

## Vrije beroepen, de vrijheid voorbij?

### Beperkende werking van het mededingingsrecht op de vrije beroepen

Mw. Mr. P. Kuipers en mw. mr. N. Linssen

**O**nlangs heeft de Europese Commissie aan de Belgische Orde van Architecten op grond van artikel 81 EG-Verdrag een boete opgelegd wegens het hanteren van een zogenaamde ereloon-schaal voor architecten. Dit besluit heeft twee interessante aspecten. Allereerst komt hierin de mededingingsrechtelijke ontoelaatbaarheid van het communiceren van adviesprijzen door beroepsorganisaties aan de aangesloten ondernemingen aan de orde. Daarnaast is dit besluit van belang voor de toepassing van het mededingingsrecht, zowel Europees als nationaal, op de vrije beroepssector. In dit artikel komen, naar aanleiding van het besluit betreffende de Belgische architecten, beide aspecten aan de orde. Allereerst wordt de beschikking van de Europese Commissie kort samengevat. Daarbij wordt de essentie van deze beschikking onder de loep genomen. Daarna zal op verdere Europese ontwikkelingen, in het bijzonder het door de Commissie voorgestelde beleid ten aanzien van de vrije beroepssector, worden ingegaan. In het laatste onderdeel komt de praktijk van de NMa aan de orde, waarbij met name wordt gekeken naar de besluiten van de d-g NMa betreffende organisaties van vrije beroepsbeoefenaren en een vergelijking wordt gemaakt tussen de praktijk van de Commissie en de NMa. Tot slot wordt de balans opgemaakt ten aanzien van de vraag of vrije beroepen binnen het mededingingsrecht nog een bijzondere positie innemen of dat zij voor de werking van het mededingingsrecht als 'gewone ondernemingen' respectievelijk ondernemersverenigingen zijn te beschouwen.

*Beschikking Commissie 24 juni 2004, zaak COMP/A.38549, Belgische Orde van Architecten*

#### De beschikking inzake de Belgische Orde van Architecten

De beschikking van de Commissie in de zaak tegen de Belgische Orde van Advocaten betreft de door deze Orde vastgestelde 'schaal van minimumerelonen' voor architecten in België.<sup>1</sup> Deze schaal bevatte onder meer een tabel waarin de (minimum)erelonen van in België werkzame architecten werden vastgesteld op basis van een bepaald percentage van de waarde van het uitgevoerde werk, waarbij rekening werd gehouden met de categorie van werken en de kosten.

De schaal van minimumerelonen werd door de Nationale Raad van Belgische Orde van Architecten (BOvA) voor het eerst in 1967 vastgesteld onder de benaming 'deontologische norm 2' als onderdeel van het reglement van beroepsplichten voor architecten. De schaal is sindsdien meermaals bijgewerkt. In de laatste bijwerking van juni 2002 werd de schaal door de BOvA als 'leidraad' gekwalificeerd onder verwijzing naar het mededingingsrecht.<sup>2</sup> Op grond van een wettelijke regeling zijn alle in België werkzame architecten ingeschreven bij de BOvA.

Het onderzoek door de Europese Commissie is begonnen na de ambtshalve inleiding van een procedure op 24 oktober 2002. De Commissie komt in haar beschikking tot de conclusie dat het besluit tot vaststelling van de schaal van minimumerelonen een besluit van een ondernemersvereniging is in de zin van artikel 81 EG dat ertoe strekt dat de mededinging wordt beperkt en dat de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Gedurende het onderzoek van de Commissie heeft de Nationale Raad van de BOvA besloten iedere referentie aan de ereloon-schaal met onmiddellijke ingang te verwijderen en deze af te schaffen.

Uit de beschikking blijkt dat de BOvA zich heeft verdedigd door aan te voeren dat de BOvA niet kan worden beschouwd als een ondernemersvereniging en de ereloon-schaal niet is aan te merken als een besluit zodat deze niet kan worden getoetst aan artikel 81 EG. Voorts betoogde de BOvA dat, nu de ereloon-schaal slechts een aanbeveling aan de leden inhield, deze er niet toe strekte de mededinging te beperken noch een mededingingsbeperkend gevolg had. Ten slotte heeft de BOvA met een beroep op de zaak *Wouters* aangevoerd dat de ereloon-schaal nodig was voor het uitoefenen van het beroep van architect in België.

<sup>1</sup> Beschikking van de Commissie van 24 juni 2004, zaak COMP/A.38549, *Belgische Orde van Architecten*.

<sup>2</sup> Bij deze kwalificatie wees de BOvA op het volgende: 'Nu zowel de Raad voor de Mededinging als het Europese Hof van Justitie bijzonder geïnteresseerd blijken te zijn in de problematiek van barema's door gereglementeerde vrije beroepen vastgelegd, wat hun verenigbaarheid met de mededingingsregels betreft, dient dit ereloonbarema in de huidige context als een leidraad te worden beschouwd, zie § 20 beschikking (cursivering door Commissie).

### De Orde van Architecten is een ondernemersvereniging

Uit vaste rechtspraak van het Hof<sup>3</sup> volgt dat een beroepsorganisatie moet worden aangemerkt als een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81 EG-Verdrag wanneer zij regels vaststelt waarin de wil van de vertegenwoordigers van de beoefenaren van een beroep besloten ligt dat de beroepsgenoten in het kader van hun economische activiteit een bepaald gedrag vormen. De publiekrechtelijke aard van een beroepsorganisatie noch de benoeming van (een aantal) leden van de Nationale Raad door de regering staat in de weg aan de toepassing van artikel 81 EG.<sup>4</sup> Volgens de Commissie ligt in de vaststelling van de schaal van minimumerelonen de wil van de vertegenwoordigers van de architecten besloten dat deze architecten in het kader van hun beroepsuitoefening een bepaald gedrag volgen bij de berekening van hun erelonen. De BOvA moet derhalve worden aangemerkt als een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81 EG.

### Een besluit van een ondernemersvereniging

Met een beroep op de zaak *Arduino* voerde de BOvA aan dat de schaal van minimumerelonen niet als een besluit in de zin van artikel 81 EG-Verdrag kan worden aangemerkt.<sup>5</sup> De Commissie wijst dit van de hand door te wijzen op het verschil dat in *Arduino* de inbreng van de beroepsorganisatie bij de vaststelling van de tariefregeling beperkt bleef tot de opstelling van een ontwerp dat door de bevoegde minister kon worden gewijzigd. Zonder ministeriële goedkeuring trad de ontwerp-tariefregeling in deze zaak niet in werking, zodat er geen betwistbare overdracht van bevoegdheden aan marktdeelnemers was. In het onderhavige geval is echter sprake van meer dan een louter voorbereidende handeling en is bovendien geen sprake van een overheidsmaatregel. De BOvA heeft deze norm vastgesteld, bekendgemaakt en bijgewerkt. Het was een handeling met de bedoeling het gedrag van de leden van de BOvA te regelen, aldus de Commissie.

Verder wees de Commissie erop dat de BOvA niet bij wet- of regelgeving belast was met de taak om de regels en gebruiken voor de bepaling van de wijze van berekening van de erelonen van architecten uit te werken en vast te leggen in de vorm van bepaalde percentages van de in verband met de werken gedane uitgaven. Daarenboven lieten de bepalingen van de wet tot instelling van de BOvA van Architecten de BOvA een grote beoordelingsmarge en vereisten deze geenszins de vaststelling van een berekende, gedetailleerde schaal van minimumerelonen waarbij in geen enkele afwijkingsregeling is voorzien.

Ook was geen sprake van een door de BOvA aangevoerde codificatie van bestaande regels en gebruiken, hetgeen volgens de Commissie ook niet snel in een zo gedetailleerde ereloonsschaal had kunnen resulteren. Voorts was volgens de Commissie sprake van een besluit van een ondernemersvereniging ondanks het feit dat de BOvA de ereloonsschaal als 'leidraad' heeft bestempeld. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan een handeling die wordt bestempeld als een aanbeveling, ongeacht hoe zij juridisch moet worden gekwalificeerd, strijdig zijn met artikel 81 indien zij de getrouwe weergave is van de wil van de ondernemersvereniging om het gedrag van haar leden op de markt overeenkomstig de aanbeveling te coördineren. Daarvan was in het onderhavige geval volgens de Commissie sprake.

### Mededingingsbeperkend doel en effect

De Commissie meent dat het besluit tot vaststelling van de ereloonsschaal tot doel had de mededinging te beperken. Volgens vaste rechtspraak beïnvloedt de vaststelling van aanbevolen of richtprijzen de mededinging ongunstig, omdat alle deelnemers hierbij met een redelijke mate van zekerheid kunnen voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen voeren, vooral waar de bepalingen inzake richtprijzen gepaard gaan met de mogelijkheid van controles en sancties.<sup>6</sup> Het gegeven dat niet alle architecten de schaal als bindend beschouwden doet dan ook niet terzake. De Europese Commissie verwijst hierbij naar het oordeel van het Hof van Justitie dat zelfs wanneer vastgestelde prijzen in de praktijk niet worden gevolgd, de besluiten waarbij zij zijn vastgesteld, er wel degelijk toe strekken de mededinging te beperken.<sup>7</sup> Als elementen waaruit blijkt dat het besluit tot vaststelling van de ereloonsschaal ertoe strekte de mededinging te beperken, noemt de Commissie: de met opzet normatieve connotatie van de benaming en van de overwegingen van de preambule van de ereloonsschaal, alsook het feit dat de BOvA een modelcontract heeft opgesteld en gedurende 18 jaar heeft verspreid, waarin voor de bepaling van de erelonen uitsluitend naar de ereloonsschaal werd verwezen. Ook het feit dat de BOvA een adviserende taak heeft bij geschillen over het niveau van erelonen, leidt niet tot een andere conclusie. De Commissie noemt het feit dat een beroepsorde zich onder bepaalde omstandigheden op wettige wijze achteraf kan uitspreken over het niveau van gevorderde erelonen, geen grond om vooraf het niveau van de erelonen van aangesloten beroepsbeoefenaren te harmoniseren.

Hoewel het voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag voldoende is dat de Commissie aantoonde dat het besluit tot vaststelling van de ereloonsschaal ertoe strekte de mededinging te beperken,<sup>8</sup> heeft de Commissie in deze zaak ook bewijzen verzameld van het feit dat de ereloonsschaal in de praktijk door Belgische architecten op ruime schaal is toegepast.

Het beroep van de BOvA op de uitzondering op artikel 81(1) EG, die het Hof voor besluiten van een beroepsorganisatie erkende in de zaak *Wouters*, wordt door de Commissie van de hand gewezen. Volgens het Hof van Justitie in *Wouters* vormt een besluit van een ondernemersvereniging geen inbreuk op artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag wanneer het besluit, niettegenstaande de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen, noodzakelijk is ter verzekering van de goede uitoefening van het vrije beroep zoals dat in de betrokken lidstaat is georganiseerd. In onderhavige zaak oordeelde de Commissie echter dat de vaststelling van de schaal van minimumerelonen door de BOvA van Architecten niet kan worden beschouwd als noodzakelijk ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van architect.

<sup>3</sup> De Commissie verwijst naar zaken C-159/91 en C-160/91 *Poucet en Pistre*, Jur. 1993 I-637 en zaak C-309/99 *Wouters*, Jur. 2002 I-1577.

<sup>4</sup> GvEA 30 maart 2000, zaak T-513/93 *CNSD/Commissie*, Jur. II-1807 en HvJ 30 januari 1985, zaak 123/83 *BNIC/Clair*, Jur. 391.

<sup>5</sup> HvJ 19 februari 2002, zaak C-35/99 *Arduino*, Jur. I-1529.

<sup>6</sup> HvJ 17 oktober 1972, zaak 8/72 *Vereniging voor Cementhandelaren/Commissie*, Jur. 977.

<sup>7</sup> HvJ 11 juli 1989, zaak 246/86 *SC BELASCO/Commissie*, Jur. 2117.

<sup>8</sup> HvJ 13 juli 1966, zaken 56 en 58/64, *Consten en Grundig/Commissie*, Jur. 429 en HvJ 8 juli 1999, zaak C-235/92 *P Montecatini/Commissie*, Jur. I-4539.

De argumenten die de BOvA ten slotte nog had aangevoerd ter verdediging van de toepasselijkheid van artikel 81, derde lid, EG worden door de Commissie zonder veel omhaal van woorden aan de kant geschoven. Daartoe overweegt de Commissie onder meer dat de schaal van minimumerelonen architecten kan ontmoedigen kosten-efficiënt te werken en dat er andere oplossingen zijn om gebruikers een prijsindicatie te geven.

### De boete

Hoewel de BOvA volgens de Commissie niet onwetend kon zijn van de omstandigheid dat door haar handelswijze de mededinging werd beperkt en hoewel de inbreuk wegens haar aard, een prijsafpraak, als zeer zwaar wordt aangemerkt, legt de Commissie slechts een boete van € 100.000 op. Omdat de BOvA bewijsmateriaal heeft verstrekt waaruit blijkt dat de ereloonschaal waarschijnlijk niet algemeen door alle architecten is toegepast en de geografische reikwijdte van het besluit beperkt is tot één lidstaat, merkt de Commissie de inbreuk door de BOvA slechts als een zware inbreuk aan. Gelet op de zwaarte en de duur van de overtreding geldt daarvoor evenwel een basisbedrag voor de geldboete van € 4.500.000. Bij het bepalen van de omvang van de boete houdt de Commissie vervolgens echter rekening met haar beschikkingen in de zaken *CNSD* en *Fenex*,<sup>9</sup> waarin zij geen boete respectievelijk een symbolische boete oplegde. De Commissie legt aan de BOvA wegens overtreding van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag uiteindelijk een geldboete van € 100.000,- op.

### Beleid Europese Commissie

Zoals de Commissie zelf nadrukkelijk in de inleiding van het besluit aangeeft, moet de beschikking betreffende de schaal van minimumerelonen van de Belgische BOvA van Architecten worden gezien in de context van het globale beleid van de Commissie ten aanzien van diensten in het algemeen en van vrije beroepen in het bijzonder. De verhouding tussen de regulering van vrije beroepen en de mededingingsregels staat hoog op de agenda van DG Mededinging.<sup>10</sup>

In maart 2000 hechtte de Europese Raad zijn goedkeuring aan een economisch hervormingsprogramma met het doel van de Europese Unie tegen 2010 de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie ter wereld te maken. Diensten van vrije beroepen spelen een belangrijke rol bij de verbetering van het concurrentievermogen van de Europese economie. De Commissie heeft dan ook deze sector onder de loep genomen en haar beleid en mening uit het oogpunt van mededinging uiteengezet.

Onder vrije beroepen worden verstaan beroepen waarvoor een speciale opleiding in de niet-exacte of de exacte wetenschappen nodig is, zoals advocaten, notarissen, ingenieurs, architecten, accountants en apothekers. De sector is over het algemeen sterk

gereguleerd, hetzij door regelgeving van de overheid, hetzij als gevolg van zelfregulering door de beroepsorganisaties.

In de sector van de vrije beroepen kunnen zowel maatregelen van beroepsorganisaties als wettelijke of bestuurlijke bepalingen van de overheid concurrentiebeperkende regels en voorschriften behelzen. Er dient derhalve een onderscheid te worden gemaakt tussen 1) de aansprakelijkheid van de leden van de beroepsgroepen en van hun organisaties op grond van artikel 81 EG-Verdrag en 2) de aansprakelijkheid van de lidstaten op grond van artikel 3, eerste lid, onder g en de artikelen 10 en 81 EG-Verdrag. De laatstgenoemde aansprakelijkheid zal hier echter buiten beschouwing worden gelaten.

Zoals uit het *Belgische Architecten*-besluit blijkt vallen vrije beroepsbeoefenaren als 'ondernemingen' binnen de reikwijdte van het mededingingsrecht. Beoefenaren van vrije beroepen oefenen, voorzover zij geen werknemers zijn, immers een economische activiteit uit doordat zij tegen beloning hun diensten aanbieden op de markt. Een beroepsorganisatie van een categorie vrije beroepsbeoefenaren is dan ook aan te merken als een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, wanneer zij regels stelt voor het economisch gedrag van de leden van de (vrije) beroepsgroep.

### Mededeling

In februari 2004, dus nog voorafgaand aan de *Belgische Architecten*-beschikking, heeft de Commissie in een Mededeling verslag gedaan van haar onderzoek naar de regulering van vrije beroepen in de EU.<sup>11</sup> De Commissie streeft ernaar, niet alleen door de toepassing van de mededingingsregels op de vrije beroepensector maar tevens door het verwijderen van regelgevende concurrentiebeperkingen, de concurrentie tussen vrije beroepsbeoefenaren in de lidstaten te vergroten.

In deze Mededeling zet de Commissie haar mening uiteen over de mogelijkheden om bepaalde regels betreffende de vrije beroepen te hervormen of te moderniseren. De Commissie erkent dat een zekere mate van regulering in deze sector gerechtvaardigd is. Zij meent evenwel dat in sommige gevallen meer concurrentiebevorderende mechanismen kunnen en zouden moeten worden gebruikt in plaats van de bestaande regels. De beroepsregels moeten volgens de Commissie objectief noodzakelijk zijn om een duidelijk omschreven en gewettigde doelstelling van algemeen belang na te streven en het minst concurrentiebeperkende mechanisme zijn om die doelstelling te bereiken. Beperkende regelgeving dient opnieuw door lidstaten, en met name de beroepsorganisaties zelf, te worden bekeken en te worden ingetrokken of vervangen door minder restrictieve regels indien de restricties niet objectief gerechtvaardigd blijken te zijn.

Restrictieve regulering van vrije beroepen kan volgens de Commissie de concurrentie tussen de beroepsbeoefenaren verhinderen of beperken, zodat zij minder worden gestimuleerd om kostenefficiënt te werken, de prijzen te verlagen, de kwaliteit te verbeteren of innovatieve diensten aan te bieden.

In de mededeling buigt de Commissie zich over vijf vormen van beperkende regelgeving welke het gemakkelijkst de mededinging in de vrije beroepssector zouden kunnen schaden zonder objectief gerechtvaardigd te zijn:

- 1 vaststelling van prijzen,
- 2 het aanbevelen van (minimum)prijzen,
- 3 voorschriften inzake reclame,
- 4 toegangvereisten en exclusieve rechten en

<sup>9</sup> Beschikking 93/438/EEG van de Commissie in de zaak IV/33.407 *CNSD*, Pb L 203, 13 augustus 1993 en Beschikking 96/438/EG van de Commissie in de zaak IV/34.983 *FENEX*, Pb. L 181, 20 juli 1996.

<sup>10</sup> Zie ook de link 'vrije beroepen' op de DG Competition website [http://europa.eu.int/comm/competition/index\\_nl.html](http://europa.eu.int/comm/competition/index_nl.html).

<sup>11</sup> Mededeling van de Commissie, Verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM (2004) 83, Brussel 9 februari 2004.

5 voorschriften inzake zakelijke structuur en multidisciplinaire praktijken.

Deze restricties vinden hun grondslag vooral in zelfregulering in de vorm van besluiten van ondernemersverenigingen.

Vervolgens gaat de Commissie nader in op de aansprakelijkheid van de leden van beroepsgroepen op grond van artikel 81 EG-Verdrag. Daarbij wordt door de Commissie specifiek ingegaan op de uitzonderingsmogelijkheden op grond van de zaak *Wouters* enerzijds en artikel 81, lid 3, EG-Verdrag anderzijds. Ook geeft de Commissie de consequentie van het *CIF*-arrest van het Hof van Justitie<sup>12</sup> weer: ondernemingen kunnen zich niet langer op het verweermiddel van de verplichting van overheidswege beroepen zodra een beslissing van een nationale mededingingsautoriteit om nationale wetgeving buiten toepassing te laten, definitief is geworden.

Naast de aansprakelijkheid van ondernemingen, gaat de Commissie ook in op de aansprakelijkheid van lidstaten, zoals volgt uit onder meer het *Arduino*-arrest. De Commissie is van mening dat de volgende 'gedragingen' kunnen worden aangevochten op grond van artikel 3, lid 1, onder g, artikel 10, lid 2, en de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag:

- 1 'automatische goedkeuring', met inbegrip van gewone validering en stilzwijgende goedkeuring, die door de lidstaten wordt verleend voor overeenkomsten of besluiten, indien de geldende wettelijke procedures niet voorzien in bepaalde waarborgen en/of de bevoegdheid om raadplegingen uit te voeren;
- 2 praktijken op grond waarvan de autoriteiten van een lidstaat alleen gerechtigd zijn om de voorstellen van beroepsorganisaties te verwerpen of te onderschrijven zonder de inhoud ervan te wijzigen of in plaats daarvan een eigenmachtige beslissing te nemen.

Volgens de Commissie is hier een evenredigheidstest aangewezen om te beoordelen in hoeverre een concurrentieverstorende beroepsregeling daadwerkelijk het algemeen belang dient.

De Commissie eindigt met een oproep aan de lidstaten en de beroepsorganisaties zelf om de regelgeving en voorschriften in de betreffende vrije beroepssectoren te evalueren met inachtneming van hetgeen in de mededeling is gesteld. De Commissie zet haar onderzoek voort en zal in 2005 verslag uitbrengen over de gemaakte vorderingen bij de opheffing van voornoemde beperkingen of over de voor deze regels aangevoerde rechtvaardiging.

### De Nederlandse praktijk

Mede naar aanleiding van klachten en verzoeken vanuit de Europese Commissie en de OESO is de NMa in 2004 begonnen met een onderzoek naar de regels die in Nederland gelden voor vier vrije beroepsgroepen (accountants, architecten, notarissen en advocaten). Ook voor 2005 heeft de NMa de vrije beroepssector op haar agenda staan.<sup>13</sup> Dat de NMa vrije beroepsbeoefenaren in de eerste plaats als 'gewone ondernemingen' beschouwt, is na het besluit inzake de *Bredase notarissen*, waarover tot en met het CBB is geprocedureerd wel duidelijk. Afgelopen jaar nam de d-g NMa tevens een beslissing in de zogenaamde psychologenzaak; de eerste waarin de beroepsregels van een vrije beroepsgroep, vastgesteld door een aantal vrije beroepsorganisaties, werden getoetst aan artikel 6 Mededingingswet.

### De psychologenzaak

Het onderzoek van de NMa heeft zich gericht op het geven van prijsaanbevelingen of adviestarieven door de beroepsorganisaties voor psychologen en psychotherapeuten NIP, LVE, NVP en NVVP. Deze organisaties voerden in het kader van het zogenoemde Platform Psychotherapie ten behoeve van hun leden overleg over de te hanteren adviestarieven voor psychotherapie en stelden gezamenlijk de hoogte van die adviestarieven vast.

Net als de Commissie in de beschikking inzake Belgische Architecten begint de d-g NMa met de vaststelling dat vrije beroepsbeoefenaren, in casu psychotherapeuten en psychologen, ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, sub f, Mededingingswet. Met vergelijkbare, en in grote mate dezelfde, argumenten komt de d-g NMa op basis van de jurisprudentie van het EG Hof van Justitie tot de conclusie dat de prijsaanbevelingen door de onderzochte beroepsorganisaties zijn aan te merken als besluiten van ondernemersverenigingen.<sup>14</sup> De d-g NMa concludeert dat deze ondernemersverenigingen in de periode 1998 tot en met 2003 aan de bij hen aangesloten psychotherapeuten tariefaanbevelingen hebben gedaan en dat deze aanbevelingen de ondubbelzinnige uitdrukking vormen van de wil van de ondernemersverenigingen om het gedrag van hun leden te coördineren. Daarbij acht de d-g NMa niet van belang in hoeverre de leden de adviezen hebben opgevolgd of gedwongen zijn de adviezen op te volgen.<sup>15</sup> Wel constateert de d-g NMa dat de leden een gemeenschappelijk commercieel belang hebben de adviestarieven te volgen, nu er wel degelijk onderlinge concurrentie bestaat.

In navolging van de Europese jurisprudentie stelt de d-g NMa vervolgens vast dat ook voor de interpretatie van artikel 6 Mw geldt dat adviezen en aanbevelingen van ondernemersverenigingen die betrekking hebben op prijzen en tarieven, ertoe strekken de mededinging te beperken.<sup>16</sup> In tegenstelling tot de Commissie in de Belgische Architectenzaak, gaat de d-g NMa wel na in hoeverre de besluiten leiden tot een merkbare mededingingsbeperking. Onder verwijzing naar het vonnis van de Rechtbank Rotterdam inzake *Bredase Notarissen* geeft de d-g NMa aan dat van een merkbare mededingingsbeperking slechts geen sprake is indien, wegens de zwakke positie van de betrokken partijen op de betrokken markt, de vastgestelde mededingingsbeperking de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden. De d-g NMa komt tot de conclusie dat aan dit criterium niet is voldaan aangezien de betrokken verenigingen het merendeel van de in Nederland werkzame psychologen en psychotherapeuten vertegenwoordigen. Hoewel dit voldoende grond biedt voor de conclusie dat de vaststelling van de adviesprijzen een merkbare mededingingsbeperking oplevert, gaat de d-g NMa daarnaast na of de tarieven in de markt gevolgd worden. Uit marktinformatie

<sup>12</sup> HvJ 9 september 2003, zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), Jur. I-0000.

<sup>13</sup> NMa jaaragenda 2005, [http://www.nmanet.nl/nl/Images/11\\_27291.pdf](http://www.nmanet.nl/nl/Images/11_27291.pdf), p. 11-12.

<sup>14</sup> De d-g NMa verwijst onder meer naar HvJ 8 november 1983, gev. zaken 96-102, 104, 105, 108 EN 110/82, *NAWEVA*, Jur. 3369 en HvJ 27 januari 1987, zaak 45/85 *Verband der Sachversicherer*, Jur. 405.

<sup>15</sup> De d-g NMa verwijst hier naar zijn eerdere besluit van 13 november 2003 in zaak 2973 *Bovag en NCBRM*.

<sup>16</sup> De d-g NMa verwijst in dit verband tevens naar zijn Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven van 29 mei 2001, *Stcr* 108, § 25.

blijkt dat dit het geval is. De d-g NMa concludeert dan ook dat sprake is van een merkbare overtreding van artikel 6 Mw.

Het verschil tussen beide zaken is vooral te vinden in de wijze waarop de hoogte van de boete wordt vastgesteld. In de eerste plaats beoordeelt de d-g NMa de vaststelling van de adviesprijzen als een zware overtreding. De Commissie echter beoordeelde het besluit tot het vaststellen van erelooischalen van de Belgische architecten als een zeer zware overtreding (een prijsafpraak). Volgens de Boeterichtsnoeren van de NMa hadden de overtredingen door de beroepsverenigingen voor psychologen en psychotherapeuten ook wel als 'zeer zware' overtredingen kunnen worden aangemerkt.<sup>17</sup> De d-g NMa merkt echter op dat besluiten van ondernemersverenigingen die prijzen betreffen ten minste als zware overtredingen dienen te worden aangemerkt en onder omstandigheden als zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt. Deze omstandigheden, welke overigens niet in de Boeterichtsnoeren zijn opgenomen, doen zich in casu niet voor.<sup>18</sup> Voorts acht de d-g NMa het niet onaannemelijk dat de negatieve economische impact van de adviesprijzen in de praktijk beperkt is geweest.

Op basis van deze overwegingen acht de d-g NMa een rekenfactor van 0,2 aangewezen. Dit is gezien de kwalificatie van een zware overtreding wel opmerkelijk laag te noemen. Voorts is opmerkelijk dat de d-g NMa overweegt dat onverkorte toepassing van de Boeterichtsnoeren, zelfs met de lage rekenfactor, zou leiden tot 'een evident onbillijke uitkomst'. De d-g NMa legt om die reden een aanzienlijk beperktere boete op. Aan NIP, LVE, NVP en VVP worden boetes opgelegd van respectievelijk € 240.000, € 80.000, € 55.000 en € 70.000. Tevens wordt aan NIP, LVE en NVP een last onder dwangsom (tot max. € 50.000) opgelegd. Deze verenigingen dienen hun leden binnen twee maanden na het besluit schriftelijk te berichten dat de geadviseerde tarieven wegens strijdigheid met de Mededingingswet niet meer gelden en dat zij om die reden hun praktijk van het verstrekken van adviesprijzen hebben beëindigd. Aan deze last onder dwangsom wordt de opschortende werking van bezwaar en beroep ontnomen op basis van artikel 63(2) Mw met het oog op de noodzaak de mededinging op de markt zo snel mogelijk te herstellen.

### NMa Agenda 2005

Uit de recentelijk gepubliceerde agenda van de NMa voor het jaar 2005 blijkt dat de NMa de vrije beroepensector handhaaft als een van de vier prioritaire aandachtsvelden (naast bouw, financiële sector en de zorgsector). De NMa is voornemens de markt in 2005 te consulteren over een inventarisatie van de beroepsregels die mogelijk effect hebben op de concurrentie. Daarbij gaat het om bijvoorbeeld gedragsregels en verordeningen die op basis van zelfregule-

ring gelden voor de vier door de NMa te onderzoeken beroepsgroepen (accountants, architecten, notarissen en advocaten). Deze consultatie acht de NMa nodig omdat zij veelzijdige informatie nodig heeft voor een evenwichtige mededingingsrechtelijke beoordeling van het doel en de noodzakelijkheid van de gedragsregels. Met dit laatste doelt de NMa mogelijk op de door het EG Hof van Justitie geformuleerde noodzakelijkheidsuitzondering in de zaak *Wouters*, waarover hierna meer. Na de beoordeling van de ingewonnen informatie zal de NMa samen met de beroepsgroepen onderzoeken hoe een aanpassing van de regels het beste kan worden doorgevoerd.

### Bestaat er nog een bijzondere positie voor vrije beroepsorganisaties?

De hiervoor geschetste ontwikkelingen op Europees en Nederlands niveau maken duidelijk dat de bijzondere positie voor vrije beroepen – zoals advocaten, notarissen, artsen, accountants, architecten en ingenieurs – binnen het mededingingsrecht verdwijnt dan wel reeds verdwenen is. Niettegenstaande de specifieke regulering waaraan deze beroepsgroepen onderhevig kunnen zijn, lijken de mededingingsregels onverkort op de vrije beroepen van toepassing. Met name zelfregulering moet worden getoetst aan het verbod op mededingingsbeperkende besluiten van ondernemersverenigingen in de zin van artikel 81 EG en artikel 6 Mw.

Op grond van de Europese jurisprudentie zijn er echter nog twee uitzonderingssituaties, waarin vrije beroepsorganisaties mogelijk een beroep kunnen doen op niet-toepasselijkheid van de mededingingsregels. De eerste uitzondering volgt op het *Arduino*-arrest en ziet op de situatie waarin een lidstaat de voorbereiding van bepaalde regelgevende (concurrentiebeperkende) maatregelen aan een beroepsorganisatie heeft opgedragen, maar zelf de verantwoordelijkheid houdt over de vast te stellen maatregelen. Zoals door de Commissie is aangegeven in de *Belgische Architecten*-beschikking was daarbij in *Arduino* van belang dat de door de beroepsorganisatie voorgestelde maatregel pas effect op de markt kon hebben na ministeriële goedkeuring. In een speech over vrije beroepen in het mededingingsrecht heeft de Directeur van de afdeling Diensten van DG Mededinging aangegeven dat de Commissie aanneemt dat de overheidsgoedkeuring in een dergelijke situatie meer moet inhouden dan een 'rubberstamp approval'.<sup>19</sup> De Commissie meent derhalve dat de overheid in een dergelijk geval dus het laatste (inhoudelijke) woord dient te hebben over de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheden en over de uiteindelijke vaststelling van de beroepsregels.

De tweede uitzondering is gebaseerd op het *Wouters*-arrest en heeft betrekking op beperkende maatregelen van wettelijk ingestelde beroepsorganisaties die, niettegenstaande de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen, noodzakelijk zijn voor de goede uitoefening van het betreffende (vrije) beroep zoals dit in de betrokken lidstaat is georganiseerd. Het Hof hanteerde in *Wouters* verschillende criteria om te komen tot de conclusie dat geen inbreuk werd gemaakt op artikel 81, lid 1, EG-Verdrag. Ten eerste hield het Hof rekening met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit van de ondernemersvereniging (in dat geval de Nederlandse Orde van Advocaten) is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan, welke verband houden met de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, teneinde ervoor te zorgen dat de nodige garantie van integriteit en ervaring wordt geboden aan de eindgebruikers van professionele diensten en

<sup>17</sup> Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, *Stcrt.* 2001/248.

<sup>18</sup> De d-g NMa noemt in dit verband wel als relevante (verzachtende) omstandigheden dat de besluiten niet bindend waren en tot stand kwamen binnen het raamwerk van overigens legitieme activiteiten van de brancheverenigingen, die niet dienden als forum voor kartelafspraken tussen leden. De d-g NMa noemt ook de omstandigheid dat de individuele leden niet betrokken waren bij de besluiten.

<sup>19</sup> Speech Liberal professions, presentation of the International League for Competition Law, door Lowri Evans, Director Services DG Competition, Barcelona 3 oktober 2003.

de specifieke doelstelling van algemeen belang. Ten tweede onderzocht het Hof of de uit het besluit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent waren aan deze nagestreefde doeleinden en of deze derhalve noodzakelijk moeten worden geacht ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep. Ten derde paste het Hof de evenredigheidstoets toe, op grond waarvan de mededingingsbeperkende gevolgen niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep.

Kortom, iedere mededingingsbeperkende maatregel waarvoor deze criteria niet gelden, kan door de NMa of de Commissie worden getoetst aan de artikelen 81 EG (en in het geval van de NMa aan artikel 6 Mw). Hoe kan echter worden vastgesteld welke maatregelen wel en welke niet noodzakelijk zijn ter verzekering van de goede uitoefening van de diverse vrije beroepen? Daarop is geen eensluidend antwoord te geven. De toepassing van de *Wouters*-doctrine in de praktijk door zowel nationale als Europese instanties zal, case by case, moeten uitwijzen waar de grens ligt tussen toegestane en niet-toegestane besluiten van ondernemersverenigingen in de vrije beroepssectoren.

Met de *Belgische Architecten*-beschikking maakt de Commissie nog eens duidelijk dat het uitgangspunt is dat de vrije beroepsgroepen niet aan de toepassing van het mededingingsrecht ontkomen. Door de uitzonderingsmogelijkheden van *Arduino* en *Wouters* kunnen bepaalde regels in de vrije beroepssector echter, ondanks hun concurrentiebeperkende doel of strekking, mogelijk blijven bestaan en blijven de vrije beroepen toch enigszins een bijzondere positie binnen het mededingingsrecht houden. Of dit ook betekent dat de vrije beroepsorganisaties zich meer vrijheden onder het mededingingsrecht kunnen veroorloven dan andere ondernemersverenigingen moet in zijn algemeenheid echter sterk worden betwijfeld. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal het mededingingsrecht buiten toepassing kunnen worden gelaten. Welke gevallen dit zijn, wordt vooral bepaald door de specifieke nationale regelgeving voor de betreffende beroepsgroep. Daarbij moet echter wel worden bedacht dat in die gevallen waarin het regelgevende kader tot niet-toepasselijkheid van artikel 81 EG op de besluiten van vrije beroepsorganisaties, de lidstaat mogelijk wel in strijd kan handelen met zijn verplichtingen ex artikel 3, eerste lid onder 9), artikel 10 lid 2 jo. artikel 81 EG.