcriterium. Art. 24 Mw kent geen wettelijke exceptie zoals art. 6 Mw die wel kent in de vorm van een lid 3. Uitzonderingsoverwegingen hebben dan plaats binnen de verbodsbepaling zelf, meer precies binnen het misbruikconcept. Belangrijk binnen dit concept is de exceptie van de objectieve rechtvaardigingsgrond voor potentieel abusief gedrag van ondernemingen. Bij de nadere invulling van deze maatstaf komt men uit bij de elementen redelijkheid, transparantie en non-discriminatie.

Uit de art. 24-casuïstiek komt naar voren dat de NMa voorzichtig is om al te snel misbruik aan te nemen. Zo heeft de NMa in het kader van een objectieve rechtvaardigingsafweging geaccepteerd dat zorgverzekeraars geen contract afsluiten met zorgaanbieders wanneer deze niet (kunnen) voldoen aan registratie- of kwaliteitseisen, dan wel voorwaarden ten aanzien van de continuïteit van zorg. Ook heeft de NMa het contracteerbeleid van zorgverzekeraars (als objectief gerechtvaardigd) geaccepteerd, waarin een systeem van gekoppelde inkoop werd gebruikt of declaraties vergoed werden op basis van verrichtingen in plaats van op basis van een uurtarief.

De Nederlandse rechter is onder art. 24 Mw akkoord gegaan met ziektekostenverzekeraars die in hun inkoopbeleid een beheerssysteem met een benchmark hanteren ten aanzien van zorgaanbieders, en zorgverzekeraars die een zorgvuldig vormgegeven, maar gelijkkluidend en niet-onderhandelbaar aanbod deden aan alle beoogde wederpartijen.

Voor zorgverzekeraars bestaat dan ook geen plicht onder het misbruikverbod om met alle zorgaanbieders in de regio een zorgcontract te sluiten, noch een verplichting om met alle zorgverleners individueel te onderhandelen.

4.5. Afronding: exceptiemethoden in antitrustzaken in de zorgsector

In een steeds verder geliberaliseerde sector als de zorg, waarin verschillende groepen ondernemingen in wisselwerking staan met elkaar, zijn de (machts)verhoudingen tussen de verschillende marktspelers natuurlijk van groot belang voor de wijze waarop de markt zich ontwikkelt en het concurrentieproces verloopt. Een belangrijk vraagstuk bij de toepassing van het antitrustrecht binnen dit domein is dan ook hoe de marktmacht, respectievelijk het gebrek aan marktmacht, van actoren in de zorgsector verdisconteerd wordt in het mededingingsbeleid. Zo komt dit element terug in de visie van de NMa op het preferentiebeleid van zorgverzekeraars in het kader van een art. 6 Mw-afweging: verzekeraars mogen zich onder bepaalde voorwaarden als één blok opstellen ten opzichte van farmaceuticaleveranciers.

De zorgsector blijft hoe dan ook een veld in (grote) beweging. Dit brengt inherent de nodige onzekerheid met zich mee, ook omtrent de toepassing van het mededingingsrecht in de nabije toekomst.

Excepties voor het kartelverbod

In de literatuur vindt men de stelling dat mededingingsautoriteiten rekening moeten houden met de noodzaak van *countervailing power* vanuit het zorgverleningsveld tegen de dominante marktmacht van de zorgverzekeraars aan de inkoopzijde. Een dergelijke benadering zou beter passen bij de economische realiteit van de zorgsector en het belang van de consument. Bovendien zou een dergelijke aanpak de kwaliteit en de continuïteit van de zorgverlening ten goede (kunnen) komen.³⁹⁷ Het staat echter buiten kijf dat een situatie waarin zorgaanbieders zich zouden verenigen om hun onderhandelingspositie ten opzichte van verzekeringsmaatschappijen te verbeteren, in beginsel in strijd komt met het kartelverbod.

³⁹⁷ In deze redenering zou een sterkere positie voor de zorgverlener in de toekomst belangrijk zijn om de kwaliteit van zorg te (blijven) garanderen. Naarmate de zorgmarkt meer en meer geliberaliseerd wordt, de concurrentie toeneemt, en de kosten van de zorg met de toenemende vergrijzing zullen stijgen, is het denkbaar dat de druk van de kant van zorgverzekeraars vis-à-vis zorgverleners op het vlak van kostenbeheersing alleen maar zal toenemen. Deze druk zou zo hoog kunnen oplopen dat zorgverleners in sommige gevallen afzien van een bepaald medicijn of bepaalde behandeling, teneinde de kosten van een traject niet nog verder te doen oplopen. In de huidige cultuur in de zorgmarkt is dit nog (grotendeels) ondenkbaar, maar op langere termijn zou deze cultuur onder druk van de markt kunnen veranderen. Het is dan de vraag of het mededingingsrecht onverkort van toepassing dient te blijven, of dat het zich via de band van *countervailing power* meer rekenschap dient te geven van zorgbelangen

Indien een mededingingsautoriteit daadwerkelijk (meer) rekening zou willen houden met de bij de verschillende actoren aanwezige marktmacht in haar analyse en beoordeling van een mogelijke samenwerking binnen bepaalde groepen zorgondernemingen onder het kartelverbod, is de vraag welke methode zij hiervoor het beste kan gebruiken. Verschillende manieren staan in principe open om in de kern mededingingsbeperkende samenwerkingsvormen tussen leden van een zorgmarktgroep aan een nader onderzoek te onderwerpen en eventueel buiten de werking van het anti-trustrecht te houden:

1) *Toepassing van art. 81 lid 3 EG of art. 6 lid 3 Mw*

Met het naar de achtergrond verdwijnen van de ordoliberalen zienswijze, vindt toepassing van deze bepaling in marktmacht-situaties minder snel plaats. Centraal bij deze exceptie staat economische efficiëntie die direct ten goede komt aan de consument, niet de positie van kleinere of zwakkere ondernemingen in een marktsector.

2) *Toepassing van art. 86 lid 2 EG of art. 11/25 Mw*

Deze bepaling komt om de hoek kijken wanneer men kan aantonen dat zorgverleners een door de overheid toebedeelde taak van algemeen belang op economische wijze uitvoeren.

In de jurisprudentie is de toepassing van art. 86 lid 2 van oudsher gericht op zaken waarin ondernemingen van overheidswege een exclusief recht toegekend hebben gekregen, en daarvan gebruik maken teneinde 'cherry picking' te voorkomen. Het gaat dan om universele dienstverleningszaken waarin de continuïteit van de levering van bepaalde goederen of diensten door een onderneming centraal staat – en bedreigd wordt door het voornoemde fenomeen.

De verlening van exclusieve rechten treft men doorgaans niet aan in het deel van het Nederlandse zorgverleningstelsel waar marktwerking is geïntroduceerd. Weliswaar zijn veel zorgaanbieders vergunningplichtig (denk aan de Wet toelating zorginstellingen), en dienen beroepsbeoefenaren zich aan allerlei wettelijke en deontologische eisen te houden (denk aan de Wet BIG en het medisch tuchtrecht), van een exclusieve wettelijke gebiedsverdeling is echter geen sprake.

In de zorgverzekeringsbranche wordt het risico op 'cherry picking' gemitigeerd middels een wettelijk verbod op risicoselectie en het gebod van de acceptatieplicht. Deze Zvw-bepalingen hebben echter algemene

werking en gelden dus voor alle spelers in het veld – van *exclusieve* rechten of plichten is in dit opzicht geen sprake.

Toch hoeft de toepassing van art. 86 lid 2 EG niet beperkt te zijn tot constructies waarbij de overheid formeel exclusieve rechten verstrekt. Met het arrest *Ambulanz Glöckner* had het Hof van Justitie al laten zien dat voor art. 86 lid 2 EG een rol weggelegd is in de zorgsector. De staatssteunzaken betreffende het Ierse en Nederlandse risicovereveningssysteem in de zorgverzekeringsmarkt plaveiden waarschijnlijk de weg naar een ruimer toepassingsbereik van art. 86 lid 2 EG in deze sector.

In de Ierse staatssteunzaak concludeerde het Gerecht dat voor de toepassing van art. 86 lid 2 geen uitsluitend of bijzonder recht hoeft te zijn verleend. Het volstaat dat de onderneming die met een taak van algemeen economisch belang wordt belast, verplicht is haar diensten te verstrekken aan elke gebruiker die daarom vraagt. Met andere woorden, de verplichte aard van de dienst en dus het bestaan van een taak van algemeen economisch belang zijn bewezen, indien de dienstverlener verplicht is contracten te sluiten tegen vaste condities, zonder de andere contractpartij te kunnen afwijzen.

In de zorgverzekeringssector kan men in het kader van een eventueel bestaande DAEB (ook wel TAEB) en de daarmee samenhangende verplichtingen, denken aan de acceptatieplicht, uniforme tariefstelling, levenslange dekking en minimumprestaties.

In de zorgverleningsmarkt is het de vraag of een TAEB-belasting aantoonbaar is. Voor bijna alle medische hulpverleners bestaan beroepsregels, en zorgverlenende instanties hebben te maken met een uitgebreid pakket aan wettelijke eisen. Het is echter twijfelachtig of deze dwingend genoeg zijn om vorm te geven aan een TAEB. Wellicht dat eventueel bestaande wettelijke zorgplichten, gericht tot bepaalde zorgaanbieders, de conclusie zouden kunnen rechtvaardigen dat sprake is van een TAEB aan zorgverleningszijde.

Hoe het ook precies zij met de inroepbaarheid van art. 86 lid 2 EG, het lijkt logisch dat de reikwijdte van deze exceptie zich beperkt tot mededingingsbelemmeringen die direct voortvloeien uit of samenhangen met wettelijke verplichtingen die de overheid aan ondernemingen oplegt. Het is dus niet zo dat deze bepaling inroepbaar is bij iedere mededingingsbeperkende handeling van een onderneming die is belast met een TAEB.

3) *Benadering waarin zorgactoren worden gezien als betrokkene in een (uiteindelijk) publiekrechtelijke regelgevingsprocedure*

Deze methode leent zich voor het buiten de reikwijdte van het antitrustrecht houden van activiteiten van zorgactoren, in procedures (i) waarin zij louter om een advies gevraagd worden bij de totstandkoming van een besluit van een publiekrechtelijke instantie, of (ii) waarin sprake is van een mechanische wetstoepassing.

4) *Toepassing van de maatschappelijke 'rule of reason'*

De Gemeenschapsrechter heeft de maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht vooralsnog niet expliciet erkend. Van enige sympathie voor de *onderliggende benadering* lijkt wél sprake. In de zorg heeft de Gemeenschapsrechter (nog) geen ervaring met de toepassing van de 'rule of reason'.

Toepassing van een 'rule of reason'-redenering binnen de zorgsector in een marktmacht-situatie zou neerkomen op een getrapte constructie: zorgactoren bundelen hun marktmacht om uiteindelijk als groep bepaalde zorgbelangen, zoals kwaliteit en continuïteit van zorg, te kunnen bewerkstelligen. Dit is geen ongewone benadering in het Europese recht: de Gemeenschapsrechter heeft in vrijverkeerszaken de financiële en organisatorische stabiliteit van het nationale zorgstelsel erkend als legitimatie voor het bestaan van bepaalde beperkingen voor patiënten (op het gebied van intramurale zorg). Achter deze financiële en organisatorische stabiliteit gaat dan het belang van duurzame, kwalitatief goede zorg schuil die op continue basis aangeboden kan worden. Van een gang van zaken op basis van puur economische redenen, is geen sprake.

Bij toepassing van de maatschappelijke 'rule of reason' is het criterium van de proportionaliteit over het algemeen het meest cruciaal. Indien maatregelen deze toets doorstaan, zullen de andere 'rule of reason'-voorwaarden veelal niet meer voor grote problemen zorgen.

Proportionaliteit behoort tot de basisbeginselen van het Europese recht. De proportionaliteitstoets (proportionaliteit in brede zin) valt uiteen in de deelvoorwaarden geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid (proportionaliteit *sensu stricto*).

De 'rule of reason' en haar proportionaliteitscriteria zullen niet gemakkelijk tot een exceptie leiden in marktmacht-casus, ook al zouden zorgbelangen (indirect) gediend zijn met blokvorming aan de kant van de zorg-

verleners. Dit heeft te maken met de flagrante aard van de mededingingsrechtelijke schending indien groepen zorgaanbieders daadwerkelijk hun gedrag onderling zouden afstemmen en daarmee de prijs van hun diensten mogelijk zouden opdrijven.

Een mededingingsautoriteit zou zich waarschijnlijk afvragen of dit type samenwerking nu wel geschikt is om bepaalde zorgkwaliteitsdoelen te dienen. Het aantonen van de noodzakelijkheid van dergelijke afspraken zou in ieder geval een probleem vormen, mede gezien het bestaan van andere kwaliteitsbewakinginitiatieven in de zorgsector. Een mededingingsautoriteit zou waarschijnlijk zelfs de proportionaliteit *sensu stricto* (toch de politiek meest beladen maatstaf van de drie proportionaliteitscriteria) in twijfel trekken.

Dit neemt niet weg dat in de toekomst de structuur van de zorgmarkt en de verhoudingen tussen zorgactoren zo kunnen veranderen dat een andersoortige analyse op haar plaats is.

Excepties voor het misbruikverbod

In de rechtspraak en beschikkingspraktijk betreffende de zorgsector staan de wettelijke en buitenwettelijke uitzonderingsmethoden bij het misbruikverbod veel meer op de achtergrond dan bij het kartelverbod.

Bij misbruikzaken betreffende de zorgsector gebruiken de NMa en de Nederlandse rechter de figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond als (interne) uitzonderingsmethode, die binnen het misbruikbegrip zelf aan bod komt. Deze rechtvaardigingsgrond vertoont conceptueel gelijkenissen met de (maatschappelijke) 'rule of reason' in het kartelrecht.

MEDEDINGINGSRECHT EN MILIEUBESCHERMING

1. HET REGELGEVEND KADER

Overheidsregels die milieubescherming tot doel hebben, zijn zowel op internationaal, communautair als nationaal niveau te vinden. De EG kent op dit beleidsterrein een gedeelde wetgevingsbevoegdheid tussen de Gemeenschap en de lidstaten.¹

De relatie tussen het mededingingsrecht en milieubelangen heeft zich uitgekristalliseerd in de beschikkingspraktijk van de Commissie en (in veel mindere mate) in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Dit gegeven, en het fenomeen van doorwerking van Europees recht in de stelsels van de lidstaten, maken het communautaire milieurecht van groot belang als regelgevend kader bij het formuleren van de balans tussen mededingings- en milieubelangen. Vandaar dat verreweg de meeste aandacht hieronder uitgaat naar deze regelgeving, en het internationale en Nederlandse milieukader slechts beknopt worden behandeld.

1.1. Europeesrechtelijk milieukader

1.1.1. *De beginselen van Europees milieubeleid – De rol van het integratiebeginsel van art. 6 EG*

Art. 2 EG formuleert als Gemeenschapstaak onder meer het bevorderen van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. Tevens vermeldt het artikel dat de duurzame ontwikkeling van de economische activiteit dient te worden bevorderd. Art. 3 EG somt de activiteiten op waarmee de doelstellingen van art. 2 EG nagestreefd worden: hiertoe behoren zowel een mededingingsregime (art. 3 lid 1 sub g) als een milieubeleid (art. 3 lid 1 sub l).

In het EG-Verdrag zijn voor een aantal nader omschreven belangen expliciete integratieverplichtingen opgenomen, die hun integratie voor-

1 Vgl. in dit opzicht art. I-14 van het (nooit in werking getreden) Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa (Verdrag van 29 oktober 2004), *Pb.* 2004, C 310/1.

schrijven bij de uitvoering van het Gemeenschapsbeleid en bij communautair optreden.² Eén van deze belangen is milieubescherming. De betreffende integratiebepaling is vastgelegd in art. 6 EG. Dit artikel onderscheidt zich van de andere integratiebepalingen door zijn plaats in het Eerste Deel van het EG-Verdrag, onder de beginselen van het EG-recht. Wanneer het Verdrag van Lissabon,³ ook wel genoemd het EU Hervormingsverdrag, in werking treedt, zal het milieu-integratiebeginsel in het Eerste Deel overigens gezelschap krijgen van het integratieprincipe betreffende consumentenbescherming,⁴ en integratiebeginselen op het vlak van werkgelegenheid, onderwijs en volksgezondheid.⁵ Hiermee is zijn prominente positie toch aan inflatie onderhevig.

Art. 6 EG luidt als volgt:

"De eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap, als bedoeld in artikel 3, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling "

Art. 6 EG is dus van toepassing op het Gemeenschapshandelen dat voortvloeit uit art. 3 EG, de bepaling waarin de activiteiten van de Gemeenschap zijn opgesomd.⁶ Dit houdt in dat zowel primair als secundair EG-recht onder de werking van art. 6 valt. Het secundaire EG-recht bestaat uit regelgeving, maar ook uit individuele beschikkingen. Tevens kan men in dit kader 'soft law' tot deze categorie rekenen. Art. 6 EG is bovendien van toepassing op alle momenten van het wetgevings- en reguleringsproces: zowel bij de voorbereiding en totstandkoming van nieuwe communautaire maatregelen, als bij de interpretatie van reeds bestaande wetgeving zoals verordeningen en richtlijnen.⁷

2 Denk aan art. 151 lid 4 EG (cultuurbeleid), art. 152 lid 1 EG (volksgezondheid), art. 153 lid 2 EG (consumentenbescherming) en art. 6 EG (milieubescherming). Overigens treft men ook in het secundaire recht integratievoorschriften aan. Zie de voorbeelden genoemd in Sevenster & Vedder 2000, p. 5.

3 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ondertekend te Lissabon op 13 december 2007), *Pb* 2007, C 306/1.

4 Zie art. 2 sub 20 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *Pb* 2007, C 306/1.

5 Zie art. 2 sub 17 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *Pb* 2007, C 306/1.

6 Art. 6 EG is strikt genomen niet van toepassing op maatregelen die zijn gebaseerd op art. 308 EG. Zie Dhondt 2003, p. 42.

7 Zie ook Dhondt 2003, p. 45-53.

Het is vooralsnog de vraag in hoeverre *lidstaten* gehouden zijn aan het integratiebeginsel van art. 6 EG, wanneer zij uitvoering geven aan secundair EG-recht. Men kan zeggen dat lidstaten bij hun implementatieactiviteiten van communautair recht alle juridische factoren in acht moeten nemen die van belang zijn voor een juiste interpretatie van de voorliggende richtlijnen en andere uit te voeren Europeesrechtelijke maatregelen. Het primaire EG-recht vormt in dit opzicht een wettelijk kader om rekening mee te houden. Toch zijn er ook auteurs die een dermate vergaande interpretatie van de doorwerking van art. 6 EG afwijzen. Als de lidstaten hadden gewild dat art. 6 EG ook voor hen had gegolden, dan hadden zij de bewoordingen "van de Gemeenschap en de lidstaten" wel in deze bepaling opgenomen.⁸ Hoe het ook zij, de lidstaten zijn in ieder geval uit hoofde van art. 10 EG (beginsel van de Gemeenschapstrouw) gehouden om geen wetgeving uit te vaardigen die de Europese milieuregels kan frustreren.⁹

De milieu-integratiebepaling van art. 6 EG is in het bijzonder gericht op het bevorderen van duurzame ontwikkeling. De precieze betekenis van dit objectief is lastig te bepalen, ook al is in de literatuur uitgebreid aandacht besteed aan zijn status (i.e. inhoud en juridische relevantie) in het huidige EG-recht.¹⁰ De nadruk op de doelstelling van duurzame ontwikkeling neemt niet weg dat art. 6 EG via de integratie-eisen betreffende milieubescherming ook andere milieubeginselen voorschrijft. Denk hier aan het 'vervuiler betaalt', het voorzorg- en het preventiebeginsel van art. 174 lid 2 EG, dat verderop¹¹ nog aan bod komt.¹²

Met zijn plaats in art. 6 EG bevindt het milieu-integratiebeginsel zich sinds het Verdrag van Amsterdam in het Eerste Deel van het EG-Verdrag.¹³ Daarmee vertegenwoordigt het een elementair uitgangspunt van het communautaire recht en beleid. De uitgangspunten vastgelegd in het Eerste Deel van het EG-Verdrag zijn over het algemeen van groot belang voor de

8 Dhondt 2003, p. 48 en 49.

9 Zie Dhondt 2003, p. 37 en 38.

10 Dhondt 2003, p. 53.

11 Zie Paragraaf 1.1.3. van dit hoofdstuk.

12 Zie Sevenster & Vedder 2000, p. 5. Vgl. ook Jewell & Reid 2000, p. 219.

13 In het EG-Verdrag van vóór de wijziging bij het Verdrag van Amsterdam uit 1997 (dat in werking is getreden op 1 mei 1999) was het milieu-integratiebeginsel opgenomen in art. 130 R lid 2 (nu: art. 174 lid 2) samen met andere milieubeginselen. Bij het Verdrag van Amsterdam is het milieu-integratieprincipe gepromoveerd van de Milieutitel naar het Eerste deel van het EG-Verdrag, onder gelijktijdige aanscherping van de formulering. Toegevoegd is de zinsnede: "in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling."

interpretatie van het communautaire recht en beleid in de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter.¹⁴

Art. 6 geeft, in combinatie met art. 2 EG, uiting aan een streven van de Gemeenschap om milieubelangen in het maatschappelijk verkeer zoveel mogelijk tot hun recht te laten komen. Hiervoor is het noodzakelijk om milieubelangen in de verschillende beleidsterreinen te integreren, zodat in alle soorten beleid rekening gehouden wordt met die belangen.

Een bevestiging van het integratie-uitgangspunt van art. 6 EG ten aanzien van *economische* beleidsterreinen kan men vinden in de koppeling die in art. 2 EG wordt gemaakt tussen de doelstellingen 'duurzame ontwikkeling' en 'economische activiteit' binnen de Gemeenschap: om een goede ontwikkeling van de economie in de toekomst te waarborgen moet zorgvuldig worden omgegaan met productiefactoren als het milieu.

Art. 6 EG formuleert als voorwerp van integratie 'de eisen inzake milieu-bescherming'. Hiertoe behoren de doelstellingen van communautair milieubeleid uit art. 174 lid 1 EG, en de milieubeginselen geformuleerd in lid 2. Zo vindt men in art. 174 lid 1 het behoud, de bescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu, evenals het behoedzaam gebruik van natuurlijke hulpbronnen, als doelstelling omschreven. Art. 174 lid 2 vermeldt het vervuiler betaalt-, het voorzorg- en het preventiebeginsel, en het principe dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden. Art. 174 lid 3 somt voorts een aantal aandachtspunten op waarmee de Gemeenschap 'rekening dient te houden' bij het bepalen van haar milieubeleid.

Art. 174 EG voorziet dus in een aantal doelstellingen, beginselen en criteria die de Gemeenschapswetgever bij de tenuitvoerlegging van het milieubeleid moet respecteren.¹⁵

Art. 174 EG richt zich tot de Europese wetgever en -beleidsmaker, niet tot de lidstaten. De rechtspraak tendeert dan ook naar het afwijzen van directe werking van art. 6 en 174 EG ten aanzien van de lidstaten.¹⁶ De aanwezigheid van het principe van de Gemeenschapstrouw in art. 10 EG doet daar niets aan af. EG-harmonisatiewetgeving zorgt uiteraard wél

14 Vgl. bijvoorbeeld zaak 6/72, *Europemballage Corporation en Continental Can Company t. Commissie*, *Jur* 1973, 215, r.o. 24, en zaak C-453/99, *Courage t. Crehan*, *Jur* 2001, I-6297, r.o. 20, voor wat betreft de betekenis (en kracht) van het concurrentiebeginsel in het Europese recht. Zie verder Riley 2007, p. 704.

15 Zie zaak C-341/95, *Bettati*, *Jur* 1998, I-4355, r.o. 34.

16 Zie zaak C-379/92, *Peralta*, *Jur* 1994, I-3453, r.o. 55-58. Voor een voorbeeld van nationale rechtspraak die wijst in dezelfde richting, zie High Court, Queen's Bench Division, 3 oktober 1994 (Duddridge), CMLReports 1995, 231.

voor directe verplichtingen voor lidstaten. Zij moeten richtlijnen tijdig en correct omzetten in nationale regelgeving.

Art. 175 EG bevat een rechtsbasis voor communautaire milieuregelgeving. Het EG-Verdrag kent overigens meerdere bases voor milieugerelateerde wetgeving. Een communautaire maatregel ressorteert niet automatisch onder art. 175 EG, enkel omdat hij mede de milieubescherming ten doel heeft.¹⁷ Zo schaart art. 95 EG, als basis voor harmonisatiemaatregelen betreffende de interne markt, milieubescherming onder de gebieden waarop de Commissie wetgevingsvoorstellen kan doen.¹⁸

Vóór 1987 heeft de Gemeenschap talrijke milieumaatregelen uitgevaardigd zonder dat hiervoor een expliciete basis bestond in het toenmalige EG-Verdrag. In het oorspronkelijke Verdrag van Rome kwam de term 'milieu' niet eens voor.¹⁹ Milieubescherming was dus al lang een communautair beleidsthema alvorens zij als zodanig de volledige erkenning kreeg in het EG-Verdrag.

Het Gemeenschapsrecht bevat inmiddels een zeer uitgebreid gamma aan milieumaatregelen. Enkele belangrijke regelingen zijn de Vogelrichtlijn,²⁰ de Habitatrichtlijn,²¹ de Kaderrichtlijn water,²² en de Kaderrichtlijn Afvalstoffen.^{23 24}

Communautair beleid en regelgeving die in de kern niet gericht zijn op milieu, dienen uit hoofde van het milieu-integratiebeginsel toch met de eisen inzake milieubescherming rekening te houden. Immers, art. 6 EG strekt zich uit over al het communautaire beleid dat voortvloeit uit art. 3 EG. In dit laatste artikel zijn een groot aantal communautaire beleidsterrei-

17 Zie zaak C-300/89, Titaandioxide, *Jur* 1991, I-2867, r o 22 en zaak C-62/88, Griekenland t Raad, *Jur* 1990, I-1527, r o 20

18 Zie hierover ook Jans & Vedder 2008, p 66-68

19 Scott 1998, p 4

20 Richtlijn 79/409/EEG, *Pb* 1979, L 103/1

21 Richtlijn 92/43/EEG, *Pb* 1992, 206/7

22 Richtlijn 2000/60/EG, *Pb* 2000, 327/1

23 Richtlijn 2006/12/EG van 5 april 2006, *Pb* 2006, L 114/9 Een nieuwe Richtlijn op dit onderwerp zal Richtlijn 2006/12/EG op termijn vervangen. Ten tijde van het afronden van deze tekst was de nieuwe concept-Richtlijn afvalstoffen nog niet officieel gepubliceerd. De laatste versie van het voorstel was het Standpunt van het Europees Parlement in tweede lezing vastgesteld op 17 juni 2008 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2008/.../EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen

24 Zie voor een overzicht van een groot aantal richtlijnen en andere besluiten op verschillende milieuterreinen Kramer 2002, p 169-176, en Jans & Vedder 2008, p 305-466. Zie voor een iets oudere communautaire wetgevingsoperatie op het bekende terrein van de afvalstoffen Vandermeersch 1984, p 315 en 316, en 329-336

nen opgesomd, waaronder "een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst."²⁵ Ook de uitvoering van het mededingingsregime ontsnapt dus niet aan de integratie van milieubelangen.²⁶

Bij de toepassing van het mededingingsrecht dient derhalve rekening te worden gehouden met milieubelangen. De vraag daarbij is wat de term 'integratie' nu exact betekent, en hoe het integratieproces binnen dit rechtsgebied precies verloopt.

1.1.2. De betekenis en de kracht van het milieu-integratiebeginsel

In het ADBHU-arrest²⁷ heeft het Hof van Justitie beslist dat bepaalde milieumaatregelen, uitgevaardigd door de Raad,²⁸ mededingingsbeperkingen mogen bevatten op grond van het belang van die maatregelen voor de milieubescherming. De overweging van het Hof was dat het recht van vrije handel niet absoluut is, maar dat daaraan beperkingen kunnen worden gesteld die worden gerechtvaardigd op basis van de door de Gemeenschap nagestreefde doelstellingen van algemeen belang.²⁹ Milieubescherming vormt één van die wezenlijke doelstellingen.³⁰ Wel moeten de beginselen van non-discriminatie en proportionaliteit daarbij geëerbiedigd worden.³¹

Voorts heeft het Hof geconstateerd dat in het milieu-integratiebeginsel tot uitdrukking komt dat alle communautaire maatregelen moeten voldoen

25 Art. 3 lid 1 sub g EG.

26 Zie ook Jacobs 1993, p. 47 en 48.

27 Zie zaak 240/83, ADBHU, *Jur.* 1985, 531. In deze ADBHU-zaak overwoog het Hof dat een richtlijn over de verwerking van afgewerkte olie (Richtlijn 75/439, *Pb.* 1975, L 194/31; gewijzigd bij Richtlijn 87/101, *Pb.* 1987, L 42/43 en Richtlijn 91/692, *Pb.* 1991, L 377/48) die handelsbeperkingen tot gevolg heeft door lidstaten het recht te geven een vergunningstelsel met exclusieve zones in te stellen, *niet* onverenigbaar is met het Gemeenschapsrecht. De maatregelen mogen echter niet discrimineren, noch méér beperkingen tot gevolg hebben dan strikt noodzakelijk is om de doelstelling (bescherming van het milieu) te bereiken. De beginselen van non-discriminatie en proportionaliteit moeten derhalve in acht worden genomen.

28 De Raad vaardigde deze maatregelen (mede) uit op basis van het oude art. 235 (thans: art. 308 EG), aangezien het E(E)G-Verdrag in die periode geen specifieke bevoegdheidsbepalingen bevatte voor de vaststelling van communautaire milieuregels.

29 Zie zaak 240/83, ADBHU, *Jur.* 1985, 531, r.o. 12.

30 In de ADBHU-zaak had het (milieu)integratiebeginsel als zodanig overigens nog geen Verdragsrechtelijke status. Dit geschiedde pas in 1987, met het opnemen van art. 130 R in het EEG-Verdrag.

31 Zie r.o. 13 van het Hof in de ADBHU-zaak.

aan de eisen inzake milieubescherming.³² Deze ferme uitspraak deed het Hof in een zaak die niet direct draaide om een conflict tussen verschillende beleidsterreinen, maar betrekking had op de rechtsgrondslag van een verordening. Voorzichtigheid met het trekken van conclusies aangaande (de kracht van) het milieu-integratieprincipe is dus geboden.³³

Het *Concordia*-arrest vormt een illustratie van een zaak waarin het Hof van Justitie het uitgangspunt hanteert dat eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de uitvoering van het Gemeenschapsbeleid, in casu het communautaire aanbestedingsrecht.³⁴

Het is duidelijk dat het beginsel van art. 6 EG voorziet in een rechtsgrondslag voor het meewegen van milieubelangen op andersoortige beleidsterreinen van de Gemeenschap dan milieu. Ook het mededingingsrecht is hieraan onderworpen. De grote vraag is of de opname van de integratiebepaling bij de beginselen van het EG-recht met zich meebrengt dat dit principe juridisch prioriteit heeft ten opzichte van de overige communautaire beginselen en beleidsterreinen.

In de literatuur zijn voorstanders te vinden van een prioriteitstheorie inzake het milieu-integratiebeginsel, vooral uit Duitse hoek.³⁵ Veel schrijvers vinden een dergelijk uitgangspunt echter te ver gaan, en wijzen een daadwerkelijke voorrang van milieubelangen boven andere beleidsdoelen van het Gemeenschapsrecht op basis van dit beginsel af.

Sevenster en Vedder zijn van mening dat wanneer beleidsterreinen samenkomen of conflicteren, geen enkel beleidsdomein en geen van de Verdragsrechtelijke integratiebepalingen³⁶ formeel voorrang genieten – zelfs

32 Zie zaak C-62/88, *Griekenland t Raad*, *Jur* 1990, I-1527, r.o. 20

33 Zaak C-62/88 speelde zich voorts af onder het EG-recht van vóór de wijziging bij het Verdrag van Amsterdam. Het integratiebeginsel had toen een andere (minder voor-aanstaande) positie dan nu, aangezien het toen nog opgenomen was in art. 130 R lid 2 EG (het huidige art. 174 lid 2 EG). De discussie over de rol van dit beginsel was destijds nog niet zo losgebrand als nu en de consequenties van een sterke doorwerking of zelfs voorrang van het integratiebeginsel in alle EG-beleidsterreinen waren waarschijnlijk nog niet in volle hevigheid te overzien.

34 Zaak C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab t Helsingin kaupunki en HKL-Bussilinen*, *Jur* 2002, I-7213, r.o. 57

35 Glasner, 1986, p. 140; Scheuing, 1989, p. 176 en 177

36 Sevenster en Vedder doelen hier op art. 6, art. 151 lid 4, art. 152 lid 1 en art. 153 lid 2 EG

art. 6 EG niet.³⁷ Jans c.s. betwijfelt of het milieu-integratiebeginsel met zich meebrengt dat het milieubeleid een zekere prioriteit (juridische meerwaarde) heeft op de overige beleidsterreinen van de Gemeenschap: de tekst in het EG-Verdrag zou een dergelijke conclusie niet kunnen dragen.³⁸

Specifiek met betrekking tot de verhouding tussen mededinging en milieu stellen Faull en Nikpay dat het Verdrag geen hiërarchie oplegt tussen mededingings- en milieuregels. Een overeenkomst die verboden is op grond van de mededingingsregels kan niet worden toegestaan op louter milieu-gronden. Het stimuleren van duurzame ontwikkeling en een goed milieu kan volgens hen wel worden meegenomen bij de beoordeling in het kader van art. 81 lid 3.³⁹

Ook Bouckaert is deze mening toegedaan. Hij zoekt een middenweg tussen aan de ene kant het louter 'in overweging nemen' van milieubescherming, en aan de andere kant, het toekennen van voorrang aan milieubescherming in geval van toepassing van andere Verdragsartikelen.⁴⁰ Kortom: integratie tussen beleidsterreinen is mogelijk, maar daarbij heeft het ene beleidsterrein geen evidente voorrang op het andere.

Het is ook de vraag of de rol van de integratiebeginselen, waaronder art. 6 EG, er in de praktijk helemaal uit komt: volgens Mortelmans vervult art. 6 nog niet de integrerende rol die het potentieel heeft.⁴¹

Dhondt onderscheidt drie mogelijke interpretaties van de integratieverplichting die uit art. 6 EG voortvloeit: een *zwakke* ('rekening houden met'), een *sterke* ('in acht nemen'), en een *erg sterke* ('prioriteit geven aan').⁴² Zij acht de tweede uitleg het meest plausibel.⁴³ Het inachtnemen van milieudoelstellingen bij beleidsvorming op andere terreinen impliceert het zoeken naar een evenwicht tussen de verschillende doelstellingen.⁴⁴

37 Uit een oogpunt van interne samenhang binnen het EG-Verdrag zou het logisch en rechtens juist zijn om daar waar beleidsterreinen samenkomen of conflicteren integratie toe te passen. Zie Sevenster & Vedder 2000, p. 4 en 5.

38 Zie Jans, Sevenster & Vedder 2000, p. 32.

39 Zie Nikpay, Kjølbye & Faull 2007, p. 185 en 186.

40 Art. 81 lid 3 is daarbij wat betreft het antitrustrecht de aangewezen (en enige) plaats waar het milieu-integratiebeginsel ingang kan vinden. Zie Bouckaert 1993, p. 103-106.

41 Mortelmans 2001b, p. 345.

42 Dhondt 2003, p. 84.

43 Dhondt 2003, p. 529.

44 Een gelimiteerde, tijdelijke voorrang van milieubestemmingen ten opzichte van andere doelstellingen behoort daarbij tot de mogelijkheden. Zie Dhondt 2003, p. 94-98.

Ook de EG-instellingen verlenen geen absolute voorrang aan het integratiebeginsel van art. 6 EG. In besluit 2179/98 staat vermeld dat milieuovereenkomsten in overeenstemming met het mededingingsrecht moeten zijn.⁴⁵ De Commissie vermeldt in een Mededeling over milieuconvenanten dat in lidstaten gesloten convenanten in overeenstemming moeten zijn met de eisen inzake de interne markt en de mededingingsregels.⁴⁶

Het EG-Verdrag kent een aantal mededingingsbepalingen die qua belang en positie in het Verdrag tegenwicht kunnen bieden aan de milieu-artikelen. Bepalingen in art. 2, 3 en 4 EG stellen een goede en vrije mededinging als doelstelling centraal. Deze artikelen bevinden zich net als art. 6 in het eerste deel van het EG-Verdrag onder de beginselen. Daarnaast is er een eigen hoofdstuk in het Verdrag gewijd aan mededinging (Titel VI, hoofdstuk 1).

In art. 2 EG is als een van de taken van de Gemeenschap opgenomen: 'een hoge graad van concurrentievermogen'. Art. 3 lid 1 sub g maant tot het instellen van een mededingingsregime om concurrentievervalsing tegen te gaan. Art. 4 EG schrijft voor dat het economische en monetaire beleid van de lidstaten en van de Gemeenschap wordt gevoerd met inachtneming van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging.

Bij de toetsing van milieubelangen aan andersoortige belangen maakt het natuurlijk verschil binnen welk kader deze toetsing plaatsvindt. Zo zijn er situaties denkbaar waarin milieubeginselen worden ingeroepen ter ondersteuning van een EG-milieumaatregel met mededingingsbeperkende elementen, maar ook situaties waarin een particulier klaagt dat een EG-maatregel of besluit te weinig rekening houdt met milieuoverwegingen. Het perspectief van waaruit milieubelangen ingeroepen worden kan sterk verschillen.

Bij de weging van milieubelangen is voorts van belang welk 'concurrerend' uitgangspunt, beginsel of doelstelling er tegenover de milieubelangen staat.

Het milieu-integratiebeginsel brengt in ieder geval geen absolute, automatische voorrang teweeg voor het milieubelang binnen andere be-

45 Zie art. 3 lid 1 sub f van Besluit nr. 2179/98 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 1998 betreffende de herziening van het beleidsplan en actieprogramma van de Europese Gemeenschap inzake het milieu en duurzame ontwikkeling "Op weg naar duurzame ontwikkeling", Pb. 1998, L 275/1.

46 Zie par. 27, eerste zin en par. 48, derde gedachtestreepje van de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten van 27 november 1996, COM (96) 561 def.

leidsterreinen, in de zin dat het een tegengesteld belang bij voorbaat aan de kant schuift. De afwegingen die gemaakt worden hangen nauw samen met het specifieke beleidsterrein en de feitelijke omstandigheden. In bepaalde situaties hebben milieufactoren verstrekkende gevolgen, maar in andere situaties zijn andere beleidsaspecten weer erg belangrijk.

1.1.3. De uitgangspunten van EG-milieubeleid in art. 174 EG

De uitgangspunten van het communautaire milieubeleid zijn neergelegd in art. 174 EG.⁴⁷ In het eerste lid van dit artikel worden de na te streven doelstellingen van het communautaire milieubeleid geformuleerd.⁴⁸

In het tweede lid worden de beginselen omschreven die de basis vormen van het Europees milieubeleid. Dit zijn de volgende beginselen:

- het beginsel van een hoog beschermingsniveau;
- het voorzorgsbeginsel;
- het bronbeginsel;
- het vervuiler betaalt-beginsel;
- de clausule betreffende voorlopige vrijwaring.⁴⁹

In lid 3 van art. 174 EG worden enige omstandigheden benadrukt waarmee bij het bepalen van het milieubeleid rekening moet worden gehouden. Lid 4 bevat bepalingen over het externe milieubeleid van de EG.

De beginselen uit lid 2 zijn van eminent belang voor het uitzetten van milieubeleid. Het beginsel van een hoog niveau van milieubescherming drukt een streven uit⁵⁰ en is daarmee niet (of slechts zeer beperkt) juridisch afdwingbaar. Dit beginsel heeft inmiddels de status van officiële Verdragsdoelstelling, nu het ook is opgenomen in art. 2 EG.⁵¹

47 Het voormalige art. 130 R EG.

48 Deze doelstellingen luiden (i) het behoud, de bescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu, (ii) de bescherming van de gezondheid van de mens, (iii) een behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen; (iv) de bevordering op internationaal vlak van maatregelen om het hoofd te bieden aan regionale of milieuproblemen

49 Zie ook Jans, Sevenster & Vedder 2000, p. 44-49.

50 De exacte formulering in art. 174 lid 2 EG luidt: "De Gemeenschap streeft in haar milieubeleid naar een hoog niveau van bescherming, []"

51 Het beginsel is pas in 1999 bij het Verdrag van Amsterdam in de huidige expliciete bewoordingen opgenomen in art. 2 EG. Vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht tot aan de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, repte art. 2 EG van 'een duurzame en niet-inflatoire groei met inachtneming van het milieu'

Het voorzorgsbeginsel kent geen eenduidige definitie.⁵² Het houdt *grosso modo* in dat overheden niet mogen wachten met regelgevend ingrijpen totdat definitief wetenschappelijk bewijs is geleverd dat er een causaal verband bestaat tussen eventueel te reguleren of te verbieden activiteiten en bepaalde milieueffecten.⁵³ Zo kan een sterk vermoeden dat een bepaalde activiteit milieuschadelijke effecten heeft volstaan om EG-actie te rechtvaardigen.

Het beginsel van preventief handelen gaat uit van het adagium dat voorkomen beter is dan genezen.⁵⁴ Het beste milieubeleid bestaat erin het ontstaan van vervuiling van meet af aan te vermijden, veeleer dan later de gevolgen ervan te bestrijden.⁵⁵

Het bronbeginsel houdt in dat milieuaantastingen bij voorkeur aan de bron moeten worden bestreden. Het devies hierbij is dat milieuzaken structureel bij de wortel worden aangepakt,⁵⁶ en normering niet (slechts) aan het einde van de productielijn plaatsvindt.

Het vervuiler betaalt-beginsel spreekt als doelstelling voor zich. Het vervuilen van het milieu brengt nu eenmaal kosten met zich mee, ook al worden die niet altijd meteen zichtbaar. Het vervuiler betaalt-beginsel heeft altijd een belangrijke plaats ingenomen in het communautaire milieubeleid. In 1973 hebben de Raad en de lidstaten dit beginsel officieel aanvaard in het Eerste Milieu-actieprogramma.⁵⁷ Het heeft later een plaats gekregen in het EG-Verdrag zelf. Tegenwoordig leggen overheden in hun beleidsplannen de nadruk op het vervuiler betaalt-beginsel en op de economische vertaling van afval- en vervuilingproductie.

52 Heyvaert 2006, p. 308.

53 Heyvaert haalt de volgende definitie aan: "Beginsel 15 van de Verklaring van Rio, dat algemeen geldt als een van de meest gezaghebbende omschrijvingen van het voorzorgsgedachtegoed, stelt: 'als er gevaar bestaat voor ernstige of irreversibele schade mag wetenschappelijke onzekerheid niet als reden worden aangevoerd om kosten-effectieve maatregelen ter voorkoming van achteruitgang van het milieu uit te stellen'." Zie Heyvaert 2006, p. 308.

54 Zie Jans, Sevenster & Vedder 2000, p. 46.

55 Zie de preambule van Richtlijn 85/337 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, *Pb.* 1985, L 175/40, laatst gewijzigd bij richtlijn 97/11, *Pb.* 1997, L 73/5.

56 Zie Jans, Sevenster & Vedder 2000, p. 46 en 47.

57 Zie de Verklaring van de Raad van de Europese Gemeenschappen en van de Vertegenwoordigers van de Regeringen der Lid-Staten, in het kader van de Raad bijeen op 22 november 1973 betreffende een actieprogramma van de Europese Gemeenschappen inzake het milieu, *Pb.* 1973, C 112/1, Deel I, Titel II, par. 5. Zie hierover Quigley & Collins 2003, p. 183.

In de koppeling met het mededingingsrecht speelt de internalisatie van vervuilingskosten een belangrijke rol. De gedachte hierachter is dat, indien men de vervuilers de kosten van de door hen veroorzaakte vervuiling meteen en direct laat dragen, dit hen aan zal moedigen om die vervuiling te beperken door naar minder vervuilende producten en technieken te zoeken. Ter internalisering van milieukosten dient de EG er in haar beleid dus voor te zorgen dat degene die verantwoordelijk is voor de milieuverontreiniging de kosten daarvan ook daadwerkelijk draagt, zodat die niet afgewenteld worden op de maatschappij. Op het internalisatieprincipe van vervuilingskosten wordt verderop⁵⁸ nog nader ingegaan.

Als laatste bevat het tweede lid van art. 174 EG de clause betreffende voorlopige vrijwaring. Deze bepaling biedt de Gemeenschapswetgever de mogelijkheid om een vrijwaringclause op te nemen in harmonisatiemaatregelen, waarmee hij lidstaten toestaat om voorlopige maatregelen te nemen om niet-economische milieuredenen. In een milieurichtlijn of -verordening kan, op grond van deze clause, dus een bepaling worden opgenomen die de lidstaten machtigt om in urgente situaties (additionele) milieubescherpende maatregelen te nemen. Het is overigens de vraag in hoeverre de vrijwaringsclause in art. 174 lid 2 nu werkelijk noodzakelijk is, mede gelet op de aanwezigheid van art. 176 EG.⁵⁹ Art. 176 geeft lidstaten de mogelijkheid om zelf verdergaande maatregelen te nemen dan het Europese milieubeschermingsrecht ter zake.

1.1.4. De Milieuactieprogramma's van de EG

Op communautair niveau wordt het milieubeleid in de eerste plaats gevormd door (milieu)richtlijnen.⁶⁰ Deze richtlijnen schetsen een kader waarbinnen de verschillende lidstaten hun eigen regelgeving mogen uitvaardigen, met inachtneming van de doelen die in de (kader)richtlijn zijn aangegeven. De lidstaten behouden daarmee een belangrijke positie in het wetgevingsproces op het gebied van milieu. Zij hebben bij de omzetting een zekere keuzeruimte inzake de middelen waarmee zij de doelen van een richtlijn verwezenlijken.

Door de jaren heen zijn ook veel andere EG-rechtsinstrumenten uitgevaardigd over het milieu. Zo vormen communautaire actieplannen en declara-

58 Zie Paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk

59 Aldus Jans, Sevenster & Vedder 2000, p. 49

60 Deze zijn talrijk en bevinden zich op een groot aantal deelterreinen van het milieubeleid, zoals afvalverwerking, waterkwaliteit, uitstoot van broeikasgassen, natuurbescherming en biodiversiteit, geluidsoverlast

ties een belangrijke bron van milieubeleid, evenals richtsnoeren en mededelingen van de Commissie.⁶¹

In 1993 is een omvangrijk actieprogramma inzake het milieu en duurzame ontwikkeling van de Raad van de Europese Gemeenschappen (het vijfde milieuactieprogramma)⁶² uitgevaardigd, getiteld "Op weg naar duurzame ontwikkeling". In 1998 hebben het Europees Parlement en de Raad dit actieprogramma herzien, krachtens besluit 2179/98.⁶³

De achtergrond van het vijfde milieuactieprogramma, evenals de relatie tussen milieubescherming en mededinging, komt duidelijk naar voren in de volgende woorden van de Commissie:

"In de jaren zeventig en tachtig was het communautaire milieubeleid voornamelijk gericht op een corrigerende behandeling van problemen. Er werd vooral de klemtoon gelegd op de invoering van normen die betrekking hadden op de voornaamste onderdelen van het milieubeleid.

Het vijfde communautaire actieprogramma voor het milieu (...) breekt in zekere zin met die benadering. De klemtoon wordt gelegd op de noodzaak voortaan een langetermijnpolitiek te voeren met het oog op een duurzame ontwikkeling. Er wordt naar gestreefd de ontwikkeling van de Europese economie op lange termijn te verzoenen met de vereisten inzake milieubescherming. Zoals uitdrukkelijk is bepaald in artikel 6 EG (...) mag het communautaire optreden niet langer beperkt blijven tot een reactie op milieuproblemen, maar moeten de eisen inzake milieubescherming reeds worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap en moeten de sociaal-economische actoren worden aangemoedigd tot een actieve deelname.

In artikel 174 EG is tevens bepaald dat het milieubeleid van de Gemeenschap gebaseerd moet zijn op het beginsel dat de vervuiler betaalt. De kosten die verband houden met de bescherming van het milieu moeten evenals de andere productiekosten worden gedragen door de ondernemingen. Om een dergelijk beleid te kunnen voeren moet de Gemeenschap gebruik kunnen maken van een reeks instrumenten: regelgeving, en met name de vaststelling van normen, maar ook vrijwillige afspraken of economische instrumenten."⁶⁴

-
- 61 Denk bijvoorbeeld aan de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten van 27 november 1996, COM (96) 561 def.
 - 62 Resolutie van de Raad van de Europese Gemeenschappen en van de Vertegenwoordigers van de Regeringen der Lid-Staten van 1 februari 1993 betreffende een beleidsplan en actieprogramma van de Gemeenschap inzake het milieu en duurzame ontwikkeling; *Pb.* 1993, C 138/1. Dit actieprogramma bevat beleidsvoornemens, geen wetgeving, en beslaat 98 pagina's.
 - 63 Zie Besluit nr. 2179/98 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 1998 betreffende de herziening van het beleidsplan en actieprogramma van de Europese Gemeenschap inzake het milieu en duurzame ontwikkeling "Op weg naar duurzame ontwikkeling", *Pb.* 1998, L 275/1.
 - 64 Zie Mededeling van de Commissie houdende een Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu, *Pb.* 2001, C 37/03, par. 8-10, inmiddels vervangen door de Communautaire Richtsnoeren inzake staatssteun voor milieu-

Stimulering van (milieu)convenanten en andere vormen van zelfregulering nemen een belangrijke plaats in in het EG-milieubeleid.⁶⁵ Zo is de terugname van afvalproducten door de oorspronkelijke producenten of importeurs van belang in het kader van een betere afvalverwerking.⁶⁶

Maar er zijn ook economische vertalingen mogelijk van milieufactoren. Zo moeten de kosten van natuurlijke hulpbronnen en van milieuverontreiniging om economische en milieuredenen veel meer doorberekend worden in de exploitatiekosten van een installatie of in de prijs van het eindproduct of de dienst.⁶⁷ Dit geeft bovendien een impuls voor industriële modernisering en innovatie en leidt uiteindelijk tot een concurrentievoordeel.⁶⁸

In een evaluatie van het vijfde milieuactieprogramma uit 1999 merkt de Commissie op dat het steeds duidelijker wordt dat schade aan het milieu kosten met zich meebrengt voor de samenleving als geheel en, omgekeerd, dat milieuactie baten kan opleveren in de vorm van economische groei, werkgelegenheid en concurrentievermogen. Het is van cruciaal belang om te komen tot een daadwerkelijke toepassing van het beginsel dat de vervuiler betaalt, en van het beginsel dat alle milieukosten volledig worden geïnternaliseerd, aldus de Commissie.⁶⁹

Wat betreft de plaats van art. 6 EG (het milieu-integratiebeginsel) ten opzichte van belangen van andere beleidsterreinen, regeert toch vooral de voorzichtigheid. Art. 2 aanhef, eerste alinea van besluit 2179/98 vermeldt:

"De Gemeenschap zal betere en meer consistente methoden ontwikkelen voor de integratie van milieubeschermingsin in het beleid op andere gebieden met het doel de overgang naar duurzame ontwikkeling te vergemakkelijken "

Een voorrangspositie voor art. 6 EG boven andere EG-beginselen of -beleidsgebieden valt uit deze formulering in ieder geval niet af te leiden.

bescherming van de Commissie, Pb 2008, C 82/1, die weer aanknopen bij het zesde milieuactieprogramma

65 Zie de EG-Resolutie, Pb 1993, C 138/1, par 4 1, p 29, linker kolom, vijfde gedachte-streepje

66 Ibidem, zesde gedachtestreepje

67 Zie de EG-Resolutie, Pb 1993, C 138/1, par 3 2, p 27, eerste alinea

68 Zie de EG-Resolutie, Pb 1993, C 138/1, par 4 1, p 31, onder "Internationale concurrentiepositie"

69 Zie Mededeling van de Commissie van 24 november 1999, "Het milieu in Europa Wat zijn de vooruitzichten? De algemene evaluatie van het beleidsplan en actieprogramma van de Europese Gemeenschap op het gebied van het milieu en duurzame ontwikkeling "Op weg naar duurzame ontwikkeling", COM(1999) 543 def , p 3 en

Art. 3 lid 1 sub f van besluit 2179/98 luidt dat bijzondere aandacht zal worden besteed in het EG-beleid inzake duurzame ontwikkeling en milieu aan 'vrijwillige overeenkomsten op milieugebied met inachtneming van de mededingingsregels'. Hierin klinkt een sterke uitgangspositie door voor het mededingingsrecht ten opzichte van milieubelangen. Milieuovereenkomsten moeten in overeenstemming zijn met het mededingingsrecht.

Ook de Commissie is helder in haar mededeling over milieuconvenanten:

"In lidstaten gesloten milieuconvenanten mogen geen belemmering vormen voor een soepel functionerende interne markt en moeten in overeenstemming zijn met de eisen inzake de interne markt en de mededingingsregels."⁷⁰

Na het vijfde milieuactieprogramma volgde het zesde programma,⁷¹ oorspronkelijk getiteld "Milieu 2010 – Onze toekomst, onze keuze".⁷² Het zesde milieuactieprogramma richt zich op de periode 2002-2012⁷³ en spitst zich toe op vier gebieden: klimaatverandering, natuur- en biodiversiteit, milieu en gezondheid, natuurlijke hulpbronnen en afval. Zij gaat daarbij uit van zeven sleutelbenaderingen.⁷⁴

In het zesde milieuactieprogramma wordt opgemerkt dat er milieuproblemen blijven bestaan en dat de aantasting van het milieu doorgaat, tenzij milieuoverwegingen worden geïntegreerd in milieuvervuilende economische en sociale beleidsterreinen en belanghebbenden en burgers zich meer betrokken zouden voelen bij inspanningen ter bescherming van het milieu.⁷⁵ Participatie van belanghebbenden zal derhalve onontbeerlijk zijn voor de succesvolle tenuitvoerlegging van het zesde milieuactieprogram-

70 Zie de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten van 27 november 1996, COM (96) 561 def., par. 27, eerste zin en par. 48, derde gedachtestreepje, p. 17 en 25.

71 Besluit nr. 1600/2002/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juli 2002 tot vaststelling van het Zesde Milieuactieprogramma van de Europese Gemeenschap, Pb. 2002, L 242/1.

72 Zie de Mededeling van de Commissie d.d. 24-01-2001 aan de Raad, het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's betreffende het zesde milieuactieprogramma van de Europese Gemeenschap: "Milieu 2010 - Onze toekomst, onze keuze", COM (2001) 31 definitief, 2001/0029 (COD).

73 Zie de website van het Directoraat-Generaal Milieu van de Commissie: <<http://ec.europa.eu/environment/newprg/intro.htm>>.

74 Deze sleutelbenaderingen staan vermeld op de website van het Directoraat-Generaal Milieu van de Commissie. Het zijn: "Air, Waste prevention and recycling, Marine Environment, Soil, Pesticides, Natural resources, Urban Environment." Zie <http://ec.europa.eu/environment/newprg/strategies_en.htm>.

75 Zie COM (2001) 31 def., onder 'Samenvatting' op p. 3, tweede en derde gedachtestreepje.

ma.⁷⁶ De integratie van eisen inzake milieubescherming in andere beleids-terreinen is vereist.⁷⁷

Het zesde milieuactieprogramma gaat nader in op partnerschappen tussen overheidsautoriteiten en het bedrijfsleven. Het gebruik van vrijwillige milieuconvenanten is één van de manieren om het partnerschap tussen overheid en bedrijfsleven te versterken. Deze milieuconvenanten moeten wel aan strikte criteria voldoen, zoals duidelijke doelstellingen, transparantie en monitoring, en daadwerkelijk leiden tot het realiseren van ambitieuze doelstellingen.⁷⁸

Over afvalpreventie meldt het actieprogramma dat maatregelen ter voorkoming van afval eerst en vooral aan de bron moeten worden genomen.⁷⁹ Hiertoe zijn economische instrumenten geëigend zoals de ecotaks op hulpbron- en afvalintensieve producten en processen. Maar ook moeten producenten verantwoordelijk gesteld worden voor hun producten wanneer deze afval worden.⁸⁰ Hier wordt het vervuiler betaalt-beginsel letterlijk aangehaald. De producent dient in een gesloten systeem te zorgen voor het verzamelen, verwerken en recyclen van afval op een zodanige wijze dat de risico's en gevolgen voor het milieu tot een minimum beperkt blijven.⁸¹

Het actieprogramma verklaart dat het mogelijk is om de vraag van de markten en de consumenten te richten op producten en diensten die vanuit milieuoogpunt superieur zijn aan concurrerende producten. Hiertoe dient er informatie doorgegeven te worden aan de consumenten en moeten de werkelijke milieukosten zoveel mogelijk in de prijs van producten worden doorberekend. Dit zal het bedrijfsleven aanmoedigen om te reageren met innovaties⁸² en beheersinitiatieven die groei, concurrentiever-

76 Zie COM (2001) 31 def., onder 'Samenvatting' op p. 6.

77 Zie COM (2001) 31 def., par. 1.2, tweede alinea, p. 11.

78 Zie COM (2001) 31 def., par. 2.3 op p. 17.

79 "Enerzijds houdt dit in het zoeken naar wegen om de levensduur van producten te verlengen, het gebruik van minder hulpbronnen voor producten en het overgaan op schonere en minder verspillende productieprocessen, en anderzijds het beïnvloeden van de keuzen van de consument en de vraag op de markt ten gunste van minder verspillende producten en diensten." Zie COM (2001), 31 def., par 6.2.3, p. 57.

80 Zie COM (2001) 31 def., par. 6.2.3, p. 58, derde gedachtestreepje.

81 Zie COM (2001) 31 def., par. 6.2.3, p. 57 onderaan en p. 58 onderaan.

82 Hoofdstuk I van het actieprogramma in COM (2001) 31 def. op p. 9 vermeldt: "De bescherming van ons milieu hoeft niet automatisch een beperking van groei of verbruik te betekenen. Hoge milieunormen zijn ook de drijvende kracht achter innovatie – waarmee nieuwe markten en kansen voor het bedrijfsleven worden gecreëerd. We moeten juist streven naar verbetering van de kwaliteit van de economische groei."

mogen en werkgelegenheid een extra impuls geven.⁸³ Een en ander zal tevens de consumenten in staat stellen om een milieuvriendelijker levensstijl te kiezen op grond van geïnformeerde keuzen.⁸⁴

De Commissie staat dus positief tegenover het gebruik van milieuconvenanten⁸⁵ en stelt de mogelijkheid open dat milieuconvenanten die concurrentiebeperkingen bevatten toegestaan worden indien verstoring van de mededinging gerechtvaardigd is op grond van milieuoverwegingen. Formeel dienen deze convenanten in overeenstemming te zijn met de mededingingsregels uit het EG-Verdrag,⁸⁶ vandaar dat de Commissie wijst op de exceptiemogelijkheden van art. 81 lid 3 EG. De Commissie overweegt dat bij de toetsing aan art. 81 lid 3 een belangenafweging plaatsvindt:

"overeenkomstig het proportionaliteitsbeginsel de uit de overeenkomst voortvloeiende concurrentiebeperking dient te worden afgewogen tegen de milieudoelstellingen die door middel van de overeenkomst moeten worden gerealiseerd. In de praktijk betekent dit dat enerzijds moet worden vastgesteld of de beperkingen onmisbaar zijn voor de verwezenlijking van de milieudoelstellingen en dat er anderzijds op moet worden gelet dat een substantieel aandeel van de uit de overeenkomst voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt. Met name de bescherming van het milieu kan worden beschouwd als een element dat bijdraagt tot verbetering van de productie of de distributie van de producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang."⁸⁷

De positieve houding tegenover milieuovereenkomsten, mits ze niet te schadelijk zijn voor een vrije mededinging, wordt bevestigd in enige andere opmerkingen van de Commissie. Zo stelt de Commissie dat milieuconvenanten geen belemmering mogen vormen voor een soepel functionerende interne markt: beperkingen zijn alleen geoorloofd wanneer deze gerechtvaardigd zijn uit het oogpunt van de bescherming van de menselijke gezondheid of het milieu en wanneer zij geen middel tot willekeurige

83 Dezelfde redenering gaat op voor het gebruik van natuurlijke hulpbronnen: verbetering van het rendement van hulpbronnen zal leiden tot verbetering van het economisch rendement in het algemeen en daardoor tot toename van het concurrentievermogen en bevordering van innovatie. Zie COM (2001), 31 def., in par. 6.1.3 op p. 55 bovenaan.

84 Zie COM (2001) 31 def., par. 2.3 op p. 16.

85 Zie de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten, COM (96) 561, 'Samenvatting', p. 3. "Milieuconvenanten hebben drie belangrijke voordelen. Zij kunnen een pro-actieve houding van de zijde van de industrie bevorderen, kosteneffectieve en pasklare oplossingen bieden en de verwezenlijking van milieudoelstellingen versnellen en vergemakkelijken."

86 Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten, COM (96) 561, p. 25, paragraaf 48, derde gedachtestreepje, p. 25.

87 Zie de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten, COM (96) 561, par. 28, vierde alinea, p. 18.

discriminatie of een verkapte handelsbelemmering tussen de lidstaten vormen.⁸⁸ Ook in de checklist voor milieuconvenanten staat de afweging tussen verstoring van de mededinging en rechtvaardigingsgronden op basis van milieuoverwegingen centraal.⁸⁹

1.1.5. De maatregelen inzake energie en klimaatverandering

De Commissie heeft op 10 januari 2007 een geïntegreerd pakket maatregelen inzake energie en klimaatverandering voorgesteld om voor de 21e eeuw de emissies te doen dalen.⁹⁰

De Europese Commissie stelt een uitgebreid pakket maatregelen voor die samen een nieuw energiebeleid voor Europa vormen. Dit beleid heeft tot doel de klimaatverandering te bestrijden en de continuïteit van de energiebevoorrading en het concurrentievermogen van de energiesector te verbeteren. Het maatregelenpakket omvat een reeks ambitieuze doelstellingen inzake broeikasgasemissies en hernieuwbare energie, en is erop gericht een echte interne markt voor energie tot stand te brengen en doeltreffende regelgeving aan te moedigen. Als internationale overeenstemming wordt bereikt over het kader voor de periode na 2010, zullen de emissies van de ontwikkelde landen tegen 2020 met 30% afnemen, zo meent de Commissie. Om haar betrokkenheid verder te benadrukken, stelt de Commissie voor dat de EU zich er nu toe verbindt de emissies van broeikasgassen tegen 2020 met minstens 20% te doen dalen, met name via energiemaatregelen.⁹¹

88 Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten, COM(96) 561, paragraaf 27, p. 17, eerste alinea. De voorwaarden voor het bevatten van beperkingen worden hier opgesomd in het kader van product-overeenkomsten met beperkingen op het vrije goederenverkeer, maar de opmerking gaat ook op voor het mededingingsrecht.

89 Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten, COM (96) 561, p. 26, 'Checklist voor milieuconvenanten', onder punt III.

90 Zie Persbericht IP/07/29 van 10 januari 2007, "De Commissie stelt een geïntegreerd pakket maatregelen inzake energie en klimaatverandering voor om voor de 21e eeuw de emissies te doen dalen."

91 Zie de site 'Press Pack: Energy' met alle relevante documenten inzake klimaatverandering en energie: <http://europa.eu/press_room/presspacks/energy/index_en.htm>.

1.2. Het Nederlands wettelijk milieukader in internationaal perspectief

Het ministerie van VROM onderscheidt als zijn beleidsonderwerpen o.a. afval, bodem, duurzaamheid, energie, klimaat en lucht.⁹² Op al deze terreinen zijn wetten en besluiten van toepassing die nader invulling geven aan het Nederlandse milieubeleid.

Bij een aantal van deze wetten vormen Europese richtlijnen de basis. Ook vormen internationale overeenkomsten en afspraken soms de achtergrond. Denk hierbij aan het Klimaatverdrag ("Raamverdrag klimaatverandering van de Verenigde Naties UNFCCC") en het Kyoto-protocol, het Verdrag inzake biologische diversiteit (1992), Agenda 21 ("Verklaring van Rio" – VN Conferentie inzake Milieu en Ontwikkeling, Rio de Janeiro 1992), de Millenniumverklaring (opgesteld tijdens de algemene vergadering van de VN in 2000) en het Cites-Verdrag ("Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora" uit 1973).

Belangrijke wetten op milieugebied zijn o.a. de Wet Milieubeheer, de Wet Bodembescherming, de Wet milieugevaarlijke stoffen, de Wet op de ruimtelijke ordening, de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, de Grondwaterwet, de Wet Luchtkwaliteit, de Flora- en Faunawet en de Wet belastingen op milieugrondslag. Aan deze wetten hangen weer een aantal ministeriële besluiten, regelingen en circulaire. In 2008 is aan het genoemde rijtje wetten een belangrijke nieuwe regeling toegevoegd: de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo).⁹³

92 Zie WWW <<http://www.vrom.nl/>, onder 'Onderwerpen'>.

93 Op 18 oktober 2006 is het voorstel van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) bij de Tweede Kamer ingediend. Op basis van dit wetsvoorstel kan de omgevingsvergunning worden ingevoerd. Het brengt 25 aparte vergunningen bijeen. Bij een groot aantal artikelen is voorzien in de verplichting respectievelijk de mogelijkheid om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (nadere) regels te stellen. Deze uitwerking zal zo veel mogelijk geschieden in één algemene maatregel van bestuur, nl. het Besluit omgevingsrecht (Bor), en in één ministeriële regeling omgevingsrecht (Mor). Het voorstel is op 11 december 2007 goedgekeurd door de Tweede Kamer. De Eerste Kamer heeft hetzelfde gedaan op 4 november 2008. Zie Stemming over het wetsvoorstel Regels inzake een vergunningstelsel met betrekking tot activiteiten die van invloed zijn op de fysieke leefomgeving en inzake handhaving van regelingen op het gebied van de fysieke leefomgeving (Wet algemene bepalingen omgevingsrecht) (30844), en over de motie-Huijbregts-Schiedon c.s. inzake de afwijzing van de verplichting tot het instellen van regionale omgevingsdiensten (30844, letter I), Handelingen 2008-2009, nr. 6, Eerste Kamer, p. 296-297 (Eerste Kamer Stemmingen, 4 november 2008).

De verzameling milieugerelateerde wet- en regelgeving in Nederland is zo uitgebreid dat een verdere opsomming of behandeling hier verder achterwege blijft. De regelgeving geeft een impressie van alle milieu-initiatieven die de wetgever in Nederland ontplooit, maar zij speelt niet automatisch in al haar onderdelen een rol in mededingingszaken. De milieuvoorschriften die van belang zijn in concrete antitrustzaken, worden, voor zover relevant, bij de behandeling van specifieke casus in het vervolg van dit hoofdstuk nog nader aangestipt.

2. DE BOTSING TUSSEN HET EG-MEDEDEDINGINGSRECHT EN MILIEUBELANGEN

Het fenomeen van zelfregulering door het ondernemersveld vindt men ook terug op het vlak van milieusamenwerking. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw zijn bedrijven steeds meer gaan samenwerken om bepaalde milieudoelen te verwezenlijken. Een zelfregulerend bedrijfsleven komt al snel in aanraking met het mededingingsrecht.

Bij de toepassing van het communautaire antitrustrecht in zaken waarin milieubelangen een rol speelden, is de Commissie bepalend geweest in het uitzetten van de lijnen van het speelveld. Bij de uitoefening van haar (discretionaire) bevoegdheden diende de Commissie uiteraard te blijven binnen de grenzen die de Gemeenschapsrechter in zijn rechtspraak heeft gesteld.

De Commissie heeft haar afwegingen omtrent mededingings- en milieubelangen in het bijzonder gemaakt in het kader van art. 81 lid 3 EG. Tegen de ontheffingsbesluiten van de Commissie op grond van deze bepaling, is beroep bij de communautaire rechter veelal uitgebleven.⁹⁴ De Commissie heeft uiteindelijk, middels het uitvaardigen van beschikkingen, mededelingen en andersoortige beleidsuitingen, grote invloed gehad op de wijze waarop milieubelangen zijn geïntegreerd in het mededingingsrecht.

Art. 82 EG staat doorgaans minder voor het voetlicht voor wat betreft (mogelijke) collisie met milieubelangen. Toch kan het botsingsvraagstuk ook bij dit artikel spelen, wanneer een onderneming vanuit een exclusief recht en/of een dominante positie activiteiten verricht die het milieu ten goede komen. Over de toepassing van art. 82 EG in milieuzaken heeft de Gemeenschapsrechter zich wél substantieel uitgelaten.

94 Zie Jans, Sevenster & Vedder 2000, p. 367.

In dit onderdeel gaat de aandacht allereerst uit naar de betekenis van milieu(beleids)overeenkomsten bij de verwezenlijking van milieudoelstellingen. Ook komt het vervuiler betaalt-beginsel aan bod, omdat dit principe een economische vertaling mogelijk maakt van de activiteiten van vervuilers, en bovendien de mogelijkheid biedt om het proces van mededinging in te zetten voor het terugdringen van vervuiling. Vervolgens wordt het communautaire mededingingsbeleid ten aanzien van milieubelangen onder de loep genomen. Hierbij staan de beleidsmededelingen en andere bekendmakingen van de Commissie centraal die raken aan het grensvlak van mededinging en milieu. Na deze beschouwingen volgt de analyse van de beschikkingspraktijk van de Commissie betreffende de toepassing van art. 81 EG, respectievelijk art. 82 EG in milieuzaken. Tussen de analyse van de kartel- en misbruikcasuïstiek in, bevindt zich een korte uiteenzetting over de mogelijke betekenis van de 'rule of reason' in (milieugerelateerde) kartelzaken.

2.1. Milieubeleidovereenkomsten

Milieuovereenkomsten ontstaan vanuit verschillende achtergronden. Ondernemingen kunnen deze op eigen initiatief afsluiten. Milieuovereenkomsten tussen ondernemingen vloeien echter ook vaak voort uit milieubeleidsovereenkomsten tussen overheid en ondernemersorganisaties. In dit laatste geval worden milieuovereenkomsten dus gestimuleerd en zelfs indirect opgelegd door nationale overheden.

Milieubeleidsovereenkomsten oftewel milieuconvenanten zijn overeenkomsten tussen overheid en bedrijfsleven, waarbij deze laatste zich op vrijwillige basis⁹⁵ verbindt tot het bereiken van bepaalde resultaten inzake milieubeleid of milieubescherming. Het juridisch karakter van milieuconvenanten varieert van 'herenakkoord' tot harde civielrechtelijke afspraken.

Rutten omschrijft het milieuconvenant als volgt:

95 Een kanttekening is hier wel op haar plaats. In theorie zijn partijen vrij in het sluiten van overeenkomsten, maar in de harde realiteit van het onderhandelingsproces tussen overheid en ondernemingen betreffende het afsluiten van milieuconvenanten, kan de overheid wel degelijk druk uitoefenen. Zij stuurt de onderhandelingen daarmee in een bepaalde richting. Ook in de uitvoering van de overeenkomst zullen ondernemingen het niet zomaar af kunnen laten weten, zelfs niet wanneer een milieuconvenant juridisch niet afdwingbaar is. De overheid heeft zo haar drukmiddelen achter de hand, zoals de dreiging met strenge nieuwe wetgeving of het niet-afgeven van een vergunning.

"Een convenant kan worden omschreven als een afspraak tussen de overheid en het bedrijfsleven, gericht op het bereiken van bepaalde beleidsdoelstellingen. In geval van milieuconvenanten wordt de afspraak gemaakt ter verwezenlijking van milieubeleid. De overheid handelt bij het sluiten van een convenant niet als een partij die een economische activiteit uitoefent, maar behartigt bepaalde publieke belangen. Een convenant is dan ook niet gelijk te stellen met een overeenkomst tussen ondernemingen [] Ter uitvoering van een convenant kunnen ondernemingen onderling [] bepaalde afspraken maken of anderszins hun gedrag coördineren."⁹⁶

Grosso modo kunnen twee soorten milieubeleidovereenkomsten onderscheiden worden. Een eerste categorie heeft betrekking op projectmatige 'normuitvoerende' overeenkomsten tussen (private) projectuitvoerders en de overheid. Dergelijke overeenkomsten kan men vinden op het gebied van de afvalverwerking. De overheid kan bijvoorbeeld het verlenen van een nieuwe stortvergunning afhankelijk maken van bepaalde prestaties, waaronder het saneren van een bestaande stort.

De tweede categorie milieubeleidovereenkomsten betreft de zogenaamde 'regulerende' of 'normvervangende' milieubeleidovereenkomsten. Het gaat hierbij om overeenkomsten tussen overheid en ondernemingen, al dan niet in organisaties vertegenwoordigd, waarbij afspraken gemaakt worden over het bereiken van welbepaalde milieudoelstellingen. Veelal worden dergelijke overeenkomsten afgesloten om (strengere) wetgeving te vermijden. De overheid die deze milieubeleidovereenkomsten afsluit houdt de mogelijkheid van strenge wetgeving dan achter de hand tijdens de onderhandelingen, en gebruikt deze als stok achter de deur.

De reden dat overheden afspraken via milieuconvenanten met een bepaalde economische sector of industrie prefereren boven het uitvaardigen van nieuwe wetgeving ligt in het feit dat de regulatieve aanpak niet steeds voldoening geeft.⁹⁷ Het idee is daarbij, dat het beter is om in goed overleg met bedrijven uit een sector milieudoelen vast te leggen, dan via strenge wetgeving normen op te leggen waar het veld niet achter staat en die moeilijk controleerbaar zijn. Het kan dan zinvol zijn om bedrijven enige inspraak te geven en ze te behandelen als volwaardige partij in de milieu(beleids)discussie.

Milieubeleidovereenkomsten bestrijken een brede waaier van gebieden. Bouckaert noemt de volgende onderwerpen:

- het vervroegd naleven van product-, emissie- en constructienormen;

96 Zie Rutten 2001, p. 182

97 Bouckaert 1993, p. 76

- het uit productie nemen of de wijziging van de samenstelling van bepaalde producten;
- het niet op de markt brengen van bepaalde nieuwe voor het milieu schadelijk geachte producten;
- de stopzetting of de wijziging van bepaalde productieprocédés;
- het bevorderen van recyclage;
- het beperken van het gebruik van bepaalde verpakkingsmaterialen;
- het aanbrengen van informatie op producten ('productlabeling').⁹⁸

Het sluiten van milieubeleidovereenkomsten is geen louter nationale gelegenheid. Ook de Gemeenschap heeft het fenomeen onderkend,⁹⁹ al blijft het opnemen van milieubeleidovereenkomsten in EG-richtlijnen als uitvoeringsinstrument van die richtlijnen een moeilijke zaak.¹⁰⁰

Milieubeleidovereenkomsten tussen ondernemingen en de overheid kunnen diverse soorten afspraken bevatten. Indien een lidstaat bepaalde exclusieve rechten verleent aan ondernemingen, komt art. 86 EG in het geding voor die overheid en niet art. 81 EG.¹⁰¹ Art. 81 lid 1 vereist nu eenmaal dat het gaat om akkoorden gesloten *tussen ondernemingen* of om besluiten van *ondernemersverenigingen*. De overheid kan enkel als een onderneming in de zin van art. 81 lid 1 gekenmerkt worden indien die overheid

98 Bouckaert 1993, p. 91 en 92. Hier worden ook nog meer voorbeelden van milieubeleidsovereenkomsten genoemd.

99 Een voorbeeld van het opnemen van de milieubeleidsovereenkomst in een richtlijn als instrument van uitvoering daarvan is art. 4 lid 1 van Richtlijn 85/339 van de Raad betreffende de verpakking voor vloeibare levensmiddelen, *Pb.* 1985, L 176/18. Deze richtlijn beoogt een vermindering in het gebruik van bepaalde soorten drankverpakkingen te stimuleren, maar zij bevat weinig 'harde' verplichtingen.

100 Aan de geldigheid van richtlijnen die milieubeleidsovereenkomsten als instrument voor hun uitvoering bevatten kan men twijfelen, omdat art. 249, derde alinea EG bepaalt dat een richtlijn verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor hij bestemd is. Hiertoe mogen lidstaten zelf vorm en middelen kiezen, maar het resultaat dient op precieze wijze bereikt te worden. Het punt is dat dit resultaat vaak niet gegarandeerd kan worden bij milieubeleidsovereenkomsten, omdat deze vrijwillig zijn en uitvoering van de afspraken juridisch veelal niet afdwingbaar is. Bovendien worden overeenkomsten gesloten met partijen, die niet automatisch alle ondernemingen in een bepaalde sector of branche vertegenwoordigen. Op deze wijze kunnen bepaalde ondernemingen ontsnappen aan de werking van een convenant. Het Hof heeft beslist dat omzetting van richtlijnen via louter administratieve praktijken, circulaires en vrijblijvende meerjarenprogramma's niet rechtsgeldig is. Zie zaak 102/79, Commissie t. België, *Jur.* 1980, 1473, r.o. 10 en 11; zaak 239/85, Commissie t. België, *Jur.* 1986, 3645, r.o. 7; zaak 96/81, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1982, 1791, r.o. 13.

101 Zie zaak 30/87, Bodson t. Pompes Funèbres, *Jur.* 1988, 2479, r.o. 18.

effectief als onderneming in het economisch verkeer optreedt.¹⁰² Bij milieu-beleidovereenkomsten treedt de overheid veeleer op in een regulerende rol en als initiator van gedragswijzigingen van ondernemingen.

Indien lidstaten ondernemingen stimuleren of verplichten om onderling milieuovereenkomsten af te sluiten die mededingingsbeperkend zijn, zouden deze lidstaten tegen toepassing van de 'effet utile'-leer aan kunnen lopen. De 'effet utile'-doctrine behelst de toepassing van art. 3 lid 1 sub g EG j° art. 10 EG j° art. 81 of eventueel 82 EG jegens lidstaten.¹⁰³ Toepassing van deze leer komt in zicht als een lidstaat het tot stand komen van mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen oplegt of begunstigt, dan wel de werking ervan versterkt, of de verantwoordelijkheid voor overheidsinterventie overdraagt aan private actoren (marktdeelnemers).¹⁰⁴

De uitvoering van milieu-beleidovereenkomsten kan aanleiding geven tot het sluiten van aparte, nadere overeenkomsten tussen de betrokken ondernemingen. Ook kunnen afspraken tussen bedrijven opgenomen zijn in de milieu-beleidovereenkomsten zelf.

De juridische vorm van een onderneming doet voor de toepassing van het kartelrecht weinig ter zake, en het vereiste dat het moet gaan om overeenkomsten tussen ondernemingen wordt ruim geïnterpreteerd.¹⁰⁵ Mededingingsbeperkende afspraken hebben bijvoorbeeld betrekking op het beperken of controleren van de productie van voor het milieu schade-

102 Denk bijvoorbeeld aan overheidsondernemingen in de post- en telecommunicatie-sector.

103 De overheid zelf dient bij delegatie van haar bevoegdheden om regulerend op te treden op economisch gebied aan private operatoren, op te passen voor repercussies via de 'effet utile'-doctrine. Zie bijvoorbeeld zaak 13/77, *Inno/ATAB*, *Jur.* 1977, 2115; zaak 311/85, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus t. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, *Jur.* 1987, 3801; zaak 267/86, *Van Eycke t. Aspa*, *Jur.* 1988, 4769; zaak C-2/91, *Meng*, *Jur.* 1993, I-5751; zaak C-185/91, *Reiff*, *Jur.* 1993, I-5801; zaak C-245/91, *Ohra*, *Jur.* 1993, I-5851; zaak C-153/93, *Delta*, *Jur.* 1994, I-2517; zaak T-513/93, *CNSD t. Commissie ('CNSD I')*, *Jur.* 2000, II-1807; gev. zaken T-191/98, T-212/98 tot T-214/98, *Atlantic Container Line AB e.a. t. Commissie*, *Jur.* 2003, II-3275.

104 Zie zaak 267/86, *Van Eycke*, *Jur.* 1988, 4769, onder 'Overwegingen van het arrest', bij het antwoord op de eerste en de tweede vraag; zaak C-96/94, *Centro Servizi Spedito*, *Jur.* 1995, I-2883, r.o. 20-21; zaak C-38/97, *Autotrasporti Librandi/Cuttica spedizioni*, *Jur.* 1998, I-5955, r.o. 26. Zie ook zaak C-245/91, *Ohra*, *Jur.* 1993, I-5851, r.o. 15; zaak C-153/93, *Duitsland t. Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, *Jur.* 1994, I-2517, r.o. 14; zaak C-379/92, *Peralta*, *Jur.* 1994, I-3453, r.o. 21; zaak C-134/94, *Esso Española*, *Jur.* 1995, I-4223, r.o. 18; zaak C-35/96, *Commissie t. Italië ('CNSD II')*, *Jur.* 1998, I-3851, r.o. 53. Zie verder *Ritter & Braun* 2004, p. 992.

105 Zo heeft het Hof aanvaard dat overeenkomsten tussen *verenigingen* van ondernemingen ook onder het kartelverbod vallen.

lijke goederen, of op de samenwerking in het ontwikkelen van milieuvriendelijke producten of afvalverwerkingsystemen. Hetzelfde gaat in dit verband op voor een uitvoeringsbesluit van een ondernemersvereniging. Naast horizontale afspraken zoals hiervoor beschreven, spelen ook verticale relaties een rol bij de uitvoering van milieuplannen. Denk in dit kader bijvoorbeeld aan een overeenkomst tussen een producent van elektronica-artikelen en een afvalverwerkingsbedrijf omtrent de verwerking van bepaalde afvalstoffen.

Er zijn een aantal typen milieuovereenkomsten te onderscheiden die snel tot spanningen tussen mededingingsbelangen en milieubelangen kunnen leiden. Ze mogen dan wellicht niet als doel hebben de mededinging te beperken, ze kunnen wel een zodanig effect hebben.¹⁰⁶ Milieuovereenkomsten kunnen mededingingsbeperkende elementen in zich dragen, ook als er slechts afspraken gemaakt worden over samenwerking op het gebied van technische standaarden, technische ontwikkeling of energiebesparing: afspraken tussen ondernemingen op onderdelen van de bedrijfsvoering, hoe zinnig ook wellicht, beperken de concurrentiemogelijkheden tussen de bedrijven op die punten. Overigens hoeven dergelijke afspraken niet meteen verboden te zijn onder het antitrustrecht: zo kunnen bijvoorbeeld de excepties uitkomst bieden.

Geradin noemt de volgende typen milieuovereenkomsten:¹⁰⁷

- overeenkomsten tot de ontwikkeling van gemeenschappelijke technische standaarden of labels die de conformiteit van gelabelde producten met bepaalde milieunormen garanderen;¹⁰⁸
- overeenkomsten tot het gezamenlijk ontwikkelen en opzetten van nieuwe, minder vervuilende productiemethoden of -systemen;¹⁰⁹
- overeenkomsten waarin concurrenten afspreken om in een bepaalde mate het energieverbruik van hun producten te verminderen;¹¹⁰

106 Ook afspraken met een mededingingsbeperkend *gevolg* zijn in principe verboden ex art 81 lid 1 EG

107 Zie Geradin 2002, p 122 and 123

108 Zie bijvoorbeeld Beschikking 82/731, NAVEWA-ANSEAU, *Pb* 1982, L 167/39

109 Dit kan zelfs een hele fabriek zijn. Zie bijvoorbeeld Beschikking 94/986, Philips-Osram, *Pb* 1994, L 378/37, en Beschikking 94/322, Exxon/Shell, *Pb* 1994, L 144/20

110 Zie bijvoorbeeld de ACEA-zaak, XXVIII Mededingingsverslag 1998 van de Commissie, Luxemburg Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1999, p. 62 (par 131), en zie de CEMEP-zaak, *Competition Policy Newsletter* 2000-2, p 24 en 25

- overeenkomsten tussen ondernemingen om samen een afvalverwerkingsstelsel of een hergebruikstelsel op te zetten;¹¹¹
- overeenkomsten waarin concurrenten afspreken om aan de consumenten de kosten van navolging van bepaalde milieumaatregelen door te berekenen via het opleggen aan die consumenten van een uniforme en vaste prijsverhoging.¹¹²

Bedrijven die milieugerelateerde overeenkomsten met elkaar aangaan, kunnen niet zomaar aan de werking van het kartelverbod ontsnappen door zich te beroepen op een inperking van hun handelingsvrijheid: het feit dat de overheid druk heeft uitgeoefend op de totstandkoming van milieufspraken (bijvoorbeeld door te dreigen met strenge wetgeving) maakt dergelijke overeenkomsten niet immuun voor de werking van het kartelverbod.¹¹³ Bij een wettelijke plicht voor bedrijven tot het aangaan van mededingingsbeperkende milieuovereenkomsten, zou voor deze bedrijven wellicht een beroep op de 'state action defence'¹¹⁴ ontstaan: ondernemingen kan onder deze figuur de schending van de mededingingsregels niet worden tegengeworpen.

2.2. Internalisatie van milieukosten: het vervuiler-betaalt-beginsel

De EG streeft er naar milieubelangen zoveel mogelijk tot hun recht te laten komen in het maatschappelijke en handelsverkeer.¹¹⁵ Art. 2 en 6 van het

111 Zie bijvoorbeeld de *Valpack*-zaak, XXVIII Mededingingsverslag 1998 van de Commissie, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1999, p. 62 en 63 (par. 133 en 134); Mededeling van de Commissie (overeenkomstig art. 19 lid 3 van Vo. 17/62), IFCO, Pb. 1997, C 48/4.

112 Zie bijvoorbeeld de *VOTOB*-zaak in het XXII Mededingingsverslag 1992 van de Commissie, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1993, p. 114-116 (par. 177 e.v.).

113 Ook het argument van ondernemingen dat zonder hun mededingingsbeperkende afspraken de overheidsinstanties nog veel gevoeliger beperkingen aan de mededinging zouden hebben opgelegd, welk feit dient te leiden tot het onttrekken van die afspraken aan het verbod van art. 81 lid 1, gaat volgens de Commissie niet op. Zie Commissie-Beschikking van 1 april 1992, Pb. 1992, L 134/1, paragraaf 34 en 35.

114 De 'state action defence' vormt een schulduitsluitingsgrond voor ondernemingen die door een lidstaat worden gedwongen om tot bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen over te gaan of deze in stand te houden.

115 Het vijfde milieuactieprogramma, Pb. 1993, C 138/1, zegt hierover op p. 11 onder 'Korte samenvatting' in par. 3: "Alle menselijke activiteiten hebben een effect op het milieu en worden op hun beurt er door beïnvloed. Het vermogen om deze onderlinge relatie te beheersen is bepalend voor de continuïteit van verschillende vormen van activiteit en voor het potentieel voor economische en sociale ontwikkeling." Vervolgens wordt in dezelfde paragraaf een onlosmakelijke link gelegd tussen het welslagen van de interne markt en de EMU en een duurzaamheid op economische

EG-Verdrag geven hieraan uiting. De bedoeling van milieubeleid is om het gedrag van mensen en bedrijven te veranderen.¹¹⁶ Zij moeten milieubewuster gaan handelen.¹¹⁷ Hiertoe is medewerking van de particuliere sector op milieuvlak onontbeerlijk.¹¹⁸ Wanneer activiteiten van particulieren een economische dimensie hebben, komt het mededingingsrecht om de hoek kijken. Zo kan het milieubeleid gemakkelijk in aanraking komen met (c.q. in het vaarwater geraken van) het mededingingsrecht.

Vroeger lag de nadruk bij de verwezenlijking van milieudoelstellingen op regulering door de overheid.¹¹⁹ Medewerking kon daarbij afgedwongen worden via straf- of administratieve sancties, maar tot een daadwerkelijk meer milieubewuste houding van particulieren leidde het vaak niet.

In de loop van de jaren heeft een verschuiving opgetreden bij overheden, van regulering naar het stimuleren van een gedragsverandering bij burgers en bedrijven zelf, teneinde uiteindelijk te komen tot een milieubeleidsterreinen die afhankelijk is van het draagvermogen van het milieu. Zie hier reeds het verband tussen milieu en economische ontwikkeling

-
- 116 Zo vermeldt het Persbericht IP/01/102 van de Commissie van 24 januari 2001 over het Commissievoorstel voor het zesde milieuactieprogramma "Een ander thema van het nieuwe programma is de samenwerking met het bedrijfsleven en de consumenten om milieuvriendelijkere vormen van productie en consumptie te bevorderen "
- 117 Zie hierover het vijfde milieuactieprogramma, *Pb* 1993, C 138/1, onder 'Korte samenvatting' op p. 12 in par. 6 "Om duurzame ontwikkeling mogelijk te maken moeten consumptie- en gedragspatronen in de maatschappij zelf worden omgebogen " En de Conclusie op p. 18 in par. 39 vermeldt "Het [milieuactie]programma vereist de inzet van een ieder om als burger en als consument zijn steentje bij te dragen " Zie daarnaast het Voorstel van de Commissie voor het zesde milieuactieprogramma van de Europese Gemeenschap, COM (2001) 31 def., 2001/0029 (COD), *Pb* 2001, C 154E/218, de opmerking onder 'Samenvatting' op p. 3, derde gedachtestreepje. Er blijven milieuproblemen bestaan en de aantasting van het milieu gaat door, tenzij "belanghebbenden en burgers zich meer betrokken zouden voelen bij inspanningen ter bescherming van het milieu " Zie verder de opmerking in paragraaf 2.4 op p. 21. "Europeanen zijn zeer begaan met de bescherming van het milieu en in de afgelopen jaren zijn ze, als individuen, een actievere rol gaan spelen op het gebied van milieubescherming. Veel mensen zijn zich gaan inspannen om hun persoonlijk en gezinsgedrag te veranderen, bijvoorbeeld door milieuvriendelijke producten te kopen. Bovendien kunnen goed geïnformeerde burgers een krachtige nieuwe aanzet geven tot het bereiken van resultaten op milieugebied."
- 118 Zie weer het Persbericht IP/01/102 van de Commissie van 24 januari 2001 over het Voorstel voor het zesde milieuactieprogramma "Commissaris Wallström ziet hiern [in samenwerking met het bedrijfsleven en de consumenten om milieuvriendelijkere vormen van productie en consumptie te bevorderen; *JH*] een hoeksteen van haar milieugenda []"
- 119 Hieronder versta ik het opleggen van normen en streefdoelen aan het bedrijfsleven door de overheid en het afdwingen van naleving daarvan

vriendelijker productiewijze en gebruik van het milieu.¹²⁰ In deze nieuwe benadering vindt de overheidsstimulus plaats via het sluiten van milieucontracten met de particuliere sector.

Daarnaast is ook de regulering van overheden meer marktgericht. Men kan hier denken aan een toename in het gebruik van milieuheffingen en andersoortige financiële prikkels.

De juridische verhouding tussen mededingingsbeleid en milieubescherming wordt bepaald door het integratiebeginsel van art. 6 EG, dat voorschrijft dat bij ander EG-beleid rekening moet worden gehouden met de communautaire eisen inzake milieubescherming. Tot deze eisen behoort ook het vervuiler betaalt-beginsel. Dit principe schrijft voor dat economische actoren de volledige kosten dragen van de vervuiling die hun activiteiten teweeg brengen. Het beginsel gaat uit van vergoeding van de prijs die milieuvervuiling met zich mee brengt. We vinden het principe terug in art. 174 lid 2 EG, naast basiswaarden als het voorzorgsbeginsel en aanpak bij de bron. Milieubelangen kunnen via het vervuiler betaalt-beginsel een daadwerkelijk economische vertaling krijgen. Zie hier de economische schakel tussen het mededingingsrecht en milieubescherming.

Van oudsher is het gebruik van uit het milieu afkomstige producten en grondstoffen reeds in een economisch kader geplaatst: voor het gebruik van grondstoffen hebben bedrijven altijd al moeten betalen, waardoor er automatisch een drang naar innovatie was op het gebied van grondstoffenverbruik. Het veroorzaken van milieuvervuiling bij de productie is pas later in een economisch perspectief komen te staan: ondernemingen konden lange tijd hun afvalstoffen in het milieu dumpen zonder dat daar een directe kostprijs tegenover stond.

Bij de behandeling van het vervuiler betaalt-beginsel speelt op de achtergrond het ruimere 'gebruiker betaalt beginsel' een rol. Het gaat daarbij niet specifiek om de productie van vervuiling, maar om het gebruik/verbruik van milieu- en grondstoffen en de daarvoor te betalen vergoedingen. Hierbij moet aangetekend worden dat in geval van collectieve goederen zoals

120 Zie hierover het vijfde milieuactieprogramma, *Pb* 1993, C 138/1, onder 'Korte samenvatting' op p 13 in par 11 "Het is de bedoeling deze veranderingen [die uitgaan van het vijfde milieuactieprogramma, *JH*] in het gedragspatroon van de maatschappij te verwezenlijken door op basis van gezamenlijk gedragen verantwoordelijkheid te zorgen voor een optimale betrokkenheid van alle maatschappelijke sectoren, dit geldt zowel voor overheidsinstanties, overheidsbedrijven als voor het particuliere bedrijfsleven en de bevolking in het algemeen, zowel als individuele burger als in de rol van consument "

lucht, 'betaling' van het verbruikte goed in kwestie niet mogelijk is.¹²¹ Het is dus niet zo dat het loutere *gebruik* van goederen altijd is te beprizen.

Essentieel voor het vervuiler betaalt-beginsel is dat ondernemingen die het milieu gebruiken en vervuilen bij hun productie, daadwerkelijk opdraaien voor de kosten van dat gebruik. Dit is nog steeds geen automatisme. Uiteindelijk draait de maatschappij op voor milieukosten die niet zijn gedragen door de vervuiler(s) zelf.

Het vervuiler betaalt-beginsel komt het milieu pas echt ten goede, indien de kosten van milieugebruik niet alleen gekwantificeerd en gedragen worden door de vervuilende ondernemingen, maar bovenal leiden tot minder belastend gebruik van het milieu. Dit laatste leidt tot werkelijke internalisatie (effectieve doorwerking) van het vervuiler betaalt-beginsel.¹²² Indien bedrijven milieukosten niet langer kunnen afschuiven op de gemeenschap, zullen deze kosten hun bedrijfsvoering direct raken. Concurrentiedruk zorgt er dan voor dat zij deze kosten zoveel mogelijk zullen proberen te beperken, en daarmee de (daarachter schuil gaande) milieuvervuiling. Op deze wijze is er een economische druk voor de milieugebruiker om productie- en afvalverwerkingsmethoden te gaan ontwikkelen die het milieu zo veel mogelijk ten dienste zijn.

Het idee is dat wanneer concurrentiedruk ontstaat ten aanzien van het milieugebruik, er een aanzet ontstaat om te investeren in (onderzoek naar) milieusparende productiesystemen. Zo ontstaat er mededinging *om* het milieu, met duurzame ontwikkeling als gevolg.¹²³

Het vervuiler betaalt-beginsel zou uiteindelijk zelfs kunnen leiden tot een betere internationale concurrentiepositie van de Europese industrie. Strengere milieueisen (met als speerpunt: de vervuiler betaalt) geven een impuls voor modernisering en innovatie¹²⁴ en leiden uiteindelijk tot

121 Zie De Grauwe 2006, p. 226.

122 Zie Sevenster & Vedder 2000, p. 6; Mortelmans, 2000, p. 21.

123 Zie hierover nader: Jans, Sevenster & Vedder 2000, p. 360.

124 Zo staat in het Voorstel tot het zesde milieuactieprogramma van de Commissie, COM (2001) 31 def., 2001/0029 (COD), *Pb.* 2001, C 154E/218, in de 'Samenvatting' op p. 3 bovenaan: "Tegelijkertijd zijn hoge milieunormen een drijfveer voor innovatie en bieden ze het bedrijfsleven nieuwe kansen." En in par. 2.3 op p. 16 wordt opgemerkt dat een zo groot mogelijke doorberekening van de werkelijke milieukosten in de prijs van producten het bedrijfsleven zal aanmoedigen om te reageren met innovaties die de economische groei en het concurrentievermogen een extra impuls geven.

een betere internationale concurrentiepositie voor Europese ondernemingen, aldus de EG-beleidsmakers.¹²⁵

De theorie van de internalisatie van milieukosten klinkt mooi, aan de uitvoering in de praktijk zitten enige haken en ogen. De realiteit is vooralsnog dat milieuvriendelijke productiemethoden soms gewoon duurder zijn dan vervuilende processen, omdat van een volledige doorberekening van milieukosten nog steeds geen sprake is. Het risico bestaat dan dat het ondernemingen meer geld kost om innovaties te ontwikkelen en ze vervolgens te installeren, dan om vast te houden aan oude beproefde productiemethoden, waarbij zij eventueel bestaande hogere milieuheffingen, een mindere productkwaliteit of andersoortige meerkosten op de koop toeneemen.

De theorie is er op gericht dat de milieukosten uiteindelijk bij de consumenten geïnternaliseerd worden. De consument moet echter wel bereid zijn om de prijs daarvoor te betalen. Wanneer deze geen belang hecht aan milieubescherming en niet bereid is daarvoor een prijs te betalen, zal de productie evenmin milieuvriendelijk worden.¹²⁶

De overheid moet in dat geval de aanzet geven, in samenwerking met de ondernemingen. Feit blijft dat er in dat geval al geen sprake meer is van zuivere marktwerking: de consument laat het afweten en de overheid gaat zich er mee bemoeien (ook al bevindt die zich dan op privaatrechtelijk terrein via het afsluiten van milieubeleidovereenkomsten).

De overheid beïnvloedt die markt ook nog op andere manieren, bijvoorbeeld door het verlenen van staatssteun voor milieubescherming, of door het toekennen van speciale of exclusieve rechten aan ondernemingen

125 Zie het vijfde milieuoactieprogramma in de EG-Resolutie van 1 februari 1993, *Pb* 1993, C 138/1 paragraaf 3 2, eerste alinea, en paragraaf 4 1, eerste en tweede alinea. Zie verder heel duidelijk het Voorstel voor het zesde milieuoactieprogramma van de Commissie, COM (2001) 31 def., 2001/0029 (COD), *Pb* 2001, C 154E/218, in par. 2 3 op p. 16 "Het is mogelijk om de vraag van de markten en de consumenten te richten op producten en diensten die vanuit milieuoogpunt superieur zijn aan concurrerende producten. Dit kan gerealiseerd worden door ervoor te zorgen dat de werkelijke milieukosten zoveel mogelijk in de prijs van producten worden doorberekend. Dit zal het bedrijfsleven aanmoedigen om te reageren met innovaties en beheersinitiatieven die groei, concurrentievermogen en werkgelegenheid een extra impuls geven." En met betrekking tot het verbruik van grondstoffen staat vermeld in par. 6 1 3 op p. 55 "Tegelijkertijd dient het besef door te dringen dat verbetering van het rendement van hulpbronnen zal leiden tot verbetering van het economisch rendement in het algemeen en daardoor tot toename van het concurrentievermogen en bevordering van innovatie."

126 Sevenster & Vedder 2000, p. 6

die zijn belast met taken van milieubescherming.¹²⁷ Binnen het communautaire staatssteunrecht ten behoeve van het milieu behoren het vervuiler betaalt-beginsel en de internalisering van milieubeschermingskosten tot de uitgangspunten.¹²⁸

Om internalisatie te stimuleren kan het nodig zijn om samenwerking tussen ondernemingen te stimuleren en dus mededingingsbeperkingen toe te staan. Deze samenwerking dient dan om de kosten van dure milieuvriendelijke productiemethoden te drukken. Ondernemingen starten een samenwerkingsverband of ze spreken af samen te komen tot een zekere reductie van afvalstoffen. De prijs hiervoor verwerken ze in de kostprijs van hun product of dienst.

Sommige schrijvers bepleiten dat het (milieu)integratiebeginsel vóórgaat op het vervuiler betaalt-beginsel¹²⁹ totdat volledige internalisatie heeft plaatsgevonden. Hierbij hebben milieudoelstellingen een relatieve voorrang boven het mededingingsrecht. Om het principe van de daadwerkelijke internalisatie volledig in de markt te installeren mogen mededingingsbeperkingen worden toegestaan voor een bepaalde tijd.¹³⁰

Overigens zullen, ook in het (voorlopig) hypothetische geval van volledige internalisatie van milieukosten, bedrijven in sommige situaties de behoefte blijven houden om samen te werken op milieugebied. Het is bijvoorbeeld financieel voordeliger voor bedrijven om samen hun afval te verwerken dan alleen. Dit zal ook het geval blijven bij volledige internalisatie.

Volledige internalisatie van milieukosten is in de praktijk nog ver weg: overheden zijn lang niet altijd in staat om zorg te dragen voor een stelsel waarin milieuschade volledig voor rekening komt van de ondernemingen die deze veroorzaken.¹³¹ De kostprijs voor milieugebruik komt dan niet (in zijn geheel) terecht bij de gebruikers, althans niet via de prijs van het product of de dienst in kwestie. De literatuur bevat aanwijzingen dat van een

127 Zie Geradin 2002, p. 120 and 121.

128 Vgl. de Communautaire Richtsnoeren inzake staatssteun voor milieubescherming van de Commissie, Pb. 2008, C 82/1, par. 70.

129 Dit vervuiler betaalt-beginsel vormt in de ideale situatie dus een alle schade dekkende kostenpost per ondernemer in het concurrentieproces.

130 Aldus Sevenster & Vedder 2000, p. 6.

131 Het vijfde milieuactieprogramma (Pb. 1993, C 138/1) zegt bijvoorbeeld onder 'Korte samenvatting' in de Conclusie op p. 18 in par. 40: "Het is niet de pretentie van dit [milieuactie]programma om 'alles in orde te brengen'. Het zal lang duren voordat gedrags- en consumptiepatronen kunnen worden veranderd en een route naar duurzame ontwikkeling kan worden bereikt. Dit programma is dan ook vooral bedoeld om de huidige tendensen te doorbreken."

systematische, integrale toepassing van het vervuiler betaalt-beginsel voorsnog geen sprake is. Hiervoor wordt de internalisatie van externe milieukosten niet of onvoldoende afgedwongen.¹³² Milieuproblemen kunnen nu eenmaal bijzonder complex zijn, waardoor een heldere, eenvoudige oplossing niet altijd voorhanden is.¹³³

Tekenen van de moeizame effectuering van het beginsel van internalisatie van milieu(bescherming)kosten in producten vindt men terug in het communautaire staatssteunrecht ten behoeve van het milieu.

De Commissie signaleert dat naast regulering en marktgebaseerde instrumenten ook zachte instrumenten, zoals vrijwillige milieukeuren en de verspreiding van milieuvriendelijke technologieën, een belangrijke rol kunnen spelen in het streven naar adequate milieubescherming. De Commissie constateert ook dat het vervuiler betaalt-beginsel niet volledig werkt. Als reden geeft de Commissie op dat de precieze kosten van vervuiling niet gemakkelijk zijn vast te stellen. Dit is technisch ingewikkeld en soms ondoelmatig (denk aan administratieve rompslomp bij het uitvoeren van berekeningen). Bovendien is het moeilijk om bepaalde kosten, zoals kortere levensverwachting of milieuschade, duidelijk in geldwaarde uit te drukken. Tevens kunnen overheden er voor kiezen om vervuilingskosten geleidelijk te integreren in productieprocessen, teneinde verstoringen in de economie te voorkomen.¹³⁴

In een eerder stadium had de Commissie al een aantal situaties onderscheiden waarin internalisatie niet (volledig) werd waargemaakt: gevallen waarin het midden- en kleinbedrijf opliep tegen milieunormen, gevallen waarin milieunormen juist ontbraken in een bepaalde sector, en gevallen waarin private actoren publiekrechtelijke normen wilden overtreffen.¹³⁵

132 Zie Dhondt 2003, p 473 en 531

133 Zie Jewell & Reid 2000, p 231

134 Zie de Communautaire Richtsnoeren inzake staatssteun voor milieubescherming van de Commissie, Pb 2008, C 82/1, par 23-26

135 Zie de eind 2007 verlopen Mededeling van de Commissie houdende een Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu, Pb 2001, C 37/03, par 18-21, inmiddels dus vervangen door de Communautaire Richtsnoeren inzake staatssteun voor milieubescherming van de Commissie, Pb 2008, C 82/1

2.3. Het EG-mededingingsbeleid ten aanzien van milieubelangen

2.3.1. De uitgangspunten in de Mededingingsverslagen van de Commissie

In haar XXIIIe Mededingingsverslag¹³⁶ erkent de Commissie dat het mededingingsrecht, zoals alle EG-beleidsterreinen, rekening moet houden met de milieudoelstellingen. De Commissie ontkent echter het bestaan van een fundamenteel conflict tussen beide beleidsterreinen. Integendeel, volgens de Commissie speelt het mededingingsrecht juist een belangrijke rol bij het realiseren van milieudoelstellingen. Via het vervuiler betaalt-beginsel kunnen milieukosten geïnternaliseerd worden, waarna concurrentiedruk ervoor zorgt dat ondernemingen op zoek gaan naar minder vervuilende productie- en afvalverwerkingstechnieken. Volgens de Commissie zou op deze wijze de effectiviteit van milieubescherming juist toenemen, door toedoen van concurrentiedruk en marktmechanismen.¹³⁷

In de ogen van de Commissie zou het mededingingsrecht via de toepassing van het vervuiler betaalt-beginsel en internalisatie van milieukosten dus een belangrijke rol (kunnen) spelen bij het realiseren van milieudoelstellingen.

Deze mooie doelstelling ten spijt, is de relatie tussen milieubescherming en mededinging in de praktijk weerbarstiger. Zo is het lang niet altijd mogelijk om tot (volledige) internalisatie van milieukosten te komen, en dragen sommige milieu(beleids)overeenkomsten mededingingsbeperkingen in zich waarover de Commissie zich heeft moeten buigen.

In ontheffingszaken heeft de Commissie lange tijd de mededingingsbeperkingen die voortvloeien uit een milieuovereenkomst af moeten wegen tegen de milieudoelstellingen die de overeenkomst in kwestie beoogde te verwezenlijken. In haar XXIIIe Mededingingsverslag geeft de Commissie aan dat zij in het kader van de derde voorwaarde van art. 81 lid 3 milieuovereenkomsten tussen ondernemingen nauwkeurig zal onderzoeken om te bekijken of ze onmisbaar zijn voor de verwezenlijking van milieudoelstellingen.¹³⁸ In deze afweging hecht de Commissie veel belang aan de criteria van noodzakelijkheid en proportionaliteit.

136 Zie het XXIIIe Verslag over het mededingingsbeleid 1993 van de Europese Commissie uit 1994, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, Luxemburg 1995.

137 Zie paragraaf 163 en 164 van het XXIIIe Verslag.

138 Zie paragraaf 170 van het XXIIIe Verslag.

In haar XXVe Mededingingsverslag¹³⁹ bevestigt de Commissie de rol van het proportionaliteitsbeginsel, en geeft zij ook een indicatie van de plaats van milieubescherming in de eerste voorwaarde van de ontheffingsgronden:

"Bij haar onderzoek van individuele zaken weegt de Commissie de mededingingsbeperkingen die voortvloeien uit de overeenkomst af tegen de doelstellingen op milieugebied die met de overeenkomst kunnen worden verwezenlijkt, met gebruikmaking van het evenredigheidsbeginsel overeenkomstig artikel 85 [tegenwoordig art. 81, *JH*], lid 3. Met name wordt de verbetering van de toestand van het milieu beschouwd als een element dat bijdraagt tot de verbetering van de productie of de distributie en tot de bevordering van de economische en technische vooruitgang."¹⁴⁰

De Commissie geeft verder aan in haar XXVe Mededingingsverslag dat zij een *a priori* negatieve houding heeft ten opzichte van prijsafspraken die besloten liggen in een milieuovereenkomst.¹⁴¹ De Commissie acht zulke prijsafspraken normaliter niet noodzakelijk voor het verwezenlijken van een milieu(beschermings)doelstelling. Daarmee komen dergelijke prijsafspraken ook niet in aanmerking voor de verlening van een ontheffing op grond van art. 81 lid 3 EG. De Commissie merkt nog wel op dat de onmisbaarheid van afspraken van geval tot geval moet worden onderzocht.¹⁴²

2.3.2 *Commissierichtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten op milieugebied*

In 2001 heeft de Commissie de 'Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten' uitgevaardigd.¹⁴³ Hun doel is om een analytisch raamwerk te bieden bij de beoordeling van de marktgevolgen van de meest gangbare

139 Zie het XXVe Verslag over het mededingingsbeleid 1995 van de Europese Commissie, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, Luxemburg 1996.

140 Zie par. 85 van het XXVe Mededingingsverslag 1995.

141 Zie par. 85 van het XXVe Mededingingsverslag 1995.

142 Zie par. 85 van het XXVe Mededingingsverslag 1995.

143 Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001 houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb* 2001, C 3/2. Deze Mededeling vervangt twee eerdere bekendmakingen van de Commissie met richtsnoeren voor de beoordeling van bepaalde soorten samenwerkingsovereenkomsten (zie *Pb* 1968, C 75/3 en *Pb* 1993, C 43/2). Zij vormt een aanvulling op de groepsvrijstellingsverordeningen inzake Onderzoek & Ontwikkeling en Specialisatieovereenkomsten (zie *Vo* 2659/2000, *Pb* 2000, L 304/7, resp. *Vo* 2658/2000, *Pb* 2000, L 304/3).

vormen van horizontale samenwerking.¹⁴⁴ Ze zijn gericht op het maken van een afweging tussen economische en mededingingsbelangen.¹⁴⁵ De grotere nadruk op de economische context en criteria bij de beoordeling van overeenkomsten onder art. 81 vormt meteen ook het meest innovatieve aspect van de richtsnoeren.¹⁴⁶

De opbouw van de richtsnoeren is aldus, dat eerst basaal, en vervolgens per categorie overeenkomsten wordt nagegaan welke soorten afspraken in het algemeen niet, in het algemeen wél, en welke mogelijk onder het verbod van art. 81 vallen. Ten aanzien van de laatste twee categorieën wordt vervolgens aangegeven in welke gevallen de ontheffingsgronden van art. 81 lid 3 van toepassing kunnen zijn.

De richtsnoeren bevatten een apart hoofdstuk over milieuovereenkomsten.¹⁴⁷ Dit hoofdstuk richt zich louter op horizontale milieuafspraken. Het bevat de volgende belangrijke punten.

Als milieuovereenkomsten worden beschouwd afspraken die de vermindering voorschrijven van een vervuilingfactor, zoals beschreven in relevante milieuvoorschriften, en afspraken die zijn gericht op andere milieudoelstellingen, met name die welke worden genoemd in art. 174 EG.¹⁴⁸ Met 'relevante milieuvoorschriften' wordt in dit geval vooral bedoeld op EG-verordeningen en -richtlijnen die milieubepalingen bevatten.¹⁴⁹

Verscheidende typen van horizontale overeenkomsten zijn mogelijk op milieugebied.¹⁵⁰ Overeenkomsten kunnen normen vaststellen voor de mi-

144 Zie de Mededeling houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.* 2001, C 3/2, par. 7.

145 Zie de Mededeling houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.* 2001, C 3/2, par. 4.

146 Dit is in lijn met de opzet van de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97: economische efficiëntie staat hier centraal.

147 Zie Mededeling houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.* 2001, C 3/2, Hoofdstuk 7 (par. 179-198): "Overeenkomsten inzake het milieu".

148 Zie par. 179 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

149 Vgl. voetnoot 51 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

150 Zie par. 180 en 181 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

lieuuvriendelijkheid van producten of productieprocessen. Ze kunnen een streven vastleggen naar een gezamenlijk milieudoel.¹⁵¹ Ook zijn er uitgebreide regelingen voor gehele industrietakken op het gebied van terugname en recycling die horizontale overeenkomsten bevatten.

Wat inzameling- en recyclingovereenkomsten betreft dienen als relevante markten bekeken te worden niet alleen de markten waarop de partijen als producenten of distributeurs actief zijn, maar ook de markt van inzamelingsdiensten die mogelijk het betrokken product zouden kunnen ophalen.¹⁵²

De richtsnoeren geven, zoals gezegd, aanwijzingen over de vraag welke overeenkomsten onder het verbod van art. 81 lid 1 vallen en welke niet. Milieuovereenkomsten die niet licht onder de toepassing van het verbod van lid 1 zullen vallen zijn overeenkomsten waarin aan partijen geen precieze individuele verplichting wordt opgelegd. Indien sprake is van een overeenkomst met een algemene verplichting tot het leveren van een bijdrage aan een milieudoelstelling voor de gehele sector, staat bij de kartelbeoordeling de keuzevrijheid centraal die aan de partijen wordt gegeven om naar eigen goeddunken technische en economische middelen in te zetten voor het bereiken van de doelstelling. Hoe ruimer de keuze van middelen, hoe kleiner de potentiële mededingingsbeperkende gevolgen zullen zijn, en hoe kleiner dus de kans dat geoordeeld wordt dat de betreffende overeenkomst onder het kartelverbod van art. 81 lid 1 valt.

Ook overeenkomsten die normen opleggen met betrekking tot de lieuuvriendelijkheid van producten, en die geen noemenswaardige invloed hebben op de diversiteit van de producten op de relevante markt of op aankoopbeslissingen daarvan, vallen niet onder art. 81 lid 1.

Overeenkomsten ten slotte die tot het scheppen van werkelijk nieuwe markten leiden, zoals recyclingovereenkomsten, zullen over het algemeen de mededinging niet beperken, op voorwaarde dat de betrokken partijen geen machtspositie krijgen op die markt.¹⁵³

Milieuovereenkomsten vallen eigenlijk automatisch onder art. 81 lid 1 indien de samenwerking niet werkelijk is gericht op milieudoelstellingen, maar een instrument is om een verkapt kartel te vormen. Onder een dergelijk kartel vallen verboden praktijken als de vaststelling van prijzen en de

151 Voorbeelden: de recycling van bepaalde stoffen, de vermindering van uitstoot of de verbetering van de energiezuinigheid.

152 Zie par. 182 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

153 Zie par. 184-187 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

verdeling van markten, maar ook samenwerkingsovereenkomsten die als doel hebben om de concurrentie uit te schakelen.¹⁵⁴

Milieuovereenkomsten die kunnen vallen onder art. 81 lid 1 zijn overeenkomsten die partijen beperken in het bepalen van de kenmerken van hun producten of productiewijze. Op deze wijze kunnen ondernemingen immers elkaars productie of omzet beïnvloeden. Ook kunnen dergelijke overeenkomsten de positie van derden (leveranciers zowel als afnemers) benadelen. Of art. 81 lid 1 van toepassing is, hangt dan mede af van de vraag in hoeverre de omzet van partijen in bepaalde producten wordt vermindert door toedoen van de overeenkomst, en of de betrokken partijen een aanzienlijk marktaandeel hebben.

Ook overeenkomsten die een onderneming aanwijzen als exclusieve verstrekker van inzameling- en recyclingdiensten voor bepaalde producten, kunnen de mededinging merkbaar beperken onder art. 81 lid 1. Andere dienstverleners die op de markt actief zijn ondervinden immers nadeel van een dergelijke afspraak.¹⁵⁵

De richtsnoeren benadrukken dat de Commissie positief staat tegenover het gebruik van milieuovereenkomsten als een beleidsinstrument om de in art. 2 en 174 EG en in de communautaire actieplannen voor het milieu neergelegde doelstellingen te bereiken, mits die overeenkomsten met de mededingingsregels verenigbaar zijn.¹⁵⁶ Het is opvallend dat de Commissie art. 6 EG niet aanhaalt in de richtsnoeren. Zij zou toch zeker enkele overwegingen hebben kunnen wijden aan de betekenis van het artikel voor de interferentie tussen milieu- en mededingingsbeleid.

Uit de overwegingen die de Commissie wél op papier heeft gezet, blijkt dat zij in ieder geval geen voorrang geeft aan milieubepalingen boven mededingingsregels. De mededingingsregels vormen het uitgangspunt in het geval van samenwerking tussen ondernemingen op milieuvlak. De Commissie kiest bij afgeven van ontheffingen voor een afweging binnen het (economische) kader van art. 81 lid 3, waarbij milieuoverwegingen een rol kunnen spelen voor zover ze zijn te rubriceren binnen de vier criteria.

154 Zie par. 188 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

155 Zie par. 189-191 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

156 Zie par. 192 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, waar verwezen wordt naar het Milieuactieprogramma uit 1993, Besluit 2179/98 (vooral art. 3 lid 1 onder f) en de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten, COM (96) 561.

De Commissie opent in deze benadering de poort van art. 81 lid 3 voor milieubelangen met haar redenering dat (en alleen *voor zover als*) milieuovereenkomsten economische voordelen kunnen opleveren¹⁵⁷ die op individueel of algemeen consumentenniveau¹⁵⁸ opwegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging.¹⁵⁹ Om aan de vereisten voor een onthefing te voldoen moeten er uit de overeenkomst nettovoordelen voortvloeien in termen van verminderde milieuschadelijkheid in vergelijking met een situatie waarin niets wordt ondernomen. Met andere woorden, de verwachte economische voordelen moeten opwegen tegen de kosten.¹⁶⁰ Deze afweging vindt plaats via het proportionaliteits- of redelijkheidcriterium,¹⁶¹ dat terugkomt in de derde exceptievoorwaarde van art. 81 lid 3.

De tweede voorwaarde van lid 3 dat een billijk aandeel van de uit de overeenkomst voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede moet komen, wordt enigszins geabstraheerd in de zin dat ook de consumenten in het algemeen beschouwd worden als begunstigden.¹⁶² Dit leidt ertoe dat feitelijk als begunstigden kunnen optreden 'de leden van de maatschappij', of nog algemener 'de maatschappij'. In dit laatste geval is wellicht een objectieve kosten-batenanalyse noodzakelijk om vast te stellen of sprake is van een 'begunstiging', aldus de Commissie.¹⁶³

Het uitgangspunt in het kader van de derde voorwaarde van art. 81 lid 3 is dat een milieuovereenkomst onmisbaar dient te zijn om het betreffende milieueffect te behalen.¹⁶⁴ Andere middelen om de verwachte milieuvoordelen te bereiken moeten in vergelijking economisch of financieel zwaardere kosten met zich meebrengen. Dit dient te worden gestaafd middels een kosten-doelmatigheidsanalyse.¹⁶⁵

Hoe groot de milieu- en economische voordelen en hoe sterk de noodzaak van de voorgenomen afspraken ook zijn, de vierde voorwaarde van art. 81 lid 3 staat er aan in de weg dat een overeenkomst op korte of middellange

157 Vgl. de eerste voorwaarde van art. 81 lid 3 EG

158 Vgl. de tweede voorwaarde van art. 81 lid 3 EG

159 Zie par. 193 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten

160 Zie par. 193 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

161 Vgl. Van de Gronden 2001a, p. 162 en 163

162 En dus niet alleen de individuele consument. Vgl. par. 193 en 194 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten

163 In het geval van een *rechtstreeks* voordeel voor *individuele* burgers is het niet nodig om de algemene voordelen voor het milieu objectief vast te stellen. Zie par. 194 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten

164 Zie par. 195 en 196 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten

165 Zie par. 196 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten

termijn de mededinging uitschakelt op het punt van product- of procesdifferentiatie, technologische innovatie of toegang tot de markt.¹⁶⁶

In de benadering van de Commissie vindt er in het kader van art. 81 lid 3 dus een afweging plaats tussen mededingings- en milieubelangen voor zover milieubelangen de voordelen opleveren die art. 81 lid 3 voorschrijft. Dat de Commissie daarbij de voorwaarden van art. 81 lid 3 EG ruimhartig interpreteert, vooral op het punt van de voordelen voor de gebruiker (de tweede maatstaf), betekent niet dat milieubelangen een zelfstandige plaats hebben onder deze bepaling: de vier voorwaarden vormen het uitgangspunt en aanknopingspunt.

Het is overigens wel de vraag of de Commissie met haar benadering niet de grenzen raakt van de bandbreedte van de lid 3-criteria. Zo staan bij de tweede voorwaarde toch echt de specifieke gebruikers van een product of dienst centraal, die ook daadwerkelijk een concreet voordeel dienen te behalen bij een samenwerking tussen ondernemingen. Niet alle milieuovereenkomsten bieden automatisch een bepaalbaar voordeel aan specifieke consumenten. Zo kan het voor de kopers van een product economisch voordeliger zijn indien zij minder hoeven te betalen voor een goed waarvoor geen collectief afvalinzamelingssysteem bestaat maar de verantwoordelijkheid voor verwijdering aan de consument zelf wordt gelaten. Hoe cynisch dit ook moge klinken. Om een onwelgevallige uitkomst op dit punt te vermijden, heeft de Commissie de tweede voorwaarde opgerekt naar voordelen voor de consumenten 'in het algemeen'.

Met de uitvaardiging van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG in 2004 heeft de Commissie er voor gekozen om het toepassingsbereik van deze bepaling beperkt te houden: de focus ligt bij economische efficiëntie.¹⁶⁷ Het is de vraag of milieueffecten op (middel)lange termijn altijd even goed zijn mee te nemen in efficiëntieberekeningen.

2.4. De beschikkingspraktijk van de Commissie: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 81 EG

In dit onderdeel komen besluiten van de Commissie aan de orde die het meest karakteristiek zijn voor de afwegingen die de Commissie maakt bij

¹⁶⁶ Zie par. 197 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

¹⁶⁷ Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97, par. 48-72. Zie hierover ook Monti 2007, p. 89-91 en 119-122.

de toetsing van milieuafspraken onder art. 81 EG, in het bijzonder aan de uitzonderingsvoorwaarden van art. 81 lid 3 EG.

Allereerst komen enige zaken aan bod met een milieubelang waarin de Commissie geen officiële beschikking in het kader van art. 81 lid 3 heeft uitgevaardigd, maar die informeel zijn afgedaan. Vervolgens worden de officiële ontheffingsbeschikkingen behandeld die de Commissie in de loop der jaren onder toepassing van art. 81 lid 3 heeft uitgevaardigd.

2.4.1. Informele besluiten van de Commissie

2.4.1.1. VOTOB

De VOTOB-zaak¹⁶⁸ heeft niet geleid tot een formele Commissiebeschikking. De Commissie sloot het dossier toen de zes leden van de VOTOB-overeenkomst een veronderstelde kartelafpraak wijzigden conform de wensen van de Commissie. De zaak is van belang, omdat voor de eerste keer een afspraak tussen ondernemingen voortvloeiend uit een milieuconvenant tussen overheid en bedrijfsleven, voorwerp was van een toetsing ex art. 81 EG.

In deze zaak had de Vereniging voor onafhankelijke tankopslag-bedrijven (VOTOB) met de Nederlandse overheid een convenant gesloten om de emissienormen aan te scherpen. Deze normen zouden de bij VOTOB aangesloten bedrijven in acht nemen bij het aanbieden van bepaalde diensten aan derden.

De Commissie maakte geen bezwaar tegen de afspraak om bepaalde emissienormen in acht te nemen. Het geschil spitste zich toe op de onderlinge bindende afspraak (die geen deel uitmaakte van het met de overheid gesloten convenant) tussen de aangesloten bedrijven om de kosten waar-toe de emissienormen aanleiding gaven door te berekenen aan de klanten. De Commissie beschouwde dit als een horizontale prijsafpraak, die ook nog de indruk gaf dat hij een van de overheid afkomstige toeslag was, aangezien de bijdrage apart als zodanig op de factuur vermeld diende te worden. De afspraak over de verplichte doorberekening was concurrentiebeperkend in de zin dat zij de VOTOB-leden minder stimulans gaf om de investeringen zo goedkoop en efficiënt mogelijk te doen.

De Commissie stelde geen bezwaar te hebben tegen bedrijven die op basis van het beginsel 'de vervuiler betaalt' de kosten van een milieu-

168 De zaak VOTOB wordt beschreven in het XXIIe Mededingingsverslag 1992 van de Commissie, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1993, p. 114-116, par. 177 e.v. Zie verder over deze zaak: Vogelaar 1995, p. 549-552; Van de Gronden 2001a, p. 145 en 146, en Jans & Vedder 2008, p. 277 en 278.

investerings doorberekenen aan klanten. Over deze doorberekening mogen echter geen onderlinge vaste afspraken gemaakt worden.

Uiteindelijk schrapt de VOTOB de eis van de verplichte doorberekening van de kosten en liet de Commissie haar bezwaren varen.

Deze zaak laat in ieder geval zien dat de Commissie gevoelig is voor milieuoverwegingen, maar dat zij tegelijkertijd sterk vasthoudt aan de klassieke mededingingsrechtstraditie. Milieubelangen passeren de ontheffingsvoorwaarden van art. 81 lid 3 niet automatisch. Ze worden wel meegenomen bij het invullen van deze voorwaarden voor zover ze (formeel) in te passen zijn in een economisch-technologisch kader.

2.4.1.2. ACEA

In een zaak betreffende de Associatie van Europese Automobielfabrikanten (ACEA) was volgens de Commissie de verplichting voor de leden om mee te werken aan het terugdringen van de CO₂-uitstoot niet mededingingsbeperkend.¹⁶⁹ Het verbod van art. 81 lid 1 werd niet overtreden.

De Associatie van Europese Automobielfabrikanten had een toezegging gedaan namens haar leden via een Verbintenis met de Commissie om de CO₂-uitstoot van passagiersauto's te verminderen tot een bepaald gehalte. In deze Verbintenis werd slechts een gemiddeld reductieniveau opgelegd aan de in de Associatie deelnemende fabrikanten. Zij waren vrij om een eigen niveau van CO₂-uitstoot na te streven, mits het gemiddelde van alle fabrikanten maar uitkwam op het streefcijfer in de Verbintenis. De individuele fabrikanten konden dus zelf bepalen in welke mate ze zouden bijdragen aan de realisering van de doelstelling. Als stok achter de deur fungeerde echter de aankondiging van de Commissie dat ze bindende regelgeving zou uitvaardigen indien het gestelde doel niet zou worden gehaald. Juridisch waren de individuele fabrikanten dus vrij om zich wel of niet te conformeren aan de doelstelling, in de praktijk was er natuurlijk wel degelijk sprake van een zekere druk. Onder de werking van de Verbintenis zouden autofabrikanten zelfstandig en in concurrentie met elkaar nieuwe technologieën ontwikkelen en introduceren, aldus de Commissie.

In deze casus was sprake van een milieubelang dat bedrijven mochten dienen middels een samenwerkingsverband, indien ze elkaar maar wel

169 Zie het XXVIIIe Mededingingsverslag 1998 van de Commissie, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1999, par. 131, p. 62. Zie ook het persbericht van de Europese Commissie van 6 oktober 1998, IP/98/865, 'ACEA CO₂ commitment'.

vrijlieten in de uitvoering: zodoende kon er onderlinge concurrentie ontstaan.

2.4.1.3. CEMEP

In de CEMEP-zaak¹⁷⁰ kwam de Commissie tot de conclusie dat een overeenkomst tussen fabrikanten van elektrische motoren om de verkoop van bepaalde energieonvriendelijke motoren met 50 % te verminderen, niet onder het kartelverbod van art. 81 lid 1 viel. De overeenkomst was in overleg met de Commissie tot stand gekomen.

De Commissie achtte het van belang dat de overeenkomst alleen een gemiddeld reductieniveau vaststelde voor het gehele deelnemersveld. Er werden geen precieze individuele verplichtingen vastgelegd voor de fabrikanten.

De koper bleek in deze markt het energieverbruik niet als een belangrijk criterium te zien bij de aankoop van een elektrische motor. De oorzaak lag in het feit dat er geen classificaties of standaardisaties beschikbaar waren aan de hand waarvan de energieprestaties van de motoren in kwestie konden worden afgelezen. Het energieverbruik vormde daarmee geen belangrijke concurrentiefactor. In de CEMEP-afpraak werd juist een classificatiesysteem geïntroduceerd om automotoren in te delen naar rato van hun energieprestaties. Dit zou de concurrentie uiteindelijk alleen maar ten goede komen.

Hoewel de ondernemingen die partij waren bij de CEMEP-afpraak gezamenlijk een marktaandeel van ongeveer 80% hadden, was er geen sprake van een merkbare mededingingsbeperking, aldus de Commissie. De Commissie liet zich hier dus niet leiden door de omvang van het marktaandeel van betrokken partijen, maar concentreerde zich op de concurrentiebeperkende elementen in de overeenkomst zelf. In de ogen van de Commissie vielen deze alleszins mee:

"In deciding to give its green light, the Commission [...] took into consideration the fact that the agreement sets an overall reduction target of 50 percent, not precise individual obligations. Each participant has considerable discretion on how to contribute to the common objective, the monitoring of this falling on to CEMEP, which undertakes not to make individual data available to competitors."¹⁷¹

170 Zie Persbericht Commissie van 23 mei 2000, IP/00/508, 'Commission clears European manufacturers' agreement to improve energy efficiency of electric motors'. Zie verder *Competition Policy Newsletter* 2000-2, p. 24 en 25.

171 Persbericht Commissie van 23 mei 2000, IP/00/508, 'Commission clears European manufacturers' agreement to improve energy efficiency of electric motors'.

2.4.1.4. Valpak

In de *Valpak*-zaak¹⁷² is geen officiële beschikking uitgevaardigd door de Commissie, hoewel ze wel haar goedkeuring heeft gegeven aan een systeem van een particuliere organisatie dat bepaalde mededingingsbeperkingen met zich mee bracht.

Valpak was een particuliere Engelse organisatie. De bedrijfstak zelf had deze opgezet om ondernemingen in het Verenigd Koninkrijk in staat te stellen te voldoen aan de nationale regelgeving ter uitvoering van de Verpakkingsrichtlijn.¹⁷³ Valpak vormde een organisatie zonder winstoogmerk dat tot doel had om de verplichtingen van zijn leden op het gebied van de nuttige toepassing en recycling van verpakkingsafval na te komen.

Volgens de Commissie bestond de mededingingsbeperking (en daarmee de overtreding van het verbod van art. 81 lid 1) erin dat de leden van de bedrijfstak verplicht werden om de nakoming van al hun verplichtingen betreffende verpakkingsafval uit handen te geven aan Valpak. Deze 'alles of niets-benadering' werd in ieder geval op de korte termijn noodzakelijk geacht om het welslagen van Valpak te garanderen. Dit vormde een reden voor een vrijstelling in het kader van art. 81 lid 3. Hierbij hield de Commissie rekening met het feit dat de markt voor milieuvriendelijke oplossingen voor verpakkingsafval een 'ontluikende markt' was. Een 'alles of niets-benadering' was daarin noodzakelijk om op korte termijn voldoende geld bijeen te krijgen voor de verwezenlijking van de vereiste investeringen.

2.4.1.5. IFCO

Dat een redenering als bovenstaande niet in iedere zaak opgaat, blijkt uit de *IFCO*-casus.¹⁷⁴ Het ging hier om de afspraak tussen een fabrikant van

172 Zie het XXVIIIe Mededingingsverslag 1998 van de Commissie, Luxemburg Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1999, par 133 en 134, p 62 en 63

173 Richtlijn 94/62 betreffende verpakkingen en verpakkingsafval, *Pb* 1994, L 365/10

174 Mededeling van de Commissie (overeenkomstig art 19 lid 3 van Vo 17/62), *IFCO*, *Pb* 1997, C 48/4. Er is eigenlijk sprake in deze Mededeling van twee procedures bij de Commissie. Dit komt omdat na binnenkomst van de klachten van concurrenten bij de Commissie tegen het *IFCO*-systeem, *IFCO* direct een aanmelding verrichtte waarbij om een negatieve verklaring dan wel een ontheffing krachtens art 81 lid 3 EG werd gevraagd. De Commissie maakt in haar Mededeling allereerst melding van haar onderzoek naar aanleiding van de klachten van concurrerende ondernemingen, en vervolgens maakt ze melding van de behandeling van de aanmelding door *IFCO*. De twee onderzoeken lopen in elkaar over. In beide onderzoeken volgt de Commissie een zelfde lijn, zodat de uitkomst uiteindelijk dezelfde is.

herbruikbare kunststof kratten voor groenten en fruit en een aantal handelaren in groenten en fruit. De handelaren verplichtten zich ertoe, teneinde het IFCO-systeem goed op de rails te zetten, alleen producten te accepteren die in IFCO-kratten zouden worden geleverd.¹⁷⁵ Na klachten van fruitproducenten en fabrikanten van andere verpakkingen trad de Commissie op, en gaven de partijen bij het IFCO-systeem aan dat zij de IFCO-kratten niet exclusief zouden gebruiken.¹⁷⁶ Hierop keurde de Commissie de IFCO-afspraken voorlopig goed met het oog op de toepassing van art. 81 EG.¹⁷⁷

2.4.1.6. *Valpak vs. IFCO*

Een verschil tussen de *Valpak*- en de *IFCO*-zaak is dat in de *Valpak*-zaak dwingende milieuwetgeving van de lidstaat (gebaseerd op een EG-richtlijn) een belangrijke rol speelde. Ze vormde de directe aanzet tot het opzetten van het recycling-handhavingssysteem. De industriesector was in die zaak welhaast gedwongen om te gaan samenwerken op de wijze zoals dat is gebeurd (namelijk via het gezamenlijk opzetten van het recycling-handhavingssysteem). Voorts voorzag de Commissie dat het *Valpak*-systeem in het begin van zijn bestaan weinig kansen op overleven zou hebben in een omgeving van vrije keuze en volle concurrentie.

In de *IFCO*-zaak was eerder sprake van een puur particulier initiatief. De Commissie zag meer ruimte voor concurrentie tussen de verschillende hergebruikssystemen van verzendverpakkingen.

2.4.2. *Formele ontheffingsbeschikkingen van de Commissie*

In de ontheffingsbeschikkingen ex art. 81 lid 3, heeft de Commissie reeds geconstateerd dat het verbod van art. 81 lid 1 is geschonden. De analyse van de onderstaande zaken concentreert zich op de concrete afwegingen die de Commissie maakt in het kader van lid 3.

175 Zie *IFCO*-Mededeling, par. 3 en 4.

176 Zie *IFCO*-Mededeling par. 6 voor de klachten van concurrenten, par. 46 en 53 voor het optreden van de Commissie, en par. 47 en 55 voor de reactie daarop van de partijen bij het systeem.

177 Zie de Mededeling van de Commissie (overeenkomstig art. 19 lid 3 van Vo. 17/62), *IFCO*, Pb. 1997, C 48/4, par. 49, 56 en 57.

2.4.2.1. NAVEWA-ANSEAU

In de NAVEWA-ANSEAU-beschikking¹⁷⁸ verklaarde de Commissie een overeenkomst onverenigbaar met art. 81: het verbod was van toepassing en voor een vrijstelling ex art. 81 lid 3 zou de onderhavige overeenkomst niet in aanmerking zijn gekomen, ware het niet dat de overeenkomst niet eens was aangemeld voor een ontheffing.¹⁷⁹

Fabrikanten en exclusieve importeurs die aangesloten waren bij bepaalde beroepsorganisaties in België hadden met de Nationale Vereniging der Waterleidingbedrijven van België (NAVEWA) een overeenkomst gesloten over het gebruik van een conformiteitmerk voor wasmachines en vaatwasmachines. Het doel van deze overeenkomst was de voorkoming van elke aantasting van de kwaliteit van het distributiewater door besmetting of verontreiniging bij de aansluiting van die machines op de drinkwaterleiding.¹⁸⁰ Aan de hand van het conformiteitmerk kon gecontroleerd worden of deze machines voldeden aan de wettelijke vereisten voor waterkwaliteit. Alleen de apparaten die daaraan voldeden mochten worden aangesloten op het waterdistributienet. Een beroepsorganisatie zorgde ervoor dat de conformiteitplaatjes werden verdeeld onder de aangesloten fabrikanten en importeurs. Deze plaatjes werden alleen uitgereikt aan fabrikanten en officiële importeurs. Op deze wijze werd de parallelinvoer van wasmachines en vaatwasmachines bemoeilijkt ten opzichte van de officiële invoer.

De Commissie verklaarde de overeenkomst onverenigbaar met art. 81 lid 1. Ze overwoog dat de overeenkomst in essentie discriminerend was, omdat alleen de fabrikanten of exclusieve importeurs een conformiteitmerk konden verkrijgen van ANSEAU. Het bestaan van een dergelijke discriminatie bracht met zich mee dat de overeenkomst niet alleen als doel de voorkoming van watervervuiling op het oog had, maar ook de Belgische markt trachtte af te sluiten door parallelle invoer onmogelijk te maken.¹⁸¹

De Commissie overwoog in het kader van art. 81 lid 3 dat de belemmeringen van de parallelinvoer erop gericht zijn de Belgische markt af te grendelen op een wijze die onverenigbaar is met de fundamentele beginselen van de gemeenschappelijke markt. Zelfs indien de onderhavige overeenkomst ertoe bij zou dragen dat de kwaliteit van het leidingwater wordt gegarandeerd, dan zijn de mededingingsbeperkende bepalingen absoluut

178 Beschikking Commissie 82/371 van 17 december 1981, NAVEWA-ANSEAU, *Pb* 1982, L 167/39

179 Zie par. 61-63 van Beschikking 82/371

180 Zie par. 40 van Beschikking 82/371

181 Zie par. 48-60 van Beschikking 82/371

niet onontbeerlijk om dit doel te bereiken, aldus de Commissie.¹⁸² Het Hof van Justitie heeft de Commissie in deze zaak trouwens in het gelijk gesteld.¹⁸³

Afspraken die de parallelle invoer belemmeren binnen de Gemeenschapelijke markt, worden geacht zeer nadelige effecten te hebben op de concurrentieverhoudingen binnen deze markt. Ze vormen dan ook flagrante concurrentiebeperkingen. Dit type belemmering is moeilijk via toepassing van art. 81 lid 3 vrij te stellen van het kartelverbod.

2.4.2.2. Assurpol

De Assurpol-beschikking¹⁸⁴ betrof een samenwerkingsverband tussen een groot aantal verzekeraars tot gezamenlijke herverzekering van bepaalde risico's van milieuschade. De Commissie verleent een ontheffing in het kader van art. 81 lid 3, mede op grond van milieuoverwegingen. Zij overweegt dat de samenwerking door bundeling van kennis en ervaring de uitvoering van risicovoorkomende maatregelen zou vergemakkelijken. Dit leidt in de loop van de tijd tot de ontwikkeling van minder milieugevaarlijke industriële productiemethoden en (daarmee) tot de bevordering van de technische en economische vooruitgang.¹⁸⁵ De preventieve maatregelen waarmee het verlenen van de verzekeringsdekking gepaard gaat, vormen eveneens een bijdrage tot de technische en economische vooruitgang en tot de bescherming van het milieu.¹⁸⁶ De productie van het verzekeringsproduct wordt verbeterd omdat het beter op de behoeften van de vraag aansluit.¹⁸⁷ Hiermee wordt voldaan aan de eerste voorwaarde van art. 81 lid 3, namelijk die van 'verbetering van de technische of economische vooruitgang'.¹⁸⁸

Bepaalde overwegingen van de Commissie in het kader van de eerste voorwaarde volgen een concrete economische afweging. Zo constateerde de Commissie dat handelsondernemingen een herverzekering tegen milieuschade tegen gunstiger voorwaarden en met een bredere dekking dan voorheen konden afsluiten. Andere overwegingen van de Commissie

182 Zie par 63 van Beschikking 82/371

183 Zie gev. zaken 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, IAZ e a t Commissie, *Jur* 1983, 3369

184 Beschikking Commissie 92/96 van 14 januari 1992, Assurpol, *Pb* 1992, L 37/16

185 Zie par 38 van Beschikking 92/96

186 Zie par 39 van Beschikking 92/96

187 Zie par 38 van Beschikking 92/96

188 Wellicht kan men hier ook 'verbetering van de productie' (een andere mogelijkheid onder de eerste voorwaarde) invullen, gelet op de opmerkingen van de Commissie over de ontwikkeling van minder milieugevaarlijke productiemethoden en de verbetering van het verzekeringsproduct

zijn abstracter van aard. Hiertoe behoort haar vermelding van preventieve verzekeringsmaatregelen als bijdrage tot de technische en economische vooruitgang én tot de bescherming van het milieu. Geradin betoogde al dat de flexibele interpretatie van het concept van 'technische en economische vooruitgang' in lijn is met het integratiebeginsel van art. 6 EG.¹⁸⁹ De flexibiliteit van deze interpretatie is overigens wel aan grenzen gebonden, want de voorwaarden van art. 81 lid 3 zijn qua formulering en strekking niet bepaald als 'zacht' te omschrijven.

In haar overwegingen in het kader van de eerste voorwaarde is de Commissie dus enigszins ambivalent: milieuvoordelen én concrete economische voordelen worden naast elkaar opgesomd.

Aan de tweede voorwaarde is in deze zaak voldaan omdat de industriële en handelsondernemingen nu onder gunstiger voorwaarden en met een bredere dekking dan voorheen een verzekering tegen milieuschade konden afsluiten.¹⁹⁰ Bij de beoordeling van de tweede voorwaarde vermeldt de Commissie het milieubelang nog als zelfstandige factor, en wel in het kader van de preventieve maatregelen waarmee het verlenen van de verzekeringsdekking gepaard gaat.¹⁹¹

De derde voorwaarde vormt geen probleem omdat de leden-verzekeraars de vrijheid wordt gelaten om geheel zelfstandig de tariefpremies vast te stellen. Daarmee gaan de beperkingen niet verder dan noodzakelijk is.

Ook de vierde voorwaarde wordt vervuld, omdat er op het niveau van de directe verzekering nog voldoende concurrentie blijft bestaan, zowel tussen de deelnemers onderling als tussen de deelnemers en andere verzekeraars.

2.4.2.3. Exxon/Shell

In de *Exxon/Shell*-beschikking¹⁹² kwam naar voren dat de Commissie rekening houdt met milieuoverwegingen bij de beoordeling of consumenten een billijk aandeel in de voordelen van de overeenkomst verkrijgen (conform de tweede voorwaarde van art. 81 lid 3). De Commissie overwoog dat het oprichten van een *joint venture* voor de productie van bepaalde

189 Zie Geradin 2002, p. 123 and 124

190 Beschikking Commissie 92/96 van 14 januari 1992, Assurpol, *Pb* 1992, L 37/16, par 39

191 Zie Beschikking Commissie 92/96 van 14 januari 1992, Assurpol, *Pb* 1992, L 37/16, par 39. Zie ook Bouckaert 1993, p. 110 en 111

192 Beschikking Commissie 94/322/EG van 18 mei 1994, Exxon/Shell, *Pb* 1994, L 144/20

stoffen (thermoplasten) een reductie zou opleveren in het gebruik van grondstoffen en in de hoeveelheid plastic afval; het zou ook preventief werken met betrekking tot bepaalde milieurisico's. Dit wordt door veel verbruikers als voordelig opgevat in een tijd waarin de eindigheid van natuurlijke hulpbronnen en de bedreiging van het milieu het publiek in steeds sterkere mate zorgen baren, aldus de Commissie.¹⁹³

Het milieubelang vormt een belangrijk element in deze Commissiebeschikking. De Commissie legt de tweede voorwaarde van art. 81 lid 3 ('billijk aandeel voor de gebruikers') ruim uit. De publieke opinie wordt als het ware geprojecteerd op (een aanzienlijk deel van) de gebruikers.

2.4.2.4. Philips-Osram

In de *Philips-Osram*-beschikking,¹⁹⁴ die draaide om een overeenkomst tot het opzetten van een gezamenlijke fabriek, volgde de Commissie een soortgelijke redenering. Zij stelde:

"Het gebruik van schonere installaties zal leiden tot minder luchtvervuiling en derhalve rechtstreeks of *onrechtstreeks* voordelen voor de eindgebruiker opleveren door de geringere negatieve externe effecten "¹⁹⁵

Ook hier staat een milieubelang centraal en hoeven niet alle gebruikers direct voordeel te hebben bij de samenwerkingsovereenkomst. Aan de tweede voorwaarde van art. 81 lid 3 wordt desalniettemin voldaan.

In *Philips-Osram* vult de Commissie de eerste voorwaarde van art. 81 lid 3 mede aan de hand van puur economische en technische factoren in: grotere productflexibiliteit, lager uitvalrisico, grotere productiecapaciteit, schaalvoordelen op het vlak van onderzoek en ontwikkeling.

Alle aangehaalde factoren, zowel de milieu- als de economische en technische voordelen, komen logischerwijs terug in de derde voorwaarde. Dit criterium vormde in deze zaak geen obstakel, omdat er geen goede al-

193 Zie par 71 van Beschikking 94/322/EG, Exxon/Shell, *Pb* 1994, L 144/20

194 Beschikking Commissie 94/986/EG van 21 december 1994, Philips-Osram, *Pb* 1994, L 378/37 In deze zaak stond een overeenkomst tussen Philips International BV en Osram GmbH tot oprichting van een gemeenschappelijke onderneming voor de productie en verkoop van bepaalde loodglasbuizen en componenten daarvan centraal. De gemeenschappelijke onderneming zou volgens de Commissie resulteren in een lager totaal energiegebruik en een beter vooruitzicht voor programma's voor energiebesparing en voor vermindering van de uitstoot van afvalstoffen. Dit vormt een verbetering van de productie. Zie par 25 van de Beschikking

195 Zie par 27 van Beschikking 94/986, *Pb* 1994, L 378/37

ternatieven aanwezig waren voor Osram om de genoemde doelstellingen te bereiken.¹⁹⁶

De vierde voorwaarde (het voortbestaan van substantiële concurrentie) stond in de ogen van de Commissie ook niet in de weg aan het opzetten van een gezamenlijke fabriek, omdat er meer dan genoeg alternatieve aanbieders aanwezig waren in de markt.¹⁹⁷

In de *Philips-Osram*-ontheffingsbeschikking is een mengvorm aanwezig van economische, technische en milieuoverwegingen. Nu brengt het samenvoegen van productielijnen en fabrieken doorgaans een milieuwinst met zich mee in de vorm van elektriciteitsbesparingen en andere verminderde productiekosten. De lijn van de Commissie in *Philips-Osram* vormt geen vrijbrief voor ondernemingen om op dit punt te doen wat ze goed achten, hoe schadelijk dat ook zou mogen zijn voor de mededinging. Per geval moet worden bekeken wat de achtergrond van eventuele samenwerking is, wat de alternatieven zijn, en welke milieu- en technische voordelen daarmee bereikt kunnen worden.

2.4.2.5. CECED

In de *CECED*-beschikking¹⁹⁸ heeft de Commissie een afspraak goedgekeurd tussen Europese producenten en importeurs van wasmachines. Deze hadden afgesproken geen wasmachines meer te produceren of te importeren die niet zuinig waren in het energieverbruik. Het energieverbruik is een belangrijke concurrentiefactor voor fabrikanten van wasmachines en de afspraak was dus mededingingsbeperkend.

De Commissie verleende een ontheffing, omdat de besparingen voor individuele kopers en de collectieve/maatschappelijke milieuvoordelen die uit de *CECED*-overeenkomst voortvloeien vele malen groter zijn dan de stijging van de aanschafprijzen van wasmachines met een hogere energie-efficiëntie.¹⁹⁹

Met betrekking tot de tweede voorwaarde van art. 81 lid 3 vermeldt de Commissie dat de maatschappelijke milieuvoordelen in voldoende mate naar de gebruikers toevloeien, ofschoon de kopers van wasmachines zelf geen individuele voordelen ontvangen.²⁰⁰ De Commissie verwijst hier naar collectieve voordelen in de vermindering van koolstofdioxide-uitstoot. De

196 Zie par. 28 van Beschikking 94/986, *Pb.* 1994, L 378/37.

197 Zie par. 29 en 30 van Beschikking 94/986, *Pb.* 1994, L 378/37.

198 Beschikking Commissie 2000/475/EG van 24 januari 1999, *CECED*, *Pb.* 2000, L 187/47.

199 Zie par. 52 en 56 van Beschikking 2000/475, *Pb.* 2000, L 187/47.

200 Zie par. 56 van Beschikking 2000/475.

individuele koper komt ook aan bod in de toetsing aan de tweede voorwaarde, als begunstigde van wasmachines met een veel lager elektriciteitsverbruik en dus lagere kosten in het gebruik.²⁰¹

Men ziet dus dat de Commissie in het kader van art. 81 lid 3 zowel economische voordelen voor de specifieke gebruiker als maatschappelijke milieuvoordelen in brede zin in haar analyse betreft. Op basis van deze constatering komt zij tot de conclusie dat de gemaakte afspraken een significante bijdrage zullen leveren aan de technische en economische vooruitgang (de eerste voorwaarde van lid 3), en een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede zal komen (de tweede voorwaarde).²⁰²

Ook aan de derde voorwaarde van onmisbaarheid wordt voldaan in de CECED-overeenkomst. De overeenkomst legt de partijen geen beperkingen op die niet noodzakelijk zijn voor het bereiken van de beoogde voordelen. Het expliciete verbod van bepaalde energieklassen betekent niet dat alleen bepaalde technische middelen mogen worden gebruikt om de minimumnorm te halen. Ook wordt er geen andere beperking opgelegd met betrekking tot andere aspecten van de eigen of commerciële gedragingen van partijen.²⁰³

Ook de vierde voorwaarde vormt geen probleem. De Commissie merkt op dat ten aanzien van andere productkenmerken dan de milieugerelateerde specificiteiten waar de overeenkomst betrekking op heeft, nog concurrentie mogelijk is: denk aan factoren als prijs, merkimago en technische prestaties.²⁰⁴ Ook ten aanzien van het energieverbruik blijft concurrentie mogelijk, al is er sprake van een marktbrede bodemlimiet. De overeenkomst schrijft feitelijk namelijk geen specifieke middelen voor om de energie-efficiëntie te verbeteren. Om aan de minimale norm inzake energie-efficiëntie te voldoen, beschikken de partijen dus over een ruim aanbod aan technische keuzen.²⁰⁵ Hiervan kunnen zij optimaal gebruik maken in de onderlinge concurrentieslag.

De Commissie vult hier het vereiste van restconcurrentie 'kwalitatief' in. Zij kijkt of mededinging mogelijk blijft ten aanzien van eigenschappen als prijs en kwaliteitskenmerken waarover geen afspraken zijn gemaakt.

201 Zie par. 52 van Beschikking 2000/475.

202 Zie par. 57 van Beschikking 2000/475.

203 Zie par. 58 van Beschikking 2000/475.

204 Zie par. 64 van Beschikking 2000/475.

205 Zie par. 65 van Beschikking 2000/475.

De CECED-beschikking is belangrijk als vingerwijzing voor de manier waarop de Commissie overgaat tot integratie van milieubelangen in de uitzonderingsvoorwaarden van art. 81 lid 3.

2.4.3. Conclusies betreffende de beschikkingspraktijk van de Commissie

De Commissie grijpt in haar beschikkingspraktijk veelal terug naar de exceptiemogelijkheid van art. 81 lid 3 EG om milieu- en mededingingsbelangen met elkaar te verenigen, maar alleen voor zover milieubelangen 'passen' in de voorwaarden van art. 81 lid 3.²⁰⁶ Hierbij kan men wel constateren dat de Commissie bij de invulling van de vier criteria soms 'de grenzen van de wet' opzoekt, teneinde milieubelangen een substantiële rol toe te bedelen onder het antitrustrecht.

Afspraken over de ontwikkeling van nieuwe milieuvriendelijke producten zijn relatief eenvoudig in overeenstemming te brengen met het belang van de technische of economische innovatie (de eerste voorwaarde van art. 81 lid 3).

Afspraken waarbij ondernemingen zich verplichten bepaalde handelingen na te laten of juist te verrichten met het oog op milieubescherming, alsmede afspraken over de afvalverwerking, kunnen ook bijdragen aan de eerste voorwaarde van een betere productie of distributie en de technische of economische innovatie.

Het dienen van economische doelen hoeft bij dit soort afspraken echter niet automatisch synchroon te lopen met het dienen van milieudoelen. De verhouding tussen het economische belang en het milieubelang kan in die zin problematisch zijn. In dit kader is van belang binnen welke termijn bepaalde voordelen zichtbaar en/of verwezenlijkt dienen te zijn. Voorts is van belang hoe deze voordelen precies gekwantificeerd worden. Ook speelt de vraag hoe concreet de voordelen van een overeenkomst de gebruikers van een product ten goede moeten komen. Zo rekt de Commissie in haar beschikkingspraktijk de tweede voorwaarde van art. 81 lid 3 betreffende een billijk voordeel voor de gebruiker in sommige gevallen danig op: ook maatschappelijke voordelen in brede zin tellen mee bij toetsing aan dit criterium.

206 Vgl. in dit kader de door Mortelmans omschreven benadering van het 'meeneembeleid'. Het meeneembeleid betreft de mogelijkheid om bepaalde niet-economische belangen 'mee te nemen' bij een toetsing aan art. 81 lid 3 EG. Dit geschiedt dan door deze belangen een economische dimensie te geven die past binnen de criteria van deze Verdragsbepaling. Milieubelangen moeten hierbij dus gepaard gaan met economische voordelen. Ze vormen geen zelfstandige grond voor exceptie onder art. 81 lid 3. Zie Mortelmans 2001b, p. 346, Vedder 2000, p. 237-240.

In het kader van de derde voorwaarde staat de Commissie sceptisch tegenover prijsafspraken die opgenomen zijn in of voortvloeien uit een gezamenlijk productie- of afvalverwijderingssysteem.²⁰⁷ De Commissie acht ze doorgaans niet noodzakelijk om de beoogde milieudoelstellingen te verwezenlijken. Een voorbeeld is de vaste doorrekening van verwijderingsbijdragen. Bij de doorrekening van dit soort kosten wil de Commissie doorgaans zien dat prijsconcurrentie blijft bestaan tussen de leden van het samenwerkingsverband: van uniforme 'heffingen' kan geen sprake zijn.

De vierde voorwaarde van de restconcurrentie sluit aan bij de voorgaande opmerking: indien ondernemingen met elkaar samenwerken op punten die op het directe concurrentieproces geen grote invloed hebben, blijft er normaliter nog voldoende ruimte voor concurrentie tussen de leden van het samenwerkingsverband.

Bij de toetsing aan de voorwaarden van art. 81 lid 3 is het opvallend om te zien dat de Commissie de vier voorwaarden aan de hand van enerzijds puur economische, en anderzijds meer milieugerelateerde argumenten invult. Een strikte scheiding tussen de argumenten is overigens niet te maken. Het is duidelijk dat milieuvoordelen geen autonome grond vormen binnen lid 3 voor een exceptie. Ze zullen altijd via de band van de (economische) criteria van lid 3 hun waarde moeten aantonen.

De Commissie staat positiever tegenover overeenkomsten die als eerste doel milieubescherming hebben, maar als bijeffect de mededinging beperken. De noodzakelijkheidtoets speelt hierbij een belangrijke rol: mededingingsbeperkende afspraken dienen essentieel te zijn voor het verwezenlijken van de milieudoelstellingen in kwestie. Men kan hier denken aan afspraken over emissienormen of normen op het gebied van energie-efficiëntie.

De Commissie staat niet toe dat milieubescherming wordt gebruikt als rechtvaardigingsgrond van een overeenkomst die als *doel* heeft de concurrentie te beperken. In heel specifieke gevallen laat de Commissie een afspraak inzake marktverdeling toe, namelijk in het geval dat zo'n afspraak een absolute voorwaarde vormt voor het opstarten van een systeem dat milieudoelstellingen dient (denk aan een stelsel voor afvalverwerking). Afspraken omtrent de verplichte, gestandaardiseerde doorrekening van milieukosten aan gebruikers, laat de Commissie niet passeren. Ondernemingen moeten onderling op deze kostenposten concurreren. Zij

207 Zie het XXVe Verslag over het mededingingsbeleid 1995 van de Commissie, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, Luxemburg 1996, par. 85.

dienen daarbij de keuzevrijheid te hebben om milieukosten al dan niet volledig aan hun klanten door te berekenen.

2.5. De 'rule of reason' en milieubescherming

2.5.1. De toepassing van art. 81 lid 3 EG

In tegenstelling tot categorieën als vrije beroepen, gezondheidszorg en cultuur, is het milieubelang niet af te bakenen tot een specifieke sector. Het gehele economische leven is doordrenkt van eisen van milieubescherming. Het zal daarom niet eenvoudig zijn om bij milieuafspraken beperkingen aan te wijzen die inherent zijn aan een bepaalde sector.²⁰⁸ Veeleer zijn de gezamenlijke noemer bij milieuovereenkomsten de inspanningen op het vlak van energiebesparing, afvalinzameling en -verwerking, recyclage, en andere typische milieudoelen.

In haar Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG²⁰⁹ uit 2004 heeft de Commissie een interpretatie gegeven aan deze bepaling die sterk is gericht op economische efficiëntie. Het is de vraag of efficiëntieberekeningen altijd goed mogelijk zijn bij overeenkomsten tussen ondernemingen die bepaalde milieuvoordelen claimen.

Zo is de exacte omvang van milieuschade vaak lastig te berekenen, afhankelijk van de activiteit die centraal staat. Men ziet dat de Commissie in haar beschikkingspraktijk niet daadwerkelijk overgaat tot het invullen van economische berekeningen en modellen in dit soort zaken. In plaats daarvan hanteert zij een meer abstracte analyse. Zij neemt zonder rekenkundige toetsing aan dat een milieuovereenkomst economische vooruitgang met zich meebrengt. Ondernemingen die bij andere typen overeenkomsten gebruik willen maken van de Richtsnoeren inzake horizontale overeenkomsten²¹⁰ en de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art.

208 Vgl. in dit kader de leer van de inherente beperkingen. In deze leer worden regels of afspraken buiten het verbod van art. 81 lid 1 of art. 82 EG gehouden, indien zij daadwerkelijk onontbeerlijk zijn voor het functioneren van een sector of beroepsveld. Denk bijvoorbeeld aan bepaalde regels in de sport die ook een economische dimensie hebben, zoals transfer- en selectieregels. Vgl. VerLoren van Themaat 2004, p. 589; Mortelmans 2001b, p. 346.

209 Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, Pb. 2004, C 101/97, randnr. 48-72.

210 Mededeling van de Commissie houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. 2001, C 3/2.

81 lid 3,²¹¹ zullen op het vlak van toegespitst economisch onderzoek waarschijnlijk meer moeite moeten doen om voor een uitzondering in aanmerking te komen.

In dit kader speelt de termijn waarbinnen bepaalde economische voordelen zichtbaar moeten worden, c.q. verwezenlijkt dienen te zijn, een rol van belang. Doorgaans lijken de eerste en tweede voorwaarde van art. 81 lid 3 toch gericht op concrete technische of economische voordelen voor specifieke gebruikers van een product die direct of in ieder geval binnen afzienbare tijd gerealiseerd worden. Nu kan het op het vlak van milieuvoordelen juist zo zijn dat de effecten van bepaalde milieuovereenkomsten pas op lange termijn merkbaar zijn.

In de zaken *Kramer*²¹² en *Romkes*²¹³ stelde het Hof van Justitie dat quotavoorschriften niet in strijd waren met art. 30 (thans art. 28) EG: hoewel zij op korte termijn de vangstmogelijkheden aan banden legden, bevorderden zij op langere termijn juist de optimale vangst.²¹⁴ Een vergelijkbare redenering op het punt van de korte versus lange termijn, is denkbaar in het kader van de eerste voorwaarde van art. 81 lid 3: afspraken over de zuinige omgang met grondstoffen en energiebronnen en over het beperken van de uitstoot van milieuschadelijke stoffen, stellen de productie en economische vooruitgang op lange termijn veilig.

Het is wel de vraag of milieueffecten op lange termijn passen in de huidige uitleg van art. 81 lid 3 EG, die is toegespitst op efficiëntieberekeningen.²¹⁵

Het gebruik van art. 81 lid 3 EG om milieuovereenkomsten te sauveren van de toepassing van het kartelverbod, doet voorts enigszins kunstmatig aan, wanneer de Commissie algemene milieuvoordelen van een overeenkomst accepteert onder de tweede voorwaarde (voordelen voor de gebruikers). Vaak zullen milieuvoordelen voor de maatschappij in brede zin

211 Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb* 2004, C 101/97

212 Zie *gev. zaken* 3, 4 en 6/76, *Kramer*, *Jur* 1976, 1279

213 Zie zaak 46/86, *Romkes*, *Jur* 1987, 2671

214 Ook in andere zaken laat het Hof lidstaten een bepaalde vrijheid om milieubescherpende maatregelen te treffen zonder dat art. 28 EG direct geschonden wordt geacht. Zie bijvoorbeeld zaak C-379/98, *PreussenElektra t. Schleswig*, *Jur* 2001, I-2099

215 Met de uitvaardiging van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG in 2004 heeft de Commissie er voor gekozen om het toepassingsbereik van deze bepaling beperkt te houden: de focus ligt bij economische efficiëntie. Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb* 2004, C 101/97, par. 48-72. Zie hierover ook Monti 2007, p. 89-91 en 119-122

(puur economisch gezien) verwaarloosbaar zijn voor de individuele gebruikers van een specifiek product.

2.5.2. *De toepassing van de leer van de inherente beperkingen en van de 'rule of reason'*

De leer van de inherente beperkingen²¹⁶ is een in de rechtspraak van het Hof van Justitie tot ontwikkeling gekomen concept dat bepaalde afspraken of besluiten met een mededingingsbeperkend effect buiten de werking van art. 81 lid 1 EG houdt. De leer bepaalt dat sectorinherente regels/afspraken die een mededingingsbeperkende bijwerking hebben, maar noodzakelijk zijn voor het goed functioneren van een sector, géén schending van het kartelverbod opleveren.

Milieubelangen zijn over het algemeen niet sectorgebonden. Ze werken horizontaal door in allerlei geledingen van de economie. Het zal daarom niet eenvoudig zijn om in het geval van milieuafspraken beperkingen aan te wijzen die inherent zijn aan de sector waarin de samenwerkende bedrijven actief zijn. Hiermee is het ook moeilijk om voor het milieu inherente beperkingen te onderscheiden.²¹⁷

Het concept van de inherente beperkingen is doorgaans dus niet zo geschikt voor de 'incorporatie' van milieuafspraken. De afweging van milieubelangen tegenover mededingingsbelangen vergt voorts een uitgebreidere, meer inhoudelijke proportionaliteitstoets dan de test die normaliter onderdeel uitmaakt van de leer van de inherente beperkingen. In dit opzicht zou een andere in de rechtspraak van het Hof van Justitie tot ontwikkeling gekomen exceptiemethode (de 'rule of reason') wellicht beter op haar plaats zijn in milieuzaken.

De figuur van de 'maatschappelijke' 'rule of reason'²¹⁸ bewerkstelligt een matiging van een EG-Verdragsverbod op grond van belangen die in hun uitwerking botsen met dat verbod. Deze exceptiemethode, oorspronkelijk afkomstig uit het Europese vrijverkeersrecht, verklaart een communautair verbod buiten toepassing ten aanzien van nationale regels, indien aan de

216 Zie voor een beschouwing over de leer van de inherente beperkingen Paragraaf 3.8.3. van Hoofdstuk II.

217 Van de Gronden & Mortelmans 2001, p. 321.

218 Zie voor een nadere uiteenzetting van de achtergrond en werking van de 'rule of reason': Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

volgende cumulatieve voorwaarden wordt voldaan:²¹⁹ (i) er moeten zwaarwegende nationale belangen aanwezig zijn (ii) die niet van puur economische aard zijn, (iii) de betreffende regels mogen slechts maatregelen zonder onderscheid bevatten,²²⁰ (iv) een communautaire regeling op het betreffende gebied ontbreekt, en (v) er wordt voldaan aan de eisen van proportionaliteit.²²¹

Uit rechtspraak van de Gemeenschapsrechter blijkt dat milieubescherming (tot uitdrukking komend in nationale milieuvoorschriften) in principe een belang is dat ingevuld kan worden in de 'rule of reason'.²²²

De vraag is of het fenomeen van de 'rule of reason' ook zijn waarde kan hebben in de omgang van het antitrustrecht met milieuovereenkomsten,²²³ en of de inzet van deze jurisprudentiële exceptiemethode in de milieucauïstiek nodig is.

2.5.3. Art. 81 lid 3 EG vs. de 'rule of reason'

Met de 'economisering' van milieu(beschermings)aspecten en de generalisatie van het 'derdenvoordeel' in het kader van art. 81 lid 3 EG, heeft in het bijzonder de Commissie deze bepaling zodanig ingevuld, dat zij een effectief uitzonderingsinstrument in milieuzaken is gebleken. Over het feit dat

219 Zie zaak 120/78, *Cassis de Dijon*, *Jur* 1979, 649 Hierin wordt de exceptie voor het eerst duidelijk onder woorden gebracht In o a de volgende arresten worden de criteria verder uitgewerkt zaak 27/80, *Fietje*, *Jur* 1980, 3839 en zaak C-2/90, *Waalse afvalstoffen*, *Jur* 1992, I-4431

220 Echter, in de jurisprudentie zijn aanwijzingen te vinden dat zelfs direct discriminerende milieuvoorschriften gebruik kunnen maken van de 'rule of reason' Zie bijvoorbeeld zaak C-2/90, *Waalse afvalstoffen*, *Jur* 1992, I-4431 Zie ook Conclusie A-G Jacobs van 26 oktober 2000 in zaak C-379/98, *PreussenElektra AG t Schhleswag AG*, *Jur* 2001, I-2099, r o 220-238 Zie voor kritiek op de voorwaarde dat een beroep op de 'rule of reason' slechts openstaat in geval van maatregelen zonder onderscheid, gekoppeld aan een pleidooi voor de verruiming van de toepasselijkheid van deze redelijkheidsregel naar casus waarin sprake is van *directe discriminatie* De Vries 2007a, p 137 en 138

221 Zie bijvoorbeeld zaak 120/78, *Cassis de Dijon*, *Jur* 1979, 649 Vgl ook Barents & Brinkhorst 2006, p 350

222 Zie zaak C-2/90, *Commissie t België, Waalse afvalstoffen*, *Jur* 1992, I-4431 en *SEW* 1994, p 98-115 m nt H G Sevenster, zaak 302/86, *Commissie t Denemarken*, *Jur* 1988, 4607, zaak C-203/96, *Dusseldorp*, *Jur* 1998, I-4075, en AB 1998, 340, met noot Ch W Backes, zaak C-389/96, *Aher-Waggon*, *Jur* 1998, I-4473, zaak C-309/02, *Radlberger*, *Jur* 2004, I-11763 Zie hierover ook Barents & Brinkhorst 2006, p 349, 350 en 481

223 Zie ook Jans & Vedder 2008, p 273, die in dit verband aanknopen bij de *Wouters*-benadering Zie Loozen 1999, p 279

milieuaspecten zich in de praktijk niet altijd even precies laten be- of omrekenen in efficiëntievoordelen binnen het kader van art. 81 lid 3, is de Commissie redelijk gemakkelijk heen gestapt. Zij heeft deze bepaling daarmee tot een belangrijk uitzonderingsinstrument in milieuzaken gemaakt.

De 'rule of reason' zou een alternatieve (theoretisch wellicht iets zui- verdere) wegingsmethode kunnen zijn. Noodzakelijk is dit echter niet, gezien de ontwikkeling die art. 81 lid 3 EG als exceptie in de jurisprudentie over milieuzaken heeft doorgemaakt. Milieubelangen hebben onder deze laatste bepaling een substantiële rol in de afweging toebedeeld gekregen.

2.6. De rechtspraak van de Gemeenschapsrechter: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 82 en 86 EG

2.6.1. Uitgangspunten betreffende de toepassing van art. 82 EG

Art. 82 EG schrijft voor dat ondernemingen hun machtspositie niet (hetzij individueel, hetzij collectief) mogen misbruiken. Het is denkbaar dat een onderneming of een groep ondernemers vanuit een milieudoelstelling een bepaald exclusief recht toebedeeld heeft gekregen, of middels onderlinge afspraken een dominante positie inneemt op de markt. In dat geval dienen zij zich te houden aan de bijzondere verplichtingen die gelden voor een bedrijf met een machtspositie: non-discriminatie, objectiviteit, redelijke prijzen, adequate bedrijfsvoering.²²⁴

Lidstaten die uitsluitende rechten verlenen aan ondernemingen maken inbreuk op art. 86 lid 2 EG, wanneer zij een situatie in het leven roepen waarin handelen in strijd met art. 82 EG voor het betreffende bedrijf on- ontkoombaar is.²²⁵

Een onderneming die een zich over het gehele grondgebied uitstrekkend systeem voor inzameling en verwerking van verkoopverpakkingen exploiteert, maakt misbruik van haar machtspositie wanneer zij betaling van een licentievergoeding vraagt voor alle verkoopverpakkingen met haar logo, ook als deze verpakkingen ingezameld worden via andere verwerkings- systemen.²²⁶

Bij de toetsing aan het misbruikverbod van art. 82 EG staat een beroep op bepaalde uitzonderingsmethoden open. Art. 86 lid 2 EG kan in dit opzicht

224 Zie Geradin 2002, p. 120. Zie ook zaak T-151/01, Der Grüne Punkt-DSD t. Commissie, *Jur.* 2007, II-1607, r.o. 120-122.

225 Zie zaak C-41/90, Höfner, *Jur.* 1991, I-1979, 'Samenvatting', ov. 2.

226 Zaak T-151/01, Der Grüne Punkt-DSD t. Commissie, *Jur.* 2007, II-1607, r.o. 148, 164 en 181.

een belangrijke exceptie vormen. Het mededingingsrecht kent buiten de excepties overigens nóg een methode om zijn toepasselijkheid te onthouden aan ondernemersgedragingen, maar dan zonder inhoudelijke weging van belangen. Deze *a priori* buitentoepassinglating kan ook in milieuzaken een rol van betekenis spelen. Het mededingingsrecht is niet van toepassing op activiteiten van een onderneming waarmee zij uitvoering geeft aan een overheidsprerogatief. Het Hof van Justitie heeft in verschillende arresten bepaald dat het uitvoeren van activiteiten die wegens hun aard en doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen buiten het economisch verkeer vallen of neerkomen op het uitoefenen van een overheidsprerogatief (denk aan milieucontroles), niet als een economische activiteit wordt aangemerkt.²²⁷

Bij de excepties die in het kader van art. 82 EG openstaan om een mededingingsbeperking te rechtvaardigen, figureerde art. 86 lid 2 EG een aantal malen in rechtspraak van het Hof over milieuzaken. Zo heeft het zich enige keren uitgelaten over de toepasselijkheid van art. 86 lid 2 EG op handelingen van afvalverwerkende ondernemingen met exclusieve rechten.

2.6.2. *Dusseldorp*

In het *Dusseldorp*-arrest stelde het Hof vast dat art. 86 EG zich verzet tegen een regeling van een lidstaat waarin deze bedrijven verplicht om gevaarlijk afval, zoals oliefilters, af te staan aan een nationale onderneming met een exclusief recht, tenzij de verwerking van bepaalde afvalstoffen in een andere lidstaat op hoogwaardiger wijze plaats zou vinden.

Het Hof geeft in dit arrest aan dat de verlening van een dergelijk exclusief recht slechts is toegestaan onder art. 86 EG indien hiervoor een objectieve reden bestaat en deze verlening noodzakelijk is ter vervulling van een taak van algemeen belang.²²⁸

De Nederlandse regering betoogde dat de bestreden regeling ertoe strekt de kosten van de met de verbranding van gevaarlijke afvalstoffen belaste onderneming te verminderen en aldus haar economische levensvatbaarheid te garanderen.²²⁹ Het Hof oordeelde dat het uiteindelijk aan de nationale rechter is om te beoordelen of een alternatief bestaat dat dezelfde doelstelling kan verwezenlijken, maar minder schadelijk is voor de mededinging.²³⁰ Is dit het geval, dan gaat art. 86 lid 2 EG niet op. Uit de

227 Zie zaak 118/85, Commissie t. Italië, *Jur.* 1987, 2599, r.o. 7; zaak C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl. t. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, *Jur.* 1997, I-1547, r.o. 16.

228 Zie zaak C-203/96, *Dusseldorp*, *Jur.* 1998, I-4075, r.o. 71.

229 Zie zaak C-203/96, *Dusseldorp*, *Jur.* 1998, I-4075, r.o. 66.

230 Zie zaak C-203/96, *Dusseldorp*, *Jur.* 1998, I-4075, r.o. 67.

formulering die het Hof hier gebruikt valt op te maken dat de exceptie van art. 86 lid 2 geen lichtzinnige toepassing verdient.²³¹

2.6.3. *Sydhavnens*

In de zaak *Sydhavnens*²³² had de gemeente Kopenhagen conform de nationale wettelijke regeling drie ondernemingen belast met de verwerking van het in de gemeente geproduceerde bouw- en wegenafval. Deze ondernemingen hadden ook de plicht om dit afval in ontvangst te nemen en met het oog op nuttige toepassing te verwerken, voor zover dat mogelijk was. Het Hof stelde vast dat aan de drie ondernemingen een dienst van algemeen economisch belang ('DAEB') was opgedragen. Het beheer van bepaalde afvalstoffen kan namelijk een DAEB vormen wanneer deze dienst bedoeld is om een milieuprobleem op te lossen.²³³

Het onderzoek in het kader van art. 86 lid 2 richtte zich vervolgens op de vraag of het aan de drie ondernemingen verleende exclusief recht noodzakelijk was om hen in staat te stellen, de hun opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen.²³⁴

Het Hof van Justitie achtte deze noodzakelijkheid in casu aangetoond en kwam tot de conclusie dat art. 86 EG juncto art. 82 EG niet in de weg stond aan de invoering van:

"een plaatselijke regeling [...] krachtens welke met het oog op de oplossing van een milieuprobleem als gevolg van het gebrek aan capaciteit om ongevaarlijk, voor nuttige toepassing bestemd bouw- en wegenafval te verwerken, een beperkt aantal specifiek geselecteerde ondernemingen dergelijk in het betrokken gebied geproduceerd afval mogen verwerken, zodat kan worden verzekerd dat een voldoende belangrijke hoeveelheid van dat afval bij die ondernemingen wordt aangevoerd, doch andere, nochtans daartoe gekwalificeerde ondernemingen dit afval niet mogen verwerken."²³⁵

Het exclusieve recht dat de gemeente Kopenhagen verstrekte was overigens verbonden met de afschrijvingsduur van de investeringen die de betrokken ondernemingen moesten doen om hun taken te kunnen verrichten.²³⁶ het was dus gelimiteerd in tijd.

231 Zie ook Jans & Vedder 2008, p. 285 en 286.

232 Zaak C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) t. Københavns Kommune ('Sydhavnens')*, *Jur.* 2000, I-3743.

233 Zaak C-209/98, *Sydhavnens*, *Jur.* 2000, I-3743, r.o. 75.

234 Zaak C-209/98, *Sydhavnens*, *Jur.* 2000, I-3743, r.o. 77.

235 Zaak C-209/98, *Sydhavnens*, *Jur.* 2000, I-3743, 'Dictum', ov. 2.

236 Zaak C-209/98, *Sydhavnens*, *Jur.* 2000, I-3743, r.o. 79.

2.6.4. *Der Grüne Punkt-DSD*

In de twee *Grüne Punkt*-zaken²³⁷ stond het Duitse afvalverwijderingssysteem met het 'Der Grüne Punkt'-logo centraal. In Duitsland is iedere producent, importeur en verkoper van verpakte producten verantwoordelijk voor de recyclage van de door hem in het verkeer gebrachte goederen. Producenten en verkopers kunnen zich op twee verschillende manieren van hun terugname- en verwerkingsverplichtingen van afval kwijten: zij nemen zelf de verpakkingen kosteloos terug, of zij nemen deel aan een collectief systeem waarbij een derde het afval verzamelt. Voor welk systeem een onderneming ook kiest, de verpakking van het product dient te vermelden waar zij kan worden ingeleverd.

DSD is de enige onderneming in Duitsland die een collectief afvalverzamelingsstelsel exploiteert dat zich uitstrekt over het hele Duitse grondgebied. Om deel te nemen aan het verwijderingssysteem van DSD moeten verkopers of producenten een licentieovereenkomst afsluiten waarbij zij het recht verkrijgen om het merk 'Der Grüne Punkt' aan te mogen brengen op hun verpakkingen. Dit merk fungeert tevens als teken voor de eindgebruiker: de consument kan zo zien dat en waar de verpakking is in te leveren.

Hierboven zagen we al dat een onderneming die een landsbreed systeem voor inzameling en verwerking van verkoopverpakkingen exploiteert, uit hoofde van art. 82 EG misbruik maakt van haar machtspositie wanneer zij betaling van een licentievergoeding vraagt voor alle verkoopverpakkingen met haar logo, ook als deze verpakkingen ingezameld worden via andere verwerkingsystemen.²³⁸

Het Gerecht heeft voorts beslist dat art. 86 lid 2 EG een dergelijke algemeen geldende vergoedingsplicht niet (zomaar) rechtvaardigt. Ook de verplichting aan afvalverwijderingsbedrijven om geen overeenkomsten aan te gaan met andere afvalverwerkingsorganisaties inzake het medegebruik van containers en andere installaties voor het inzamelen en sorteren van verpakkingen, kon de toets van art. 86 lid 2 in casu niet doorstaan. Het Gerecht oordeelde bij beide eisen dat zij niet aantoonbaar noodzakelijk waren

237 Zaak T-151/01, *Der Grüne Punkt-DSD t. Commissie*, Jur. 2007, II-1607; zaak T-289/01, *Der Grüne Punkt-DSD t. Commissie*, Jur. 2007, II-1691.

238 Zaak T-151/01, *Der Grüne Punkt-DSD t. Commissie*, Jur. 2007, II-1607, r.o. 148, 164 en 181.

voor het uitvoeren van een (mogelijk bestaande) DAEB onder economisch aanvaardbare voorwaarden.²³⁹

2.6.5. Slotsom misbruik van machtspositie en milieu

De misbruikpraktijk is op milieuterrein minder rijk aan casuïstiek dan de kartelpraktijk, en er is dus ook minder ervaring met de toepassing van art. 82 EG in milieuzaken dan met de toepassing van art. 81 EG in dit type casus.

Ondernemingen die vanuit een milieudoelstelling een bepaald exclusief recht toebedeeld hebben gekregen van de overheid, dienen zich uit hoofde van art. 82 EG te houden aan de bijzondere verplichtingen die gelden voor een bedrijf met een machtspositie: non-discriminatie, objectiviteit, redelijke prijzen, adequate bedrijfsvoering. Dezelfde uitgangspunten gelden in principe voor een bedrijf met een zelfstandig verworven monopolie.

Art. 86 lid 2 EG biedt een exceptie voor mededingingsbeperkende ondernemersactiviteiten ten dienste van een milieugerelateerde DAEB.²⁴⁰ De Gemeenschapsrechter is terughoudend in de rechtvaardiging van uitsluitingseffecten in de markt onder deze bepaling, maar sluit de weg ook niet af.

Vooralsnog laat de Gemeenschapsrechter ondernemingen die een machtspositie hebben verkregen met de opbouw van een afvalinzamelingssysteem met landelijke dekking, de toets van art. 86 lid 2 niet passeren, wanneer zij zelf door middel van exclusiviteitscontracten met afvalverwijderingsbedrijven hun positie waarborgen.

3. DE BOTSING TUSSEN HET NEDERLANDSE MEDEDINGINGSRECHT EN MILIEUBELANGEN

In dit onderdeel komt de Nederlandse beschikkingspraktijk van de NMA aan bod waarin zij zich uitlaat over de rol van milieubelangen in kartel- en misbruikzaken. Alvorens de concrete beschikkingen aan een analyse worden onderworpen, volgt eerst een korte beschouwing over de rol van milieuconvenanten in Nederland.

239 Zaak T-151/01, *Der Grüne Punkt-DSD t. Commissie*, *Jur.* 2007, II-1607, r.o. 207-209; zaak T-289/01, *Der Grüne Punkt-DSD t. Commissie*, *Jur.* 2007, II-1691, r.o. 207 en 208.

240 Zie ook zaak C-393/92, *Gemeente Almelo e.a. t. Energiebedrijf IJsselmij*, *Jur.* 1994, I-1477, r.o. 49. Zie hierover ook Jans & Vedder 2008, p. 286.

3.1. Milieuconvenanten in Nederland

De Commissie meldt dat milieuconvenanten in Nederland tussen overheid en bedrijfsleven hoofdzakelijk betrekking hebben op afvalbeheer, het terugdringen van emissies, de sanering van verontreinigde grond, energiebesparing en strategieën ter vermindering van industrielawaai. Een aantal overeenkomsten omvat uitgebreide programma's voor geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging in diverse industriële sectoren.

De algemene context voor het toegenomen gebruik van convenanten wordt gevormd door de nationale milieubeleidsplannen, waarin voor een aantal milieu-issues kwaliteitsdoelstellingen zijn geformuleerd. Door de convenanten verplichten industriële sectoren zich om hun aandeel te leveren bij het realiseren van de vastgestelde milieudoelstellingen. Ze hebben vaak de vorm van een civielrechtelijk uitvoerbaar contract, en maken deel uit van een algemene overheidsstrategie.

Milieuconvenanten worden afgesloten op basis van een geïntegreerd plan dat door de overheid (in overleg met het bedrijfsleven) voor een bepaalde sector wordt opgesteld. Ze worden op sectorniveau opgemaakt, wanneer in de bedrijfstak gelijksoortige processen worden toegepast die zich voor een gestandaardiseerde benadering lenen. In heterogene sectoren worden in nauwe samenwerking met de vergunningverlenende instanties bedrijfsmilieuplannen opgesteld.

Ondernemingen kunnen natuurlijk ook zelfstandig onderlinge samenwerkingsverbanden afsluiten. In de meeste gevallen zit de overheid echter achter de samenwerking. De overeenkomsten die voortvloeien uit de drang tot samenwerking op milieuvlak zijn hoe dan ook onderworpen aan de werking van de Nederlandse Mededingingswet, en dus aan NMa-toezicht. Indien een *merkbare* mededingingsbeperking voortvloeit uit een milieuovereenkomst, kan in principe het verbod van art. 6 lid 1 Mw van toepassing zijn. Het is dan de vraag of voor de opstellers van de overeenkomst nog een beroep op een exceptie openstaat.

3.2. De beschikkingspraktijk van de NMa: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 6 Mw

3.2.1. *Stibat*

In de *Stibat*-zaak heeft de NMa twee besluiten uitgevaardigd: een besluit op een ontheffingsaanvraag²⁴¹ en een besluit op het bezwaar gericht tegen

241 Besluit NMa van 18 december 1998, zaaknr. 51, *Stibat*.

het oorspronkelijke besluit.²⁴² De *Stibat*-zaak draaide om het volgende. De fabrikanten van batterijen hebben een afvalverwerkingsysteem opgezet naar aanleiding van Nederlandse wetgeving ter implementatie van een EG-milieurichtlijn over batterijen.²⁴³ Op grond van deze regels moet een producent van batterijen zelf zorgen voor de recycling daarvan. Om aan deze verplichting te kunnen voldoen, heeft een aantal producenten en importeurs het plan-*Stibat* opgezet. De stichting *Stibat* regelt de inzameling, de sortering en het transport van gebruikte batterijen. Dit systeem wordt gefinancierd door een periodiek door *Stibat* vastgestelde bijdrage, die bij de deelnemers aan het systeem in rekening wordt gebracht (de verwijderingsbijdrage). Deze bijdrage moet verplicht worden doorberekend aan de eerstvolgende schakel in de distributieketen en vermeld worden op de factuur.

Bij de beoordeling van het *Stibat*-systeem onderscheidt de (d-g) NMa twee markten: de markt voor productie van batterijen en de markt voor inzameling en verwijdering van gebruikte batterijen. Op de eerstgenoemde markt onderscheidt de NMa een aantal concurrentiebeperkende afspraken. Volgens de NMa vormen een collectief stelsel van inzameling, verwijdering en financiering van afvalproducten, en de afspraak over de hoogte van de verwijderingsbijdragen, een beperking van de mededinging.²⁴⁴ In het *Stibat*-systeem worden deze verwijderingskosten gelijkelijk en evenredig verdeeld over de deelnemers. Hierdoor blijft concurrentie op dit deel van de bedrijfskosten achterwege. Over de verplichte doorberekening van de verwijderingskosten merkt de NMa op, dat een gedeelte van de verkoopprijs van batterijen gezamenlijk en wel via *Stibat* wordt vastgesteld; daarmee wordt deze verplichting bestempeld als een horizontale prijsafpraak en meteen in strijd met art. 6 Mw bevonden.²⁴⁵ De verplichting om het bedrag van de doorberekende verwijderingsbijdrage op de factuur te vermelden, verzwaart deze mededingingsbeperking alleen maar.

Op de markt voor de inzameling en verwijdering van gebruikte batterijen signaleert de NMa echter geen mededingingsbeperkingen. Door overheidsregulering (op nationaal en op communautair vlak) worden ondernemingen gedwongen actief te worden op het terrein van de afvalverwerking. Dat producenten vervolgens actief worden op de markt van afvalverwerking kan hun dus moeilijk kwalijk genomen worden. Met betrekking

242 Besluit NMa op bezwaar van 31 mei 1999, zaaknr. 51, *Stibat*.

243 Het ging hier om Richtlijn 91/157 van 18 maart 1991 inzake batterijen en accu's die gevaarlijke stoffen bevatten, *Pb.* 1991, L 78/38.

244 Zie par. 48 van het Besluit van 18 december 1998 in zaaknummer 51.

245 Zie par. 51 en 52 van het Besluit van 18 december 1998 in zaaknummer 51.

tot het Stibat-systeem zelf constateert de NMa dat toetreding tot en uittreding uit het systeem vrij is. Bedrijven kunnen dus eventueel een concurrerend systeem opzetten als ze dat willen.

De NMa stelde dus vast dat er concurrentiebeperkingen aanwezig waren in het Stibat-systeem ten aanzien van de markt van batterijen. Vervolgens was de vraag of art. 6 lid 3 Mw (het oude art. 17 Mw) uitkomst kon bieden door een ontheffing mogelijk te maken voor het Stibat-systeem.

De NMa overweegt over de rol van milieubelangen in de toepassing van art. 6 lid 3 Mw:

"In de literatuur zijn voldoende aanknopingspunten te vinden voor de veronderstelling dat het voorkomen van milieuschade in het algemeen goedkoper is dan het herstellen daarvan. Het in een vroeg stadium inzamelen, opslaan en verwerken van milieuschadelijke batterijen, voorkomt dat relatief hoge kosten voor het herstellen van milieuschade als gevolg van een ongestructureerde afvalverwerking of opslag van batterijen worden afgewenteld op latere generaties. Tenslotte vormt de verbetering van de toestand van het milieu, een doelstelling waar het Stibat-plan zeker aan bijdraagt, in combinatie met de hierboven genoemde voordelen, een element dat bijdraagt tot de verbetering van de productie of de distributie en tot de bevordering van de economische en technische vooruitgang."²⁴⁶

Aan de eerste voorwaarde van art. 6 lid 3 Mw wordt dus voldaan, aldus de NMa. Milieuvoordelen spelen hierin een belangrijke rol. De NMa schaaft milieuvoordelen dus wel degelijk onder de eerste voorwaarde van art. 6 lid 3 Mw.

Het gaat fout voor het Stibat-plan bij de tweede voorwaarde. De verplichte doorberekening van de verwijderingsbijdrage, waarvan reeds geconstateerd was door de NMa dat het een grove mededingingsbeperking vormt, is hier het struikelblok.

Hoewel het collectieve systeem van afvalverwerking de kosten relatief laag houdt en er daarmee voor zorgt dat de prijs naar de eerstvolgende schakel in de distributieketen ook relatief laag kan zijn, kan de verplichte doorberekening van de verwijderingsbijdrage moeilijk worden beschouwd als het doorgeven van voordelen aan de gebruiker, aldus de NMa. Door de verplichte doorberekening worden immers alle kosten van de verwerking van oude batterijen collectief afgewenteld op de eerste schakel van de distributieketen (de consument). Niet valt in te zien dat dit voor de gebruiker een voordeel is.²⁴⁷

246 Zie par. 63 en 64 van het Besluit van 18 december 1998 in zaaknummer 51.

247 Zie par. 65 en 66 van het Besluit van 18 december 1998 in zaaknummer 51.

Ook aan de derde voorwaarde van art. 6 lid 3 Mw voldoet het Stibat-systeem niet. De verplichting om de verwijderingsbijdrage door te berekenen aan de afnemer is niet noodzakelijk en dus niet onmisbaar om de (economische) voordelen die voortvloeien uit het Stibat-plan te realiseren. Niet valt in te zien dat het ontbreken van de verplichte doorberekening van de verwijderingsbijdrage oneerlijke concurrentie of misbruik van de regeling in de hand zou werken. Het tegendeel is eerder waar. Prijsvrijheid van de individuele producent of importeur, ook ten aanzien van het al dan niet doorberekenen van de verwijderingsbijdrage, is goed voor een gezonde mededinging.²⁴⁸ Het apart vermelden van de verwijderingsbijdrage op de factuur is onnodig en disproportioneel.²⁴⁹

Aan de vierde voorwaarde wordt wel weer voldaan, in de zin dat de concurrentie op de markt voor productie van batterijen niet voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld. Er blijft ook in het Stibat-systeem immers concurrentie bestaan op andere kosten en prijsonderdelen dan de verplichte verwijderingsbijdrage. Bovendien zijn er nog heel andere aspecten waarop marktpartijen elkaar doorgaans beconcurreren, zoals kwaliteit, duurzaamheid en service. Voor deze aspecten heeft het Stibat-plan in het geheel geen gevolgen.²⁵⁰

De tweede en derde voorwaarde van art. 6 lid 3 Mw staan dus aan een ontheffing in de weg. Het Stibat-plan beperkt de vrijheid van producenten en importeurs van batterijen om verkoopprijzen vast te stellen. Op het punt van de verwijderingsbijdrage moeten zij juist volledige vrijheid hebben om te beslissen of ze die bijdrage ten laste van de winst brengen, dan wel of zij deze aan hun afnemers doorberekenen. Dit is essentieel voor een werkzame mededinging, aldus de NMa.²⁵¹

Het tweede besluit in de Stibat-zaak, de beschikking op bezwaar van 31 mei 1999, bevestigde het oorspronkelijke besluit door het bezwaar ongegrond te verklaren.

Inhoudelijk bevat het een herhaling van wat reeds in het oorspronkelijke besluit uit en te na besproken was. Eén belangrijk punt wil ik nog aanstippen.

Stibat betoogde in haar bezwaarschrift dat op grond van de 'rule of reason' had moeten worden geoordeeld dat art. 6 Mw niet toepasselijk

248 Zie par. 69 van het Besluit van 18 december 1998 in zaaknummer 51.

249 Zie par. 70 van het Besluit van 18 december 1998 in zaaknummer 51.

250 Zie par. 72 van het Besluit van 18 december 1998 in zaaknummer 51.

251 Zie par. 71 van het Besluit van 18 december 1998 in zaaknummer 51.

was. Het bezwaar wordt ook op dit punt ongegrond verklaard. De NMa stelt dat er sporen te vinden zijn van het bestaan van een 'rule of reason' in de Europese jurisprudentie, maar dat deze benadering niet onbegrensd is. Harde mededingingsbeperkingen, zoals prijsafspraken en marktverdeling, kunnen overeenkomstig EG-jurisprudentie niet via een 'rule of reason' aan de toepassing van het kartelverbod ontsnappen, aldus de NMa.²⁵² De enige manier om harde mededingingsbeperkingen buiten de werking van het kartelverbod te houden is via een ontheffingsberoep op art.17 Mw, en die weg is in het oorspronkelijke besluit nou net afgesneden.

In de *Stibat*-besluiten vallen twee elementen op. In de eerste plaats is niet elke samenwerking tussen ondernemingen op het terrein van de afvalverwerking in strijd met het mededingingsrecht. Het opzetten van het systeem zelf komt niet in strijd met art. 6 Mw. Alleen de afspraken over de financiering van het systeem vallen onder dit kartelverbod. Overigens kan een andere inrichting van een afvalverwerkingsysteem ertoe leiden dat het verbod wél geschonden wordt (geacht).²⁵³

In de tweede plaats speelt de inhoud van de toepasselijke regelgeving van de overheid een belangrijke rol. Bij de beoordeling van ondernemersgedrag op de relevante markt is het van belang om deze regelgeving te kennen. Indien ondernemingen wettelijk verplicht worden tot het in acht nemen van bepaalde milieudoelstellingen, dan kan bedrijven niet verweten worden dat ze actief worden op die markt. In bepaalde gevallen mogen ze dan ook de samenwerking zoeken om die doelstellingen te verwezenlijken.

3.2.2. De Autorecycling-zaken

In de zaak *Stichting Auto & Recycling*²⁵⁴ bepaalde de NMa dat het opzetten van een systeem voor de recycling van afval (in casu autowrakken) niet in strijd komt met art. 6 Mw, al heeft de NMa wel haar bedenkingen bij bepaalde onderdelen/kenmerken van het stelsel.

In casu is sprake van een verwijderingsstelsel voor autowrakken. Dit systeem is opgezet door een aantal organisaties uit de autobranche en ondergebracht in een stichting. De Overeenkomst verwijderingsbijdrage voor auto's 1997 vormt de juridische basis onder het stelsel.

252 De NMa verwijst naar de zaak T-148/89, Tréfilunion, *Jur.* 1995, II-1063, r.o. 109.

253 Zie ter vergelijking het Besluit in zaaknummer 12 van 23 juli 1999, Vereniging van Fabrikanten van Kunststofleidingsystemen, dat verderop aan bod komt.

254 Zie Besluit van 5 april 2000 in zaaknummer 115/69, Stichting Auto & Recycling.

Het systeem is gericht op de recyclage van autowrakken. Gecontracteerde bedrijven die specifieke demontage- en recyclingactiviteiten uitvoeren krijgen verwijderingspremies toegekend. Deze premies worden betaald uit de opbrengsten van verwijderingsbijdragen (fl. 150,- per auto) die door de deelnemers aan het systeem (producenten en importeurs van auto's) worden gestort in een door de Stichting beheerd fonds. De deelnemers hebben afgesproken dat ieder een gelijk deel van de kosten draagt. Bovendien is afgesproken dat de koper van een auto de verwijderingsbijdrage uiteindelijk dient te betalen, doordat de producenten dat bedrag gewoon in zijn geheel in de prijs verwerken. Deze afspraken worden door de NMa in strijd geoordeeld met art. 6 Mw, omdat ze mededingingsbeperkingen bevatten.²⁵⁵ Het Stibat-besluit indachtig, is dit ook logisch. De afspraken in deze zaak worden echter gered door een tijdelijke vrijstelling op grond van (het toenmalige) art. 16 Mw.

De Stichting is verder vrij om jaarlijks via een tenderprocedure te kiezen met welke inzamel- en recyclingbedrijven zij een overeenkomst wil aangaan. Dit vormt geen concurrentiebeperkend besluit van de kant van de Stichting, maar is een uiting van het beginsel van de contractsvrijheid.²⁵⁶

Demontage- en recyclingbedrijven mogen bovendien onderling geen diensten of vergoedingen aanbieden die verband houden met de activiteiten van de Stichting, voor zover de overeenkomst met die Stichting dat niet expliciet toestaat. Ook dit vormt geen concurrentiebeperking in de zin van art. 6 Mw, aldus de NMa:

"Een bepaling die gericht is op het voorkomen van fraude, een en ander binnen de juridische en economische context van deze zaak, kan niet worden geacht in strijd met artikel 6 Mw te zijn."²⁵⁷

In de zaak *Auto Recycling Nederland II*²⁵⁸ heeft de NMa zich opnieuw gebogen over het inzamel- en recyclagesysteem voor autowrakken, dit keer met het oog op een nieuwe overeenkomst (de 'Overeenkomst verwijderingsbijdrage voor auto's 2000') die aan haar werd voorgelegd. De NMa blijft in haar beschikking dicht bij haar beslissing van drie jaar eerder.

De NMa overweegt dat de collectieve inzameling en verwijdering van economisch niet-rendabel autoafval (waarvoor geen wettelijke verplichting gold op dat moment) leidt tot een efficiënte inzameling van automateria-

255 Zie par. 41 en 42 van het Besluit van 5 april 2000 in zaaknummer 115.

256 Zie par. 52 van het Besluit van 5 april 2000 in zaaknummer 115.

257 Zie par. 50 van het Besluit van 5 april 2000 in zaaknummer 115.

258 NMa besluit van 22 oktober 2001 in zaaknr. 2026/23, *Auto Recycling Nederland II*.

len in het afvalstadium. Als gevolg hiervan kunnen de kosten relatief laag worden gehouden en kan een hoge dekkingsgraad worden bereikt.²⁵⁹

De overeenkomst uit 2000 stelt de deelnemende partijen (producenten en importeurs van auto's) in staat om de verwijderingsbijdrage van € 45,- aan hun klanten door te belasten.

De NMa overwoog dat de afspraken over de verwijderingsbijdrage een zekere mate van kostenharmonisatie tot gevolg hadden. Deze was echter zo gering, dat feitelijk geen sprake was van een merkbare mededingingsbeperking. De NMa achtte het gevaar van coördinatie van prijzen en marktgedrag door producenten en importeurs nihil, ook gezien de vaststelling dat producenten en importeurs volledig vrij bleven ten aanzien van al hun overige commerciële beslissingen, zoals de mate waarin en de wijze waarop de verwijderingsbijdrage zou worden doorberekend aan de volgende schakel in de distributieketen.²⁶⁰

De conclusie van de NMa was dan ook helder: er is geen sprake van een schending van art. 6 lid 1 Mw, waardoor de verstrekking van een ontheffing verder niet meer relevant is.²⁶¹

3.2.3. *Vereniging van Fabrikanten van Kunststof Leidingsystemen*

In de zaak *Vereniging van Fabrikanten van Kunststof Leidingsystemen*²⁶² stond een inzamelingsstelsel voor afval van kunststofleidingsystemen centraal. De Vereniging vroeg ontheffing voor de georganiseerde inzameling van in Nederland vrijkomend afval van deze systemen, met het oog op herverwerking in nieuwe kunststofleidingsystemen (gesloten productkringloop). De ingezamelde hoeveelheid afval werd verdeeld over de aangesloten kunststofleidingproducenten. Deze inname van het afval was afhankelijk van het marktaandeel en diende om niet te geschieden (terwijl het afval een negatieve economische waarde had). Het afval van kunststofleidingsystemen mocht alleen gebruikt worden voor de vervaardiging van nieuwe kunststofleidingsystemen.²⁶³ Hierdoor werd de commerciële vrijheid met betrekking tot de inneming van afval, de prijs die daarvoor gevraagd kan worden en het gebruik van afvalstoffen in het productieproces inge-

259 Zie par. 28 van het besluit van 22 oktober 2001 in zaaknr. 2026/23.

260 Zie par. 29 van het besluit van 22 oktober 2001 in zaaknr. 2026/23.

261 Zie par. 30 en 31 van het besluit van 22 oktober 2001 in zaaknr. 2026/23.

262 Besluit van 23 juli 1999 in zaaknummer 12, Vereniging van Fabrikanten van Kunststof Leidingsystemen.

263 Zie par. 40 en 46 van het Besluit van 23 juli 1999 in zaaknummer 12.

zie hier de concurrentiebeperkingen waardoor het kartelverbod d 1 Mw) toepasselijk was.

ens kwam aan de orde of (het huidige) art. 6 lid 3 Mw voor een ng kon zorgen. De NMa merkte in deze zaak het hergebruik van len en daarmee de voorkoming van milieubelasting aan als een ing van de productie en een bevordering van de technische voor-

o overwoog de NMa dat door het gebruik van een bepaalde stof, ig van kunststofleidingsystemen, een besparing optreedt in het ge- in nieuwe grondstoffen. Tevens wordt de belasting op het milieu erbranden van het afval van kunststofleidingsystemen verkleind, iet systeem bijdraagt aan een reductie van de te verbranden hoe- l afval.²⁶⁴ Het inzamelsysteem voor kunststofleidingsystemen ij aan hoogwaardig hergebruik daarvan, door de ontwikkeling uwe technieken voor dat hergebruik.²⁶⁵ Deze technieken dragen e bij tot de verbetering van de productie of technische/economische ang.

genoeg ging de NMa in het kader van de tweede voorwaarde niet voordelen voor de gebruikers. Ze besprak juist de voordelen voor ucent, en zijn bijdrage aan de verbetering van de kwaliteit van het r het algemeen.²⁶⁶

ader van de derde voorwaarde van art. 6 lid 3 achtte de NMa een raak tussen de fabrikanten van kunststofleidingsystemen met be- ; tot een aan leveranciers van afval te betalen vergoeding noodza- or het functioneren van een inzamelingssysteem van afval met atieve economische waarde. Van een dergelijke negatieve waarde e indien hergebruik nog niet rendabel is. Zonder een dergelijke af- ouden fabrikanten hun vergoeding verlagen om leveranciers te r hun afval bij een andere fabrikant af te leveren. Op deze wijze zij onder hun afnameverplichting uit kunnen komen.²⁶⁷

le voorwaarde van de restconcurrentie vormde geen probleem. De nstateerde dat het inzamelsysteem geen toetredingsbarrières op-

264 par. 50 van het Besluit van 23 juli 1999 in zaaknummer 12.

265 par. 54 van het Besluit van 23 juli 1999 in zaaknummer 12.

266 par. 55 en 56 van het besluit van 23 juli 1999 in zaaknummer 12.

267 par. 59 van het besluit van 23 juli 1999 in zaaknummer 12.

wierp voor alternatieve inzameldiensten, en dat de vrije keuze in verwerkingstechnologie concurrentie bij de verwerking van afval garandeerde.²⁶⁸

De NMa verleende uiteindelijk dan ook een ontheffing voor het recycling-systeem op basis van (het huidige) art. 6 lid 3 Mw.

3.2.4. Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland

Een zelfde soort redenering hing de NMa aan in de zaak *Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland* ("VBN"),²⁶⁹ in het gedeelte dat betrekking had op het afvalbeleid. De VBN eiste van haar leden dat hun verpakkingen in het afvalbeleid van de VBN zouden passen. Deze eis draagt volgens de NMa bij aan de technologische vooruitgang, omdat daarmee hergebruik van verpakkingsmateriaal wordt bevorderd en de milieubelasting vermindert. Zeker op lange termijn kunnen daardoor ook kostenbesparingen worden gerealiseerd.²⁷⁰ Daar komt nog bij dat de milieueisen hier slechts tot een beperkte vermindering van de concurrentie leiden.²⁷¹

Het tweede vereiste, dat een billijk aandeel in de voordelen ten goede moet komen aan de afnemers, legt de NMa volledig uit in het licht van de overige exceptiecriteria. In het geval van kostenbesparingen door samenwerking tussen ondernemingen lijkt de NMa uit te gaan van de gedachte dat, als er voldoende voordelen zijn (eerste ontheffingsvoorwaarde) en er voldoende concurrentie bestaat (vierde ontheffingsvoorwaarde), kan worden verondersteld dat de markt zijn werk zal doen en de voordelen aan de gebruikers zullen worden doorgegeven in de vorm van prijsreducties.

In haar beslissing op bezwaar²⁷² heeft de NMa het oorspronkelijke besluit in stand gehouden, op een enkel onderdeel van de initiële beschikking na.²⁷³

268 Zie par. 61 en 62 van het besluit van 23 juli 1999 in zaaknummer 12.

269 Besluit van 9 juli 1999 in zaaknummer 492, *Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland*.

270 Zie par. 71 van het besluit van 9 juli 1999 in zaaknummer 492.

271 Zie par. 74 van het besluit van 9 juli 1999 in zaaknummer 492.

272 Besluit NMa 18 september 2000, zaaknr. 492, *Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland*.

273 Zo oordeelde de NMa dat het in het veilingproces gehanteerde criterium van 'voldoende vraag', dat inhoudt dat een verpakking slechts in aanmerking komt voor een cijfercode indien naar de betreffende verpakking voldoende vraag bestaat, noodzakelijk is voor het logistieke proces van de veiling en de verdere distributie van bloemkwekerijproducten. De NMa kwam hiermee tot de conclusie dat het betreffende criterium geen beperking vormt in de zin van art. 6 lid 1 Mw. Een toetsing aan art. 6 lid 3 Mw was daarmee niet eens nodig. Zie par. 44-48 van Besluit NMa 18 september 2000, zaaknr. 492, *Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland*.

3.2.5. Stichting Papier Recycling Nederland

In de zaak *Stichting Papier Recycling Nederland* ('SPRN')²⁷⁴ boog de NMa zich over afspraken betreffende een afvalbeheersbijdrage voor papier en karton. Deze afspraken maakten onderdeel uit van een infrastructuur voor de inzameling en verwerking van oud papier en karton, waaraan een aantal ondernemersverenigingen uit verschillende stadia van de productiekolom deelnamen (denk aan papier- en kartonproducenten, maar ook aan papiergebruikers zoals uitgevers). De SPRN stuurde dit stelsel aan. Het stelsel trad overigens pas in werking op het moment dat de marktprijzen te laag waren om de kosten van de inzameling en recycling te dekken.

De bij het SPRN-systeem aangesloten gemeenten waren verplicht om al het door hen bij huishoudens ingezamelde oud papier en karton te leveren aan een bij SPRN aangesloten oud papier-onderneming. Deze gemeenten waren wel vrij om te kiezen tussen de verschillende bij het systeem aangesloten oud papier-ondernemingen. De deelnemende papier- en karton-industrie had op haar beurt aan SPRN een afnamegarantie gegeven.

Het systeem kende een vaste afvalbeheersbijdrage, die werd geheven op (nog te verwerken) nieuw papier en karton. Deelnemende gemeenten ontvingen uit deze bijdrage een vergoeding, zodat zij zich kosteloos van oud papier en karton konden ontdoen.

De NMa achtte de vaste doorberekening van de afvalbeheersbijdrage strijdig met het kartelverbod (art. 6 lid 1 Mw), maar verleende wel een onthefing. Deze afspraak doorstond alle vier voorwaarden van (het huidige) lid 3.

In het kader van de eerste voorwaarde (verbetering van de distributie) overwoog de NMa dat SPRN aannemelijk had gemaakt dat het efficiënt is om de bijdrage te heffen bij de ondernemingen die het papier als grondstof gebruiken, omdat zij (veel) kleiner in aantal zijn dan de afnemers van hun producten.²⁷⁵

Bij de tweede voorwaarde (billijk aandeel ten goede aan de gebruiker) was de NMa van oordeel dat de consument baat heeft bij het feit dat de inzameling van oud papier en karton ook verzekerd is bij een lage internationale marktprijs. Tevens kwamen de voordelen op milieugebied de gebrui-

274 Besluit NMa 10 december 2003, zaaknr. 3007, Stichting Papier Recycling Nederland.

275 Zie par. 72 van het besluit van 10 december 2003 in zaaknr. 3007.

ker ten goede.²⁷⁶ Ten slotte was de consument gebaat bij een zo efficiënt (en daarmee goedkoop) mogelijk verwijderingssysteem.²⁷⁷

In het kader van de derde voorwaarde (onmisbaarheid) merkte de NMa op dat papiergebruikers wettelijk niet tot deelneming waren gedwongen. Zij zouden daarom alleen deelnemen aan het verwijderingssysteem indien zij de bijdrage onder aparte vermelding van de factuur zouden kunnen doorberekenen aan hun afnemers.²⁷⁸

Met betrekking tot de vierde voorwaarde (restconcurrentie) wees de NMa op het feit dat het systeem geen gevolgen had voor concurrentieaspecten anders dan (het resterende deel van) de prijs waarop marktpartijen elkaar doorgaans beconcurrerden, zoals kwaliteit, duurzaamheid en service.²⁷⁹

De NMa kwam dan ook tot de conclusie dat het via afvalbeheersbijdragen gefinancierde inzamel- en verwijderingssysteem voor oud papier en karton van PRN voldeed aan de voorwaarden van art. 17 Mw (tegenwoordig: art. 6 lid 3 Mw), met inbegrip van de verplichting van papiergebruikers tot doorberekening van de afvalbeheersbijdrage aan hun afnemers en de afzonderlijke vermelding daarvan op de factuur.²⁸⁰

3.2.6. Enige vergelijkingen tussen de NMa-besluiten

Opvallend is dat de NMa in haar SPRN-beschikking een iets coulantere lijn aanhoudt dan in *Stibat* van zes jaar eerder. Waar in *Stibat* de vaste doorberekening van verwijderingsbijdragen niet was toegestaan, kon de NMa zich in *Stichting Papier Recycling Nederland* wel vinden in deze figuur. Hierbij moet aangetekend worden dat het SPRN-systeem eigenlijk alleen dienst deed als terugvalbasis voor 'noodgevallen'. Vraag blijft of de NMa in SPRN is teruggekomen op haar *Stibat*-lijn en nu soepeler omgaat met afspraken in milieuovereenkomsten omtrent de vaste doorberekening van bepaalde kosten.

In *Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland* overwoog de NMa dat de bescherming van het milieu aan iedereen ten goede komt, dus ook aan de gebruikers.²⁸¹ In de zaak *Vereniging van Fabrikanten van Kunststof Leidingsys-*

276 Zie par. 75 van het besluit van 10 december 2003 in zaaknr. 3007.

277 Zie par. 76 van het besluit van 10 december 2003 in zaaknr. 3007.

278 Zie par. 80 van het besluit van 10 december 2003 in zaaknr. 3007.

279 Zie par. 83 van het besluit van 10 december 2003 in zaaknr. 3007.

280 Zie par. 84 van het besluit van 10 december 2003 in zaaknr. 3007.

281 Zie par. 71 en vooral 72 van het besluit van 9 juli 1999 in zaaknummer 492.

temen ging de NMa nagenoeg niet in op de voordelen voor de gebruikers. Ze besprak juist de voordelen voor de producent, en zijn bijdrage aan de verbetering van de kwaliteit van het milieu in het algemeen.²⁸² Toch is het doorgaans zo dat de NMa bij afvalinzamelings- en recyclagesystemen de gebruiker als begunstigde ziet, als onderdeel van een grotere groep van burgers die baat hebben bij het terugdringen van milieuvervuiling en de kosten die daarmee zijn verbonden. Mits uiteraard de mededingingsbepalingen van de systemen in kwestie binnen de perken blijven.

Prijsafspraken zijn vergaande mededingingsbeperkingen, waarvan de NMa niet snel aanneemt dat ze onmisbaar zijn voor het bereiken van het beoogde doel. De NMa is in het geval van prijsafspraken veelal niet bereid om het bestaan van technische of economische voordelen aan te nemen, zodat de eerste horde reeds fataal wordt.²⁸³ In de *Vereniging van Fabrikanten van Kunststof Leidingssystemen*-zaak neemt de NMa echter aan dat een prijsafpraak onmisbaar is voor het functioneren van een recyclingsstelsel voor kunststofleidingssystemen. Dit geeft het belang weer dat de NMa hecht aan een goed systeem van afvalverwerking.

Bij de beoordeling in het kader van de vierde voorwaarde of een regeling de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid geeft de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten uit te schakelen, hecht de NMa belang aan het feit dat afspraken in veel gevallen slechts betrekking hebben op één concurrentiefactor en er voldoende andere concurrentiefactoren overblijven. Zo schakelt een systeem voor de inzameling van afval niet de concurrentie tussen de fabrikanten op het gehele gebied van de afvalverwerking uit, en leiden milieueisen ten aanzien van verpakkingen voor bloemen slechts tot een beperking in de keuze van materiaal voor de producenten daarvan.²⁸⁴ Normaliter is er ook niets aan de hand indien er maar concurrentie blijft bestaan tussen de leden van een ondernemersvereniging op het vlak van de afvalverwerkingskosten, en op het vlak van de verwerking van afvalonderdelen in nieuw te produceren goederen.²⁸⁵

282 Zie par. 55 en 56 van het besluit van 23 juli 1999 in zaaknummer 12.

283 In geval van 'hardcore' concurrentiebeperkingen als prijsbinding en marktverdeling is de NMa normaliter niet bereid het bestaan van technische of economische voordelen aan te nemen. Zie inzake prijsbinding het Besluit van 16 december 1998 in zaaknr. 450, Van Ditmar Boekenimport, en het Besluit van 8 september 1998 in zaaknr. 155, Erasmus Muziekproducties. Zie inzake marktverdeling het Besluit van 1 maart 1999 in zaaknr. 206, 207 en 208, Betoncentrale Twenthe, en het Besluit van 30 maart 1999 in zaaknr. 38-41, 269a en 269b, Takel- en bergingsregelingen.

284 Zie par. 74 van het besluit van 9 juli 1999 in zaaknummer 492.

285 Zie par. 61 van het besluit van 23 juli 1999 in zaaknummer 12.

Naast de vraag in hoeverre de afspraak de mededinging tussen de partijen beperkt, beoordeelt de NMa tevens of deze tot uitsluitingseffecten ten opzichte van derden leidt.

Bij deze vraag hecht de NMa belang aan het feit dat de regeling 'open' is: een inzamelsysteem voldoet aan de vierde voorwaarde indien zij geen toetredingsbarrières opwerpt voor derden en zij niet de toepassing van (alternatieve) inzameldiensten door andere belanghebbenden beperkt.²⁸⁶

Milieuvoordelen kunnen in ieder geval enkel in combinatie met economische voordelen tot een ontheffing leiden. De NMa heeft in het besluit op bezwaar in de *VEBIDAK*-zaak overwogen: "Milieuvoordelen zijn in elk geval *als zodanig* geen voordelen in de zin van art. 17 Mw [tegenwoordig: art. 6 lid 3 Mw; *JH*], die een ontheffing kunnen legitimeren."²⁸⁷ De NMa verwijst hierbij naar haar besluiten in de zaken *Stibat* en *NDP*.²⁸⁸

Het gevolg van deze redenering is dat milieuvoordelen absoluut een economische vertaling moeten krijgen in het kader van art. 6 lid 3 Mw om aan de voorwaarden te kunnen voldoen. Dit lijkt logisch, gezien het beleid van de Commissie op dit vlak. In de hierboven behandelde zaken hebben we gezien hoe de NMa deze economische vertaling van milieuvoordelen in het kader van art. 6 lid 3 Mw aanpakt.

Nu de aanvoer van nieuwe ontheffingszaken is opgedroogd met de invoering van de directe werking van art. 6 lid 3 Mw en de afschaffing van de systematiek van de ontheffingsaanvragen, blijven de 'oude' ontheffingsbeschikkingen voorlopig richtinggevend. De NMa heeft nog steeds de mogelijkheid om beleid uit te stippelen, bijvoorbeeld via het afgeven van een informele zienswijze of het uitvaardigen van richtsnoeren. Toch geschiedt dit niet op dezelfde 'natuurlijke' wijze als waarop de beleidsvorming plaatsvond in het ontheffingssysteem.

3.2.7. *Opmerkingen van de NMa over milieuovereenkomsten in haar jaarverslag*

De NMa stelt in haar Jaarverslag 1999 vast dat zij milieuvoordelen wel degelijk kan meewegen bij de beoordeling of een kartelafspraken aan de ontheffingsvoorwaarden van (het huidige) art. 6 lid 3 Mw voldoet. Milieubescherming kan bijvoorbeeld bijdragen aan technische en economische

²⁸⁶ Zie par. 62 van het besluit van 23 juli 1999 in zaaknummer 12.

²⁸⁷ Zie par. 47 van het besluit van 23 februari 2000 in zaaknummer 228, *VEBIDAK*.

²⁸⁸ Zie het besluit van 18 december 1998 in zaaknummer 51, *Stibat*, en het besluit van 21 december 1999 in zaaknummer 528, *NDP*.

vooruitgang door het verminderen van afval en het efficiënter gebruik van productiemiddelen. Dit komt onder andere naar voren, aldus de NMa, bij het besluit in de *Stibat*-zaak. Ook in andere besluiten is – binnen de ontheftingscriteria – aandacht geschonken aan het milieu. Voorbeelden hiervan zijn de besluiten in de zaken *Vereniging van Fabrikanten van Kunststofleidingen* en *Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland*.²⁸⁹

Samenvattend, zo besluit de NMa, kan gesteld worden dat zij binnen het kader van de vier cumulatieve ontheffingscriteria rekening kan houden met milieubescherming, en dit in de praktijk ook daadwerkelijk doet.²⁹⁰

3.2.8. Conclusies betreffende de beschikkingspraktijk van de NMa

In de beschikkingspraktijk van de NMa biedt de eerste voorwaarde van art. 6 lid 3 Mw een opening voor milieubelangen. Milieubegunstigende afspraken kunnen bijdragen aan de verbetering van de productie en de bevordering van de technische of economische vooruitgang. Kernpunt hierbij is de gedachte dat bepaalde afspraken die uitgaan van een zorgvuldig gebruik van en een goede omgang met het milieu, voorkomen dat relatief hoge kosten voor het herstellen van milieuschade worden afgewenteld op latere generaties.

De tweede voorwaarde van art. 6 lid 3 vormt niet snel een probleem in de beschikkingpraktijk van de NMa. Een leidend beginsel is: wat goed is voor allen (alle burgers), is ook goed voor één (een enkele gebruiker of een groep consumenten). Waar het gaat om daadwerkelijk milieubescherpende of -bevorderende elementen in een overeenkomst tussen ondernemingen, wordt al gauw aan deze voorwaarde voldaan. Toch kunnen onderdelen van bedrijfsafspraken de consument ook benadelen – denk in dit kader aan overeenkomsten waarin bepaalde prijsafspraken zijn opgenomen. In de weging van de uiteindelijke voor- en nadelen van een overeenkomst, speelt de derde voorwaarde een belangrijke rol.

De eis van onmisbaarheid (noodzakelijkheid) vormt een obstakel voor overeenkomsten die flagrante kartelementen bevatten. Zo is een prijsafpraak vaak niet nodig om bepaalde milieuvoordelen te bewerkstelligen, zeker niet indien deze voor onbepaalde tijd is aangegaan. De onthefvingverlening strandt dan op de derde voorwaarde.

De vierde voorwaarde van de restconcurrentie is vervulbaar indien milieufspraken de concurrentie beperken op slechts een (ondergeschikte)

289 Zie *Jaarverslag 1999 NMa en Dte*, Den Haag, par. 3.5, p. 25.

290 Zie *Jaarverslag 1999 NMa en Dte*, Den Haag, par. 3.5, p. 25.

mededingingsfactor. Er zijn dan nog genoeg onderdelen in de productie, marketing en verkoop van een goed waarop mededinging wél mogelijk is.

3.3. De beschikkingspraktijk van de NMa: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 24 Mw

Begin jaren negentig hebben de belangrijkste brancheorganisaties in de automobielsector vrijwillig een inname- en verwerkingssysteem voor Nederlandse autowrakken opgezet, ARN (Stichting Auto & Recycling en Auto Recycling Nederland BV). Om dit systeem te bekostigen is een verwijderingsbijdragefonds actief.²⁹¹

De Stichting Federatie Autorecycling wil een concurrerend inzamel- en verwijderingssysteem voor autowrakken opzetten, en eist dat zij ook aanspraak kan maken op gelden uit het verwijderingsbijdragefonds. ARN weigert dit. De Stichting voert aan dat ARN hiermee haar machtspositie misbruikt: er is sprake van discriminatie.²⁹²

De NMa is van oordeel dat het een eigen keuze van de in Nederland actieve producenten en importeurs van auto's is geweest om een collectief systeem van inzameling en verwijdering van autowrakken op te zetten. Zij hebben door middel van een afdracht van uniforme verwijderingsbijdragen in ARN geïnvesteerd. Van de betrokken producenten en importeurs kan daarom juridisch geenszins verlangd worden dat zij financiële steun verlenen aan de oprichting van een concurrerend systeem.²⁹³

De NMa voert verder aan dat eventuele aanspraken van de Stichting op het fonds niet alleen zouden betekenen dat het interne financiële evenwicht van het stelsel van ARN in gevaar wordt gebracht, maar ook met zich mee zouden brengen dat verschillende verwijderingsstelsels onder sterk ongelijke voorwaarden met elkaar gaan concurreren, ten nadele van het stelsel van ARN.²⁹⁴

In de ogen van de NMa is van een schending van art. 24 Mw in casu dan ook geen sprake.

291 Zie NMa besluit van 17 oktober 2002 in zaaknr. 2423/28, Stichting Federatie Autorecycling, randnr. 8.

292 Zie NMa besluit van 19 juli 2001 in zaaknr. 2423/2, Stichting Federatie Autorecycling.

293 Zie NMa besluit van 19 juli 2001 in zaaknr. 2423/2, Stichting Federatie Autorecycling.

294 Zie NMa besluit van 17 oktober 2002 in zaaknr. 2423/28, Stichting Federatie Autorecycling, randnr. 47.

4. SAMENVATTING

Deze samenvatting opent met een beschrijving van de Verdragsartikelen die de collisie tussen milieu en mededinging beheersen. Van mededingingszijde is dat vooral art. 81 EG, al speelt ook art. 82 EG nog een rol. Aan milieuzijde zijn art. 6 EG en art. 174 EG in het geding. Deze laatste artikelen komen in aparte paragrafen aan bod. Vervolgens richt de aandacht zich op de beleidsinitiatieven en -perspectieven van de Gemeenschap op het grensvlak van milieu en mededinging.

Ten slotte volgen de analyses van de beschikkingspraktijk van de Commissie, waar het gaat om de toepassing van art. 81 EG; de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter, waar het gaat om de toepassing van art. 82 EG; en de beschikkingspraktijk van de NMa, waar het gaat om de toepassing van art. 6 Mw. Men ziet dat de Commissie en de NMa echt bepalend zijn geweest in het uitzetten van een lijn in de collisieproblematiek betreffende milieu- en mededingingsbelangen onder het kartelverbod – de rechterlijke macht (c.q. de Gemeenschapsrechter) heeft in dit vraagstuk eigenlijk nauwelijks een rol gespeeld.

4.1. De Verdragsbepalingen

Art. 81 lid 1 EG bevat een kartelverbod ten aanzien van overeenkomsten tussen ondernemingen die mededingingsbeperkingen voor het communautaire handelsverkeer bevatten. Art. 81 lid 3 bevat een ontheffingsmogelijkheid van dit verbod. De betreffende overeenkomst moet daartoe wel aan de vier voorwaarden van lid 3 voldoen.

Ook milieuovereenkomsten tussen ondernemingen vallen in principe onder het kartelverbod, indien ze merkbare concurrentiebeperkingen in het leven roepen of tot gevolg hebben. Ze kunnen op eigen initiatief afgesloten zijn tussen ondernemingen of voortvloeien uit milieuconvenanten (milieubeleidovereenkomsten) tussen de overheid en ondernemersorganisaties.

In het kader van milieuconvenanten zijn er eigenlijk drie verschillende potentiële kartelgedragingen te onderscheiden. Allereerst is er de eigenlijke milieubeleidovereenkomst die gesloten wordt tussen de organisatie van ondernemingen en de overheid. Daarnaast is er het besluit van de ondernemersorganisatie op basis van haar statuten om de milieubeleidovereenkomst af te sluiten. Ten slotte zullen de leden van de organisatie veelal onderling afspraken maken omtrent de precieze implementatie van de milieubeleidovereenkomst. Deze afspraken krijgen in horizontale overeenkomsten gestalte.

Art. 82 EG staat doorgaans minder voor het voetlicht in zijn (mogelijke) collisie met milieubelangen. Toch kan het botsingsvraagstuk ook bij dit artikel spelen, wanneer een onderneming bepaalde activiteiten die het milieu ten goede komen verricht vanuit een exclusief recht en/of dominante positie.

De Europese Gemeenschap streeft ernaar milieubelangen zoveel mogelijk tot hun recht te laten komen in het maatschappelijk en handelsverkeer. Alleen op die manier zijn volgende generaties verzekerd van een schoon (althans schoner) milieu. Art. 2 en 6 EG geven uiting aan dit streven, ondersteund door art. 3 lid 1 sub l EG en art. 174 EG. De bedoeling van milieubeleid is om het gedrag van mensen en bedrijven te veranderen. Zij moeten milieubewuster gaan handelen. Medewerking van de particuliere sector is hierbij onontbeerlijk. Deze economische sector wordt 'geregeerd' door het mededingingsrecht. Op deze manier begeeft het milieubeleid zich automatisch in het vaarwater van het antitrustrecht.

In het EG-Verdrag is in art. 2 het bevorderen van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu als Gemeenschapstaak vastgelegd. Ook vermeldt het artikel dat de duurzame ontwikkeling van de economische activiteit moet worden bevorderd.

Art. 3 EG somt de middelen op waarmee de doelstellingen van art. 2 EG worden nagestreefd. Wat betreft het milieu draagt art. 3 lid 1 sub l de Gemeenschap op terzake een beleid te voeren.

Art. 6 EG bevat een integratiebeginsel dat voorschrijft dat de eisen op het gebied van milieubescherming moeten worden geïntegreerd in het EG-beleid en -optreden.

Deze eisen vloeien onder andere voort uit art. 174 EG. Dit artikel bevat een aantal uitgangspunten en beginselen voor het communautaire milieubeleid.

De relatie tussen mededinging en milieu in het Europese recht draait voor een groot deel om twee beginselen: het milieu-integratiebeginsel van art. 6 EG (ondersteund door art. 2 EG) en het beginsel dat voorschrijft dat een vervuiler van het milieu hiervoor betaalt (art. 174 lid 2 EG).

4.2. Art. 6 EG: het milieu-integratiebeginsel

Het integratiebeginsel van art. 6 EG is prominent aanwezig in het EG-Verdrag, want het artikel staat in het Eerste Deel, bij de beginselen van het EG-recht. Het neemt in die zin een belangrijkere plaats in dan andere beleidsdoelstellingen in het communautaire recht. Of het voorrang heeft op

andere integratiebeginselen in het EG-Verdrag (bijvoorbeeld die inzake volksgezondheid en consumentenbelangen) is sterk de vraag. In het Verdrag van Lissabon krijgt het milieu-integratieprincipe overigens gezelschap van een aantal andere integratiebeginselen in het Eerste Deel. Hiermee is zijn prominente positie zeker aan inflatie onderhevig.

Het integratiebeginsel van art. 6 EG (ondersteund door art. 2 EG) heeft geen directe werking. Wetgevers en beleidsmakers op nationaal niveau zijn dan ook niet direct gebonden aan het beginsel bij het uitvaardigen van wets- en beleidsregels. Een uitzondering hierop vormt nationale wetgeving uitgevaardigd op grond van EG-richtlijnen. Bij de invulling van nationale wetgeving ter implementatie van die richtlijnen zijn lidstaten wel degelijk gehouden om deze met inachtneming van het milieu-integratiebeginsel te interpreteren. Bij implementatie voeren lidstaten immers EG-recht uit, en daarbij moeten ze rekening houden met alle juridische factoren die voor een juiste uitvoering van dat EG-recht van belang zijn. Hieronder vallen ook de algemene EG-integratiebeginselen.

Het milieu-integratiebeginsel van art. 6 EG (en art. 2 EG) heeft geen *a priori* voorrang op andere beleidsdoelstellingen binnen het Verdrag. Het kan dus niet zomaar een zelfstandig beleidsterrein als het mededingingsrecht overschaduwen en de mededingingsregelgeving aan de kant zetten.

Wel kan het milieu-integratiebeginsel dienen als kapstok om een aanzienlijke invloed van milieubelangen op de toepassing van het mededingingsrecht aan op te hangen. Art. 81 lid 3 EG zou hier bijvoorbeeld een kader voor kunnen vormen. Men ziet dat de Commissie in de loop der tijd een beleidsstramien heeft ontwikkeld voor de invulling van de vier voorwaarden van art. 81 lid 3 EG met het oog op milieufactoren. Hierover verderop meer.

4.3. Art. 174 lid 2 EG: het vervuiler betaalt-beginsel en de internalisatie van milieukosten

Een tweede principe dat bepalend kan zijn voor de verhouding tussen mededinging en milieu in het EG-recht, is het vervuiler betaalt-beginsel, opgenomen in art. 174 lid 2 EG. Het gaat uit van vergoeding van de prijs die milieuverbruik en milieuvervuiling met zich mee brengen. Milieubelangen vinden hierin een economische vertaling. Met dit beginsel in de hand kunnen overheden in hun beleidsdoelstellingen de nadruk leggen op het economisch kenbaar maken van afval- en vervuilingproductie. Het uiteindelijke doel is te voorkomen dat ondernemingen hun afvalstoffen in het milieu dumpen zonder dat daar een directe kostprijs tegenover staat.

In het verlengde van het vervuiler betaalt-beginsel ligt het principe van de internalisatie van milieukosten, dat uitgaat van het volledig verhalen van de milieukosten van een product of dienst op de eindgebruiker. Het vervuiler betaalt-beginsel vormt in dit opzicht de schakel tussen het mededingingsbeleid en milieubescherming. Uiteindelijk is de doelstelling dat ondernemingen in volle concurrentie met elkaar via een zorgvuldige productiewijze én innovatie proberen om de milieukosten (en daarmee de prijs van hun eindproduct) zo laag mogelijk te houden.

Ondernemingen worden op deze manier aangemoedigd op zoek te gaan naar minder vervuilende producten en technieken. Zo zou een meer rationeel gebruik van schaarse milieugoederen binnen bereik kunnen komen.

De theorie van de daadwerkelijke internalisatie klinkt mooi, maar er zitten enige haken en ogen aan de uitvoering ervan in de praktijk. Overheden zijn lang niet altijd in staat om zorg te dragen voor een stelsel waarin milieuschade volledig voor rekening komt van de ondernemingen die deze veroorzaken. De rekening voor het milieuverbruik komt dan niet (volledig) terecht bij de consumenten die het product of de dienst in kwestie afnemen, maar zal uiteindelijk (op langere termijn) worden voorgelegd aan de burger/belastingbetaler.

Het milieubelang is dus niet zomaar in te passen in een economische (mededingingsrechtelijke) beoordeling, omdat het mechanisme van marktwerking dit belang (nog) niet volledig absorbeert. Het is niet altijd mogelijk om het vervuiler betaalt-principe volledig door te voeren of te handhaven in het economische verkeer. Hierdoor zijn de kosten van milieuvervuiling nog onvoldoende geïnternaliseerd in economische handelingen. Zolang van een integrale allocatie van vervuilingkosten geen sprake is, kan het concurrentieproces een minimalisatie van deze kosten niet bewerkstelligen.

4.4. De beleidsperspectieven van de Gemeenschap betreffende de relatie tussen milieu en mededinging

Door de jaren heen hebben de Gemeenschapsinstellingen een hele reeks besluiten en verslagen gepubliceerd over het milieu, waarin ook aandacht werd besteed aan het proces van mededinging. Omgekeerd gingen beslui-

ten en verslagen²⁹⁵ op het terrein van de mededinging nader in op milieubescherming.

Zo wordt in het vijfde en zesde Milieu-actieprogramma (uit 1993 resp. 2001) het vervuiler betaalt-beginsel naar voren gehaald als middel om te zorgen dat fabrikanten en andere producenten zelf de volledige kosten van hun afvalproductie dragen; dit vormt tevens een impuls tot innovatie van productiewijzen en -technieken.

De 'Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 EG op horizontale samenwerkingsovereenkomsten' bevatten een aparte paragraaf over milieuovereenkomsten. De Richtsnoeren beschrijven dat milieuovereenkomsten die onder art. 81 lid 1 vallen, bij de beoordeling van een ontheffing op grond van lid 3 aanspraak kunnen maken op economische voordelen (conform de eerste voorwaarde) die op individueel of algemeen consumentenniveau (conform de tweede voorwaarde) opwegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging. Om aan de vereisten voor ontheffing te voldoen moeten er uit de overeenkomst netto-voordelen voortvloeien in termen van verminderde milieuschadelijkheid in vergelijking met een situatie waarin niets wordt ondernomen. Met andere woorden, de verwachte economische voordelen moeten opwegen tegen de kosten. Deze afweging vindt plaats via het proportionaliteits- of redelijkheids criterium.

De tweede voorwaarde van lid 3 dat een billijk aandeel van de uit de overeenkomst voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede moet komen wordt enigszins geabstraheerd, in de zin dat ook consumenten in het algemeen beschouwd worden als begunstigden.

Verder is van belang de nadruk die de Commissie legt in de Richtsnoeren op het uitgangspunt dat een milieuovereenkomst onmisbaar moet zijn om het betreffende milieueffect te behalen (conform de derde voorwaarde).

In het kader van de vierde voorwaarde is van belang dat overeenkomsten de concurrentie op termijn niet uitschakelen: geen in tijd ongelimiteerde bepalingen dus.

Uit EG-regelgeving van de Raad en de Commissie blijkt in ieder geval dat deze instellingen een toetsing van milieubelangen *binnen* het economisch kader van art. 81 lid 3 voorstaan.

295 Zo is de relatie tussen milieu(beleid)overeenkomsten en concurrentie aan bod gekomen in de Mededingingsverslagen van de Commissie over 1993 en 1995.

4.5. De beschikkingspraktijk van de Commissie: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 81 EG

Uit de beschikkingspraktijk van de Commissie kunnen de volgende conclusies worden getrokken met betrekking tot de 'integratie' van milieubelangen in de vier voorwaarden.

Er zijn een aantal typen overeenkomsten te onderscheiden die snel tot spanningen kunnen leiden tussen mededingingsbelangen en milieubelangen in het kader van art. 81 lid 3. Deze hebben bijvoorbeeld betrekking op technische milieustandaarden en -labels; de gezamenlijke ontwikkeling van nieuwe, minder vervuilende productiemethoden of -systemen; vermindering van energieverbruik; gezamenlijke afvalverwerking- en recyclagesystemen; doorberekeningsafspraken van ondernemers met betrekking tot consumenten.

De eerste voorwaarde van art. 81 lid 3 luidt dat een overeenkomst moet bijdragen tot de verbetering van de productie of distributie of tot de verbetering van de technische of economische vooruitgang.

Afspraken over de ontwikkeling van nieuwe milieuvriendelijke producten zijn relatief eenvoudig in overeenstemming te brengen met het belang van de technische of economische innovatie (de eerste voorwaarde).

Afspraken waarbij ondernemingen zich verplichten bepaalde handelingen na te laten of juist te verrichten met het oog op milieubescherming, alsmede afspraken over de afvalverwerking, kunnen ook bijdragen aan de (vervulling van de) eerste voorwaarde. Het dienen van economische doelen hoeft bij dit soort afspraken echter niet altijd synchroon te lopen met het dienen van milieudoelen. De verhouding tussen het economisch belang en het milieubelang kan in die zin problematisch zijn.

De tweede voorwaarde uit art. 81 lid 3 van een billijk voordeel voor de gebruiker wordt in sommige gevallen danig opgerekt: indien een milieuovereenkomst voordelen met zich mee brengt voor de burgers in het algemeen, worden die voordelen (tevens) aan de individuele gebruiker van het product in kwestie toegeschreven, ook al zijn deze voor een specifieke gebruiker eigenlijk niet significant.

De Commissie staat sceptisch tegenover prijsafspraken die opgenomen zijn in of voortvloeien uit een overeenkomst tot een gezamenlijk productie- of afvalverwijderingssysteem dat een bepaalde milieudoelstelling dient. Deze prijsafspraken zijn vaak niet in overeenstemming te brengen met de derde voorwaarde van art. 81 lid 3, omdat ze simpelweg niet nood-

zakelijk zijn in de afspraak om de beoogde milieudoelstellingen te verwezenlijken. Een belangrijk voorbeeld van een prijsafpraak is de vaste doorrekening van verwijderingsbijdragen. Bij de doorrekening van kosten van bepaalde milieuovereenkomsten door ondernemingen moet er prijsconcurrentie blijven bestaan tussen de leden van het samenwerkingsverband. De kosten mogen niet automatisch doorgegeven worden aan de klanten, als ware het vaste heffingen.

De vierde voorwaarde van de restconcurrentie richt zich vooral op de vraag of milieufspraken nog voldoende concurrentieparameters open laten, in de zin dat er nog een groot aantal onderdelen van de bedrijfsvoering en productverkoop overblijven waarop de deelnemende ondernemingen met elkaar zullen concurreren. Uiteraard moeten er ook voldoende aanbieders in de markt actief zijn en blijven.

Bij de toetsing aan de voorwaarden van art. 81 lid 3 EG is het opvallend om te zien dat de Commissie in sommige zaken de vier voorwaarden aan de hand van wisselende puur economische en meer milieugerelateerde argumenten invult. Deze argumenten worden door elkaar gebruikt: het ene argument speelt een zwaardere rol bij de invulling van de eerste voorwaarde uit lid 3, het andere heeft weer een grotere waarde bij de invulling van de tweede voorwaarde, etc. Hierdoor is niet altijd even duidelijk hoe zwaar milieugerelateerde argumenten nu precies mee(dienen te)wegen bij de toepassing van elk van de vier criteria van art. 81 lid 3.

De Commissie staat niet toe dat milieubescherming wordt gebruikt als rechtvaardigingsgrond van een overeenkomst die als *doel* heeft de concurrentie te beperken. Milieubescherming mag nooit leiden tot het omzeilen van het concurrentiemechanisme.

Zo mogen ondernemingen het vervuiler betaalt-beginsel niet in de praktijk brengen middels het doorrekenen van milieukosten aan klanten in (onderling gecoördineerde) vaste bijdragen. In dat geval zullen de milieukosten bij gebrek aan concurrentiedruk eenvoudig worden afgewenteld op de afnemers. Voor de producenten is er dan geen stimulans meer om ten aanzien van deze milieukosten te concurreren door, bijvoorbeeld, milieuvriendelijker producten te maken.

De Commissie staat positiever tegenover overeenkomsten die als eerste doel milieubescherming hebben, maar als bijeffect een zekere beperkende invloed uitoefenen op de mededinging. De noodzakelijkheidstoets speelt hierbij een belangrijke rol. Hiermee kan de Commissie ondernemingen dwingen die beperkingen uit de afspraken weg te nemen die niet noodza-

kelijk zijn voor het bereiken van het milieudoel. Op deze wijze sneuvelen 'hardcore' beperkingen (het opdelen van markten; het wegnemen van prijsconcurrentie) doorgaans. Mededingingsbeperkingen die minder ingrijpend of tijdelijk van aard zijn worden toegestaan, mits ze essentieel zijn voor het verwezenlijken van de milieudoelstellingen in kwestie.

In bijzondere gevallen laat de Commissie een 'hardcore' afspraak toe voor een beperkte periode, namelijk in het geval dat zo'n afspraak een absolute (financiële) voorwaarde vormt voor het opstarten van een systeem dat milieudoelstellingen dient. Denk hierbij aan een afvalverwerkings- en/of recyclingsysteem.

De Commissie heeft ook in de toekomst de mogelijkheid om beleid te ontwikkelen betreffende de verhouding tussen mededinging en milieu. Zo kan zij het onderzoek in (potentiële) *landmark cases* naar zich toetrekken.²⁹⁶ De Commissie zou een mededeling kunnen wijden aan de *status quo* in jurisprudentie en beschikkingspraktijk op het snijvlak van milieu- en mededingingsbelangen. Het hangt af van de scherpste waarmee de Commissie een dergelijke mededeling opstelt, en haar wil om verdergaande richtlijnen te geven dan nu reeds in secundair recht zijn vervat, of de mededeling meer wordt dan louter een overzicht van de stand van de jurisprudentie.

Met een enigszins abstracte (c.q. niet op de daadwerkelijke berekening van efficiëntievoordelen gerichte) interpretatie van art. 81 lid 3 EG in milieuzaken, heeft de Commissie deze bepaling tot een belangrijk instrument voor exceptie gemaakt, teneinde de collisie tussen milieu- en mededingingsbelangen van een oplossing te voorzien. Het gebruik van een methode als de maatschappelijke 'rule of reason' in milieuzaken is mogelijk, en theoretisch gezien wellicht zuiverder, maar niet noodzakelijk gezien de ontwikkeling die art. 81 lid 3 EG als exceptie in de jurisprudentie over milieuzaken heeft doorgemaakt. Milieubelangen hebben onder deze laatste bepaling een substantiële rol in de afweging toebedeeld gekregen.

296 De Commissie heeft deze bevoegdheid op basis van art. 11 lid 6 van Vo. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.* 2003, L 1/1, j^o par. 53 en 54 van de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *Pb.* 2004, C 101/43. Zie verder art. 7 en art. 10 van Vo. 1/2003, waarin de mogelijkheid is vastgelegd voor de Commissie om tot de vaststelling van een inbreuk dan wel van de niet-toepasselijkheid van de antitrustregels over te gaan.

4.6. De rechtspraak van de Gemeenschapsrechter: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 82 en 86 EG

Ondernemingen die vanuit een milieudoelstelling een bepaald exclusief recht toebedeeld hebben gekregen van de overheid, dienen zich uit hoofde van art. 82 EG te houden aan de bijzondere verplichtingen die gelden voor een bedrijf met een machtspositie: non-discriminatie, objectiviteit, redelijke prijzen, adequate bedrijfsvoering. Dezelfde uitgangspunten gelden in principe voor een bedrijf met een zelfstandig verworven monopolie.

Art. 86 lid 2 EG biedt een exceptie voor mededingingsbeperkende ondernemersactiviteiten ten dienste van milieugerelateerde DAEB. De Gemeenschapsrechter is terughoudend in de rechtvaardiging van uitsluitingseffecten in de markt onder deze bepaling, maar sluit de weg niet af – zeker niet als de verlening van een exclusief recht beperkt is in duur.

Vooralsnog honoreert de Gemeenschapsrechter een beroep op art. 86 lid 2 EG niet voor ondernemingen die een machtspositie hebben verkregen met de opbouw van een afvalinzamelingssysteem met landelijke dekking, en middels exclusiviteitscontracten met afvalverwijderingsbedrijven op eigen initiatief hun positie waarborgen.

4.7. De beschikkingspraktijk van de NMa betreffende de collisie tussen milieu- en mededingingsbelangen

De NMa weegt in haar beschikkingspraktijk omtrent kartelafspraken bij de invulling van de vier cumulatieve ontheffingsvoorwaarden van art. 6 lid 3 Mw milieubelangen wel degelijk mee. Bij de NMa leiden, net als bij de Commissie, milieuvoordelen overigens enkel in combinatie met (of beter: via de band van) economische voordelen tot een ontheffing.

Milieubegunstigende overeenkomsten kunnen in het kader van de eerste voorwaarde van art. 6 lid 3 Mw bijdragen aan de verbetering van de productie en de bevordering van de technische of economische vooruitgang. De kerngedachte is dat afspraken die uitgaan van een zorgvuldig gebruik van en een goede omgang met het milieu, voorkomen dat relatief hoge kosten voor het herstellen van milieuschade op latere generaties worden afgewenteld. Een overeenkomst met als doel milieubescherming kan o.a. bijdragen aan de technische en economische vooruitgang door het verminderen van afval en het efficiënter gebruik van productiemiddelen.

De tweede voorwaarde van art. 6 lid 3 vormt niet snel een probleem. Het begrip 'gebruikers' wordt ruim ingevuld met als uitgangspunt: wat goed is voor allen, is ook goed voor één (gebruiker). In geval van milieube-

gunstige overeenkomsten wordt al gauw aan deze voorwaarde voldaan. Overigens mogen deze afspraken geen disproportionele mededingingsbeperkingen met zich brengen die consumenten ook weer sterk kunnen benadelen.

Hiermee komt men uit bij de derde voorwaarde: onmisbaarheid van de opgelegde mededingingsbeperkingen. Deze proportionaliteitstoets vormt een groot obstakel voor overeenkomsten die een bepaalde prijsafpraak of andere zware kartelvorm in het leven roepen. Een prijsafpraak wordt doorgaans niet noodzakelijk geacht om milieuvoordelen te bewerkstelligen, al staat de NMa bepaalde varianten in specifieke situaties toe.

De vierde voorwaarde van de restconcurrentie vormt meestal geen groot obstakel, mits 'hardcore' restricties ontbreken in de voorliggende overeenkomst, en afspraken slechts een beperkt deel van een concurrentiefactor beslaan. Wanneer milieufspraken de concurrentie louter op een bepaalde (ondergeschikte) mededingingsfactor beperken, zijn er nog genoeg onderdelen in de productie, marketing en verkoop van een goed waarop mededinging wél mogelijk is. Hetzelfde gaat op in geval dat afspraken de prijs van een product slechts voor een klein gedeelte vastleggen.

De NMa volgt in haar beschikkingspraktijk betreffende milieuovereenkomsten de beleidslijn van de Commissie vrij nauwgezet. Wellicht dat de NMa iets soepeler aankijkt tegen afspraken over de vaste doorberekening van bepaalde afvalverwijderingskosten aan de consument, al is de bestaande beschikkingspraktijk van de Commissie en de NMa eigenlijk te smal in omvang en te divers in feiten en omstandigheden, om deze conclusie te kunnen dragen. NMa's toepassing van Nederlands respectievelijk Europees antitrustrecht in milieuzaken hoeft voorlopig in ieder geval niet sterk uiteen te lopen.

SYNTHESE

1. INLEIDING

Deze synthese vangt aan met een beknopte weergave van de onderzoeksopzet. Daarna komen de belangrijkste resultaten van de verschillende hoofdstukken aan de orde, in deze volgorde: intellectuele eigendom, (juridische) vrije beroepen, cultuur, gezondheidszorg, en milieubescherming. Conclusies en aanbevelingen met betrekking tot de aan het begin van dit boek geformuleerde onderzoeksvragen besluiten deze synthese. Aan het fenomeen van de (maatschappelijke) 'rule of reason' wordt in dit verband nog nadere aandacht besteed.

2. DE ONDERZOEKSOPZET

2.1. Probleemstelling

Het onderzoek naar de grenzen, of beter gezegd begrenzing, van het mededingingsrecht, is uitgevoerd aan de hand van een representatieve selectie van collisiegebieden die in botsing komen met het Nederlandse en Europese mededingingsrecht. Onderwerp van studie zijn drie sectoren, te weten vrije beroepen, cultuur en gezondheidszorg, en twee in het economisch bestel horizontaal doorwerkende belangen, te weten intellectuele eigendom en milieubescherming. De belangen op deze gebieden zijn niet-mededingingsrechtelijk van aard, dat wil zeggen dat hun kernwaarde niet bestaat uit noch (geheel) gelijk loopt met het belang van efficiëntie en marktwerking.

Het onderzoek draagt zowel een analytisch als een normatief karakter: naast een analyse van rechtspraak en literatuur bevat het boek ook kritiekpunten en aanbevelingen, in het bijzonder over een verfijnder en duidelijker gebruik van exceptiemethoden en -technieken in het antitrustrecht.

De omgangsmethoden van het mededingingsrecht teneinde de collisie met een andersoortig rechts- of beleidsterrein op te lossen, zijn divers. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat de Gemeenschapsrechter

uiteenlopende technieken hanteert om het mededingingsrecht buiten toepassing te laten in botsingszaken: dit loopt van de *Brentjens*-techniek op het terrein van de sociale politiek, via het ondernemingscriterium in zorgzaken, het interstatelijkheidscriterium in cultuurzaken, art. 81 lid 3 EG in milieuzaken, naar 'rule of reason'-achtige methoden in vrijeberoeps- en sportzaken. Van een uniforme benadering in de keuze van de exceptie-techniek is in ieder geval geen sprake.

Uit de analyse van de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter blijkt dat de gekozen omgangsmethoden niet altijd op hun plaats zijn: ze bieden te weinig ruimte voor een genuanceerde afweging van belangen of worden gewoonweg onjuist toegepast in de zin dat de rechterlijke interpretatie doel en strekking van de bepaling te buiten gaat.

Dit versterkt de vraag of er niet een instrument te vinden is dat in meer casus meer mogelijkheden op een evenwichtige, coherente afweging van belangen zou kunnen bieden. In ieder geval dienen per onderzoeksterrein de methoden aangeduid te worden die op het betreffende deelgebied het meest geschikt zijn om een afweging te maken tussen botsende mededingings- en niet-mededingingsbelangen.

Deze probleemstelling heeft tot een aantal concrete onderzoeksvragen aanleiding gegeven die zijn opgenomen in het eerste hoofdstuk van dit boek met een beschrijving van de onderzoeksopzet. Zij worden in deze synthese herhaald bij het onderdeel conclusies en aanbevelingen. Dit biedt de mogelijkheid om vragen en antwoorden geïntegreerd weer te geven.

2.2. Enige uitgangspunten bij het vinden van een oplossing van de problematiek

De geselecteerde botsingsgebieden zijn in oorsprong beleidsterreinen van de lidstaten en bevatten in de kern nog steeds een aanzienlijke hoeveelheid nationaal recht. Dit geldt zelfs voor een terrein als het intellectuele eigendomsrecht, dat inmiddels sterke Europese en zelfs mondiale componenten kent. Alle vijf de terreinen hebben in hun botsing met het mededingingsrecht tot veel ophef geleid in de jurisprudentie en literatuur. Op alle gebieden hebben lidstaten een exclusieve of gedeelde wetgevingsbevoegdheid in de verhouding tot de Gemeenschap.

Dat de geselecteerde onderzoeksdomeinen met hun representatieve spreiding behoorlijk uit elkaar liggen, doet er niets aan af dat zij op onderdelen in elkaar kunnen overlopen – zeker bij sectoren en horizontaal doorwerkende belangen zal dit regelmatig het geval zijn. Men kan in dit verband denken aan cultuur en intellectuele eigendom op het punt van de collectie-

ve beheersorganisaties; aan vrije beroepen en gezondheidszorg op het vlak van de medisch specialisten; aan milieubescherming en intellectuele eigendom op het punt van recyclagemerken.

Dit onderzoek richt zich op de toepassing van het antitrustrecht in vijf geselecteerde botsingsgebieden. Uit het onderzoek komt naar voren dat er grote verschillen bestaan in de wijze waarop het mededingingsrecht elk van de vijf domeinen benadert. Dit neemt niet weg dat er ook conceptuele overeenkomsten zijn aan te wijzen in de benadering van de gebieden. Dit boek bevat enige aanbevelingen tot het hanteren van methoden die meer coherentie brengen in de manier waarop het antitrustrecht met andersoortige (niet-mededingings)terreinen omgaat.

Voorts besteedt dit boek aandacht aan de interne uitwerking van exceptiemethoden binnen het mededingingsrecht in (sub)criteria, waarbij de aanbevelingen zich richten op een functionele en consistente opbouw van benaderingswijzen.

3. RESULTATEN UIT DE VIJF HOOFDSTUKKEN

De belangrijkste resultaten van het onderzoek dat in dit boek is uitgevoerd in de domeinen intellectuele eigendom, (juridische) vrije beroepen, cultuur, gezondheidszorg en milieubescherming komen hieronder in genoemde volgorde aan de orde.

3.1. Mededingingsrecht en intellectuele eigendom

De collisie tussen antitrustrecht en intellectueel eigendomsrecht komt het meest pregnant naar voren in misbruikzaken die draaien om licentieweigering. Het IE-hoofdstuk spitst zich dan ook toe op de toepassing van art. 82 EG respectievelijk art. 24 Mw in zaken waarin de houder van een intellectueel eigendomsrecht weigert om dit recht te delen met een derde die verzoekt om een gebruikslicentie.

3.1.1. *De misbruikcriteria bij licentieweigering – de Magill/IMS Health-variant*

De hoofdlijn van het Hof van Justitie in IE-zaken wat betreft de toepassing van het misbruikverbod is helder: alleen in uitzonderlijke omstandigheden is in geval van een licentieweigering sprake van misbruik van machtspositie.

Dit hoofd criterium van de uitzonderlijke omstandigheden valt vervolgens uiteen in een aantal groepen van meer specifieke misbruikvoorwaarden. De *Magill/IMS Health*-variant met zijn vier cumulatieve criteria is er hier één van. Deze voorwaarden luiden als volgt:

- I. IE-recht(-licentie) is onontbeerlijk voor de productie van een goed of verlening van een dienst. Er zijn twee subcriteria om vast te stellen of sprake is van 'onontbeerlijkheid':
 - a. De mate waarin de gebruikers van het eindproduct of de einddienst hebben deelgenomen (bijgedragen) aan de ontwikkeling van de door het IE-recht beschermde innovatie;
 - b. De inspanning die potentiële afnemers zullen moeten leveren en de kosten die zij zullen moeten maken om in hun bedrijfsvoering over te schakelen op een alternatief product of dienst.
- II. Niet-licentiëring staat in de weg aan de introductie van een nieuw product of nieuwe dienst. Hierbij zijn de volgende factoren van belang:
 - a. De licentievrager heeft niet de bedoeling om zich in essentie te beperken tot het dupliceren van de producten of diensten die reeds worden aangeboden;
 - b. Er bestaat een potentiële vraag bij de consumenten naar het nieuwe product.
- III. Door de licentieweigering wordt de markt waarop de licentievrager zich wenst te begeven voorbehouden aan de IE-rechthebbende en wordt elke mededinging op deze (nieuwe) markt uitgesloten.
- IV. Er bestaan geen objectieve rechtvaardigingsgronden voor de weigering om een licentie te verstrekken.

3.1.2. *Een aantal varianten van 'uitzonderlijke omstandigheden' waarin sprake is van misbruik*

Naast de *Magill/IMS Health*-variant met zijn cumulatieve beoordelingsmaatstaven, zijn naar mijn mening nog een aantal andere categorieën van criteria aan te wijzen in IE-gerelateerde zaken (waarin het nieuwheidscriterium verder geen rol speelt), die een nadere invulling geven aan het hoofd criterium van de uitzonderlijke omstandigheden. Veelal kan men in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter en/of de literatuur aanwijzingen vinden voor het bestaan van deze nevenschikkende varianten. In

dit boek worden vijf categorieën van nadere criteria beschreven,¹ maar deze lijst is niet uitputtend.

Eén van deze varianten betreft de situatie dat een IE-rechthebbende niet langer zelf onderdelen van een product wil vervaardigen in een markt met een sterk afnemende afzet, terwijl er wel bedrijven geïnteresseerd zijn om deze productie voort te zetten. In dat geval zou een eventuele licentieweigering misbruik van machtspositie kunnen opleveren.

Een andere situatie betreft de abrupte leveringsweigering van IE-rechtelijk beschermde informatie aan wederpartijen met wie de IE-rechthebbende een langdurige (jarenlange) toeleveringsrelatie had opgebouwd. Het is hier wel de vraag hoever een eventuele leveringsplicht zich in de tijd uitstrekt.

Ook op het terrein van de informatietechnologie en softwareontwikkeling bevindt zich een misbruikvariant, waarbij uitzonderlijke omstandigheden kunnen nopen tot een verplichte levering van bepaalde IE-rechtelijk beschermde informatie. De *Microsoft*-casus is een voorbeeld van een zaak waarin dit type overwegingen een rol zou kunnen spelen. Het gaat dan om een andersoortige redenering dan de lijn die het Gerecht van Eerste Aanleg heeft aangehouden in zijn *Microsoft*-uitspraak.

3.1.3. De *Microsoft*-variant

Uitgangspunt is de situatie dat een softwareproducent (*Microsoft*) gevraagd wordt bepaalde, veelal IE-rechtelijk beschermde informatie vrij te geven zoals interfacecodes, waarmee softwareproducten van concurrenten kunnen gaan 'draaien' op zijn besturingssysteem (denk bijvoorbeeld aan *Windows*).²

Een weigering om dergelijke informatie beschikbaar te stellen hoeft niet te betekenen dat daarmee de introductie van een *nieuw* product wordt verhinderd. Het kan echter wel betekenen dat het op de markt brengen van een specifiek product van een andere onderneming wordt verhinderd of bemoeilijkt. Zo is het in de IT-wereld mogelijk dat een onderneming een softwareproduct ontwikkelt zonder daarbij (wat betreft kernfunctionaliteit) inbreuk te maken op reeds bestaande IE-rechten van een concurrent,

1 Zie Paragraaf 2.3.7.4. van Hoofdstuk III.

2 Een ander aspect van de *Microsoft*-casus, namelijk het element van het abrupt afbreken van jarenlange levering (licentiëring) aan vaste afnemers, laten we hier even rusten.

terwijl die concurrent zelf al een vergelijkbaar product op de markt heeft gebracht.

De voorliggende situatie verschilt sterk van het geval waarin een derde-partij een volledig IE-recht in licentie wil nemen om met dát recht de recht-hebbende op zijn eigen markt te gaan beconcurreren. Het gaat hier slechts om de vraag of een klein gedeelte van een IE-rechtelijk beschermde inno-vatie kenbaar kan worden gemaakt aan een concurrent. Met deze informa-tie wordt het mogelijk voor die concurrent om een goed functionerend softwareproduct op de markt te brengen, zonder dat dit handelsartikel een kloon vormt van het product *waarover* hij de informatie ontvangt.

Een groot verschil met *IMS Health*-achtige situaties is dus dat in zaken van het type *Microsoft* de (deel)licentie op het IE-recht niet de kern gaat vor-men van het product van de licentienemer. Zij maakt slechts de communi-catie mogelijk van een op zich zelf staand product met het netwerk waar het onderdeel van is. De IE-rechtelijk beschermde informatie die verstrekt wordt zal geen deel uitmaken van de kernactiviteit of -functionaliteit van het product van de licentienemer. Is dit wel het geval, dan gaat de '*Micro-soft*'-variant niet langer op.

3.1.4. *Het model voor de toekomst*

Het uitgangspunt van de Gemeenschapsrechter bij de toepassing van het verbod van misbruik van machtspositie op de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten is helder: alleen in uitzonderlijke omstandigheden levert de uitoefening van rechten door een IE-rechthebbende met een machtspositie misbruik op.

De meest evenwichtige en functionele benadering is mijns inziens het han-teren van een getrappt systeem met een hoofdcriterium ('uitzonderlijke om-standigheden') dat uiteen valt in een aantal alternatieve categorieën van meer specifieke misbruikvoorwaarden. De *Magill/IMS Health*-variant met zijn cumulatieve criteria vormt er hier één van. De *Microsoft*-variant, zoals hierboven omschreven, zou een andere kunnen zijn. Maar er zijn meer va-rianten mogelijk.³

De alternatieve categorieën vormen geen gesloten groep: het is mo-gelijk voor de Gemeenschapsrechter om in de toekomst een categorie bij te voegen door een bepaalde set van omstandigheden (criteria) als 'uitzon-derlijk' te kwalificeren.

3 Zie Paragraaf 3.2.7. van dit hoofdstuk.

Het hierboven beschreven model levert enerzijds een scherpe afbakening op voor de toepassing van het mededingingsrecht: alleen in de geïdentificeerde 'uitzonderlijke' gevallen is een vaststelling van een schending van het misbruikverbod mogelijk. Het hoofdcriterium geeft hierbij een evident signaal dat van deze vaststelling niet snel sprake kan zijn.

Anderzijds biedt dit model voldoende flexibiliteit voor gebruik in mededingingszaken betreffende technologiesectoren en andere innovatieve branches die zich snel ontwikkelen en waarin veranderingen aan de orde van de dag zijn.

3.2. Mededingingsrecht en de vrije beroepen

3.2.1. Inleidende opmerkingen

Onderwerp van onderzoek in het spanningsveld tussen beroepsdeontologie en mededingingsrecht, zijn de Nederlandse beroepsregels voor respectievelijk het notariaat en de advocatuur: de twee klassieke *juridische* vrijeberoepsgroepen. Reden hiervoor is dat deze regelgeving de laatste jaren qua hervormingsplannen zeer in de belangstelling heeft gestaan in Nederland. Bovendien vormen de juridische beroepen ook Europeesrechtelijk een zeer interessant onderzoeksobject wanneer het om beroepsdeontologie gaat. Zo heeft het Hof van Justitie op dit onderwerp belangrijke jurisprudentie ontwikkeld (denk aan het *Wouters*-arrest), en behoren advocatuur en notariaat tot de vaste interessegebieden van de Commissie binnen de vrije beroepen.

De juridische vrijeberoepsgroepen bezitten in veel lidstaten via hun beroepsorganisaties de *materiële* bevoegdheid om regelgeving vorm te geven: zo bestaat het besluitvormend orgaan veelal niet uit een meerderheid van onafhankelijke deskundigen en ontbreken soms onderscheidende criteria ter waarborging van het algemeen belang in de vaststellingsprocedure van beroepsregels. Dat de minister van Justitie op het einde een door de beroepsorganisatie vastgestelde regeling dient goed te keuren en zelfs wijzigingen kan bevelen, doet niets af aan het feit dat de ondernemers-advocaten de regelgeving in beginsel *inhoudelijk* vorm geven.

In de uitvaardiging van deze beroepsregels hebben vrijeberoepsgroepen de mogelijkheid om de mededinging tussen beroepsgenoten te beperken. Centraal in dit hoofdstuk staat dan ook de toepassing van het kartelverbod op de regels die juridische vrijeberoepsbeoefenaren voor de beroepsgroep uitvaardigen.

De eerste vraag bij de toepassing van het kartelverbod is of de betrokken beroepsorganisaties in de uitvaardiging van regelgeving een eigen rol als ondernemersvereniging spelen, of dat zij slechts een radertje zijn in de wetgevingsmachine van de overheid. In het eerste geval zouden besluiten van de beroepsvereniging te toetsen zijn onder het kartelverbod, in de tweede situatie zou dit niet mogelijk zijn. De Gemeenschapsrechter beantwoordt deze vraag wisselend in zijn arresten, afhankelijk van de precieze karakteristieken van een nationaal stelsel van vrijeberoepsregelgeving.

In de Nederlandse situatie kan men momenteel met het *Wouters*-arrest in de hand veilig stellen dat de besluiten van de NOvA als ondernemersvereniging voor toetsing onder het kartelverbod in aanmerking komen, zowel waar het gaat om de uitvaardiging van Verordeningen als van gedragsregels. Bij de KNB geldt deze toetsingsmogelijkheid waarschijnlijk alleen inzake de uitvaardiging van reglementen. Of de uitvaardiging van Verordeningen door de NOvA ook in de toekomst, onder de door de minister van Justitie voorgestelde hervormingen,⁴ toetsbaar blijft onder het kartelverbod, is de vraag. Voor de status van de vigerende regelgeving zijn deze wetswijzigingen overigens niet relevant, daar deze onder het oude regime is uitgevaardigd.

In het onderzoek naar de wijze waarop het mededingingsrecht omgaat met deontologische voorschriften, zijn de volgende categorieën van juridische regels aan bod gekomen: (i) systemen van vaste en aanbevolen prijzen, (ii) publiciteits- en acquisitiebeperkingen, (iii) regels omtrent exclusieve werkzaamheden, (iv) voorschriften betreffende de zakelijke structuur en de eis van een onafhankelijke beroepsuitoefening, (v) het verbod op 'no cure, no pay', (vi) stage- en opleidingsvoorschriften, en (vii) methoden voor kwaliteitstoetsing, geschillenoplossing en tuchtrechtspraak.

Het onderzoek heeft de volgende resultaten opgeleverd wat betreft het gebruik van excepties in het kartelrecht met betrekking tot vrijeberoepsregels.

3.2.2. 'Effet utile' en het voorstel van de Advocaten-Generaal Léger en Jacobs

In situaties waarin vrijeberoepsorganisaties deontologische besluiten nemen die mededingingsrechtelijk niet door de beugel kunnen, is het niet zo dat de lidstaat ook automatisch een schending van de 'effet utile'-leer te

4 De belangrijkste hervormingen luiden (i) het instellen van preventief toezicht door de minister van Justitie (in plaats van het huidige repressieve toezicht), (ii) het instellen van een adviesraad binnen de NOvA, en (iii) het opnemen van kernwaarden van de advocatuur in Advocatenwet. Zie nader hierover Paragraaf 1.3.4 en ook Paragraaf 2.2.6 van Hoofdstuk IV.

gengeworpen kan worden. Toerekening ligt voor de hand indien de staat betrokken is bij het regelgevingproces via een goedkeuringsbevoegdheid van de minister. Van toerekening zou sprake kunnen zijn indien een lidstaat vrijeberoepsorganisaties in de gelegenheid stelt om mededingingsbeperkende regelgeving uit te vaardigen.

Echter, niet altijd is zelfs maar sprake van delegatie van economische orderingsbevoegdheden door de overheid aan beroepsorganisaties: gedragsregels van deze organisaties vloeien regelmatig voort uit autonome bron, waarbij hun uitvaardiging wortelt in een lange historische traditie. De vraag naar de houdbaarheid van de beroepsregelgeving onder het mededingingsrecht concentreert zich dan op de toepassing van het kartelverbod ten aanzien van deze beroepsorganisaties.

De Advocaten-Generaal Léger en Jacobs hebben het voorstel gedaan om toepassing van de 'effet utile'-leer op te rekken, in de zin dat zij ook bij afwezigheid van een zelfstandige schending van art. 81 of 82 EG door ondernemingen opgaat. Zolang de lidstaat maar maatregelen uitvaardigt die het mededingingsproces negatief beïnvloeden, kan de leer in de opinie van beide A-G's van toepassing zijn.

De oplossing die zij aandragen is zo ruim geformuleerd dat de 'effet utile'-doctrine wel erg ver opgerekt wordt. Een volledige ontkoppeling van de overtreding van art. 81 of 82 EG en de schending van art. 10 EG, waarbij het voldoende zou zijn dat overheidsregelgeving een negatieve invloed heeft op het concurrentieproces, gaat uiteindelijk in tegen doel en strekking van de 'effet utile'-leer. De doctrine heeft nu juist als kern dat een lidstaat een zelfstandige schending van het mededingingsrecht door ondernemingen bekrachtigt, faciliteert, versterkt of afdwingt. Indien ondernemingen materieel niet bijdragen aan de totstandbrenging van een mededingingsbeperking, vervalt de mogelijkheid van toepassing van het communautaire antitrustrecht. Men komt dan waar het gaat om overheidsregelingen uit bij een andere afdeling van het Europese recht, namelijk het communautaire vrijverkeersrecht.

Gekoppeld aan hun zeer brede interpretatie van de 'effet utile'-leer, hebben de A-G's Léger en Jacobs ook een aparte uitzonderingsmethode ontwikkeld voor deze doctrine. Waar hun interpretatie van de leer te ruim is, lijkt een aparte 'effet utile'-exceptie weer overbodig. Een zelfstandige schending van art. 81 EG of 82 EG vormt immers een essentieel en onverbreekelijk onderdeel van een inbreuk op de 'effet utile'-leer. Een rechtvaardigingstoets die de onrechtmatigheid ontnemt aan een dergelijke schending van art. 81 of 82, ontnemt automatisch ook de onrechtmatigheid aan het

lidstatelijke optreden binnen de 'effet utile'-benadering. Voor een rechtvaardigingsgrond kan men zich dus richten op de uitzonderingsinstrumenten die ten aanzien van deze twee artikelen beschikbaar zijn. Een aparte uitzonderingsleer voor de 'effet utile'-doctrine is dan niet nodig.

3.2.3. De Verdragsrechtelijke excepties

Het EG-Verdrag kent in art. 81 lid 3 en art. 86 lid 2 twee Verdragsrechtelijke excepties die in principe openstaan voor toepassing in kartelzaken. Het is de vraag of ze ook geschikt zijn voor toepassing in een typisch domein als dat van de vrijeberoepszaken.

De voorwaarden van art. 81 lid 3 EG lenen zich niet voor een afweging van mededingingsrechtelijke belangen tegenover belangen van de rechtsstaat. Een zodanig ruime interpretatie van de vier cumulatieve criteria 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 uitleg van deze bepaling door de Commissie in haar Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG. De Commissie heeft in deze bekendmaking de focus gelegd bij economische efficiëntie. In deze interpretatie biedt art. 81 lid 3 weinig ruimte voor de invulling van economisch lastig meetbare belangen zoals de achterliggende waarden van de rechtsstaat (denk hierbij aan rechtsstatelijke principes zoals de onafhankelijkheid van de advocaat, de intrinsieke kwaliteit van het juridische proces en een goede rechtsbedeling).

Aan de toepassing van art. 86 lid 2 EG ten aanzien van de regelgevende activiteiten van de Nederlandse Orde van Advocaten is het Hof van Justitie in *Wouters* nimmer toegekomen. Het handelde de zaak af binnen het kader van art. 81 lid 1 EG.

Art. 86 lid 2 EG is slechts gericht tot *ondernemingen* die een bijzondere taak toevertrouwd hebben gekregen van de overheid; de *ondernemersvereniging* is niet als 'adresaat' opgenomen in deze exceptie. 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 zouden kunnen doen op art. 86 lid 2 in het kader van de uitvaardiging van deontologische regels, lijkt mij dat de uitvaardiging zelf vooralsnog buiten de reikwijdte van het begrip 'dienst van algemeen economisch belang' valt zoals dit tot dus-

ver is uitgelegd en toegepast in de jurisprudentie van de Gemeenschaps-rechter.⁵

Nu art. 81 lid 3 en art. 86 lid 2 EG onvoldoende zijn toegesneden op vrijberoepszaken, is het de vraag of een andere exceptiemethode voorhanden is die meer geschikt is om de juiste balans te vinden tussen mededingings- en deontologische belangen en aldus een genuanceerde afweging van belangen mogelijk maakt. De in de vrijverkeersrechtspraak van het Hof van Justitie tot ontwikkeling gekomen 'rule of reason' zou in dit kader uitkomst kunnen bieden.

Voor de consistentie van het recht lijkt het hanteren van verschillende instrumenten, met ieder hun eigen specifieke doelbestemming, in ieder geval te prefereren boven één instrument dat zo breed toepasbaar is gemaakt dat het zijn karakter verliest.

3.2.4. De Wouters-style 'rule of reason'

De Europese (of maatschappelijke) 'rule of reason' bewerkstelligt een matiging van een EG-Verdragsverbod op grond van belangen die in hun uitwerking botsen met dat verbod. Zij bevat een aantal criteria⁶ die geschikt zijn om een afweging te maken tussen botsende economische en niet-economische belangen. Waar de waarden van het mededingingsrecht economisch van aard zijn (werkzame mededinging, efficiëntie), daar gaat het in de juridische vrijberoepssector (mede) om achterliggende waarden van de rechtsstaat, zoals de onafhankelijkheid van de advocaat en notaris, vertrouwelijkheid en een goede rechtsbedeling.

De Gemeenschapsrechter heeft de maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht vooralsnog niet expliciet erkend, al ziet men de contouren van een dergelijke benadering op het vlak van vrijberoepsorganisaties en de uitvaardiging van deontologische regels terug in de arresten *Reiseburo Broede*, *EPI* en *Wouters*.

5 Zie nader over dit onderwerp Paragraaf 2 3 3 van Hoofdstuk IV

6 De 'rule of reason' verklaart een communautair verbod buiten toepassing ten aanzien van nationale regels, indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden wordt voldaan (i) er moeten zwaarwegende nationale belangen aanwezig zijn (ii) die niet van puur economische aard zijn, (iii) de betreffende regels mogen slechts maatregelen zonder onderscheid bevatten, (iv) een communautaire regeling op het betreffende gebied ontbreekt, en (v) er wordt voldaan aan de eisen van proportionaliteit. Zie voor een nadere uiteenzetting van de achtergrond en werking van de 'rule of reason' Paragraaf 3 8 2 van Hoofdstuk II

De vraag of een maatschappelijke 'rule of reason' een nuttige rol kan vervullen bij het maken van een (zo nauwkeurig mogelijke) afweging tussen mededingings- en vrijeberoepsbelangen bij de toepassing van het kartelverbod, dient mijns inziens bevestigend te worden beantwoord.

Op deze wijze is ook sprake van een uniforme benadering van de vrijeberoepsproblematiek onder het communautaire mededingingsrecht en het vrijverkeersrecht, die beide overigens vanuit hun eigen perspectief en met hun eigen focus de sector onder de loep nemen. Een dergelijke convergentie is te meer geëigend in een domein, waar beroepsorganisatie en overheid vaak ieder een deel van de uit te vaardigen beroepsregels voor hun rekening nemen, en beide EG-rechtsgebieden afwisselend toegepast worden in zaken die feitelijk zeer op elkaar lijken. Een uniforme benadering zorgt er voor dat beroepsregels niet gemakkelijker onder de toepassing van het mededingingsrecht uitkomen dan onder applicatie van het vrijverkeersrecht, en *vice versa*.

3.3. Mededingingsrecht en cultuur

De (Nederlandse) cultuursector kent een aantal situaties waarin betrokkenen uit naam van de culturele ontwikkeling afspraken maken of systemen opzetten die de onderlinge concurrentie niet ten goede komen. Treffende voorbeelden van de collisie tussen cultuur en mededingingsrecht vindt men in Nederland terug in de literatuursector en in het domein van het collectieve rechtenbeheer voor cultuurdragers. Zo komen systemen van vaste prijzen voor boekhandelaren respectievelijk literatoren al snel in aanraking met het kartelverbod. De activiteiten van collectieve beheersorganisaties die de rechten beheren van literatoren, componisten en uitvoerende kunstenaars kunnen stuiten op het kartelverbod en het misbruikverbod.

Deze figuren worden hieronder aan een nadere beschouwing onderworpen, waarbij de focus ligt op de methoden waarop het mededingingsrecht omgaat met concurrentiebeperkende systemen en afspraken in de literaire sector en in het domein van het collectieve rechtenbeheer.

3.3.1. Vaste prijzen in de Nederlandse literaire sector

De Wet op de vaste boekenprijs

Het Nederlandse systeem van prijsbinding voor boeken, vastgelegd in de Wet op de vaste boekenprijs, blijkt na analyse op een (wellicht verrassend) aantal punten de voorwaarden voor schending van art. 81 lid 1 EG en 'effet utile'-leer te vervullen. Hiermee is niet gezegd dat de Wet op de vaste

boekenprijs dan ook automatisch in strijd is met het EG-Verdrag. Zo zijn er verscheidene exceptiemogelijkheden aanwezig binnen het kartelrecht om een mededingingsbeperkend systeem te sauveren van de toepassing van het verbod.

Met een deels privaat georganiseerd prijsbindingsysteem in het hart van de regeling, beperkt de Wet op de vaste boekenprijs effectief (en op flagrante wijze) de mededinging. Vraag voor de toepassing van het *communautaire* mededingingsrecht is of het Nederlandse systeem van de vaste boekenprijs de handel tussen de lidstaten merkbaar beïnvloedt. Hier zijn sterke aanwijzingen voor te vinden. De Gemeenschapsrechter gaat, evenals de Europese Commissie, over het algemeen uit van een ruime interpretatie van het criterium van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel in art. 81 en 82 EG.

Hierbij past de aantekening dat er 'boekenprijs'-zaken zijn waarin de Commissie een vasteprijssysteem dat zich min of meer beperkte tot het grondgebied van één lidstaat, op basis van deze maatstaf met rust heeft gelaten. Het is echter sterk de vraag of deze benadering in lijn is met de reguliere toepassing van het interstatelijkheids criterium.

Een volgend pijnpunt is de vraag of de 'effet utile'-leer van toepassing kan zijn op de Wet op de vaste boekenprijs. Men ziet dat de Gemeenschapsrechter enigszins wispelturig is in zijn 'effet utile'-oordelen: zo zijn er strikte⁷ uitspraken, zoals *Reiff*, *Arduino* en *Autotrasporti Librandi*, maar ook extensieve⁸ arresten, zoals *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, *CNSD*, *Asia Motor France* en *Fiammiferi*.⁹

In de arresten *Leclerc* en *Echirolles*¹⁰ herkent men een afwijzende houding van het Hof van Justitie om schending van de 'effet utile'-leer aan te nemen bij prijsbindingsystemen voor boeken. Belangrijk argument van het Hof hiervoor is het ontbreken van een Commissiebeleid ten aanzien van de boekensector. Het is de vraag of deze benadering van de Gemeenschapsrechter goed past binnen de traditie van de *communautaire* rechtspraak in het algemeen en de jurisprudentie over 'effet utile' in het bijzonder. Waar het Hof in de historie van het Europese recht nimmer heeft gedraald om (enigszins) voor de troepen uit te lopen, daar is het in de 'boekenkwestie' bijna Roomser dan de paus. In andere rechtspraak (bijvoor-

7 In de zin dat schending van de 'effet utile'-leer niet zo gemakkelijk aangenomen wordt.

8 In de zin dat schending van de 'effet utile'-leer relatief gemakkelijk aangenomen wordt.

9 Zie over deze arresten Paragraaf 2.3.3.2. van Hoofdstuk V.

10 Zie wederom Paragraaf 2.3.3.2. van Hoofdstuk V.

beeld inzake burgerschap¹¹⁾) houdt het Hof juist de lijn aan dat het, bij absentie van Gemeenschapsbeleid op terreinen die node uitwerking behoeven, zelf enige wenken geeft ter interpretatie van primair EG-recht.

De Wet op de vaste boekenprijs laat 'de markt' de ruimte om zelf de vaste prijs van een boek te bepalen, zonder dat de betrokken partijen daarbij handelen als onafhankelijk deskundigen met (louter) het algemeen belang voor ogen. De overheid heeft ook geen instrument om in te grijpen in de hoogte van de vastgestelde prijs, en deze zo nodig te vervangen door een in een overheidsbesluit vastgestelde prijs. Men kan zeggen dat de Nederlandse staat met het huidige systeem het ondernemersveld faciliteert in het maken van prijsafspraken. Hier komt bij dat de huidige Wet op de vaste boekenprijs in feite een codificatie is van een vroeger, volledig privaat georganiseerd, prijsbindingsstelsel. In dit perspectief zijn er dus twee wijzen waarop Nederland de 'effet utile'-leer schendt.

Uit de behandeling van de Wet op de vaste boekenprijs in de Eerste Kamer blijkt dat deze wet niet op zich staat, maar wel degelijk een lang bestaande kartelpraktijk overneemt ('codificeert') en vervolgens binnen het wettelijk kader ondernemingen (uitgevers) blijft betrekken in het maken van prijsafspraken.

De boekenprijswet schrijft bovendien voor dat een overheidsorgaan controleert of alle partijen zich aan de vastgestelde prijs houden. In die zin kan men deze wet zelfs opvatten als een regeling die prijsafspraken faciliteert (afdwingt), en wel via een bestuurlijk handhavingssysteem.

Het Hof en de Commissie lijken met discutabele benaderingen die draaien om het al dan niet bestaan van Commissiebeleid (in het kader van de 'effet utile'-leer) en om het interstatelijkheids criterium, eigenlijk niet goed te weten hoe zij om moeten gaan met vasteboekenprijssystemen. Ook de wijze waarop zij art. 81 lid 3 EG toepassen in deze materie is niet helder. De methode van de maatschappelijke 'rule of reason' zou binnen de cultuursector wellicht uitkomst kunnen bieden. De 'rule of reason' is zeer wel toe te snijden op culturele belangen en maakt een evenwichtige afweging mogelijk via de subcriteria van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid.

Het argument dat de 'rule of reason' toegerust is op het maken van een coherente belangenafweging in de collisieproblematiek, zegt op zich niets over de uitkomst van de weging die uiteindelijk plaatsvindt. Zowel aan-

11 Denk in dit verband aan zaak 209/03, Dany Bidar t. London Borough of Ealing en Secretary of State, *Jur.* 2005, I-2119; zaak C-456/02, Trojani t. OCMW, *Jur.* 2004, I-7573; zaak C-200/02, Zhu en Chen t. Secretary of State, *Jur.* 2004, I-9925.

hangers als tegenstanders van het prijssysteem voor boeken hebben de gelegenheid om hun argumenten in te vullen in de driestapstoets. Hierbij kan de noodzakelijkheidvoorwaarde als scherprechter optreden. Het is de vraag of voor het doel van de Wet op de vaste boekenprijs, kort gezegd pluriformiteit in het boekenaanbod c.q. van de boekenverkoop, niet even doelmatige oplossingen denkbaar zijn die minder mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan het huidige systeem.

Vaste prijzen voor schrijvers, vertalers en scenaristen in Nederland

In Nederland bestaan adviestarieven voor auteurs, vertalers en scenaristen. De adviestarieven zijn een *gentlemen's agreement* tussen auteurs en uitgevers, vertegenwoordigd door brancheverenigingen als de Vereniging van Letterkundigen aan de ene kant en de Groep Algemene Uitgevers aan de andere kant. Zo zijn er prijsrichtlijnen te vinden in de modelcontracten van de Vereniging van Letterkundigen. Deze *gentlemen's agreements* vormen een niet-bindende afspraak tussen beide partijen, waarvan per geval afgeweken kan worden. Dit neemt niet weg dat het stelsel van adviestarieven in de praktijk tot een systeem van vaste prijzen leidt.

Op aandringen van de NMa (en onder dreiging van toepassing van art. 6 Mw) hebben de Groep Algemene Uitgevers en de Vereniging van Letterkundigen de normtarieven voor vertalingen in de toelichting van de modelcontracten geschrapt. Contractpartijen hebben daardoor de vrijheid gekregen om zelf een honorarium overeen te komen, aldus de NMa.

Hoe men het systeem mededingingsrechtelijk ook bekijkt, de vasteprijssystematiek voor literatoren dient 'de cultuur' bij de bron, namelijk door de cultuurdragers te ondersteunen die de (in casu literaire) cultuur primair vormgeven. Hierin is een verschil te bekennen met het stelsel van de vaste boekenprijs, dat zich meer richt op de distributie- en verkoopkant van de literaire cultuur. Vanuit de optiek van stimulering van cultuurvorming aan de basis, is het curieus dat het distributiesegment van de boekenmarkt met fluwelen handschoenen wordt behandeld, terwijl de makers (auteurs) zelf hard worden aangepakt.

Om deze reden lijkt een vasteprijzensystematiek voor vertalers of een vast systeem van royalty's voor auteurs onder het kartelrecht eerder voor een exceptie in aanmerking te komen dan een systeem van vaste boekenprijzen. Hoe dan ook biedt de 'rule of reason' (die hierboven al is toege-

licht)¹² in dit type zaken het meest geschikte instrumentarium om een afweging te maken onder het mededingingsrecht.

3.3.2. *Collectieve beheersorganisaties in Nederland*

Wat zijn collectieve beheersorganisaties en hoe functioneren zij?

Collectieve beheersorganisaties (CBO's) zijn administratieve organisaties die namens rechthebbenden royalty's innen bij gebruikers. Een CBO kan in feite dus als een doorgeefluik van vergoedingen beschouwd worden. Deze beheersorganisaties zijn bij de inning van de gelden werkzaam op het gebied van auteurs- en naburige rechten. Kunstenaars, componisten, artiesten en auteurs maken gebruik van hun diensten.

Nederland kent vijf collectieve beheersorganisaties die wettelijk bevoegd zijn om voor een bepaalde categorie rechthebbenden auteursgelden te innen, waaronder Buma en Sena.

Het optreden van collectieve beheersorganisaties kan zowel een economische als een sociaal-culturele legitimatie in zich dragen.

In economisch opzicht bieden CBO's voordelen waar het gaat om de inning van en de controle op het gebruik van auteursrechten. De schaalvoordelen zijn bijzonder groot. Het zou ondoenlijk zijn als iedere auteursrechthebbende zijn eigen contracten met gebruikers af zou sluiten, en ook zou (moeten) bijhouden of deze overeenkomsten goed worden nageleefd. Rechtenorganisaties vervullen daarnaast ook belangrijke sociale taken. Zo kan collectief rechtenbeheer in de praktijk dikwijls de enige manier zijn waarop 'kleine' auteurs hun rechten kunnen exploiteren. Sommige collectieve rechtenorganisaties kennen sociale fondsen. Beheersorganisaties vervullen vaak een vakbondachtige functie voor individuele auteurs tegenover machtige wederpartijen als omroepen en grote platenmaatschappijen.

Collectieve beheersorganisaties hebben met hun exclusieve rechten een economische machtspositie in handen op de hun 'toebehorende' specifieke gebieden en dienen dus op te passen dat zij art. 24 Mw of art. 82 EG niet schenden bij hun optreden in de markt. Collectieve rechtenorganisaties hebben naar twee kanten toe een monopoliepositie: zowel makers als gebruikers kunnen immers alléén bij deze organisaties terecht. Misbruik van machtspositie ligt dan ook op de loer. Wanneer CBO's afspraken met elkaar maken over wie wat doet in het rechtenbeheer, komen ook art. 6 Mw en art. 81 EG om de hoek kijken.

12 Zie Paragraaf 3.2.4. van dit hoofdstuk.

CBO's en het misbruikverbod

CBO's kunnen zich in principe aan verschillende vormen van abusief gedrag schuldig maken. Eén van de vormen waarin misbruik van machtspositie plaats kan vinden is het vragen van een excessieve prijs voor het gebruik van producties waarop auteursrechten rusten. De vaststelling dat prijzen excessief zijn is echter één van de meest precaire vingeroefeningen die bestaan onder het mededingingsrecht. Het grote probleem in de muziekwereld vormt de afwezigheid van een duidelijk referentiepunt in de kostenwinstverhouding van een product. Zo is in het geval van liedjes een directe relatie tussen kostprijs en waarde eigenlijk niet vast te stellen.

Het Hof van Justitie heeft aangegeven dat bij het bepalen van de excessiviteit van tarieven van een CBO een kostenvergelijking met de prijzen van de tegenhangers in andere lidstaten een aanwijzing kan vormen voor misbruik. Indien een rechtenorganisatie een substantieel hoger tarief hanteert dan beheersorganisaties in andere lidstaten, dient zij dit verschil te rechtvaardigen op basis van objectieve verschillen tussen de situatie in de betrokken lidstaat en die in andere lidstaten. Lukt haar dit niet, dan ligt een vaststelling van misbruik van machtspositie in het verschiet.

De NMa heeft op geheel eigen wijze het misbruikverbod buiten toepassing gelaten in zaken die draaien om de hoogte van door CBO's gehanteerde tarieven. Zij acht het instrumentarium van de Mededingingswet ontoereikend om te beoordelen of de tarieven van CBO's excessief zijn. Art. 24 Mw schiet daarvoor gewoon tekort in de ogen van de mededingingsautoriteit.

De NMa heeft voorts beslist dat CBO's de mogelijkheid hebben om kunstenaars, artiesten en (andere) auteurs die zich willen aansluiten bij hen, te verplichten tot de volledige overdracht van rechten. CBO's hebben vanuit hun taak van collectief beheer voorts de mogelijkheid om de aan hen overgedragen inningrechten in exclusiviteit uit te oefenen ten opzichte van gebruikers van IE-rechtelijk beschermde werken en vertolkingen. In beide gevallen komt de NMa tot de conclusie dat van misbruik geen sprake is.

CBO's en het kartelverbod

In de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter kunnen exclusieve gebiedsverdelingen tussen beheersorganisaties de toets van art. 81 EG doorstaan in geval van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Hier ziet men de contouren van een maatschappelijke 'rule of reason'-afweging, al volgt het Hof van Justitie zelf vaak een wat ondoorzichtige redenering. In de toe-

komst zullen de mogelijkheden van digitaal rechtenbeheer de noodzaak aan exclusieve administratiegebieden waarschijnlijk doen verminderen.

Ook de Commissie heeft zich met het optreden van collectieve rechtenorganisaties beziggehouden. In de IFPI "Simulcasting"-beschikking keurde de Commissie een systeem goed onder art. 81 lid 3 EG waarin een grote groep van samenwerkende auteursrecht-beheersorganisaties ieder een multirepertoire en multiterritoriale licentie konden afgeven voor het recht op simulcasting.

De mogelijke rol van art. 86 lid 2 EG in het veld van collectief rechtenbeheer

Men ziet dat bij de toepassing van het mededingingsrecht in het veld van het collectieve rechtenbeheer art. 81 lid 3 EG een rol kan spelen, net zoals een soort 'rule of reason'-benadering. Wellicht dat in het vraagstuk rondom de CBO's art. 86 lid 2 EG ook nog van betekenis kan zijn.

De eerste vraag is of de exceptie van art. 86 lid 2 EG überhaupt van toepassing kan zijn op rechtenorganisaties. De Commissie is stellig in haar oordeel in de IFPI "Simulcasting"-beschikking en beantwoordt de vraag negatief: volgens het Hof van Justitie zouden (auteurs)rechtorganisaties geen ondernemingen zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang in de zin van art. 86 EG. De Gemeenschapsrechter geeft in zijn rechtspraak nog als richtlijn dat art. 86 lid 2 EG een strikte uitlegging behoeft van de definitie van de ondernemingen die zich op de bepaling kunnen beroepen. Vast moet echt staan dat ondernemingen krachtens een overheidsbesluit met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast.

De Commissie is erg snel met haar oordeel dat auteursrechtorganisaties geen ondernemingen zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Het Hof van Justitie is in enkele zaken inderdaad tot deze conclusie gekomen, maar de verschillen tussen de beheersorganisaties in de verschillende lidstaten en de regimes waaronder zij opereren zijn zo aanzienlijk dat het lastig is om uit genoemde arresten een algeheel 'verbod' af te leiden van toepassing van art. 86 op rechtenorganisaties.

In de Nederlandse situatie zijn de vijf wettelijk bevoegde CBO's wel degelijk bij wet belast met de inning en de verdeling van licentierechten namens en ten gunste van de rechthebbenden, en vindt ook wettelijk toezicht plaats op hun functioneren. Het is dus denkbaar dat art. 86 lid 2 EG voor toepassing openstaat ten aanzien van deze organisaties. Uiteraard moeten 'wettelijke' CBO's, om voor een uitzondering in aanmerking te ko-

men, tevens voldoen aan de overige criteria van de bepaling, in het bijzonder de noodzakelijkheids-/proportionaliteitstoets. Het is dus niet zo dat deze exceptie een vrijbrief vormt voor collectieve rechtenorganisaties om te doen en laten wat ze willen. Art. 86 lid 2 EG komt vanzelfsprekend niet voor toepassing in aanmerking ten aanzien van de vrijwillige ('niet-wettelijke') collectieve beheersorganisaties die in Nederland actief zijn.

3.4. Mededingingsrecht en gezondheidszorg

Ook in de zorgsector is het bestaan van onbelemmerde concurrentie tussen de ondernemingen die op dit terrein actief zijn, geen vanzelfsprekendheid. De gezondheidszorg is in veel gevallen zo georganiseerd, dat initiële botsingen met het mededingingsrecht eigenlijk niet uit kunnen blijven. Het is interessant om te zien hoe de rechtspraktijk omgaat met dergelijke collisies en op welke wijze zij tot een oplossing van de problematiek tracht te komen.

In het hoofdstuk over zorg en mededinging is eerst de wijze van functioneren van de Nederlandse zorgsector aan bod gekomen, zodat de lezer een beeld krijgt van het terrein waarop het mededingingsrecht mogelijk van toepassing is. Vervolgens is aandacht besteed aan de rol van het ondernemingscriterium ter begrenzing van de reikwijdte van de antitrustbepalingen in de zorgsector. Hierna spitst de beschouwing zich toe op de verschillende vormen van kartel- en misbruikgedrag in dit domein. Ter afsluiting gaat de aandacht uit naar het gebruik van exceptiemethoden in antitrustzaken in de zorgsector.

3.4.1. *De Nederlandse zorgsector: opzet en functioneren*

De Nederlandse zorgsector bestaat globaal uit drie markten. Op de zorgmarkt verlenen zorgaanbieders zorg aan patiënten en andere zorgvragers. Op de zorgverzekeringsmarkt bieden zorgverzekeraars aan verzekerden hun verzekeringsproduct aan. Op de zorginkoopmarkt kopen zorgverzekeraars ten behoeve van hun verzekerden zorg in.

De Nederlandse zorgsector heeft in 2006 een revolutie doorgemaakt aan de verzekeringskant. Met de nieuwe Zorgverzekeringswet is een geheel hervormd assurantiestelsel in werking getreden. De Zorgverzekeringswet is in een proces van jaren, en niet zonder slag of stoot, tot stand gekomen. Het nieuwe verzekeringstelsel kenmerkt zich door afschaffing van de vermaarde ziekenfondssystematiek en de introductie van meer marktwerking. Uitgangspunt in het huidige stelsel is een privaatrechtelijke verzekering voor iedereen, met overigens sterke publiekrechtelijke waar-

borgen. Ook aan de zorgverleningkant wordt meer en meer ruimte geboden voor commercieel initiatief.

De organisatie van de sector van zorgverlening en medische dienstverlening wordt nader gereguleerd door een groot aantal wetten, algemene maatregelen van bestuur en beleidsregels. De Nederlandse overheid gebruikt de volgende wetten als sturingsmechanisme voor de bekostiging en organisatie van de zorgsector: (1) de Zorgverzekeringswet (Zvw), die de Ziekenfondswet (ZFW) vervangen heeft; (2) de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), die aan modernisering(splannen) onderhevig is; (3) de Wet marktordening gezondheidszorg (WMG), als opvolger van de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG); en (4) de Wet toelating zorginstellingen (WTZi), die de plaats heeft ingenomen van de Wet Ziekenhuisvoorzieningen (WZV).

De zorgverzekeringsmarkt heeft altijd bestaan uit drie compartimenten, en doet dat eigenlijk nog steeds. Er is een compartiment aan zorg, dat onverzekerbaar wordt geacht volgens het marktpincipe (hiervoor heeft altijd de AWBZ gegolden). Er is een tweede compartiment dat bestaat uit een vast pakket aan medische diensten, waarbij sprake is van een mengvorm van overheidsregelgeving en concurrentie (hierin speelt de Zvw een rol). En er is een derde compartiment van aanvullend verzekerde zorg waarin volgens marktpincipes (aanvullende) verzekeringen worden aangeboden.

3.4.2. *Het ondernemingscriterium*

De Europese *landmark cases* op het gebied van zorg en mededinging, *AOK Bundesverband* en *FENIN*, hebben ook hun sporen achtergelaten in het Nederlandse zorgstelsel. Toch is hun invloed inmiddels beperkt te noemen. In beide arresten komt de Gemeenschapsrechter tot de conclusie dat zorgactoren (ziekttekostenverzekeraars respectievelijk beheersorganen van een zorgstelsel) géén ondernemingen zijn in de zin van het mededingingsrecht. De Gemeenschapsrechter hanteert als reden dat de betrokken organisaties zouden werken vanuit een zuiver sociale doelstelling, op basis van het solidariteitsbeginsel. Het is de vraag of de realiteit van ontwikkelingen in (de organisatie van) de gezondheidszorg in de lidstaten de juridische uitgangspunten van de Gemeenschapsrechter niet meer en meer zal inhalen.

Het is opvallend dat het publieke belang in gezondheidszorgzaken via de band van het ondernemingscriterium de mededingingsrechtelijke toetsing

binnenkomt. Deze benadering van de Gemeenschapsrechter ziet men op andere terreinen eigenlijk niet terug.¹³

De NMa kwalificeert de ziektekostenverzekeraars in het hervormde Nederlandse zorgstelsel gewoon als ondernemingen, evenals de Europese Commissie. De Zorgverzekeringswet doet hetzelfde. Ook de zorgverleners in Nederland kunnen doorgaans het stempel 'onderneming' dragen. De NMa heeft in haar beschikkingspraktijk in een groot aantal zaken geconcludeerd dat zorgaanbieders (zoals ziekenhuizen, apothekers, fysiotherapeuten) ondernemingen zijn.

3.4.3. Kartel- en misbruikgedrag in de zorgsector

In haar ruim tienjarig bestaan heeft de NMa zich in haar beschikkingspraktijk betreffende de zorgsector vooral toegelegd op de toepassing van het kartelverbod. De NMa heeft inmiddels veel ervaring met het bestrijden van 'hard core' kartels in de zorg. De problematiek van toepassing van het misbruikverbod is van recenter aard, en concentreert zich, de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten door zorgondernemingen daargelaten, vooral nog bij de zorgverzekeraars.

Kartelgedrag

In de Nederlandse zorgverlenings- en zorgverzekeringssector hebben zich de afgelopen jaren samenwerkingsvormen ontwikkeld, die automatisch vragen oproepen omtrent de toepassing van het kartelverbod van art. 6 Mw en eventueel art. 81 EG.

De opstelling van de NMa is dat daar waar samenwerking de efficiëntie of de kwaliteit verhoogt, afspraken tussen ondernemers in de zorg in het voordeel van de consument kunnen zijn, mits de concurrentie niet onnodig wordt beperkt. De toepassing van dit uitgangspunt in de rechtspraktijk is echter nog lastig genoeg, en krijgt pas aan de hand van de casuïstiek echt handen en voeten.

In het hoofdstuk over zorg en mededinging zijn wat betreft de samenwerking tussen zorgverzekeraars het Solidariteitsprotocol (afspraken over pre-

13 De benadering van het Hof waarin organisaties die zijn belast met de uitvoering van typische overheidsprerogatieven buiten het ondernemingsbegrip vallen (de *Diego Cali*-lijn), en de benadering waarin afspraken op sociaal terrein buiten de reikwijdte van het antitrustrecht blijven (de zogenaamde *Brentjens*-benadering) behelzen net andersoortige afwegingen. Zie over de *Diego Cali*-lijn Paragraaf 1.4. en 3.4.2. van Hoofdstuk II; zie over de *Brentjens*-benadering Paragraaf 3.8.1. van Hoofdstuk II.

miedifferentiatie richting verzekeringnemers) en het preferentiebeleid (afspraken over de aanschaf van medicijnen) aan een nadere studie onderworpen geweest.

Op het vlak van de samenwerking tussen zorgaanbieders zijn onder andere afspraken aan bod gekomen over tarieven en over de toegang tot waarnemingsregelingen.

Tevens is de werkwijze van de volgende intermediairs onderzocht in hun relatie tot zorgverleners of zorgverzekeraars: het zorgkantoor, de zorgmakelaar en de regiovertegenwoordiger.

Misbruikgedrag

Het verbod op misbruik van een machtspositie is met name relevant voor Nederlandse zorgverzekeraars, omdat deze vaak nog steeds een machtspositie hebben binnen de regio waar zij ooit hun verzekeringsbedrijf hebben opgebouwd.

In het hoofdstuk over zorg en mededinging is het contracteerbeleid van verzekeraars onder de loep genomen.¹⁴ Zo zijn onder andere aan bod gekomen het stellen van registratie- of kwaliteitseisen, het hanteren van voorwaarden ten aanzien van de continuïteit van zorg, het gebruik van een systeem van gekoppelde inkoop, het aanbieden van een declaratievergoeding op basis van verrichtingen in plaats van op basis van een uurtarief, en het hanteren van een benchmark.

Voor zorgverzekeraars bestaat onder het misbruikverbod geen plicht om met alle zorgaanbieders in de regio een zorgcontract te sluiten, noch een verplichting om met alle zorgverleners individueel te onderhandelen.

De NMa en de Nederlandse rechter nemen bij de toetsing van zorgverzekeraarsgedrag aan art. 24 Mw de nodige ruimte voor normatieve afwegingen binnen het misbruikcriterium. Art. 24 Mw kent geen wettelijke exceptie zoals art. 6 Mw die wel kent in de vorm van een lid 3. Uitzonderingsoverwegingen hebben dan plaats binnen de verbodsbepaling zelf, meer precies binnen het misbruikconcept. Belangrijk binnen dit concept is de exceptie van de objectieve rechtvaardigingsgrond voor potentieel abusief gedrag van ondernemingen. Bij de nadere invulling van deze maatstaf komt men uit bij de elementen redelijkheid, transparantie en non-discriminatie.

14 Zie Paragraaf 3.2.3.2. van Hoofdstuk VI.

3.4.4. *Afronding: exceptiemethoden in antitrustzaken in de zorgsector*

In een steeds verder geliberaliseerde sector als de zorg, waarin verschillende groepen ondernemingen in wisselwerking staan met elkaar, zijn de (machts)verhoudingen tussen de verschillende marktspelers natuurlijk van groot belang voor de wijze waarop de markt zich ontwikkelt en het concurrentieproces verloopt. Een belangrijk vraagstuk bij de toepassing van het antitrustrecht binnen dit domein, is dan ook of en hoe de marktmacht, respectievelijk het gebrek aan marktmacht, van actoren in de zorgsector verdisconteerd wordt in het mededingingsbeleid. Zo komt dit element terug in de visie van de NMa op het preferentiebeleid van zorgverzekeraars in het kader van een art. 6 Mw-afweging: verzekeraars mogen zich onder bepaalde voorwaarden als één blok opstellen ten opzichte van farmaceuticaleveranciers.

Excepties voor het kartelverbod

In de literatuur vindt men de stelling dat mededingingsautoriteiten rekening moeten houden met de noodzaak van *countervailing power* vanuit het zorgverleningsveld tegen de dominante marktmacht van de zorgverzekeraars aan de inkoopzijde. Een dergelijke benadering zou beter passen bij de economische realiteit van de zorgsector en het belang van de consument. Bovendien zou een dergelijke aanpak de kwaliteit en de continuïteit van de zorgverlening ten goede (kunnen) komen. Het staat echter buiten kijf dat een situatie waarin zorgaanbieders zich zouden verenigen om hun onderhandelingspositie ten opzichte van verzekeringsmaatschappijen te verbeteren, in beginsel in strijd komt met het kartelverbod.

Indien een mededingingsautoriteit daadwerkelijk (meer) rekening zou willen houden met de bij de verschillende actoren aanwezige marktmacht in haar analyse en beoordeling van een mogelijke samenwerking binnen bepaalde groepen zorgondernemingen onder het kartelverbod, is de vraag welke methode zij hiervoor het beste kan gebruiken. Verschillende manieren staan in principe open om in de kern mededingingsbeperkende samenwerkingsvormen tussen leden van een zorgmarktgroep aan een nader onderzoek te onderwerpen en eventueel buiten de werking van het antitrustrecht te houden:

1) *Toepassing van art. 81 lid 3 EG of art. 6 lid 3 Mw*

Met het naar de achtergrond verdwijnen van de ordoliberalen zienswijze, vindt toepassing van deze bepaling in marktmacht-situaties minder snel

plaats. Centraal bij deze exceptie staat economische efficiëntie die direct ten goede komt aan de consument, niet de positie van kleinere of zwakkere ondernemingen in een marktsector.

2) *Toepassing van art. 86 lid 2 EG of art. 11/25 Mw*

Deze bepaling komt om de hoek kijken wanneer men kan aantonen dat zorgverleners een door de overheid toebedeelde taak van algemeen belang op economische wijze uitvoeren.

In de jurisprudentie is de toepassing van art. 86 lid 2 van oudsher gericht op zaken waarin ondernemingen van overheidswege een exclusief recht toegekend hebben gekregen, en daarvan gebruik maken teneinde 'cherry picking' te voorkomen. Het gaat dan om universele dienstverleningszaken waarin de continuïteit van de levering van bepaalde goederen of diensten door een onderneming centraal staat – en bedreigd wordt door het voornoemde fenomeen.

De verlening van exclusieve rechten treft men doorgaans niet aan in het deel van het Nederlandse zorgverleningstelsel waar marktwerking is geïntroduceerd. Weliswaar zijn veel zorgaanbieders vergunningplichtig (denk aan de Wet toelating zorginstellingen), en dienen beroepsbeoefenaren zich aan allerlei wettelijke en deontologische eisen te houden (denk aan de Wet BIG en het medisch tuchtrecht), van een exclusieve wettelijke gebiedsverdeling is echter geen sprake.

In de zorgverzekeringsbranche wordt het risico op 'cherry picking' gemitigeerd middels een wettelijk verbod op risicoselectie en het gebod van de acceptatieplicht. Deze Zvw-bepalingen hebben echter algemene werking en gelden dus voor alle spelers in het veld – van *exclusieve* rechten of plichten is in dit opzicht geen sprake.

Toch hoeft de toepassing van art. 86 lid 2 EG niet beperkt te zijn tot constructies waarbij de overheid formeel exclusieve rechten verstrekt. Met het arrest *Ambulanz Glöckner* had het Hof van Justitie al laten zien dat voor art. 86 lid 2 EG een rol weggelegd is in de zorgsector. De staatssteunzaken betreffende het Ierse en Nederlandse risicovereveningssysteem in de zorgverzekeringsmarkt plaveiden waarschijnlijk de weg naar een ruimer toepassingsbereik van art. 86 lid 2 EG in deze sector.

In de Ierse staatssteunzaak concludeerde het Gerecht dat voor de toepassing van art. 86 lid 2 geen uitsluitend of bijzonder recht hoeft te zijn verleend. Het volstaat dat de onderneming die met een taak van algemeen economisch belang wordt belast, verplicht is haar diensten te verstrekken

aan elke gebruiker die daarom vraagt. Met andere woorden, de verplichte aard van de dienst en dus het bestaan van een taak van algemeen economisch belang zijn bewezen, indien de dienstverlener verplicht is contracten te sluiten tegen vaste condities, zonder de andere contractpartij te kunnen afwijzen.

In de zorgverzekeringssector kan men in het kader van een eventueel bestaande DAEB (ook wel TAEB) en de daarmee samenhangende verplichtingen, denken aan de acceptatieplicht, uniforme tariefstelling, levenslange dekking en minimumprestaties.

Het lijkt logisch dat een onderneming de exceptie van art. 86 lid 2 EG alleen kan invoeren om mededingingsbeperkingen te rechtvaardigen die direct voortvloeien uit of samenhangen met DAEB-verplichtingen die haar door de overheid zijn opgelegd. Het is dus niet zo dat deze bepaling invoerbaar is bij iedere mededingingsbeperkende handeling van een onderneming die is belast met een DAEB.

In de zorgverleningsmarkt is het de vraag of een DAEB-belasting aantoonbaar is. Voor bijna alle medische hulpverleners bestaan beroepsregels, en zorgverlenende instanties hebben te maken met een uitgebreid pakket aan wettelijke eisen. Het is echter twijfelachtig of deze dwingend genoeg zijn om vorm te geven aan een DAEB. Wellicht dat eventueel bestaande wettelijke zorgplichten, gericht tot bepaalde zorgaanbieders, de conclusie zouden kunnen rechtvaardigen dat sprake is van een DAEB aan zorgverleningszijde.

3) *Benadering waarin zorgactoren worden gezien als betrokkene in een (uiteindelijk) publiekrechtelijke regelgevingsprocedure*

Deze methode leent zich voor het buiten de reikwijdte van het antitrustrecht houden van activiteiten van zorgactoren, in procedures (i) waarin zij louter om een advies gevraagd worden bij de totstandkoming van een besluit van een publiekrechtelijke instantie, of (ii) waarin sprake is van een mechanische wetstoepassing.

4) *Toepassing van de maatschappelijke 'rule of reason'*

De Gemeenschapsrechter heeft de maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht vooralsnog niet expliciet erkend. Van enige sympathie voor de *onderliggende benadering* lijkt wél sprake.¹⁵ In de zorg heeft de

¹⁵ Zie hierover Paragraaf 4.3.1. van dit hoofdstuk.

Gemeenschapsrechter (nog) geen ervaring met de toepassing van de 'rule of reason'.

Toepassing van een 'rule of reason'-redenering binnen de zorgsector in een marktmacht-situatie zou neerkomen op een getrapte constructie: zorgactoren bundelen hun marktmacht om uiteindelijk als groep bepaalde zorgbelangen, zoals kwaliteit en continuïteit van zorg, te kunnen bewerkstelligen. Dit is geen ongewone benadering in het Europese recht: de Gemeenschapsrechter heeft in vrijverkeerszaken de financiële en organisatorische stabiliteit van het nationale zorgstelsel erkend als legitimatie voor het bestaan van bepaalde beperkingen voor patiënten (op het gebied van intramurale zorg). Achter deze financiële en organisatorische stabiliteit gaat dan het belang van duurzame, kwalitatief goede zorg schuil die op continue basis aangeboden kan worden. Van een gang van zaken op basis van puur economische redenen, is geen sprake.

Bij toepassing van de maatschappelijke 'rule of reason' is het criterium van de proportionaliteit¹⁶ over het algemeen het meest cruciaal. Indien maatregelen deze toets doorstaan, zullen de andere 'rule of reason'-voorwaarden veelal niet meer voor grote problemen zorgen.

De 'rule of reason' en haar proportionaliteitscriteria zullen niet gemakkelijk tot een exceptie leiden in marktmacht-casus, ook al zouden zorgbelangen (indirect) gediend zijn met blokvorming aan de kant van de zorgverleners. Dit heeft te maken met de flagrante aard van de mededingingsrechtelijke schending indien groepen zorgaanbieders daadwerkelijk hun gedrag onderling zouden afstemmen en daarmee de prijs van hun diensten mogelijk zouden opdrijven.

Een mededingingsautoriteit zou zich waarschijnlijk afvragen of dit type samenwerking nu wel geschikt is om bepaalde zorgkwaliteitsdoelen te dienen. Het aantonen van de noodzakelijkheid van dergelijke afspraken zou in ieder geval een probleem vormen, mede gezien het bestaan van andere kwaliteitsbewakinginitiatieven in de zorgsector. Een mededingingsautoriteit zou waarschijnlijk zelfs de proportionaliteit *sensu stricto* (toch de politiek meest beladen maatstaf van de drie proportionaliteitscriteria) in twijfel trekken.

16 De proportionaliteitstoets (proportionaliteit in brede zin) valt uiteen in de deelvoorwaarden geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid (proportionaliteit *sensu stricto*).

Dit neemt niet weg dat in de toekomst de structuur van de zorgmarkt en de verhoudingen tussen zorgactoren zo kunnen veranderen dat een ander-soortige analyse op haar plaats is.

Excepties voor het misbruikverbod

In de rechtspraak en beschikkingspraktijk betreffende de zorgsector staan de wettelijke en buitenwettelijke uitzonderingsmethoden bij het misbruik-verbod veel meer op de achtergrond dan bij het kartelverbod.

Bij misbruikzaken betreffende de zorgsector gebruiken de NMa en de Nederlandse rechter de figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond als (interne) uitzonderingsmethode, die binnen het misbruikbegrip zelf aan bod komt. Deze rechtvaardigingsgrond vertoont conceptueel gelijkenissen met de (maatschappelijke) 'rule of reason' in het kartelrecht.

3.5. Mededingingsrecht en milieubescherming

3.5.1. Art. 6 EG: het milieu-integratiebeginsel

Milieubescherming bekleedt een belangrijke positie in het EG-Verdrag, in de vorm van een integratiebepaling in art. 6 EG in het Eerste Deel bij de beginselen van het EG-recht. Deze voorname plaats ten spijt, heeft het milieubelang geen *a priori* voorrang op andere beleidsdoelstellingen binnen het Verdrag. Het kan dus niet zomaar een zelfstandig beleidsterrein als het mededingingsrecht aan de kant zetten.

In het Verdrag van Lissabon krijgt het milieu-integratieprincipe overigens gezelschap van een aantal andere integratiebeginselen in het Eerste Deel. Hiermee is zijn prominente positie zeker aan inflatie onderhevig.

Wel kan het milieu-integratiebeginsel dienen als kapstok om een aanzienlijke invloed van milieubelangen op de toepassing van het mededingingsrecht aan op te hangen. Art. 81 lid 3 EG zou hier bijvoorbeeld een kader voor kunnen vormen. Men ziet dat de Commissie in de loop der tijd een beleidsstramien heeft ontwikkeld voor de invulling van de vier voorwaarden van art. 81 lid 3 EG met het oog op milieufactoren.

3.5.2. Art. 174 lid 2 EG: het vervuiler betaalt-beginsel en de internalisatie van milieukosten

Een tweede principe dat bepalend kan zijn voor de verhouding tussen mededinging en milieu in het EG-recht, is het vervuiler betaalt-beginsel, op-

genomen in art. 174 lid 2 EG. Het gaat uit van vergoeding van de prijs die milieuverbruik en milieuvervuiling met zich mee brengen. Milieubelangen vinden hierin een economische vertaling. Met dit beginsel in de hand kunnen overheden in hun beleidsdoelstellingen de nadruk leggen op het economisch kenbaar maken van afval- en vervuilingproductie. Het uiteindelijke doel is te voorkomen dat ondernemingen hun afvalstoffen in het milieu dumpen zonder dat daar een directe kostprijs tegenover staat.

In het verlengde van het vervuiler betaalt-beginsel ligt het principe van de internalisatie van milieukosten, dat uitgaat van het volledig verhalen van de milieukosten van een product of dienst op de eindgebruiker. Het vervuiler betaalt-beginsel vormt in dit opzicht de schakel tussen het mededingingsbeleid en milieubescherming. Uiteindelijk is de doelstelling dat ondernemingen in volle concurrentie met elkaar via een zorgvuldige productiewijze én innovatie proberen om de milieukosten (en daarmee de prijs van hun eindproduct) zo laag mogelijk te houden.

Ondernemingen worden op deze manier aangemoedigd op zoek te gaan naar minder vervuilende producten en technieken. Zo zou een meer rationeel gebruik van schaarse milieugoederen binnen bereik kunnen komen.

De theorie van de daadwerkelijke internalisatie klinkt mooi, maar aan de uitvoering in de praktijk zitten enige belangrijke haken en ogen. Overheden zijn lang niet altijd in staat om zorg te dragen voor een stelsel waarin milieuschade volledig voor rekening komt van de ondernemingen die deze veroorzaken. De rekening voor het milieuverbruik komt niet terecht bij de consumenten die het product of de dienst in kwestie afnemen, maar zal uiteindelijk (op langere termijn) worden voorgelegd aan de burger (belastingbetaler).

Het milieubelang is dus niet zomaar in te passen in een economische (mededingingsrechtelijke) beoordeling, omdat het mechanisme van marktwerking dit belang (nog) niet volledig absorbeert. Het is niet altijd mogelijk om het vervuiler betaalt-principe volledig door te voeren of te handhaven in het economische verkeer. Hierdoor zijn de kosten van milieuvervuiling nog onvoldoende geïnternaliseerd in economische handelingen. Zolang van een integrale allocatie van vervuilingkosten geen sprake is, kan het concurrentieproces een minimalisatie van deze kosten niet bewerkstelligen.

3.5.3. *De beleidsperspectieven van de Gemeenschap betreffende de relatie tussen milieu en mededinging*

De 'Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 EG op horizontale samenwerkingsovereenkomsten' bevatten een aparte paragraaf over milieuovereenkomsten. De Richtsnoeren beschrijven dat milieuovereenkomsten die onder art. 81 lid 1 vallen, bij de beoordeling van een ontheffing op grond van lid 3 aanspraak kunnen maken op economische voordelen (conform de eerste voorwaarde) die op individueel of algemeen consumentenniveau (conform de tweede voorwaarde) opwegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging. Om aan de vereisten voor ontheffing te voldoen moeten er uit de overeenkomst netto-voordelen voortvloeien in termen van verminderde milieuschadelijkheid in vergelijking met een situatie waarin niets wordt ondernomen. Met andere woorden, de verwachte economische voordelen moeten opwegen tegen de kosten. Deze afweging vindt plaats via het proportionaliteits- of redelijkheids criterium.

De tweede voorwaarde van lid 3 dat een billijk aandeel van de uit de overeenkomst voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede moet komen wordt enigszins geabstraheerd, in de zin dat ook consumenten in het algemeen beschouwd worden als begunstigden.

Verder is van belang de nadruk die de Commissie legt in de Richtsnoeren op het uitgangspunt dat een milieuovereenkomst onmisbaar moet zijn om het betreffende milieueffect te behalen (conform de derde voorwaarde).

In het kader van de vierde voorwaarde is van belang dat overeenkomsten de concurrentie op termijn niet uitschakelen: geen in tijd ongelimiteerde bepalingen dus.

Uit voornoemde richtsnoeren blijkt dat de Commissie een toetsing van milieubelangen *binnen* het economisch kader van art. 81 lid 3 voorstaat.

3.5.4. *De beschikkingspraktijk van de Commissie: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 81 EG*

De Commissie heeft zich in het verleden met grote regelmaat gebogen over ontheffingsaanvragen voor milieuovereenkomsten in het kader van art. 81 lid 3 EG. Uit de beschikkingspraktijk van de Commissie kunnen de volgende conclusies worden getrokken met betrekking tot de 'integratie' van milieubelangen in de vier voorwaarden.

Er zijn een aantal typen overeenkomsten te onderscheiden die snel tot spanningen kunnen leiden tussen mededingingsbelangen en milieubelan-

gen in het kader van art. 81 lid 3. Deze hebben bijvoorbeeld betrekking op technische milieustandaarden en -labels; de gezamenlijke ontwikkeling van nieuwe, minder vervuilende productiemethoden of -systemen; vermindering van energieverbruik; gezamenlijke afvalverwerking- en recyclagesystemen; doorberekeningsafspraken van ondernemers met betrekking tot consumenten.

De eerste voorwaarde van art. 81 lid 3 luidt dat een overeenkomst moet bijdragen tot de verbetering van de productie of distributie of tot de verbetering van de technische of economische vooruitgang.

Afspraken over de ontwikkeling van nieuwe milieuvriendelijke producten zijn relatief eenvoudig in overeenstemming te brengen met het belang van de technische of economische innovatie (de eerste voorwaarde).

Afspraken waarbij ondernemingen zich verplichten bepaalde handelingen na te laten of juist te verrichten met het oog op milieubescherming, alsmede afspraken over de afvalverwerking, kunnen ook bijdragen aan de (vervulling van de) eerste voorwaarde. Het dienen van economische doelen hoeft bij dit soort afspraken echter niet altijd synchroon te lopen met het dienen van milieudoelen. De verhouding tussen het economisch belang en het milieubelang kan in die zin problematisch zijn.

De tweede voorwaarde uit art. 81 lid 3 van een billijk voordeel voor de gebruiker wordt in sommige gevallen danig opgerekt: indien een milieuovereenkomst voordelen met zich mee brengt voor de burgers in het algemeen, worden die voordelen (tevens) aan de individuele gebruiker van het product in kwestie toegeschreven, ook al zijn deze voor een specifieke gebruiker eigenlijk niet significant.

De Commissie staat sceptisch tegenover prijsafspraken die opgenomen zijn in of voortvloeien uit een overeenkomst tot een gezamenlijk productie- of afvalverwijderingssysteem dat een bepaalde milieudoelstelling dient. Deze prijsafspraken zijn vaak niet in overeenstemming te brengen met de derde voorwaarde van art. 81 lid 3, omdat ze simpelweg niet noodzakelijk zijn in de afspraak om de beoogde milieudoelstellingen te verwezenlijken. Een belangrijk voorbeeld van een prijsafpraak is de vaste doorrekening van verwijderingsbijdragen.

De vierde voorwaarde van de restconcurrentie richt zich vooral op de vraag of milieuafspraken nog voldoende concurrentieparameters open laten, in de zin dat er nog een groot aantal onderdelen van de bedrijfsvoering en productverkoop overblijven waarop de deelnemende ondernemin-

gen met elkaar zullen concurreren. Uiteraard moeten er ook voldoende aanbieders in de markt actief zijn en blijven.

Bij de toetsing aan de voorwaarden van art. 81 lid 3 EG is het opvallend om te zien dat de Commissie in sommige zaken de vier voorwaarden aan de hand van wisselende puur economische en meer milieugerelateerde argumenten invult. Deze argumenten worden door elkaar gebruikt: het ene argument speelt een zwaardere rol bij de invulling van de eerste voorwaarde uit lid 3, het andere heeft weer een grotere waarde bij de invulling van de tweede voorwaarde, etc. Hierdoor is niet altijd even duidelijk hoe zwaar milieugerelateerde argumenten nu precies mee(dienen te)wegen bij de toepassing van elk van de vier criteria van art. 81 lid 3.

De Commissie staat niet toe dat milieubescherming wordt gebruikt als rechtvaardigingsgrond van een overeenkomst die als *doel* heeft de concurrentie te beperken. Milieubescherming mag nooit leiden tot het omzeilen van het concurrentiemechanisme.

Zo mogen ondernemingen het vervuiler betaalt-beginsel niet in de praktijk brengen middels het doorrekenen van milieukosten aan klanten in (onderling gecoördineerde) vaste bijdragen. In dat geval zullen de milieukosten bij gebrek aan concurrentiedruk eenvoudig worden afgewenteld op de afnemers. Voor de producenten is er dan geen stimulans meer om ten aanzien van deze milieukosten te concurreren door, bijvoorbeeld, milieuvriendelijker producten te maken.

De Commissie staat positiever tegenover overeenkomsten die als eerste doel milieubescherming hebben, maar als bijeffect een zekere beperkende invloed uitoefenen op de mededinging. De noodzakelijkheidstoets speelt hierbij een belangrijke rol. Hiermee kan de Commissie ondernemingen dwingen die beperkingen uit de afspraken weg te nemen die niet noodzakelijk zijn voor het bereiken van het milieudoel. Op deze wijze sneuvelen 'hardcore' beperkingen (het opdelen van markten; het wegnemen van prijsconcurrentie) doorgaans. Mededingingsbeperkingen die minder ingrijpend of tijdelijk van aard zijn worden toegestaan, mits ze essentieel zijn voor het verwezenlijken van de milieudoelstellingen in kwestie.

In bijzondere gevallen laat de Commissie een 'hardcore' afspraak toe voor een beperkte periode, namelijk in het geval dat zo'n afspraak een absolute (financiële) voorwaarde vormt voor het opstarten van een systeem dat milieudoelstellingen dient. Denk hierbij aan een afvalverwerkings- en/of recyclingsysteem.

Met een enigszins abstracte (c.q. niet op de daadwerkelijke berekening van efficiëntievoordelen gerichte) interpretatie van art. 81 lid 3 EG in milieuzaken, heeft de Commissie deze bepaling tot een belangrijk uitzonderingsinstrument gemaakt in de collisieproblematiek betreffende milieu- en mededingingsbelangen. Het gebruik van een methode als de maatschappelijke 'rule of reason' in milieuzaken is mogelijk, en theoretisch gezien wellicht zuiverder, maar niet noodzakelijk gezien de ontwikkeling die art. 81 lid 3 EG als exceptie in de jurisprudentie over milieuzaken heeft doorgemaakt. Milieubelangen hebben onder deze laatste bepaling een substantiële rol in de afweging toebedeeld gekregen.

3.5.5. De rechtspraak van de Gemeenschapsrechter: de invloed van milieubelangen op de toepassing van art. 82 en 86 EG

Ondernemingen die vanuit een milieudoelstelling een bepaald exclusief recht toebedeeld hebben gekregen van de overheid, dienen zich uit hoofde van art. 82 EG te houden aan de bijzondere verplichtingen die gelden voor een bedrijf met een machtspositie: non-discriminatie, objectiviteit, redelijke prijzen, adequate bedrijfsvoering. Dezelfde uitgangspunten gelden in principe voor een bedrijf met een zelfstandig verworven monopolie.

Art. 86 lid 2 EG biedt een exceptie voor mededingingsbeperkende ondernemersactiviteiten ten dienste van milieugerelateerde DAEB. De Gemeenschapsrechter is terughoudend in de rechtvaardiging van uitsluitingseffecten in de markt onder deze bepaling, maar sluit de weg niet af – zeker niet als de verlening van een exclusief recht beperkt is in duur.

Vooralsnog honoreert de Gemeenschapsrechter een beroep op art. 86 lid 2 EG niet voor ondernemingen die een machtspositie hebben verkregen met de opbouw van een afvalinzamelingssysteem met landelijke dekking, en middels exclusiviteitscontracten met afvalverwijderingsbedrijven op eigen initiatief hun positie waarborgen.

3.5.6. De beschikkingspraktijk van de NMa betreffende de collisie tussen milieu- en mededingingsbelangen

De NMa weegt in haar beschikkingspraktijk omtrent kartelafspraken bij de invulling van de vier cumulatieve ontheffingsvoorwaarden van art. 6 lid 3 Mw milieubelangen wel degelijk mee. Bij de NMa leiden, net als bij de Commissie, milieuvoordelen overigens enkel in combinatie met (of beter: via de band van) economische voordelen tot een ontheffing.

De NMa volgt in haar beschikkingspraktijk betreffende milieuovereenkomsten de beleidslijn van de Commissie vrij nauwgezet. Wellicht dat de NMa iets soepeler aankijkt tegen afspraken over de vaste doorberekening van bepaalde afvalverwijderingskosten aan de consument, al is de bestaande beschikkingspraktijk van de Commissie en de NMa eigenlijk te smal in omvang en te divers in feiten en omstandigheden, om deze conclusie te kunnen dragen.

4. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

4.1. Inleiding

Over de vijf domeinen in botsing met het mededingingsrecht die in dit boek zijn behandeld, te weten intellectuele eigendom, vrije beroepen, cultuur, gezondheidszorg en milieubescherming, is het volgende te zeggen omtrent de 'inpasbaarheid' in de regels van het antitrustrecht.

De toepassing van art. 81 lid 3 EG ziet men in ruime mate terug in de beschikkingspraktijk van de Commissie en de NMa op het onderwerp milieubescherming. Milieubelangen krijgen een economische dimensie toebedeeld waarmee zij de voorwaarden van art. 81 lid 3 kunnen passeren.

Op deze vrij algemeen toegepaste methodiek is kritiek mogelijk: het is de vraag of milieubelangen zich wel lenen voor een vertaling naar de voorwaarden van art. 81 lid 3 EG, die doorgaans in het licht van economische efficiëntie worden uitgelegd. Zo is het niet altijd eenvoudig om de kosten van milieuvervuiling volledig te berekenen en/of door te rekenen aan de vervuiler, bijvoorbeeld omdat de effecten op langere termijn nog niet goed zijn in te schatten. Voorts richt art. 81 lid 3 zich doorgaans op consumentenvoordelen voor specifieke begunstigten, en niet op algemene voordelen voor de bevolking: milieubescherming kenmerkt zich juist (ook) door het laatste fenomeen.

Daarnaast speelt art. 81 lid 3 EG een beperkte rol in het domein van de cultuur: zowel bij het functioneren van vasteboekenprijssystemen als bij het optreden van collectieve beheersorganisaties is deze bepaling opgekomen in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter.

Op de overige terreinen van dit onderzoek, te weten intellectuele eigendom, (juridische) vrije beroepen en gezondheidszorg, is art. 81 lid 3 EG vooralsnog eigenlijk niet of nauwelijks aan bod gekomen in de jurisprudentie, althans niet op de onderwerpen die in dit boek centraal staan.

Art. 86 lid 2 EG komt als exceptie aan bod in de domeinen gezondheidszorg en milieubescherming. Op het terrein van de gezondheidszorg is de inzet van art. 86 lid 2 EG nog in een pril stadium van ontwikkeling; het gaat om een recente lijn in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter. In ieder geval lijkt op dit punt sprake te zijn van een verbreding van de toepassing van art. 86 lid 2.

In het domein van de vrije beroepen heeft het Hof van Justitie de bepaling vooralsnog buiten beschouwing gelaten, omdat de ondernemersvereniging niet als geadresseerde is opgenomen in art. 86 lid 2 EG. Op het gebied van de intellectuele eigendom (zoals bestudeerd in dit boek) komt art. 86 lid 2 EG eigenlijk niet aan bod: de Gemeenschapsrechter heeft binnen art. 82 EG een specifiek op dit terrein toegesneden benadering ontwikkeld, die uitgaat van een geheel eigen interpretatie van het misbruikverbod. Binnen het cultuurdomein van het collectieve beheer van rechten hebben de Gemeenschapsrechter en de Commissie toepassing van art. 86 lid 2 EG afgewezen. CBO's zouden niet belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang in de zin van art. 86 EG. Het is de vraag of in ieder geval voor wat betreft Nederlandse CBO's geen mogelijkheden tot toepassing van art. 86 lid 2 bestaan.

Het Nederlandsrechtelijke equivalent van art. 86 lid 2 EG dat een exceptie vormt op het misbruikverbod, te weten art. 25 Mw, kan slechts op aanvraag van toepassing verklaard kan worden door de NMa: partijen kunnen haar niet zomaar inroepen als verweer in een procedure. Het equivalent van art. 86 lid 2 EG dat een exceptie vormt op het Nederlandse kartelverbod, te weten art. 11 Mw, is overigens wél direct in rechte inroepbaar.

De exceptie van de objectieve rechtvaardigingsgrond speelt een rol bij de toepassing van het misbruikverbod op het terrein van de gezondheidszorg. Deze benadering komt binnen het misbruikbegrip zelf aan de orde: onder bepaalde voorwaarden is sprake van abusief gedrag, *tenzij* de van misbruik verdachte partij een objectieve rechtvaardigingsgrond aan kan voeren voor haar gedrag. Het gaat daarbij (in ieder geval mede) om een niet-economisch belang. Ongeacht op welke plaats in het toetsingstraject van art. 82 EG en art. 24 Mw de objectieve rechtvaardigingsgrond precies aan bod komt, inhoudelijk heeft hij de werking van een exceptie.

De objectieve rechtvaardigingsgrond vindt men ook terug in de rechtspraak op het snijvlak van IE- en mededingingsrecht, en wel als onderdeel van de *Magill/IMS Health*-doctrine.

In rechtspraak op het vlak van het collectieve rechtenbeheer (cultuur) komt deze figuur zelfs naar voren als exceptie op het kartelverbod, al zijn de afwegingen in dat verband vrij economisch van aard.

Tussen de objectieve rechtvaardigingsgrond betreffende het misbruikverbod en de (maatschappelijke) 'rule of reason' betreffende het kartelverbod ziet men een conceptuele gelijkenis.¹⁷

Uit de analyse van de door de Gemeenschapsrechter en de mededingingsautoriteiten (inclusief de Commissie) gebruikte exceptiemethoden en -technieken, blijkt dat er tot nu toe nog geen coherente benadering is om niet-mededingingsbelangen te integreren in het mededingingsrecht.

4.2. Beantwoording van de onderzoeksvragen

Op basis van de centrale vraagstelling¹⁸ zijn twee onderzoeksvragen geformuleerd in dit boek, waarvan de eerste in deelvragen uiteenvalt.¹⁹ De onderzoeksvragen van dit boek kunnen als volgt beantwoord worden.

4.2.1 Beantwoording van de eerste onderzoeksvraag – subvraag 1

- (a) *Welke criteria worden gebruikt in de Europese en Nederlandse rechtspraak en de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de NMa om de grenzen van het communautaire en het Nederlandse antitrustrecht te bepalen wanneer het in botsing komt met belangen op de volgende terreinen. intellectuele eigendom, (juridische) vrije beroepen, cultuur, gezondheidszorg en milieubescherming?*

¹⁷ Bij het kartelrecht rijst de vraag of de 'rule of reason' een 'interne' mitigatie vormt van het verbod van art. 81 lid 1 EG, of een meer 'externe' exceptie vergelijkbaar met lid 3 van dit artikel. Uiteindelijk lijkt het bij het kartelrecht het meest zinvol om de 'rule of reason' te zien als exceptiemogelijkheid naast aparte bepalingen zoals art. 81 lid 3 EG en art. 86 lid 2 EG. De objectieve rechtvaardigingsgrond van art. 82 EG komt doorgaans aan bod als sluitstuk van de misbruiktoets, maar vormt in zekere zin ook een eigenstandige exceptie van het misbruikverbod.

¹⁸ De vraagstelling van dit boek luidde als volgt: In hoeverre mogen ondernemingen of ondernemersverenigingen onder het Nederlandse en Europese mededingingsrecht regels voorstellen of afspraken maken ter behartiging van andere belangen dan mededingingsbelangen? Welke methoden gebruikt het mededingingsrecht om eventuele collisies met niet-mededingingsbelangen op te lossen, en is het mogelijk om hieruit de meest geschikte te kiezen voor een aantal sectoren en belangen? De geschiktheid van een methode wordt hierbij bezien aan de hand van het houvast dat nauwkeurige, consistente en coherente toetsingscriteria bieden om een balans te vinden tussen botsende belangen. Het zwaartepunt van het onderzoek ligt uiteindelijk bij het vinden van het meest geschikte instrumentarium voor de toepassing van het mededingingsrecht op een aantal geselecteerde gebieden.

¹⁹ Deze deelvragen zijn beschrijvend-analytisch van aard.

Uit het onderzoek blijkt dat bij de toepassing van het *Europese* antitrust-recht de volgende benaderingswijzen cruciaal zijn in de omgang met de vijf geanalyseerde botsingsgebieden:²⁰

- * **Intellectuele eigendom (*misbruikverbod*):**
de *Magill/IMS Health*-doctrine.
- * **Juridische vrije beroepen (*kartelverbod*):**
 - (i) de *Wouters*-doctrine;
 - (ii) benadering waarin beroepsorganisaties worden gezien als onderdeel van een (uiteindelijk) publiekrechtelijke regelgevings-procedure.
- * **Cultuur:**
 - vasteboekenprijssystemen (*kartelverbod*):**
 - (i) het criterium van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel;
 - (ii) art. 81 lid 3 EG.
 - collectief rechtenbeheer (*kartelverbod* respectievelijk *misbruikverbod*):**
 - (i) art. 81 lid 3 EG; respectievelijk
 - (ii) de figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond.
- * **Gezondheidszorg (*kartelverbod* en *misbruikverbod*):**
 - (i) de *AOK/FENIN*-doctrine (begrenzing van het ondernemingsbegrip);
 - (ii) in de toekomst mogelijk art. 86 lid 2 EG;
- * **Milieubescherming**
 - (*kartelverbod*): art. 81 lid 3 EG;
 - (*misbruikverbod*): art. 86 lid 2 EG.

20 Tussen haakjes de antitrustvariant die doorgaans aan de orde komt in het collisie-vraagstuk op het betreffende thema.

Dit levert de volgende twee schema's op:

Schema *status quo* gebruik exceptiemethoden Europees kartelverbod

	Criterium van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel	Art 81 lid 3 EG	Art 86 lid 2 EG	Wouters-doctrine	AOK / FENIN-doctrine	Ondernemersvereniging / onderneming onderdeel publiekrechtelijke regelgevingsprocedure
Juridische vrije beroepen				✓		✓
Cultuur (vaste-boekenprijs systemen)	✓	✓				
Cultuur (collectief rechten-beheer)		✓				
Gezondheidszorg			✓ *			
Milieubescherming		✓				

* (wellicht in de toekomst)

Schema *status quo* gebruik exceptiemethoden Europees misbruikverbod

	Criterium van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel	Art 86 lid 2 EG	Magill / IMS Health-doctrine	AOK / FENIN-doctrine	De figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond
Intellectuele eigendom			✓		
Cultuur (collectief rechten-beheer)					✓
Gezondheidszorg		✓ *		✓	
Milieubescherming		✓			

* (wellicht in de toekomst)

Uit het onderzoek blijkt dat bij de toepassing van het *Nederlandse* antitrust-recht, de volgende benaderingswijzen cruciaal zijn in de omgang met de vijf geanalyseerde botsingsgebieden:²¹

- * **Intellectuele eigendom (*misbruikverbod*):**
de *Magill/IMS Health*-doctrine, zoals uiteindelijk bevestigd in de *Telegraaf*-zaak.
- * **Juridische vrije beroepen (*kartelverbod*):**
de *Wouters*-doctrine.
- * **Cultuur:**
 - vaste boekenprijs (*kartelverbod*):**
de wettelijke status van de regeling bij formele wet.
 - collectief rechtenbeheer (*misbruikverbod*):**
 - (i) ontoereikendheid van het mededingingsrechtelijke instrumentarium;
 - (ii) de figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond.
- * **Gezondheidszorg (*kartelverbod*):**
 - (i) art. 6 lid 3 Mw;
 - (ii) benadering waarin zorgactoren worden gezien als betrokkene in een (uiteindelijk) publiekrechtelijke regelgevingsprocedure;
 - (iii) in de toekomst mogelijk art. 7 Mw (*De Minimis*-regeling) in versterkte vorm;**(*misbruikverbod*):**
 - (i) strenge eisen aan misbruik;
 - (ii) de figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond.
- * **Milieubescherming (*kartelverbod*):** art. 6 lid 3 Mw (voorheen art. 17 Mw).

21 Tussen haakjes de antitrustvariant die doorgaans aan de orde komt in het collisie-vraagstuk op het betreffende thema.

Dit levert de volgende twee schema's op:

Schema *status quo* gebruik exceptiemethoden Nederlands kartelverbod

	Wettelijke status van de regeling bij formele wet	Art 6 lid 3 Mw (voorheen art 17 Mw)	Art 7 Mw na wetswijziging (versterking in <i>De Minimis</i> -regeling)	Art 11 Mw	Wouters-doctrine	AOK / FENIN-doctrine	Ondernemersvereniging / onderneming onderdeel publiekrechtelijke regelgevings-procedure
Juridische vrije beroepen					✓		
Cultuur (vast-boeken-prijs-systemen)	✓						
Gezondheidszorg		✓	✓				✓
Milieu-bescherming		✓					

Schema *status quo* gebruik exceptiemethoden Nederlands misbruikverbod

	Ontoereikendheid van het mededingingsrechtelijke instrumentarium	Strengere eisen van misbruik	Art 25 Mw	Magill / IMS Health-doctrine (zoals uiteindelijk bevestigd in de <i>Telegraaf</i> -zaak)	AOK / FENIN-doctrine	De figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond
Intellectuele eigendom				✓		
Cultuur (collectief rechten-beheer)	✓					✓
Gezondheidszorg		✓				✓

4.2.2. Beantwoording van de eerste onderzoeksvraag – subvraag 2

- (b) *Zijn er verbanden aan te wijzen tussen de juridische benaderingswijzen die in elk van de geselecteerde gebieden worden gebruikt teneinde de botsing met het Europese en Nederlandse antitrustrecht op te lossen, welke verbanden samenhangen met de aard van deze gebieden en de overeenkomsten daartussen?*

Uit het onderzoek blijkt dat het antitrustrecht (althans de rechtspraak en beschikkingspraktijk over dit rechtsgebied) de geselecteerde terreinen relatief onsamenvattend en niet-uniform benadert bij het bepalen van zijn toepasselijkheid. Het mededingingsrecht hanteert een eigen, karakteristieke benadering ten opzichte van ieder onderzocht botsingsgebied.

Dit geldt in het bijzonder voor het kartelverbod. Vele exceptievarianten komen voorbij:

- i) Voorwaarden van het kartelverbod zelf: denk aan (a) de ontkenning van het bestaan van een beïnvloeding van de tussenstaatse handel; (b) de begrenzing van het ondernemingsbegrip (de AOK/FENIN-doctrine)^{22,23};
- ii) Verdragsrechtelijke uitzonderingsbepalingen, zoals (a) art. 81 lid 3 en (b) art. 86 lid 2 EG;
- iii) Jurisprudentiële exceptiemethoden, zoals (a) de *Wouters*-benadering,²⁴ (b) de *Meca-Medina*-methode,²⁵ (c) de *Brentjens*-techniek;²⁶
- iv) 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.²⁷

Bij het misbruikverbod ziet men vaker één bepaalde benadering terugkomen in de geselecteerde gebieden: veelal gaat het hier om art. 86 lid 2 EG

22 Zie hierover Paragraaf 2 3 2 – 2 3 4 van Hoofdstuk VI

23 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. Hierbij speelt ook mee dat vraagtekens gezet kunnen worden bij de wijze waarop de Gerechtshof in bepaalde zaken toepassing heeft gegeven aan deze criteria

24 Zie hierover Paragraaf 2 3 4 van Hoofdstuk IV

25 Zie hierover Paragraaf 3 8 3 van Hoofdstuk II

26 Zie hierover Paragraaf 3 8 1 van Hoofdstuk II

27 Zoals gebeurd is met de uitvaardiging van de Nederlandse Wet op de vaste boekenprijs in verband met het kartelverbod van de Mededingingswet

of de figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond. In een enkel geval blijft het misbruikverbod buiten toepassing vanwege de ontoereikendheid van het wettelijk misbruikinstrumentarium zelf. Ook bij het misbruikverbod treft men overigens eigenstandige, toegespitste jurisprudentiële exceptiemethoden aan, zoals de *Magill/IMS Health*-doctrine.

4.2.3. Beantwoording van de eerste onderzoeksvraag – subvraag 3

(c) *Hoe ziet het evenwicht er uit dat in elk van de vijf gebieden wordt bereikt in de botsing tussen mededingings- en niet-mededingingsbelangen?*

1) In de botsing tussen het intellectuele eigendoms- en mededingingsrecht neemt het IE-recht vooralsnog een stevige positie in en holt de balans enigszins door in de richting van het laatstgenoemde rechtsgebied.

2) De deontologische regelgeving van de juridische vrije beroepen ligt al jaren onder vuur, mede van de kant van het antitrustrecht. Toch is in het bijzonder de Gemeenschapsrechter terughoudend om beroepsregels al te snel aan de kant te schuiven. Vaste tarieven en het verbod op 'no cure no pay' verkeren in de gevarenzone. Andere beroepsregels, waaronder voorschriften ter borging van de deskundigheid en onafhankelijkheid van de beroepsbeoefenaren en de kwaliteit van dienstverlening, zijn vooralsnog veilig voor het antitrustrecht.

3) Op cultureel vlak worden de nationale vasteboekenprijssystemen uit de mededingingsrechtelijke wind gehouden. Het kartelverbod laat dit type 'hardcore restricties' vooralsnog met rust. Tariefssystemen voor literatoren zijn in Nederland wel in zwaar weer terecht gekomen.

De toepassing van het antitrustrecht op gedragingen van collectieve beheerorganisaties is vrij diffuus, en nog immer sterk in ontwikkeling. Het veld van het collectieve beheer wordt ook vanuit andere wets- en beleids-terreinen kritisch gevolgd, zowel door de nationale wetgever als door de Europese Commissie en het Europees Parlement. Vooralsnog laat het antitrustrecht CBO's relatief vrij in hun optreden. In een markt waarin zoveel veranderingen gaande zijn, is het lastig om de toekomst te voorspellen, maar duidelijk is wel dat de concurrentiedruk tussen de verschillende organisaties toe zal nemen.

4) De Nederlandse gezondheidszorg vormt in Europa een atypische sector, omdat Nederland een van de eerste lidstaten is die een zo vergaande liberalisering en ook privatisering van het stelsel doorvoert. De komen-

de jaren zal het evenwicht tussen mededingings- en zorgbelangen en mededingings- en solidariteitsbelangen zich nader moeten uitkristalliseren. Vooralsnog lijkt het kartelrecht streng wat betreft de mogelijkheid van samenwerking tussen zorgactoren (denk aan blokvorming aan de kant van zorgverleners tegenover zorgverzekeraars): het kartelverbod is al snel van toepassing. Misschien kan de op handen zijnde verruiming van de bagatelregeling van de Mededingingswet (neergelegd in art. 7) de zorgaanbieders in dit kader meer ruimte bieden voor samenwerking.²⁸

Het misbruikrecht is tamelijk liberaal wat betreft het optreden van zorgverzekeraars in hun onderhandelingen met zorgverleners over zorgcontracten: van schending van het misbruikverbod is niet snel sprake.

De zorgsector blijft hoe dan ook een veld in (grote) beweging. Dit brengt inherent de nodige onzekerheid met zich mee, ook omtrent de toepassing van het mededingingsrecht.

5) Op het vlak van milieubescherming bestaan er goede mogelijkheden voor ondernemingen om milieuovereenkomsten te sluiten die bijdragen aan een vermindering van milieuvervuiling of een zuiniger omgang met grondstoffen, al zijn 'hardcore restricties' daarbij taboe.

4.2.4. Beantwoording van de tweede onderzoeksvraag

De tweede vraag is normatief van aard:

*Welke juridische benaderingswijze is het meest geschikt²⁹ om een afweging te maken tussen mededingings- en niet-mededingingsbelangen bij de toepassing van het Europese en Nederlandse antitrustrecht in elk van de vijf geselecteerde terreinen, en tot welke uitkomst leidt deze afweging van belangen binnen elk gebied met de in casu 'meest geschikte benaderingswijze'?*³⁰

28 Zie hierover nader Paragraaf 3.3.3 van Hoofdstuk VI

29 Onder 'de meest geschikte benaderingswijze' wordt hier verstaan het juridische instrument of de methode waarmee met het oog op de criteria die eigen zijn aan elk van de beschikbare instrumenten/methoden in wet en rechtspraak en gezien de feitelijke omstandigheden van het geval, het meest precies een evenwicht kan worden bepaald tussen de botsende belangen in kwestie. Het gaat er hierbij om welk middel de best uitgewerkte maatstaven biedt om de weging van belangen zo nauwkeurig en expliciet mogelijk en op consistente wijze te structureren, en aldus het meeste houvast verschaft aan de beoordelende instantie

30 Hierbij hoeft binnen elk geselecteerd terrein niet bij voorbaat sprake te zijn van een uniforme benadering: verschillende onderdelen van het deelgebied kunnen de toepassing van uiteenlopende juridische methoden vergen

Uit het onderzoek in dit boek blijkt dat de talrijke omgangsbenaderingen waarmee het antitrustrecht (althans de rechtspraak en beschikkingspraktijk over dit rechtsgebied) de collisies met de geselecteerde terreinen tegemoet treedt, niet altijd op hun plaats zijn, c.q. niet juist worden toegepast. Dit boek beantwoordt de vraag of er één of enkele beter werkende alternatieven voorhanden zijn voor de talrijke opties positief.

De maatschappelijke 'rule of reason' zou als exceptie een belangrijkere, of in ieder geval meer expliciete rol kunnen spelen in de wijze waarop het mededingingsrecht de terreinen van de vrije beroepen, cultuur, en eventueel gezondheidszorg en milieubescherming benadert. Omdat de 'rule of reason' een consistente, algemeen werkende exceptiemethode is, zorgt zij voor meer coherentie in de wijze waarop het antitrustrecht omgaat met niet-mededingingsbelangen.

Art. 86 lid 2 EG en art. 25 (en 11) Mw zouden als exceptie een belangrijke rol kunnen spelen in het gebied van de gezondheidszorg en in het veld van het collectieve rechtenbeheer (cultuur). Genoemde uitzonderingsbepalingen spelen een beperkte rol op het terrein van de milieubescherming, waar het gaat om het functioneren van recyclage- en afvalverwerkingsystemen met bepaalde exclusiviteitskenmerken. Deze rol kan in stand blijven.

Art. 86 lid 2 EG en art. 25/11 Mw hebben als exceptiebepalingen overigens het nadeel dat zij in hun toepassing substantieel beperkt zijn, omdat zij in feite enkel gelden voor ondernemingen die zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Hiervan is niet zomaar sprake.

Op het terrein van de milieubescherming, spelen art. 81 lid 3 EG en art. 6 lid 3 Mw een voorname rol waar het gaat om milieuovereenkomsten tussen ondernemingen. Hoewel genoemde artikelen niet bepaald zijn toegesneden op toepassing in dit type milieucasuïstiek, hebben de Commissie en de NMa in hun beschikkingspraktijk een benadering gehanteerd die deze bepalingen *de facto* tot de belangrijkste exceptiemiddelen maakt in milieuzaken. Deze rol kan in stand blijven.

In zijn benadering van het mededingingsrecht dient het intellectuele eigendomsrecht als maatstaf te gebruiken het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden', waaronder ter nadere invulling een aantal meer specifieke, alternatieve, sets van criteria hangen. De *Magill/IMS Health*-variant is er daar één van.

Concluderend stelt de auteur van dit boek voor om de vele, zeer uiteenlopende exceptiemethoden en -technieken te beperken, en in zowel het Europese als het Nederlandse antitrustrecht de volgende instrumenten te gebruiken in de omgang met de vijf geanalyseerde botsingsgebieden:³¹

- * **Intellectuele eigendom (*misbruikverbod*):**
hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden, met daaronder een aantal nader uitgewerkte en toegespitste exceptievarianten (waaronder de *Magill/IMS Health*-variant).
- * **Juridische vrije beroepen (*kartelverbod*):**
'rule of reason'.
- * **Cultuur:**
vaste boekenprijs en vaste tarieven voor letterkundigen (*kartelverbod*):
 - 'rule of reason';**collectief beheer van rechten:**
 - 'rule of reason' of art. 86 lid 2 EG/11 Mw (*kartelverbod*);
 - de figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond of art. 86 lid 2 EG/25 Mw (*misbruikverbod*).
- * **Gezondheidszorg:**
 - de 'rule of reason' of eventueel art. 86 lid 2 EG/art. 11 Mw (*kartelverbod*);
 - de figuur van de objectieve rechtvaardigingsgrond of eventueel art. 86 lid 2 EG/art. 25 Mw (*misbruikverbod*).
- * **Milieubescherming:**
 - art. 81 lid 3 EG/art. 6 lid 3 Mw of eventueel de 'rule of reason' (*kartelverbod*);
 - art. 86 lid 2 EG/art. 25 Mw (*misbruikverbod*).

31 Tussen haakjes de antitrustvariant die doorgaans aan de orde komt in het collisie-vraagstuk op het betreffende thema.

Dit levert de volgende twee schema's op:

Schema voorstel gebruik exceptiemethoden kartelverbod

	Art 81 lid 3 EG / Art 6 lid 3 Mw	Art. 86 lid 2 EG / Art 11 Mw	Rule of reason
Juridische vrie beroepen			✓
Cultuur (vaste boekenprijs- systemen)			✓
Cultuur (collectief rechten- beheer)		✓	✓
Gezondheidszorg		✓ *	✓
Milieubescherming	✓		✓

* (wellicht in de toekomst)

Schema voorstel gebruik exceptiemethoden misbruikverbod

	Art. 86 lid 2 EG / Art. 25 Mw	De figuur van de objectieve rechtvaar- digingsgrond	Hoofdcriterium van de uitzonderlijke omstandigheden <i>Magill / IMS Health</i> - doctrine is hierbinnen één van de varianten
Intellectuele eigendom			✓
Cultuur (collectief rechten- beheer)	✓	✓	
Gezondheidszorg	✓ *	✓	
Milieubescherming	✓		

* (wellicht in de toekomst)

4.3. Het gebruik van de 'rule of reason'

Uit de voorgaande paragraaf komt naar voren dat de Europese oftewel maatschappelijke 'rule of reason'-benadering in een aantal van de onderzochte domeinen een geschikte methode kan zijn voor de afweging van belangen in het kader van de toepassing van het kartelverbod. De maatschappelijke 'rule of reason' kan onder andere een functie hebben op het terrein van de vrijeberoepsregelgeving en van cultuur (c.q. het vasteboe-

kenprijssysteem), en wellicht ook op het gebied van de gezondheidszorg en milieubescherming.

Hieronder volgt een nadere beschouwing over deze in de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter tot ontwikkeling gekomen exceptie, waarbij onder andere begripsvorming, inhoud, en haar plaats tussen de andere exceptiemodi aan bod komen. Ook komt de (potentiële) betekenis van de 'rule of reason'-benadering voor het mededingingsrecht aan bod, alsmede argumenten voor een meer openlijke toepassing van deze methode binnen het antitrustrecht.

4.3.1. Begripsduiding

In de zoektocht naar het juiste model om de collisie tussen mededingings- en niet-mededingingsbelangen bij de toepassing van het mededingingsrecht op te lossen, zou gezocht moeten worden naar het meest verfijnde instrument dat in het Europese recht voorhanden is om op een zo precies mogelijke wijze een afweging te kunnen maken tussen beide typen belangen. Van wezenlijk belang hierbij is dat de verschillende stappen duidelijk uitgewerkt zijn, zodat de afweging zo gericht en expliciet mogelijk plaats kan vinden.

Van de Europese wetgever hoeven we 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 het EG-Verdrag: de lidstaten hebben het door de jaren heen al moeilijk genoeg gehad met andere wijzigingen van de Europese Verdragen. Het is aan de rechtspraak en de literatuur om, zo goed en zo kwaad als dat gaat, een oplossing te vinden voor de voorliggende problematiek.

De maatschappelijke 'rule of reason'-benadering komt er op neer dat de toepassing van een communautaire verbodsbepaling gematigd wordt in die omstandigheden waarin handhaving van het verbod geen recht zou doen aan dwingende eisen van een niet-economisch belang. De 'rule of reason' is tot ontwikkeling gekomen in het Europese vrijverkeersrecht. Zij bevat een aantal criteria die het instrumentarium bieden om een afweging te maken tussen botsende economische en niet-economische belangen. Achtergrond van deze ontwikkeling is dat de Verdragsrechtelijke uitzonderingsinstrumenten niet voldeden – een alternatieve methode is dan geboden.

Belangrijk om te vermelden is dat de hierboven beschreven exceptie niet behelst de economische 'rule of reason' die zijn oorsprong vindt in het Amerikaanse mededingingsrecht. Deze Amerikaanse redelijkheidsregel

betreft een afweging tussen puur economische voor- en nadelen van een mededingingsbeperkende handeling; tegen deze exceptie kan aangevoerd worden dat zij het nuttig effect ontnemt aan art. 81 lid 3 EG.³²

De 'rule of reason' of 'exceptie op grond van dwingende eisen van algemeen belang' kent *grosso modo* vijf voorwaarden: (i) een communautaire regeling ter zake ontbreekt; (ii) de nationale regel wordt niet om puur economische redenen toegepast; (iii) het belang dat de nationale maatregel beoogt te beschermen is van voldoende gewicht; (iv) de nationale maatregel mag niet discrimineren, hoewel men ziet dat deze voorwaarde in de jurisprudentie niet heilig is; (v) de nationale maatregelen dienen proportioneel te zijn.³³

In de literatuur vindt men zowel integrale afwijzingen van het concept van de 'rule of reason' in het mededingingsrecht,³⁴ alsook zeer brede interpretaties van de exceptie.³⁵ In deze laatste benadering wordt zelfs de wijze waarop het mededingingsrecht omgaat met het intellectueel eigendomsrecht bij de toepassing van art. 82 EG conceptueel als 'rule of reason' bestempeld.³⁶ Doorgaans wordt de 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht in de eerste plaats verbonden met het kartelverbod.

De Gemeenschapsrechter heeft de maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht vooralsnog niet expliciet erkend. Van enige sympathie voor de *onderliggende benadering* lijkt wél sprake.³⁷

De eerste voorwaarde van de 'rule of reason' uit het Europese vrijverkeersrecht luidt dat een communautaire regeling ter zake ontbreekt. Bij het vrij-

32 Zie hierover nader Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

33 Zie hierover ook Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

34 Zie bijvoorbeeld Loozen 2007, p. 153-162 en Mok 2004, p. 248-254.

35 Zie bijvoorbeeld Wesseling 2005, p. 60: "[The rule of reason] involves the room for (national) 'public policy' concerns to be upheld notwithstanding the general norm under Community law that free movement and competition may not be restricted."

36 Zie Wesseling 2005, p. 74.

37 Vgl. Conclusie A-G Lenz in zaak C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football t. Jean-Marc Bosman*, *Jur.* 1995, I-4921, r.o. 269: "Zaken als de zoëven geschetste tonen aan, dat het Hof wel belang hecht aan de achter de 'rule of reason' liggende wensen. Of men daarom kan zeggen, dat in de rechtspraak een zekere tendens valt te bespeuren om ook in het gemeenschapsrecht [lees: mededingingsrecht; *JH*] een uit deze leer volgende weg in te slaan, mag in het midden blijven." Vgl. voorts de Conclusie van A-G Cosmas in gev. zaken C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, *Jur.* 2000, I-2549, r.o. 110-112. De A-G rept van beperkingen van de mededinging die onmisbaar zijn ter bereiking van een legitiem doel dat ook een ander kan zijn dan dat van een goed functionerend marktmechanisme. Zie ook zaak C-519/04 P, *Meca-Medina en Majcen t. Commissie*, *Jur.* 2006, I-6991, r.o. 42, en zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 110. Zie voorts Wesseling 2005, p. 75 en 76.

verkeersrecht heeft deze maatstaf betrekking op de verhouding tussen de wetgevingscompetenties van de lidstaten en die van de Gemeenschaps-wetgever. Een vergelijkbare institutionele verhouding speelt niet bij de toepassing van het mededingingsrecht, waar het gaat om door ondernemingen vastgestelde afspraken/regelingen. Wel moet voor de mogelijke toepassing van het mededingingsrecht, Europese, en overigens ook nationale regelgeving ondernemingen de ruimte laten om überhaupt activiteiten te ontplooiën: hebben ondernemingen geen enkele zelfstandige bewegingsruimte, dan kunnen zij ook niets doen wat het antitrustrecht zou schenden.

Een uniforme toepassing van de maatschappelijke 'rule of reason' in het communautaire vrijverkeers- respectievelijk mededingingsrecht zorgt er voor dat afspraken, besluiten en regels niet gemakkelijker onder de toepassing van het mededingingsrecht uitkomen dan onder applicatie van het vrijverkeersrecht, en *vice versa*. Hierbij moet bedacht worden dat het vrijverkeersrecht zich via de in de rechtspraak steeds verder ontwikkelde figuur van de horizontale werking inmiddels ook uitstrekt over handelingen van bepaalde private actoren (denk aan particuliere organisaties). Nu binnen het vrijverkeersrecht zowel de overheid als private partijen onderwerp van controle zijn, is de klassieke scheidslijn tussen mededingingsrecht (gericht tot ondernemingen) en vrijverkeersrecht (gericht tot lidstaten) diffuser geworden.

4.3.2. De proportionaliteitstoets in de 'rule of reason'

Bij toepassing van de maatschappelijke 'rule of reason' is het criterium van de proportionaliteit *sensu lato* vaak cruciaal, in de zin dat toetsing aan de 'rule of reason' doorgaans culmineert in de proportionaliteitstest.

Proportionaliteit behoort tot de basisbeginselen van het Europese recht. De proportionaliteitstoets (proportionaliteit in brede zin) valt uiteen in de deelvoorwaarden geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid (proportionaliteit *sensu stricto*). Over de concrete toetsing van niet-economische belangen aan deze drie criteria in het licht van het antitrustrecht, is het volgende te zeggen.

Geschiktheid

Met het geschiktheidscriterium toetst men of de maatregel in kwestie geschikt is om het te beschermen belang ook daadwerkelijk te beschermen. Het belang dient in dit verband ook legitiem te zijn.

De geschiktheid van een overeenkomst of besluit voor het bereiken van een bepaald doel is niet zo gemakkelijk te bestrijden. Vragen in dit kader richten zich al gauw op de beschikbaarheid van alternatieven, een punt dat aan bod komt binnen de noodzakelijkheidstoets. Het noodzakelijkheidscriterium is op dit punt scherper dan de geschiktheidmaatstaf, en vormt dus vaak de ware scherpstlijper.

Noodzakelijkheid

De vraag bij de noodzakelijkheidstoets is, of de maatregel in kwestie werkelijk noodzakelijk is voor het bereiken van het aangevoerde doel, of dat daarvoor minder mededingingsbeperkende opties bestaan. Doorgaans worden twee of meer mogelijke maatregelen beoordeeld op de vraag of deze het voorliggende belang even effectief beschermen of niet. In geval van een positief antwoord, wordt gekeken welke van de even effectieve maatregelen de minst beperkende effecten voor de mededinging heeft. In de praktijk zal deze toetsing vaak andersom plaatsvinden: er zijn bepaalde mededingingsbeperkende regels van kracht, en de vraag is of andere, *minder* beperkende maatregelen het doel even effectief zouden verwezenlijken als de regels van dienst. In deze test ligt zowel een mededingings- als een niet-economische toets besloten: zijn er geschikte opties te bedenken die minder mededingingsbeperkend zijn (een mededingingstoets) en toch het niet-economische belang even goed dienen als de maatregel in kwestie (een niet-economische toets)? De eerste component is goed te toetsen, de tweede component echter een stuk lastiger toe te passen.

Evenredigheid

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. Teneinde hierin een keuze te maken, dient men de betrokken belangen 'op waarde te schatten'. Nadat men een bepaalde betekenis heeft toegekend aan elk van beide (groepen) belangen, dient men te beslissen welke van beide het meest waardevol is en daarmee voorrang krijgt boven de ander. Deze exercitie behelst een politiek-maatschappelijke afweging van niet-economische belangen enerzijds en een efficiënte, concurrerende dienstverlening anderzijds. Het lijkt aannemelijk dat toetsende instanties zoals rechters en mededingingsautoriteiten op dit punt een enigszins terughoudende benadering in acht nemen.

Een toetsende instantie zal de evenredigheidstest in ieder geval ten volle kunnen invullen indien op Europees niveau de 'waarde' van de betrokken belangen voldoende is bepaald, óók ten opzichte van elkaar. Hier komt men echter al snel in hypothetische situaties terecht. Stel dat het EG-Verdrag uitdrukkelijk zou bepalen dat mededinging belangrijker is dan (al dan niet nationaal uitgevaardigde regels van) beroepsdeontologie, cultuur of sport. Dán heeft een rechter een aangrijpingspunt om de evenredigheid van een keuze tussen mededinging en genoemde belangen uit te leggen in het voordeel van het mededingingsbelang. Deze situatieschets is echter geen realiteit.

De Gemeenschapsrechter als richtinggever

Uiteindelijk dient de rechter tot een eindoordeel te komen bij elk van de drie proportionaliteitsonderdelen, mede op grond van het intersubjectieve standpunt van de rechtsgemeenschap binnen Europa³⁸ op het voorliggende onderwerp.³⁹ Het zwaartepunt ligt bij de noodzakelijkheidstoets: hier heeft de beoordelende instantie de meest interessante knoop door te hakken.

De Gemeenschapsrechter is de aangewezen instantie om in deze kwestie richting te geven. 'Luxemburg' heeft overigens in de Europees-rechtelijke historie standpunten ingenomen die op dat moment nog lang niet als 'intersubjectief' waren te kenmerken. Het Hof van Justitie heeft feitelijk zo vaak en ver voor de muziek uitgelopen, dat het als majorettecorps al de hoek om was terwijl de fanfare nog aan het begin van de straat stond warm te draaien.

De proportionaliteitstoets in de 'rule of reason' houdt geen (puur) marginale toetsing⁴⁰ in, wat deze laatste term ook precies moge beteke-

38 Vgl. in dit verband bijvoorbeeld zaak C-249/96, *Grant t. South-West Trains*, *Jur* 1998, I-621, r.o. 35, waar het Hof bij het bepalen van de status van partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht verwijst naar 'de huidige stand van het recht binnen de Gemeenschap'

39 Een procedureel advies dat men kan geven aan de regelsteller luidt: benoem de argumenten die aanleiding geven om een bepaalde regel tot stand te brengen en leg deze ook duidelijk vast in een dossier. Op deze wijze ligt er een document dat de regelgever aan een mededingingsautoriteit of rechter kan presenteren ten bewijze dat over de geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit van de regel(s) in kwestie goed is nagedacht, en dat de betrokken afwegingen ook duidelijk weergeeft. Het is dan moeilijker voor een mededingingsautoriteit of een rechter om in een mededingingsrechtelijke toetsing de regeling in kwestie zomaar aan de kant te schuiven.

40 Vgl. Slotboom 2002, p. 251 en 252, Snoep 2002, p. 196, Pijnacker Hordijk 2002, p. 77

nen,⁴¹ maar behelst wel degelijk een substantiële, zelfs volle test, in ieder geval waar het gaat om het geschiktheids- en noodzakelijkheidselement.⁴²

4.3.3. *Het gebruik van (andere) in de jurisprudentie en literatuur opgekomen exceptiemethoden*

Naast de maatschappelijke 'rule of reason' zijn in de jurisprudentie en literatuur ook andere uitzonderingsmethoden opgekomen met betrekking tot het kartelverbod. Het gaat dan o.a. om de leer van de inherente beperkingen en het concept van 'regulatory ancillarity'.⁴³

Bij deze toetsingsinstrumenten staan doorgaans overeenkomsten of besluiten centraal die als zó elementair worden beschouwd voor een bepaalde sector of beroepsgroep, dat ze 'inherent' zijn aan de mededingingsbeperkende afspraak of regel, dan wel een (onontbeerlijke) nevenbeperking vormen. In feite gaat het hierbij om regels die als absoluut noodzakelijk worden beschouwd voor sport-, beroeps- of bedrijfsbeoefening. De focus op de onontbeerlijkheid van een maatregel vormt vaak een reële weergave van het meest heikele punt in het toetsingsproces. De onderliggende beoordeling van de noodzakelijkheid van maatregelen in concrete zaken vergt hoe dan ook een, soms lastig te maken, feitelijke inschatting van alternatieven.

Een vergelijkbare analyse kan men maken ten aanzien van de exceptie van de objectieve rechtvaardigingsgrond die de Gemeenschapsrechter wel gebruikt in misbruikzaken.

Het voordeel van de maatschappelijke 'rule of reason' boven eerder genoemde exceptievormen, is dat deze redelijkheidsregel theoretisch het best uitgewerkte toetsingsschema heeft en daarmee de meeste handvaten biedt aan de toetsende entiteit. Binnen de 'rule of reason' wordt een eventueel bestaande mededingingsbeperking gewoon als zodanig erkend, en komen de beginselen van geschiktheid, noodzakelijkheid én proportionaliteit (*sensu stricto*) explicieter naar voren. De 'rule of reason' levert aldus, in ieder geval conceptueel, een meer verfijnd wegingsinstrument op. In deze opzet lijkt de 'rule of reason' minder sectorgebonden in zijn toepassing dan de leer van de inherente beperkingen. Hier staat tegenover dat de term 'inherente beperkingen' wellicht wat beter aansluit bij de terminologie die

41 Van Wijmen heeft in zijn proefschrift al aangegeven dat een marginale toetsing op zichzelf helemaal niet marginaal is. Marginaal, in de zin van begrensd, is slechts haar effect. Zie Van Wijmen 1981, p. 513 en 514.

42 Zie hierover ook Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

43 Zie Whish 2003, p. 120-127. Zie ook Loozen 2006, p. 28-30, 45-47.

het Hof van Justitie gebruikt in een aantal arresten inzake de botsing tussen het mededingingsrecht en niet-economische belangen.

4.3.4. *Erkende en niet-erkende algemene belangen*

Vervolgens bestaat nog de vraag of er bij de toepassing van excepties in het EG-mededingingsrecht een cruciaal onderscheid gemaakt moet worden naar algemene belangen die wél expliciet erkend of vastgesteld, dan wel niet expliciet erkend of vastgesteld zijn van overheidswege (dat wil zeggen: door de lidstaten zelf).⁴⁴

Mij lijkt het onderscheid een factor van belang te kunnen zijn, maar een al te fundamentele tweedeling moet men er niet aan ophangen. Zeker de eis dat lidstaten algemene belangen heel specifiek en nauwkeurig in wetgeving moeten hebben vastgesteld om private initiatieven ter behartiging van deze belangen voor een uitzondering in aanmerking te laten komen, is erg rigide. Het gevaar bestaat dat bijvoorbeeld een sector als de sport een beroep op excepties – teneinde bepaalde sportieve regels te sauveren van de toepassing van het mededingingsrecht – in dat geval wel kan vergeten. Anderzijds zou een dergelijke (rigide) benadering lidstaten kunnen aanzetten tot het dichtreguleren van de maatschappij, en voor lidstaten een prikkel kunnen vormen om tot wetgevingsprotectionisme over te gaan.

Het is zinvoller om de kwestie van de legitimiteit van algemene belangen te relateren aan een breder af te meten overheidserkenning, en aan de orde te stellen binnen de driedelige proportionaliteitstoets van de 'rule of reason'.

In de driestapstoets rond proportionaliteit kan in het kader van de geschiktheid aandacht worden geschonken aan de legitimiteit van belangen (náást de toetsing van de eigenlijke geschiktheid van de voorliggende maatregel om het belang in kwestie te dienen).⁴⁵ Maar, net zoals lidstaten in de vrijverkeersjurisprudentie, moeten ondernemersverenigingen het wel bont maken, wil het door hen aangevoerde belang niet als legitiem beschouwd worden.

44 Zo zijn er modellen ontwikkeld in de literatuur voor de kartelrechtelijke beoordeling van zelfregulering door ondernemers(verenigingen) die deze tweedeling als grondslag gebruiken. Zie Loozen 2007, p. 153 en 162.

45 Zie nader over het geschiktheids criterium en de positie en betekenis van de legitimiteitsmaatstaf daarin: Paragraaf 3.8.2. van Hoofdstuk II.

Bij vrijberoepsregelgeving, bij sport, bij cultuur, bij gezondheidszorg, staan doorgaans legitieme belangen centraal, waarvan de waarde door vele lidstaten en (zelfs) de EG in hun wet- en regelgeving en beleidsstukken wordt erkend. Het is in dit kader dus niet nodig dat een lidstaat in expliciete wetsbases ondernemingen voorschrijft welk algemeen belang ze moeten dienen en op welke wijze, of dat ondernemingen precies de overheidslijn op een bepaald beleidsterrein volgen. Het gaat er om dat het belang in officiële staatsbronnen, in algemene zin, is erkend als een thema van lidstatelijke of Gemeenschapsrechtelijke zorg. Er zijn natuurlijk grensgevallen te bedenken, waarbij de legitimiteit van een belang ter discussie staat. Deze worden echter al snel hypothetisch.

Houdt de ruime marge van het geschiktheidscriterium in dat afspraken en besluiten in dit kader klakkeloos de toets van het mededingingsrecht doorstaan? Nee, allerm minst. Binnen de 'rule of reason' staan na de geschiktheidstoets nog het noodzakelijkheidscriterium en de evenredigheidstoets klaar als scherpslijpers. De noodzakelijkheidstoets heeft hierbij zoals gezegd de grootste onderscheidingskracht.

4.3.5. Slotsom

Een vaak gehoorde opmerking is dat een maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht op een of andere wijze afbreuk zou doen aan de doelstellingen van dit rechtsgebied.⁴⁶ 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, maar louter dat het rechtsgebied recht kan doen aan andersoortige belangen.⁴⁷

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.

46 Zie Loozen 2006, p. 47.

47 Zie ook Houdijk 2008, p. 25 en 26.

Degenen die het bestaan van een maatschappelijke 'rule of reason' afzwe-
ren, voeren de toets vaak via de achterdeur toch weer in door de kerncrite-
ria der noodzakelijkheid en proportionaliteit in een toetsing met een ande-
re naam ter hand te nemen.⁴⁸

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 mede-
dingsrecht zelf zich concentreren op de kerndoelstelling van economi-
sche efficiëntie en (tegenwoordig) consumentenbelang.⁴⁹ De 'rule of reason'
biedt een solide basis voor een coherente benadering wat betreft de inte-
gratie van niet-mededingingsbelangen in het antitrustrecht.

48 Vgl. Loozen 2006, p. 28-30 en 45-47. Vgl. ook Whish 2003, p. 120-127.

49 Door andersoortige belangen een plaats te geven op de weerszijde van de weeg-
schaal, bestaat er geen noodzaak om in de kern wezensvreemde belangen te brengen
binnen de doelstellingen van het antitrustrecht zelf.

SUMMARY

This book, entitled *Public interests and competition law: a research in five domains – EC and Dutch competition law and conflicting interests of intellectual property, health care, liberal professions, culture and environmental protection*, discusses the collision between competition law on the one hand, and other legally safeguarded public interests on the other hand, within a number of themes.

This book examines how competition law deals with conflicting interests in various policy fields, and offers recommendations for the (correct) use of methods to exempt the behaviour of companies from the realm of competition law, in order to protect interests that clash with the interest of unfettered competition. In addition, several legal instruments that can be employed to reach the aforementioned exemptions are highlighted.

Within the field of competition law this work focuses in particular on the cartel prohibition and the prohibition of the abuse of a dominant position.

The research underlying this book was conducted by means of five case studies, which are contained in five separate chapters that form the heart of the book. The following themes are the subject of study with regard to their clash with competition law: intellectual property, liberal (legal) professions, culture, health care and environmental protection.

The subjects of the five case studies are notorious problem areas in the case law of the European Court of Justice (hereinafter also: 'ECJ'), as well as in that of the national courts, and in the decision-making practice of the European Commission and the *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (Netherlands Competition Authority). The case studies provide a representative view of the collision between competition law and different (*c.q.* non-competition) interests or policy fields, and the sometimes widely diverging ways in which competition law deals with such clashes.

Chapter I sets out the research framework, including the research methods and questions this work is based upon. Central to the research conducted in this chapter is the question to which extent, under Dutch and European competition law, (associations of) undertakings are allowed to adopt rules

or make agreements for the promotion of interests other than competition interests. Which methods does competition law use to solve the problem of possible collisions with such non-competition interests, and is it possible to choose the most appropriate method for a number of sectors and interests? Thus the central question is elaborated in a number of sub-questions, which are of a descriptive-analytical, respectively normative kind.

The suitability of a method is appraised on the basis of the legal rule of thumb that, whenever a legal balance is struck between opposing interests, only precise, consistent and coherent testing criteria should be employed. Ultimately, the main aim of the research is to find the most appropriate tool(s) for applying competition law in a number of domains that have been selected on the basis of the above-mentioned grounds.

Chapter II sketches the background and effect of competition law, as this field of law constitutes the recurring part of the assessment framework in this research. This chapter elaborates particularly on the prohibition of cartel agreements and the prohibition of the abuse of a dominant position. These prohibitions are the subject of study in their relation to the different policy fields mentioned in this book.

Chapter III discusses the collision between competition law and intellectual property law. This collision is the most sharply obvious in cases involving a dominant undertaking's refusal to share its intellectual property right(s) with a third party requesting a licence of use. This behaviour may or may not be contrary to Article 82 EC, respectively Article 24 *Mededingingswet* (Netherlands Competition Act), which both prohibit the abuse of a position of economic dominance.

In the case law which revolves around the question whether the holder of an intellectual property right abuses his dominant position by his refusal to license this right, the European Court of Justice has handed down the following basic principle: on the basis of competition law, only exceptional circumstances justify that the dominant player be ordered to provide a licence to his intellectual property right(s).

This main criterion of the exceptional circumstances can subsequently be divided into a number of categories of more specific abuse conditions, i.e. more specific criteria that must be met before a case of abuse can success-

fully be established. The *Magill/IMS Health* variant,¹ provides four of such (cumulative) sub criteria, some of which may in their turn be elaborated in different (non-cumulative) elements. In the *Magill/IMS Health* line of case law, the ECJ provides the following test in order to establish a case of abuse of dominance:

- I. An intellectual property right (licence) is indispensable for the production of goods or for providing services. Two sub-criteria emerge from the ECJ case-law to assess whether there is a question of 'indispensability':
 - a. The extent to which users of the end product or end service have participated (contributed) in the development of the innovation protected by the IPR;
 - b. The efforts that potential buyers would have to make and the costs that they would have to incur in their operational management to switch to an alternative product or service.
- II. Non-licensing forms an obstacle to the introduction of a new product or new service. The following factors are important in this respect:
 - a. The licence applicant does *not* have the intention to essentially limit himself to duplicating the products or services that the IPR holder already offers;
 - b. There is potential consumer demand for the new product.
- III. The licence refusal would result in the exclusion of all competition in the (new) market in which a licence applicant would like to operate. Thus, the market in question would effectively be reserved to the IPR proprietor.
- IV. There are no objective grounds to justify the refusal to grant a licence.

The author argues that, apart from the test developed in the *Magill/IMS Health*-case – which provides cumulative criteria for assessment –, also other sets of criteria are available for the appraisal of intellectual property-related abuses. These alternative tests differ from the one distinguished in *Magill* and *IMS Health* in the sense that the 'new product' criterion plays no

1 Cf ECJ 6 April 1995, Cases C-241/91P and C-242/91P, *RTE and ITP vs. Commission* ('*Magill*'), ECR [1995] I-743; ECJ 29 April 2004, Case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG vs. NDC Health GmbH & Co. KG*, ECR [2004] I-5039.

further role. The basic principle that only exceptional circumstances can give rise to an abuse is elaborated in different criteria. The case law of the Community Courts and legal literature offer indications for the existence of these variants.

In this line of thought a two-tier system arises, emanating from a main criterion ('exceptional circumstances') that subsequently can be divided into a number of categories that enclose more specific abuse conditions. Five such categories of more specific criteria – including the *Magill/IMS Health* variant – are discussed in this book, but the list is not exhaustive. The alternative categories do not form a closed group: the possibility that the Community Courts will add a category by qualifying yet undefined circumstances (criteria) as 'exceptional', needs to be upheld.

The model described above provides, on the one hand, a sharp demarcation for the application of competition law to the exercise of intellectual property rights: a violation of the prohibition of abuse of dominance can only be established in the 'exceptional' situations identified. In this respect, the main criterion gives a clear signal that Article 82 EC and Article 24 Mw do not easily apply whenever a refusal to license intellectual property rights occurs. On the other hand, this model offers sufficient flexibility in order to be used in competition cases that concern sectors of the economy dealing with the development, use and distribution of new technologies.

In this view, there are a number of variants elaborating the main criterion of the exceptional circumstances, the existence of which would force an intellectual property holder to license (certain of) his intellectual property rights. One of these variants, other than the *Magill/IMS Health* model, can be found in the *Microsoft* case, which involves information technology and software development. This case provides a combination of circumstances in which an intellectual property right holder cannot simply refuse to grant a licence for the use of information protected by copyright and patent, without infringing competition law. In the author's opinion, the argumentation to be adopted in this case differs from the line of reasoning that was used in the *Magill/IMS Health* cases, but also from the line of reasoning that the Court of First Instance itself followed in its *Microsoft* judgment.²

The *Microsoft* case revolved around a software producer, Microsoft, which was asked to disclose certain information protected under intellectual

2 CFI 17 September 2007, Case T-201/04, *Microsoft vs Commission*, ECR [2007] II-3601

property law. In this case, the information included interface codes, used to connect software products of competitors to Microsoft's operating system (Microsoft Windows).³

A refusal to disclose such information does not necessarily imply that the introduction of a *new* product is impeded; the second criterion of the *Magill/IMS Health* test (as described above) need not be met in this case. Nevertheless, it may imply that the marketing of a specific product would either be obstructed or rendered more complicated and/or costly for a competitor of the dominant intellectual property right holder. In the IT sector, it might be possible for a company to develop specific software products without infringing pre-existing intellectual property rights held by competing companies, whereas those competing companies have already marketed a similar type of product themselves.

The factual scenario underlying the *Microsoft* case differs appreciably from the situation in which a third party wishes to obtain a full licence to an intellectual property right, with the mere intention of using *that* particular licence to compete with the intellectual property right holder on his own market, which was essentially the case in *Magill* and *IMS Health*. Unlike in *IMS*-like situations the (partial) licence for the intellectual property right will not constitute the core activity or functionality of the licensee's product. Access to the information protected by an intellectual property right, would only allow the licensee to use that right in order to enable communication between his own separate product and the network, developed by the intellectual property holder, of which it would be a part. The author argues that if, under these circumstances, the intellectual property right holder would refuse to grant a licence to the prospective licensee, such a refusal would constitute exceptional circumstances leading to the establishment of abuse of a dominant position. Hence, on account of competition law, the intellectual property right holder would in this case be compelled to provide the required information under licence.

Chapter IV examines the collision between competition law and the regulation of the legal liberal professions, such as deontological rules on prices, publicity, professional independence and reserved rights.

The subject of the research in chapter IV is the field of tension between professional deontology rules and competition law. This tension exists

3 Another aspect of the *Microsoft*-case, viz the element of abrupt termination of supply (licensing) to regular customers after many years of purchase (licence use), is not touched upon here.

between the Dutch codes for the profession of public notary and for the legal profession on the one hand, and Dutch and European competition law on the other. In many Member States the legal liberal professions have the *material* authority to draw up rules through their professional associations. However, in drafting rules, these decision-making bodies often do not consist of a majority of independent experts. Moreover, the procedures for the approval of professional codes of conduct often lack objective criteria for the safeguarding of the general interest. The fact that ultimately the Minister of Justice has to approve the rules laid down by the professional association, and the fact that the Minister can even prescribe amendments, does not detract from what is fundamentally a freedom of these professional associations to draw up substantive standards by which legal professionals should abide.

In issuing these professional codes, the representative bodies of the legal liberal professions have the opportunity to restrict competition between member professionals. The focus in this chapter therefore lies on the application of the cartel prohibition to deontological rules issued by groups of legal liberal professionals.

In order to examine how competition law deals with deontological regulation, the following categories of rules are discussed in this book: (i) systems of fixed and recommended prices; (ii) rules limiting publicity and acquisition; (iii) regulation regarding activities reserved to certain professionals (entry requirements and reserved rights); (iv) rules prescribing limitations of the freedom to associate, and rules establishing requirements safeguarding the independence of professionals and their associations; (v) the prohibition to operate on the basis of the principle of 'no cure, no pay'; (vi) rules on education and training; and (vii) methods for quality review, dispute resolution and disciplinary proceedings.

Articles 81(3) and 86(2) EC provide two distinct means of exempting behaviour from the cartel prohibition. The question is whether these two exemptions are suitable for application in the particular domain of the liberal professions.

The conditions laid down in Article 81(3) EC do not lend themselves for balancing competition law interests against interests such as the rule of law and other constitutional principles. It might be possible to interpret the four cumulative criteria contained in Article 81 (3) in such a broad sense, that this provision would accommodate the application of its exemption to non-economic interests, such as deontological principles.

However, such a more lenient application of Article 81 (3) EC could come close to a *contra legem* interpretation of this provision, especially in the clear-cut explanation that the European Commission has given of Article 81 (3). The Commission employs quite a restrictive interpretation of the four conditions of Article 81 (3) EC in its Notice containing guidelines on the application of the provision.⁴ The Commission has made economic efficiency the focal point of its Notice. In its interpretation of Article 81(3) the Commission leaves little room for fitting in constitutional values, such as the independence of lawyers, the intrinsic quality of the legal process and a proper administration of justice with the process of competition. The main problem in balancing the mentioned interests basically lies in the fact that the value of non-economic interests is, by nature, not directly economically measurable.

In the landmark case of *Wouters*,⁵ the European Court of Justice never went as far as to apply Article 86(2) EC to the rule-making activities of the *Nederlandse Orde van Advocaten* (Netherlands' Bar Association). It dealt with the case within the scope of Article 81(1) EC and eventually held that this provision did not stand in the way of a regulation of the Dutch Bar prohibiting multi-disciplinary partnerships between lawyers and accountants.

Article 86(2) EC only addresses undertakings which have been entrusted by public authorities with a specific task. This provision excludes these types of undertakings from the scope of Articles 81 and 82 EC, in so far as the application of the latter Treaty provisions would interfere with the tasks entrusted to the companies in question. Article 86(2) does not explicitly mention *associations* of undertakings as its 'addressee', whereas in the liberal professions sector, the professional associations constitute the governing bodies, rather than the independent practitioners or individual partnerships or companies.

Apart from the question of exactly *who* can invoke Article 86(2) EC with regard to the issue of deontological rules, as yet the regulatory activities of professional associations seem to fall outside the scope of the term 'service of general economic interest' as interpreted and applied so far by the Community Courts. This is another reason why the exemption of

4 See Commission Notice 'Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty', OJ 2004, C 101/97.

5 ECJ 19 February 2002, Case C-309/99, *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV vs. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, ECR [2002] I-1577.

Article 86(2) EC would not apply to cases involving regulations of professional associations.

Since Article 81(3) and Article 86(2) are insufficiently geared to competition law cases regarding liberal professions, the question rises whether another method could be found for exempting deontological regulation; a method that would be more appropriate for striking an appropriate balance between competition and deontological interests.

The 'rule of reason', developed in the free movement case law of the European Court of Justice (explained more elaborately at the end of this summary), could offer a solution here. Moreover, the author is of the opinion that the methodology of the 'rule of reason' fits in with the approach taken by the ECJ in the *Wouters* case.

The application of the 'rule of reason' methodology in both Community competition law and free movement law would generate a uniform approach to the problem of the liberal profession under Community law; after all, the two domains regulate the sector both from their own perspective. Such a convergence is particularly appropriate for a domain in which professional associations and public authorities are often responsible for issuing a part of the professional rules. The two fields of Community law are alternately applied in cases that are very similar, both in nature and from a factual point of view. A uniform approach would ensure that professional rules do not escape the application of competition law more easily than the application of free movement law, and *vice versa*.

In any case, a separate method of exemption within the scope of the '*effet utile*' doctrine,⁶ as introduced by the Advocate Generals Léger and Jacobs,⁷

6 The '*effet utile*' doctrine implies that, although Articles 81 and 82 EC are directed at undertakings, Member State authorities are under an obligation not to detract from the useful effect of these provisions. This follows from Article 10 EC in connection with Article 81 or 82 EC. See for instance ECJ 21 September 1988, Case 267/86, *Pascal Van Eyck v ASPA NV*, ECR [1988] 4769 "Although it is true that Articles 85 and 86 of the Treaty [now Article 81 and 82 EC] per se are concerned only with the conduct of undertakings and not with national legislation, the fact remains that those articles in conjunction with Article 5 of the Treaty [now Article 10 EC] require the Member States not to introduce or maintain in force measures, even of a legislative nature, which may render ineffective the competition rules applicable to undertakings. Such would be the case in particular if a Member State were to require or favour the adoption of agreements, decisions or concerted practices contrary to Articles 85 or to reinforce their effects, or to deprive its own legislation of its official character by delegating to private traders responsibility for taking decisions affecting the economic sphere "

7 Opinion of Advocate General Jacobs, 23 March 2000, in Cases C-180/98 to C-184/98, *Pavlov*, ECR [2000] I-6451; Opinion of Advocate General Léger, 10 July 2001, in Case C-35/99, *Arduino*, ECR [2002] I-1529.

does not appear to be necessary. After all, any violation of Article 81 EC or Article 82 EC is an essential and indissoluble part of the breach of the '*effet utile*' doctrine. A justification for anti-competitive behaviour that rectifies the unlawfulness of a violation of Article 81 or Article 82, would thus also automatically rectify the unlawfulness of the Member States' own action within the '*effet utile*' approach.

Chapter V deals with the application of competition law to the cultural sector.

In the Netherlands, illustrative examples of the collision between culture and competition law can be found in the book publishing trade, and in the domain of the collective management of copyright. In this respect, systems of fixed prices for booksellers, respectively authors, will easily come within reach of the cartel prohibition. The activities of royalty collection organisations that administrate the rights of authors, composers and performing artists, could be faced with the cartel prohibition and the prohibition of abuse of a dominant position.

The Dutch system of price maintenance for books is laid down in an Act, the *Wet op de Vaste Boekenprijen* (Retail Price Maintenance (Books) Act). In spite of its legal status, the author argues that this regulation is not automatically immune from the application of Article 81 EC and the '*effet utile*' doctrine. An important factor here is that the current Dutch regulation is a deliberate codification of the price maintenance system for books that was originally planned by the industry itself. Moreover, within the current legal framework of the Act on fixed book prices, the industry still plays a pivotal role in the actual price-fixing.

The argument that national price maintenance systems for books have no effect on trade between Member States, hence do not meet one of the key conditions of Article 81 (1) EC, and thus have no relevance for this prohibition, does not appear tenable. Price maintenance systems which regulate the sale of books in an entire Member State do influence trade between Member States, certainly if the use of the language in which the books are written is not limited to the territory of only *one* Member State. The Community Courts, as well as the European Commission, usually adhere to a broad interpretation of the criterion that anti-competitive acts must have an impact on effect on trade between Member States, present in both Articles 81 and 82 EC.

The foregoing considerations do not imply that the Dutch Act on fixed book prices therefore automatically infringes European competition law. European competition law holds several possibilities for exemption, in order to shield systems that restrict competition from the application of the cartel prohibition. In this respect, the *European style* 'rule of reason' could play a role here as an instrument of assessment.

Royalty collection organisations are administrative bodies which collect royalties from users on behalf of the copyright owners. Therefore a collection society can be seen as a vehicle for royalty payments. Apart from collecting royalty payments, these organisations are engaged in the field of protecting copyright and neighbouring rights. Visual artists, composers, performing artists and authors make use of their services. The Netherlands has five collection societies which are legally authorised to collect royalties for certain categories of copyright owners.

An exclusive right to manage intellectual property rights may confer a position of economic dominance upon collection societies in the specific domain in which they operate. Therefore, these entities have to be very careful not to violate Article 82 EC or Article 24 *Mededingingswet*. In principle collection societies may enjoy a position of monopoly as well as a position of monopsony: after all both producers and users have only these organisations to rely on in certain cases. When collection societies enter into agreements about their respective tasks in the management of rights, Article 81 EC or Article 6 *Mededingingswet* may also come into play.

The European Court of Justice has held that in determining the 'excessiveness' of the tariffs charged by collection societies, a cost comparison with the prices maintained by their counterparts in other Member States, can provide an indication of abuse. If a copyright organisation maintains a significantly higher tariff than collection societies in other Member States, it has to justify this difference on the basis of objective differences between the situation in the Member State concerned and the situation in Member States involved in the comparative benchmark. If the copyright organisation does not succeed in doing so, a decision of abuse of a dominant position might be on the horizon. Thus the ECJ does not use a Treaty exemption here, but an objective ground of justification as developed in its case law.

The question is whether Article 86(2) EC might be able to play a role as an exemption in Article 82 cases regarding the collective management of rights. The European Commission is firm in its opinion in the *IFPI 'Simul-*

casting' Decision⁸ and answers the question in the negative: according to the European Court of Justice, copyright organisations are not undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest within the meaning of Article 86 EC.

The Commission is very rash with its opinion that copyright organisations are not undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest. In some cases the Court of Justice has indeed reached this conclusion, but the differences between collection societies in the various Member States and the legal regimes under which they operate are so considerable, that, from these cases, it is hard to deduce a general conclusion on the applicability of Article 86 EC to the behaviour of collection societies.

In the Dutch situation, for example, the five legally authorised collection societies are in fact entrusted by law with the collection and distribution of licence rights on behalf of and for the benefit of the copyright holders; their operations are regulated by law and are supervised by the public authorities. It is therefore conceivable that Article 86(2) EC (or the Dutch legal equivalent of this provision: Article 25 *Mededingingswet*) would apply with regard to these organisations.⁹

In its own particular way the *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (Netherlands Competition Authority) has not taken the prohibition of abuse of a dominant position into consideration in cases that revolve around the level of the tariffs maintained by collection societies. It considered that the instruments of the Dutch *Mededingingswet* (more in particular: Article 24 *Mededingingswet*) are inadequate for deciding whether the tariffs of these organisations are excessive or not. The Authority has pressed for a more specific form of supervision of the level of the user tariffs by way of the establishment of a special legal regime.¹⁰

Chapter VI deals with the application of competition law to the Dutch health care system.

8 European Commission, Decision of 8 October 2002, Case No COMP/C2/38.014 (2003/300/EC), *IFPI 'Simulcasting'*, OJ 2003, L 107/58.

9 Of course collection societies which operate from a legal basis, also have to comply with the other criteria of Article 86(2), in particular the necessity/proportionality test, in order to be able to rely on this provision. Article 86(2) in no way offers collection societies a licence to undertake whatever action they feel worthwhile.

10 See *Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 'De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties' ("The Netherlands Competition Authority and the enforcement policy towards royalty collection organisations"), Den Haag: NMa 2007.

The Dutch health care sector globally consists of three markets. On the health care market, care providers render care to patients and other clients. On the health insurance market health care insurance companies offer their insurance products to the public. On the care purchase market, health care insurers buy care on behalf of the persons insured with them.

In 2006, the Dutch health care sector went through a revolution in the field of insurance. The new *Zorgverzekeringswet* (Health Care Insurance Act) established a completely reformed insurance system, characterised by the abolition of the renowned health insurance fund systematics, and the introduction of competition between parties on several markets for health care. The starting point in the current system is a private insurance accessible to all, with nevertheless significant public law guarantees. The sector of the care providers also enjoys more liberty to provide care on a commercial basis.

Two European *landmark cases* in the field of health care and competition, *AOK Bundesverband*¹¹ and *FENIN*,¹² have also left their mark on the Dutch health care system, although their influence is nowadays limited. In both cases the Community Courts concluded that care actors (health care insurance companies, respectively organisations managing a care system) are *not* undertakings within the meaning of competition law. The Community Courts argued that the organisations concerned are active on the basis of a purely social objective, founded on the principle of solidarity. The question is whether the reality of the developments in (the organisation of) health care in the Member States will not increasingly overtake the legal principles developed by the Community Courts.

The *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (Netherlands Competition Authority) and the European Commission now qualify the health care insurance companies in the reformed Dutch care system simply as undertakings. The *Nederlandse Zorgverzekeringswet* follows this example. The care providers in the Netherlands can usually also bear the label of 'undertaking'. In its decision-making practice the *Nederlandse Mededingingsautoriteit* has concluded in a large number of cases that health care providers (such as hospitals, pharmacies, physiotherapists) are commercial companies.

11 ECJ 16 March 2004, Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01, *AOK Bundesverband and others*, ECR [2004] I-2493.

12 CFI 4 March 2003, Case T-319/99, *FENIN vs. Commission*, ECR [2003] II-357; ECJ 11 July 2006, Case C-205/03P, *FENIN vs. Commission*, ECR [2006] I-6295.

In recent years forms of cooperation have developed in the Dutch sector of health care provision and the health care insurance sector, which automatically give rise to questions about the application of the cartel prohibition. Health care insurance companies, for example, have made mutual arrangements about premium differentiation for policyholders and about purchasing medication. Health care providers have struck deals concerning tariffs and the access to joint locum schemes. Intermediaries such as care administration offices, health care brokers, and regional agents each in their own way have collaborated with care providers or health care insurance companies.

The prohibition of the abuse of a dominant position is in particular relevant for the Dutch health care insurance companies, because they often still have a dominant position in the region in which they have built up their insurance business. In their contracting policy, insurers impose various types of requirements and conditions on care providers, for example about registration, continuity of care and schemes for reimbursable expenses.

In so far as the behaviour of the actors in the health care sector is subject to competition law, several options are available in order to exempt their behaviour from the competition law prohibitions. One of those possibilities is Article 86(2) EC (and/or the Dutch-law equivalents Article 11 and Article 25 *Mededingingswet*). Perhaps, again, the (*European-style*) 'rule of reason' might play a role in care sector cartel cases. As regards abuse cases in the health care sector, the *Nederlandse Mededingingsautoriteit* and the Dutch courts use the model of the objective justification as a method of exemption, which is part of the notion of 'abuse' itself. This justification offers conceptual similarities with the *European-style* 'rule of reason' in cartel law.

The use of Article 86(2) EC as a means of exemption in cases concerning the health care sector is still evolving. The case law on the application of Article 86(2) EC traditionally focused on situations in which companies had been granted an exclusive right by the public authorities and used this right in order to prevent 'cherry picking' (i.e. aiming for the most lucrative activities in an economic sector, while ignoring less interesting markets). Exclusive rights, granted by public authorities, usually do not exist in the part of the Dutch care system in which market forces have been introduced. It is true that many care providers are obliged to operate on the basis of a permit, and professional practitioners are obliged to obey a variety of legal and deontological requirements, but there is no question of an exclusive territorial division, protected by law. Within the health care

insurance branch the risk of 'cherry picking' is mitigated by a legal prohibition on risk selection and a legal obligation to accept all persons as policyholders, regardless of their individual health risks. These regulations have a general effect, however, and apply to *all* the players in the field – there is no question of *exclusive* rights or duties in this respect.

Yet the application of Article 86(2) EC need not be limited to constructions where public authorities formally grant exclusive rights. The state aid cases concerning the Irish and Dutch risk equalisation schemes in the health care insurance market¹³ have probably paved the way for a broader scope of applicability of Article 86(2) EC in this sector.

In the Irish state aid case the Court decided that for application of Article 86(2) EC no exclusive or special right needs to be attributed to the company that invokes this provision. It suffices that the undertaking, which is entrusted with a task of general economic interest, is obliged to provide its services to all potential customers.

In this line of reasoning, a service of general economic interest (hereinafter also: 'SGEI') and its related obligations in the health care insurance sector, might possibly include the duty to accept clients, the obligation to offer lifelong insurance cover to policyholders, and the requirement to provide a minimum amount of services to insured persons.

It may seem logical that an undertaking can only invoke Article 86(2) EC in order to justify anti-competitive behaviour that directly results from, or is connected with SGEI-obligations which were imposed upon it by law. An undertaking, entrusted with an SGEI, cannot invoke this provision to justify just any restriction of competition it brings about in its business.

On the care provider market, the question arises whether an SGEI obligation could be demonstrated. There are professional codes for almost all medical care workers, and care-providing entities have to work observing extensive sets of legal requirements. It is doubtful, however, whether those requirements are compelling enough to form an SGEI. Possibly, the exis-

13 See Commission Decision No 46/2003, 'Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market', 13 May 2003, C(2003) 1322def. (short summary in OJ 2003, C 186/16), and the judgment on the appeal against this Decision by the Court of First Instance of 12 February 2008 in Case T-289/03, *Bupa vs. Commission*, ECR [2008] II-81. See also Commission Decision No 541/2004 and No 542/2004, 'Retention of financial reserves by Dutch Health Insurance Funds', 3 May 2005, C(2005) 1329 def. (short summary in OJ 2005, C 324/30). The appeal against this Decision before the Court of First Instance has been repealed.

tence of specific legal care duties, tailored to certain care providers, might lead up to the conclusion that an SGEI exists on the part of those care providers.

Chapter VII explores the interface between competition law and environmental interests.

In most cases in this domain, the cartel prohibition has turned out to be significant, although every now and then the provisions on the abuse of dominance have come to the fore.

Environmental agreements can be at odds with the cartel prohibition, for instance when they concern technical environmental standards and labels, the collective development of new, less polluting production methods or systems, the reduction of energy consumption, or collective waste disposal and recycling systems. This is definitely the case when, in such environmental agreements, companies make arrangements to pass certain costs on to customers.

In the past the European Commission has frequently tackled exemption requests for environmental agreements within the scope of Article 81(3) EC.

The Commission does not allow the use of environmental protection as a justification for agreements that *aim* to restrict competition. The protection of the environment should never result in by-passing the competition mechanism. For example, companies may never put into practice the polluter-pays-principle by passing on environmental costs to customers by way of (mutually co-ordinated) *fixed* contributions. Due to the lack of competitive pressure, the environmental costs will simply be shifted on to the customers, and will not remain with the producers. These producers will no longer be stimulated to compete over, for example, manufacturing more environmentally friendly products.

The Commission takes a more positive stance in regard to agreements that have protection of the environment as their main goal, but have, as a consequence, a certain restrictive effect on competition. Nevertheless, the Commission forces undertakings to remove restrictions from mutual agreements that are not necessary for reaching their environmental aims. Restrictions of competition that are less drastic or of a temporary nature can be allowed, provided that they are essential for the realisation of the environmental goals concerned.

In special cases, the Commission allows a 'hardcore' agreement (e.g. price fixing or market sharing) for a limited period of time, namely in the case that such an agreement is an absolute (financial) condition for starting up a system that serves environmental goals. One can think here of waste disposal and/or recycling systems.

It is not always clear how much weight environment-related arguments carry for the Commission in applying each of the four cumulative conditions of Article 81(3) EC. Anyhow, with a somewhat abstract, (c.q. not focused on an actual calculation of efficiency advantages) interpretation of Article 81(3) EC in environmental cases, the Commission has turned this provision into an important instrument of exemption in the collision issue between environmental and competition interests. The use of a method like the *European-style* 'rule of reason' in environmental cases is viable, and theoretically, possibly the more correct approach. However, seen in the light of the development that Article 81(3) EC has gone through as an exemption in the case law on environmental issues, this is not necessary. Under Article 81 (3), environmental interests have been allotted a substantial role in the appraisal of economic and non-economic (c.q. environmental) interests.

The *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (Netherlands Competition Authority) *grosso modo* follows the Commission in its approach to environmental cases.

Chapter VIII contains the synthesis, in which the author presents the conclusions and recommendations of this book.

The present research shows that competition law (viz the case law and decision-making practice regarding this field of law) approaches the selected domains in a relatively incoherent and inconsistent way. Over the past sixty years (European) competition law has been interpreted in such a manner that it now employs a characteristic, distinct approach towards each divergent interest with which it collides. This certainly applies to the areas that have been examined in this book.

This preceding analysis especially holds good for the cartel prohibition. Many methods of exemption have been used, including:

- i) The conditions present in the prohibition on restrictive agreements itself: think of (a) the denial of the existence of an effect on interstate

- trade; (b) the limits of the notion of 'undertaking' (the AOK/FENIN doctrine).¹⁴
- ii) Treaty exemptions, such as (a) Article 81(3) and (b) Article 86(2) EC.
 - iii) Case-law exemption methods, such as (a) the *Wouters* approach, (b) the *Meca/Medina* method,¹⁵ (c) the *Brentjens* technique.¹⁶
 - iv) The enactment of laws by the legislature or regulations by a public body with the aim or the effect that a system falls outside the scope of the cartel prohibition.

In the application of the prohibition of abuse of a dominant position, a more uniform approach has emerged in the selected domains: Article 86(2) and the model of the objective justification come to the fore as instruments of exemption. In a single case, the prohibition of abuse remained inapplicable because, as a legal instrument, it was found to be inadequate to solve the complicated matter at hand. Other methods of exemption of the prohibition of abuse, have proven more idiosyncratic as well as more detailed, e.g. the *Magill/IMS Health* doctrine.

The research in this book shows that the numerous approaches that competition law (viz the case law and the decision-making practice regarding this field of law) uses in order to deal with collisions with the selected domains, do not always constitute appropriate instruments of exemption *c.q.* are not always properly applied. The present research answers the question whether better functioning alternatives would be available for the many methods of exemption that arise from the case law of the Community Courts, in the positive.

The author proposes to limit the many widely divergent exemption methods and techniques, and to use the following instruments in European as well as Dutch competition law in dealing with the five analysed domains of collision:

-
- 14 In a strict sense those are, of course, not methods/instruments of exemption, but purely qualifying elements of the (cartel) prohibition. Yet, behind the application of these criteria considerations are hidden that are strongly related to the methods/instruments of exemption. Moreover, a few question marks are in place here about the way the Community Courts applied these criteria in some cases.
 - 15 Cf Case T-313/02, *Meca/Medina & Majcen vs. Commission*, ECR [2004] II-3291; Case T-193/02, *Laurent Piau vs. Commission*, ECR [2005] II-209; Case C-519/04P, *Meca/Medina & Majcen vs. Commission*, ECR [2006] I-6991.
 - 16 Cf Case C-67/96, *Albany*, ECR [1999] I-5751; Cases C-115/97, C-116/97 and C-117/97, *Brentjens*, ECR [1999] I-6025; Case C-219/97, *Drijvende Bokken*, ECR [1999] I-6121.

Diagram proposal use of exemptions regarding the cartel prohibition

	Art 81(3) EC / Art 6(3) <i>Mw</i>	Art 86(2) EC / Art 11 <i>Mw</i>	Rule of reason
Liberal legal professions			✓
Culture (fixed book price systems)			✓
Culture (management of collective rights)		✓	✓
Health care		✓ *	✓
Environmental protection	✓		✓

* (possibly in the future)

Diagram proposal use of exemptions regarding the prohibition of abuse

	Art 86(2) EC / Art 25 <i>Mw</i>	The model of the objective justification	Main criterion of the exceptional circumstances, <i>Magill</i> / <i>IMS Health</i> doctrine is one of the variants herein
Intellectual property			✓
Culture (management of collective rights)	✓	✓	
Health care	✓ *	✓	
Environmental protection	✓		

* (possibly in the future)

In search of the right model to solve the clash between competition and non-competition interests in the application of competition law, the author's suggestion would be to search for the most sophisticated instrument available under European law in order to establish an exact balance between both types of interests. Of essential importance here is that the various steps have been properly worked out, ensuring that the legal assessment of individual cases can be as specified and explicit as possible. In this respect, it is not to be expected that initiatives will be taken on the part of the Community legislator, i.e. in the form of a modification of the

existing Treaty provisions or the introduction of a new exemption in the EC Treaty. In this respect, it should be noted that the competition provisions in the EC Treaty have remained untouched since the Treaty entered into force. Throughout the existence of the European Community, the Member States have had great difficulty adopting desired amendments to the European Treaties. Thus, in the absence of legislative action by the Community legislator on the topic of 'exemption methodology' and competition law, it is up to legal practice and doctrine to somehow find a solution for the problems at hand.

The research in this book shows that in a number of the domains under examination, the *European-style* 'rule of reason' can be an appropriate method for balancing interests within the scope of the application of the cartel prohibition. The *European-style* 'rule of reason' can, amongst other factors, play a valuable part in the fields of regulation of liberal legal professions and culture (*c.q.* the fixed price system for books), and possibly in the domains of health care and environmental protection.

The European 'rule of reason'¹⁷ approach boils down to the moderation of an EC Treaty prohibition, in those cases that maintaining the prohibition would not do justice to compelling reasons of public interest that are articulated at either the European or the Member State level.

The 'rule of reason' or 'exception on the basis of compelling reasons of general interest' recognizes *grosso modo* five conditions: (i) there is no relevant secondary Community regulation dealing with the matter at issue; (ii) the national rule is not applied for purely economic reasons; (iii) the interest that the national measure aims to protect is of sufficient weight to deserve protection; (iv) the national measure should not discriminate, although this condition is not sacrosanct in the case law of the Community Courts; (v) the national measure must be proportionate vis-à-vis the aim it intends to achieve.

17 It is important to mention here that the European 'rule of reason' does not denote the economic 'rule of reason' that has its origins in U.S. antitrust law. This American variant implies a balancing between the purely economic advantages and disadvantages of a restrictive action. An objection against this method of exemption would be that it would deprive Article 81(3) of its useful effect.

As yet the Community Courts have not explicitly acknowledged the *European-style* 'rule of reason' within competition law. Nevertheless, there *does* seem to be a measure of sympathy for the *underlying approach*.¹⁸

In applying the *European-style* 'rule of reason', the criterion of the proportionality *sensu lato* (proportionality in a broad sense) is often crucial, which means that an assessment on the basis of the 'rule of reason' often culminates in the application of the proportionality test. This proportionality test can be divided up into the sub-conditions suitability, necessity and proportionality (i.e. proportionality *sensu stricto*).

The suitability criterion is used to test whether the measure at hand is appropriate in order to actively safeguard the interest that is to be protected. In this context the interest must also be 'legitimate'. This latter element requires the existence of indications in official state documents, without the prerequisite, in the author's opinion, of the existence of an explicit basis in a specific legal regulation.

The main question regarding the necessity test is whether the measure at stake is truly necessary in order to achieve the goals identified, or whether less restrictive measures could be applied in order to achieve the same objective.

The question of proportionality in a narrow sense leads to a more political appraisal. This criterion seems to be employed in order to weigh whether the non-economic goal that a certain measure aims to protect, merits the economic disadvantage (i.e. the particular restriction of competition) brought about by the measure at stake as well. The courts will generally take a somewhat reserved position on this point, and show some restraint in their judgment, unless, for instance, Community standards have been formulated in order to provide a further indication for the assessment of individual cases.

An often heard remark is that the application of a *European-style* 'rule of reason' within competition law would, in one way or another, detract from the goals of this field of law. The author argues that nothing could be further from the truth, however. The incorporation of a *European-style* 'rule

18 Cf. Opinion Advocate General Lenz in Case C-415/93, *Union royale belge de sociétés de football vs. Jean Marc Bosman*, ECR [1995] I-4921, para. 269; Opinion of Advocate General Cosmas in Cases C-51/96 and C-191/97, *Deliege*, ECR [2000] I-2549, paras. 110-112. See also Case C-519/04 P, *Meca Medina & Majcen vs. Commission*, ECR [2006] I-6991, para. 42, and Case C-309/99, *Wouters*, ECR [2002] I-1577, para. 110.

of reason' within competition law would, on the contrary, simply offer an (additional) instrument that is more suitable for balancing various interests against each other; it would do so by laying down a number of specific conditions. In this way, the rule would provide a clearly defined and well-developed framework for evaluation. The 'rule of reason' does not insert non-competition interests into the objectives of competition law itself. It merely provides an assessment instrument in order to balance the goals of this field of law against other interests.

Thus there is no question of a '*deconfiture*' of competition law through a 'rule of reason' approach. Due to the existence of the (*European-style*) 'rule of reason, competition law itself would rather be able to focus on the main goals of economic efficiency and consumer interests. Ultimately, the 'rule of reason' provides a solid basis for a coherent approach regarding the integration of non-competition interests in competition law.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

A.

Aalders 2008

M.V.C. Aalders, 'Is strafrecht goed voor het milieu? De 'tegenstelling' tussen bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving van het milieurecht', *NJB* 2008-36, p. 2294-2299.

Aalders & Van Acht 1992

M.V.C. Aalders & R.J.J. van Acht (red.), *Afspraken in het milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Aalders, Van Acht & Carette 1993

M.V.C. Aalders, R.J.J. van Acht, A. Carette, 'Afspraken in het milieurecht', *Rechtskundig Weekblad* 1993-23, p. 790.

Abdullah Khan 2002

R.A. Abdullah Khan, *Ondernemingsconcentraties en marktliberalisering. Over macht en onmacht van rechters bij de toepassing van de artikelen 82 en 86 EG-Verdrag* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2002.

Aitman & Jones 2004

D. Aitman and A. Jones, 'Competition Law and Copyright: Has the Copyright Owner Lost the Ability to Control his Copyright?', *European Competition Law Review* 26 (2004), issue 3, p. 137-139.

Albers 1999

H.S.J. Albers, *Europees Gemeenschapsrecht en Cultuur: Eenheid en Verscheidenheid* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999.

Algera 2004

W.T. Algera, 'Duitse ziekenfondsverenigingen (AOK e.a.) / geneesmiddelenfabrikanten', *M&M* 2004-4, p. 139-147.

Algera & Sluijs 2007

W.T. Algera & J.J.M. Sluijs, 'Marktordening in de gezondheidszorg', *SEW* 2007-5, nr. 90, p. 177-190.

Alikhan & Mashelkar 2004

S. Alikhan & R.A. Mashelkar, *Intellectual Property and Competitive Strategies in the 21st Century*, The Hague: Kluwer Law International 2004.

Amtenbrink & Vedder 2008

F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Anderman 1998

S. D. Anderman, *EC competition law and intellectual property rights: the regulation of innovation*, Oxford: Clarendon Press 1998.

Anderman 2007

S. D. Anderman (ed.), *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.

Anderman & Kallaugher 2006

S. D. Anderman & J. Kallaugher, *Technology Transfer and the New EU Competition Rules. Intellectual Property Licensing after Modernisation*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Appeldoorn 2004

F. Appeldoorn, *Eenheid in verscheidenheid: de gespreide toepassing van artikel 81 EG* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2004.

B.

Baarsma & Felsö 2005

B. Baarsma & F. Felsö, *Het proces als domein. Over de effecten van het proces-monopolie van de advocatuur* (SEO-rapport nr. 846), Amsterdam: SEO 2005.

Baarsma & De Jonge 2009

B. Baarsma & P.C. de Jonge, 'De noodzaak van het procesmonopolie staat niet vast', *NJB* 2009-8, p. 484-490.

Baarsma, Mulder & Teulings 2004

B. Baarsma, J. Mulder & C. Teulings, *Rechtszekerheid als publiek belang. Over de notaris, zijn domein en de markt* (SEO-rapport nr. 765), Amsterdam: SEO 2004.

Baarsma & Theeuwes 2002

B. Baarsma & J. Theeuwes, *De afbakening van de relevante markt. Is de huidige benadering aan herziening toe?* (SEO-rapport nr. 615), Amsterdam: SEO 2002.

Van Bael & Bellis 1994

I. Van Bael & J.-F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, Bicester, Oxfordshire: CCH Editions 1994.

De Bandt, Bredael & Misson 2004

P. de Bandt, S. Bredael & L. Misson, 'Droit de la concurrence et exercice de pouvoirs réglementaires par les ordres professionnels: quelques réflexions et une

tentative de synthèse au vu de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2003 et de la jurisprudence récente de la Cour de Justice', *Revue de Droit Commercial Belge* 2004-1, p 22-37

Bannier 2004

F A W Bannier, *Van advocaten en Peter Stuyvesant* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam Vossiuspers UvA 2004

Bannier 2007

F Bannier, 'De publieke verantwoordelijkheid van de advocaat', *Advocatenblad* 2007-4, p 122-125

Bannier & Fanoy 2005

F A W Bannier & N A M E C Fanoy, *Beroep advocaat In de ban van de balie*, Deventer Kluwer 2005

Baquero Cruz 2005

J Baquero Cruz, 'Beyond Competition Services of General Interest and European Community Law', in G De Búrca (ed), *EU Law and the Welfare State In Search of Solidarity*, Oxford Oxford University Press 2005, p 169-212

Barents & Brinkhorst 2003

R Barents & L J Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer Kluwer 2003

Barents & Brinkhorst 2006

R Barents & L J Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer Kluwer 2006

Baseman, Warren-Boulton & Woroch 1995

K Baseman, F R Warren-Boulton & G A Woroch, 'Economics of Intellectual Property Protection for Software The Proper Role for Copyright', *StandardView* 3 (1995), issue 2, p 68-78

Belgische Vereniging voor Europees Recht 2000

Belgische Vereniging voor Europees Recht, 'Hervorming van het mededingingsbeleid – Opmerkingen van de Belgische Vereniging voor Europees Recht over het Witboek van de Commissie', *SEW* 2000-1, p 16-20

Belhadj, Evans & Van de Gronden 2007

E Belhadj, S J H Evans & J W van de Gronden, 'De Dienstenrichtlijn de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn', *SEW* 2007-4, nr 71, p 141-153

Belhaj & Van de Gronden 2004

S Belhaj & J W van de Gronden, 'Some Room For Competition Does Not Make a Sickness Fund An Undertaking Is EC Competition Law Applicable to the Health Care Sector? (Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-453/01 and C-355/01 AOK)', *E C L R* 25 (2004), issue 11, p 682-687

Bently & Sherman 2004

L Bently & B Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford Oxford University Press 2004

Van den Berg, Zegveld & Grootegoed 2007

M van den Berg, Ch Zegveld & V Grootegoed, 'Passende patiëntenrechten een zoektocht op de zorgmarkt', *NJB* 2007-26, p 1621-1626

Van den Bergh 2000

R J Van den Bergh, *Averechts Recht* (oratie Rotterdam), Antwerpen-Groningen Intersentia Rechtswetenschappen 2000

Bergman 2000

M A Bergman, 'The Bronner Case – A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?', *European Competition Law Review* 21 (2000), issue 2, p 59-63

Bermann 2002

G Bermann, 'Proportionality and Subsidiarity', in C Barnard & J Scott, *The Law of the Single European Market Unpacking the Premises*, Oxford Hart Publishing 2002, p 75-99

Beunen 2007

A Beunen, 'Bescherming voor databanken', *AMI* 2007-6, p 173-177

Bijkerk & Pellikaan 2007

J G Bijkerk & A J F Pellikaan, 'Prijskoncurrentie bij vrije beroepen in de zorg-sector realiteit of illusie?', *M&M* 2007-7, p 180-184

Biondi, Eeckhout & Flynn 2003

A Biondi, P Eeckhout, J Flynn (eds), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford Oxford University Press 2003

Bird & Toutoungi 2006

B Bird & A Toutoungi, 'The New EC Technology Transfer Regulation Two Years On', *European Intellectual Property Review* 28 (2006), issue 5, p 292-296

Black 2005

O Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge Cambridge University Press 2005

Blair & Cotter 2005

R.D. Blair & Th. F. Cotter, *Intellectual Property. Economic and Legal Dimensions of Rights and Remedies*, New York: Cambridge University Press 2005.

Van den Bogaert & Vermeersch 2006

S. Van den Bogaert & A. Vermeersch, 'Sport and the EC Treaty: a tale of uneasy bedfellows?', *E.L.Rev.* 31 (2006), issue 6, p. 821-840.

Boonacker 2006

R.Th.F. Boonacker, *De onpartijdigheid van de notaris* (diss. Amsterdam UvA), Robert Boonacker 2006.

Borba Lefèvre 2007

C. Borba Lefèvre, 'Wanadoo: hoe *exclusionary* moet een *abuse* zijn om onder art. 82 EG-Verdrag te vallen?', *NTER* 2007-4, p. 55-59.

Bork 1993

R.H. Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York: The Free Press 1993 (original ed.: 1978).

Bos 2001

J.E. Bos, 'Musea en privatisering, naar een nieuw evenwicht tussen het publieke en private domein', *Tijdschrift privatisering: juridische en fiscale aspecten van verzelfstandiging en privatisering* 2001-6, p. 4-7.

Van den Bossche 2002

A.M. Van den Bossche, *Horizontale overeenkomsten en EG-mededingingsrecht*, Brussel: Larcier 2002.

Van den Bossche 2004

A.M. Van den Bossche, *OHRA. Artikelsgewijs Commentaar Handels- en Economisch Recht* (losbladig), Mechelen: Kluwer 2004.

Van den Bossche 2004

A.M. Van den Bossche, 'Het vrije beroep in Europees perspectief: storm op zee?', in: *Liber amicorum Tijdschrift voor Privaatrecht en Marcel Storme*, Gent: Story-Scientia 2004, p. 795-833.

Bouckaert 1993

J. Bouckaert, 'De verenigbaarheid van milieubeleidsovereenkomsten met het Europees kartelrecht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1993-1, p. 75-124.

Bourgeois 1999

J.H.J. Bourgeois, 'Internationale mededingingsregels: toch niet de Graal?', *SEW* 1999-10, p. 354-357.

Bourgeois & Bocken 2005

J Bourgeois & J Bocken, 'Guidelines on the Application of Article 81(3) of the EC Treaty or How to Restrict a Restriction', *Legal Issues of Economic Integration* 32 (2005), issue 2, p 111-121

Van Boxtel 2004

C van Boxtel, 'Het vrije woord voor een vaste prijs behandeling Wet op de Vaste Boekenprijs nadert eindstreep', *Mediaforum* 2004-4, p 105

Bright 1995

C Bright, 'Deregulation of EC competition policy rethinking article 85 (1)', in B E Hawk (ed), *International antitrust law & policy* 1994, The Hague Kluwer Law International 1995, p 505-527

De Bruijn, Ten Heuvelhof & Van Twist 2004

H de Bruijn, E ten Heuvelhof & M van Twist, 'Calculeren voorbij de calculus', in Ministerie van Economische Zaken, *Essays over de Calculus van het publieke belang*, Den Haag Kenniscentrum voor Orderingsvraagstukken 2004, p 3-13

Buijsen & Den Exter 2005

M A J M Buijsen & A P den Exter, 'Keuze voor solidariteit Kanttekeningen bij het voorstel Zorgverzekeringswet', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2005-1, p 111-117

Buijsen & Den Exter 2006

M Buijsen & A den Exter, 'Gezondheidszorg Het recht op gelijke toegang', in P de Beer, J. van der Meer & P Pekelharing (red), *Gelijk Over de noodzakelijke terugkeer van een klassiek ideaal*, Amsterdam Van Gennep/De Balie 2006, p 85-107

Buendia Sierra 1999

J L Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford Oxford University Press 1999

De Búrca 2000

G De Búrca, 'Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law', in U Bernitz & J Nergelius (eds), *General Principles of European Community Law*, The Hague Kluwer Law International 2000, p 95-112

C.

Van Calster 2000

G Van Calster, *International & EU trade law the environmental challenge*, London Cameron May 2000

Carlton & Waldman 1998

D.W. Carlton & M. Waldman, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, Cambridge, MA: NBER Working Paper No. 6831, December 1998.

Carlton & Waldman 2002

D.W. Carlton & M. Waldman, 'The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries', *The Rand journal of economics* 33 (2002), issue 2, p. 194-220.

Chalmers et al. 2006

D. Chalmers et al., *European Union Law. Text and Materials*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

Chatelin 2000

M. Chatelin, 'De Telegraaf vs. NOS en HMG, zaaknummer 1, Besluit van de d-g NMA d.d. 16 februari 2000', *M&M* 2000-3, p. 107-110.

Chatelin 2001

M. Chatelin, 'De Telegraaf – NOS, AVRO, KRO, NCRV, EO, TROS, VARA en VPRO, Arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage d.d. 30 januari 2001', *M&M* 2001-3, p. 115-119.

Cohen Jehoram 2008

H. Cohen Jehoram, 'Het toezicht op collectieve beheersorganisaties en de goededoelenfondsen', *AMI* 2008-1, p. 8-13.

Cooper Dreyfuss, Leenheer Zimmerman & First 2001

R. Cooper Dreyfuss, D. Leenheer Zimmerman, H. First (eds.), *Expanding the boundaries of intellectual property: innovation policy for the knowledge society*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Cotter 1999

Th. F. Cotter, 'Intellectual Property and the Essential Facilities Doctrine', *Antitrust Bulletin* 44 (1999), issue 1, p. 211-250.

Craig & De Búrca 2003

P. Craig & G. De Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2003.

Craig & De Búrca 2008

P. Craig & G. De Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Cseres 2005

K.J. Cseres, *Competition Law and Consumer Protection*, The Hague: Kluwer Law International 2005.

D.

Van Damme 1998

E. van Damme, 'Verticale mededingingsafspraken', *SEW* 1998-1, p. 8-17.

Van Damme 2001

E.E.C. van Damme, 'Op de welvaartseconomie gebaseerd mededingingsbeleid', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans (red.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 55-57.

Davies 2006

G. Davies, *The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States* (Jean Monnet Working Paper 02/06), New York: NYU School of Law 2006.

Deisenhofer 2005

Th. Deisenhofer, 'Towards a proportionality test in the field of the liberal professions?', *Competition Policy Newsletter* 2005-3, p. 25-33.

Derclaye 2003

E. Derclaye, 'Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law', *World Competition* 26 (2003), issue 4, p. 685-705.

Derclaye 2004a

E. Derclaye, 'The *IMS Health* Decision: A Triple Victory', *World Competition* 27 (2004), issue 3, p. 397-405.

Derclaye 2004b

E. Derclaye, 'The *IMS Health* decision' and the reconciliation of copyright and competition law', *European Law Review* 29 (2004), issue 5, p. 687-697.

Devroe 2000

W. Devroe, ' "Universele dienstverlening" als nieuwe manier van denken?', *SEW* 2000-3, p. 82-95.

Dixon & Greenhalgh 2002

P. Dixon & Ch. Greenhalgh, 'The Economics of Intellectual Property: A Review to Identify Themes for Future Research', *OIPRC Electronic Journal of Intellectual Property Rights* 05/02 (2002).

Dhondt 2003

N. Dhondt, *Integration of Environmental Protection into other EC Policies. Legal Theory and Practice* (diss. Amsterdam UvA), Groningen: Europa Law Publishing 2003

Doherty 2001

B. Doherty, 'Just what are essential facilities?', *Common Market Law Review* 38 (2001), issue 2, p. 397-436.

Dolmans & Piilola 2003

M. Dolmans & A. Piilola, 'The Proposed New Technology Transfer Block Exemption Is Europe really better off than with the current regulation?', *World Competition* 26 (2003), issue 4, p. 541-565.

Douma 1997

W. Th. Douma, 'Het Verdrag van Amsterdam en het milieu: twee stappen vooruit, een stap terug?', *Milieu & Recht* 1997-9, p. 179-184.

Drahos 2001

M. Drahos, *Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community Germany, Austria and the Netherlands*, Den Haag: Kluwer Law International 2001.

Driehuis & Velthuijsen 2006

W. Driehuis & J.W. Velthuijsen, 'De econoom in mededingingszaken. Reflecties over de inbreng van economen in mededingingszaken', *NTER* 2006-4, p. 75-84

Drijber 2003

B. J. Drijber, 'Kroniek 2002: stilte voor de storm?' (redactioneel), *M&M* 2003-3, p. 73-74

Drijber 2004a

B. J. Drijber, 'Initiatiefwetsvoorstel vaste boekenprijs in beslissende fase aange-land', *Ondernemingsrecht* 2004-3, p. 85-87.

Drijber 2004b

B.J. Drijber, 'Noot bij arrest *IMS Health/NDC Health*', *AMI* 2004-4, p. 133-140.

Drijber 2005

B.J. Drijber, 'Reactie op: De Wet op de vaste boekenprijs en het mededingingsrecht', *Mediaforum* 2005-6, p. 232-235.

Drijber 2007

B.J. Drijber, 'Het Hervormingsverdrag van de EU: stap vooruit of stap achteruit?', *M&M* 2007-5/6, p. 131-136.

Drijber & De Groot 2002

B.J. Drijber & G.R.J. de Groot, *Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationaal recht* (advies van de landsadvocaat), Den Haag 2002.

E.

Edward & Hoskins 1995

D. Edward & M. Hoskins, 'Article 90: Deregulation and EC law. Reflections arising from the XVI FIDE conference', *Common Market Law Review* 32 (1995), issue 1, p. 157-186.

Ehlermann & Atanasiu 2006a

C.-D. Ehlermann & I. Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2003. What is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford: Hart Publishing 2006.

Ehlermann & Atanasiu 2006b

C.-D. Ehlermann & I. Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2004. The Relationship Between Competition Law and the (Liberal) Professions*, Oxford: Hart Publishing 2006.

Ehlermann & Atanasiu 2007

C.-D. Ehlermann & I. Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2005. The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford: Hart Publishing 2007.

Eijsbouts 2005

W.T. Eijsbouts, 'The Rule of Reason, a Constitutional Principle', in: A. Schrauwen (red.), *The Rule of Reason; Rethinking another Classic of European Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 191-194.

Van Empel 1993

M. van Empel, *Europees materieel recht – Rechtspraak en wetgeving*, Deventer 1993.

Van Empel 2005

M. van Empel, 'Intellectuele eigendom en EG-kartelrecht. 2004: een bewogen jaar', *NJB* 2005-14, p. 730-737.

Van Empel & Geerts 2005

G. van Empel & P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2005.

Eucken 1952

W.K.H. Eucken (hrsg. von E. Eucken-Erdsiek und K. P. Hensel), *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bern: Francke / Tübingen: Mohr 1952.

Den Exter 2005a

A.P. den Exter, 'De Europese kwetsbaarheid van de Zorgverzekeringswet', *NJB* 2005-2, p. 87-93.

Den Exter 2005b

A. den Exter, 'Access to Health Care in the Netherlands: The Influence of (European) Treaty Law', *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 33 (2005), issue 4, p. 698-710.

F.

Faure 1998

M.G. Faure, 'Harmonisation of Environmental Law and Market Integration: Harmonising for the Wrong Reasons?', *European Environmental Law Review* 7 (1998), issue 6, p. 169-175.

Faure 2000

M.G. Faure, 'The Harmonization, Codification and Integration of Environmental Law: a Search for Definitions', *European Environmental Law Review* 9 (2000), issue 6, p. 174-182.

Faure 2005

M.G. Faure, 'Solidariteit en individualisering in private verzekering en sociale zekerheid', *NJB* 2005-34, p. 1786-1791.

Faure, Hartlief & Philipsen 2006

M.G. Faure, T. Hartlief en N.J. Philipsen, *Resultaatgerelateerde beloningssystemen voor advocaten. Een vergelijkende beschrijving van beloningssystemen voor advocaten in een aantal landen van de Europese Unie en Hong Kong*, Den Haag: WODC/Ministerie van Justitie 2006.

Fierstra 1993

M.A. Fierstra, *Europees mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 1993.

Folmer 2005

F.C. Folmer, 'Arrest British Horseracing Board/William Hill: het einde van de spin-offtheorie in het databankenrecht?', *NTER* 2005-3/4, p. 70-73.

Forrester 1995

I.S. Forrester, 'Competition structures for the 21st century', in: B. E. Hawk (ed.), *International antitrust law & policy 1994*, The Hague: Kluwer Law International 1995, p. 445-503.

G.

Gaasbeek 2001

P.B. Gaasbeek, 'Mededingingswet en de zorgsector', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans (red.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 59-88.

Gaasbeek e.a. 1999

P. B. Gaasbeek e.a. (red.), *Integraal Mededingingsrecht*, 's-Gravenhage 1999.

Van Geen 2001

H.C. van Geen, 'Verhandelbare emissies. Marktwerving in het milieu', *Tijdschrift Privatisering. Juridische en fiscale aspecten van verzelfstandiging en privatisering* 2001-4, p. 20-25.

Geerts & Van der Kooij 2006

P.G.F.A. Geerts & P.A.C.E. van der Kooij, *Sdu Wettenverzameling Intellectuele Eigendom*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Geiger 2004

A. Geiger, 'Patents, Trade Marks, Copyrights – a Mission for Article 82 EC?', *European Competition Law Review* 25 (2004), issue 5, p. 311-313.

Geradin 2002

D. Geradin, 'EC competition law and environmental protection: conflict or compatibility?', in: H. Somsen, *Yearbook of European Environmental Law. Volume Two*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 117-154.

Geradin 2004

D. Geradin, 'Limiting the scope of Article 82 EC: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?', *Common Market Law Review* 41 (2004), issue 6, p. 1519-1554.

Gerber 2001

D.J. Gerber, 'The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy', *Journal of institutional and theoretical economics* 157 (2001), issue 1, p. 14-22.

Van Gerven e.a. 1997

W. van Gerven, L. Gyselen, M. Maresceau & J. Stuyck, *Kartelrecht II: Europese Gemeenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Gerver & Reinhartz 2005

P.H.M. Gerver & B.E. Reinhartz, *100 jaar notariaal toezicht*, Deventer: Kluwer 2005.

Ghidini 2006

G. Ghidini, *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2006.

Gielen 2005

C. Gielen, 'De richtlijn handhaving IE-rechten', *NTER* 2005-1, p. 6-11.

Van Ginneken 2008

P.P.J. van Ginneken, 'Het sectoronderzoek van de Europese Commissie in de geneesmiddelensector', *M&M* 2008-3, p. 65-70.

Gitter 2003

D. M. Gitter, 'The conflict in the European Community between competition law and intellectual property rights: a call for legislative clarification of the essential facilities doctrine', *American Business Law Journal* 40 (2003), issue 2, p. 217-300.

Gläsner 1986

H.J. Gläsner, 'Die Einheitliche Europäische Akte', *Europarecht* (21) 1986-2, p. 119-152.

Glazener, Bijleveld & Evans 2001

P. Glazener, A.S. Bijleveld, S.J.H. Evans, 'Kroniek Mededingingsrecht; beschikingspraktijk van de NMa in het eerste halfjaar 2000', *SEW* 2001-2, p. 62-71.

Glazener & Jansen 2000

P. Glazener & T.S. Jansen, 'Kroniek Mededingingsrecht; anderhalf jaar NMa', *SEW* 2000-1, p. 20-31.

Glazener, Jansen & Evans 2000

P. Glazener, T.S. Jansen, S.J.H. Evans, 'Kroniek Mededingingsrecht; beschikingspraktijk van de NMa in het tweede halfjaar 1999', *SEW* 2000-10, p. 362-375.

Govaere 1996

I. Govaere, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, London: Sweet & Maxwell 1996.

Goyder 2003

D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2003.

Granstrand 2003

O. Granstrand, 'Innovations and intellectual property studies. An introduction and overview of a developing field', in: O. Granstrand (ed.), *Economics, Law and Intellectual Property. Seeking Strategies for Research and Teaching in a Developing Field*, Boston: Kluwer Academic Publishers 2003, p. 9-40.

De Grauwe 2006

P. De Grauwe, *Waar gaat het naartoe met onze economie?*, Tielt: Lannoo 2006.

De Grave 2000

D.J.M. de Grave, 'Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren, zaaknr. 181', *M&M* 2000-5, p. 185-188.

Groenendijk 1998

J. Groenendijk, *Overheidsinvloed in het openbaar vervoer, een vergelijkend onderzoek naar deregulering, privatisering en verzelfstandiging in Europa*, Amsterdam: Thesis 1998.

Van de Gronden 1999

J.W. van de Gronden, 'De bijwerkingen van de Wet geneesmiddelenprijzen', *SEW* 1999-6, p. 233-244.

Van de Gronden 2001a

J.W. van de Gronden, 'Milieu en mededinging: is milieubescherming alleen een publieke taak of ook onderdeel van de producentenaansprakelijkheid?', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans (red.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 131-178.

Van de Gronden 2001b

J.W. van de Gronden, 'Mededingingsrecht en gezondheidszorg', *M&M* 2001-8, p. 267-279.

Van de Gronden 2001c

J.W. van de Gronden, 'EG-recht en het maatschappelijk middenveld', *SEW* 2001-9, p. 302-313.

Van de Gronden 2004a

J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Deventer: Kluwer 2004.

Van de Gronden 2004b

J.W. van de Gronden, 'Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?', *E.C.L.R.* 25 (2004), issue 2, p. 87-94.

Van de Gronden 2004c

J.W. van de Gronden, 'Gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK e.a.', *SEW* 2004-6, nr. 39, p. 281-285.

Van de Gronden 2005

J.W. van de Gronden, 'Rule of Reason and Convergence in Internal Market and Competition Law', in: A. Schrauwen (red.), *The Rule of Reason; Rethinking*

another Classic of European Law, Groningen Europa Law Publishing 2005, p 77-94

Van de Gronden 2006a

J W van de Gronden, 'Zaak T-193/02, Piau t Commissie', *SEW* 2006-1, nr 5, p 31-36

Van de Gronden 2006b

J W van de Gronden, 'The Internal Market, the State and Private Initiative A Legal Assessment of National Mixed Public-private Arrangements in the Light of European Law', *Legal Issues of Economic Integration* 33 (2006), issue 2, p 105-137

Van de Gronden 2007

J W van de Gronden, 'Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?', *SEW* 2007-10, nr 178, p 399-421

Van de Gronden & Mortelmans 2001

J W van de Gronden & K J M Mortelmans, 'Het mededingingsrecht en niet-economische belangen 2003 het cruciale jaar?', in J W van de Gronden & K J M Mortelmans (red), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer Kluwer 2001, p 307-339

Van de Gronden & Mortelmans 2003a

J van de Gronden & K Mortelmans, 'Mededinging en algemene belangen welke signalen geeft de Europese rechter in de Eurovisiezaak?', *Mediaforum* 2003-1, p 11-20

Van de Gronden & Mortelmans 2003b

J W van de Gronden & K J M Mortelmans, 'Is een inkoper van medische hulpmiddelen een onderneming in de zin van het EG-mededingingsrecht?', *Ars Aequi* 2003-6, p 464-475

De Groot 2007

G R J de Groot, 'Zorg zonder grenzen', *NJB* 2007-26, p 1588-1593

Grosheide 1986

F W Grosheide, *Auteursrecht op maat Beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in een rechtspolitieke context*, Kluwer Deventer 1986

Groves et al. 1993

P Groves, A Martino, C Miskin & J Richards, *Intellectual Property and the Internal Market of the European Community*, London Graham & Trotman Ltd 1993

Guibault 2008

L. Guibault, 'Halleluja: Buma's aansluitvoorwaarden krijgen zegen van NMa!', *AMI* 2008-4, p. 85-93.

H.

Hamilton 2005

G.J.A. Hamilton, 'Een zorgverzekering die past in Europa', *SEW* 2005-10, nr. 78, p. 411-421.

Hancher & Lugard 1999

L. Hancher en H.H.P. Lugard, 'De essential facilities doctrine. Het Bronner arrest en vragen van mededingingsbeleid', *SEW* 1999-9, p. 323-333.

Hatzopoulos 2002

V. G. Hatzopoulos, 'Killing National Health and Insurance Systems but Healing Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgments of the ECJ in *Vanbraekel* and *Peerbooms*', *Common Market Law Review* 39 (2002), issue 4, p. 683-729.

Hatzopoulos 2005

V. Hatzopoulos, 'Health Law and Policy: The Impact of the EU', in: G. De Búrca (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 111-168.

Ten Have & Mulder 2007

F. ten Have & J. Mulder, 'Het Nederlandse verbod op *no cure no pay* en *quota pars litis*: een mededingingsrechtelijk perspectief', *Ars Aequi* 2007-5, p. 438-447.

Hawk 1995

B. E. Hawk (ed.), *International antitrust law & policy 1994*, The Hague: Kluwer Law International 1995.

Hendriks 2006

N. Hendriks, 'Creative commons in Nederland: flexibel auteursrecht', *AMI* 2006-1, p. 1-7.

Hervey & McHale 2004

T.K. Hervey & J.V. McHale, *Health Law and the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Van den Heuvel Rijnders e.a. 2004

J. van den Heuvel Rijnders e.a., *Publieke belangen en marktordening bij vrije beroepen*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2004.

Heyvaert 2006

V. Heyvaert, 'Overleven in het Europees gemeenschapsrecht: het voorzorgsbeginsel tussen integratie en identiteitsverlies', *SEW* 2006-9, nr. 78, p. 306-315.

Hildebrand 2002

D. Hildebrand, *The Role of Economic Analysis and the EC Competition Rules*, Den Haag: Kluwer Law International 2002.

Holmes 2006

J. Holmes, *EC Competition Law and the State*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Houdijk 2003

J.C.A. Houdijk, 'HR 6 juni 2003 – NOS vs. De Telegraaf. Misbruik van machtspositie door IE-rechthebbende in geval van leveringsweigering van programmegevens', *M&M* 2003-6, p. 204-213.

Houdijk 2004

J.C.A. Houdijk, 'Zorg&mededinging: meer marktwerking, meer mededingingsrecht', *NTER* 2004-7, p. 181-196.

Houdijk 2005a

J.C.A. Houdijk, 'Rechtspraak op het snijvlak van mededingingsrecht en intellectuele eigendomsrecht: het evenwicht tussen de rechtsgebieden in het arrest IMS Health', *SEW* 2005-1, nr. 3, p. 23-34.

Houdijk 2005b

J.C.A. Houdijk, 'Noot bij CBB-uitspraak 15 juli 2004, NOS/NMa', *AMI* 2005-2, p. 72-76.

Houdijk 2005c

J. Houdijk, 'The IMS Health Ruling: Some Thoughts on its Significance for Legal Practice and its Consequences for Future Cases such as Microsoft', *European Business Organization Law Review* 6 (2005), issue 3, p. 467-495.

Houdijk 2005d

J. Houdijk, 'De nieuwe Wet op de vaste boekenprijs: immuun voor het mededingingsrecht?', *Mediaforum* 2005-4, p. 148-156.

Houdijk 2005e

J.C.A. Houdijk, 'Vrije beroepen, deontologie en het mededingingsrecht – hoeveel ruimte blijft er over voor beroepsregulering in advocatuur en notariaat?', *RM Themis* 2005-5, p. 251-263.

Houdijk 2005f

J. Houdijk, 'De strijd om de programmagegevens in Nederland. een nieuwe episode in een bekend omroepfeuilleton', *Mediaforum* 2005-11/12, p. 356-365.

Houdijk 2006

J.C.A. Houdijk (red), *Advocatuur en notariaat. tussen profijt en professie. Verslag en uitkomsten van het congres over de vrije beroepen in de Paleiskerk te Den Haag*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2006.

Houdijk 2008

J C.A. Houdijk, 'Zelfregulering door de vrijeberoepssector en het mededingingsrecht: enige argumenten vóór een algemeen belang *rule of reason*', *NTER* 2008-1/2, p. 16-26.

Hovenkamp 2005

H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise Principle and Execution*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2005.

Hoyng 2002

W.A. Hoyng, 'Noot bij arrest *IMS Health/Commissie*', *M&M* 2002-3, p. 113-117

Hugenholtz 2002

P.B. Hugenholtz, 'De spin-off theorie uitgesponnen', *AMI* 2002-5, p. 161-166

Hugenholtz 2003

P.B. Hugenholtz, 'Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?', *AMI* 2003-6, p. 203-208.

Hugenholtz 2005

P B Hugenholtz, 'Noot bij arrest *British Horseracing Board/William Hill*', *AMI* 2005-1, p. 27-37.

Hugenholtz, Visser & Hins 2008

B. Hugenholtz, D. Visser & W. Hins, 'Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer', *AMI* 2008-4, p. 94-98

Hull & Strowel 2004

D W. Hull and A. Strowel, 'Compulsory Licensing of IP Rights: the ECJ's Judgment in the *IMS* Case and its Impact on the *Microsoft* Case', *Auteurs & Media* 2004-5/6, p. 491-498.

J.

Jacobs 1993

R. Jacobs, 'EEC competition law and the protection of the environment', *Legal Issues of European Integration* 20 (1993), issue 2, p. 37-67.

Jans 2000

J.H. Jans, 'Proportionality Revisited', *Legal Issues of Economic Integration* 27 (2000), issue 3, p. 239-265.

Jans 2005

J.H. Jans, *Doorgeschooten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak* (oratie Groningen), Groningen: Europa Law Publishing 2005.

Jans e.a. 2002

J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Jans et al. 2007

J.H. Jans et al., *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

Jans & Vedder 2008

J.H. Jans & H.H.B. Vedder, *European Environmental Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2008.

Jans, Sevenster & Vedder 2000

J.H. Jans, H.G. Sevenster, H.H.B. Vedder (red.), *Europees Milieurecht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Jewell & Reid 2000

T. Jewell & C. Reid, 'Environmental Law', in: D. Hayton (ed.), *Law's future(s) – British Legal Developments in the 21st Century*, Oxford: Hart 2000, p. 209-232.

Jones 2001

J. Jones, 'Intellectual Property Rights', in: P.M. Roth (ed.), C. W. Bellamy & G. D. Child (consultant eds.), *European Community Law of Competition*, London: Sweet & Maxwell 2001, p. 610-679.

Jones & Sufrin 2004

A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Jones & Sufrin 2008

A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2008.

De Jong 2005

B. de Jong, 'Kanttekeningen bij Donners bezwaren tegen "no cure, no pay" ', *NJB* 2005-12, p. 631-633.

De Jong & Buijsen 2005

E. de Jong & M. Buijsen, *Solidariteit onder druk? Over de grens tussen individuele en collectieve verantwoordelijkheid*, Nijmegen: Valkhof Pers 2005.

Jost, Dawson & Den Exter 2006

T.S. Jost, D. Dawson & A. den Exter, 'The Role of Competition in Health Care: A Western European Perspective', *Journal of Health Politics, Policy and Law* 31 (2006), issue 3, p. 687-703.

K.

Van de Kamp & Meulman 2005

G.J. van de Kamp & J. Meulman, 'IE-recht en kartelrecht', *NJB* 2005-27, p. 1402-1403.

Kamperman Sanders 2004

A. Kamperman Sanders, 'Intellectuele eigendom na HvJEG IMS Health/NDC Health: de dwanglicentie in opmars?', *AMI* 2004-4, p. 129-132.

Kapteyn & Verloren van Themaat 1995

P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen – Na Maastricht*, Deventer: Kluwer 1995.

Kapteyn & Verloren van Themaat 2003

P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.

Kapteyn, Verloren van Themaat & Gormley 1998

P.J.G. Kapteyn, P. VerLoren van Themaat & L. Gormley, *Introduction to the law of the European Communities: from Maastricht to Amsterdam*, London: Kluwer Law International 1998.

Kearns 2004

P. Kearns, 'Culture and EU Law: The Exploration of an Interface', in: R. Craufurd Smith (ed.), *Culture and European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 385-405.

Keeling 2003

D.T. Keeling, *Intellectual Property Rights in EU Law. Volume I: Free Movement and Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2003.

Van der Klis 2003

G. van der Klis, 'Noot bij HR 6 juni 2003, NOS vs. Telegraaf', *Mediaforum* 2003-7/8, p. 255-256.

Knapen 2008

M. Knapen, 'We laten ons het tuchtrecht niet afpakken', *Advocatenblad* 2008-1, p. 2 en 3.

Koelman 2003

K.J. Koelman, 'Noot bij HR 6 juni 2003 (NOS/Telegraaf)', *AMI* 2003, p. 141-157.

Koelman 2004a

K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging – Deel I', *AMI* 2004-2, p. 45-50.

Koelman 2004b

K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging – Deel II', *AMI* 2004-3, p. 89-97.

Koorevaar 2004

J. Koorevaar, *Reactie op 'De Calculus van het publieke belang' en essays Theeuwes en Ten Heuvelhof*, Den Haag: Ministerie van OCW 2004.

Korah 2000

V. Korah, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford 2000.

Korah 2006

V. Korah, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Oxford: Hart Publishing 2006.

Kortmann 1996

C.A.J.M. Kortmann, 'Het normenstelsel in het gemeenschapsrecht', *SEW* 1996-4, p. 116-123.

Koutrakos 2005

P. Koutrakos, 'Healthcare as an Economic Service under EC Law', in: E. Spaventa & M. Dougan, *Social Welfare and EU Law*, Oxford: Hart Publishing 2005, p. 105-130.

Krämer 2002

L. Krämer, 'Thirty Years of EC Environmental Law: Perspectives and Prospectives', in: H. Somsen, *Yearbook of European Environmental Law. Volume Two*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 155-182.

Kreijger 2002

P.J. Kreijger, 'De afbakening tussen intellectuele eigendomsrechten en de Nederlandse Mededingingswet', *IER* 2002-4, p. 167-173.

Kuijpers, Noailly & Vollaard 2005

N. Kuijpers, J. Noailly & B. Vollaard, *Liberalisation of the Dutch notary profession: Reviewing its scope and impact* (CPB rapport 93), Den Haag: CPB 2005.

Kuipers & Linssen 2005

P. Kuipers en N. Linssen, 'Vrije beroepen, de vrijheid voorbij?', *NTER* 2005-3/4, p. 64-69.

L.

Landes & Posner 2003

W. M. Landes & R. A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press 2003.

Langer 1999a

J. Langer, 'Einde boekenkartel? Of nog niet?', *NTER* 1999-11, p. 271-274.

Langer 1999b

J. Langer, 'Het boekenkartel slaat aanval weer af', *NTER* 1999-12, p. 314 en 315.

Langer 2001

J. Langer, 'Het boekenkartel: de onneembare KVB-vesting', *NTER* 2001-1/2, p. 13-16.

Langer 2004

J. Langer, 'De Microsoft-zaak en de 'leverage'-theorie', *AM* 2004-8, p. 169-170.

Langer 2008

J. Langer, 'The Court of First Instance's Microsoft Decision: Just an Orthodox Ruling in an On-Orthodox Case', *Legal Issues of Economic Integration* 35 (2008), issue 2, p. 183-195.

Langeveld 2009

M. Langeveld, 'De belangen bij toezicht op collectieve beheersorganisaties', *AMI* 2009-2, p. 45-50.

Lapr , Rutten & Schut 2001

R. Lapr , F. Rutten & E. Schut, *Algemene economie van de gezondheidszorg*, Maarsse: Elsevier gezondheidszorg 2001.

Le 2005

N. Le, 'What Does 'Capable of Eliminating all Competition' Mean?', *European Competition Law Review* 26 (2005), issue 1, p. 6-9.

Lévêque 2005

F. Lévêque, 'Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case', *World Competition* 28 (2005), issue 1, p. 71-92.

Van Loon 2004

S. van Loon, *Databankenrecht en mededinging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Van Loon 2007

S. van Loon, 'Licentieweigering door Microsoft: innovatiebelemmering of rechtmatige uitoefening van het intellectueel eigendomsrecht', *AMI* 2007-6, p. 166-173.

Loozen 1999

E.M.H. Loozen, 'CAO's, bedrijfspensioenfondsen en het EG-mededingingsrecht', *NTER* 1999-11, p. 274-285.

Loozen 2006

E. Loozen, 'Professional ethics and restraints of competition', *E.L.Rev.* 31 (2006), issue 1, p. 28-47.

Loozen 2007

E.M.H. Loozen, 'Zelfregulering door en voor de vrije beroepen: toch maar liever geen algemeen belang *rule of reason*', *NTER* 2007-9, p. 153-162.

Loozen & Mortelmans 1999

E.M.H. Loozen & K.J.M. Mortelmans, 'Mededinging in de Kanaaltunnel? De Europese Commissie is ontspoord!', *Ars Aequi* 1999-3, p. 177-193.

Louri 2005

V. Louri, 'The *FENIN* Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity', *Legal Issues of Economic Integration*, 32 (2005), issue 1, p. 87-97.

Lugard & Plompen 2003

H.H.P. Lugard & P.M.A.L. Plompen, 'Innovatie(f) mededingingsbeleid?', *SEW* 2003-11, p. 372-382.

Lutje Schipholt & Broekhof 2001

L. R. Lutje Schipholt & E. Broekhof, *Markt en openbaar vervoer: niet minder maar méér overheid*, Utrecht: Inno-V adviseurs 2001.

M.

Mahler 2005

R. Mahler, 'Noot bij SBS/Quote', *Mediaforum* 2005-10, p. 346-348.

Van Marissing 2000

J.P.L. van Marissing, *De NMa in actie – De praktijk van de Nederlandse mededingingsautoriteit*, Den Haag 2000.

McAuley 2002

D. McAuley, 'They Think it's All Over...It Might Just Be Now: Unravelling the Ramifications for the European Football Transfer System Post-Bosman', *E.C.L.R.* 23 (2002), issue 7, p. 331-340.

McAuley 2003

D. McAuley, 'Windows, Caps, Footballs and the European Commission. Confused? You Will Be,' *E.C.L.R.* 24 (2003), issue 8, p. 394-399.

McAuley 2004

D. McAuley, 'Exclusively for All and Collectively for None: Refereeing Broadcasting Rights between the Premier League, European Commission and BSkyB', *E.C.L.R.* 25 (2004), issue 6, p. 370-379.

McKay 1999

D. McKay, *Federalism and European Union: a political economy perspective*, Oxford: Oxford University Press 1999.

McManis 2004

Ch. R. McManis, *Intellectual property and unfair competition in a nutshell*, St. Paul: West Group 2004.

Meersma & VerLoren van Themaat 2005

K.D. Meersma & I.W. VerLoren van Themaat, 'Het wetsvoorstel marktordening gezondheidszorg', *NJB* 2005-40, p. 2084-2087.

Meijenfeldt 1997

H.G. von Meijenfeldt, 'Vergroening van het Verdrag van Amsterdam', *Milieu & Recht* 1997-9, p. 174-178.

Meijer 2006

C.C. Meijer, 'De NZa – autoriteit in ontwikkeling', *M&M* 2006-6, p. 183-188.

Meulman 2004

J. Meulman, 'Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?', *SEW* 2004-3, nr. 13, p. 98-107.

Mok 1996

M. R. Mok, 'Noot bij zaak C-360/92 P, Publishers Association', *SEW* 1996-4, p. 138-141.

Mok 1999

M.R. Mok, 'Naar 'modernisering' van het Europees kartelbeleid', *SEW* 1999-9, p. 314-322.

Mok 2003

M.R. Mok, 'Naar een wettelijke vaste boekenprijs? Een initiatiefvoorstel', *Ondernemingsrecht* 2003-1, p. 4-8.

Mok 2004

M.R. Mok, *Kartelrecht I. Nederland – De Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2004.

Montangie 1998

Y. Montangie, 'Verticale prijsbinding: moet kunnen', *SEW* 1998-5, p. 196-201.

Montangie 2004

Y. Montangie, 'Het reglement van de orde van Vlaamse balies inzake beroepsmatige samenwerking met niet-advocaten: een mededingingsrechtelijke brug te ver', *Rechtskundig Weekblad* 2004-25, p. 961-970.

Monti 2002

G. Monti, 'Article 81 EC and public policy', *Common Market Law Review* 39 (2002), issue 5, p. 1057-1099.

Monti 2007

G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.

Mortelmans 1999

K.J.M. Mortelmans, 'Niet-economische belangen en de Mededingingswet', *NJB* 1999-27, p. 1244-1250.

Mortelmans 2000

K.J.M. Mortelmans, 'Milieubeleid en mededingingsrecht: onvermijdelijke confrontatie en gewenste integratie', *NTER* 2000-1/2, p. 21-28.

Mortelmans 2001a

K.J.M. Mortelmans, 'Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition', *Common Market Law Review* 38 (2001), issue 3, p. 613-649.

Mortelmans 2001b

K.J.M. Mortelmans, 'Naar een vernieuwd mededingingsrecht in Europa', *Ars Aequi* 2001-5, p. 339-350.

Mortelmans 2002

K. Mortelmans, 'The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market: towards a concordance rule', *Common Market Law Review* 39 (2002), issue 6, p. 1303-1346.

Mortelmans 2003a

K.J.M. Mortelmans, 'Mededinging en algemene belangen: welke signalen geeft de Europese rechter in de Eurovisiezaak?', *Mediaforum* 2003-1, p. 11-20.

Mortelmans 2003b

K.J.M. Mortelmans, 'Is een inkoper van medische hulpmiddelen een onderneming in de zin van het EG-mededingingsrecht?', *Ars Aequi* 2003-6, p. 464-475.

Mortelmans 2003c

K.J.M. Mortelmans, 'Zaak C-137/00, Milk Marque', *SEW* 2003-11, p. 397-404.

Mortelmans 2003d

K.J.M. Mortelmans, 'Zaak C-198/01, Fiammiferi (CIF)', *SEW* 2003-11, p. 404-413.

Mortelmans 2003e

K.J.M. Mortelmans, 'Redactionele signalen', *SEW* 2003-12, p. 415.

Mortelmans 2004

K.J.M. Mortelmans, 'Botsende algemene belangen en de werking van de interne markt', *SEW* 2004-6, nr. 33, p. 240-252.

Mortelmans 2005a

K. Mortelmans, 'The Court under the Influence of its Advocates General: An Analysis of the Case Law on the Functioning of the Internal Market', *Yearbook of European law* 24 (2005), p. 127-172.

Mortelmans 2005b

K.J.M. Mortelmans, 'De interne markt en de gezondheidsexcepties', *SEW* 2005-10, nr. 77, p. 400-410.

Motta 2004

M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Müller & Rodenhausen 2008

U. Müller & A. Rodenhausen, 'The Rise and Fall of the Essential Facility Doctrine', *E.C.L.R.* 29 (2008), issue 5, p. 310-329.

N.

Nahuis & Noailly 2005

R. Nahuis & J. Noailly, *Competition and Quality in the Notary Profession* (CPB rapport 94), Den Haag: CPB 2005.

Narciso 2003

A. Narciso, 'IMS Health or the Question Whether Intellectual Property Still Deserves a Specific Approach in a Free Market Economy', *Intellectual Property Quarterly* 7 (2003), issue 4, p. 445-468.

Navarro et al. 2004

E. Navarro et al., *Merger Control in the EU*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Nickless 1998

J.A. Nickless, *The consequences of European Competition Law for social health care providers*, Antwerpen: MAKLU Uitgevers 1998

Nicolaides 2005

Ph. Nicolaides, 'The Balancing Myth: The Economics of Article 81(1) & (3)', *Legal Issues of Economic Integration* 32 (2005), issue 2, p. 123-145.

Niels, Van Dijk & Ten Kate 2001

G.T. Niels, R. M. van Dijk & A. ten Kate, 'Mededingingsbeleid: nog steeds in de clinch met zichzelf?', *SEW* 2001-1, p. 17-20.

Van Nieuwenhoven Helbach, Huydecoper & Van Nispen 2002

E.A. van Nieuwenhoven Helbach, J.L.R.A. Huydecoper, C.J.J.C. van Nispen, *Industriële eigendom. Deel 1: Bescherming van technische innovatie*, Deventer: Kluwer 2002.

Nijs 2005

B.A. Nijs, 'Noot bij SBS/Quote', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2005-6, p. 153-156.

Nikpay, Kjølbye & Faull 2007

A. Nikpay, L. Kjølbye & J. Faull, 'Article 81', in: J. Faull & A. Nikpay (eds.), *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 181-312.

O.

O'Donoghue & Atilano Padilla 2006

R. O'Donoghue & A. J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart Publishing 2006.

Odudu 2002

O. Odudu, 'The Role of Specific Intent in Section 1 of the Sherman Act: A Market Power Test?', *World Competition* 25 (2002), issue 4, p. 463-491.

Odudu 2006

O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Ogus 1995

A. Ogus, 'Rethinking Self-Regulation', *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995), issue 1, p. 97-108.

E. Olmsted Teisberg, M.E. Porter & G.B. Brown 1998

E. Olmsted Teisberg, M.E. Porter & G.B. Brown, 'Making Competition in Health Care Work', in: M.E. Porter, *On competition*, Boston: Harvard Business School Press 1998, p. 409-430.

Ong 2004

B. Ong, 'Anti-competitive Refusals to Grant Copyright Licences: Reflections on the IMS Saga', *European Intellectual Property Review* 26 (2004), issue 11 p. 505-514.

Ong 2005

B. Ong, 'Building Brick Barricades and other Barriers to Entry: Abusing a Dominant Position by Refusing to Licence Intellectual Property Rights', *E.C.L.R.* 4 (2005), p. 213-222.

Ørstavik 2005

I.B. Ørstavik, 'Technology Transfer Agreements: Grant-Backs and No-Challenge Clauses in the New EC Technology Transfer Regulation', *International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC)* 36 (2005), issue 1, p. 83-112.

Ortiz Blanco & Jörgens 2006

L. Ortiz Blanco & K. J. Jörgens, 'Antitrust rules (Articles 81 and 82)', in: L. Ortiz Blanco & A. Read (ed.), *European Community Competition Procedure*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 1-598.

Overdijk 2005

T.F.W. Overdijk, 'Noot bij BHB/William Hill', *Mediaforum* 2005-2, p. 63-69.

P.

Pardolesi & Renda 2004

R. Pardolesi & A. Renda, 'The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?', *World Competition* 27 (2004), issue 4, p. 513-566.

Parret 2004

L. Parret, 'Bundesverband der Arzneimittel-Importeure en het Koninkrijk Zweden en de Commissie t. Bayer', *M&M* 2004-4, p. 147-152.

Parret 2005

L. Parret, 'Het moeizaam evenwicht tussen vrije concurrentie en gerechtvaardigde bescherming: het debat wordt vervolgd', *Het Poelaertplein* 2005/2006-4, p. 7-9.

Peeperkorn 2003

L. Peepkorn, 'IP Licences and Competition Rules: Striking the Right Balance', *World Competition* 26 (2003), issue 4, p. 539-564.

Pennings 2005

F.J.L. Pennings, 'De modernisering en vereenvoudiging van de coördinatie van de sociale zekerheid', *SEW* 2005-3, nr. 15, p. 106-116.

Peritz 2003

R.J. Peritz, 'The "Rule of Reason" in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition', *Hastings Law Journal* 40 (1989), p. 285-342; Reprinted in: R. Greaves (ed.), *Competition Law*, Aldershot: Ashgate 2003, p. 303-360.

Philipsen 2005

N.J. Philipsen, 'Vrije beroepen, concurrentie en regulering in Nederland: zijn we op de goede weg?', *SEW* 2005-2, nr. 8, p. 54-59.

Pieters & Van den Bogaert 1997

D. Pieters & S. van den Bogaert, *The consequences of European Competition Law for national health policies*, Antwerpen-Apeldoorn: MAKLU Uitgevers 1997.

Pijnacker Hordijk 2002

E. Pijnacker Hordijk, 'Noot bij Wouters-arrest', *M&M* 2002-2, p. 70-77.

Pijnacker Hordijk & De Vries 2002

E.H. Pijnacker Hordijk & Y. de Vries, 'Onbillijk hoge prijzen als vorm van misbruik van een economische machtspositie onder het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht', *SEW* 2002-12, p. 430-446.

Plug e.a. 2003

P.J. Plug e.a., *Mededinging versus domeinmonopolie en ministerieplicht. Over de gevolgen van marktwerking in het notariaat* (SEO-rapport nr. 665), Den Haag: Berenschot/SEO 2003.

Porter 1998

M.E. Porter, 'How Competitive Forces Shape Strategy', in: M.E. Porter, *On Competition*, Boston: Harvard Business School Press 1998, p. 21-38.

Porter & Olmsted Teisberg 2006

M.E. Porter & E. Olmsted Teisberg, *Redefining Health Care. Creating Value-Based Competition on Results*, Boston: Harvard Business School Press 2006.

Posner 2001

R.A. Posner, *Antitrust Law*, Chicago: University of Chicago Press 2001.

Posner 2003

R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Publishers 2003.

Posner 2005

R.A. Posner, 'Vertical Restraints and Antitrust Policy', *University of Chicago Law Review* 72 (2005), issue 1, p. 229-241.

Prechal 2005

S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Prete 2004

L. Prete, 'From Magill to IMS: Dominant Firms' Duty to License Competitors', *European Business Law Review* 15 (2004), issue 5, p. 1071-1086.

Prosser 2005

T. Prosser, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Q.

Quigley & Collins 2003

C. Quigley & A.M. Collins, *EC State Aid Law and Policy*, Oxford: Hart Publishing 2003.

Quaadvlieg 2001

A.A. Quaadvlieg, 'Auteursrecht tussen patronen van positief recht, beginselen en waarden', *RM Themis* 2001-5, p. 131-146.

Quaadvlieg 2002

A.A. Quaadvlieg, 'Televisie in de muil van de databankbescherming? Tv-programmalijsten als beschermde gegevensverzamelingen', *Ars Aequi* 2002-6, p. 403-411.

R.

Rahnasto 2003

I. Rahnasto, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law. Leveraging IPRs in the Communications Industry*, Oxford: Oxford University Press 2003.

Rees 1996

R. Rees, 'Competition Policy and Public Enterprise in the European Community', in: A. van Mourik (ed.), *Developments in European Competition Policy*, Maastricht: European Institute of Public Administration (EIPA) 1996, p. 53-66.

Reid 2005

E. Reid, 'Protecting Non-economic Interests in the European Community Legal Order: A Sustainable Development?', *Yearbook of European law* 24 (2005), p. 385-422.

Ridyard 2004

D. Ridyard, 'Compulsory Access Under EC Competition Law – A New Doctrine of "Convenient Facilities" and the Case for Price Regulation', *European Competition Law Review* 11 (2004), p. 669-673.

Riedel 2004

D. Riedel, 'Krankenkassen keine Unternehmen i.S. des Wettbewerbsrechts – Arzneimittelfestbeträge zulässig', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (15) 2004-8, p. 241-245.

Rieter 1999

A.H.M. Rieter, 'Vrije marktelementen in de nieuwe wet', *WPNR* 1999-6363, p. 513-520.

Van Rijn 2007

T.P.J.N. van Rijn, 'Landbouwbeleid en mededinging', *SEW* 2007-1, nr. 2, p. 2-7.

Rijnsbergen 1998

F. Rijnsbergen, 'De Clementieregeling: boetevermindering door samen te werken met de Commissie', *SEW* 1998-5, p. 202-206.

Riley 2007

A. Riley, 'The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law', *European Competition Law Review* 28 (2007), issue 12, p. 703-707.

Ritter & Braun 2004

L. Ritter & W.D. Braun, *European Competition Law: a Practitioner's Guide*, The Hague: Kluwer Law International 2004.

Ritter, Braun & Rawlinson 2000

L. Ritter, W.D. Braun & F. Rawlinson, *European Competition Law. A Practitioner's Guide*, The Hague: Kluwer Law International 2000.

H. Roscam Abbing 2001

H. Roscam Abbing, 'Patiënt in het Europa van de 21^e eeuw: een gezondheidsrechtelijke beschouwing', *Ars Aequi* 2001-5, p. 368-376.

Ross 2000

M. Ross, 'Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?', *European Law Review* 25 (2000), issue 1, p. 22-38.

Rutten 2001

G.J. Rutten, 'Casestudy milieu en mededinging: energie-efficiency benchmarkingovereenkomsten in het licht van artikel 81 EG-Verdrag', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans (red.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 179-214.

S.

De Sadeleer 2002

N. de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Sauter 1998

W. Sauter, 'The Economic Constitution of the European Union', *Columbia Journal of European Law* 4 (1998), issue 1, p. 27-68.

Sauter 2008

W. Sauter, 'Services of general economic interest and universal service in EU law', *E.L.Rev.* 33 (2008), issue 2, p. 167-193.

Scheuing 1989

D.H. Scheuing, 'Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte', *Europarecht* (24) 1989-2, p. 152-192.

Schrauwen 2005

A. Schrauwen, 'In Defence of Public Interest: The Rule of Reason; Genesis of a Principle of Law', in: A. Schrauwen (red.), *The Rule of Reason; Rethinking another Classic of European Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 1-17.

Schutte 2002

J.F. Schutte, 'Vrije beroepen en het mededingingsrecht', *M&M* 2002-3, p. 103-109.

Scott 1998

J. Scott, *EC Environmental Law*, London: Longman 1998.

Senftleben 2004

M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague: Kluwer Law International 2004.

Sevenster 1992

H.G. Sevenster, 'De geoorloofdheid van milieubeleidsafspraken in Europees perspectief', in: M.V.C. Aalders & R.J.J. van Acht (red.), *Afspraken in het milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 73-93.

Sevenster & Vedder 2000

H.G. Sevenster & H.H.B. Vedder, 'Integreren of concurreren? – De rol van niet-mededingingsbelangen, in het bijzonder milieubescherming, in het kartelbeleid', *SEW* 2000-1, p. 2-16.

Simons & Gevers 2007

J. Simons & J.K.M. Gevers, 'Overheidstoezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg', *NJB* 2007-26, p. 1616-1620.

Sinclair 2004

D. Sinclair, 'Abuse of Dominance at a Crossroads – Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC', *E.C.L.R.* 25 (2004), issue 8, p. 491-501.

Singer 2005

J. W. Singer, *Introduction to property*, New York: Aspen Publishers 2005.

Slot 2003

P.J. Slot, 'Applying the Competition Rules in the Healthcare Sector', *European Competition Law Review* 24 (2003), issue 11, p. 580-593.

Slot 2004

P.J. Slot, 'A View from the Mountain: 40 Years of Developments in EC Competition Law', *Common Market Law Review* 41 (2004), issue 2, p. 443-473.

Slot & Van Bockel 2002

P.J. Slot & W.B. van Bockel, *Eindrapport Evaluatie Mededingingswet*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2002.

Slot, Park & Cuyvers 2007

P.J. Slot, M.H. Park & A. Cuyvers, 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *M&M* 2007-4, p. 101-112.

Slot & Swaak 2000

P.J. Slot & Ch.R.A. Swaak (red.), *De Nederlandse Mededingingswet in perspectief*, Deventer: Kluwer 2000.

Slot, Swaak & Mulder 2005

P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak & M.S. Mulder, *Inleiding mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Slot, Swaak & Mulder 2007

P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak & M.S. Mulder, *Inleiding mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Slotboom 1999

M.M. Slotboom, 'De Mededingingswet: niet met handen en voeten gebonden aan het EG-recht', *SEW* 1999-2, p. 42-48.

Slotboom 2002

M. Slotboom, 'Het Wouters-arrest. Verbod op geïntegreerde samenwerking met accountants is verenigbaar met Europees recht', *Advocatenblad* 2002-6, p. 246-253.

Sluijs 2004

J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen. Het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten voor zorg- en pensioenbelangen*, Deventer: Kluwer 2004.

Sluijs 2007

J.J.M. Sluijs, 'FENIN bevestigd', *NTER* 2007-3, p. 40-42.

Sluijs & Van Woerkom 2006

J.J.M. Sluijs & M.C.A. van Woerkom, 'Meca-Medina en Majcen (hogere voorziening): Convergentie gepreciseerd, Wouters bevestigd', *NTER* 2006-11, p. 248-253.

Snell 2002

J. Snell, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Snoep 2002

M. Snoep, 'No cure no pay. NMa mist kans om eind te maken aan discussie', *Advocatenblad* 2002-5, p. 194-198.

Snyder 2000

F. Snyder (ed.), *The Europeanisation of law: the legal effects of European integration*, Oxford: Hart Publishing 2000.

Spoor, Verkade & Visser 2005

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Soriano 2003

L.M. Soriano, 'How proportionate should anti-competitive State intervention be?', *European Law Review* 28 (2003), issue 1, p. 112-123.

Steindorff 1984

E. Steindorff, 'Article 85 and the rule of reason', *Common Market Law Review* 21 (1984), p. 639-646.

Stergiou 2007

H.M. Stergiou, ' "Kalimera" dear doctor: het arrest Stamatelaki en andere recente ontwikkelingen op het terrein van grensoverschrijdende patiëntenmobiliteit', *NTER* 2007-11, p. 238-245.

Steyger 2002

E. Steyger, 'De communautaire inhoud van het begrip "sociale zekerheid" ', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2002-2, p. 80-97.

Steyger 2005

E. Steyger, 'De omvang van de handhavingsbevoegdheid van de NMa in de zorg', *M&M* 2005-4/5, p. 144-148.

Steyger 2007

E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn', *SEW* 2007-10, nr. 177, p. 379-398.

Stix-Hackl & Egger 2002

Ch. Stix-Hackl & A. Egger, 'Sports And Competition Law: a Never-Ending Story', *European Competition Law Review* 23 (2002), issue 2, p. 81-91.

Stone Sweet, Sandholtz & Fligstein 2001

A. Stone Sweet, W. Sandholtz, N. Fligstein, *The Institutionalization of Europe*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Stuyck 1999

J. Stuyck, 'Libre circulation et concurrence: les deux piliers du marché commun', in: M. Dony (ed.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles: Bruylant 1999, p. 1477-1498.

Stuyck 2005

J. Stuyck, 'EC Competition Law After Modernisation: More than Ever in the Interest of Consumers', *Journal of consumer policy* 28 (2005), issue 1, p. 1-30.

Szyszczak 2007

E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Oxford: Hart Publishing 2007.

T.

Temmink 2001

H.A.G. Temmink, 'Commerciële communicatie, niet-economische belangen en het kartelverbod', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans (red.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 253-305.

Temple Lang 1997

J. Temple Lang, 'The Core of the Constitutional Law of the Community – Article 5 EC', in: L. Gormley (ed.), *Current and Future Perspectives on EC Competition Law*, London: Kluwer Law International 1997, p. 41-72.

Temple Lang 2000

J. Temple Lang, 'The principle of essential facilities in European Community competition law – the position since Bronner', *Journal of Network Industries* 1 (2000), issue 4, p. 375-405.

Temple Lang 2004

J. Temple Lang, 'National measures restricting competition, and national authorities under Article 10 EC', *European Law Review* 29 (2004), issue 3, p. 397-406.

Temple Lang 2005

J. Temple Lang, 'Privatisation of Social Welfare: European Union Competition Law Rules', in: E. Spaventa & M. Dougan, *Social Welfare and EU Law*, Oxford: Hart Publishing 2005, p. 45-77.

Teulings, Bovenberg en Van Dalen 2003

C.N. Teulings, A.L. Bovenberg en H.P. van Dalen, *De Calculus van het publieke belang*, Den Haag: Kenniscentrum voor Ordeningsvraagstukken 2003.

Theeuwes 2004

J. Theeuwes, 'Een kritische beschouwing van de *Calculus van het Publieke Belang*', in: Ministerie van Economische Zaken, *Essays over de Calculus van het publieke belang*, Den Haag: Kenniscentrum voor Ordeningsvraagstukken 2004, p. 15-28.

Thompson & O'Flaherty 2008

R. Thompson & J. O'Flaherty, 'Article 82', in: P.M. Roth & V. Rose (eds.), *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 909-1030.

Timmermans 2005

C.W.A. Timmermans, 'Rule of Reason, Rethinking another Classic of EC Legal Doctrine', in: A. Schrauwen (red.), *The Rule of Reason; Rethinking another Classic of European Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. vi-x.

Townley 2004

Ch. Townley, *Article 81: Putting Public Policy in its Place*, Florence: European University Institute 2004.

Treacy 2004

P. Treacy, 'The IMS decision – implications for business', *New Law Journal* 154 (2004), issue 7129, p. 772-773.

Treacy & Heide 2004

P. Treacy & Th. Heide, 'The New EC Technology Transfer Block Exemption Regulation', *European Intellectual Property Review* 26 (2004), issue 9, p. 414-420.

Trepte 2006

P. Trepte, *Public Procurement in the EU*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Tridimas 2005

T. Tridimas, 'The Rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity', in: A. Schrauwen (red.), *The Rule of Reason; Rethinking another Classic of European Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 111-128.

Tridimas 2006

T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

U.

Ullrich 2006

H. Ullrich (ed.), *The Evolution of European Competition Law. Whose Regulation, Which Competition?*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2006.

Unger 2006

E. Unger, 'Cassatiebalie', *Advocatenblad* 2006-13, p. 605.

V.

Vandermeersch 1984

D. Vandermeersch, 'Het vrije verkeer van afvalstoffen in de Europese Gemeenschap', *SEW* 1984-6, p. 315-340.

Vedder 2000

H.H.B. Vedder, 'De onvermijdelijke confrontatie – maar ook integratie? Over wasmachines, groene punten en auto's', *NTER* 2000-10, p. 236-243.

Vedder 2002

H. Vedder, *Competition law, environmental policy and producer responsibility; experiences in the Netherlands from a European perspective*, Groningen: Europa Law Publishing 2002.

Vedder 2003

H. Vedder, *Competition Law and Environmental Protection in Europe; Towards Sustainability?* (diss. Amsterdam UvA), Groningen: Europa Law Publishing 2003.

Van Veen & Hamilton 2005

E.-B. van Veen & G.J.A. Hamilton, 'De Zorgverzekeringswet in Europees-(rechtelijk) perspectief', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2005-1, p. 80-97.

Veljanovski 2006

C. Veljanovski, *Network Effects and Multi-Sided Markets*, London: Kings College 2006.

Van Velthoven & Van Wijck 2001

B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2001.

Venit 2003

J.S. Venit, 'Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty', *Common Market Law Review* 40 (2003), issue 3, p. 545-580.

VerLoren van Themaat 2004

I.W. VerLoren van Themaat (red.), *Cremers Mededingingsrecht*, Deventer: Gouda Quint 2004.

Vermeersch 2005

A.P.L. Vermeersch, 'Piau t. Commissie: Sportieve competitie eindigt op 0-1', *NTER* 2005-5, p. 101-106.

Vijselaar 2007

J. Vijselaar, 'Commissie Huls: Volledige openheid over klachten tegen notariaat gewenst', *Notariaat Magazine* 2007-3, p. 14-17.

Visser 2005

D.J.G. Visser, 'Noot bij BHB/William Hill', *AMI* 2005-1, p. 27-37.

Voermans 2004

W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Vogelaar 1995

F.O.W. Vogelaar, 'Towards an improved integration of EC environmental policy and EC competition policy: an interim report', in: B. E. Hawk (ed.), *International antitrust law & policy 1994*, The Hague: Kluwer Law International 1995, p. 529-563.

Vogelaar 2000

F.O.W. Vogelaar, *Marktwerking moet! Enkele kanttekeningen bij een zich snel ontwikkelend dogma* (oratie Amsterdam Uva), Amsterdam: Vossiuspers AUP 2000.

Vogelaar 2006

F.O.W. Vogelaar, 'Het 'Nuttig Effect': nog een lange weg te gaan!', *M&M* 2006-7, p. 201-204.

Vogelaar & Schuerman 2004

F.O.W. Vogelaar & M. Schuerman, *The European Competition Rules: Landmark Cases of the European Courts and the Commission*, Groningen: Europa Law Publishing 2004.

Vonk 2004

G. Vonk, 'Europees sein op groen voor het nieuwe Nederlandse zorgverzekeringsstelsel', *SEW* 2004-11, nr. 70, p. 467-473.

De Vries 2001

S. de Vries, 'Cultuur en mededinging: harmonie of dissonantie?', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans (red.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 89-128.

De Vries 2006

S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market. The functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies* (diss. Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2006.

De Vries 2007a

S.A. de Vries, 'Patiëntenzorg in Europa na Watts: wiens zorg?', *SEW* 2007-4, nr. 70, p. 132-140.

De Vries 2007b

S.A. de Vries, 'Hoe relatief is de vrijheid van vrije beroepsbeoefenaars na Cipolla?', *NTER* 2007-6, p. 93-98.

W.

Wackie Eysten 2008

P.A. Wackie Eysten, 'De advocaat onder een rechterlijk juk?', *NJB* 2008-8, p. 454.

Van der Wal & Heringa 2007

G. van der Wal & J.W. Heringa, 'Slikken of stikken. De onderhandelingsmacht van zorgverzekeraars', *NJB* 2007-33, p. 2068-2074.

Weatherill 2005

S. Weatherill, 'Anti-Doping Rules and EC Law', *E.C.L.R.* 26 (2005), issue 7, p. 416-421.

Weatherill 2006a

S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Weatherill 2006b

S. Weatherill, 'Anti-Doping Revisited: the Demise of the Rule of "Purely Sporting Interest"?'', *E.C.L.R.* 27 (2006), issue 12, p. 645-657.

Weatherill & Beaumont 1995

S. Weatherill & P. Beaumont, *EC Law*, London: Penguin Books 1995.

Weatherill & Beaumont 1999

S. Weatherill & P. Beaumont, *EU Law*, London: Penguin Books 1999.

Wesseling 2005

R. Wesseling, 'The Rule of Reason and Competition Law: Various Rules, Various Reasons', in: A. Schrauwen (red.), *The Rule of Reason; Rethinking another Classic of European Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 59-76.

Wezenbeek-Geuke 2001

M.G. Wezenbeek-Geuke, 'Sport en mededinging', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans (red.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 223-252.

Wezenbeek-Geuke 2004

M.G. Wezenbeek-Geuke, 'Fiammiferi; mogen nationale mededingingsautoriteiten méér dan de Commissie?', *NTER* 2004, p. 71-76.

Whish 2000

R. Whish, 'Recent developments in Community competition law 1998/99', *European Law Review* 25 (2000), issue 3, p. 219-246.

Whish 2003

R. Whish, *Competition Law*, London: LexisNexis UK 2003.

Whish & Sufrin 2000

R. Whish & B. Sufrin, 'Community Competition Law: Notification and Individual Exemption – Goodbye To All That', in: D. Hayton (ed.), *Law's future(s) – British Legal Developments in the 21st Century*, Oxford: Hart 2000, p. 135-159.

Whish & Sufrin 2003

R. Whish & B. Sufrin, 'Article 85 and the Rule of Reason', *Yearbook of European Law* 7 (1987), p. 1-38; Reprinted in: R. Greaves (ed.), *Competition Law*, Aldershot: Ashgate 2003, p. 361-398.

Wiarda & Koopmans 1999

G.J. Wiarda & T. Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Wichers Hoeth, Gielen & Hagemans 2000

L. Wichers Hoeth, Ch. Gielen, N. Hagemans (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Wielsch 2004

D. Wielsch, 'Competition Policy for Information Platform Technology', 2 *European Competition Law Review*, 25 (2004), issue 2, p. 95-106.

Van Wijmen 1981

P.C.E. van Wijmen, *Recht, belang en rechtsbescherming* (diss. Utrecht), Den Haag: VUGA 1981.

Wils 1990

G. Wils, '"Rule of Reason": une règle raisonnable en droit communautaire?', *Cahiers de droit européen* 1990-1/2, p. 19-74.

Wils 2002

W.P.J. Wils, *The optimal enforcement of EC antitrust law: essays in law & economics*, The Hague: Kluwer Law International 2002.

Wirtz 2006

M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.

Witbraad 2008

C. Witbraad, 'Buma/Stemra, een merkwaardig prachtig bedrijf', *AMI* 2008-1, p. 13-15.

Van der Woude 2001

M.H. van der Woude, *De grenzen van de mededinging* (oratie Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2001.

REGISTER VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE HOF VAN JUSTITIE EN GERECHT VAN EERSTE AANLEG

(Verwezen wordt naar paginanummers)

HOF VAN JUSTITIE EG

1962

HvJ EG 13 juli 1962, zaak 19/61, Mannesmann t. Hoge
Autoriteit van de EGKS, *Jur.* 1962, 705 40

1966

HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, Société Technique
Minière t. Maschinenbau ULM, *Jur.* 1966, 392 39

HvJ EG 13 juli 1966, gev. zaken 56 en 58/64, Consten en
Gründig t. Commissie, *Jur.* 1966, 450 43, 44, 112, 149

1968

HvJ EG 29 februari 1968, zaak 24/67, Parke en Davis t.
Probel en Centrafarm, *Jur.* 1968, 82 149, 156, 180, 181

1969

HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk t. Vervaecke,
Jur. 1969, 295 47, 433

1970

HvJ EG 15 juli 1970, zaak 41/69, ACF Chemiefarma t.
Commissie, *Jur.* 1970, 661 549

1972

HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical
Industries t. Commissie, *Jur.* 1972, 619 43

HvJ EG 14 juli 1972, zaak 49/69, Badische Anilin & Soda
Fabrik t. Commissie, *Jur.* 1972, 713 43

HvJ EG 14 juli 1972, zaak 51/69, Farbenfabriken Bayer t.
Commissie, *Jur.* 1972, 745 43

HvJ EG 14 juli 1972, zaak 52/69, Geigy t. Commissie, <i>Jur.</i> 1972, 787	43
HvJ EG 14 juli 1972, zaak 53/69, Sandoz t. Commissie, <i>Jur.</i> 1972, 845	43
HvJ EG 14 juli 1972, zaak 54/69, Francolor t. Commissie, <i>Jur.</i> 1972, 851	43
HvJ EG 14 juli 1972, zaak 55/69, Cassella Farbwerke Mainkur t. Commissie, <i>Jur.</i> 1972, 887	43
HvJ EG 14 juli 1972, zaak 56/69, Farbwerke Hoechst t. Commissie, <i>Jur.</i> 1972, 927	43
HvJ EG 14 juli 1972, zaak 57/69, Azienda Colori Nazionali t. Commissie, <i>Jur.</i> 1972, 933 ¹	43
HvJ EG 17 oktober 1972, zaak 8/72, Vereniging van Cementhandelaren t. Commissie, <i>Jur.</i> 1972, 977	42, 43, 315, 434
1973	
HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72, Europemballage Corporation en Continental Can Company t. Commissie, <i>Jur.</i> 1973, 215	60, 620
1974	
HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73, BRT t. Sabam I, <i>Jur.</i> 1974, 51	38
HvJ EG 6 maart 1974, gev. zaken 6 en 7/73, Commercial Solvents e.a. t. Commissie, <i>Jur.</i> 1974, 223.	177, 178, 220, 251, 253
HvJ EG 27 maart 1974, zaak 127/73, BRT t. Sabam II, <i>Jur.</i> 1974, 313	69, 75, 458, 472, 475, 486
HvJ EG 30 april 1974, zaak 155/73, Giuseppe Sacchi, <i>Jur.</i> 1974, 409	69, 70, 73, 80, 83
HvJ EG 14 mei 1974, zaak 4/73, Nold e.a. t. Commissie, <i>Jur.</i> 1974, 491	284
HvJ EG 21 juni 1974, zaak 2/74, Reyners t. België, <i>Jur.</i> 1974, 631	297

1 De uitspraken van 14 juli 1972 worden ook wel de "Kleurstoffen"-arresten genoemd.

HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8/74, Procureur des Konings t. Dassonville, <i>Jur.</i> 1974, 837	43
HvJ EG 31 oktober 1974, zaak 15/74, Centrafarm e.a. t. Sterling Drug, <i>Jur.</i> 1974, 1147	148
1975	
HvJ EG 15 mei 1975, zaak 71/74, Frubo t. Commissie, <i>Jur.</i> 1975, 563	41
HvJ EG 16 december 1975, gev. zaken 40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" e.a. t. Commissie, <i>Jur.</i> 1975, 1663	42, 58
1976	
HvJ EG 15 juni 1976, zaak 51/75, EMI Records t. CBS United Kingdom, <i>Jur.</i> 1976, 811	41, 163, 181, 182
HvJ EG 15 juni 1976, zaak 86/75, EMI Records t. CBS Grammofoon, <i>Jur.</i> 1976, 871	41, 181, 182
HvJ EG 15 juni 1976, zaak 96/75, EMI Records t. CBS Schallplatten, <i>Jur.</i> 1976, 913	41, 163, 181, 182
HvJ EG 14 juli 1976, gev. zaken 3, 4 en 6/76, Kramer e.a., <i>Jur.</i> 1976, 1279	670
1977	
HvJ EG 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG t. Commissie, <i>Jur.</i> 1977, 1875	35
HvJ EG 16 november 1977, zaak 13/77, Inno t. ATAB, <i>Jur.</i> 1977, 2115	63, 314, 437, 539, 640
1978	
HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands Company t. Commissie, <i>Jur.</i> 1978, 207	59, 60, 61, 99, 168, 176, 177
HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal, <i>Jur.</i> 1978, 629	118, 451
HvJ EG 23 mei 1978, zaak 102/77, Hoffmann-La Roche t. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse, <i>Jur.</i> 1978, 1139	181

1979

HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann – La Roche t. Commissie, *Jur.* 1979, 461 60

HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78, Rewe – Zentral t. Bundesmonopolverwal für Branntwein ("Cassis de Dijon"), *Jur.* 1979, 649 89, 599, 672

HvJ EG 31 mei 1979, zaak C-22/78, Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash registers Ltd. t. Commissie, *Jur.* 1979, 1869 58

HvJ EG 13 december 1979, zaak 44/79, Hauer t. Land Rijnland – Pfalz, *Jur.* 1979, 3727 148, 149, 284

1980

HvJ EG 6 mei 1980, zaak 102/79, Commissie t. België, *Jur.* 1980, 1473 639

HvJ EG 29 oktober 1980, gev. zaken 209 tot 215 en 218/78, Van Landewyck e.a. t. Commissie ("Fedetab"), *Jur.* 1980, 3125 65, 313

HvJ EG 16 december 1980, zaak 27/80, Fietje, *Jur.* 1980, 3839 672

1981

HvJ EG 14 juli 1981, zaak 172/80, Züchner t. Bayerische Vereinsbank, *Jur.* 1981, 2021 542

HvJ EG 14 juli 1981, zaak 187/80, Merck t. Stephat e.a., *Jur.* 1981, 2063 141, 148

1982

HvJ EG 25 mei 1982, zaak 96/81, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1982, 1791 639

1983

HvJ EG 2 maart 1983, zaak 7/82, GVL t. Commissie, *Jur.* 1983, 483 475, 478, 486

HvJ EG 8 november 1983, gev. zaken 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, IAZ e.a. t. Commissie, *Jur.* 1983, 3369 662

HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin I, *Jur.* 1983, 3461 61

HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82, Ciments et Bétons t. Kerpen & Kerpen, *Jur.* 1983, 4173 39

1984

HvJ EG 17 januari 1984, gev. zaken 43 en 63/82, VBVB en
VBVB t. Commissie, *Jur.* 1984, 19 453, 454

HvJ EG 7 februari 1984, zaak 238/82, Duphar t. Nederland,
Jur. 1984, 523 511, 519

HvJ EG 12 juli 1984, zaak 170/83, Hydrotherm t. Compact,
Jur. 1984, 2999 40

HvJ EG 12 juli 1984, 107/83, Ordre des avocats au barreau de
Paris t. Klopp, *Jur.* 1983, 2971 348

1985

HvJ EG 10 januari 1985, zaak 229/83, Leclerc t. Thouars e.a.,
Jur. 1985, 1 430, 437, 443, 444

HvJ EG 30 januari 1985, zaak 123/83, BNIC t. Clair,
Jur. 1985, 391 41, 44, 313, 321,
336, 436, 437, 450

HvJ EG 7 februari 1985, zaak 240/83, Procureur de la
République t. ADBHU, *Jur.* 1985, 531 622

HvJ EG 20 maart 1985, zaak 41/83, Italië t. Commissie,
Jur. 1985, 873 41

HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia e.a. t. Commissie,
Jur. 1985, 2545 315

HvJ EG 19 juli 1985, zaak 19/84, Pharmon t. Höchst,
Jur. 1985, 2281 141

HvJ EG 3 oktober 1985, zaak 311/84, CBEM t. Information
Publicité Benelux e.a., *Jur.* 1985, 3261 179, 251, 253

HvJ EG 2 december 1985, zaak 239/85, Commissie t. België,
Jur. 1986, 3645 639

HvJ EG 10 december 1985, gev. zaken 240 tot 242, 261, 262,
268 en 269/82, Stichting Sigarettenindustrie e.a. t. Commissie,
Jur. 1985, 3831 98, 313, 436, 450

1986

HvJ EG 30 april 1986, gevoegde zaken 209 tot 213/84, Ministère public t. Lucas Asjes, Andrew Gray, Jacques Maillot, Leo Ludwig e.a., *Jur.* 1986, 1425 330

HvJ EG 11 november 1986, zaak C-226/84, British Leyland plc. t. Commissie, *Jur.* 1986, 3263 58

1987

HvJ EG 27 januari 1987, zaak 45/85, Verband der Sachversicherer t. Commissie, *Jur.* 1987, 405 313

HvJ EG 16 juni 1987, zaak 118/85, Commissie t. Italië, *Jur.* 1987, 2599 21, 22, 40, 41, 540, 674

HvJ EG 16 juni 1987, zaak 46/86, Romkes t. Officier van Justitie, *Jur.* 1987, 2671 670

HvJ EG 2 juli 1987, zaak 188/86, Lefèvre, *Jur.* 1987, 2963 65

HvJ EG 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reishureaus t. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, *Jur.* 1987, 3801 63, 438, 439, 539, 640

HvJ EG 17 november 1987, gev. zaken 142 en 156/84, British American Tobacco Company en Reynolds Industries t. Commissie, *Jur.* 1987, 4487 44

HvJ EG 3 december 1987, zaak 136/86, BNIC t. Aubert, *Jur.* 1987, 4789 41, 329, 330

1988

HvJ EG 15 maart 1988, zaak 147/86, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 1988, 1637 297

HvJ EG, 26 april 1988, zaak 352/85, Bond van Adverteerders e.a. t. Nederland, *Jur.* 1988, 2085 22

HvJ EG 4 mei 1988, zaak 30/87, Bodson t. Pompes Funèbres, *Jur.* 1988, 2479 639

HvJ EG 20 september 1988, zaak 302/86, Commissie t. Denemarken, *Jur.* 1988, 4607 89, 672

HvJ EG 21 september 1988, zaak 267/86, Van Eycke t. ASPA, <i>Jur.</i> 1988, 4769	63, 64, 314, 431, 439, 539, 640
HvJ EG 27 september 1988, gev. zaken 89, 104, 114, 116, 117 en 125 tot 129/85, Ahlström Osakeyhtiö e.a. t. Commissie ("Houtslip"), <i>Jur.</i> 1988, 5193	43
HvJ EG, 27 september 1988, zaak 263/86, België t. Humbel en Edel, <i>Jur.</i> 1988, 5365	22
HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 238/87, AB Volvo t. Erik Veng, <i>Jur.</i> 1988, 6211	151, 167, 168, 182-184, 188, 206, 228, 230, 231
HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 53/87, Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Spa Maxicar t. Régie nationale des usines Renault ("Renault"), <i>Jur.</i> 1988, 6039	168, 182, 184, 206, 228, 230, 231
1989	
HvJ EG 11 april 1989, zaak 66/86, Ahmed Saeed, <i>Jur.</i> 1989, 803	65, 118, 451
HvJ EG 22 juni 1989, zaak 103/88, Fratelli Costanzo, <i>Jur.</i> 1989, 1839	118, 451
HvJ EG 13 juli 1989, zaak 395/87, Ministère Public t. Jean-Louis Tournier, <i>Jur.</i> 1989, 2521	476-78, 483
HvJ EG 13 juli 1989, gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88, Francois Lucazeau e.a. t. SACEM, <i>Jur.</i> 1989, 2811	477, 478, 483
HvJ EG 21 september 1989, zaak 46/87 en 227/88, Hoechst AG t. Commissie, <i>Jur.</i> 1989, 2859	35
1990	
HvJ EG 11 januari 1990, zaak 277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici t. Commissie, <i>Jur.</i> 1990, I-45	549
HvJ EG 29 maart 1990, zaak 62/88, Griekenland t. Raad, <i>Jur.</i> 1990, I-1527	621, 623
HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89, Factortame, <i>Jur.</i> 1990, I-2433	118, 451

HvJ EG 13 november 1990, zaak 331/88, Fedesa e.a., <i>Jur.</i> 1990, I-4023	93, 94
1991	
HvJ EG 24 januari 1991, zaak C-339/89, Alsthom, <i>Jur.</i> 1991, 107	65
HvJ EG 19 maart 1991, zaak C-202/88, Frankrijk t. Commissie ("Telecom I"), <i>Jur.</i> 1991, I-1223	70, 72
HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner en Elser t. Macrotron, <i>Jur.</i> 1991, I-1979	40, 69, 73, 312, 540, 673
HvJ EG 7 mei 1991, zaak C-340/89, Vlassopoulou t. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden- Württemberg, <i>Jur.</i> 1991, I-2357	296
HvJ EG 11 juni 1991, zaak C-300/89, Commissie t. Raad ("Titaandioxyde"), <i>Jur.</i> 1991, I-2867	621
HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, ERT t. DEP, <i>Jur.</i> 1991, I-2925	69
HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, AKZO Chemie t. Commissie, <i>Jur.</i> 1991, I-3359	61
HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179/90, Porto di Genova t. Siderurgica Gabrielli, <i>Jur.</i> 1991, I-5889	68, 75, 542
1992	
HvJ EG 9 juli 1992, zaak C-2/90, Commissie t. België ("Waalse afvalstoffen"), <i>Jur.</i> 1992, I-4431	89, 600, 672
Conclusie A-G Tesouro 29 september 1992 (HvJ EG 17 februari 1993), gev. zaken C-159/91 en C-160/91, Poucet t. Assurances Generales de France en Caisse Mutuelle Regionale de Languedoc- Roussillon en Pistre t. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l'Assurance Vieillesse des Artisans ("Poucet en Pistre"), <i>Jur.</i> 1993, I-637	546
1993	
HvJ EG 17 februari 1993, gev. zaken C-159 en 160/91, Poucet t. Assurances Generales de France en Caisse Mutuelle Regionale de Languedoc-Roussillon en Pistre t. Caisse Autonome Nationale de	

Compensation de l'Assurance Vieillesse des Artisans ("Poucet en Pistre"), <i>Jur.</i> 1993, I-637	23, 40, 312, 519, 545, 546
HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91, Paul Corbeau, <i>Jur.</i> 1993, I-2533	84, 460, 597
HvJ EG 20 oktober 1993, gev. zaken C-92/92 en C-326/92, Phil Collins t. Imtrat Handelsgesellschaft, <i>Jur.</i> 1993, I-5145	475
HvJ EG 17 november 1993, zaak C-185/91, Bundesanstalt für den Güterfernverkehr t. Reiff, <i>Jur.</i> 1993, I-5801	64, 76, 321, 322, 439, 440, 441, 449, 539, 640
HvJ EG 17 november 1993, zaak C-2/91, Meng, <i>Jur.</i> 1993, I-5751	64, 314, 431, 441, 539, 640
HvJ EG 17 november 1993, zaak C-245/91, OHRA Schadeverzekeringen, <i>Jur.</i> 1993, I-5851	64, 65, 314, 442, 539, 640
HvJ EG 24 november 1993, gev. zaken C-267/91 en C-268/91, Bernard Keck en Daniel Mithouard, <i>Jur.</i> 1993, I-6097	462
1994	
HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92, SAT Fluggesellschaft t. Eurocontrol, <i>Jur.</i> 1994, I-43	541
HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393/92, Gemeente Almelo e.a. t. Energiebedrijf IJsselmij, <i>Jur.</i> 1994, I-1477	84, 458, 542, 597, 677
HvJ EG 17 mei 1994, zaak C-18/93, Corsica Ferries, <i>Jur.</i> 1994, I-1783	73
HvJ EG 9 juni 1994, zaak C-153/93, Duitsland t. Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, <i>Jur.</i> 1994, I-2517	64, 345, 406, 539, 640
HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-379/92, Peralta, <i>Jur.</i> 1994, I-3453	64, 539, 620, 640
1995	
HvJ EG 17 januari 1995, zaak C-360/92, Publishers Association t. Commissie, <i>Jur.</i> 1995, I-23	348, 454

HvJ EG 6 april 1995, gev. zaken C-241/91 P en C-242/91 P, RTE en ITP t. Commissie ("Magill"), <i>Jur.</i> 1995, I-743	168, 182, 185-187, 224, 544
HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93, Alpine Investments t. Minister van Financiën, <i>Jur.</i> 1995, I-1141	393
Conclusie A-G Lenz 20 september 1995 (HvJ EG 15 december 1995), zaak C-415/93, Union royale belge des sociétés de football t. Jean-Marc Bosman, <i>Jur.</i> 1995, I-4921	92, 544, 749
HvJ EG 5 oktober 1995, zaak C-96/94, Centro Servizi Spediporto, <i>Jur.</i> 1995, I-2883	64, 316, 539, 640
HvJ EG, 17 oktober 1995, gev. zaken C-140 tot 142/94, DIP t. Commune di Bassano del Grappa, <i>Jur.</i> 1995, I-3257	65
HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/94, FFSA e.a. t. Ministère de l'agriculture, <i>Jur.</i> 1995, I-4013	546
HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, Reinhard Gebhard t. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, <i>Jur.</i> 1995, I-4165	296
HvJ EG 30 november 1995, zaak C-134/94, Esso Espagnola, <i>Jur.</i> 1995, I-4223	64, 539, 640
1996	
HvJ EG 14 november 1996, zaak C-333/94 P, Tetra Pak International t. Commissie, <i>Jur.</i> 1996, I-5951	185
HvJ EG 12 december 1996, zaak C-3/95, Reisebüro Broede, <i>Jur.</i> 1996, I-6511	353
1997	
HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, Diego Cali & Figli t. Servizi ecologici porto di Genova, <i>Jur.</i> 1997, I-1547	22, 41, 541, 674
HvJ EG 9 juli 1997, gev. zaken C-34 tot 36/95, Konsument-ombudsmannen t. De Agostini e.a., <i>Jur.</i> 1997, I-3843	393
HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-242/95, GT-Link AS t. DSB, <i>Jur.</i> 1997, I-4449	73

HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-157/94, Commissie t. Nederland, <i>Jur.</i> 1997, I-5699	68, 75, 83, 84, 444, 460, 542, 597
HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-159/94, Commissie t. Frankrijk, <i>Jur.</i> 1997, I-5815	85, 444
HvJ EG 11 november 1997, gev. zaken C-359 en 379/95, Commissie en Frankrijk t. Ladbroke Racing, <i>Jur.</i> 1997, I-6265	64, 436
1998	
HvJ EG 17 februari 1998, zaak C-249/96, Grant t. South-West Trains, <i>Jur.</i> 1998, I-621	752
HvJ EG 31 maart 1998, gev. zaken C-68/94 en C-30/95, Frankrijk e.a./Commissie, <i>Jur.</i> 1998, I-1375	316
HvJ EG 28 april 1998, zaak 120/95, Nicolas Decker t. Caisse de maladie des employés privés, <i>Jur.</i> 1998, I-1831	511, 516, 538
HvJ EG 28 april 1998, zaak C-158/96, Raymond Kohll t. Union des caisses de maladie, <i>Jur.</i> 1998, I-1931	511, 516, 538, 545, 601
Conclusie van A-G Jacobs 28 mei 1998 (HvJ EG 26 november 1998), zaak C-7/97, Oscar Bronner t. Mediaprint, <i>Jur.</i> 1998, I-7791	167, 171, 172, 175, 202
HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-35/96, Commissie t. Italië ('CNSD II'), <i>Jur.</i> 1998, I-3851	21, 40, 64, 67, 315, 321, 329, 440, 539, 540, 640
HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-266/96, Corsica Ferries, <i>Jur.</i> 1998, I-3949	330, 331
HvJ EG 25 juni 1998, zaak C-203/96, Dusseldorp e.a. t. minister van VROM, <i>Jur.</i> 1998, I-4075	458, 672, 674
HvJ EG 14 juli 1998, zaak C-389/96, Aher-Waggon, <i>Jur.</i> 1998, I-4473	672
HvJ EG 14 juli 1998, zaak C-341/95, Bettati t. Safety Hi-Tech, <i>Jur.</i> 1998, I-4355	620
HvJ EG 14 juli 1998, zaak C-389/96, Aher-Waggon t. Bundesrepublik Deutschland, <i>Jur.</i> 1998, I-4473	672

HvJ EG 1 oktober 1998, zaak C-38/97, Autotrasporti Librandi Snc di Librandi t. Cuttica spedizioni e servizi internazionali, <i>Jur.</i> 1998, I-5955	64, 328, 443, 539, 640
HvJ EG 29 oktober 1998, zaak C-114/97, Commissie t. Spanje, <i>Jur.</i> 1998, I-6717	297
HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, Bronner t. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag e.a., <i>Jur.</i> 1998, I-7791	168, 173, 174, 214, 216, 225, 251, 253
1999	
HvJ EG 21 januari 1999, gev. zaken C-215 en 216/96, Bagnasco e.a. t. BNP, <i>Jur.</i> 1999, I-135	433
Gevoegde conclusies A-G Jacobs 28 januari 1999 (HvJ EG 21 september 1999), zaak C-67/96, Albany, gev. zaken C-115/97 tot C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming, zaak C-219/97, Drijvende Bokken, <i>Jur.</i> 1999, I-5751	330
Conclusie A-G Cosmas 18 maart 1999 (HvJ EG 11 april 2000), gev. zaken C-51/96 en C-191/97, Deliège t. Ligue francophone de judo e.a., <i>Jur.</i> 2000, I-2549	92, 544, 749
HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-235/92 P, Montecatini t. Commissie, <i>Jur.</i> 1999, I-4539	44
HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, Albany International t. Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, <i>Jur.</i> 1999, I-5751	8, 83, 86, 331, 469, 546
HvJ EG 21 september 1999, gev. zaken C-115 tot 117/97, Brentjens' Handelsonderneming t. Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, <i>Jur.</i> 1999, I-6025	8, 56, 86, 102, 469, 546
HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, Drijvende Bokken t. Pensioenfonds voor de Vervoer- en Haven-bedrijven, <i>Jur.</i> 1999, I-6121	8, 86, 469, 546
2000	
HvJ EG 16 maart 2000, gev. zaken C-395/96 P en C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, <i>Jur.</i> 2000, I-1365	316

Conclusie A-G Jacobs 23 maart 2000 (HvJ EG 12 september 2000), gevoegde zaken C-180 tot 184/98, Pavlov, <i>Jur.</i> 2000, I-6451	333, 361, 392, 448
HvJ EG 11 april 2000, gev. zaken C-51/96 en C-191/97, Delière t. Ligue francophone de judo e.a., <i>Jur.</i> 2000, I-2549	90
HvJ EG 11 mei 2000, zaak C-38/98, Renault t. Maxicar e.a., <i>Jur.</i> 2000, I-2973	182
HvJ EG 23 mei 2000, zaak C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) t. Københavns Kommune ('Sydhavnens'), <i>Jur.</i> 2000, I-3743	675
HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-281/98, Angonese t. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, <i>Jur.</i> 2000, I-4139	90
HvJ EG 22 juni 2000, zaak C-332/98, Franse Republiek t. Commissie, <i>Jur.</i> 2000, I-4833	464
HvJ EG 12 september 2000, gev. zaken C-180 tot 184/98, Pavlov e.a. t. St. Pensioenfonds Medische Specialisten, <i>Jur.</i> 2000, I -6451	330, 331, 549
HvJ EG 21 september 2000, zaak C-222/98, Van der Woude t. St. Beatrixoord, <i>Jur.</i> 2000, I-7111	547
HvJ EG 3 oktober 2000, zaak C-9/99, Echirolles Distribution SA t. Association du Dauphiné e.a., <i>Jur.</i> 2000, I-8207	443, 444
HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, <i>Jur.</i> 2000, I-8419	512
Conclusie A-G Jacobs 26 oktober 2000 (HvJ EG 13 maart 2001), zaak C-379/98, PreussenElektra AG t. Schhleswag AG, <i>Jur.</i> 2001, I-2099	89, 600, 672
2001	
HvJ EG 8 maart 2001, zaak C-405/98, Konsumentombudsmannen t. Gourmet International Products, <i>Jur.</i> 2001, I-1795	393
HvJ EG 13 maart 2001, zaak C-379/98, PreussenElektra t. Schhleswag, <i>Jur.</i> 2001, I-2099	670
Conclusie A-G Léger 10 juli 2001 (HvJ EG 19 februari 2002), zaak C-35/99, Arduino, <i>Jur.</i> 2002, I-1529	333, 336, 361, 392, 448

Conclusie A-G Léger 10 juli 2001 (HvJ EG 19 februari 2002), zaak C-309/99, Wouters, <i>Jur.</i> 2002, I-1577	74-76, 79-81, 83, 85, 318, 350, 351, 459
HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99, Geraets-Smits t. Stichting Ziekenfonds VGZ en Peerbooms t. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, <i>Jur.</i> 2001, I-5473	511, 516, 601
HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, Courage t. Crehan, <i>Jur.</i> 2001, I-6297	620
HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, Ambulanz Glöckner, <i>Jur.</i> 2001, I-8089	487, 543, 549, 598
HvJ EG 29 november 2001, zaak C-221/99, Conte, <i>Jur.</i> 2001, I-9359	42, 315
2002	
HvJ EG 22 januari 2002, zaak C-218/00, Cisal di Battistello Venanzio t. INAIL, <i>Jur.</i> 2002, I-691	21, 23, 40, 540, 545
HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-35/99, Arduino, <i>Jur.</i> 2002, I-1529	315, 326, 327, 329, 343, 359, 405, 441
HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters e.a. t. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, <i>Jur.</i> 2002, I-1577	90, 92, 97, 292, 315, 316, 319, 323, 324, 340, 354, 359, 379, 404, 455, 544, 602, 749
Beschikking President HvJ EG 11 april 2002, zaak C-481/01 P, NDC Health t. Commissie, <i>Jur.</i> 2002, I-3401	36
HvJ EG 17 september 2002, zaak C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab t. Helsingin kaupunki en HKL-Bussiliikenne, <i>Jur.</i> 2002, I-7213	623
HvJ EG 10 december 2002, zaak C-491/01, British American Tobacco, <i>Jur.</i> 2002, I-11453	513
2003	
HvJ EG 6 februari 2003, zaak C-245/00, SENA t. NOS, <i>Jur.</i> 2003, I-1251	478

HvJ EG 13 mei 2003, zaak C-385/99, Müller-Fauré t. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen en Van Riet t. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, <i>Jur.</i> 2003, I-4509	511, 516, 538, 601
Conclusie A-G Jacobs 22 mei 2003 (HvJ EG 16 maart 2004), gev. zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband e.a. t. Ichthyol-Gesellschaft Cordes e.a., <i>Jur.</i> 2004, I-2493	83, 93, 554
HvJ EG 10 juli 2003, zaak C-11/00, Commissie t. ECB, <i>Jur.</i> 2003, I-7147	93
HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01, Consortzio Industrie Fiammiferi ("CIF"), <i>Jur.</i> 2003, I-8055	97, 118, 322, 323, 329, 331, 332, 339, 445-447, 451, 595
HvJ EG zaak 11 september 2003, zaak C-207/01, Altair Chimica/ENEL, <i>Jur.</i> 2003, I-8875	64, 436
HvJ EG 13 november 2003, zaak C-313/01, Morgenbesser t. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova, <i>Jur.</i> 2003, I-13467	296
2004	
HvJ EG 6 januari 2004, gev. zaken C-2/01 P en C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure en Commissie t. Bayer AG, <i>Jur.</i> 2004, I-23	549
HvJ EG 16 maart 2004, gev. zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband e.a. t. Ichthyol-Gesellschaft Cordes e.a., <i>Jur.</i> 2004, I-2493	23, 552-557, 722
HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, IMS Health t. NDC Health, <i>Jur.</i> 2004, I-5039	168, 191, 207, 544
HvJ EG 7 september 2004, zaak C-456/02, Trojani t. OCMW, <i>Jur.</i> 2004, I-7573	445, 716
HvJ EG 19 oktober 2004, zaak C-200/02, Zhu en Chen t. Secretary of State, <i>Jur.</i> 2004, I-9925	445, 716
HvJ EG 9 november 2004, zaak C-46/02, Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus, <i>Jur.</i> 2004, I-10365	129, 227, 252, 260

HvJ EG 9 november 2004, zaak C-203/02, British Horseracing Board t. William Hill Organisation, <i>Jur.</i> 2004, I-10415	129, 227, 252, 260
HvJ EG 9 november 2004, zaak C-338/02, Fixtures Marketing t. Svenska Spel, <i>Jur.</i> 2004, I-10497	129, 227, 252, 260
HvJ EG 9 november 2004, zaak C-444/02, Fixtures Marketing t. OPAP, <i>Jur.</i> 2004, I-10549	129, 227, 252, 260
HvJ EG 14 december 2004, zaak C-309/02, Radlberger, <i>Jur.</i> 2004, I-11763	672
2005	
HvJ EG 17 februari 2005, zaak C-134/03, Viacom Outdoor t. Immobilier, <i>Jur.</i> 2005, I-1167	393
HvJ EG 17 februari 2005, zaak C-250/03, Giorgio Emanuele Mauri t. Ministero della Giustizia en Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano, <i>Jur.</i> 2005, I-1267	325, 326, 329, 359
HvJ EG 15 maart 2005, zaak 209/03, Dany Bidar t. London Borough of Ealing en Secretary of State, <i>Jur.</i> 2005, I-2119	445, 716
Conclusie A-G Poiares Maduro 10 november 2005 (HvJ EG 11 juli 2006), zaak C-205/03 P, FENIN t. Commissie, <i>Jur.</i> 2006, I-6295	22
2006	
Conclusie A-G Poiares Maduro 1 februari 2006 (HvJ EG 5 december 2006), gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni, <i>Jur.</i> 2006, I-11421	329, 335, 358, 363, 386, 412
HvJ EG 11 juli 2006, zaak C-205/03 P, FENIN t. Commissie, <i>Jur.</i> 2006, I-6295	551
HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-519/04 P, Meca-Medina en Majcen t. Commissie, <i>Jur.</i> 2006, I-6991	92, 97, 360, 544, 749
HvJ EG 23 november 2006, zaak C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL t. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), <i>Jur.</i> 2006, I-11125	51

HvJ EG 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla t. Portolese en Macrino t. Meloni, <i>Jur.</i> 2006, I-11421	315, 326, 327, 359, 363, 405, 412
2007	
HvJ EG 15 maart 2007, zaak C-95/04, British Airways/ Commissie, <i>Jur.</i> 007, I-2331	61
Conclusie A-G Poiares Maduro 23 mei 2007, zaak C-438/05, The International Transport Workers' Federation en The Finnish Seamen's Union t. Viking Line ABP en OÜ Viking Line Eesti, <i>Jur.</i> 2007, I-10779	90, 292
Conclusie A-G Mengozzi 23 mei 2007, zaak C-341/05, Laval un Partneri Ltd t. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e.a., <i>Jur.</i> 2007, I-11767	90, 292
2008	
HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-199/06, Centre d'exportation du livre français (CELF) en Ministre de la Culture et de la Communication t. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE), <i>Jur.</i> 2008, I-469	464
HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) t. Elliniko Dimosio, n.n.g.	345, 406
HvJ EG 16 september 2008, gevoegde zaken C-468/06 tot en met C-478/06, Sot. Lélos kai Sia EE e.a. t. GlaxoSmithKline AEEVE Farmakeftikon Proïonton, n.n.g.	99
HvJ EG 11 december 2008, zaak C-52/07, Kanal 5 en TV 4 t. STIM, n.n.g.	99, 476
HvJ EG 18 december 2008, gevoegde zaken C-101/07 P en C-110/07 P, Coop de France Bétail et Viande e.a. t. Commissie, n.n.g.	44
2009	
Conclusie van A-G Kokott van 19 februari 2009, zaak C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e.a., n.n.g.	44
HvJ EG 5 maart 2009, zaak C-350/07, Kattner Stahlbau t. Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft, n.n.g.	23, 546

GERECHT VAN EERSTE AANLEG

1991

GvEA 10 juli 1991, zaak T-69/89, RTE t. Commissie,
Jur. 1991, II-485 186

GvEA 10 juli 1991, zaak T-76/89, ITP t. Commissie,
Jur. 1991, II-575 151, 186

GvEA 12 december 1991, zaak T-30/89, Hilti t. Commissie,
Jur. 1991, II-1439 185, 234

GvEA 17 december 1991, zaak T-6/89, Enichem Base,
Jur. 1991, II-1623 41

1992

GvEA 10 maart 1992, zaak T-14/89, Montedipe t. Commissie,
Jur. 1992, II-1155 92

GvEA 9 juli 1992, zaak T-66/89, Publishers Association t.
Commissie, *Jur.* 1992, II-1995 454

GvEA 18 september 1992, zaak T-28/90, Asia Motor France I,
Jur. 1992, II-2285 65

1993

GvEA 29 juni 1993, zaak T-7/92, Asia Motor France SA,
Jean-Michel Cesbron, Monin Automobiles SA, Europe Auto
Service SA en SOMACO SA t. Commissie ("Asia Motor
France II"), *Jur.* 1993, II-669 437

1994

GvEA 15 juli 1994, zaak T-17/93, Matra Hachette t. Commissie,
Jur. 1994, II-595 51

1995

GvEA 21 februari 1995, zaak T-29/92, Vereniging van samen-
werkende prijsregelende organisaties in de bouw nijverheid
(SPO) e.a. t. Commissie, *Jur.* 1995, II-289 469

GvEA 6 april 1995, zaak T-148/89, Tréfilunion t. Commissie,
Jur. 1995, II-1063 92, 437, 682

GvEA 29 juni 1995, zaak T-30/91, Solvay t. Commissie,
Jur. 1995, II-1775 43

GvEA 18 september 1995, zaak T-49/93, Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) t. Commissie, <i>Jur.</i> 1995, II-2501	464
1996	
GvEA 11 juli 1996, gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, Metropole télévision e.a. t. Commissie, <i>Jur.</i> 1996, II-649	56, 349, 457
GvEA 18 september 1996, zaak T-387/94, Asia Motor France e.a. t. Commissie, <i>Jur.</i> 1996, II-961	65, 339, 442
1997	
GvEA 12 juni 1997, zaak T-504/93, Tiercé Ladbroke t. Commissie, <i>Jur.</i> 1997, II-923	168, 188, 189
GvEA 19 juni 1997, zaak T-260/94, Air Inter t. Commissie, <i>Jur.</i> 1997, II-997	80
1998	
GvEA 15 september 1998, gev. zaken T-374, 375, 384 en 388/94, European Night Services e.a. t. Commissie, <i>Jur.</i> 1998, II-3141	47, 172, 225, 251, 253
1999	
GvEA 19 mei 1999, zaak T-175/95, BASF t. Commissie, <i>Jur.</i> 1999, II-1581	47
GvEA 19 mei 1999, zaak T-176/95, Accinauto t. Commissie, <i>Jur.</i> 1999, II-1635	47
2000	
GvEA 30 maart 2000, zaak T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali t. Commissie ('CNSD I'), <i>Jur.</i> 2000, II-1807	64, 67, 314, 321, 395, 440, 539, 640
GvEA 26 oktober 2000, zaak T-41/96, Bayer AG t. Commissie, <i>Jur.</i> 2000, II-3383	41, 549
2001	
GvEA 28 maart 2001, zaak T-144/99, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau t. Commissie ("EPI-gedragscode"), <i>Jur.</i> 2001, II-1087	8, 26, 353, 368, 369, 386

GvEA 18 september 2001, zaak T-112/99, Métropole télévision e.a. t. Commissie, <i>Jur.</i> 2001, II-2459	544, 600
Beschikking President GvEA 26 oktober 2001, zaak T-184/01 R, IMS Health t. Commissie, <i>Jur.</i> 2001, II-3193	36, 194
2002	
GvEA 28 februari 2002, zaak T-155/98, Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) t. Commissie, <i>Jur.</i> 2002, II-1179	464
GvEA 20 maart 2002, zaak T-175/99, UPS Europe t. Commissie, <i>Jur.</i> 2002, II-1915	61
2003	
GvEA 4 maart 2003, zaak T-319/99, FENIN t. Commissie, <i>Jur.</i> 2003, II-357	23, 550, 551, 557, 722
GvEA 30 september 2003, gev. zaken T-191/98, T-212/98 tot T-214/98, Atlantic Container Line AB e.a. t. Commissie, <i>Jur.</i> 2003, II-3275	64, 539, 640
GvEA 30 september 2003, zaak T-203/01, Michelin II, <i>Jur.</i> 2003, II-4071	61
GvEA 23 oktober 2003, zaak T-65/98, Van den Bergh Foods t. Commissie, <i>Jur.</i> 2003, II-4653	149
2004	
GvEA 30 september 2004, zaak T-313/02, Meca-Medina & Majcen t. Commissie, <i>Jur.</i> 2004, II-3291	97
Beschikking President GvEA 22 december 2004, zaak T-201/04R, Microsoft t. Commissie, <i>Jur.</i> 2004, II-4463	212-216
2005	
GvEA 26 januari 2005, zaak T-193/02, Laurent Piau t. Commissie, <i>Jur.</i> 2005, II-209	97, 316
2006	
GvEA 27 september 2006, zaak T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited t. Commissie, <i>Jur.</i> 2006, II-2969	35, 36, 550
GvEA 13 december 2006, gev. zaken T-217/03 en T-245/03, Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) e.a. t. Commissie, <i>Jur.</i> 2006, II-4987	395, 437

2007

GvEA 30 januari 2007, zaak T-340/03, France Télécom SA
t Commissie, *Jur* 2007, II-107 164

GvEA 24 mei 2007, zaak T-151/01, Der Grune Punkt-DSD
t Commissie, *Jur* 2007, II-1607 673, 676, 677

GvEA 24 mei 2007, zaak T-289/01, Der Grune Punkt-DSD
t Commissie, *Jur* 2007, II-1691 174, 211, 676, 677

GvEA 17 september 2007, zaak T-201/04, Microsoft t
Commissie, *Jur* 2007, II-3601 216-220

2008

GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, BUPA t Commissie,
Jur 2008, II-81 539, 543, 566,
567, 594, 598

GvEA 15 april 2008, zaak T-348/04, Société internationale de
diffusion et d'édition SA (SIDE) t Commissie, *Jur* 2008, II-625 464

Ingetrokken zaken

GvEA, zaak T-84/06, Azivo Algemeen Ziekenfonds De
Volharding t Commissie, *Pb* 2006, C 108/27 565

REGISTER VAN AANGEHAALDE BESCHIKKINGEN VAN DE EUROPESE COMMISSIE

(Verwezen wordt naar paginanummers)

1974

Beschikking Commissie 29 november 1974, zaaknr. 74/634/EEG,
Franco-Japanese Ballbearings Agreement, *Pb.* 1974, L 343/19 43

1981

Beschikking Commissie 17 december 1981, zaaknr. 82/371/EEG,
NAWEA-ANSEAU, *Pb.* 1982, L 167/39 641, 661

1982

Beschikking Commissie 10 december 1982, zaaknr. 82/861/EEG,
British Telecommunications, *Pb.* 1982, L 360/36 41

1988

Beschikking Commissie 12 december 1988, zaaknr. 89/44/EEG,
Publishers Association (Net Book Agreements), *Pb.* 1989, L 22/12 454, 455

1989

Beschikking Commissie 14 december 1989, zaaknr. 90/33/EEG,
APB, *Pb.* 1990, L 18/35 549

1992

Beschikking Commissie 14 januari 1992, zaaknr. 92/96/EEG,
Assurpol, *Pb.* 1992, L 37/16 662, 663

Beschikking Commissie 1 april 1992, zaaknr. 92/262/EEG,
Frans-Westafrikaanse rederscomités, *Pb.* 1992, L 134/1 98, 642

Beschikking Commissie 11 juni 1992, zaaknr. IV/34.174,
Sealink t. B&I Holyhead, *niet gepubliceerd in Pb.* 171

1993

Beschikking Commissie 21 december 1993, zaaknr. 94/19/EG,
Sea Containers t. Stena Sealink, *Pb.* 1994, L 15/8 171

1994

Beschikking Commissie 18 mei 1994, zaaknr. 94/322/EG,
Exxon/Shell, *Pb.* 1994, L 144/20 641, 663, 664

Beschikking Commissie 21 december 1994, zaaknr. 94/986/EG,
Philips-Osram, *Pb.* 1994, L 378/37 641, 664, 665

1996

Beschikking Commissie 10 januari 1996, zaaknr. 96/478/EG,
ADALAT, *Pb.* 1996, L 201/1 549

1998

Beschikking Commissie 14 januari 1998, zaaknr. 98/190/EG,
FAG, *Pb.* 1998, L 72/30 149

Beschikking Commissie 10 juni 1998, zaaknr. 1999/133/EG,
Coopérative d'exportation du livre français (CELF), *Pb.* 1999,
L 44/37 464

Beschikking Commissie 21 december 1998, zaaknr. 89/205/EEG,
Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE, *Pb.* 1989, L 78/43 185

1999

Beschikking Commissie 24 januari 1999, zaaknr. 2000/475/EG,
CECED, *Pb.* 2000, L 187/47 665, 666, 667

Beschikking Commissie 7 april 1999, zaaknr. 1999/267/EG,
EPI-gedragcode, *Pb.* 1999, L 106/14 358, 386, 414

2001

Beschikking Commissie 8 mei 2001, zaaknr. 2001/791/EG,
Glaxo Wellcome (aanmelding), *Pb.* 2001, L 302/1 549, 550

Beschikking Commissie 3 juli 2001, zaaknr. 2002/165/EG,
NDC Health/IMS Health, *Pb.* 2002, L 59/18 193, 194

2002

Beschikking Commissie 8 oktober 2002, zaaknr. COMP/C2/
38.014, IFPI "Simulcasting", *Pb.* 2003, L 107/58 475, 484, 486,
500, 501, 720

2003

Beschikking Commissie 13 mei 2003, zaaknr. N 46/2003,
Risk equalisation scheme in the Irish health Insurance market,
C(2003) 1322def., korte samenvatting in *Pb.* 2003, C 186/16 539, 566, 598

Beschikking Commissie 13 augustus 2003, zaaknr. 2003/741/EG, NDC Health/IMS Health, <i>Pb.</i> 2003, L 268/69	192, 193, 194, 207, 217
2004	
Beschikking Commissie 24 maart 2004, zaaknr. COMP/C-3/37.792, Microsoft, C(2004)900def., samenvatting in <i>Pb.</i> 2007, L 32/23	211, 221
Beschikking Commissie 20 april 2004, zaaknr. 2005/262/EG, Coopérative d'exportation du livre français (CELF), <i>Pb.</i> 2005, L 85/27	464
Beschikking Commissie 24 juni 2004, zaaknr. 2005/8/EG, Belgische Orde van Architecten, <i>Jur.</i> 2005, L 4/10	358, 363, 412
2005	
Beschikking Commissie 3 mei 2005, zaaknr. N 541/2004 en N 542/2004, Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem, C(2005) 1329def., korte samenvatting in <i>Pb.</i> 2005, C 324/30	75, 76, 539, 543, 563, 564, 594, 598
Beschikking Commissie 28 juli 2005, zaaknr. COMP/C-3/37.792, Microsoft, C(2005)2988def.	222
Beschikking Commissie 10 November 2005, zaaknr. COMP/C-3/37.792, Microsoft, C(2005)4420def.	222
2006	
Beschikking Commissie 12 juli 2006, zaaknr. COMP/C-3/37.792, Microsoft (Samenvatting van de beschikking van de Commissie van 12 juli 2006, zaaknr. COMP/C-3/37.792, <i>Pb.</i> 2008, C 138/10)	222
2008	
Beschikking Commissie 27 februari 2008, zaaknr. COMP/C-3/34.792, Fixation of Penalty Payment to comply with Commission's Decisions, C(2008) 764 fin.	222, 223, 224

REGISTER VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE NEDERLANDSE RECHTERS

(Verwezen wordt naar paginanummers)

1999

Pres. Rb. 's-Gravenhage 5 januari 1999, De Telegraaf t. NOS
en de omroepen, rolpr.rb. KG 98/1539 242

2001

Hof 's-Gravenhage 30 januari 2001, De Telegraaf t. NOS
en de omroepen, LJN: AA9717, rolnr. 99/1.65 242, 243, 262

Rechtbank Rotterdam 1 augustus 2001, Van Vollenhoven Olie
t. NMa, LJN: AB3736, reg.nr. MEDED 99/1690-SIMO 117

2002

Rechtbank Rotterdam 11 december 2002, NOS en HMG t.
NMa, LJN: AF1811, reg.nr. MEDED 01/2430-RIP en MEDED
01/2474-RIP 247, 248

2003

CBb 9 april 2003, NOS en HMG t. NMa, LJN: AF7441,
reg.nr. AWB 03/240 248

Hoge Raad 6 juni 2003, NOS en de omroepen t. De Telegraaf,
LJN: AF5100, reg.nr. C01/183HR 204, 242, 243, 245

Rechtbank Rotterdam 18 juni 2003, Mr. Linders e.a. t. NMa,
LJN: AH9702, reg.nr. MEDED 01/601-RIP 376

2004

CBb 15 juli 2004, NOS t. NMa, LJN: AQ1727, reg.nr. AWB 03/132 248-250

Rechtbank Rotterdam 3 december 2004, Kingma t. NMa,
LJN: AS3852, reg.nr. MEDED 03/2084-KNP 573

Vzng. Rechtbank Haarlem 28 december 2004, N.A.L. en J.S.P.L.
t. CONO Kaasmakers, LJN: AR8299, reg.nr. 107380/KG ZA 04-591 399

2005

Rb. Rotterdam 10 januari 2005, Koninklijk verbond van Ondernemers in het Horeca- en Aanverwante bedrijf Horeca Nederland t. NMa, LJN: AS9459, reg.nr. MEDED 03/1561-KNP 479

Hoge Raad 8 april 2005, Apothekers t. AGIS Zorgverzekeringen, LJN: AS2706, reg.nr. C04/049HR 575

Vzngr. Rechtbank Amsterdam 16 juni 2005, SBS Broadcasting t. Quote Media Holding e.a., LJN: AT7612, reg.nr. 317128, KG 05-1040 P 254

Vzngr. Rechtbank Amsterdam 28 juli 2005, SBS Broadcasting t. Quote Media Holding e.a., LJN: AU0253, reg.nr. 317128, KG 05-1040 P 254-256

2006

Vzngr. Rechtbank Utrecht 31 maart 2006, T.B. t. A.A.A. e.a., LJN: AW2111, reg.nr. 209744 / KG 06-254 582

Gerechtshof Arnhem 4 juli 2006, NVM t. Zoekallehuizen.nl, LJN: AY0089, rol.nr. 06/416 269

Rechtbank Rotterdam 17 juli 2006, NIP, NVVP en LVE t. NMa, reg. nr. MEDED 05/2213-WILD, MEDED 05/2214-WILD, MEDED 05/2215-WILD, LJN: AY4928 581

Rechtbank Rotterdam 28 augustus 2006, X. t. NMa, LJN: AZ0143, reg.nr. 05/2267 582

2007

Rechtbank 's-Gravenhage 27 april 2007, ID/Farma t. KNMP, LJN: BA6353, reg.nr. 285150 – KG 07/382 274

Rechtbank Rotterdam 4 juli 2007, CRV Holding t. NMa, LJN: BA9164, reg.nr. MEDED 05/3911-STRN 61

Vzngr. Rechtbank Alkmaar 7 augustus 2007, Stichting baas in eigen huis t. Plazacasa b.v., LJN: BB1207, rol.nr. KG ZA 07-203 270

Vzngr. Rechtbank Alkmaar 7 augustus 2007, Plazacasa b.v. t. Funda Real Estate b.v. e.a., LJN: BB1209, rol.nr. KG ZA 07-204 270

Rechtbank Rotterdam 21 augustus 2007, Nederlandse Vereniging van Mondhygiënisten t. NMa, LJN: BB2619, reg. nr. MEDED 06/3486-VRLK 576

Rechtbank Rotterdam 21 augustus 2007, KNGF, X en Y t. NMa, LJN: BB2621, reg. nr. MEDED 06/2879-STRN, MEDED 07/1731-STRN, MEDED 07/1732-STRN	575
Rechtbank Rotterdam 21 augustus 2007, X. t. NMa, LJN: BB2627, reg. nr. MEDED 07/1808-STRN	576
Vzngr. Rechtbank Utrecht 21 november 2007, Wegener t. Innoweb, LJN: BB8341, reg.nr. 238193/KG ZA 07-984	272, 273
Gerechtshof Amsterdam 13 december 2007, Plazacasa b.v. t. Stichting Baas in Eigen Huis., LJN: BC0125, rolnr. 1107/07 SKG	271
2008	
Rechtbank Breda 4 januari 2008, BOGIN e.a. t. CZ Groep e.a., LJN: BC1188, reg. nr. 183442/KG ZA 07-712	570
Vzngr. Rechtbank Alkmaar 24 januari 2008, Stichting baas in eigen huis t. Plazacasa b.v., LJN: BC2614, reg.nr. 99479/KG ZA 07-418.	271
Vzngr. Rechtbank Almelo 11 februari 2008, Internetnotarissen B.V. t. Openbareverkoop.nl B.V., zaaknr. 91368/KG ZA 08-27	273
Gerechtshof Arnhem 24 juni 2008, Openbareverkoop.nl B.V. t. Internetnotarissen B.V., zaaknr. 200.002.754	273
CBb 6 oktober 2008, NMa t. NIP, NVVP en LVE, LJN: BF8820, reg. nr. AWB 06/667	581

REGISTER VAN AANGEHAALDE BESCHIKKINGEN VAN DE NEDERLANDSE MEDEDINGINGSAUTORITEIT

(Verwezen wordt naar paginanummers)

1998

Besluit NMa 5 juni 1998, zaaknr. 165, Sophia Ziekenhuis-
Ziekenhuis De Weezenlanden 558, 578

Besluit NMa 18 juni 1998, zaaknr. 104, Tandprothesespecialist
t. zorgverzekeraars 573

Besluit NMa 8 september 1998, zaaknr. 155, Erasmus
Muziekproducties 456, 689

Besluit NMa 10 september 1998, zaaknr. 1/121.73,
Telegraaf t. NOS/HMG 248, 262

Besluit NMa 26 november 1998, zaaknr. 101, Amsterdamse
Bloemenmarkt 117

Besluit NMa 16 december 1998, zaaknr. 450, Van Ditmar
Boekenimport 456, 689

Besluit NMa 18 december 1998, zaaknr. 51,
Stichting Batterijen (Stibat) 678-681, 683, 688, 690, 691

Besluit 29 december 1998, zaaknr. 1165, ANOZ Verzekeringen
en ANOVA-ZAO 562

1999

Besluit NMa 1 maart 1999, zaaknr. 206, 207 en 208,
Betoncentrale Twenthe 689

Besluit NMa 30 maart 1999, zaaknr. 38-41, 269a en 269b,
Takel en berging 689

Besluit (op bezwaar) van 31 mei 1999, zaaknr. 51, Stibat 679, 681

Besluit NMa 18 juni 1999, zaaknr. 882, Ontheffingsaanvraag Amicon Zorgverzekeraar, en zaaknr. 407, Texincare en Tivic t. Amicon Zorgverzekeraar	562, 573, 578, 583
Besluit NMa 9 juli 1999, zaaknr. 492, Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland	686, 688, 689, 691
Besluit NMa 23 juli 1999, zaaknr. 12, Vereniging van Fabrikanten van Kunststofleidingsystemen	682, 684-686, 689, 690, 691
Besluit NMa 29 juli 1999, zaaknr. 613, Nederlandse Vereniging voor Zaaizaad en Pootgoed en LTO-Nederland	237
Besluit NMa 13 augustus 1999, zaaknr. 568, Kraaijenbergse Plassen	438
Besluit NMa 25 oktober 1999, zaaknr. 224, Inkooporganisatie Multizorg	562, 569
Besluit NMa 21 december 1999, zaaknr. 528, Vereniging de Nederlandse Dagbladpers (NDP)	438, 690
2000	
Besluit NMa 16 februari 2000, zaaknr. 1/322.b53, Telegraaf t. NOS/HMG	250
Besluit NMa 23 februari 2000, zaaknr. 228, VEBIDAK	690
Besluit NMa 1 maart 2000, zaaknr. 1131, 1151 en 1250, Vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen	578, 581
Besluit NMa 10 maart 2000, zaaknr. 181, Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren	587, 588
Besluit NMa 5 april 2000, zaaknr. 115, Stichting Auto & Recycling	682, 683
Besluit NMa 19 april 2000, zaaknr. 141, Theo de Graaf Brillen en Contactlenzen t. Zorg en Zekerheid	583
Besluit NMa 19 april 2000, zaaknr. 767, Ontheffingsaanvraag Zorg en Zekerheid	583
Besluit NMa 20 april 2000, zaaknr. 995, Organisatie van Nederlandse Tandprothetici t. Zorgverzekeraars Nederland	571

Besluit NMa 18 september 2000, zaaknr. 492, Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland	686
Besluit NMa 13 oktober 2000, zaaknr. 652, Inkoop Samenwerkingsovereenkomsten ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ	569
Besluit NMa 13 december 2000, zaaknr. 882, Amicon Zorgverzekeraar	583
Besluit NMa 15 december 2000, zaaknr. 590 en 1972, Ontheffingsaanvraag Amicon Zorgverzekeraar Vrijgevestigd Fysiotherapeut, en zaaknr. 1570, Sanders t. Amicon Zorgverzekeraar	562, 571, 578, 581
2001	
Besluit NMa 11 april 2001, zaaknr. 537, Landelijke Huisartsen Vereniging	578, 581
Besluit NMa 8 juni 2001, zaaknr. 2455, Regionale Instelling voor Jeugd tandverzorging Rotterdam-Zilveren Kruis Achmea	573
Besluit NMa 6 juli 2001, zaaknr. 912, CZ Apotheker	562, 581
Besluit NMa 19 juli 2001, zaaknr. 2423/2, Stichting Federatie Autorecycling	692
Besluit NMa 23 augustus 2001, zaaknr. 1915, Zilveren Kruis Geneesmiddelenformulier Kennemerland	562, 580
Besluit (op bezwaar) NMa 3 oktober 2001, zaaknr. 1/501.0119, Telegraaf t. NOS/HMG	187, 246-248, 250, 262
Besluit NMa 22 oktober 2001, zaaknr. 2026, Auto Recycling Nederland II	683, 684
2002	
Besluit NMa 21 februari 2002, zaaknr. 560, Engelgeer t. Nederlandse Orde van Advocaten	112, 289, 387
Besluit (op bezwaar) NMa 17 oktober 2002, zaaknr. 2423/28, Stichting Federatie Autorecycling	692
Besluit 16 december 2002, zaaknr. 2605/31, Zorgverzekeraars Nederland-Solidariteitsprotocol	568
Besluit NMa 18 december 2002, zaaknr. 2960, Abegg-CZ	574
	853

2003

Besluit NMa 10 april 2003, zaaknr. 2319, Horeca Nederland
t. SENA 479

Besluit NMa 23 april 2003, zaaknr. 3253, Horeca Nederland
t. gemeente Bergen 116, 117

Besluit NMa 19 juni 2003, zaaknr. 3119, Kingma 573

Besluit NMa 5 september 2003, zaaknr. 3169, Regenboogapotheek
t. Apothekersvereniging Breda/Dienstapotheek Breda N.V. 582

Besluit NMa 5 november 2003, zaaknr. 3447, Engelgeer 387

Besluit NMa 10 december 2003, zaaknr. 3007, Stichting Papier
Recycling Nederland 687, 688

2004

Besluit NMa 28 januari 2004, zaaknr. 3524, Juliana Kinder-
ziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis-Leyenburg Ziekenhuis 558

Besluit (op bezwaar) NMa 1 april 2004, zaaknr. 1/682,
Telegraaf t. HMG 241, 265

Besluit NMa 13 april 2004, zaaknr. 2061, Nederlandse Associatie
voor Psychotherapie (NAP) 578

Besluit NMa 26 april 2004, zaaknr. 3309, NIP, LVE, NVP en
NVVP 580

Besluit NMa 26 april 2004, zaaknr. 3310, Nederlands Tandtechnisch
Genootschap 580

Besluit NMa 21 juni 2004, zaaknr. 2501, Wilhelmina apotheek t.
Dienstapotheek regio Assen 581

Besluit NMa 21 juni 2004, zaaknr. 2688, Stadsapotheek Tilburg 582

2005

Besluit NMa 26 mei 2005, zaaknr. 3473, 4119, 4697, 4698, 4699,
4700, 4701, 4702, 4703, 4704, 4705, 4706, 4707, 4708, 4709, 4710,
4711, 4728, 4729, 4730, 4731, 4732, 4733, 4734, 4735, 4736, 4737,
4738, 4739, 4740, 4741, 4742, 4743, 4744, 4745, 4746, Klachten van
zorgaanbieders m.b.t. misbruik inkoopmacht zorgverzekeraars 562, 573, 574

Besluit NMa 27 juni 2005, zaaknr. 1365, WilMar Press & Productions t. NOS	253
 2006	
Besluit NMa 7 februari 2006, zaaknr. 4699, Kok t. Agis	573
Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 4697, Van der Werff-Oor t. Agis	573
Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 5119, De Koning t. Achmea	573
Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 5136 en 5137, Bouten e.a. t. zorgverzekeraars	574
Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 4708, Hoekstra t. Agis/Amicon	573
Besluit NMa 8 februari 2006, zaaknr. 4709, Van den Berg e.a. t. Agis	574
Besluit NMa 31 mei 2006, zaaknr. 5142, Het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie (KNGF) t. Achmea, Agis, CZ en VGZ	573, 574
Besluit NMa 13 juli 2006, zaaknr. 5166, Nederlandse Vereniging van Mondhygiënisten (NVM) t. Menzis	575
Besluit NMa (op bezwaar) 20 december 2006, zaaknr. 1627/55, Drost vs. Nederlandse Orde van Advocaten	380-382
 2007	
Besluit NMa (op bezwaar) 19 januari 2007, zaaknr. 4183/45, Schroeder vs. Rotterdamse Orde van Advocaten en Nederlandse Orde van Advocaten	394-397
Besluit NMa 3 april 2007, zaaknr. 5561, Stichting Hofpoort Ziekenhuis	592
Besluit NMa 10 mei 2007, zaaknr. 5169, Koninklijke Horeca Nederland t. Buma	224, 265, 479, 480
Besluit NMa 10 mei 2007, zaaknr. 3295, Fresh FM t. Buma	224, 265, 479, 480
Besluit NMa 21 december 2007, zaaknr. 4070/22, XS4ALL t. Buma	480, 481, 482, 499

2008

Besluit (op bezwaar) NMa 2 april 2008, zaaknr. 3295,
Fresh FM t. Buma 224, 265, 479, 480

2009

Besluit (op bezwaar) NMa 17 maart 2009, zaaknr. 3309/347,
NIP, LVE en NVVP 581

Besluit NMa 25 maart 2009, zaaknr. 6424,
Ziekenhuis Walcheren-Oosterscheldeziekenhuis 558

TREFWOORDENREGISTER

(Verwezen wordt naar paginanummers)

A	
acquisitiebeperkingen	312, 366-373, 403, 710
Advocatenwet (AW)	288-290, 294, 303, 308, 309, 324, 340, 341, 352, 365, 388, 391, 392, 395, 407, 408, 415, 416, 710
afgeleide markt	46, 165, 178, 179, 187, 189, 194-196, 199, 220, 215, 225, 226, 235, 251, 275, 276
Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ)	520-524, 527-534, 558-560, 579, 587-589, 604, 608, 722
auteursrecht	48, 121-126, 128, 131, 133, 135-139, 142-146, 148, 153, 159, 163, 164, 168, 185, 192, 207, 221, 226, 227, 234, 238, 241-243, 247, 252, 259, 262, 263, 270, 274, 472-477, 479-489, 497-502, 718-720
B	
bagatelregeling	zie <i>De Minimis-regeling</i>
(beroeps)deontologie	54, 284, 285, 288, 298, 300, 347, 348, 355, 359, 383, 411, 414, 602, 709, 752
beroepsvereniging	271, 345, 363, 438, 581, 607, 710
besturingssysteem	216, 220, 231-234, 281, 707
bevoegdheidsverdeling lidstaten – Europese Gemeenschap	602
bijproduct	187, 195
boekenprijs vaste –	422-435, 439, 445, 448-450, 454-461, 464-466, 471, 491-497, 714-717, 740, 742, 746, 747

bouwsteenstructuur	192, 196
broncode	212
C	
<i>cherry picking</i>	84, 352, 460, 461, 597, 598, 612, 726
<i>Chicago school</i>	30
collectief rechtenbeheer	265, 472, 474, 483, 490, 498, 501, 502, 718, 720, 738-741, 747
collectieve beheersorganisatie	423, 471-491, 497-503, 714, 718-721, 735
compatibiliteit	212-214, 217, 219
contracteerbeleid	572, 573, 577, 610, 724
convergentie	91, 348, 359, 412, 714
<i>Creative Commons</i>	481, 489
D	
databankenrecht	122, 139, 227, 238, 243, 252, 260-264, 272, 273
<i>De Minimis</i> -regeling	47, 115, 116, 586, 587, 607, 740, 744
Dienstenrichtlijn	285, 293, 295, 366, 367, 397, 515
Dienst(en) van Algemeen Economisch Belang (DAEB)	68, 74-84, 103-107, 110, 111, 116, 120, 350, 351, 352, 458, 485, 486, 501, 512, 515, 517, 542, 564-567, 576 586, 598, 613, 675, 677, 701, 712, 727
doelstellingen van de Europese Gemeenschap	32, 33
<i>downstream market</i>	46, 194
dwanglicentie	141, 144-147, 153, 162, 164, 218, 220, 225, 231, 234, 236, 239, 278, 279

E	
economische activiteit	1, 20-24, 40, 41, 46, 75, 78, 111, 116, 118, 119, 312, 319, 320, 538, 540, 542, 546, 550, 551, 565, 608, 617, 620, 638, 674, 694
<i>effet utile</i> -leer	63-67, 91, 98, 118, 314, 326-340, 346, 348, 360, 361, 392, 406, 409, 410, 427, 436-450, 453, 710-712, 714-716
efficiëntie	
allocatieve –	17, 18, 30, 31, 119
dynamische –	31
economische –	34, 36, 57, 349, 410, 458, 541, 586, 596, 612, 651, 655, 669, 670, 712, 726, 735, 756
productieve –	17, 18, 31, 119
<i>essential facilities</i> /essentiële faciliteiten	168-171, 190, 197, 198, 224, 232, 251, 253
evenredigheid	50, 81, 94, 96, 97, 299, 356-360, 410, 462, 471, 495, 601, 614, 716, 728, 750, 751, 752
exceptiemethoden	85-88, 353, 545, 558, 595, 602, 611, 703, 705, 721, 725, 737, 742, 743, 746, 753
externaliteiten	25, 135, 168
F	
farmaceutica/farmaceutische industrie	157, 192, 195-197, 274, 275, 508, 509, 513, 548-555, 569, 570, 580, 583, 584, 606, 611, 725
G	
geneesmiddelen(-industrie)	zie <i>farmaceutica/farmaceutische industrie</i>
geografische markt	45, 46, 77, 164, 165
geschiktheid	3, 81, 94-97, 306, 356, 360, 382, 410, 411, 462, 463, 471, 495, 601, 614, 716, 728, 750-755
geschillenoplossing	312, 397, 399, 403, 415, 710
geschriftenbescherming	123, 139, 238-243, 248, 252-254, 258-263, 270-273, 420

gezondheidszorg	6, 7, 9, 11, 14, 82, 400, 505-520, 525, 528, 530, 534, 537-540, 548, 550, 551, 555, 557, 575, 593, 594, 602-605, 669, 703, 705, 721, 722, 735-741, 743, 745-748, 755
Groepsvrijstelling	52, 53, 99, 100, 115, 160, 515
– Onderzoek & Ontwikkeling (2659/2000)	52, 158, 159, 650
– Specialisatieovereenkomsten (2658/2000)	52, 650
– Technologieoverdracht ("TTBER"; 772/2004)	52, 158-160
– Verticale Overeenkomsten (2790/1999)	52, 53, 158
H	
harmonisatie	7, 77, 89, 126, 128, 131, 132, 149, 150, 186, 262, 284, 285, 296, 367, 401, 421, 512, 513, 620, 621, 628, 684
hypothetische markt	195, 275
I	
inkoopmarkt	
zorg-	519, 552, 571, 603, 721
innovatie	34, 46, 54, 57, 104, 122, 135, 136, 142, 144, 147, 153, 155, 157-167, 195, 197, 198, 207, 210, 213, 215, 217, 223, 232, 238, 266, 277, 278, 282, 349, 524, 541, 596, 630, 632, 633, 644-646, 655, 667, 696-698, 706, 708, 709, 730, 732
integratiebeginsel	37, 113, 695, 729
milieu-	113, 617-625, 630, 644, 647, 663, 694, 695, 729
volksgezondheid-	511, 512, 548, 557
intellectuele eigendom(srechten)	2, 6-11, 14, 25, 48, 121-282, 420, 544, 550, 604, 703-705, 708, 723, 735-743, 745-747
<i>interface-codes/interface-informatie</i>	212, 213, 216, 221, 223, 231, 280, 707
interoperabiliteit	212-222, 232

interstatelijkheids criterium	43, 47, 58, 112, 115, 117, 118, 315, 379, 425, 431-435, 475, 492-494, 592, 704, 715, 716, 738, 739, 742
investeringen	123, 130, 137, 139, 155, 213, 215, 225, 226, 262, 263, 276, 490, 656, 659, 675
inzamelingsovereenkomst	652
inzamelingsrechten exclusieve –	653, 677, 701, 734
K	
kernfunctionaliteit	232, 280, 707
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)	287, 290, 301, 302, 305, 306, 313, 316, 319, 322, 342, 343, 351, 352, 372, 373, 383-385, 398, 399, 402, 404, 407, 410, 710
kruissubsidiëring	61, 426, 464, 468, 495
kwaliteitstoetsing	312, 397, 398, 403, 415, 710
L	
leer van de inherente beperkingen	87, 88, 96, 97, 120, 311, 348, 355, 359-361, 543, 669, 671, 753
leveringsweigering	154, 168-170, 172, 175-180, 182, 203, 206, 213, 214, 216, 220, 224, 231, 233, 245, 253, 255, 264-268, 277, 280, 477, 707
licentieweigering	61, 154, 166, 167, 180, 187, 195, 197, 202-205, 207, 211, 213-219, 228, 234, 236, 246, 249, 255, 256, 264, 274, 276, 277, 280, 477, 705-707
M	
maatstafconcurrentie	533-537, 592
<i>market</i>	
<i>downstream –</i>	46, 194, 275
<i>upstream –</i>	46, 194, 275
markt	
-afbakening	45, 59, 161, 165, 185, 587
-falen	5, 18, 54, 291, 461, 535

-integratie	18, 31, 34-36, 43, 48, 91, 112, 113, 119
-structuur	4, 61
merkenrecht	122, 125, 131, 134, 148, 158, 163, 181, 227
milieu	
-actieprogramma	627-632, 642-647, 653, 697
-(beschermings)overeenkomsten	87, 560, 625, 631, 633, 637-642, 646, 649-655, 668-672, 678, 688, 690, 693, 697-699, 701-702, 731, 735, 744-745
-integratiebeginsel	zie <i>integratiebeginsel</i>
misbruik,	
exclusionair –	60, 63, 203, 577
exploitatief –	60, 169
monopoliepositie	70, 161, 162, 200, 251, 278, 473, 474, 482, 498, 500, 718
N	
Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA)	112, 287-289, 294, 303, 304, 307, 308, 313, 315, 318, 319, 322-325, 339-341, 346, 350-352, 359, 364, 365, 369, 379-383, 387, 389-398, 401-402, 404, 407, 408, 414, 415, 710, 712
Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)	530, 531, 535, 536, 537, 583, 585, 590, 591, 592, 593, 609, 610
netwerk	
-besturingssystemen	217, 218
distributie-	456, 457
-industrie	76
-sector	19, 82, 84, 267, 352, 460
niet-economische activiteit	15, 20, 23, 24, 119
'nieuw product'-voorwaarde/ nieuwheidcriterium	132, 189, 190, 199, 200, 208, 209, 216, 218, 226, 229, 231, 249-253, 255, 256, 260, 271, 275-279, 706
<i>no cure, no pay</i>	
verbod op –	288, 291, 309, 312, 358, 384-391, 403, 414, 415, 710

noodzakelijkheid	81, 94, 95, 97, 323, 353-360, 410-412, 462-464, 471, 495, 502, 601, 603, 614, 615, 649, 668, 675, 691, 699, 716, 717, 721, 728, 733, 750-756
O	
objectieve rechtvaardiging(sgrond)	98, 99, 172, 174, 187, 202-204, 207, 214, 216, 219, 245-247, 253, 255, 256, 268, 277, 483, 544, 545, 573-577, 603, 610, 615, 706, 719, 724, 729, 736-743, 746, 747, 753
octrooi	
-licentie	61, 159
-recht	121, 122, 127, 130, 134, 136, 140-142, 145, 146, 148, 153, 161, 163, 180, 234, 278
ondernemingscriterium	40, 41, 381, 540, 545, 549, 552-557, 561-563, 577, 578, 605, 704, 721, 722
onontbeerlijk(heid)	97, 168, 174, 187, 189, 190, 197, 198, 204-206, 210, 211, 216, 217, 224, 253, 271, 272, 276, 277, 359, 706
opleidingsvoorschriften	312, 394, 413, 415, 710
P	
parallelimport	549
persoonlijkheidsrechten	138, 139, 238, 243
persoonsgebonden budget (pgb)	527-529
prijdiscriminatie	479
prijzen	
excessieve –	61, 169, 223, 224, 241, 264-266, 476, 477, 479, 480, 498, 719
primaire markt	165, 186, 189, 194, 195, 225, 226, 235, 275, 276
<i>privacy</i>	203, 507, 545
programmablad	zie <i>televisiegids</i>

programmegevens	185-187, 194, 236, 238-269, 275, 276, 420, 423
proportionaliteit	
-stoets	81, 83, 92-95, 99, 326, 350, 351, 354, 355, 359, 360, 410, 412, 414, 471, 486, 502, 544, 557, 601, 614, 671, 702, 721, 728, 750-754
publiciteitsbeperkingen	312, 366, 403, 710
Q	
<i>quota pars litis</i>	
verbod op –	384, 485, 387, 390, 391
R	
reclamevoorschriften	367-369, 372, 403, 413, 416
recycling/recyclage	631, 652, 653, 659, 660, 679, 682, 683, 686-689, 692, 700, 733
regiovertegenwoordiger/ regiovertegenwoordiging	587, 590-592, 609, 610, 724
Richtsnoeren	
– betreffende de handhavings- prioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door onder- nemingen met een machtspositie	60, 63, 169, 577
– betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 EG	50-52, 57, 158, 349, 456, 458, 541, 585, 586, 596, 670, 712
– betreffende de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologie- overdracht	158, 159
– betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 EG	43, 47, 434
– inzake verticale beperkingen	158

– voor de zorgsector (NMa)	536, 537, 543, 559, 560, 567, 582, 587, 589, 590, 593
– over de toepassing van artikel 81 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten	158, 159, 166, 541, 585, 586, 650-655, 669, 697, 731
– Samenwerking Ondernemingen (NMa)	398, 399
risicovereenigingssysteem	526, 534, 543, 564-566, 598, 613, 726
<i>Rule of reason</i>	passim, in het bijzonder 88-96, 352-359, 410- 412, 461-465, 669-673, 713, 747-756
S	
schulduitsluitingsgrond	88, 97, 332, 391, 453, 595, 642
secundaire markt	zie <i>afgeleide markt</i>
<i>Sherman Act</i>	15, 170
<i>simulcasting</i>	475, 484, 486, 500, 501, 720
sociale markteconomie	56
software	129, 130, 142, 212, 213, 215, 221, 231, 232, 280, 707, 708
specialisatievereniging	309, 397, 398
<i>spill-over-effect</i>	25
<i>State action defence</i>	88, 97, 98, 120, 332, 391, 393, 446, 452, 453, 544, 545, 554, 556, 594, 595, 642
substitueerbaarheid	164
– aan de aanbodzijde	45
– aan de vraagzijde	45
systeem van vaste prijzen	426, 462, 467, 471, 496, 717
T	
tariefregulering	364, 441

tarieven, excessieve –	zie <i>prijzen</i>
televisie -gids	186, 187, 194, 195, 225, 239-242, 245, 246, 249, 250, 254-256, 259, 267, 275
-omroep/-zender	179, 239, 268, 423
toegang tot de markt	20, 187, 197, 216, 217, 232, 268, 434, 655
toetredingsbarrières	310, 685, 690
tuchtrechtspraak	289, 290, 312, 341, 383, 387, 397, 399-401, 403, 415, 710
U	
uitbuiting	60, 169
uitsluiting	60, 61, 63, 77, 80, 140, 168, 169, 174, 183, 217, 245, 253, 373, 482, 294, 582, 606, 677, 690, 701, 734
uitzonderlijke omstandigheden	182, 186-188, 195, 200, 209, 213, 214, 225, 227-235, 247, 266, 268, 275, 279-281, 705- 708, 745-747
V	
vaste boekenprijs, zie <i>boekenprijs</i> Wet op de –, zie <i>Wet op de vaste boekenprijs</i>	
Verordening	
– betreffende de uitvoering van de mededingingsregels (17/62)	38, 99, 642, 659, 660
– betreffende de uitvoering van de mededingingsregels (1/2003)	9, 15, 16, 32, 38, 67, 99-101, 108, 109, 117, 118, 223, 451, 593, 700
verplichte procesvertegenwoordiging	288, 309, 374, 375, 413
vervangingsproduct	45
vervuiler betaalt-beginsel	626, 627, 632, 637, 642, 644-649, 695-697, 699, 729, 730, 733

W

werkzaamheden exclusieve –	299, 312, 373-378, 402, 403, 413, 710
Wet marktordening gezondheidszorg (WMG)	520, 530, 531, 583, 585, 591, 604, 722
Wet op de vaste boekenprijs	422, 424-428, 431, 433-435, 439, 448-450, 457, 459, 464-465, 491-495, 714-717, 742
Wet op het notarisambt (WNA)	290, 296, 297, 302, 305-307, 342, 343, 351, 352, 365, 372, 378, 384, 394, 399, 407, 408
Wet toelating zorginstellingen (WTZi)	520, 531-533, 555, 598, 604, 612, 722, 726

Z

zelfregulering	8, 26-28, 292, 300-301, 304, 319, 321, 342, 630, 636, 754
ziekenfonds	76, 509, 511, 516, 520-524, 527, 539, 543, 549, 552-556, 562-565, 568-569, 594, 598, 601, 604, 606, 721-722
Ziekenfondswet (ZFW)	520-524, 527, 562, 604, 722
zorgaanbieder	506, 519-615, 721-729, 744
zorginkoopmarkt	<i>zie inkoopmarkt</i>
zorgkantoor	506, 528, 587, 607, 724
zorgmakelaar	506, 557, 559, 587, 589, 590, 608, 609, 724
zorgmarkt	519, 522, 529, 535, 541, 559, 560, 571, 584, 588, 589, 594, 595, 603, 607, 608, 611, 612, 615, 721, 725, 729
zorgverlener	<i>zie zorgaanbieder</i>
zorgverzekeraar	506, 513, 519-611, 721-725, 744
zorgverzekeringsmarkt	519, 521, 552, 555, 562, 570, 598, 603, 604, 613, 721, 722, 726
Zorgverzekeringswet (Zvw)	508, 520-528, 530, 532-534, 559, 561-565, 598, 604, 605, 612, 721-723, 726

DANKWOORD

Mijn dank gaat allereerst uit naar mijn promotores Anne-Marie Van den Bossche en Johan van de Gronden. Anne-Marie heeft mij van opzet tot afronding van het proefschrift zeer gesteund en geholpen. Johan is wat later in het project 'ingestapt', maar ook zijn adviezen en suggesties zijn bijzonder waardevol geweest. Voor de zinsnede 'zonder jullie was het niet gelukt' mag de kwalificatie cliché dan een understatement zijn, zij is in dezen zeer op haar plaats.

Mijn oud-collega's van de sectie Internationaal en Europees Recht Henri, Anne, Karel, Nena, Eva, Fiorina, Marion, Hélène, Martijn, Leonie en Jules, past een speciaal woord van dank, zowel voor hun hulp bij de voltooiing van het doctoraat als voor de aangename sfeer en goede samenwerking binnen de sectie de afgelopen jaren. Simon, André en Daniël mogen dan inmiddels de overstap naar een andere sectie/betrekking hebben gemaakt, ook zij blijven lid van de club. Dit geldt niet in de laatste plaats ook voor Jochen, die als collega in de beginjaren aan de faculteit al bewees dat (geboorteplaats) Eindhoven meer is dan louter de bakermat van verdedigend voetbal met zo nu en dan een doeltreffend countertje.

De leden van de leescommissie, bestaande uit prof. Jules Stuyck, prof. Jan Jans, en prof. Antoon Quaedvlieg, wil ik hartelijk danken voor alle tijd en moeite die zij hebben gestoken in het lezen van het omvangrijke manuscript.

Gonnie Jakobs heeft de opmaak van de drukproeven verzorgd, een tijdrovend karwei dat zij met grote zorg en op voortreffelijke wijze heeft geklaard. Fiorina, Marion en Marianne hebben mij ieder op verschillende wijze bijgestaan in de eindfase bij de afronding van het boek, waarvoor mijn hartelijke dank.

Sophie van Loon ben ik zeer erkentelijk voor alle gedachtewisselingen over het IE-rechtelijk deel van het proefschrift. De hulp van Henk de Wit was van grote waarde bij het opzetten van de juiste structuur voor het werk en het perfectioneren van de onderzoeksopzet. Thijs Severens en zijn dames hebben mij al die jaren van de benodigde bibliothecaire steun voorzien. Hiervoor mijn grote dank.

Ook mijn vader wil ik danken voor zijn hulp en steun. Hij heeft zich, ondanks een wieberend netvlies in het linkeroog, vol energie gestort op het kritisch doorlezen van de tekst en het gereed maken van de registers. Uiteraard in de rug gesteund door Marga.

Mr. J. Brinkman, mr. K. Hermans en mr. T. Hermans hebben zich kritische volgers getoond van alle proefschriftgerelateerde gedachtesprongen. Als meest veelbelovende juristen van hun lichting hebben zij hun belofte ook hierin weer geheel ingelost. Ik ben hen zeer erkentelijk voor hun hulp de afgelopen jaren.

Mijn collega's op de Brusselse vestiging van AKD Prinsen Van Wijmen hebben de laatste loodjes van mijn proefschriftproject van dichtbij kunnen aanschouwen. Zij hebben mij daartoe alle ruimte gegeven, en dat waardeer ik bijzonder. Voor alle steun die ik van ze gekregen heb, ben ik ze zeer dankbaar!

Tot slot nog een speciaal woord van dank voor Suzanne en Niels, Corrie en Jurjen met de hele familie, en Pierre en Mariette, om vele redenen waarvan opsommen onbegonnen werk is. Greet heeft mij in het laatste jaar van het project door dik en dun gesteund, en daarmee de beslissende zet in de goede richting gegeven, waarvoor mijn grote dank!

Het manuscript is, op enige kleine wijzigingen na, afgesloten op 1 maart 2009.

Brussel, juli 2009

Joost Houdijk

CURRICULUM VITAE

J.C.A. (Joost) Houdijk is geboren op 21 januari 1975 te Nijmegen. In 1993 behaalde hij het Gymnasium-diploma aan het Titus Brandsmalyceum in Oss. Na een tussenperiode waarin hij onder meer zijn militaire dienstplicht vervulde studeerde Joost vanaf 1995 aan de Katholieke Universiteit Nijmegen (thans Radboud Universiteit Nijmegen).

In het academisch jaar 1999/2000 bracht Joost een studiejaar door aan de Université de Poitiers in Frankrijk. In 2001 studeerde hij af in de richtingen *Internationaal en Europees Recht* en *Nederlands Recht*. Voor zijn scriptie ontving hij een universitaire studieprijs.

Vanaf eind 2001 is Joost werkzaam geweest bij de sectie Internationaal en Europees recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Zijn werkzaamheden strekten zich door de jaren heen uit over zowel het onderwijs als het onderzoek. Joost heeft gedoceerd in vakken op het gebied van het materiële en het institutionele Europese recht, in alle fasen van de rechtenopleiding. Artikelen, annotaties en boekbeshouwingen zijn verschenen in onder andere *SEW*, *RM Themis*, *European Business Organization Law Review*, *Markt & Mededinging*, en het *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*.

In het kader van zijn proefschriftonderzoek vervulde Joost een stage bij de Europese Commissie (Directoraat-Generaal Concurrentie) van oktober 2002 tot en met januari 2003. In de laatste anderhalf jaar van zijn universitaire aanstelling heeft hij ook de functie van waarnemend griffier bij de rechtbank Arnhem vervuld, in het bijzonder gericht op Europees- en mededingingsrechtelijke zaken.

Sinds 1 mei 2008 is Joost werkzaam als advocaat bij AKD Prinsen Van Wijmen in Brussel.

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

In de Serie Onderneming en Recht zijn de volgende delen verschenen:

0. W.C.L. van der Grinten, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, H. Wammes (*red.*),
Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, Zwolle 1991.
1. S.C.J.J. Kortmann, P.J. Dortmond, A.W. Kist, N.E.D. Faber, A. van Hees, F.J.P. van
den Ingh, A.J.M. Nuytinck (*red.*),
Financiering en Aansprakelijkheid, Zwolle 1994.
2. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber (*red.*),
Geschiedenis van de Faillissementswet,
Deel 2-I Heruitgave Van der Feltz, I, Zwolle 1994.
Deel 2-II Heruitgave Van der Feltz, II, Zwolle 1994.
Deel 2-III Wetswijzigingen, Zwolle 1995.
Deel 2-IV Voorontwerp Insolventiewet, Deventer 2007.
3. A.G. van Solinge,
Leeuwe- en andere delen, Enkele gedachten over winstverdeling bij personen- en
kapitaalvennootschappen, Zwolle 1995.
4. J. Beuving,
Factoring, Zwolle 1996.
5. D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, A.V.M. Struycken, N.E.D. Faber
(*red.*),
Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements, Deventer 1996.
6. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.H. de Ranitz (*red.*),
De curator, een octopus, Deventer 1996.
7. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen, (*red.*),
Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997.
8. J.J. van Hees,
Leasing, Deventer 1997.
9. G.A.J. Boekraad,
Afwikkeling van de faillissementsboedel, Deventer 1997.
10. S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, J.W.H. van Wijk, (*red.*),
Overheid en onderneming, Deventer 1998.
11. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, E. Loesberg (*red.*),
Corporate Governance in perspectief, Deventer 1998.

12. W.A.K. Rank,
De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk, Deventer 1998.
13. S.C.J.J. Kortmann, W.A.K. Rank, M.H.E. Rongen, G. van Solinge, H.L.E. Verhagen (*red.*),
Onderneming en Effecten, Deventer 1998.
14. R.E. van Esch,
Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht, Deventer 1999.
15. C.M. Hilverda,
Faillissementsfraude, Deventer 1999.
16. Gerard van Solinge, M.P. Nieuwe Weme,
Gedragsregels inzake een openbaar bod op aandelen, Deventer 1999.
17. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.A.M. Strens-Meulemeester (*red.*),
Vertegenwoordiging en Tussenpersonen, Deventer 1999.
18. J. Stuyck, M. Waelbroeck, B.L.P. van Reeken, S.B. Noë; F.O.W. Vogelaar (*red.*),
Competition law in the EU and the Netherlands. A practical guide, Deventer 2000.
19. S.O.H. Bakkerus,
Bancaire aansprakelijkheid, Deventer 2000.
20. C.J.M. Klaassen,
Schadeveroorzakend handelen in functie, Deventer 2000.
21. J.M.A. Berkvens, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, A. Oskamp (*red.*),
Onderneming en ICT, Deventer 2000.
22. I.P. Asscher-Vonk, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, E. Loesberg (*red.*),
Onderneming en Werknemer, Deventer 2001.
23. J.J. Dammingh,
Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken, Deventer 2002.
24. S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge, N.E.D. Faber (*red.*),
Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 2002.
25. C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge, L. Timmerman (*red.*),
Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer 2003.
26. Th.C.J.A. van Engelen,
Onverkoopbare vermogensrechten. Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd, Deventer 2003.
27. R.H. Maatman,
Het pensioenfonds als vermogensbeheerder, Deventer 2004.

28. Ewan McKendrick,
The Creation of a European Law of Contract, Deventer 2004.
29. D.W. Aertsen,
De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht,
Deventer 2004.
30. C.G. van der Plas,
De taak van de rechter en het IPR, Deventer 2005.
31. A. Steneker,
Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, Deventer 2005.
32. B.P.M. van Ravels,
Grenzen van voorzienbaarheid, Deventer 2005.
33. N.E.D. Faber,
Verrekening, Deventer 2005.
34. D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann, M.P. Nieuwe Weme (*red.*),
Marktmisbruik, Deventer 2006.
Handboek Marktmisbruik, Deventer 2008 (*tweede druk*)
35. R.H. Maatman,
"Het belangrijkste financiële product", Deventer 2006.
36. B.F.L.M. Schim,
Giraal effectenverkeer en goederenrecht, Deventer 2006.
37. T.H.D. Struycken,
De numerus clausus in het goederenrecht, Deventer 2007.
38. D.R. Doorenbos,
Naming & Shaming, Deventer 2007.
39. I.P. Asscher-Vonk, A. van Hees, R.H. Maatman, B.J. Schoordijk (*red.*),
Onderneming en integriteit, Deventer 2007.
40. D. Busch, D.R. Doorenbos, N. Lemmers, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme,
W.A.K. Rank (*red.*),
Onderneming en financieel toezicht, Deventer 2007.
41. N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
Fiduciaire verhoudingen << Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann >>,
Deventer 2007.
42. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (*red.*),
De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer 2007.
Deel 42-I Algemeen deel
Deel 42-II Bijzonder deel

43. A.J. Verdaas,
Stil pandrecht op vorderingen op naam, Deventer 2008.
44. N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann, N.S.G.J. Vermunt, Ch.A.M. Domingus-Schwencke (*red.*),
De bewindvoerder, een octopus, Deventer 2008.
45. L.G. Verburg,
De Koers van de bestuurder, Deventer 2008.
46. M.P. Nieuwe Weme, G. van Solinge, R.P. ten Have, L.J. Hijmans van den Bergh (*red.*),
Handboek Openbaar Bod, Deventer 2008.
47. J.W.P.M. van der Velden,
Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht, Deventer 2008.
48. H. Verschueren, M.S. Houwerzijl (*red.*),
Arbeidsrecht over de grenzen heen: België, Nederland, Europa, de wereld, Deventer 2009.
49. N.E.D. Faber, H.W. Heyman, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwencke, C. Rijckenberg (*red.*),
Knelpunten bij beslag en executie, Deventer 2009.
50. M.S. Houwerzijl, S.S.M. Peters (*red.*),
Exit. Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking, Deventer 2009.
51. D. Busch, C.M. Grundmann-van de Krol (*red.*),
Handboek Beleggingsondernemingen, Deventer 2009.
52. J.C.A. Houdijk,
Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen, Deventer 2009.

