CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER

van 10 juli 2001 [1]

Inhoud

I — Het toepasselijke nationale recht I-1584

A — De Nederlandse Grondwet I-1584

B — De Nederlandse Orde van Advocaten I-1584

C — De Samenwerkingsverordening van 1993 ..... I-1585

II — Feiten en procesverloop I-1586

III — De prejudiciële vragen I-1589

IV — Het voorwerp van de prejudiciële vragen I-1591

V — Artikel 85, lid 1, van het Verdrag I-1592

A — Het begrip onderneming I-1593

B — Het begrip ondernemersvereniging I-1595

C — Beperking van de mededinging I-1604

a) Het doel van de SWV I-1606

b) De gevolgen van de SWV I-1607

c) Het merkbare karakter van de beperking van de mededinging I-1615

D — Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten I-1616

E — Conclusie I-1618

VI — Artikel 86 van het Verdrag I-1618

VII— Artikel 90, lid 2, van het Verdrag I-1623

A — De voorwaarden voor toepassing van artikel 90, lid 2, van het Verdrag I-1623

B — De feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding I-1627

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

VIII—De artikelen 5 en 85 van het Verdrag I-1636

A — De bevoegdheid van de Nederlandse autoriteiten om rechtstreeks of indirect de inhoud te bepalen van de essentiële beroepsregels I-1639

B — Het bestaan van een rechtsmiddel voor de beroepsgenoten I-1642

IX — De artikelen 52 en 59 van het Verdrag I-1643

A — De op het hoofdgeding toepasselijke bepalingen I-1643

B — Het bestaan van een belemmering van het vrij verrichten van diensten I-1646

C — Rechtvaardiging van de belemmering I-1648

X — Conclusie I-1650

1. In het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing wordt het moeilijke vraagstuk van de toepasselijkheid van het communautair mededingingsrecht op de vrije beroepen aan de orde gesteld. [2]

2. Bij de Raad van State is een geschil aanhangig gemaakt waarin de wettigheid wordt betwist van een door de Nederlandse Orde van Advocaten vastgestelde verordening. De litigieuze verordening verbiedt advocaten die in Nederland praktijk uitoefenen, een „geïntegreerd" samenwerkingsverband aan te gaan met beoefenaren van het accountantsberoep. Het Hof moet beoordelen, of de communautaire mededingingsregels van toepassing zijn en of zij zich in voorkomend geval tegen een dergelijk samenwerkingsverbod verzetten.

3. Naast de onderhavige zaak zijn bij het Hof nog twee andere uitleggingsverzoeken ingediend, te weten door de Pretore di Pinerolo (Italië) in de zaak Arduino (C-35/99) en door de Giudice di pace di Genova (Italië) in de zaak Conte (C-221/99). De Italiaanse rechterlijke instanties moeten de verenigbaarheid met de communautaire mededingingsregels beoordelen van een bindende tariefregeling voor de advocaten en de architecten in hun land.

4. Ofschoon de drie zaken dezelfde problematiek aan de orde stellen, zie ik mij wegens de juridische en feitelijke verschillen genoodzaakt in elke zaak afzonderlijk conclusie te nemen. [3] De onderhavige conclusie heeft betrekking op het verzoek van de Raad van State in de zaak Wouters e.a. (C-309/99).

2 — Dit vraagstuk is onderwerp van debat in de doctrine. Zie met name Ehlermann, C., „Concurrence et professions libérales: antagonisme ou compatibilité?", in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, blz. 136; Misson, L., en Baert, F., „Les barèmes d'honoraires des avocats sont-ils illégaux?", in *Journal des tribunaux*, 1995, blz. 485; Idot, L., „Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels", in *Journal des tribunaux de droit européen*, april 1997, blz. 73; Nyssens, H., „Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?", in *Revue de droit commercial belge*, 1999, blz. 475, en Van den Bossche, A.-M., „Voor economische vrijheid en mededingingsrecht: hoe vrij is de plichtenleer in het beperken van de economische keuzevrijheid van vrije beroepen?", in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2000, blz. 13.

3 — Zie mijn conclusie van heden in de zaak Arduino, (C-35/99, arrest van 19 februari 2002, Jurispr. Blz. I-1529, blz. I-1532), en mijn conclusie van 12 juli 2001 in de zaak Conte, (C-221/99, arrest van 29 november 2001, Jurispr. blz. I-9359, blz. I-9361).

I — Het toepasselijke nationale recht

A — *De Nederlandse Grondwet*

5. Artikel 134 van de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden heeft betrekking op de oprichting en werking van openbare lichamen. Dit artikel bepaalt:

„1. Bij of krachtens de wet kunnen openbare lichamen voor beroep en bedrijf en andere openbare lichamen worden ingesteld en opgeheven.

2. De wet regelt de taken en de inrichting van deze openbare lichamen, de samenstelling en bevoegdheid van hun besturen, alsmede de openbaarheid van hun vergaderingen. Bij of krachtens de wet kan aan hun besturen verordenende bevoegdheid worden verleend.

3. De wet regelt het toezicht op deze besturen. Vernietiging van besluiten van deze besturen kan alleen geschieden wegens strijd met het recht of het algemeen belang."

B — *De Nederlandse Orde van Advocaten*

6. Krachtens voornoemde bepaling is de wet van 23 juni 1952 houdende instelling van de Nederlandse Orde van Advocaten alsmede regelen betreffende orde en discipline voor de advocaten en procureurs (hierna: „Advocatenwet") vastgesteld.

7. De Advocatenwet bepaalt, dat de gezamenlijke advocaten die in Nederland zijn ingeschreven, de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: „NOvA" of „Orde") vormen. Voorts vormen de gezamenlijke advocaten die bij een zelfde rechtbank zijn ingeschreven, de orde van advocaten in het arrondissement.

8. De NOvA en de orden in de arrondissementen worden bestuurd door een Algemene Raad respectievelijk raden van toezicht. De leden van de Algemene Raad worden gekozen door een college van afgevaardigden. Deze afgevaardigden worden op hun beurt gekozen in vergaderingen van de orden in de verschillende arrondissementen.

9. Artikel 26 van de Advocatenwet luidt als volgt:

„De Algemene Raad en de raden van toezicht bevorderen een behoorlijke uit-

oefening der praktijk en zijn bevoegd tot het nemen van alle maatregelen, die daartoe kunnen bijdragen. Zij komen op voor de rechten en belangen en zien toe op de naleving van de plichten van de advocaten als zodanig en vervullen de taken die hun bij verordeningen zijn opgedragen."

10. Artikel 28, lid 1, van de Advocatenwet bepaalt:

„1. Het college van afgevaardigden kan verordeningen vaststellen in het belang van de goede uitoefening van de praktijk, daaronder begrepen verordeningen betreffende de verzorging van advocaten bij hoge leeftijd en gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid en van de nabestaanden van overleden advocaten. Het college stelt voorts de nodige verordeningen vast betreffende de huishouding en de organisatie van de [NOvA]."

11. Overeenkomstig artikel 29 van de Advocatenwet zijn de verordeningen verbindend voor de leden van de NOvA, alsmede voor „bezoekende advocaten", dat wil zeggen personen die niet als zodanig in Nederland zijn ingeschreven, maar die wel in een andere lidstaat gerechtigd zijn hun beroepswerkzaamheden uit te oefenen onder de benaming advocaat of een overeenkomstige benaming.

12. Artikel 30 van de Advocatenwet regelt het toezicht op de verordenende bevoegdheid van de bestuursorganen van de NOvA. Het bepaalt dat „besluiten van het college van afgevaardigden, van de algemene raad of van andere organen van de [NOvA] [...] bij koninklijk besluit [kunnen] worden geschorst of vernietigd voorzover zij met het recht of met het algemeen belang in strijd zijn".

C — *De Samenwerkingsverordening van 1993*

13. In 1993 heeft het college van afgevaardigden van de NOvA op basis van artikel 28 van de Advocatenwet een verordening genaamd „Samenwerkingsverordening" (hierna: „SWV" of „litigieuze verordening") vastgesteld.

14. In artikel 1 van de Samenwerkingsverordening wordt het begrip „samenwerkingsverband" gedefinieerd als „iedere samenwerking waarin de deelnemers voor gezamenlijke rekening en risico praktijk uitoefenen of te dien aanzien de zeggenschap dan wel de eindverantwoordelijkheid met elkaar delen".[4]

15. Volgens artikel 4 van de SWV is het de advocaat toegestaan een samenwerkingsverband aan te gaan met andere in Neder-

4 — Hierna zal ik dit type samenwerking „geïntegreerde samenwerking" noemen. Het gaat hier om een samenwerking met deling van winst en verlies en met een gedeelde zeggenschap en eindverantwoordelijkheid.

land ingeschreven advocaten en, onder bepaalde voorwaarden, met andere niet in Nederland ingeschreven advocaten.

16. Het aangaan van een samenwerkingsverband met leden van een *andere beroepsgroep* is daarentegen slechts toegestaan, voorzover die beroepsgroep is erkend door de Algemene Raad van de NOvA.

17. Voor het overige bepaalt artikel 8 van de SWV, dat „een samenwerkingsverband [...] verplicht [is] in zijn optreden naar buiten een gemeenschappelijke naam te voeren" en dat „[de] gemeenschappelijke naam [...] niet misleidend [mag] zijn".

18. Blijkens de toelichting op de Samenwerkingsverordening is de samenwerking met notarissen, belastingadviseurs en octrooigemachtigden in het verleden reeds toegestaan. De erkenning van deze drie beroepsgroepen blijft onverminderd gelden. Accountants daarentegen worden in de toelichting genoemd als voorbeeld van een beroepsgroep waarmee advocaten geen geïntegreerd samenwerkingsverband mogen aangaan.

II — Feiten en procesverloop

19. De beroepen in het hoofdgeding zijn ingesteld door vijf partijen, te weten J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, de maatschap Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs, de maatschap Arthur Andersen & Co. Accountants en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV.

20. Wouters stond als advocaat ingeschreven in het arrondissement Amsterdam. Op 1 januari 1991 trad hij toe tot de maatschap Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs.

21. In november 1994 liet Wouters aan de Raad van Toezicht in het arrondissement Rotterdam weten, dat hij voornemens was zich in Rotterdam als advocaat te vestigen en praktijk uit te oefenen onder de naam „Arthur Andersen & Co., Advocaten en Belastingadviseurs".

22. Bij beslissing van 27 juli 1995 heeft de Raad van Toezicht in het arrondissement Rotterdam dit afgewezen.

Gelet op de banden tussen Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs en Arthur Andersen & Co. Accountants was er volgens de Raad tussen beide sprake van een samenwerkingsverband in de zin van de artikel 4 van de SWV. Door tot de eerste maatschap toe te treden, was Wouters tevens een

samenwerkingsverband aangegaan met de tweede maatschap en dus met beoefenaren van het accountantsberoep. Aangezien deze beroepsgroep niet door de NOvA is erkend, achtte de Raad de samenwerking tussen Wouters en Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs in strijd met artikel 4 van de SWV.

Voor het overige was de Raad van Toezicht van oordeel, dat Wouters inbreuk zou maken op artikel 8 van de SWV, indien hij een samenwerkingsverband aanging waarvan de gemeenschappelijke naam de naam van de persoon „Arthur Andersen" vermeldde.

23. Savelbergh is als advocaat ingeschreven in het arrondissement Amsterdam.

24. In het voorjaar van 1995 liet hij de Raad van Toezicht in dat arrondissement weten, dat hij voornemens was een geïntegreerde samenwerking aan te gaan met Price Waterhouse Belastingadviseurs BV, een onderdeel van het internationale kantoor Price Waterhouse waarbinnen niet alleen belastingadviseurs maar ook accountants werkzaam zijn.

25. Bij beslissing van 5 juli 1995 oordeelde de Raad van Toezicht in het arrondissement Amsterdam, dat de door Savelbergh beoogde samenwerking in strijd was met artikel 4 van de SWV.

26. Bij besluiten van 21 en 29 november 1995 verklaarde de Algemene Raad van de NOvA het door Wouters, Savelbergh en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV tegen voornoemde beslissingen ingestelde administratief beroep ongegrond.

27. Daarop stelden de vijf appellanten beroep in bij de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam (hierna: „rechtbank"). Zij betoogden met name, dat de beslissingen van de Algemene Raad van de NOvA onverenigbaar zijn met de verdragsbepalingen inzake de mededinging, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening.

28. Bij uitspraak van 7 februari 1997 verklaarde de rechtbank het beroep van Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs en Arthur Andersen & Co. Accountants niet-ontvankelijk. Het beroep van Wouters, Savelbergh en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV werd ongegrond verklaard.

29. De rechtbank was van oordeel, dat de verdragsbepalingen inzake mededinging in casu niet van toepassing zijn. Volgens haar is de NOvA een publiekrechtelijk lichaam dat bij de wet is ingesteld om een algemeen belang te dienen.

De NOvA maakt daartoe gebruik van de in artikel 28 van de Advocatenwet toegekende verordenende bevoegdheid. Zij dient in het

algemeen belang de onafhankelijkheid en de partijdigheid[5] van de rechtshulp verlenende advocaat te garanderen. Om deze redenen kan de NOvA volgens de rechtbank niet worden beschouwd als een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG).

Met betrekking tot het middel ontleend aan artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) overwoog de rechtbank voorts, dat de NOvA niet kan worden aangemerkt als een onderneming of een groep van ondernemingen. Evenmin is in artikel 28 van de Advocatenwet sprake van overdracht van bevoegdheden aan particuliere marktdeelnemers, die het nuttig effect van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag ondermijnt, zodat de rechtbank die bepaling niet in strijd achtte met artikel 5, tweede alinea, EG-Verdrag (thans artikel 10, tweede alinea, EG), junctis de artikelen 3, sub g, EG-Verdrag (thans artikel 3, lid 1, sub g, EG), 85 en 86 van het Verdrag.

30. De rechtbank volgde appellanten evenmin in hun betoog, dat de SWV zich niet zou verdragen met de vrijheid van vestiging [artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG)] en het vrij verrichten van diensten [artikel 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG)].

Naar haar oordeel valt in casu geen grensoverschrijdend aspect te onderkennen, zodat de desbetreffende bepalingen toepassing missen. Hoe dan ook is het samenwerkingsverbod gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang en niet onevenredig belemmerend. De rechtbank oordeelde bovendien, dat de SWV niet in strijd is met het recht van vestiging. Bij gebreke van specifieke gemeenschapsbepalingen ter zake zijn de lidstaten vrij om ter waarborging van de onafhankelijkheid en partijdigheid van de rechtshulp verlenende advocaat regels te stellen met betrekking tot de uitoefening van het beroep van advocaat op hun grondgebied.

31. Tegen deze uitspraak van de rechtbank hebben appellanten in het hoofdgeding hoger beroep ingesteld bij de Raad van State.

32. In die procedure is de Algemene Raad van de NOvA verwerende partij. De Algemene Raad wordt in zijn conclusies ondersteund door de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap (hierna: „CCBE"), een vereniging naar Belgisch recht die in het hoofdgeding is toegelaten tot interventie.

33. Bij uitspraak van 10 augustus 1999 heeft de Raad van State de aangevallen uitspraak bevestigd voorzover daarbij het beroep van Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs en Arthur Andersen & Co. Accountants niet-ontvankelijk was verklaard. Wat de overige beroepen betreft, was de Raad van State van oordeel, dat de oplossing van het geschil in het hoofd-

5 — Voetnoot zonder belang voor de Nederlandse tekst.

geding afhing van de uitlegging van verschillende bepalingen van gemeenschapsrecht.

III — De prejudiciële vragen

34. Bijgevolg heeft de Raad van State besloten, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof van Justitie de volgende vragen te stellen:

„1) a) Dient de term ondernemersvereniging in artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81 EG) aldus te worden uitgelegd, dat daarvan slechts sprake is indien en voorzover zulk een vereniging in het ondernemersbelang handelt, zodat voor de toepassing van de bepaling een onderscheid moet worden gemaakt tussen activiteiten van de vereniging in het algemeen belang en andere activiteiten, of is het enkele feit dat een vereniging mede kan handelen in het ondernemersbelang, voldoende om haar voor haar hele optreden als ondernemersvereniging in de zin van die bepaling aan te merken?

Is het voor de toepassing van het communautaire mededingingsrecht relevant dat de door de desbetreffende instelling vastgestelde algemeen verbindende regels zijn vastgesteld krachtens wettelijke bevoegdheid en in de hoedanigheid van bijzondere wetgever?

b) Indien het antwoord op vraag 1a luidt dat alleen sprake is van een ondernemersvereniging indien en voorzover zulk een vereniging handelt in het ondernemersbelang, wordt dan de vraag wanneer sprake is van het behartigen van het algemeen belang en wanneer niet — mede — door communautair recht beheerst?

c) Indien het antwoord op vraag 1b luidt dat het communautair recht hier een rol speelt, kan dan het door een instelling als de Orde [de NOvA] krachtens een wettelijke bevoegdheid ter waarborging van de onafhankelijkheid en de partijdigheid van de rechtshulp verlenende advocaat vaststellen van algemeen verbindende regels met betrekking tot het aangaan van samenwerkingsverbanden door advocaten met andere beroepsbeoefenaren ook naar communautair recht worden aangemerkt als behartiging van het algemeen belang?

2) Indien op grond van de antwoorden op de hiervoor sub 1 gestelde vragen geconcludeerd moet worden dat ook een regeling als de [SWV] als een

besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, eerste lid, EG-Verdrag (thans artikel 81 EG) moet worden aangemerkt, moet dan van een dergelijk besluit, voorzover het algemeen verbindende regels vaststelt met betrekking tot het aangaan van samenwerkingsverbanden als hier aan de orde ter waarborging van de onafhankelijkheid en partijdigheid van de rechtshulp verlenende advocaat, worden aangenomen dat het tot doel of gevolg heeft de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te beperken en in zoverre de handel tussen lidstaten ongunstig te beïnvloeden?

Welke zijn de voor de beoordeling van deze vraag relevante uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende criteria?

3) Dient de term onderneming in artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) aldus te worden uitgelegd dat, indien een instelling als de Orde is aan te merken als een ondernemersvereniging, deze instelling ook is te beschouwen als een onderneming of een groep van ondernemingen in de zin van die bepaling, hoewel zij zelf geen economische activiteit ontplooit?

4) Indien de voorafgaande vraag bevestigend wordt beantwoord en geoordeeld moet worden dat een instelling als de Orde een machtspositie inneemt, maakt een dergelijke instelling daarvan dan misbruik, indien zij de bij haar aangesloten advocaten verplicht om zich op de markt voor juridische dienstverlening ten opzichte van anderen te gedragen op een wijze die de mededinging belemmert?

5) Indien een instelling als de Orde voor de toepassing van de communautaire mededingingsregels in haar geheel als een ondernemersvereniging moet worden aangemerkt, dient artikel 90, tweede lid, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 2, EG) dan aldus te worden uitgelegd, dat daaronder ook valt een instelling als de Orde die met betrekking tot de samenwerking van advocaten met andere beroepsbeoefenaren algemeen verbindende regels vaststelt ter waarborging van de onafhankelijkheid en partijdigheid van de rechtshulp verlenende advocaat?

6) Indien een instelling als de Orde als een ondernemersvereniging, dan wel als een onderneming of groep van ondernemingen moet worden aangemerkt, staan de artikelen 3, sub g, 5, tweede alinea, en 85 en 86, EG-Verdrag (thans de artikelen 3, sub g, 10, 81 en 82 EG) er dan aan in de weg dat een lidstaat bepaalt dat (een orgaan van) deze instelling regels kan vaststellen die onder andere betrekking kunnen hebben op samenwerking van advocaten met andere beroepsbeoefenaren, terwijl

het overheidstoezicht op die vaststelling beperkt is tot de bevoegdheid een dergelijke regeling te vernietigen, zonder dat de overheid een eigen regeling voor de vernietigde in de plaats kan stellen?

7) Zijn op een verbod van samenwerking tussen advocaten en accountants, als hier aan de orde, zowel de verdragsbepalingen betreffende het recht van vestiging als die inzake het vrije verkeer van diensten van toepassing, of dient het EG-Verdrag aldus te worden uitgelegd, dat een dergelijk verbod, bijvoorbeeld naar gelang van de wijze waarop de betrokkenen hun samenwerking feitelijk gestalte willen geven, hetzij aan de bepalingen betreffende het recht van vestiging, hetzij aan die inzake het vrije verkeer van diensten moet voldoen?

8) Vormt een verbod op een geïntegreerd samenwerkingsverband tussen advocaten en accountants als hiervoor aan de orde gesteld, een beperking op het recht van vestiging of het vrije verkeer van diensten, dan wel beide?

9) Indien uit de beantwoording van de voorafgaande vraag voortvloeit dat van een van beide of beide daar genoemde beperkingen sprake is, is dan de desbetreffende beperking gerechtvaardigd op de grond dat zij slechts een ‚verkoopmodaliteit' behelst in de zin van het Keck en Mithouard-arrest en daarbij geen sprake is van discriminatie, dan wel op de grond dat zij voldoet aan de maatstaven die daarvoor door het Hof van Justitie in andere arresten, met name in het arrest Gebhard, zijn ontwikkeld?"

IV — Het voorwerp van de prejudiciële vragen

35. Het verzoek van de Raad van State om een prejudiciële beslissing roept een vijftal reeksen vragen op.

36. De eerste reeks vragen heeft betrekking op de uitlegging van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Het gaat er hierbij om, of een beroepsorganisatie van advocaten als de NOvA inbreuk maakt op voornoemde bepaling, wanneer zij een algemeen verbindende maatregel vaststelt die advocaten die op het grondgebied van de betrokken lidstaat praktijk uitoefenen, verbiedt een geïntegreerde samenwerking aan te gaan met beoefenaren van het accountantsberoep. [6]

37. De tweede reeks vragen komt erop neer, of een beroepsorganisatie van advocaten misbruik maakt van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan in de zin van artikel 86 van het Verdrag, wanneer zij

6 — Eerste prejudiciële vraag, sub a, b en c, en tweede prejudiciële vraag.

een maatregel vaststelt die een dergelijk samenwerkingsverbod bevat. [7]

38. De derde reeks vragen is aan de orde ingeval de litigieuze maatregel de mededinging zou beperken of misbruik van een machtspositie zou opleveren. In dat geval dient te worden nagegaan, of artikel 90, lid 2, van het Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat de toepassing van de communautaire mededingingsregels op een beroepsorganisatie van advocaten die een dergelijke maatregel vaststelt, de vervulling van de haar door de overheid opgedragen bijzondere taak kan verhinderen. [8]

39. De vierde reeks vragen betreft de gecombineerde bepalingen van de artikelen 5, 85 en 86 van het Verdrag. Het gaat hierbij om de vraag, of een lidstaat deze bepalingen schendt, wanneer hij aan een beroepsorganisatie van advocaten de bevoegdheid verleent om bindende maatregelen vast te stellen met betrekking tot het aangaan van een geïntegreerd samenwerkingsverband met accountants door op zijn grondgebied praktijk uitoefenende advocaten, terwijl die lidstaat niet de mogelijkheid heeft om een eigen besluit in de plaats te stellen van de door de beroepsorganisatie genomen maatregelen. [9]

40. De vijfde reeks vragen ten slotte houdt in, of de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging (artikel 52) en het vrij verrichten van diensten (artikel 59) zich ertegen verzetten, dat een beroepsorganisatie van advocaten een maatregel vaststelt als die welke in het hoofdgeding aan de orde is. [10]

V — Artikel 85, lid 1, van het Verdrag

41. Artikel 85, lid 1, van het Verdrag verbiedt „alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst".

42. Appellanten in het hoofdgeding zijn van mening, dat in casu is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van deze bepaling. De argumenten die zij daartoe aanvoeren, kunnen worden weergegeven als volgt.

In de eerste plaats is de NOvA een „ondernemersvereniging". Zoals alle andere beroepsverenigingen komt zij op voor de collectieve en individuele belangen van haar leden. Het feit dat zij in het algemeen belang kan handelen of met regelgevende bevoegdheid kan zijn bekleed, doet daaraan niet af.

7 — Derde en vierde prejudiciële vraag.
8 — Vijfde prejudiciële vraag.
9 — Zesde prejudiciële vraag.
10 — Zevende, achtste en negende prejudiciële vraag.

In de tweede plaats heeft de SWV een „mededingingsbeperkend doel". Zij is vastgesteld met de specifieke bedoeling om een absoluut verbod te handhaven op elke vorm van samenwerking tussen advocaten en accountants in Nederland. Hoe dan ook heeft zij tot gevolg, dat advocaten en accountants worden verhinderd onderling samenwerkingsverbanden aan te gaan die hen in staat stellen een betere dienstverlening te bieden aan cliënten die hun activiteiten ontplooien in een complexe economische en juridische omgeving.

In de derde plaats kan de SWV „de handel tussen lidstaten" ongunstig beïnvloeden. De appellanten in het hoofdgeding zijn evenals advocatenkantoren actief op internationaal vlak. Zij treden veelvuldig op in het kader van grensoverschrijdende transacties waarbij de rechtsstelsels van verschillende lidstaten betrokken zijn.

43. De NOvA, de CCBE, de Commissie en het merendeel van de interveniërende regeringen [11] nemen een tegengesteld standpunt in. Volgens hen is geen sprake van schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Het in de SWV neergelegde samenwerkingsverbod strekt ertoe, de onafhankelijkheid en de partijdigheid van de advocaat te waarborgen. Het kan dan ook geenszins onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen.

11 — Overeenkomstig 's Hofs Statuut-EG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de Duitse, de Deense, de Franse, de Nederlandse, de Portugese, de Zweedse regering en de regering van Liechtenstein. De Luxemburgse regering heeft mondelinge opmerkingen gemaakt.

44. Achtereenvolgens moeten de personele en de materiële werkingssfeer van artikel 85, lid 1, worden onderzocht. Op grond van de personele werkingssfeer kan worden vastgesteld, of de NOvA al dan niet is aan te merken als een ondernemersvereniging. Aan de hand van de materiële werkingssfeer kan worden uitgemaakt, of het litigieuze samenwerkingsverbod van dien aard is dat het de mededinging beperkt of de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt. Met betrekking tot het begrip onderneming zelf is een opmerking vooraf op zijn plaats.

A — *Het begrip onderneming*

45. In zijn verwijzingsuitspraak [12] heeft de Raad van State uitdrukkelijk vastgesteld, dat de in Nederland ingeschreven advocaten „ondernemingen" zijn in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

46. Hij herinnert eraan, dat het begrip onderneming in het kader van het communautaire mededingingsrecht „elke eenheid [omvat] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd". [13] Nederlandse advocaten vallen onder deze definitie, omdat zij tegen beloning diensten aanbieden op een bepaalde markt, namelijk de markt voor juridische dienstverlening.

12 — Voetnoot zonder belang voor de Nederlandse tekst.

13 — Arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21).

47. Deze opvatting van de Raad van State wordt door de interveniërende partijen niet bestreden. Aangezien de verwijzende rechter geen vragen over de uitlegging van het begrip onderneming heeft gesteld, ga ik hieronder van de veronderstelling uit, dat in Nederland ingeschreven advocaten onder de personele werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen.

48. Omwille van de volledigheid wil ik echter erop wijzen, dat de situatie van Nederlandse advocaten in het licht van de verdragsbepalingen ingewikkelder kan blijken te zijn.

49. Uit het bij het Hof ingediende dossier [14] blijkt namelijk, dat in Nederland ingeschreven advocaten bevoegd zijn hun activiteiten onder twee verschillende rechtsregimes uit te oefenen, namelijk als zelfstandige dan wel in loondienst. De op het beroep van advocaat toepasselijke verdragsregels kunnen evenwel verschillen al naar gelang sprake is van de eerste dan wel de tweede situatie.

50. 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 cliënt in en buiten rechte.

51. 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 [15] moet de advocaat in dit geval derhalve worden aangemerkt als „onderneming" in de zin van het communautaire mededingingsrecht.

52. 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

14 — Zie de verwijzingsuitspraak, de schriftelijke opmerkingen van de NOvA (punt 27) en de schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse regering (punt 19).

15 — Arresten van 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punten 36-38; hierna: „arrest CNSD"), en 12 september 2000, Pavlov e.a. (C-180/98—C-184/98, Jurispr. blz. I-6451, punten 73-77; hierna: „arrest Pavlov").

zodanig buiten de sfeer van het communautaire mededingingsrecht.[16] 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 „grensgevallen" die advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak Pavlov heeft vermeld.[17]

53. Verder kan het bestaan van twee afzonderlijke rechtsregimes in Nederland van invloed zijn op de uitlegging van het begrip „ondernemersvereniging". Het is namelijk minder gemakkelijk vast te stellen, of een beroepsorganisatie die zowel ondernemingen als werknemers omvat een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is.[18]

54. Aangezien hierover in casu echter geen uitleggingsvragen aan het Hof zijn gesteld, kan ik geen standpunt over de gereleveerde punten innemen. Dit is hoe dan ook onmogelijk, omdat het dossier geen gegevens bevat op grond waarvan de positie van advocaten in loondienst in Nederland met nauwkeurigheid kan worden vastgesteld.

16 — Arrest van 16 september 1999, Becu e.a. (C-22/98, Jurispr. blz. I-5665, punten 24-26).

17 — Punt 112.

18 — Deze vraag was aan de orde in de zaak Pavlov. De beantwoording ervan was echter niet noodzakelijk voor het antwoord op de in die zaak gestelde prejudiciële vragen (zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in die zaak, punt 125).

55. Ik baseer mij derhalve op het uitgangspunt, dat de in Nederland ingeschreven advocaten ondernemingen in de zin van het communautaire mededingingsrecht zijn.

B — *Het begrip ondernemersvereniging*

56. De eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op het begrip „ondernemersvereniging".

57. De Raad van State vraagt, of artikel 85, lid 1, van het Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat het begrip ondernemersvereniging ook geldt voor een orde van advocaten als de NOvA, wanneer deze krachtens bij de wet verleende verordenende bevoegdheid algemeen verbindende maatregelen vaststelt die advocaten verbieden een geïntegreerde samenwerking met accountants aan te gaan, teneinde de onafhankelijkheid en de partijdigheid van advocaten te waarborgen.

58. De verwijzende rechter ziet zich geconfronteerd met het volgende probleem.[19]

19 — Verwijzingsuitspraak.

59. Volgens de toelichting bij de Advocatenwet dient de NOvA haar verordenende bevoegdheid uit te oefenen in het algemeen belang. Zij moet de toegang van justitiabelen tot het recht en de rechter verzekeren. Volgens artikel 26 van de Advocatenwet echter heeft de NOvA uitdrukkelijk tot taak, op te komen voor de rechten en belangen van advocaten. Zij oefent haar verordenende bevoegdheid dus mede uit om de collectieve en individuele belangen van haar leden te behartigen.

60. Gelet op deze gegevens ziet de verwijzende rechter zich voor verschillende vragen geplaatst die hij aan het Hof voorlegt:

(1) vereist artikel 85, lid 1, van het Verdrag, dat onderscheid wordt gemaakt tussen de activiteiten van de NOvA, zodat de NOvA enkel als ondernemersvereniging is aan te merken wanneer zij in het belang van haar leden handelt; of is het enkele feit dat de NOvA haar verordenende bevoegdheid in het belang van haar leden kan uitoefenen, voldoende om haar voor haar hele optreden als ondernemersvereniging aan te merken? (eerste vraag, sub a);

(2) is het feit dat de NOvA over een bij wet verleende verordenende bevoegdheid beschikt van invloed op haar eventuele kwalificatie als ondernemersvereniging (eerste vraag, sub a);

(3) ingeval tussen de activiteiten van de NOvA moet worden onderscheiden, moet dan de vraag wanneer een beroepsorganisatie in het algemeen belang handelt en wanneer in het belang van haar leden, worden beantwoord aan de hand van het gemeenschapsrecht (eerste vraag, sub b);

(4) indien de vraag wanneer een beroepsorganisatie in het algemeen belang handelt aan de hand van het gemeenschapsrecht moet worden beantwoord, is dan met betrekking tot de vaststelling door de NOvA van algemeen verbindende regels die haar leden ter bescherming van de onafhankelijkheid en de partijdigheid van de advocaat verbieden een geïntegreerde samenwerking met accountants aan te gaan, sprake van behartiging van het „algemeen belang" in de zin van het gemeenschapsrecht (eerste vraag, sub c).

61. Het Verdrag geeft geen definitie van het begrip ondernemersvereniging. In het algemeen verenigt de ondernemersvereniging de ondernemingen uit dezelfde branche en heeft zij tot taak, de gemeenschappelijke belangen van die ondernemingen te vertegenwoordigen en te verdedigen tegenover de overige marktdeelnemers, de overheid en het publiek in het algemeen. [20]

20 — Waelbroeck, M., en Frignani, A., *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, volume 4, Concurrence*, uitgaven van de universiteit van Brussel, Brussel, 1997, 2e druk (punt 128).

62. In artikel 85, lid 1, van het Verdrag heeft het begrip ondernemersvereniging echter een bijzondere functie.

Het dient ertoe te voorkomen, dat ondernemingen enkel en alleen vanwege de vorm waarin zij hun marktgedrag coördineren, aan de mededingingsregels ontsnappen. Om de effectiviteit van dit beginsel te verzekeren, ziet artikel 85, lid 1, niet alleen op rechtstreekse vormen van gedragscoördinatie tussen ondernemingen (overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen), maar ook op geïnstitutionaliseerde vormen van samenwerking, dat wil zeggen situaties waarin marktdeelnemers via een collectieve structuur of een gemeenschappelijk orgaan handelen.

63. Het Hof heeft zich veelvuldig moeten buigen over geschillen betreffende verenigingen van zuiver commerciële aard. In de zaak CNSD paste het Hof het begrip ondernemersvereniging voor het eerst toe op een beroepsorganisatie. [21]

21 — De Commissie heeft drie beschikkingen met betrekking tot de vrije beroepen gegeven: beschikking 93/438/EEG van 30 juni 1993 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/33.407 — CNSD) (PB L 203, blz. 27); beschikking 95/188/EG van 30 januari 1995 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/33.686 — COAPI) (PB L 122, blz. 37), en beschikking 1999/267/EG van 7 april 1999 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/36.147 — EPI-gedragscode) (PB L 106, blz. 14). Laatstgenoemde beschikking is gedeeltelijk nietig verklaard bij het arrest van het Gerecht van 28 maart 2001, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau/Commissie (T-144/99, Jurispr. blz. II-1087; hierna: „arrest EPI/Commissie").

64. Gelet op het belang van deze zaak voor het onderhavige geschil, lijkt het mij nuttig hieronder de belangrijkste aspecten ervan weer te geven.

65. De activiteit van douane-expediteurs behoort in Italië tot de vrije beroepen. [22] Dit beroep mag alleen worden uitgeoefend door personen die in het bezit zijn van een bewijs van erkenning en zijn ingeschreven in een nationaal register. Het toezicht op de werkzaamheden van de douane-expediteurs berust bij de regionale raden van douane-expediteurs. Boven de regionale raden staat de nationale raad van douane-expediteurs (de CNSD). Krachtens de Italiaanse wetgeving had de CNSD onder meer tot taak de tarieven voor de door douane-expediteurs verrichte diensten vast te stellen.

De Commissie had besloten een beroep wegens niet-nakoming tegen de Italiaanse Republiek in te leiden. Zij verweet Italië, artikel 5 juncto artikel 85 van het Verdrag te hebben geschonden door de CNSD ertoe te verplichten een bindende tariefregeling voor alle douane-expediteurs vast te stellen.

66. Een van de vragen in die zaak was, of de CNSD een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag was. Het Hof leidde uit zijn eerdere recht-

22 — Arrest CNSD (punt 34).

spraak [23] twee afbakeningscriteria af, te weten de *samenstelling* van de entiteit en de *wettelijke regeling* van de activiteiten ervan.

67. Wat het eerste criterium betreft, oordeelde het Hof dat de leden van de CNSD „vertegenwoordigers van professionele expediteurs" waren. [24]

Het overwoog, dat „uitsluitend geregistreerde douane-expediteurs lid [kunnen] zijn van de CNSD, aangezien die leden worden gekozen uit de leden van de regionale raden, waarin slechts douane-expediteurs zitting hebben". [25] Het Hof onderstreepte voorts, dat „[de directeur-generaal douane] sinds de wijziging bij besluitwet nr. 331/1992 [...] niet meer als voorzitter van de CNSD [fungeert]". [26] Tot slot bleek, dat „de Italiaanse minister van Financiën, die met het toezicht op de betrokken beroepsorganisatie is belast, geen bemoeienis [heeft] met de benoeming van de leden van de regionale raden en de CNSD". [27]

68. Met betrekking tot het tweede criterium constateerde het Hof, dat „de betrokken nationale regeling [de leden van de CNSD] geenszins belet uitsluitend te handelen in het belang van hun beroep". [28]

Het overwoog voorts, dat bij de vaststelling door de CNSD, op voorstel van de regionale raden, van de tarieven voor de diensten „geen bepaling in de betrokken nationale wetgeving [...] de leden van de CNSD en de regionale raden [verplicht] of [...] zelfs maar [er]toe aan[zet] om daarbij rekening te houden met criteria van algemeen belang". [29]

69. Resumerend werd de CNSD aangemerkt als een ondernemersvereniging, op grond dat:

„de leden van de CNSD niet als onafhankelijke deskundigen kunnen worden aangemerkt [...] en niet wettelijk verplicht zijn om bij de vaststelling van de tarieven, behalve met de belangen van de ondernemingen of ondernemersverenigingen in de sector die zij vertegenwoordigen, eveneens rekening te houden met het algemeen belang of met de belangen van ondernemingen in andere sectoren en van hen die van de betrokken diensten gebruik maken". [30]

70. Uit dit arrest volgt, dat een entiteit geen ondernemersvereniging in de zin van

23 — Met name de arresten van 17 november 1993, Reiff (C-185/91, Jurispr. blz. I-5801); 9 juni 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Jurispr. blz. I-2517); 5 oktober 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Jurispr. blz. I-2883), en 17 oktober 1995, DIP e.a. (C-140/94—C-142/94, Jurispr. blz. I-3257).

24 — Arrest CNSD (punt 41).

25 — Ibid. (punt 42).

26 — Ibid. (punt 42).

27 — Ibid. (punt 42).

28 — Ibid. (punt 41).

29 — Ibid. (punt 43).

30 — Ibid. (punt 44).

artikel 85, lid 1, van het Verdrag is, wanneer zij, enerzijds, is samengesteld uit een meerderheid van vertegenwoordigers van de overheid en, anderzijds, krachtens de nationale wetgeving verplicht is haar besluiten te nemen met inachtneming van een aantal criteria van openbaar belang. [31]

71. Deze beide criteria moeten op de NOvA worden toegepast.

72. Met betrekking tot de samenstelling bepaalt de Advocatenwet, dat de NOvA en de orden in de arrondissementen worden bestuurd door een Algemene Raad, respectievelijk raden van toezicht. [32] De leden van de raden van toezicht worden gekozen uit de leden van de orde in het betrokken arrondissement. [33] De leden van de Algemene Raad worden gekozen door een college van afgevaardigden [34], die op hun beurt worden gekozen in vergaderingen van de orden in de arrondissementen. [35] Uit de formulering van artikel 24, lid 1, van de Advocatenwet blijkt, dat slechts advocaten verkiesbaar zijn als leden van de Algemene Raad, van het college van afgevaardigden en van de raden van toezicht.

De bestuursorganen van de NOvA zijn dus uitsluitend samengesteld uit advocaten, die zijn gekozen door beroepsgenoten. Uit de bij het Hof ingediende stukken [36] blijkt voorts, dat de Kroon en de minister van Justitie geen bemoeienis hebben met de benoeming van de leden van de raden van toezicht, van het college van afgevaardigden en van de Algemene Raad.

73. Wat het tweede criterium aangaat, bevatten de opmerkingen van partijen in de schriftelijke procedure weinig informatie. Tijdens de mondelinge behandeling heb ik de vertegenwoordigers van de NOvA en de Nederlandse regering verzocht hun betoog nader toe te lichten. Ik heb hun gevraagd, of het Nederlandse recht dwingende bepalingen kent op grond waarvan de NOvA bij de uitoefening van haar verordenende bevoegdheid criteria van algemeen belang in aanmerking moet nemen.

In dit verband is door de Nederlandse regering verklaard, dat de Kroon ingevolge artikel 30 van de Advocatenwet bevoegd is de verordeningen van de NOvA te vernietigen, wanneer deze strijdig zijn met het algemeen belang. De NOvA heeft op haar beurt onderstreept, dat de artikelen 26 en 28 van de Advocatenwet haar bestuursorganen ertoe verplichten, hun bevoegdheden uit te oefenen „in het belang van de goede uitoefening van de praktijk".

74. Deze twee antwoorden acht ik weinig overtuigend.

31 — Zie ook arrest Pavlov (punt 87).

32 — Artikelen 18, lid 1, en 22, lid 1, van de Advocatenwet.

33 — Artikel 22, lid 2, van de Advocatenwet.

34 — Artikel 19, lid 1, van de Advocatenwet.

35 — Artikel 20, lid 1, van de Advocatenwet.

36 — Zie de verwijzingsuitspraak en de schriftelijke opmerkingen van appellanten in het hoofdgeding (punt 43).

In de eerste plaats is de vernietigingsbevoegdheid van de Kroon weliswaar reëel, doch niettemin een onzekere factor. Zoals appellanten in het hoofdgeding hebben benadrukt, betekent het bestaan van een dergelijk toezicht niet, dat de Orde wettelijk verplicht is het algemeen belang positief tot uitdrukking te brengen, wanneer zij haar verordenende bevoegdheid uitoefent. In de tweede plaats is de formule „belang van de goede uitoefening van de praktijk" vaag en bevat zij als zodanig geen enkel criterium. Uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens [37] blijkt bovendien, dat deze formule mede als grondslag kan dienen voor de NOvA om op te komen voor het groepsbelang van de in Nederland ingeschreven advocaten.

De conclusie dringt zich dan ook op, dat de NOvA krachtens bepalingen van Nederlands recht niet *verplicht* is bij de uitoefening van haar verordenende bevoegdheid rekening te houden met „het algemeen belang of met de belangen van ondernemingen in andere sectoren en van hen die van de betrokken diensten gebruik maken". [38]

75. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof moet de NOvA dus worden aangemerkt als ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

76. De meeste interveniënten hebben een dergelijke conclusie echter bestreden. Zij hebben drie soorten overwegingen naar voren gebracht, waarin zij de door de verwijzende rechter in zijn prejudiciële vragen tot uiting gebrachte bezorgdheid delen. Hun argumenten kunnen worden weergegeven als volgt.

Om te beginnen oefent de NOvA geen economische activiteit uit. Zij is een publiekrechtelijk lichaam met als taak, deontologische regels te geven.

In de tweede plaats vormt de NOvA een „afsplitsing" van de Staat en is zij uit dien hoofde bekleed met prerogatieven van overheidsgezag. Zij beschikt over de bevoegdheid om regels uit te vaardigen (verordenende bevoegdheid), de bevoegdheid om recht te spreken (tuchtbevoegdheid) en meer algemeen de bevoegdheid om toezicht te houden op het gedrag van haar leden.

In de derde plaats heeft de NOvA een taak van openbaar belang in verband met de rechtsbedeling. Deze taak is onontbeerlijk in een rechtsstaat. De NOvA dient, evenals de orden van advocaten in andere lidstaten, de toegang tot het recht en de rechter te waarborgen, de integriteit van de advocaten te verzekeren, toezicht te houden op een behoorlijke uitoefening van de praktijk en het vertrouwen van het publiek in de advocatuur te beschermen.

De CCBE en de Franse regering nemen een tussenstandpunt in. Volgens hen moeten de activiteiten van de NOvA van elkaar wor-

37 — Verwijzingsuitspraak.
38 — Arrest CNSD (punt 44).

den onderscheiden, zodat de mededingingsregels slechts op de Orde worden toegepast wanneer zij *uitsluitend* in het belang van haar leden handelt. Dit laatste is in casu niet het geval, omdat het bestreden samenwerkingsverbod de onafhankelijkheid en de partijdigheid van de advocaat in het algemeen belang beoogt te waarborgen.

77. Het eerste argument, betreffende het statuut van de NOvA, kan niet worden aanvaard.

Sinds het arrest BNIC is het namelijk vaste rechtspraak, dat „het juridisch kader waarin dergelijke overeenkomsten [tussen ondernemingen] worden gesloten en dergelijke besluiten [van ondernemersverenigingen] worden vastgesteld, alsmede de juridische kwalificatie die in de verschillende nationale rechtsordes aan dit kader worden gegeven, niet van invloed [zijn] voor de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels en inzonderheid van artikel 85 EEG-Verdrag". [39]

Bovendien hoeft een entiteit niet zelf een economische activiteit uit te oefenen om als ondernemersvereniging te kunnen worden aangemerkt. [40] Artikel 85, lid 1, van het Verdrag is van toepassing op verenigingen voorzover hun eigen activiteiten *of* die van de aangesloten ondernemingen ertoe strekken, de gevolgen teweeg te brengen die deze bepaling beoogt tegen te gaan. [41]

78. Wat betreft het tweede argument, heb ik reeds geconstateerd dat de bestuursorganen van de NOvA uitsluitend zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van particuliere marktdeelnemers en dat de overheid niet de mogelijkheid heeft om in hun besluitvormingsproces in te grijpen. Dit betekent, dat de NOvA niet kan worden beschouwd als een overheidsorgaan in de zin van het gemeenschapsrecht.

Bovendien is het feit dat zij met verordenende en tuchtbevoegdheid is bekleed, zonder belang. Dit volgt uit de arresten CNSD en Pavlov.

In het arrest Pavlov heeft het Hof een Nederlandse beroepsvereniging van medische specialisten aangemerkt als ondernemersvereniging, terwijl deze evenals de NOvA over een bij wet verleende regelgevende bevoegdheid beschikte. [42] Ook de CNSD is als ondernemersvereniging gekwalificeerd, terwijl zij krachtens de

39 — Arrest van 30 januari 1985, BNIC (123/83, Jurispr. blz. 391, punt 17). Zie ook arresten CNSD (punt 40) en Pavlov (punt 85).

40 — Arresten van 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie (209/78—215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punten 87 en 88), en 8 november 1983, IAZ e.a./Commissie (96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punten 19 en 20).

41 — Arrest van 15 mei 1975, Frubo/Commissie (71/74, Jurispr. blz. 563, punt 30); arresten Van Landewyck e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 88), en IAZ e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 20).

42 — Arrest Pavlov (punten 84 en 87). Het Hof heeft een soortgelijke redenering gevolgd ten aanzien van het begrip onderneming. Het achtte de bepalingen van artikel 86 van het Verdrag van toepassing op de regelgevende werkzaamheid van een staatsonderneming op het gebied van telecommunicatiediensten (arrest van 20 maart 1985, Italië/Commissie, 41/83, Jurispr. blz. 873, punten 16-20).

Italiaanse wetgeving over tuchtbevoegdheid beschikte. Deze instelling was bevoegd disciplinaire maatregelen aan haar leden op te leggen, variërend van een berisping tot definitieve doorhaling in het nationale register van douane-expediteurs. [43]

79. Het derde argument is evenmin steekhoudend. Het berust op het uitgangspunt, dat een entiteit waaraan een taak van openbaar belang is toevertrouwd, *automatisch* aan de werkingssfeer van het mededingingsrecht is onttrokken uit hoofde van de haar opgedragen bijzondere taak.

80. Dit uitgangspunt is evenwel onjuist.

In het kader van het mededingingsrecht omvat het begrip onderneming „elke eenheid die een economische activiteit uitoefent". [44] Volgens deze definitie is een eenheid slechts aan de werkingssfeer van de mededingingsregels onttrokken, wanneer de betrokken activiteit niet van economische aard is. [45] Wanneer een eenheid echter een activiteit uitoefent die, althans in beginsel, ook met winstoogmerk door een particuliere onderneming kan worden uitgeoefend [46], moet zij als onderneming worden aangemerkt. In dit geval is het van weinig belang, dat haar een taak van algemeen belang of een taak van openbare dienstverlening is opgedragen. [47] De door de staat opgelegde beperkingen brengen de eenheid niet buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht, doch kunnen in voorkomend geval de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 90 van het Verdrag rechtvaardigen. [48]

Eenzelfde constatering dringt zich op ten aanzien van ondernemersverenigingen. In de zaak BNIC weigerde het Hof in de omstandigheid, dat de staat een openbare dienst aan een beroepsorganisatie had opgedragen, een mogelijke belemmering te zien voor de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. [49]

81. Het laatste argument ten slotte dat door sommige interveniënten naar voren is gebracht, bepleit een soort functionele uitlegging van het begrip ondernemersvereniging: de verschillende activiteiten van de

43 — Zie arrest CNSD (punt 7) en de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in die zaak (punt 71).

44 — Arrest Höfner en Elser (reeds aangehaald, punt 21).

45 — Dit is het geval ten aanzien van instellingen die zijn belast met het beheer van sommige verplichte socialezekerheidsstelsels, die berusten op het beginsel van nationale solidariteit (arrest van 17 februari 1993, Poucet en Pistre, C-159/91 en C-160/91, Jurispr. blz. I-637, punt 18), en ten aanzien van instellingen wier activiteit een taak van algemeen belang is die tot de kerntaken van de overheid behoort en die wegens haar aard en doel en de regels waaraan zij is onderworpen, neerkomt op het uitoefenen van prerogatieven die typisch overheidsprerogatieven zijn (arresten van 19 januari 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Jurispr. blz. I-43, punt 30, en 18 maart 1997, Diego Calì & Figli, C-343/95, Jurispr. blz. I-1547, punten 22 en 23).

46 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Poucet en Pistre, reeds aangehaald (punt 8).

47 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Albany (arrest van 21 september 1999, C-67/96, Jurispr. blz. I-5751, punt 312).

48 — Zie inzonderheid arrest van 16 november 1995, Fédération française des sociétés d'assurances e.a. (C-244/94, Jurispr. blz. I-4013, punt 20); arresten Albany, reeds aangehaald (punt 86), en Pavlov (punt 118).

49 — Zie het rapport ter terechtzitting in de zaak BNIC, reeds aangehaald (punt 1.1), het in die zaak gewezen arrest (punt 16) en beschikking 82/896/EEG van de Commissie van 15 december 1982 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/29.883 — UGAL/BNIC) (PB L 379, blz. 1, punten 2 en 3 van de overwegingen).

NOvA moeten worden onderscheiden naar gelang van *de aard van het belang* dat door de betrokken maatregel wordt nagestreefd, en de eenheid dient slechts als ondernemersvereniging te worden aangemerkt voorzover zij in het exclusieve belang van haar leden handelt.

82. Ik kan mij hiermee niet verenigen.

83. In de eerste plaats hoeft het Hof in dit stadium van de redenering enkel de personele werkingssfeer van het mededingingsrecht te definiëren. Het gaat uitsluitend om de vraag, op welke actoren de artikelen 85 tot en met 90 van het Verdrag van toepassing zijn.

Het Hof dient zich niet reeds in dit stadium terughoudend op te stellen. De arresten CNSD en Pavlov geven duidelijk aan, onder welke omstandigheden een instelling aan de toepassing van artikel 85 van het Verdrag kan ontsnappen. Dit is het geval wanneer zij wegens haar samenstelling en de regeling van haar activiteiten als een overheidsorgaan moet worden beschouwd. Wanneer een instelling echter, zoals in casu, uitsluitend bestaat uit particuliere marktdeelnemers, moeten de mededingingsautoriteiten de mogelijkheid hebben al haar gedragingen aan het Verdrag te toetsen.

De redenen voor een ruime uitlegging van het toepassingsgebied van het mededingingsrecht zijn op heldere wijze uiteengezet door advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie bij het arrest Albany, reeds aangehaald. Hij overwoog het volgende [50]:

„Naar 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. De mededingingsautoriteiten moeten derhalve overeenkomsten tussen particulieren kunnen toetsen, zelfs in bijzondere economische sectoren als het bankwezen, het verzekeringswezen of zelfs de sociale sector." [51]

84. In de tweede plaats berust de stelling van interveniënten naar mijn mening op een verwarring van twee verschillende zaken: de afbakening van de personele werkingssfeer van het mededingingsrecht enerzijds en de identificatie van een beperking van de mededinging of een eventuele rechtvaardiging van de maatregel anderzijds.

50 — Punt 184. Deze overwegingen inzake de materiële werkingssfeer van de mededingingsregels kunnen ook worden toegepast op de personele werkingssfeer daarvan.

51 — Zie ook Bach, A., annotatie bij de arresten van 17 november 1993, Reiff, reeds aangehaald; Meng (C-2/91, Jurispr. blz. I-5751), en Ohra Schadeverzekeringen (C-245/91, Jurispr. blz. I-5851), in *Common Market Law Review*, 1994, blz. 1357, voetnoot op blz. 14. De auteur verklaart, dat „in plaats van te veronderstellen dat de door een autoriteit krachtens een gedelegeerde bevoegdheid vastgestelde regeling het algemeen belang nastreeft, lijkt het juister ervan uit te gaan, dat dit soort regels aansluit bij de economische belangen van degenen die bij het opstellen ervan betrokken zijn en beperkende voorwaarden in het leven roepen voor nieuwkomers op de markt en vreemdelingen" (vrije vertaling).

Het spreekt voor zich dat de NOvA, evenals de orden van advocaten in andere lidstaten, bij het uitoefenen van haar verordenende bevoegdheid kan handelen in het algemeen belang. Dit is echter niet relevant voor het antwoord op de vraag, of zij al dan niet een ondernemersvereniging is. [52] Het feit dat de NOvA maatregelen in het algemeen belang kan vaststellen, komt in een later stadium van de analyse aan de orde, namelijk bij de bespreking van de vraag of de maatregel de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan beperken en, zo ja, of zij kan worden gerechtvaardigd in het licht van de afwijkingsbepalingen van het Verdrag.

85. Hoe dan ook acht ik het door interveniënten voorgestelde criterium niet bruikbaar voor de vrije beroepen.

Bij het merendeel van de door de beroepsorganisaties vastgestelde regels zijn *tegelijkertijd* zowel openbare als particuliere belangen aan de orde. Zelfs ten aanzien van een bindende tariefregeling van een orde van advocaten voor de diensten van haar leden kan worden gesteld, dat daarmee de doorzichtigheid van de honoraria en de toegang van de justitiabelen tot het recht en de rechter wordt gediend. Indien de door interveniënten voorgestane uitlegging werd aanvaard, zouden alle rechtsvragen binnen het exclusieve kader van de personele werkingssfeer van het communautaire mededingingsrecht worden geplaatst. Een dergelijke uitlegging moet worden afgewezen.

86. Ik ben derhalve van mening, dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet verlangt dat de verschillende activiteiten van de NOvA van elkaar worden onderscheiden. Wanneer, zoals in casu, een beroepsorganisatie van advocaten uitsluitend is samengesteld uit beroepsgenoten en zij wettelijk niet verplicht is bij haar besluitvorming een aantal criteria van algemeen belang in aanmerking te nemen, moet zij voor al haar activiteiten worden beschouwd als ondernemersvereniging, ongeacht het voorwerp en het doel van de door haar vastgestelde maatregel. Het feit dat zij bij de wet is bekleed met verordenende en tuchtrechtelijke bevoegdheden, doet hieraan niet af.

87. Uit het voorgaande volgt, dat de SWV een besluit van een ondernemersvereniging is in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

C — *Beperking van de mededinging*

88. De tweede prejudiciële vraag komt erop neer, of de SWV, door advocaten te

52 — Zie met name arrest IAZ e.a./Commissie, reeds aangehaald. In deze zaak had de Anseau met sommige fabrikanten en importeurs van was- en vaatmachines een overeenkomst gesloten om de conformiteit van de toestellen met de Belgische vereisten ten behoeve van de kwaliteit van het drinkwater te bewaken. De overeenkomst was echter op zodanige wijze uitgevoerd, dat zij de parallelle import in België belemmerde. Het Hof oordeelde, dat „de overeenkomst [er] bijgevolg [...] toe [strekt] de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar te beperken, *ondanks het feit dat zij tevens beoogt de volksgezondheid te beschermen*" (punt 25, cursivering van mij). Het door de overeenkomst nagestreefde doel van algemeen belang heeft het Hof er dus niet van weerhouden de Anseau als ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag aan te merken (punten 19-21 van het arrest).

verbieden een geïntegreerde samenwerking met accountants aan te gaan, „ertoe [strekt] of ten gevolge [heeft] dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst".

89. In de regel beoordeelt het Hof de verenigbaarheid van een overeenkomst met artikel 85, lid 1, van het Verdrag in twee stappen. [53]

90. Om te beginnen gaat het Hof na, of de overeenkomst tot *doel* heeft de mededinging te beperken. Daartoe onderzoekt het op objectieve wijze, welke doeleinden de overeenkomst nastreeft in het licht van de economische context waarbinnen zij moet worden toegepast. [54] Indien de overeenkomst een concurrentiebeperkende doelstelling heeft, valt zij onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag zonder dat de concrete gevolgen ervan in aanmerking hoeven te worden genomen. [55] Dit geldt ook ten aanzien van besluiten van een ondernemersvereniging. [56]

Zo acht het Hof strijdig met artikel 85, lid 1, van het Verdrag overeenkomsten of besluiten van een ondernemersvereniging die er uitsluitend toe strekken, de concurrentie tussen de betrokken partijen of tussen partijen en derden te beperken of te vervalsen. Aldus bijvoorbeeld horizontale overeenkomsten strekkende tot vaststelling van de verkoopprijs van producten [57] of diensten [58], horizontale overeenkomsten ter verdeling van nationale markten [59], verticale overeenkomsten met een exportverbod [60], en meer in het algemeen alle ondernemersafspraken die een kunstmatige opsplitsing van de gemeenschappelijke markt ten doel hebben. [61]

91. Indien de overeenkomst niet specifiek tot doel heeft de mededinging te beperken, onderzoekt het Hof, of de overeenkomst tot *gevolg* heeft, dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. [62] Artikel 85, lid 1, van het Verdrag verbiedt in dit verband niet alleen daadwerkelijke, maar ook zuiver potentiële mededingingsverstorende gevolgen, mits deze voldoende merkbaar zijn. [63]

92. Het criterium om uit te maken of een ondernemersafspraak van dien aard is dat zij de mededinging beperkt, bestaat er in beide gevallen in, dat de mededinging wordt bezien binnen het feitelijke kader waarin zij zich zou hebben afgespeeld

53 — Arrest van 30 juni 1966, Société technique minière (56/65, Jurispr. blz. 337, blz. 359).

54 — Arrest van 28 maart 1984, CRAM en Rheinzink (29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punt 26).

55 — Arrest van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 429, blz. 496).

56 — Arrest van 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer/Commissie (45/85, Jurispr. blz. 405, punt 39).

57 — Arrest van 26 november 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e.a./Commissie (73/74, Jurispr. blz. 1491, punt 10), en arrest BNIC, reeds aangehaald (punt 22).

58 — Arrest Verband der Sachversicherer/Commissie, reeds aangehaald (punten 39-43).

59 — Arrest van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie (41/69, Jurispr. blz. 661, punt 128).

60 — Arrest van 1 februari 1978, Miller/Commissie (19/77, Jurispr. blz. 131, punt 7).

61 — Arrest Consten en Grundig/Commissie, reeds aangehaald (blz. 496-498).

62 — Arrest Société technique minière, reeds aangehaald (blz. 359 en 360), en arrest van 28 februari 1991, Delimitis (C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punt 13).

63 — Arrest Gerecht van 27 oktober 1994, Deere/Commissie (T-35/92, Jurispr. blz. II-957, punt 61).

indien er *geen* ondernemersafspraak was geweest. [64]

93. Voorts moet de verenigbaarheid van een gedraging met artikel 85, lid 1, van het Verdrag worden beoordeeld met inachtneming van de juridische en economische context van de zaak [65], de aard van het product [66] of de dienst [67] en de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert. [68]

a) Het doel van de SWV

94. Volgens appellanten in het hoofdgeding heeft de SWV tot doel, de mededinging op de markt voor juridische dienstverlening in Nederland te beperken. Zij hebben tal van feitelijke gegevens aangevoerd [69], ten bewijze dat de NOvA de bestreden verordening met het *uitsluitende* doel heeft vastgesteld om een halt toe te roepen aan de pogingen van accountantskantoren zich een positie op de relevante markt te verwerven.

95. Ik herinner er op dit punt aan, dat de procedure van artikel 234 EG op een duidelijke scheiding van taken tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof berust en dat elke waardering of elk onderzoek van de feiten van het geding tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter behoort. [70] Het Hof is uitsluitend bevoegd, zich op basis van de in de verwijzingsbeslissing weergegeven feiten over de uitlegging of rechtsgeldigheid van een communautair rechtsvoorschrift uit te spreken. [71]

De Raad van State heeft in zijn verwijzingsuitspraak vastgesteld, dat „de [SWV] tot doel heeft de onafhankelijkheid en partijdigheid van de rechtshulp verlenende advocaat te waarborgen". [72]

In deze omstandigheden kan het Hof de door appellanten in het hoofdgeding verstrekte feitelijke gegevens niet onderzoeken. Het argument dat de SWV een concurrentiebeperkende doelstelling heeft, moet derhalve worden verworpen.

64 — Arrest Société technique minière, reeds aangehaald (blz. 360); arresten van 25 november 1971, Béguelin (22/71, Jurispr. blz. 949, punt 17); 11 december 1980, L'Oréal (31/80, Jurispr. blz. 3775, punt 19); 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 18), en 10 december 1985, ETA (31/85, Jurispr. blz. 3933, punt 11).

65 — Arrest Société technique minière, reeds aangehaald (blz. 359 en 360), en arrest Gerecht van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie (T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739, punt 134).

66 — Arrest Société technique minière, reeds aangehaald (blz. 360).

67 — Arrest Pavlov (punt 91).

68 — Arrest van 12 december 1995, Oude Luttikhuis e.a. (C-399/93, Jurispr. blz. I-4515, punt 10), en arrest Pavlov (punt 91).

69 — Schriftelijke opmerkingen van appellanten in het hoofdgeding (punten 81-93).

70 — Zie met name arresten van 19 december 1968, Salgoil (13/68, Jurispr. blz. 661, blz. 672); 16 maart 1978, Oehlschläger (104/77, Jurispr. blz. 791, punt 4); 16 juli 1998, Dumon en Froment (C-235/95, Jurispr. blz. I-4531, punt 25), en 5 oktober 1999, Lirussi en Bizzaro (C-175/98 en C-177/98, Jurispr. blz. I-6881, punt 37).

71 — Zie met name arrest Oehlschläger, reeds aangehaald (punt 4); arresten van 2 juni 1994, AC-ATEL Electronics Vertriebs (C-30/93, Jurispr. blz. I-2305, punt 16), en 20 maart 1997, Phyteron International (C-352/95, Jurispr. blz. I-1729, punt 11).

72 — Verwijzingsuitspraak.

b) De gevolgen van de SWV

96. Daarentegen verzoekt de Raad van State het Hof te bezien, of de SWV mededingingsbeperkende gevolgen heeft op de Nederlandse markt voor juridische dienstverlening.

97. De NOvA, de CCBE en sommige van de interveniërende regeringen stellen zich op het standpunt, dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Zij beroepen zich hiervoor voornamelijk op beschikking 1999/267 van de Commissie in de zaak EPI.

Deze zaak had betrekking op de bepalingen van de gedragscode van het Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau (EPI). Naar het oordeel van de Commissie viel het merendeel van de onderzochte bepalingen niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en wel om de volgende reden:

„Gelet op de context die eigen is aan dit beroep, zijn de bepalingen noodzakelijk om de onpartijdigheid, de bekwaamheid, de integriteit en de verantwoordelijkheid van de gemachtigden te waarborgen, om belangenconflicten en misleidende reclame te vermijden, om het beroepsgeheim te beschermen, dan wel om een doelmatig functioneren van het [Bureau] zeker te stellen." [73]

Volgens haar „is [het] niet waarschijnlijk dat de bepalingen [van de gedragscode die regels van deze aard bevatten] beperkende gevolgen voor de mededinging zullen hebben indien zij op objectieve en niet-discriminerende wijze worden toegepast". [74]

98. In de opvatting van interveniënten gaat de redenering van de Commissie, hoewel zij betrekking heeft op octrooigemachtigden, ook op voor de andere vrije beroepen. [75] Aangezien het litigieuze samenwerkingsverbod tot doel heeft, de onafhankelijkheid en de partijdigheid van de advocaat te waarborgen, valt het buiten de materiële toepassingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

In haar schriftelijke opmerkingen heeft de Commissie hierover geen standpunt ingenomen. Naar aanleiding van een verzoek van het Hof antwoordde zij beknopt, dat de bestreden verordening niet van dien aard is dat zij de concurrentie merkbaar beïnvloedt, aangezien zij beoogt de onafhankelijkheid van de advocaat te waarborgen en belangenconflicten te vermijden.

73 — Punt 38 van de overwegingen.

74 — Ibid.

75 — Dit lijkt ook het officiële standpunt van de Commissie te zijn. Zie in deze zin, Bicho, M.-J., „Professions libérales: aspects essentiels de l'action de la Commission en matière d'application des règles de concurrence", in *Competition Policy Newsletter*, Nr. 2, juni, blz. 24, en het *XXIXe Verslag over het mededingingsbeleid 1999*, punt 138.

99. Het betoog van partijen komt er in wezen op neer, dat zij het Hof verzoeken een soort „rule of reason" te aanvaarden. Op grond van deze „rule of reason" zouden alle beroepsregels die de eerbiediging van de aan de advocatuur eigen deontologie beogen te verzekeren, buiten de werkingssfeer van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kunnen worden gebracht.

100. Alvorens hierop in te gaan wil ik eraan herinneren, dat de mededingingsbepalingen van het Verdrag zijn opgebouwd volgens een duidelijke structuur. Artikel 85, lid 1, bevat het verbod op ondernemersafspraken die de mededinging beperken. De artikelen 85, lid 3, en 90, lid 2, voorzien — op hun respectievelijke toepassingsgebied — in afwijkingsmogelijkheden van dit verbod.

101. De theorie van de „rule of reason" is ontwikkeld in het Amerikaanse antitrustrecht. In de Verenigde Staten verbiedt Section 1 van de Sherman Act alle beperkingen van de mededinging zonder onderscheid te maken naar intensiteit of motief. [76] In tegenstelling tot artikel 85 van het Verdrag voorziet de Amerikaanse wetgeving niet in de mogelijkheid voor de autoriteiten om ontheffing te verlenen voor een ondernemersafspraak.

Gezien het strikte karakter van dit verbod zagen de Amerikaanse rechters zich al spoedig genoodzaakt een meer „redelijke" uitlegging aan de Sherman Act te geven. Aanvankelijk werd de zogenoemde theorie van de „ondergeschikte beperkingen" ontwikkeld: beperkingen van de mededinging die onontbeerlijk waren voor de uitvoering van een op zich geoorloofde overeenkomst, vielen buiten het verbod in Section 1 van de Sherman Act. [77] Nadien wijzigde de Amerikaanse Supreme Court zijn standpunt en hanteerde hij de „methode van de mededingingsbalans". [78] Deze methode wordt omschreven als volgt:

„een analysemethode waarbij voor elke overeenkomst binnen haar reële context een afweging wordt gemaakt van de mededingingsbeperkende en de mededingingsbevorderende gevolgen ervan. Wanneer deze afweging positief uitvalt, dus wanneer de overeenkomst de mededinging meer bevordert dan beperkt, blijft Section 1 van de *Sherman Act* buiten toepassing." [79]

102. In het communautaire mededingingsrecht kan de „rule of reason" verschillende betekenissen hebben. [80] In casu hoeft echter niet te worden ingegaan op de discussies in de doctrine over de definitie van dit begrip of over de vraag of dit begrip in het gemeenschapsrecht moet worden ingevoerd. [81]

76 — Fasquelle, D., *Droit américain et droit communautaire des ententes, Étude de la règle de raison*, Parijs, uitgaven Joly, 1993, blz. 25.

77 — Kovar, R., „Le droit communautaire de la concurrence et la ‚règle de raison'", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1987, blz. 237 (blz. 238).

78 — Fasquelle, D., reeds aangehaald, blz. 31.

79 — Kovar, R., reeds aangehaald, blz. 238. [Vertaalde tekst.]

80 — Zie Wils, G., „‚Rule of reason': une règle raisonnable en droit communautaire?" in *Cahiers de droit européen*, 1990, blz. 19, en Bellamy, C., en Child, G., *Common Market Law of Competition*, Londen, Sweet & Maxwell, 1993, 4e druk, punten 2-062 e.v.

81 — Zie op dit punt de bronvermeldingen in *Commentaire J. Megret*, reeds aangehaald (punt 172).

103. Voor de onderhavige zaak volstaat de wetenschap, dat het Hof in sommige arresten een beperkte toepassing heeft gegeven aan de „rule of reason". Bij bijzondere categorieën overeenkomsten heeft het een mededingingsbalans opgemaakt van de gevolgen van de overeenkomst en, indien de balans positief was, beslist dat de bedingen die noodzakelijk waren voor de uitvoering van de overeenkomst buiten het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vielen. Als voorbeeld kunnen de volgende uitspraken worden aangehaald:

— selectieve verkoopsystemen vormen een met artikel 85, lid 1, van het Verdrag verenigbare concurrentiefactor, mits bij de keuze van de wederverkopers objectieve criteria van kwalitatieve aard worden gehanteerd en deze voorwaarden uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast [82];

— de verspreiding van een nieuw landbouwproduct bevordert de concurrentie; de toekenning van een „open" uitsluitende licentie voor de teelt en verhandeling op het grondgebied van een lidstaat kan noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van dit concurrentiebevorderende doel [83];

— een overeenkomst tot overdracht van een onderneming draagt bij tot versterking van de mededinging; concurrentieverboden tussen de overeenkomstsluitende partijen ontsnappen aan het verbod van artikel 85, lid 1, voorzover zij noodzakelijk zijn voor de overdracht van de onderneming en hun duur en werkingssfeer strikt beperkt zijn tot hetgeen ter bereiking van dat doel vereist is [84];

— bedingen die onmisbaar zijn voor de uitvoering van een franchiseovereenkomst vormen geen beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag [85];

— een bepaling in de statuten van een inkoopcoöperatie die haar leden verbiedt deel te nemen in andere vormen van georganiseerde samenwerking die haar rechtstreeks concurrentie aandoen, valt niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, voorzover zij beperkt is tot hetgeen noodzakelijk is om de goede werking van de coöperatie te verzekeren en haar contractuele onderhandelingspositie ten opzichte van de producenten te handhaven. [86]

104. Uit deze arresten blijkt, dat de „rule of reason" in het communautaire mededin-

82 — Arrest van 25 oktober 1977, Metro/Commissie (26/76, Jurispr. blz. 1875, punten 20-22).

83 — Arrest van 8 juni 1982, Nungesser en Eisele/Commissie (258/78, Jurispr. blz. 2015, punten 54-58).

84 — Arrest Remia e.a./Commissie, reeds aangehaald (punten 17-20).

85 — Arrest van 28 januari 1986, Pronuptia (161/84, Jurispr. blz. 353, punten 14-27).

86 — Arrest van 15 december 1994, DLG (C-250/92, Jurispr. blz. I-5641, punten 28-45).

gingsrecht, los van alle terminologische discussies, strikt beperkt is tot een balans van de gevolgen van de overeenkomst zuiver *vanuit mededingingsoogpunt*. [87] Wanneer een overeenkomst in haar geheel bezien van dien aard is, dat zij de mededinging op de markt versterkt, kunnen de bedingen die onmisbaar zijn voor de uitvoering ervan aan het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag ontsnappen. Het enige „legitieme" doel dat volgens deze bepaling mag worden nagestreefd, is dus uitsluitend van concurrentiële aard.

105. In casu echter gaat de stelling van interveniënten en de Commissie veel verder dan de mededingingsbalans die het Hof in zijn rechtspraak heeft aanvaard.

Zij stellen immers niet, dat de SWV tot gevolg heeft dat de mededinging op de markt voor juridische dienstverlening wordt versterkt. [88] Blijkens hun opmerkingen bij de eerste prejudiciële vraag achten zij het verbod van geïntegreerde samenwerking tussen advocaten en accountants noodzakelijk ter bescherming van bepaalde aspecten van het beroep — de onafhankelijkheid en de partijdigheid — die van essentieel belang zijn in een rechtsstaat. Hun betoog komt dus neer op de introductie in artikel 85, lid 1, van overwegingen die verband houden met de behartiging van een doel van *algemeen belang*.

106. In zoverre betreur ik, dat de Commissie de juridische achtergronden van haar standpunt niet nader heeft uiteengezet. Zoals in de doctrine is onderstreept [89], is beschikking 1999/267 in de zaak EPI mogelijk vooral ingegeven door de wens, te voorkomen dat de beroepsregels van beroepsorganisaties in de verschillende lidstaten onder de aanmeldingsplicht vallen. Zoals bekend, is bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht uitsluitend de Commissie bevoegd ontheffing te verlenen krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag. [90]

Wanneer we de redenering van de Commissie echter proberen te analyseren, lijkt

87 — Zie in die zin arrest van 25 oktober 1983, AEG/Commissie (107/82, Jurispr. blz. 3151, punten 33-36).

88 — Tijdens de mondelinge behandeling heeft de Luxemburgse regering echter naar voren gebracht, dat de SWV positieve gevolgen voor de mededinging heeft. Door advocaten te verbieden een samenwerkingsverband met accountants aan te gaan, biedt de SWV volgens haar de mogelijkheid om een concentratie van de advocatenpraktijk in de handen van enkele grote internationale bedrijven tegen te gaan en zodoende een voldoende (zo niet groot) aantal marktdeelnemers op de markt te handhaven. Ik begrijp de bezorgdheid van de Luxemburgse regering volledig. Het risico van het ontstaan van dergelijke concentraties is, gezien de omvang van sommige advocaten- en accountantskantoren, reëel. Vanuit juridisch oogpunt moet deze problematiek evenwel worden onderzocht in het licht van andere bepalingen van gemeenschapsrecht. Structurele concentraties vallen onder de toepassingssfeer van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1). Het gedrag van geïntegreerde structuren moet echter worden getoetst aan artikel 86 van het Verdrag.

89 — Nyssens, H., reeds aangehaald (punt 4.1.2).

90 — Artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204). Op 27 september 2000 heeft de Commissie een voorstel bij de Raad ingediend voor een verordening betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1017/68, verordening (EEG) nr. 2988/74, verordening (EEG) nr. 4056/86 en verordening (EEG) nr. 3975/87 („uitvoeringsverordening van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag") [COM(2000) 582 def., PB C 365 E, blz. 284]. Volgens artikel 1 van dit voorstel zou artikel 81, lid 3, EG rechtstreeks toepasselijk worden.

deze uit verschillende stappen te bestaan. Achtereenvolgens moet namelijk worden vastgesteld, of: (1) de betrokken beroepsregel tot een beperking van de mededinging op de relevante markt leidt; (2) de beroepsregel, gelet op de kenmerken van het beroep, een legitiem doel nastreeft (waarborging van de onafhankelijkheid, partijdigheid, bekwaamheid, integriteit of verantwoordelijkheid van de advocaat, bescherming van het beroepsgeheim of de noodzaak om belangenconflicten te vermijden); (3) de beroepsregel noodzakelijk is ter bereiking van het ermee nagestreefde doel, en (4) de beroepsregel op objectieve en non-discriminatoire wijze wordt toegepast.

107. Gelet op deze verschillende aspecten denk ik, dat de stelling van interveniënten de ratio legis en de structuur van de verdragsbepalingen wellicht miskent.

Enerzijds komt deze stelling erop neer, dat in de tekst van artikel 85, lid 1, van het Verdrag overwegingen worden geïntroduceerd die verband houden met de behartiging van een doel van algemeen belang. Anderzijds plaatst zij alle feitelijke en juridische vragen binnen het kader van deze bepaling. Dit betekent, dat niet alleen het bestaan van een beperking van de mededinging, doch ook de eventuele rechtvaardiging daarvan uitsluitend wordt getoetst aan de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Aldus verliezen de artikelen 85, lid 3, en 90, lid 2, van het Verdrag echter grotendeels hun betekenis.

Ik zie mij in mijn opvatting gesteund door het arrest van het Gerecht in de zaak Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau/Commissie, reeds aangehaald. Het Gerecht stelde daar vast, dat „dienaangaande [...] niet [kan] worden aanvaard, dat regels die de uitoefening van een beroep organiseren principieel ontsnappen aan de toepassing van artikel 81, lid 1, EG door het enkele feit dat de bevoegde instanties deze regels als ‚gedragsregels' kwalificeren". [91]

108. Ik geef het Hof dan ook in overweging, de stelling van interveniënten te verwerpen.

109. Alvorens mijn standpunt nader toe te lichten, wil ik erop wijzen dat gedragsregels van beroepsorganisaties niet op basis van een en dezelfde uitleg van de verdragsbepalingen kunnen worden getoetst.

110. In zijn conclusie bij het arrest Pavlov benadrukte advocaat-generaal Jacobs: „Door de heterogeniteit van de vrije beroepen en de specifieke kenmerken van de markten waarop zij opereren, kan er geen algemene formule worden toegepast." [92] Ik onderschrijf dit standpunt volledig.

91 — Punt 64.
92 — Punt 89.

Het lijkt mij namelijk *onmogelijk, één enkele formule* te ontwikkelen die voor alle beroepsregels van alle vrije beroepen in de verschillende lidstaten kan gelden. Elke beroepsregel moet van geval tot geval worden onderzocht aan de hand van voorwerp, context en doel.

111. Een van de opgaven waarvoor de problematiek van de toepassing van het communautaire mededingingsrecht op vrije beroepen ons stelt, is het vinden van oplossingen die de structuur en de systematiek van de verdragsbepalingen eerbiedigen. Een distributieve toepassing van de communautaire mededingingsregels lijkt mij daartoe noodzakelijk. Daarbij kan een schema met de volgende *drie richtsnoeren* wellicht nuttig zijn.

112. In de eerste plaats valt, gezien de kenmerken van de markt voor juridische dienstverlening, niet uit te sluiten dat bepaalde beroepsregels de mededinging kunnen versterken in de zin van 's Hofs huidige rechtspraak.

Zoals advocaat-generaal Jacobs heeft opgemerkt, worden de markten voor professionele dienstverlening gekenmerkt door informatieasymmetrie.[93] Aangezien de consument zelden in staat is de kwaliteit van de geleverde diensten te beoordelen, kunnen sommige regels noodzakelijk blijken te zijn om de werking van de markt onder normale concurrentievoorwaarden te verzekeren. Zo wordt door sommigen beweerd, dat voorschriften ter beperking van de reclame kunnen voorkomen, dat een verleidingspolitiek op de markt wordt geïntroduceerd en dat de algemene kwaliteit van de diensten op termijn afneemt.[94]

In dezelfde zin is in de doctrine[95] naar voren gebracht, dat regels die advocaten verbieden hun honoraria vast te stellen aan de hand van het bereikte resultaat, mededingingsbevorderende gevolgen kunnen hebben.

Wat hiervan ook zij, beroepsregels die de normale concurrentie op de markt voor juridische dienstverlening daadwerkelijk kunnen versterken of verzekeren, zouden op grond van de „rule of reason" aan het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kunnen ontsnappen.

113. In de tweede plaats herinner ik eraan, dat het communautaire mededingingsrecht

93 — Conclusie bij het arrest Pavlov (punt 86).

94 — Zie echter arrest Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau/Commissie, reeds aangehaald (punten 72-79).

95 — Nyssens, H., reeds aangehaald (punt 4.1.1).

geen per se-inbreuken kent die niet voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag in aanmerking komen. [96]

Volgens de rechtspraak biedt de tekst van artikel 85, lid 3, de mogelijkheid, rekening te houden met de bijzondere kenmerken van bepaalde economische sectoren [97], overwegingen van sociale aard [98] en, tot op zekere hoogte, overwegingen die verband houden met de behartiging van het algemeen belang. [99] Beroepsregels die, getoetst aan deze criteria, in het algemeen positieve economische gevolgen teweegbrengen, behoren dus in aanmerking te komen voor een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

114. Tot slot wordt in artikel 90, lid 2, van het Verdrag specifiek gesproken van ondernemingen belast met het beheer van een dienst van *algemeen economisch belang*. Het ware denkbaar, dat beroepsregels die in het algemeen belang bepaalde essentiële kenmerken van de advocatuur beogen te beschermen, onder deze bepaling vallen. Dit is overigens het onderwerp van de vijfde prejudiciële vraag.

96 — Arrest Gerecht van 15 juli 1994, Matra Hachette/Commissie (T-17/93, Jurispr. blz. II-595, punt 85).

97 — Arrest Verband der Sachversicherer/Commissie, reeds aangehaald (punt 15).

98 — Arresten Metro/Commissie, reeds aangehaald (punt 43), en Remia e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 42).

99 — Arrest Gerecht van 11 juli 1996, Métropole Télévision e.a./Commissie (T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, Jurispr. blz. II-649, punt 118). Zie in dit verband ook arrest SCK en FNK/Commissie, reeds aangehaald (punt 194).

115. Aangezien ik het Hof voorstel, de stelling van interveniënten af te wijzen, hoeft alleen nog te worden onderzocht, of de SWV mededingingsbeperkende gevolgen heeft op de Nederlandse markt voor juridische dienstverlening.

116. De argumenten die appellanten in het hoofdgeding op dit punt hebben aangevoerd, zijn overtuigend. *Zonder* het litigieuze samenwerkingsverbod zou de mededinging zich op diverse manieren kunnen ontwikkelen.

117. In de eerste plaats zouden accountants, door een geïntegreerde samenwerking met advocaten aan te gaan, hun diensten zowel in kwalitatief als in kwantitatief opzicht kunnen verbeteren.

Advocaten hebben in het algemeen een monopolie op het gebied van de procesvertegenwoordiging. Doorgaans zijn zij de enigen die natuurlijke en rechtspersonen mogen vertegenwoordigen voor de rechterlijke instanties van een staat. Op grond van hun activiteit beschikken advocaten dus over een ruime proceservaring. Voorts genieten zij een prestige op grond waarvan zij veelvuldig worden gevraagd de belangen van hun cliënten ook bij niet-justitiële instanties (bestuursorganen, supranationale organen, de pers, etc.) te behartigen.

Door een samenwerking aan te gaan met leden van de advocatuur, zouden accountants kunnen profiteren van hun ervaring. De adviezen en de stukken die zij op verschillende rechtsgebieden opstellen, zouden aldus betrouwbaarder en beter onderbouwd kunnen zijn en als gevolg daarvan een belangrijke meerwaarde kunnen krijgen. Bovendien zouden accountants het dienstenpakket dat zij hun cliënten bieden, kunnen uitbreiden. Dankzij de samenwerking met de advocatuur zou het samenwerkingsverband in geval van een geschil ook in rechte kunnen opkomen voor de belangen van hun cliënten.

118. Omgekeerd zouden ook advocaten die een samenwerkingsverband met accountants aangaan, de kwaliteit van hun diensten kunnen verbeteren en tot een grotere diversificatie van hun dienstenpakket kunnen komen.

Accountants hebben door hun activiteiten een expertise ontwikkeld op rechtsgebieden als het belastingrecht, de wetgeving inzake de jaarrekening, het financiële recht, de wetgeving inzake steun aan ondernemingen en de regelgeving betreffende (her)structurering van ondernemingen. Advocaten zouden van de door accountants op deze verschillende gebieden opgedane ervaring kunnen profiteren en aldus de kwaliteit van hun juridische dienstverlening kunnen verbeteren.

Daarnaast zijn accountants actief op andere markten dan die van de juridische dienstverlening. Zij bieden tevens diensten aan op het gebied van de goedkeuring van de jaarrekeningen, auditing, boekhouding en managementadvisering.[100] Een associatie met accountants zou advocaten in staat stellen een aanmerkelijk gediversifieerder dienstenpakket aan hun cliënten aan te bieden.

119. In de tweede plaats zou integratie van deze verschillende diensten in één enkele praktijk extra voordelen met zich brengen voor zowel de betrokken beroepsbeoefenaren als de consument.

Om te beginnen zouden de advocaten en de accountants schaalvoordelen kunnen behalen, omdat de gemeenschappelijke praktijk een groter aantal dienstverleners zou omvatten. Deze schaalvoordelen zouden tot uiting komen in de kosten van de dienstverlening en uiteindelijk positieve effecten hebben op de aan de consument in rekening te brengen prijs.

Voorts zou de cliënt zich voor een groot deel van de diensten die noodzakelijk zijn voor de organisatie, het beheer en de werking van zijn onderneming tot één enkel loket kunnen wenden. Het dienstenaanbod zou aldus beter op zijn behoeften zijn

100 — Zie beschikking 1999/152/EG van de Commissie van 20 mei 1998 waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de EER-overeenkomst (Zaak IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers & Lybrand) (PB 1999, L 50, blz. 27, punten 20 e.v. van de overwegingen).

afgestemd, omdat het samenwerkingsverband een algemeen en uitgebreid inzicht zou hebben in zijn ondernemingsbeleid (commercieel beleid, verkoopstrategie, personeelsbeheer, etc.) en van de moeilijkheden waarmee hij te kampen heeft. Bovendien zou dit hem tijd en geld besparen. Hij zou immers niet zelf de door beide beroepsgroepen (advocaten en accountants) aangeboden diensten hoeven coördineren en zou de voor de behandeling van zijn zaken noodzakelijke gegevens slechts aan één gesprekspartner hoeven te verstrekken.

120. Op dit punt blijkt uit op nationaal vlak gehouden onderzoek [101], dat de vraag van ondernemingen naar dergelijke multidisciplinaire samenwerkingsverbanden niet overal eender is. In de landen waar dit soort samenwerkingsverbanden is toegestaan, lijkt elke onderneming afzonderlijk de organisatievorm (een enkel kantoor dan wel verschillende individuele dienstverrichters) te kiezen die het best aansluit bij haar behoeften. Dit neemt niet weg, dat er blijkens de uitkomsten van het onderzoek een reële vraag bestaat naar dit soort geïntegreerde praktijken van advocaten en accountants.

121. Op grond van het voorgaande ben ik van mening, dat de litigieuze verordening een beperking van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt tot gevolg heeft. Zij verhindert de totstandkoming op de markt van samenwerkingsverbanden die „geïntegreerde" diensten kunnen aanbieden waar van de zijde van de consument een potentiële vraag naar bestaat. De verordening leidt dus tot „het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen" in de zin van artikel 85, lid 1, sub b, van het Verdrag. [102]

c) Het merkbare karakter van de beperking van de mededinging

122. Het is vaste rechtspraak, dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag beperkingen van de mededinging slechts verbiedt voorzover zij merkbaar zijn. [103]

123. In casu kan op grond van tal van gegevens worden geconcludeerd, dat de SWV de mededinging op de Nederlandse markt voor juridische dienstverlening merkbaar beperkt.

124. In de eerste plaats is de bestreden verordening van toepassing op alle in

101 — Nallet, H., *Les réseaux pluridisciplinaires et les professions du droit*, La documentation française, Parijs, 1999, blz. 77 e.v.

102 — Zie in die zin, op een heel ander terrein, arrest van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punten 48-58).

103 — Zie met name arrest van 9 juli 1969, Völk (5/69, Jurispr. blz. 295, punt 7), en arrest Pavlov (punten 94-97).

Nederland ingeschreven advocaten. Krachtens artikel 29 van de Advocatenwet is zij ook van toepassing op „bezoekende advocaten", dat wil zeggen personen die in een andere lidstaat gerechtigd zijn hun beroepswerkzaamheden uit te oefenen onder de benaming advocaat of een overeenkomstige benaming. De invloed op de mededinging is uiteraard geringer, wanneer de organen van de Orde een individuele beslissing ten aanzien van een enkele beroepsgenoot nemen.

125. In de tweede plaats nemen de personen die door de bestreden verordening worden geraakt, een belangrijke positie in op de Nederlandse markt voor juridische dienstverlening.

Volgens gegevens van appellanten in het hoofdgeding heeft de advocatuur op de markt voor juridische dienstverlening een marktaandeel van ongeveer 35 à 50 %. Over het marktaandeel van de accountantskantoren is het Hof geen informatie verstrekt. Niettemin blijkt uit sommige officiele stukken, dat Arthur Andersen Worldwide en Price Waterhouse circa 17 à 20 % van hun omzet realiseren met de fiscale advisering. [104] Mondiaal gezien bedraagt de omzet van beide ondernemingen tussen 8 en 10 miljard euro. [105]

126. Tot slot is de beperking die de SWV met zich brengt, van invloed op een essentiële factor van de mededinging, daar zij rechtstreeks betrekking heeft op de diensten die ondernemers op de markt mogen aanbieden. [106] Volgens de rechtspraak van het Hof is de mededinging die ondernemers elkaar op het gebied van diensten kunnen aandoen, een belangrijk element in het kader van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. [107]

127. Uit deze overwegingen volgt, dat de beperking van de mededinging die de SWV teweegbrengt, merkbaar is.

D — *Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten*

128. Het is vaste rechtspraak dat, „wil van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten sprake zijn, een besluit, overeenkomst of feitelijke gedraging, gezien het geheel hunner objectieve bestanddelen — feitelijk en rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moeten doen verwachten, dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op het handelsverkeer tussen lidstaten een zodanige invloed kunnen uitoefenen, dat de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen genoemde staten kan worden belemmerd". [108]

104 — Beschikking 1999/152 (punt 70 van de overwegingen).

105 — Nallet, H., reeds aangehaald (blz. 21).

106 — Zie, op dit punt, arrest Pavlov (punten 94-97).

107 — Arrest Metro/Commissie, reeds aangehaald (punten 20-22).

108 — Arrest van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie (C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 20). Zie ook de reeds aangehaalde arresten Société technique minière (blz. 359); Consten en Grundig/Commissie (blz. 495); L'Oréal (punt 18), en DLG (punt 54).

Artikel 85, lid 1, van het Verdrag verlangt niet, dat de in deze bepaling bedoelde overeenkomsten of besluiten van een ondernemersvereniging het handelsverkeer tussen lidstaten daadwerkelijk hebben beïnvloed, doch dat zij een dergelijk gevolg kunnen hebben. [109] In sommige arresten heeft het Hof zelfs volstaan met de eis, dat de ondernemersafspraak „al was het maar ten dele — betrekking [heeft] op een uit een andere lidstaat afkomstig product". [110]

129. In casu is tevens voldaan aan de voorwaarde, dat het intracommunautaire handelsverkeer van diensten ongunstig is beïnvloed.

130. In de eerste plaats staat vast, dat de bestreden verordening van toepassing is op het gehele Nederlandse grondgebied. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld, dat „een ondernemersafspraak die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg heeft, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist". [111]

131. In de tweede plaats herinner ik eraan, dat Wouters en Savelbergh een geïntegreerde samenwerking willen aangaan met kantoren die, wegens hun banden met andere, een internationaal karakter hebben.

Doel van deze samenwerking is onder meer het aanbieden van „geïntegreerde" diensten aan cliënten die in andere lidstaten zijn gevestigd. Voorts heeft de verwijzende rechter geconstateerd [112], dat ook advocaten en belastingadviseurs die in andere lidstaten zijn gevestigd en deel uitmaken van de groep Arthur Andersen of de groep Price Waterhouse het voornemen zouden kunnen hebben om, in samenwerking met Wouters en Savelbergh, „geïntegreerde" diensten aan te bieden op of vanaf het Nederlandse grondgebied. Ten slotte spelen advocaten- en accountantskantoren, zoals appellanten in het hoofdgeding hebben onderstreept, veelvuldig een rol bij grensoverschrijdende transacties waarbij de rechtsstelsels van verschillende lidstaten betrokken zijn.

132. Bijgevolg kan de litigieuze verordening het intracommunautaire handelsverkeer van „geïntegreerde" diensten ongunstig beïnvloeden.

109 — Arresten Miller/Commissie, reeds aangehaald (punt 15), en Ferriere Nord/Commissie, reeds aangehaald (punt 19).

110 — Arrest van 10 december 1985, Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commissie (240/82—242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, Jurispr. blz. 3831, punt 49).

111 — Arrest CNSD (punt 48). Zie ook arresten van 17 oktober 1972, Vereniging van Cementhandelaren/Commissie (8/72, Jurispr. blz. 977, punt 29); 16 juni 1981, Salonia (126/80, Jurispr. blz. 1563, punt 14), en arrest Remia e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 22), evenals arrest Gerecht van 21 februari 1995, SPO e.a./Commissie (T-29/92, Jurispr. blz. II-289, punt 229), en arrest SCK en FNK/Commissie, reeds aangehaald (punt 179).

112 — Verwijzingsuitspraak.

E — *Conclusie*

133. Uit het voorgaande volgt, dat in casu is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

134. In dit stadium van mijn betoog moet ik dus concluderen, dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag zich ertegen verzet, dat een beroepsorganisatie van advocaten als de NOvA een algemeen verbindende maatregel vaststelt die advocaten die op het grondgebied van de betrokken lidstaat praktijk uitoefenen, verbiedt een geïntegreerd samenwerkingsverband aan te gaan met beoefenaren van het accountantsberoep.

VI — Artikel 86 van het Verdrag

135. De derde en de vierde prejudiciële vraag hebben betrekking op de uitlegging van artikel 86 van het Verdrag. De eerste alinea van deze bepaling luidt als volgt:

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan."

136. De Raad van State vraagt, of het begrip onderneming in artikel 86 van het Verdrag van toepassing is op een beroepsorganisatie van advocaten zoals de NOvA, „hoewel zij zelf geen economische activiteit ontplooit". [113] Voorzover deze vraag door het Hof bevestigend wordt beantwoord, wenst de verwijzende rechter te vernemen, of de NOvA misbruik maakt van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan, indien zij algemeen verbindende maatregelen vaststelt die advocaten die in Nederland praktijk uitoefenen, verbieden een geïntegreerd samenwerkingsverband met accountants aan te gaan. [114]

137. Blijkens de rechtspraak heeft het begrip „onderneming" in artikel 86 dezelfde betekenis als in artikel 85 van het Verdrag. [115] Overeenkomstig de definitie die het Hof in het arrest Höfner en Elser [116] heeft gegeven, omvat het begrip onderneming dus „elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd".

113 — Derde prejudiciële vraag.

114 — Vierde prejudiciële vraag.

115 — Arrest Gerecht van 10 maart 1992, SIV e.a./Commissie (T-68/89, T-77/89 en T-78/89, Jurispr. blz. II-1403, punt 358).

116 — Reeds aangehaald (punt 21).

Het Hof heeft verder beslist, dat het begrip „economische activiteit" van toepassing is op alle activiteiten die bestaan in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt. [117] In het algemeen is een activiteit van economische aard wanneer zij, althans in beginsel, met winstoogmerk kan worden uitgeoefend door een particuliere marktdeelnemer. [118]

138. Het feit dat een eenheid een „ondernemersvereniging" in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormt, betekent niet noodzakelijkerwijs, dat zij ook een „onderneming" in de zin van het communautaire mededingingsrecht is. Zoals we hebben gezien, is uitoefening van een economische activiteit geen voorwaarde om een instelling als ondernemersvereniging te kunnen aanmerken. [119] Indien de ondernemersvereniging echter een eigen economische activiteit uitoefent, moet zij tevens als een „onderneming" in de zin van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag worden beschouwd. [120]

139. In casu stellen appellanten in het hoofdgeding, dat de NOvA, in tegenstelling tot wat de verwijzende rechter in zijn derde prejudiciële vraag suggereert, een eigen economische activiteit uitoefent. [121] Zij doelen hierbij in hoofdzaak op de activiteiten die worden uitgeoefend door een vereniging genaamd „BaliePlus".

140. Dit argument is niet steekhoudend.

141. Het staat immers vast, dat het begrip onderneming in het mededingingsrecht relatief is. [122] Het moet in elk afzonderlijk geval concreet worden toegepast op de te beoordelen specifieke activiteit. Wanneer een eenheid gelijktijdig activiteiten van verschillende aard uitoefent, „ontkoppelt" [123] het Hof deze activiteiten van elkaar: het onderzoekt uitsluitend, of de eenheid *voor de betrokken activiteit* als onderneming moet worden gekwalificeerd. [124]

142. Hieruit volgt, dat de enige vraag die in casu moet worden beantwoord, erin bestaat of de NOvA een activiteit van economische aard uitoefent, wanneer zij algemeen verbindende maatregelen vaststelt met betrekking tot het aangaan van geïntegreerde samenwerkingsverbanden met accountants door in Nederland praktijk uitoefenende advocaten.

117 — Zie met name arrest van 16 juni 1987, Commissie/Italië (118/85, Jurispr. blz. 2599, punt 7); arresten CNSD, reeds aangehaald (punt 36), en Pavlov, reeds aangehaald (punt 75).

118 — Zie de conclusies van advocaat-generaal Tesauro in de zaken Poucet en Pistre, reeds aangehaald (punt 8), en SAT Fluggesellschaft, reeds aangehaald (punt 9).

119 — Arresten Van Landewyck e.a./Commissie, reeds aangehaald (punten 87 en 88), en IAZ e.a./Commissie, reeds aangehaald (punten 19 en 20).

120 — Arrest Gerecht van 2 juli 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commissie (T-61/89, Jurispr. blz. II-1931, punt 50).

121 — Schriftelijke opmerkingen van appellanten in het hoofdgeding (punt 121).

122 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Albany, reeds aangehaald (punt 207).

123 — Volgens de uitdrukking van Idot, L., „Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? A propos de quelques développements récents...", in *Europe*, januari 1996, blz. 1 (punt 24).

124 — Zie met name arrest van 16 juni 1987, Commissie/Italië, reeds aangehaald (punt 7), en arrest Diego Cali & Figli, reeds aangehaald (punten 16-18).

143. Welnu, zoals de Raad van State in zijn derde prejudiciële vraag te kennen heeft gegeven, is die activiteit niet van economische aard. De NOvA oefent haar verordenende bevoegdheid uit teneinde het beroep van advocaat in Nederland te organiseren. Zij biedt geen diensten op de markt aan tegen beloning. Het is trouwens moeilijk voorstelbaar, dat een particuliere ondernemer die winst nastreeft, zich eigener beweging met een dergelijke regelgevende activiteit zou gaan bezighouden.

144. Dit betekent, dat het begrip onderneming in de zin van artikel 86 van het Verdrag niet van toepassing is op een beroepsorganisatie van advocaten zoals de NOvA, wanneer zij algemeen verbindende maatregelen vaststelt met betrekking tot het aangaan van geïntegreerde samenwerkingsverbanden met accountants door advocaten die op het nationaal grondgebied praktijk uitoefenen.

145. Appellanten in het hoofdgeding hebben echter nog een andere mogelijkheid geopperd, namelijk dat het Hof het bestaan van een *collectieve machtspositie* van de in Nederland ingeschreven advocaten vaststelt. [125]

146. De Raad van State heeft het Hof geen uitleggingsvraag gesteld met betrekking tot het bestaan van een collectieve machtspositie van de Nederlandse advocaten. Het voorwerp van de derde prejudiciële vraag is beperkt tot de vraag, of de NOvA moet worden beschouwd als een onderneming in de zin van artikel 86 van het Verdrag. Aangezien het vraagstuk van de collectieve machtspositie echter van belang kan zijn voor het verdere verloop van de procedure in het hoofdgeding, zal ik kort ingaan op de argumenten die appellanten daartoe hebben aangevoerd.

147. Het begrip „collectieve machtspositie" kan worden omschreven als volgt. [126]

Het heeft betrekking op de situatie waarin tussen twee of meer ondernemingen zodanige banden of verbindende factoren bestaan, dat zij economisch gezien presteren als een collectieve eenheid die in staat is, zich in aanzienlijke mate onafhankelijk van de andere concurrenten, de afnemers en de consumenten te gedragen. Overeenkomstig deze definitie is voor een collectieve machtspositie vereist, dat er voldoende nauwe banden tussen de ondernemingen bestaan om een uniforme gedragslijn op de markt te volgen. [127]

125 — Schriftelijke opmerkingen van appellanten in het hoofdgeding (punten 121-124).

126 — Zie arresten van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie (C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punt 221), en 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie (C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, punten 36, 41 en 42).

127 — Arrest van 27 april 1994, Almelo (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punt 42); arresten Centro Servizi Spediporto, reeds aangehaald (punt 33); DIP e.a., reeds aangehaald (punt 26), en arrest van 17 juni 1997, Sodemare e.a. (C-70/95, Jurispr. blz. I-3395, punt 46).

148. De precieze betekenis van het begrip „banden" die de ondernemingen met elkaar verenigen, is onzeker. [128] Bij de huidige stand van de rechtspraak kan ervan worden uitgegaan, dat deze banden van structurele aard [129], juridische aard [130] of economische aard [131] kunnen zijn. Voorts doen sommige uitspraken [132] vermoeden, dat het begrip „economische banden" eenvoudigweg doelt op de onderlinge economische afhankelijkheid zoals die tussen de leden van een oligopolie. [133]

Wat betreft de banden van juridische aard heeft het Hof overwogen, dat een ondernemersafspraak in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie. De enkele omstandigheid dat twee of meer ondernemingen met elkaar zijn verbonden door een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, biedt op zich onvoldoende grond voor een dergelijke vaststelling. [134] Niettemin heeft het Hof geoordeeld, dat „de tenuitvoerlegging van een overeenkomst, een besluit of een onderling afgestemde feitelijke gedraging [...] onbetwistbaar tot gevolg [kan] hebben, dat de betrokken ondernemingen zich wat hun gedrag op een bepaalde markt betreft zodanig met elkaar hebben verbonden, dat zij op deze markt ten opzichte van hun concurrenten, hun handelspartners en de consumenten als een collectieve eenheid optreden". [135]

149. Ten slotte lijkt het Hof ettelijke malen [136] te hebben aangegeven, dat een van de kenmerken van een collectieve machtspositie bestaat in het ontbreken van onderlinge mededinging tussen de betrokken marktdeelnemers. [137]

150. Van oudsher heeft een collectieve machtspositie betrekking op de situatie waarin de marktdeelnemers een oligopolistische positie op de markt innemen. In het licht van de uit de rechtspraak voortvloeiende beginselen kan echter niet worden uitgesloten, dat dit begrip ook van toepassing is op de vrije beroepen. [138]

151. Het is immers denkbaar, dat de beoefenaren van een vrij beroep op een bepaalde manier door „structurele" of „juridische" banden met elkaar zijn verenigd in de zin

128 — Korah, V., „Compagnie Maritime Belge, Collective Dominant Position and Exclusionary Pricing", in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Brussel, 1999, blz. 1101 (blz. 1110).

129 — Arrest Gerecht van 7 oktober 1999, Irish Sugar/Commissie (T-228/97, Jurispr. blz. II-2969, punten 50-52). Tegen dit arrest is inmiddels hogere voorziening ingesteld in de zaak C-497/99 P, Irish Sugar/Commissie.

130 — Arrest van 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, reeds aangehaald (punten 43-48).

131 — Ibid. (punten 42 en 45).

132 — Ibid. (punt 45), en arrest Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie (T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punten 273-276).

133 — Zie in die zin Muñiz Fernández, P., „Increasing powers and increasing uncertainty: collective dominance and pricing abuses", in *ELRev.*, 2000, blz. 645 (blz. 648 en 649).

134 — Arrest van 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 43).

135 — Ibid. (punt 44).

136 — Arresten Centro Servizi Spediporto, reeds aangehaald (punt 34), en DIP e.a., reeds aangehaald (punt 27).

137 — Zie in die zin de voetnoot op blz. 81 van de conclusie van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Sodemare e.a., reeds aangehaald.

138 — Zie in dit verband *Politique de la concurrence et professions libérales*, OCDE, Parijs, 1985 (punt 69).

van de rechtspraak. Door hun verplichte aansluiting bij de bevoegde orde zijn de beroepsgenoten verenigd in een collectieve eenheid die tot doel heeft, gemeenschappelijke voorwaarden voor de uitoefening van het beroep vast te stellen en toe te passen. [139] Bovendien kunnen de regels waaraan de beroepsgenoten zijn onderworpen, de tussen hen bestaande mededinging ten aanzien van de prijs, diensten en reclame soms aanzienlijk beperken. Het is dus mogelijk, beroepsregels aan te merken als besluiten van ondernemersverenigingen die, eenmaal uitgevoerd, „tot gevolg hebben, dat de betrokken ondernemingen zich wat hun gedrag op [de] markt betreft zodanig met elkaar hebben verbonden, dat zij op deze markt ten opzichte van hun concurrenten, hun handelspartners en de consumenten als een collectieve eenheid optreden". [140]

152. In dat geval kan het nodig blijken te onderzoeken, of de gedragingen van de leden van de beroepsgroep „misbruik" van een collectieve machtspositie opleveren in de zin van artikel 86 van het Verdrag dan wel of hun gedragingen de mededinging op de markt juist versterken. [141] Vervolgens zou mogelijk moeten worden bezien, of de gedragingen van de beroepsgroep objectief kunnen worden gerechtvaardigd. [142] Tot slot zou men zich kunnen afvragen, of de uit het misbruik voortvloeiende beperking van de mededinging overeenkomstig artikel 90, lid 2, van het Verdrag noodzakelijk is ter vervulling van de eventueel aan de leden der beroepsgroep opgedragen taak van openbaar belang.

153. In casu kan hierover echter geen standpunt worden ingenomen. Het door appellanten in het hoofdgeding gevraagde onderzoek is niet mogelijk, omdat de daartoe noodzakelijke feitelijke en juridische gegevens in het dossier ontbreken.

154. Ik geef het Hof dan ook in overweging, de derde prejudiciële vraag aldus te beantwoorden, dat het begrip onderneming in artikel 86 van het Verdrag niet van toepassing is op een beroepsorganisatie van advocaten als de NOvA, wanneer deze krachtens een bij wet verleende verordenende bevoegdheid algemeen verbindende maatregelen vaststelt die advocaten verbieden een geïntegreerd samenwerkingsverband aan te gaan met beoefenaren van het accountantsberoep. Dit betekent, dat de vierde prejudiciële vraag, betreffende een eventueel misbruik door de NOvA, zonder voorwerp is.

139 — Zie op dit punt arrest Gerecht van 8 oktober 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie (T-24/93—T-26/93 en T-28/93, Jurispr. blz. II-1201, punt 65).

140 — Arrest van 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 44).

141 — Zie arrest DLG, reeds aangehaald (punten 49-52), en punt 112 van deze conclusie.

142 — Zie arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie (C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punt 37), en arrest Gerecht van 12 december 1991, Hilti/Commissie (T-30/89, Jurispr. blz. II-1439, punten 102-119). Zie ook beschikking 2000/12/EG van de Commissie van 20 juli 1999 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag en artikel 54 van de EER-overeenkomst (Zaak IV/36.888 — WK Voetbal 1998) (PB 2000, L 5, blz. 55, punten 105-114 van de overwegingen).

VII — Artikel 90, lid 2, van het Verdrag

155. De vijfde prejudiciële vraag heeft betrekking op de uitlegging van artikel 90, lid 2, van het Verdrag. De tekst van deze bepaling luidt als volgt:

„De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van het Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap."

156. De Raad van State vraagt, of de NOvA onder de werkingssfeer van artikel 90, lid 2, kan vallen. Meer in het bijzonder wil de verwijzende rechter weten, of de NOvA kan worden beschouwd als een eenheid belast met het beheer van een dienst van „algemeen economisch belang", aangezien zij de bestreden verordening heeft vastgesteld met het specifieke oogmerk om de onafhankelijkheid en de partijdigheid van de advocaat te waarborgen.

157. Artikel 90, lid 2, van het Verdrag noemt zes voorwaarden voor de toepassing ervan: de *ondernemingen* [eerste voorwaarde] *belast* [tweede voorwaarde] met het beheer van *diensten van algemeen economisch belang* [derde voorwaarde] vallen onder de regels van het Verdrag, *voorzover* [vijfde voorwaarde] de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet *verhindert* [vierde voorwaarde], mits de *ontwikkeling van het handelsverkeer* [zesde voorwaarde] niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

158. Ik zal eerst ingaan op de beginselen die in de rechtspraak met betrekking tot elk van deze voorwaarden zijn geformuleerd. Daarna zal ik de feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding aan die beginselen toetsen.

A — *De voorwaarden voor toepassing van artikel 90, lid 2, van het Verdrag*

159. De eerste voorwaarde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag levert geen problemen op.

Het begrip onderneming in deze bepaling heeft dezelfde betekenis als in de arti-

kelen 85 en 86 van het Verdrag. [143] In het reeds aangehaalde arrest Höfner en Elser is het begrip onderneming voor het communautaire mededingingsrecht uniform gedefinieerd. Artikel 90, lid 2, van het Verdrag is derhalve van toepassing op alle ondernemingen, openbare zowel als particuliere. [144]

160. De tweede voorwaarde veronderstelt, dat de onderneming *krachtens een overheidsbesluit* [145] is „belast" met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang.

In principe vormt de enkele uitoefening van een gereglementeerde activiteit onder overheidstoezicht onvoldoende grond om een eenheid onder de werkingssfeer van artikel 90, lid 2, van het Verdrag te brengen, ook al is het toezicht op die eenheid scherper. [146] Gaandeweg echter heeft het Hof zijn eisen betreffende het bestaan van een formeel overheidsbesluit aanmerkelijk versoepeld.

Aanvankelijk was het van oordeel, dat artikel 90, lid 2, niet noodzakelijkerwijs een wet of bestuursbesluit vereiste. [147] De handeling van het openbaar gezag kan ook een eenvoudige publiekrechtelijke concessie [148] zijn of „concessies [die] zijn verleend ter concretisering van verplichtingen die zijn opgelegd aan ondernemingen welke bij wet zijn belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang". [149] Vervolgens heeft het Hof in het arrest Albany [150] impliciet beslist, dat de enkele omstandigheid dat de sociale partners een bedrijfspensioenfonds in het leven hadden geroepen en de overheid verzochten de aansluiting bij dit fonds verplicht te stellen, volstond om dit fonds te kunnen aanmerken als een onderneming die *belast* is met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag. [151]

161. Wat de derde voorwaarde aangaat, ontbreekt in de rechtspraak van het Hof 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 onder-

143 — Zie in deze zin arrest Pavlov, reeds aangehaald (punt 77).

144 — Arrest van 21 maart 1974, BRT II (127/73, Jurispr. blz. 313, punt 20).

145 — Arrest BRT II, reeds aangehaald (punt 20), en arrest van 11 april 1989, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro (66/86, Jurispr. blz. 803, punt 55).

146 — Arresten van 14 juli 1981, Züchner (172/80, Jurispr. blz. 2021, punt 7), en 2 maart 1983, GVL/Commissie (7/82, Jurispr. blz. 483, punten 29-32).

147 — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk (C-159/94, Jurispr. blz. I-5815, punt 66).

148 — Arrest Almelo, reeds aangehaald (punt 47).

149 — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald (punt 66).

150 — Reeds aangehaald (punten 98-111).

151 — Zie in dit verband de opmerkingen van Gyselen, L., annotatie bij de arresten van 21 september 1999, Albany, reeds aangehaald; Brentjens (C-115/97—C-117/97, Jurispr. blz. I-6025), en Drijvende Bokken (C-219/97, Jurispr. blz. I-6121), in *Common Market Law Review*, 2000, blz. 425 (blz. 445).

scheidt van andere economische activiteiten". [152] Het Hof gebruikt echter verschillende uitdrukkingen voor de in artikel 90, lid 2, van het Verdrag bedoelde diensten, die nagenoeg uitwisselbaar zijn: dienst van algemeen belang [153], universele dienst [154] of eenvoudigweg openbare dienst. [155]

162. In feite is het aan de lidstaten om de inhoud van hun diensten van algemeen economisch belang te definiëren. Zij beschikken daartoe over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid, omdat het Hof slechts tussenbeide komt om eventueel misbruik te bestraffen, wanneer de lidstaten de belangen van de Gemeenschap schaden. [156] Artikel 90, lid 2, strekt er immers toe, het belang van de lidstaten om gebruik te maken van bepaalde ondernemingen als instrument van economisch, fiscaal of sociaal beleid, te verzoenen met het belang van de Gemeenschap bij de naleving van de mededingingsregels en bij het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt. [157]

163. Aldus heeft het Hof onder de werkingssfeer van artikel 90, lid 2, van het Verdrag gebracht: televisiemaatschappijen, die een taak van openbaar belang vervullen [158], luchtvaartmaatschappijen die verplicht zijn onrendabele lijnen te bedienen [159], een onderneming die met de elektriciteitsvoorziening is belast [160], een fonds dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling die een essentiële sociale functie vervult in het pensioenstelsel van een staat [161], het aan de gebruikers ter beschikking stellen van een openbaar telefoonnet [162], de postbezorging op het nationaal grondgebied [163], het beheer van bepaalde afvalstoffen ter oplossing van een milieuprobleem [164] en een met het oog op de handhaving van de openbare veiligheid verzekerde universele dienst inzake het vast- en ontmeren van schepen. [165]

Daarentegen heeft het Hof geweigerd bepaalde havenwerkzaamheden zonder specifieke aard [166] en sommige, van de universele dienst van de postbezorging te scheiden diensten [167] aan te merken als „dienst van algemeen economisch belang".

164. Ingevolge de vierde voorwaarde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag kunnen de

152 — Arresten van 10 december 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Jurispr. blz. I-5889, punt 27); 17 juli 1997, GT-Link (C-242/95, Jurispr. blz. I-4449, punt 53), en 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 45).

153 — Arrest van 19 mei 1993, Corbeau (C-302/91, Jurispr. blz. I-2533, punt 19).

154 — Arrest Corsica Ferries France, reeds aangehaald (punt 45).

155 — Ibid. (punt 60).

156 — Blum, F., „De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle; la jurisprudence récente de l'article 90", in *Gazette du Palais*, 1999, nr. 20, blz. 12 (blz. 21).

157 — Arrest van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie (C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punt 12), en arrest Albany, reeds aangehaald (punt 103).

158 — Arrest van 30 april 1974, Sacchi (155/73, Jurispr. blz. 409, punten 13-15).

159 — Arrest Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro, reeds aangehaald (punt 55).

160 — Arrest Almelo, reeds aangehaald (punt 48), en arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland (C-157/94, Jurispr. blz. I-5699, punt 41).

161 — Arrest Albany, reeds aangehaald (punt 105).

162 — Arrest van 13 december 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Jurispr. blz. I-5941, punt 16).

163 — Arrest Corbeau, reeds aangehaald (punt 15).

164 — Arrest van 23 mei 2000, Sydhavnens Sten & Grus (C-209/98, Jurispr. blz. I-3743, punt 75).

165 — Arrest Corsica Ferries France, reeds aangehaald (punten 45 en 60).

166 — Arresten Merci convenzionali porto di Genova, reeds aangehaald (punt 27), en GT-Link, reeds aangehaald (punten 52 en 53).

167 — Arrest Corbeau, reeds aangehaald (punt 19).

met een dienst van algemeen economisch belang belaste ondernemingen aan de toepassing van de mededingingsregels ontsnappen, wanneer die toepassing de vervulling van hun bijzondere taak zou „verhinderen".

Teneinde een onderneming in staat te stellen het hoofd te bieden aan de haar opgelegde beperkingen, verlenen de overheidsautoriteiten haar doorgaans uitsluitende of bijzondere rechten. Artikel 90, lid 2, van het Verdrag biedt dan de mogelijkheid, de uit de verlening of de uitoefening van dergelijke rechten voortvloeiende beperkingen van de mededinging en zelfs een uitsluiting van alle mededinging te rechtvaardigen.

Om aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 90, lid 2, van het Verdrag te voldoen, acht het Hof het niet noodzakelijk dat de toepassing van de mededingingsregels het voortbestaan, de economische levensvatbaarheid of het financiële evenwicht van de onderneming bedreigt. [168] 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. [169]

165. De vijfde voorwaarde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag komt neer op een evenredigheidstoetsing.

Volgens de tekst van deze bepaling vallen ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de regels van het Verdrag, „voorzover" de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

Hieruit volgt, dat beperkingen van de mededinging van andere marktdeelnemers slechts toelaatbaar zijn „voorzover zij noodzakelijk zijn om de met een dergelijke taak van algemeen belang belaste onderneming in staat te stellen, die taak te vervullen". [170] Bij de evenredigheidstoetsing wordt dus nagegaan, of de bijzondere taak van de onderneming niet kan worden vervuld door middel van maatregelen die de mededinging minder beperken. [171] Met andere woorden, er dient te worden geko-

168 — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald (punten 59 en 95), en arrest Pavlov (punt 107).

169 — Arrest Pavlov, reeds aangehaald (punt 107). Zodoende heeft het Hof zijn eisen betreffende de vierde voorwaarde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag aanmerkelijk versoepeld. Aanvankelijk verlangde het immers het bewijs dat de toepassing van de mededingingsregels *onverenigbaar* was met de uitoefening van de bijzondere taak van de onderneming (zie arrest Sacchi, reeds aangehaald, punt 15; arrest van 3 oktober 1985, CBEM, 311/84, Jurispr. blz. 3261, punt 17; arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald, punt 24, en arrest van 18 juni 1991, ERT, C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punt 33).

170 — Arrest Almelo, reeds aangehaald (punt 49). Zie ook arrest Corbeau, reeds aangehaald (punt 14).

171 — Arrest Sydhavnens Sten & Grus, reeds aangehaald (punt 80).

zen voor de oplossing die, rekening houdend met de op de onderneming rustende verplichtingen en beperkingen, „het minst schadelijk is" [172] voor de mededinging.

166. Volgens de laatste voorwaarde ten slotte mag „de ontwikkeling van het handelsverkeer [...] niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap".

Voorzover mij bekend, heeft het Hof zich nog niet uitgesproken over de inhoud en de draagwijdte van deze voorwaarde. In de arresten Commissie/Nederland, Commissie/Italië en Commissie/Frankrijk [173] overwoog het, dat „het [...] aan de Commissie [stond] om [...] onder toezicht van het Hof het belang van de Gemeenschap te definiëren in het licht waarvan de ontwikkeling van het handelsverkeer moet worden geëvalueerd". Het is echter moeilijk conclusies aan deze arresten te verbinden, omdat ze alle zijn gewezen binnen de specifieke context van niet-nakomingsprocedures. De aan de Commissie opgelegde verplichting hangt dan ook samen met de bewijslastregels in dit soort procedures.

Niettemin hebben sommige advocaten-generaal een standpunt over deze kwestie ingenomen. [174] Zij menen dat voor beïnvloeding van de ontwikkeling van het handelsverkeer in de zin van artikel 90, lid 2 — in tegenstelling tot de klassieke omschrijving van het begrip maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking — het bewijs vereist is, dat de litigieuze maatregel het intracommunautaire handelsverkeer daadwerkelijk wezenlijk heeft beïnvloed. Gezien de bewoordingen van artikel 90, lid 2, van het Verdrag lijkt dit standpunt mij inderdaad gerechtvaardigd.

B — *De feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding*

167. In casu wordt door verschillende interveniërende partijen gesteld, dat de NOvA binnen de werkingssfeer van artikel 90, lid 2, van het Verdrag valt.

Naar hun mening is de Orde belast met een taak van algemeen belang, omdat zij een behoorlijke uitoefening van de praktijk door advocaten dient te bevorderen en regels moet vaststellen ter waarborging van de toegang van de justitiabelen tot het recht en de rechter. Indien het Hof zou oordelen dat de NOvA een ondernemersvereniging is in de zin van artikel 85, lid 1,

172 — Zoals Kovar, R., dit uitdrukte in „La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée (2e partie)", in *Europe*, 1994, blz. 2.

173 — Arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland, reeds aangehaald (punt 69); Commissie/Italië (C-158/94, Jurispr. blz. I-5789, punt 65), en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald (punt 113).

174 — Conclusie van advocaat-generaal Rozès in de zaak Commissie/Italië (arrest van 7 juni 1983, 78/82, Jurispr. blz. 1955, punt VI-C) en de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in de zaken Commissie/Nederland; Commissie/Italië, en Commissie/Frankrijk (punt 126) (arresten van 23 oktober 1997, reeds aangehaald).

van het Verdrag, dient het ook de afwijkingsbepalingen van artikel 90, lid 2, van het Verdrag op de Orde toe te passen.

168. Ik deel deze zienswijze niet.

169. Bij de bespreking van de derde prejudiciële vraag heb ik geconstateerd, dat het ondernemingsbegrip van artikel 86 van het Verdrag niet van toepassing is op de NOvA, wanneer zij algemeen verbindende maatregelen vaststelt met betrekking tot het aangaan van een geïntegreerd samenwerkingsverband met accountants door in Nederland praktijk uitoefenende advocaten.

Zoals we hebben gezien, heeft het begrip onderneming in artikel 90, lid 2, dezelfde betekenis als in artikel 86 van het Verdrag. Voor alle verdragsbepalingen inzake de mededinging geldt een eenvormige definitie van dit begrip. De NOvA kan dus niet worden aangemerkt als een onderneming in de zin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.

170. Naar mijn mening kan artikel 90, lid 2, daarentegen wel worden toegepast op *advocaten* die hun activiteiten in Nederland uitoefenen. Wat deze bijzondere categorie marktdeelnemers betreft, is mijns inziens namelijk voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van deze bepaling.

171. *In de eerste plaats* is de Nederlandse advocaat, voorzover hij als zelfstandige werkzaam is, een onderneming in de zin van het communautair mededingingsrecht.[175] Hij biedt diensten aan op de markt voor juridische dienstverlening. Hij vraagt en ontvangt van zijn cliënten een beloning in ruil voor de verrichte diensten. Bovendien draagt hij de financiële risico's die zijn verbonden met de uitoefening van zijn activiteit.

172. *In de tweede plaats* kan de advocaat volgens mij worden beschouwd als een onderneming die „belast" is met het beheer van een „dienst van algemeen economisch belang" in de zin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.

173. Het is immers een feit, dat de Europese Unie en haar lidstaten op het beginsel van de rechtsstaat berusten.[176] De communautaire en nationale rechtsstelsels kennen aan particulieren rechten toe die integraal deel uitmaken van hun juridische erfgoed.[177] Ter waarborging van het beginsel van de rechtsstaat hebben de lidstaten

175 — Zie punt 51 van deze conclusie.

176 — Arrest van 23 april 1986, Les Verts/Parlement (294/83, Jurispr. blz. 1339, punt 23), en preambule van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB 2000, C 364, blz. 1).

177 — Zie wat betreft de communautaire rechtsorde, arrest van 5 februari 1963, Van Gend & Loos (26/62, Jurispr. blz. 1, blz. 23).

verschillende rechterlijke instanties in het leven geroepen. Tevens hebben zij het beginsel geformuleerd, dat particulieren zich in alle omstandigheden tot deze instanties moeten kunnen wenden om hun rechten te doen erkennen en eerbiedigen.

174. Gelet echter op de complexiteit van de wetgeving en de organisatie van de rechterlijke macht, zijn particulieren slechts zelden in staat om zelf voor hun rechten op te komen. De advocaat verleent hun de daarbij noodzakelijke bijstand.

In het kader van zijn adviespraktijk helpt de advocaat zijn cliënten hun verschillende activiteiten te organiseren met inachtneming van de wet. Ook verzekert hij de verdediging van hun rechten ten overstaan van andere particulieren en de overheid. Voorts kan hij hen informeren over het nut of de noodzaak om een rechtsvordering in te stellen. In het kader van zijn activiteit als rechtsbijstandverlener moet de advocaat zorgen voor een adequate en doeltreffende belangenbehartiging van de rechtzoekenden. Uit hoofde van zijn kwalificaties moet hij de regels kennen die hem in staat stellen het standpunt van zijn cliënt voor de rechter op adequate wijze naar voren te brengen. In die zin neemt de advocaat een centrale positie in de rechtsbedeling in, als bemiddelaar tussen de rechtzoekende en de rechter. [178] Overigens beschouwt het Hof advocaten als hulporganen van de justitie [179] en medewerkers bij de rechtspleging. [180]

175. Hieruit volgt, dat de advocaat activiteiten uitoefent die van wezenlijk belang zijn in een rechtsstaat. Hij stelt particulieren in staat de hun toegekende rechten beter te kennen, te begrijpen en uit te oefenen. Met andere woorden, de advocaat garandeert in een rechtsstaat *de effectiviteit* van het beginsel van toegang van de justitiabelen tot het recht en de rechter.

Het belang van de taak van de advocaat is overigens voor de Europese Unie en haar lidstaten aanleiding geweest, het recht op bijstand en vertegenwoordiging door een raadsman tot een fundamenteel recht uit te roepen. [181] Tevens hebben de meeste democratische samenlevingen het onontbeerlijk geacht, rechtsbijstandsregelingen in het leven te roepen die een ieder in staat stellen zich door een advocaat te doen bijstaan, ongeacht zijn inkomsten en de ernst van de hem verweten feiten.

176. Gelet op deze aspecten oefent de advocaat activiteiten uit die „een algemeen economisch belang dienen dat deze onder-

178 — Arrest EHRM van 20 mei 1998, Schöpfer/Zwitserland, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, blz. 1042, punt 29.

179 — Arrest van 3 december 1974, Van Binsbergen (33/74, Jurispr. blz. 1299, punt 14).

180 — Arrest van 18 mei 1982, AM & S/Commissie (155/79, Jurispr. blz. 1575, punt 24).

181 — Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

scheidt van andere economische activiteiten". [182]

177. Bovendien kan uit sommige bepalingen van het Nederlandse recht worden afgeleid, dat de in Nederland ingeschreven advocaat daadwerkelijk krachtens overheidsbesluit is „belast" met zijn bijzondere taak.

Artikel 11, lid 1, van de Advocatenwet verleent aan in Nederland ingeschreven advocaten de bevoegdheid om voor alle rechterlijke colleges binnen het Rijk, zowel in burgerlijke als in strafzaken, op te treden. Voorts bepaalt artikel 46 van de Advocatenwet, dat advocaten aan tuchtrechtspraak zijn onderworpen „ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die zij als advocaat behoren te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen". Laatstgenoemde bepaling veronderstelt het bestaan van een bijzondere verantwoordelijkheid van de advocaat in het kader van de uitoefening van zijn taak als verdediger van de belangen van de rechtzoekende.

Aangezien het Hof de eisen betreffende het bestaan van een formeel overheidsbesluit aanmerkelijk heeft versoepeld, lijken mij dit soort bepalingen voldoende voor de vaststelling, dat de advocaat die in Nederland praktijk uitoefent, door de Nederlandse autoriteiten is „belast" met zijn bijzondere taak. [183]

178. Derhalve ben ik van oordeel, dat de in Nederland ingeschreven advocaat een onderneming belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang is in de zin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.

179. *In de derde plaats* kan de toepassing van de communautaire mededingingsregels de vervulling van de bijzondere taak van de advocaat verhinderen.

180. Teneinde advocaten in staat te stellen hun taak van „openbaar belang", zoals ik die hierboven heb omschreven, te vervullen, hebben de overheidsautoriteiten hun een reeks van beroepsprerogatieven en -verplichtingen toegekend. Drie daarvan behoren tot de essentie zelve van het beroep van advocaat in alle lidstaten. Het betreft de verplichtingen betreffende de onafhankelijkheid van de advocaat, de inachtneming van het beroepsgeheim en de noodzaak om belangenconflicten te vermijden.

182 — Reeds aangehaalde arresten Merci convenzionali porto di Genova (punt 27), GT-Link (punt 53), en Corsica Ferries France (punt 45).

183 — Zie ook *Commentaire J. Megret*, reeds aangehaald (punt 290): „Niet valt in te zien waarom organen die kennelijk zijn opgericht met het oog op een doel van algemeen belang, buiten de toepassing van artikel 90, lid 2, moeten vallen op de enkele grond dat een formele handeling ontbreekt. Zodra de onderneming feitelijk een activiteit van algemeen belang uitoefent en zij daarvoor aan overheidstoezicht is onderworpen, is er geen enkele reden haar een beroep op voornoemde bepaling te ontzeggen." Vertaalde tekst.

181. Het vereiste van onafhankelijkheid houdt in, dat de advocaat zijn activiteiten op het gebied van advisering, bijstand en vertegenwoordiging *uitsluitend* in het belang van zijn cliënt mag uitoefenen. Dit komt tot uitdrukking in de relatie tot overheidsorganen, andere marktpartijen en derden, door wie de advocaat zich nimmer mag laten beïnvloeden. Het komt tevens tot uitdrukking in de relatie met de cliënt, die niet de werkgever van zijn advocaat mag worden. De onafhankelijkheid vormt een essentiële waarborg voor de justiabele en de rechterlijke macht, zodat de advocaat zich niet in zaken mag mengen of samenwerkingen mag aangaan die die onafhankelijkheid kunnen bedreigen.

182. Het beroepsgeheim is de basis van de vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt. Het betekent, dat de advocaat geen informatie mag verspreiden die hem door zijn cliënt is verstrekt. Ratione temporis strekt het beroepsgeheim zich uit tot de periode na beëindiging van zijn opdracht en ratione personae tot alle derden. Het vormt tevens „een essentiële waarborg voor de vrijheid van het individu en de goede werking van de justitie" [184] (vertaalde tekst), zodat het in de meeste lidstaten deel uitmaakt van de openbare orde.

183. Tot slot heeft de advocaat jegens zijn cliënt een loyaliteitsverplichting op grond waarvan hij gehouden is elk belangenconflict te vermijden. Dit betekent, dat hij geen partijen mag adviseren, bijstaan of vertegenwoordigen wier belangen tegengesteld zijn of waren. Bovendien mag de advocaat ten gunste van een cliënt geen gebruik maken van informatie die betrekking heeft op of afkomstig is van een andere cliënt.

184. Gelet op deze kenmerken kan het in de bestreden verordening bepaalde samenwerkingsverbod noodzakelijk zijn om de advocaat in staat te stellen de hem toevertrouwde bijzondere taak te vervullen.

185. In de eerste plaats kan het bestaan van geïntegreerde structuren waarin advocaten en accountants samenwerken, een bedreiging vormen voor de onafhankelijkheid van de advocaat.

Er is namelijk een zekere onverenigbaarheid tussen de „adviserende" activiteit van de advocaat en de „controlerende" activiteit van de accountant. Uit de door de NOvA ingediende schriftelijke opmerkingen blijkt, dat de accountant in Nederland een taak heeft op het gebied van de controle van de jaarrekeningen. [185] Hij verricht een objectief onderzoek en een objectieve controle van de boekhouding van zijn cliënten, teneinde aan belanghebbende derden zijn persoonlijke visie op de betrouwbaarheid van deze boekhoudkundige gegevens te kunnen geven.

184 — Lambert, P., *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Bruylant, Brussel, 1994, 3e druk, blz. 432. Zie in die zin ook Damien, A., in *La profession d'avocat*, Gazette du Palais, Litec, Parijs, 1991, die meent dat „het beroepsgeheim uitsluitend is ingegeven door het sociaal belang" (blz. 60). Vertaalde tekst.

185 — Schriftelijke opmerkingen van de NOvA (punt 36 e.v.).

De advocaat zou zijn cliënt echter niet langer op onafhankelijke wijze kunnen adviseren en verdedigen, indien hij deel uitmaakte van een structuur die *mede* tot taak heeft verslag te doen van de financiële resultaten van transacties waarbij hij betrokken is geweest. Met andere woorden, het creëren van een economische belangengemeenschap met beoefenaren van het accountantsberoep zou de advocaat ertoe kunnen brengen — of zelfs kunnen dwingen — rekening te houden met andere overwegingen dan uitsluitend het belang van zijn cliënt.

186. In de tweede plaats kan het bestaan van een geïntegreerde samenwerking tussen advocaten en accountants een groot obstakel vormen voor de inachtneming van het beroepsgeheim van de advocaat.

Zodra leden van beide beroepsgroepen eenmaal hebben besloten tot deling van de winst, de verliezen en de financiële risico's die uit hun samenwerkingsverband voortvloeien, hebben zij er een kennelijk belang bij om de gegevens over hun gemeenschappelijke cliënten onderling uit te wisselen. Zo kan de accountant ertoe worden verleid, aan de advocaat informatie te vragen over, bijvoorbeeld, de onderhandelingen die deze in het kader van een bepaald geschil voert. Op zijn beurt kan de advocaat in de verleiding komen om gegevens aan de accountant te vragen waarmee hij de zaak van zijn cliënt voor de rechter beter naar voren kan brengen.

Het risico van schending van het beroepsgeheim van de advocaat is des te groter, omdat de accountant in sommige omstandigheden wettelijk verplicht is aan de bevoegde autoriteiten informatie te verstrekken over de activiteit van zijn cliënten.

187. Derhalve ben ik van mening, dat de uit de SWV voortvloeiende beperking van de mededinging noodzakelijk is om in het algemeen belang bepaalde kenmerken te beschermen die tot de essentie van het advocatenberoep in Nederland behoren.

188. *In de vierde plaats* beïnvloedt het litigieuze samenwerkingsverbod de ontwikkeling van het handelsverkeer niet in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

Bij de bespreking van de tweede prejudiciele vraag heb ik weliswaar vastgesteld, dat de litigieuze verordening het handelsverkeer tussen lidstaten negatief kan beïnvloeden [186], doch in tegenstelling tot artikel 85, lid 1, van het Verdrag vereist artikel 90, lid 2, dat de bestreden maatregel de ontwikkeling van het intracommunautaire handelsverkeer daadwerkelijk wezenlijk heeft beïnvloed. Hiervan is in casu echter geen sprake.

186 — Zie de punten 128-132 van deze conclusie.

De litigieuze verordening kan enkel het intracommunautaire handelsverkeer van „geïntegreerde" diensten beperken. Zij verbiedt advocaten en accountants niet, los van elkaar hun diensten aan te bieden aan cliënten die in andere lidstaten zijn gevestigd. Zij raakt evenmin de mogelijkheid voor in andere lidstaten gevestigde advocaten en accountants om onafhankelijk van elkaar opdrachten van Nederlandse cliënten te accepteren. Er is dus geen enkel gegeven dat de conclusie wettigt, dat de SWV de ontwikkeling van het handelsverkeer wezenlijk belemmert in de zin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.

189. *Tot slot* moet nog worden onderzocht, of het bestreden samenwerkingsverbod de *evenredigheidstoets* kan doorstaan, dat wil zeggen of het de minst schadelijke oplossing is uit mededingingsoogpunt.

190. Er zijn diverse indicaties, dat de beperking van de mededinging niet verder gaat dan hetgeen strikt noodzakelijk is om de Nederlandse advocaten in staat te stellen hun taak te vervullen.

191. Om te beginnen verbiedt de bestreden verordening slechts de meest intensieve vormen van samenwerking tussen advocaten en accountants. Zij verbiedt enkel het aangaan van een „geïntegreerd" samenwerkingsverband, dat wil zeggen een samenwerkingsverband met deling van winst, zeggenschap en eindverantwoordelijkheid. [187] Afgezien van deze bijzondere vorm van samenwerking mogen advocaten en accountants elke andere vorm van samenwerking op de Nederlandse markt aangaan. [188]

192. In de tweede plaats denk ik, dat de waarborging van de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat niet kan worden verzekerd door maatregelen die de mededinging in mindere mate beperken.

193. De voorstanders van geïntegreerde samenwerkingsverbanden plegen naar voren te brengen, dat er verschillende mechanismen zijn die de eerbiediging van de aan de advocatuur eigen beroepsregels kunnen verzekeren, namelijk: (1) de orde kan tuchtmaatregelen nemen tegen advocaten die hun beroepsverplichtingen niet nakomen [189]; (2) in contractuele regelingen kan de uitdrukkelijke bepaling worden opgenomen, dat de leden van het samenwerkingsverband hun beroepsverplichtingen moeten naleven, en (3) met het systeem van „Chinese muren" kan elke overdracht van informatie tussen advocaten en accountants onmogelijk worden gemaakt.

194. Deze argumenten komen mij niet overtuigend voor.

187 — Verwijzingsuitspraak.

188 — Schriftelijke opmerkingen van de NOvA (punten 216 en 217).

189 — Zie schriftelijke opmerkingen van appellanten in het hoofdgeding (punt 12).

In de eerste plaats is het een feit, dat tuchtautoriteiten geen algemeen en permanent toezicht op de beroepsgenoten kunnen uitoefenen. Een dergelijk toezicht zou trouwens ook niet wenselijk zijn, omdat het een klimaat van wantrouwen binnen het beroep zou scheppen.

In de tweede plaats roepen contractuele regelingen en het systeem van „Chinese muren" tal van praktische moeilijkheden op. [190] Zo wordt het in geval van verspreiding van vertrouwelijke informatie bijna onmogelijk een onderscheid te maken tussen de gegevens die aan de advocaat en die welke aan de accountants zijn verstrekt. Gelet bovendien op het financiële belang van sommige zaken die door geïntegreerde samenwerkingsverbanden worden behandeld, denk ik dat contractuele regelingen en „Chinese muren" op zich niet volstaan om de eerbiediging van de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat te waarborgen. [191]

195. In de derde plaats wil ik wijzen op de vaste rechtspraak van het Hof dat „het feit dat in de ene lidstaat minder strikte bepalingen gelden dan in een andere, niet [betekent] dat deze laatste onevenredig zijn en derhalve onverenigbaar met het gemeenschapsrecht". [192] Het doet dus niet ter zake, dat andere lidstaten, zoals de Bondsrepubliek Duitsland, wel geïntegreerde samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants toestaan. [193]

196. Wat hiervan ook zij, het Hof beschikt mijns inziens niet over de nodige gegevens om de vraag naar het evenredige karakter van de bestreden verordening zelf te kunnen beantwoorden.

197. Appellanten in het hoofdgeding hebben namelijk nog andere argumenten aangevoerd om aan te tonen, dat de SWV niet in verhouding staat tot het ermee nagestreefde doel. Om deze argumenten te kunnen beoordelen, is een diepgaand onderzoek nodig van de feiten van het hoofdgeding en van bepaalde juridische aspecten die eigen zijn aan de Nederlandse rechtsorde. Het gaat hierbij om het volgende.

198. Om te beginnen achten appellanten in het hoofdgeding de door de NOvA vast-

190 — Zie schriftelijke opmerkingen van de NOvA (punt 252) en de op 12 november 1999 te Athene aangenomen resolutie van de CCBE over de geïntegreerde vormen van samenwerking tussen advocaten en personen die niet tot die beroepsgroep behoren [http://www.ccbe.org (blz. 3)].

191 — In die zin meent Nallet, H., reeds aangehaald, dat „de netwerken schriftelijke garanties moeten geven met betrekking tot de manier waarop de onafhankelijkheid van de beroepen onderling en van de advocaten binnen de netwerken wordt verzekerd. *Als uitgangspunt moet blijven gelden, dat een deling van honoraria verboden is*" (blz. 107).

192 — Arresten van 10 mei 1995, Alpine Investments (C-384/93, Jurispr. blz. I-1141, punt 51); 12 december 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Jurispr. blz. I-6511, punt 42), en 1 februari 2001, Mac Quen e.a. (C-108/96, Jurispr. blz. I-837, punt 33).

193 — Opmerking verdient echter, dat het Duitse recht een beroepsregeling voor accountants kent die grotendeels overeenkomt met die voor advocaten. In het bijzonder geldt, dat accountants niet verplicht zijn informatie aan derden te verstrekken.

gestelde regels discriminerend. Zij wijzen erop, dat de NOvA advocaten uitdrukkelijk toestaat een geïntegreerde samenwerking aan te gaan met notarissen, belastingadviseurs en octrooigemachtigden. Daarentegen verbiedt zij hen een geïntegreerde samenwerking aan te gaan met accountants.

De vraag die hier aan de orde is, is of er objectieve redenen zijn die een dergelijk verschil in behandeling tussen de hierboven genoemde beroepsgroepen rechtvaardigen. Partijen verschillen hierover sterk van mening. Zij hebben een groot aantal argumenten aangevoerd betreffende de kenmerken van deze beroepen (onpartijdigheid, onafhankelijkheid, beroepsgeheim, verschoningsrecht). Het Hof is niet in staat hierover een uitspraak te doen.

199. Voorts hebben appellanten in het hoofdgeding een rapport overgelegd dat in 1999 is uitgebracht door een interdepartementale werkgroep van het ministerie van Justitie en het ministerie van Economische Zaken. [194] Deze werkgroep is volgens hen tot de conclusie gekomen, dat het verbod van interdisciplinaire samenwerkingsvormen tussen notarissen en accountants onevenredig is en niet objectief kan worden gerechtvaardigd. Appellanten in het hoofdgeding menen, dat deze conclusie ook opgaat voor geïntegreerde samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants. De status en de draagwijdte van dit rapport zijn tijdens de mondelinge behandeling besproken. Over dit vraagstuk kan het Hof zich evenmin uitspreken.

200. Bijgevolg moet het onderzoek van deze verschillende vragen aan de Raad van State worden overgelaten. Indien deze vaststelt, dat er objectieve redenen zijn om in Nederland ingeschreven advocaten toe te staan een geïntegreerde samenwerking aan te gaan met notarissen, belastingadviseurs en octrooigemachtigden, doch hen te verbieden een geïntegreerde samenwerking aan te gaan met accountants, zal hij naar mijn mening tot de conclusie kunnen komen, dat de bestreden verordening verenigbaar is met artikel 90, lid 2, van het Verdrag.

201. Ik geef het Hof derhalve in overweging, de vijfde prejudiciële vraag aldus te beantwoorden, dat artikel 90, lid 2, van het Verdrag zich niet ertegen verzet dat een beroepsorganisatie van advocaten als de NOvA een algemeen verbindende maatregel vaststelt die advocaten die op het grondgebied van de betrokken lidstaat praktijk uitoefenen, verbiedt een geïntegreerde samenwerking aan te gaan met

194 — „Interdisciplinaire Samenwerking door Notarissen" (bijlage 13 bij de schriftelijke opmerkingen van appellanten in het hoofdgeding).

beoefenaren van het accountantsberoep, indien die maatregel noodzakelijk blijkt ter waarborging van de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat.

VIII — De artikelen 5 en 85 van het Verdrag

202. De zesde prejudiciële vraag heeft betrekking op artikel 5 junctis de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

203. De Raad van State vraagt, of een lidstaat de voormelde bepalingen schendt wanneer hij aan een beroepsorganisatie van advocaten als de NOvA de bevoegdheid verleent om algemeen verbindende maatregelen vast te stellen met betrekking tot het aangaan van een geïntegreerd samenwerkingsverband met accountants door advocaten die op het nationaal grondgebied praktijk uitoefenen, terwijl die lidstaat zich niet de mogelijkheid voorbehoudt om zijn eigen besluiten in de plaats te stellen van de door de beroepsorganisatie vastgestelde maatregelen.

204. Bij het onderzoek van de derde prejudiciële vraag heb ik geconstateerd, dat artikel 86 van het Verdrag niet van toepassing is op de NOvA. Het voorwerp van de zesde vraag moet dan ook worden beperkt tot de uitlegging van artikel 5 juncto artikel 85 van het Verdrag.

205. In de rechtspraak van het Hof zijn in dit verband de volgende beginselen geformuleerd. [195]

206. Artikel 85 van het Verdrag heeft op zich uitsluitend betrekking op het gedrag van ondernemingen. Het ziet dus in beginsel niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten. Niettemin rust ingevolge artikel 85 juncto artikel 5 van het Verdrag op de lidstaten de verplichting om geen maatregelen, ook niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels kunnen tenietdoen. Hiervan is sprake in drie gevallen, te weten: (1) wanneer een lidstaat de totstandkoming van met artikel 85 van het Verdrag strijdige overeenkomsten, besluiten van een ondernemersvereniging of onderling afgestemde feitelijke gedragingen oplegt of begunstigt; (2) wanneer een lidstaat de werking van dergelijke ondernemersafspraken versterkt, en (3) wanneer een lidstaat aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontneemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.

207. In de eerste twee gevallen kan een wettelijke of bestuursrechtelijke maatregel

195 — Zie met name arresten van 16 november 1977, GB-Inno-BM (13/77, Jurispr. blz. 2115, punten 29-31); 1 oktober 1987, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus (311/85, Jurispr. blz. 3801, punten 22-24); 21 september 1988, Van Eycke (267/86, Jurispr. blz. 4769, punt 16); arresten Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro, reeds aangehaald (punt 48); Meng, reeds aangehaald (punt 14); Reiff, reeds aangehaald (punt 14); Ohra Schadeverzekeringen, reeds aangehaald (punt 10); Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, reeds aangehaald (punt 14); Centro Servizio Spediporto, reeds aangehaald (punten 20 en 21); DIP e.a., reeds aangehaald (punten 14 en 15); Sodemare e.a., reeds aangehaald (punten 41 en 42); CNSD, reeds aangehaald (punten 53 en 54); Corsica Ferries France, reeds aangehaald (punten 35 en 49), en Albany, reeds aangehaald (punt 65).

volgens de rechtspraak enkel onverenigbaar met de artikelen 5 en 85 van het Verdrag zijn, indien er een verband bestaat tussen de overheidsmaatregel en de gedraging van een of meer ondernemingen.[196] Op grond van deze voorwaarde zijn dus overheidsmaatregelen als zodanig niet wegens de eraan inherente concurrentiebeperkende gevolgen toetsbaar. In hun conclusies in de zaken Meng, Reiff, Ohra Schadeverzekeringen en DIP e.a.[197] hebben de advocaten-generaal Tesauro[198], Darmon[199] en Fennelly[200] op overtuigende wijze uiteengezet, waarom de rechtspraak op dit punt instemming verdient. Het is dus niet nodig, nogmaals op al deze argumenten in te gaan.

In sommige arresten van recente datum[201] is het Hof echter een stap verder gegaan en heeft het een koppeling aangebracht tussen de wettigheid van de particuliere gedraging en de geoorloofdheid van de overheidsmaatregel. Wanneer een overeenkomst, een besluit of een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet strijdig is met artikel 85, lid 1, wordt de overheidsmaatregel die een van deze handelingen oplegt, begunstigt of de werking ervan versterkt, *automatisch* verenigbaar geacht met de bepalingen van de artikelen 5 en 85 van het Verdrag. Met advocaat-generaal Jacobs[202] ben ik van mening, dat een dergelijk automatisme weinig heeft uit te staan met de economische realiteit. Er zijn namelijk tal van situaties denkbaar waarin een ondernemersafspraak als zodanig niet in strijd is met artikel 85, lid 1, doch de overheidsmaatregel, omdat hij de gevolgen daarvan versterkt, een aanmerkelijke beperking van de mededinging op de markt met zich brengt.[203]

Hoe dan ook zijn de twee eerste gevallen die uit de rechtspraak naar voren komen, niet van belang voor het onderhavige geschil. De verwijzende rechter heeft geen enkele aanwijzing verschaft, dat de Nederlandse overheid de bestreden verordening heeft opgelegd of begunstigd of de werking ervan heeft versterkt. Alleen het derde geval, betreffende een eventuele overdracht van bevoegdheden, hoeft te worden onderzocht.

208. Wat dit derde geval aangaat, heeft het Hof „principieel bezwaar tegen wettelijke maatregelen waarbij de overheid de haar toebedeelde rol uit handen geeft en aan de ondernemingen de nodige bevoegdheden verleent om *hun eigen* beleid uit te voeren".[204]

Volgens het Hof behoudt een regeling haar overheidskarakter, wanneer de overheidsautoriteiten zich de mogelijkheid voorbehouden om zelf de essentialia van het

196 — Zie het dictum van de arresten Meng en Ohra Schadeverzekeringen, reeds aangehaald.

197 — Reeds aangehaald.

198 — Conclusie in de zaken Meng en Ohra Schadeverzekeringen, reeds aangehaald.

199 — Conclusie in de zaak Reiff, reeds aangehaald.

200 — Conclusie in de zaak DIP e.a., reeds aangehaald.

201 — Zie met name arresten Corsica Ferries France, reeds aangehaald (punten 50-54); Albany, reeds aangehaald (punt 66), en Pavlov, reeds aangehaald (punten 99 en 100).

202 — Conclusie bij het arrest Pavlov (punten 160-164).

203 — Zie op dit punt mijn conclusie in de zaak Arduino, reeds aangehaald.

204 — Joliet, R., „National Anti-competitive Legislation and Community Law", in *Fordham International Law Journal*, 1989, blz. 163 (blz. 172, vrije vertaling).

economische besluit te bepalen.[205] Dit is uiteraard het geval, wanneer de overheidsmaatregel zelf het verbod formuleert dat eventueel tot beperkende gevolgen voor de mededinging leidt.[206] Dit is ook het geval, wanneer het besluit weliswaar door particuliere marktdeelnemers wordt genomen, doch de overheidsautoriteiten over de bevoegdheid beschikken om dit besluit goed te keuren, af te keuren, te wijzigen of hun eigen besluit daarvoor in de plaats te stellen.[207] Aan het overheidskarakter van een regeling wordt in dit laatste geval niet afgedaan door de enkele omstandigheid dat zij is vastgesteld na overleg met de vertegenwoordigers van de particuliere marktdeelnemers.[208]

In het arrest CNSD[209] was het Hof daarentegen van oordeel, dat de overheid haar bevoegdheid volledig aan de particuliere marktdeelnemers had overgelaten. Het baseerde zich daarbij op de volgende overwegingen: (1) de leden van de CNSD waren vertegenwoordigers van de douane-expediteurs; (2) de bevoegde minister kon geen invloed uitoefenen op de benoeming van de leden van de CNSD, en (3) de leden van de CNSD waren niet wettelijk verplicht hun besluiten te nemen met inachtneming van een aantal criteria van algemeen belang. Het Hof hanteerde dus precies dezelfde criteria als bij de toetsing aan het begrip „ondernemersvereniging" in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

205 — Arrest Van Eycke, reeds aangehaald (punt 19).

206 — Arresten Meng, reeds aangehaald (punt 20); Ohra Schadeverzekeringen, reeds aangehaald (punt 13), en Corsica Ferries France, reeds aangehaald (punt 52).

207 — Arresten Reiff (punt 22); Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (punt 21), en Centro Servizi Spediporto (punt 27), alle reeds aangehaald.

208 — Arresten Van Eycke, reeds aangehaald (punt 19), en Corsica Ferries France, reeds aangehaald (punt 52).

209 — Punt 57.

209. De vraag naar de overdracht van bevoegdheden op economisch terrein is van cruciaal belang voor de vrije beroepen. Advocaat-generaal Jacobs heeft dit duidelijk gemaakt in zijn conclusie in de zaak Pavlov, waar hij onderstreepte dat:

„de specifieke kenmerken van de markten voor diensten van de vrije beroepen enige vorm van regulering [vereisen]. Tegenstanders van zelfregulering van de vrije beroepen betogen, dat de regels voor de vrije beroepen moeten worden gesteld door de overheid, althans door onder overheidstoezicht staande regelgevende organen, gezien het gevaar van misbruik van regelgevende bevoegdheid. In economische termen echter rijst opnieuw een informatieprobleem. De complexiteit van deze diensten en hun voortdurende verandering door de snelle ontwikkelingen van kennis en techniek, maken het voor parlement en regering moeilijk, de nodige gedetailleerde en up-to-date gebrachte regels te stellen. Zelfregulering door leden van de beroepsgroep met kennis van zaken is vaak praktischer, aangezien dit een flexibeler optreden mogelijk maakt. De belangrijkste opgave voor elk stelsel van mededingingsrecht is dan ook, misbruik van regelgevende bevoegdheid te voorkomen zonder de regelingsautonomie van de vrije beroepen opzij te zetten."[210]

210 — Punt 92.

210. Het Hof staat dus voor de taak, criteria te formuleren op grond waarvan een evenwicht tot stand kan worden gebracht tussen enerzijds de noodzaak, de vrije beroepen een zekere bevoegdheid tot zelfregulering toe te kennen, en anderzijds de noodzaak om het risico van mededingingsverstorende gedragingen die inherent zijn aan de toekenning van een dergelijke bevoegdheid, te vermijden.

211. Een dergelijk evenwicht kan mijns inziens met twee voorwaarden worden bereikt.

212. De eerste voorwaarde vloeit reeds uit de huidige rechtspraak van het Hof voort. De overheidsautoriteiten moeten zich de bevoegdheid voorbehouden om zelf de inhoud van de essentiële regels van het beroep vast te stellen, met name de regels die van invloed kunnen zijn op de rechten van de betrokken personen. Deze bevoegdheid kan op verschillende wijze worden uitgeoefend: *vóór* de regelgevende procedure, namelijk door in de mogelijkheid te voorzien dat de overheidsautoriteiten zich in die procedure mengen, of *ná* de regelgevende procedure, in de vorm van een controle achteraf op de door de organen van de orde vastgestelde verordeningen.

213. De tweede voorwaarde hangt samen met de voor de beroepsgenoten openstaande rechtsmiddelen. De beroepsgenoten moeten het recht hebben om de door de organen van de orde vastgestelde verordeningen aan te vechten, teneinde eventuele concurrentiebeperkende gedragingen binnen de advocatuur aan de kaak te kunnen stellen. Een beroepsmogelijkheid bij de organen van de orde lijkt mij in dit verband niet voldoende voor een effectief toezicht door de overheid. Daarvoor is nodig, dat de beroepsbeoefenaren zich tot de gewone rechter kunnen wenden, dat wil zeggen tot rechterlijke instanties buiten de advocatuur. Het toezicht door de rechter mag zich niet alleen uitstrekken tot besluiten van individuele aard, doch dient ook maatregelen van algemene strekking te omvatten.

214. De feiten van het hoofdgeding moeten in het licht van deze twee voorwaarden worden onderzocht.

A — *De bevoegdheid van de Nederlandse autoriteiten om rechtstreeks of indirect de inhoud te bepalen van de essentiële beroepsregels*

215. Wat de eerste voorwaarde betreft, komt uit het bij het Hof ingediende dossier naar voren, dat er zowel een preventief als een repressief toezicht is.

216. Met betrekking tot het preventieve toezicht heeft de NOvA uiteengezet[211], dat

211 — Schriftelijke opmerkingen van de NOvA (punten 32 en 197).

de Nederlandse autoriteiten nauw zijn betrokken bij het totstandkomingsproces van haar verordeningen. Zo zendt zij haar concept-verordeningen stelselmatig aan de minister van Justitie, zodat deze de ontwikkelingen in de advocatuur nauwlettend in het oog kan houden. Door de Raad van State is in zijn verwijzingsuitspraak[212] evenwel geconstateerd, dat de bepalingen van de Advocatenwet niet voorzien in enige vorm van interventie door de overheid bij de totstandkoming van de verordeningen van de NOvA.

Op zich acht ik deze beide gegevens niet tegenstrijdig. Het is mogelijk dat, niettegenstaande het ontbreken van formele bepalingen in de Advocatenwet, de praktijk zich gaandeweg heeft ontwikkeld in de richting van een preventief toezicht door de minister van Justitie op de inhoud van de verordeningen van de NOvA. De vraag die hier dus moet worden beantwoord is, of er sprake is van een dergelijke praktijk en, zo ja, wat de reële aard en strekking daarvan is.

217. Het Hof beschikt niet over de noodzakelijke gegevens om dit te kunnen beoordelen. Het onderzoek van deze vraag moet dan ook worden overgelaten aan de Raad van State.

Naar mijn mening kan de verwijzende rechter tot het bestaan van een toereikend preventief toezicht concluderen, indien hij vaststelt dat er een *bestendige* praktijk bestaat volgens welke de organen van de NOvA *gehouden* zijn om: (1) de concept-verordeningen betreffende de *essentiële beroepsregels* van de advocatuur in Nederland aan de minister van Justitie voor te leggen, en (2) rekening te houden met de opmerkingen van de minister van Justitie over deze concepten.

218. Indien het preventieve toezicht door de minister van Justitie niet aan de hiervoor genoemde criteria voldoet, betekent dit nog niet automatisch dat de Nederlandse autoriteiten de artikelen 5 en 85 van het Verdrag hebben geschonden. In dat geval moet namelijk nog het bij artikel 30 van de Advocatenwet ingestelde repressieve toezicht worden onderzocht.

Deze bepaling luidt als volgt: „Besluiten van het college van afgevaardigden, van de Algemene Raad of van andere organen van de [NOvA] kunnen bij Koninklijk Besluit worden geschorst of vernietigd voorzover zij met het recht of met het algemeen belang in strijd zijn."

219. Appellanten in het hoofdgeding menen, dat de Advocatenwet op dit punt onverenigbaar is met de artikelen 5 en 85 van het Verdrag. Volgens hen hebben de overheidsautoriteiten niet de mogelijkheid zelf de regels vast te stellen die het beroep van advocaat regelen of hun eigen besluiten in de plaats te stellen van de door de organen van de orde vastgestelde maatregelen.

212 — Voetnoot zonder belang voor de Nederlandse vertaling.

220. Ik deel dit standpunt niet.

221. Mijns inziens is de in de rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarde, dat de overheidsautoriteiten de mogelijkheid moeten hebben hun eigen besluiten in de plaats te stellen van de maatregelen die door de particuliere marktdeelnemers zijn vastgesteld, slechts een vertaling van een meer algemeen beginsel, namelijk het beginsel dat het door de overheidsautoriteiten uitgeoefende toezicht *effectief* moet zijn. Dit betekent, dat de mogelijkheid van substitutie slechts een van de manieren is waarop het overheidstoezicht kan worden uitgeoefend.

222. De vraag die hier voorligt is dus, of de aan de Kroon toegekende vernietigings- en schorsingsbevoegdheid een *effectief* toezicht vormt. Voor het antwoord hierop moeten mijns inziens drie aspecten worden onderzocht: (1) de frequentie van de uitoefening van de vernietigings- en schorsingsbevoegdheid; (2) het voorwerp van de vernietigde of geschorste maatregelen, en (3) het verbindende karakter van de aan de vernietiging of schorsing ten grondslag liggende overwegingen.

223. Wat de twee eerste aspecten betreft, heeft de NOvA te kennen gegeven [213], dat de Kroon in het verleden reeds gebruik heeft gemaakt van deze bevoegdheid. Zo heeft hij een verordening betreffende de advocatenstage gedeeltelijk vernietigd (in 1955) en sommige bepalingen van een verordening betreffende de uitoefening van het beroep in loondienst geschorst (in 1997). Verder heeft de Kroon gedreigd zijn bevoegdheid uit te oefenen, indien de NOvA bepaalde verordeningen zou vaststellen. Zo heeft hij gedreigd gebruik te maken van zijn vernietigingsbevoegdheid met betrekking tot een verordening betreffende de uitoefening van het beroep in loondienst (in 1977) en met betrekking tot een wijziging van de Stageverordening die betrekking had op het buitenpatronaat (in 1984).

Wat het derde aspect aangaat, hebben appellanten in het hoofdgeding naar voren gebracht, dat „de Orde, zelfs na vernietiging, in alle gevallen bevoegd [blijft] de inhoud van de (nieuwe) verordening op onafhankelijke wijze vast te stellen". [214]

224. Deze gegevens lijken mij onvoldoende om het Hof in staat te stellen een standpunt in te nemen over het repressieve toezicht door de Kroon.

225. De gegevens met betrekking tot de eerste twee aspecten doen vermoeden, dat de overheidsautoriteiten een reëel toezicht uitoefenen op de verordenende activiteit van de NOvA. Niettemin moeten zij naar mijn mening voor de Raad van State worden bevestigd door ander bewijsmateriaal.

213 — Schriftelijke opmerkingen van de NOvA (punten 33-35 en 106).

214 — Schriftelijke opmerkingen van appellanten in het hoofdgeding (punt 145).

Het beslissende criterium in dit verband is, of de Kroon daadwerkelijk optreedt om verordeningen die essentieel zijn voor de toegang tot en de uitoefening van het beroep, te toetsen op hun verenigbaarheid met het algemeen belang.

226. Aangaande het derde aspect lijkt het mij amper denkbaar, dat de NOvA na tussenkomst van de Kroon een identieke verordening kan vaststellen als die welke door de Kroon is vernietigd of geschorst. De grondgedachte van het stelsel van de Nederlandse rechtsorde lijkt mij eerder te zijn, dat de NOvA verplicht is een nieuwe verordening vast te stellen met inachtneming van de overwegingen die tot de vernietiging of de schorsing hebben geleid. Indien dit inderdaad het geval is, zal de Raad van State kunnen concluderen, dat de overheidsautoriteiten zich — indirect — de bevoegdheid hebben voorbehouden om de inhoud te bepalen van de beroepsregels voor advocaten in Nederland.

B — *Het bestaan van een rechtsmiddel voor de beroepsgenoten*

227. Aan de tweede voorwaarde — de beroepsgenoten moeten over een rechtsmiddel beschikken — is in casu duidelijk voldaan.

De feiten van het onderhavige geding tonen aan, dat Wouters en Savelbergh de mogelijkheid hebben gehad zich tot de gewone rechter te wenden om een individuele beslissing aan te vechten die de organen van de Orde te hunnen aanzien hebben genomen. In het kader van dat geding hebben de belanghebbenden kunnen aanvoeren, dat de algemene maatregel die de bestreden verordening is, onwettig is wegens strijd met de bepalingen van het mededingingsrecht. De in Nederland ingeschreven advocaten beschikken dus over een effectief rechtsmiddel voor de gewone rechter tegen beslissingen van individuele en algemene aard die door de organen van de orde zijn genomen.

228. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof dan ook in overweging, de zesde prejudiciële vraag aldus te beantwoorden, dat de artikelen 5 en 85 van het Verdrag zich niet ertegen verzetten dat een lidstaat aan een beroepsorganisatie van advocaten als de NOvA de bevoegdheid verleent om algemeen verbindende maatregelen vast te stellen met betrekking tot het aangaan van een geïntegreerd samenwerkingsverband met beoefenaren van het accountantsberoep door advocaten die op het nationaal grondgebied praktijk uitoefenen, mits is voldaan aan de dubbele voorwaarde dat (1) de autoriteiten van de betrokken lidstaat zich de mogelijkheid voorbehouden om rechtstreeks of indirect de inhoud te bepalen van de essentiële regels van het beroep, en (2) de beroepsgenoten over een effectief rechtsmiddel voor de gewone rechter beschikken tegen beslissingen van organen van die beroepsorganisatie.

IX — De artikelen 52 en 59 van het Verdrag

229. De drie laatste prejudiciële vragen hebben betrekking op de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging (artikel 52) en het vrij verrichten van diensten (artikel 59).

230. De zevende prejudiciële vraag strekt tot vaststelling van de op het onderhavige geschil toepasselijke verdragsbepalingen. Appellanten in het hoofdgeding hebben voor de Nederlandse rechter betoogd, dat het geschil onder *beide* bepalingen valt. De NOvA daarentegen meent, dat de artikelen 52 en 59 van het Verdrag niet gelijktijdig van toepassing kunnen zijn op hetzelfde feitencomplex.

231. Met zijn achtste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of het litigieuze samenwerkingsverbod een belemmering van het recht van vestiging en/of het vrij verrichten van diensten vormt.

232. De negende vraag ten slotte heeft betrekking op de rechtvaardigingsgronden van een eventuele belemmering van het vrije verkeer van personen. Meer concreet vraagt de Raad van State, of het verbod van geïntegreerde samenwerking tussen advocaten en accountants op één lijn kan worden gesteld met een „verkoopmodaliteit" in de zin van het arrest Keck en Mithouard [215], dan wel of dat dit verbod moet worden getoetst aan de criteria die in het arrest Gebhard [216] zijn geformuleerd.

233. In de loop van de onderhavige procedure hebben verschillende interveniënten gesteld, dat het geschil in het hoofdgeding geen enkel aanknopingspunt heeft met het gemeenschapsrecht. Het zou in casu om een zuiver interne situatie in Nederland gaan. Dit argument zal ik bespreken in het kader van het onderzoek van de zevende prejudiciële vraag.

A — *De op het hoofdgeding toepasselijke bepalingen*

234. Om te beginnen herinner ik eraan, dat de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van personen en diensten niet slechts van toepassing zijn op maatregelen van overheidsautoriteiten. Zij zijn ook van toepassing op maatregelen van andere aard die ertoe strekken de arbeid van werknemers en het verrichten van diensten op

215 — Arrest van 24 november 1993 (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097, punt 16; hierna: „arrest Keck en Mithouard").

216 — Arrest van 30 november 1995 (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37; hierna: „arrest Gebhard").

collectieve wijze te regelen.[217] De artikelen 52 en 59 van het Verdrag kunnen derhalve worden toegepast op verordeningen van verenigingen of instellingen als beroepsorganisaties.

235. Voorts is het vaste rechtspraak, dat de verdragsbepalingen inzake vestiging en diensten niet van toepassing zijn op zuiver interne situaties, dat wil zeggen situaties die zich in al hun relevante aspecten in een enkele lidstaat afspelen.[218]

236. In casu stellen appellanten in het hoofdgeding[219], dat de vraag naar de op het geding toepasselijke bepalingen slechts kan worden beantwoord, indien men twee feitelijke situaties onderscheidt: die van Wouters en Savelbergh enerzijds en die van Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV anderzijds.

Wouters en Savelbergh beroepen zich op de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten. Zij wensen een samenwerking aan te gaan met de hiervoor genoemde twee maatschappen, teneinde „geïntegreerde" diensten aan te bieden aan cliënten die in andere lidstaten zijn gevestigd. Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV beroepen zich daarentegen op de communautaire bepalingen inzake vestiging. Zij claimen „het recht voor zichzelf en voor de met hen samenwerkende beroepsbeoefenaren"[220] om zich duurzaam in Nederland te vestigen om daar een geïntegreerde samenwerking met advocaten aan te gaan.

237. Het argument van appellanten in het hoofdgeding gaat niet op.

238. De verdragsbepalingen inzake vestiging zijn van toepassing op natuurlijke en rechtspersonen die „duurzaam [willen] deelnemen aan het economisch leven van een *andere* lidstaat dan [hun] staat van herkomst [...] op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden".[221]

239. Er is in casu geen aanwijzing voor een dergelijk aanknopingspunt met artikel 52 van het Verdrag.

217 — Zie met name arresten van 12 december 1974, Walrave en Koch (36/74, Jurispr. blz. 1405, punt 17); 14 juli 1976, Donà (13/76, Jurispr. blz. 1333, punt 17); 11 april 2000, Deliège (C-51/96 en C-191/97, Jurispr. blz. I-2549, punt 47), en 6 juni 2000, Angonese (C-281/98, Jurispr. blz. I-4139, punten 30-36).

218 — Wat artikel 59 van het Verdrag betreft, zie met name arrest van 18 maart 1980, Debauve e.a. (52/79, Jurispr. blz. 833, punt 9); arresten Höfner en Elser, reeds aangehaald (punt 37); Reisebüro Broede, reeds aangehaald (punt 14), en Deliège, reeds aangehaald (punt 58). Wat artikel 52 van het Verdrag betreft, zie met name arresten van 20 april 1988, Bekaert (204/87, Jurispr. blz. 2029, punt 12), en 3 oktober 1990, Nino e.a. (C-54/88, C-91/88 en C-14/89, Jurispr. blz. I-3537, punt 11).

219 — Schriftelijke opmerkingen van appellanten in het hoofdgeding (punt 162).

220 — Schriftelijke opmerkingen van appellanten in het hoofdgeding (punt 162).

221 — Arrest Gebhard (punt 25, cursivering van mij).

Blijkens de stukken[222] waren alle appellanten in het hoofdgeding ten tijde van de uitvaardiging van het bestreden samenwerkingsverbod reeds op het Nederlandse grondgebied gevestigd. Wouters en Savelbergh alsook Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV en Arthur Andersen & Co. Accountants oefenden hun beroepsactiviteiten reeds duurzaam en permanent uit in Nederland.

In tegenstelling bovendien tot wat appellanten in het hoofdgeding lijken te suggereren, zijn er geen aanwijzingen dat Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV een speciale opdracht hebben ontvangen om op te treden namens „met hen samenwerkende beroepsbeoefenaren" die in een andere lidstaat zijn gevestigd. In deze omstandigheden kunnen appellanten in het hoofdgeding zich niet met succes beroepen op de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging.[223]

240. De communautaire bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten zijn daarentegen wél van toepassing op het onderhavige geschil.

Het is immers vaste rechtspraak van het Hof dat „de vrijheid van dienstverrichting door een onderneming [kan] worden ingeroepen tegenover de staat waar zij is gevestigd, wanneer de diensten worden verricht ten behoeve van in een andere lidstaat gevestigde personen".[224] Volgens deze rechtspraak is het dus niet nodig, dat de dienstverrichter of degene ten behoeve van wie de diensten worden verricht, zich binnen de Gemeenschap verplaatst. Als aanknopingsfactor met het gemeenschapsrecht volstaat, dat de betrokken dienst wordt „verplaatst". Dit is in casu het geval, omdat de advocaten en de andere partijen die in casu beroep hebben ingesteld, „geïntegreerde" diensten willen aanbieden aan cliënten die in andere lidstaten zijn gevestigd.[225]

241. Hieruit volgt, dat de litigieuze verordening slechts hoeft te worden getoetst aan artikel 59 van het Verdrag. De vraag die dus moet worden beantwoord, is of het verbod van geïntegreerde samenwerking tussen advocaten en accountants een belemmering van het vrij verrichten van diensten vormt.

222 — Zie de door de NOvA verstrekte gegevens (punt 208 van haar schriftelijke opmerkingen) die door appellanten in het hoofdgeding niet zijn weersproken.

223 — In zijn verwijzingsuitspraak heeft de Raad van State verklaard, dat advocaten en belastingadviseurs die in andere lidstaten zijn gevestigd en deel uitmaken van de groep Arthur Andersen of de groep Price Waterhouse, de intentie zouden kunnen hebben om zich duurzaam op het Nederlandse grondgebied te vestigen teneinde daar hun activiteiten uit te oefenen in het kader van een geïntegreerde samenwerking met Wouters en Savelbergh. Een dergelijke situatie zou in voorkomend geval onder artikel 52 van het Verdrag kunnen vallen. Deze vraag is in casu evenwel hypothetisch, omdat uit de stukken niet blijkt, dat de betrokkenen partij zijn bij de procedure voor de Raad van State.

224 — Arrest Alpine Investments, reeds aangehaald (punt 30). Zie ook arresten van 17 mei 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Jurispr. blz. I-1783, punt 30); 14 juli 1994, Peralta (C-379/92, Jurispr. blz. I-3453, punt 40); 5 oktober 1994, Commissie/Frankrijk (C-381/93, Jurispr. blz. I-5145, punt 14); arrest Sodemare e.a., reeds aangehaald (punt 37), en arrest van 8 maart 2001, Gourmet International Products (C-405/98, Jurispr. blz. I-1795, punt 37).

225 — In zijn verwijzingsuitspraak heeft de Raad van State verklaard, dat in andere lidstaten gevestigde advocaten en belastingadviseurs die deel uitmaken van de groep Arthur Andersen of de groep Price Waterhouse, de intentie zouden kunnen hebben om in samenwerking met Wouters en Savelbergh „geïntegreerde" diensten op of vanaf het Nederlandse grondgebied aan te bieden. Een dergelijke situatie zou in voorkomend geval onder artikel 59 van het Verdrag kunnen vallen. Deze vraag is in casu echter hypothetisch, omdat uit de stukken niet blijkt, dat de betrokkenen partij zijn bij de procedure voor de Raad van State.

B — *Het bestaan van een belemmering van het vrij verrichten van diensten*

242. De Raad van State vraagt het Hof dienaangaande, of de criteria die in het arrest Keck en Mithouard zijn geformuleerd, kunnen worden toegepast op het onderhavige geding.

243. Met zijn uitspraak in de zaak Keck en Mithouard beoogde het Hof een halt toe te roepen aan het gevaar dat het begrip maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG) zich, vanwege de uiterst ruime definitie ervan, in ongewenste richting zou ontwikkelen. Teneinde zijn rechtspraak weer op de werkelijke doelstellingen van het Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen te oriënteren, onderstreepte het Hof:

„In afwijking van de eerdere rechtspraak moet echter worden aangenomen, dat als een maatregel die de handel tussen de lidstaten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren in de zin van de Dassonville-rechtspraak (arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74, Jurispr. 1974, blz. 837), niet kan worden beschouwd de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die bepaalde *verkoopmethoden* aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooien, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten." [226]

244. Aldus heeft het Hof de maatregelen die de toegang van ingevoerde producten tot de nationale markt niet verhinderen of niet moeilijker maken dan voor nationale producten, aan de toepassingssfeer van artikel 30 van het Verdrag onttrokken. [227] Het *belangrijkste* criterium van het arrest Keck en Mithouard is derhalve, of er sprake is van een hinderpaal voor de toegang tot de markt van ingevoerde producten. [228]

245. De toepasselijkheid van het arrest Keck en Mithouard op het gebied van de vrijheid van dienstverrichting is uitdrukkelijk aan de orde geweest in de zaak Alpine Investments. [229]

Alpine Investments BV oefende haar beroepsactiviteit in Nederland uit. Zij was gespecialiseerd in de goederentermijnhandel. De Nederlandse autoriteiten hadden haar verboden om particulieren zonder hun voorafgaande schriftelijke toestemming telefonisch te benaderen om verschillende financiële diensten aan te bieden (het

226 — Arrest Keck en Mithouard (punt 16, cursivering van mij).

227 — Arrest Keck en Mithouard (punt 17).

228 — Zie in die zin ook de conclusie van advocaat-generaal Lenz in de zaak Commissie/Griekenland (arrest van 26 juni 1995, C-391/92, Jurispr. blz. I-1621, punt 18).

229 — Het Hof heeft het criterium van de „toegang tot de markt" reeds toegepast op het gebied van het vrij verkeer van werknemers. Zie arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 103), en 27 januari 2000, Graf (C-190/98, Jurispr. blz. I-493, punten 23-26).

zogenoemde „cold calling"). Alpine Investments had het betrokken besluit bestreden op de grondslag van artikel 59 van het Verdrag. De Nederlandse regering betoogde voor het Hof, dat het bestreden verbod buiten de werkingssfeer van deze bepaling viel.[230] Volgens haar was het verbod van de praktijk van „cold calling" slechts van invloed op de *wijze* waarop de diensten op de markt konden worden aangeboden, zodat het de kenmerken van een „verkoopmodaliteit" in de zin van het arrest Keck en Mithouard vertoonde.

Het Hof constateerde, dat „een dergelijk verbod [...] de betrokken marktdeelnemers evenwel een snelle en rechtstreekse mogelijkheid [ontneemt] om reclame te maken en potentiële opdrachtgevers in andere lidstaten te benaderen. Het kan dan ook een beperking op het vrij verrichten van grensoverschrijdende diensten opleveren."[231]

Het Hof verwierp het argument van de Nederlandse regering op de volgende grond: „Een verbod als hier aan de orde is, gaat uit van de lidstaat waar de dienstverrichter is gevestigd en betreft niet enkel de aanbiedingen die hij heeft gedaan aan ontvangers die op het grondgebied van die staat zijn gevestigd, of zich daarheen begeven om diensten te ontvangen, maar ook de *aanbiedingen die zijn gericht tot ontvangers die zich op het grondgebied van een andere lidstaat bevinden*. Het verbod is dan ook rechtstreeks van invloed op *de toegang tot de dienstenmarkt in de andere lidstaten* en kan derhalve het intracommunautaire dienstenverkeer belemmeren."[232]

246. Uit dit arrest volgt, dat een maatregel binnen de werkingssfeer van artikel 59 van het Verdrag valt wanneer hij het recht van in de betrokken lidstaat gevestigde dienstverrichters om diensten aan te bieden aan klanten die in een *andere* lidstaat zijn gevestigd, beperkt.[233] Het arrest Keck en Mithouard kan dus niet worden toegepast op maatregelen die de toegang van aanbieders tot de dienstenmarkt in de andere lidstaten rechtstreeks aan voorwaarden binden.

247. Dit laatste nu is precies het geval bij de litigieuze verordening.

De SWV beperkt immers het recht van in Nederland gevestigde advocaten en accountants om „geïntegreerde" diensten aan te bieden aan potentiële klanten in andere lidstaten. Hierdoor regelt zij de toegang van ondernemers tot de dienstenmarkt in andere staten. Deze belemmering van het intracommunautair handelsverkeer van diensten is niet theoretisch, omdat andere lidstaten, zoals de Bondsrepubliek Duits-

230 — Arrest Alpine Investments (punt 33).
231 — Ibid. (punt 28).
232 — Ibid. (punt 38, cursivering van mij).
233 — Zie ook arrest Gourmet International Products, reeds aangehaald (punt 38).

land, geïntegreerde samenwerkingsverbanden tussen leden van beide beroepsgroepen wel toestaan. Het zou dus kunnen voorkomen, dat klanten die in die staten zijn gevestigd, gebruik willen maken van „geïntegreerde" diensten van ondernemers die in Nederland zijn gevestigd.

248. Bijgevolg kan het litigieuze samenwerkingsverbod niet op één lijn worden gesteld met een „verkoopmodaliteit" in de zin van het arrest Keck en Mithouard. Het vormt een belemmering van het vrij verrichten van diensten en moet worden getoetst aan de vereisten van artikel 59 van het Verdrag.

C — *Rechtvaardiging van de belemmering*

249. In het arrest Gebhard[234] heeft het Hof eraan herinnerd, dat maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen. Zij moeten (1) zonder discriminatie worden toegepast; (2) hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang; (3) geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en (4) zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

250. De bestreden verordening moet in het licht van deze vier voorwaarden worden onderzocht.

251. Hiervoor kan ik grotendeels verwijzen naar hetgeen ik heb gezegd bij de bespreking van de vijfde prejudiciële vraag, die de uitlegging van artikel 90, lid 2, van het Verdrag betreft.

252. In zijn verwijzingsuitspraak[235] heeft de Raad van State vastgesteld, dat de bestreden verordening voldoet aan de eerste voorwaarde van het arrest Gebhard.

De gegevens in het dossier bevestigen, dat de SWV geen onderscheid maakt op grond van de nationaliteit van de betrokken ondernemers. De door de organen van de Orde krachtens artikel 29 van de Advocatenwet vastgestelde verordeningen zijn inderdaad zonder onderscheid van toepassing op in Nederland ingeschreven advocaten en „bezoekende advocaten", dat wil zeggen personen die niet als zodanig in Nederland zijn ingeschreven, maar die wel in een andere lidstaat gerechtigd zijn hun beroepswerkzaamheden uit te oefenen onder de benaming advocaat of een overeenkomstige benaming.

253. Wat de tweede voorwaarde betreft, heeft de Raad van State uitdrukkelijk ver-

234 — Punt 37.

235 — Voetnoot zonder belang voor de Nederlandse vertaling.

klaard, dat „de [SWV] tot doel heeft de onafhankelijkheid en partijdigheid van de [...] advocaat te waarborgen".[236] Uit de punten 182 en 186 van de onderhavige conclusie volgt, dat het litigieuze samenwerkingsverbod tevens noodzakelijk is om de eerbiediging van het beroepsgeheim van de advocaat te waarborgen.

Op het gebied van het vrije verkeer van personen heeft het Hof onveranderlijk geoordeeld, dat de toepassing van beroepsregels op advocaten — met name de regels betreffende organisatie, bekwaamheid, beroepsethiek, toezicht en aansprakelijkheid — een doel van algemeen belang dient.[237] Volgens het Hof biedt de toepassing van deze beroepsregels de eindverbruikers van juridische diensten de nodige garantie van integriteit en ervaring en draagt aldus bij tot een goede rechtsbedeling.[238]

254. De bestreden verordening is dus gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang in de zin van de rechtspraak van het Hof.

255. Wat de derde voorwaarde betreft, heb ik reeds geconstateerd, dat het verbod van geïntegreerde samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants geschikt is om de verwezenlijking van het ermee nagestreefde doel te verzekeren. Ik verwijs naar de punten 185 en 186 van deze conclusie.

256. Wat ten slotte de laatste voorwaarde aangaat, heb ik reeds uiteengezet, waarom tal van gegevens de conclusie wettigen dat de bestreden verordening niet verder gaat dan noodzakelijk is om de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat te beschermen.[239] Ik heb daarbij echter aangegeven, dat het Hof niet over alle gegevens beschikt om de vraag naar de evenredigheid van de SWV zelf te beantwoorden.[240] Bijgevolg moet het onderzoek van deze vraag worden overgelaten aan de nationale rechter.

Voorzover de Raad van State mocht vaststellen, dat er objectieve redenen zijn om in Nederland ingeschreven advocaten toe te staan een geïntegreerde samenwerking met notarissen, belastingadviseurs en octrooigemachtigden aan te gaan, doch hun te verbieden een geïntegreerde samenwerking met accountants aan te gaan, zal hij kunnen concluderen, dat de litigieuze verordening verenigbaar is met artikel 59 van het Verdrag.[241]

236 — Verwijzingsuitspraak.

237 — Zie arrest Van Binsbergen, reeds aangehaald (punten 12-14); arresten van 28 april 1977, Thieffry (71/76, Jurispr. blz. 765, punt 12); 19 januari 1988, Gullung (292/86, Jurispr. blz. 111, punt 29); arresten Gebhard, reeds aangehaald (punt 35), en Reisebüro Broede, reeds aangehaald (punt 38).

238 — Arrest Reisebüro Broede, reeds aangehaald (punt 38).

239 — Zie de punten 190-195 van deze conclusie.

240 — Zie de punten 196-199 van deze conclusie.

241 — Zie punt 200 van deze conclusie.

257. Op grond van het voorgaande stel ik het Hof derhalve voor, de laatste prejudiciële vragen aldus te beantwoorden, dat artikel 59 van het Verdrag zich niet ertegen verzet dat een beroepsorganisatie van advocaten als de NOvA een algemeen verbindende maatregel vaststelt die advocaten die op het grondgebied van de betrokken lidstaat praktijk uitoefenen, verbiedt een geïntegreerd samenwerkingsverband aan te gaan met beoefenaren van het accountantsberoep, indien die maatregel noodzakelijk is ter waarborging van de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat.

X — Conclusie

258. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof derhalve in overweging, de door de Raad van State gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) moet aldus worden uitgelegd, dat het begrip ondernemersvereniging van toepassing is op een beroepsorganisatie van advocaten als de Nederlandse Orde van Advocaten.

Wanneer een beroepsorganisatie van advocaten uitsluitend is samengesteld uit beroepsgenoten en wettelijk niet verplicht is bij haar besluitvorming een aantal criteria van algemeen belang in aanmerking te nemen, moet zij voor al haar activiteiten worden beschouwd als ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, ongeacht het voorwerp en het doel van de door haar vastgestelde maatregel.

De omstandigheid dat een beroepsorganisatie van advocaten bij de wet is bekleed met verordenende en tuchtbevoegdheid, is niet van invloed op de kwalificatie als ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

2) Onverminderd de toepasselijkheid van artikel 90, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 2, EG) verzet artikel 85, lid 1, van het Verdrag zich ertegen, dat een beroepsorganisatie van advocaten als de Nederlandse Orde van Advocaten een algemeen verbindende maatregel vaststelt die advocaten die op het grondgebied van de betrokken lidstaat praktijk uitoefenen, verbiedt een geïntegreerd samenwerkingsverband aan te gaan met beoefenaren van het accountantsberoep.

3) Artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) moet aldus worden uitgelegd, dat het begrip onderneming niet van toepassing is op een beroepsorganisatie van advocaten als de Nederlandse Orde van Advocaten, wanneer deze krachtens een bij wet verleende verordenende bevoegdheid algemeen verbindende maatregelen vaststelt met betrekking tot het aangaan van een geïntegreerd samenwerkingsverband met accountants door advocaten die op het grondgebied van de betrokken lidstaat praktijk uitoefenen.

4) Artikel 90, lid 2, van het Verdrag verzet zich niet ertegen, dat een beroepsorganisatie van advocaten als de Nederlandse Orde van Advocaten een algemeen verbindende maatregel vaststelt die advocaten die op het grondgebied van de betrokken lidstaat praktijk uitoefenen, verbiedt een geïntegreerd samenwerkingsverband aan te gaan met beoefenaren van het accountantsberoep, indien die maatregel noodzakelijk is ter waarborging van de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat. Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen, of dit het geval is.

5) Artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) en artikel 85 van het Verdrag verzetten zich niet ertegen, dat een lidstaat aan een beroepsorganisatie van advocaten als de Nederlandse Orde van Advocaten de bevoegdheid verleent om algemeen verbindende maatregelen vast te stellen met betrekking tot het aangaan van een geïntegreerd samenwerkingsverband met accountants door advocaten die op het nationaal grondgebied praktijk uitoefenen, mits is voldaan aan de dubbele voorwaarde dat (1) de autoriteiten van de betrokken lidstaat zich de mogelijkheid voorbehouden om rechtstreeks of indirect de inhoud te bepalen van de essentiële regels van het beroep, en (2) de beroepsgenoten over een effectief rechtsmiddel voor de gewone rechter beschikken tegen beslissingen van de organen van die beroepsorganisatie. Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen, of dit het geval is.

6) Artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) is niet van toepassing op zuiver interne situaties in een lidstaat.

7) Artikel 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) verzet zich niet ertegen, dat een beroepsorganisatie van advocaten als de Nederlandse Orde van Advocaten een algemeen verbindende maatregel vaststelt die advocaten die op het grondgebied van de betrokken lidstaat praktijk uitoefenen, verbiedt een geïntegreerd samenwerkingsverband aan te gaan met beoefenaren van het accountantsberoep, indien die maatregel noodzakelijk is ter waarborging van de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat. Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen, of dit het geval is."