

Conclusie A-G Europees Hof (2)

Riskante ontsnappingsroute uit Europees mededingingsrecht

In het vorige nummer (2001-13, 27 juli 2001) publiceerden we een toelichting van mr. Marco Slotboom op de conclusie van de A-G Léger bij het Europees Hof van Justitie in de zaak over de samenwerking tussen advocaten en accountants. Mr. J.C.J. Wouters, een van de procespartijen tegenover de Nederlandse Orde van Advocaten, miste enkele elementen. Hij stelt dat de Nederlandse regering met twee monden spreekt en meent dat de race nog lang niet gelopen is.

mr J.C.J. Wouters
advocaat te Rotterdam

Ik denk dat de NOvA in de conclusie van de Advocaat-Generaal door het oog van de naald gekropen is, wat de schending van het mededingingsrecht betreft. De A-G is namelijk van mening dat de NOvA een ondernemersvereniging is¹ en dat het mededingingsrecht op de NOvA van toepassing is.² De NOvA heeft in de procedure van meet af aan en met buitengewoon veel nadruk het omgekeerde betoogd, en vindt dus nu op deze beide punten de A-G tegenover zich. De verordening ontkomt echter volgens de A-G tóch aan de werking van de mededingingsregels, vanwege de uitzonderingsregeling van art. 90, lid 2, EG-Verdrag (thans art. 86, lid 2). Volgens die bepaling is het mededingingsrecht onder omstandigheden niet van toepassing op ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang.

Verrassend

De benadering van de A-G daarbij is bepaald verrassend te noemen. Hij stelt allereerst vast dat de NOvA zelf niet een onderneming is die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang.³ Ook op dit punt krijgt de NOvA van de A-G ongelijk, want de NOvA heeft art. 90, lid 2, van het EG-Verdrag wél op zichzelf van toepassing verklaard. De A-G is echter vervolgens van mening dat de individuele Nederlandse advocaat, voor zover hij als zelfstandige werkzaam is, een onderneming is.⁴ Die advocaat is volgens de A-G belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang.⁵ Er zullen weinig Nederlandse advocaten zijn die dagelijks in het besef van die taakstelling

aan het werk gaan. De advocaten in dienstbetrekking wordt dat besef overigens zonder verdere toelichting door de A-G ontzegd, terwijl dat toch ook advocaten zijn.

Ook voor de NOvA moet dit alles nieuw zijn want zij heeft deze opvatting – dat een deel van de Nederlandse advocaten belast is met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang en dat daarom de Samenwerkingsverordening niet in strijd is met het mededingingsrecht – in de procedure niet als standpunt verdedigd. De Raad van State zal eveneens verrast zijn, als het hof de A-G volgt, want de Raad van State heeft prejudicieel slechts gevraagd of de NOvA onder art. 90 lid 2, EG-Verdrag valt. Het antwoord daarop van de A-G is dus duidelijk ‘nee’. Op basis van dat antwoord is de Samenwerkingsverordening van rechtswege nietig.

Diepgaand onderzoek vereist

Voor een beroep op de uitzondering van art. 90, lid 2, EG-Verdrag moet nog aan een aantal nadere voorwaarden worden voldaan. Eén daarvan betekent dat onderzocht moet worden of het verbod van samenwerking tussen advocaten en accountants de minst schadelijke oplossing is uit mededingingsoogpunt. De A-G merkt op dat er diverse indicaties zijn dat de beperking van de mededinging niet verder gaat dan hetgeen strikt noodzakelijk is,⁶ maar is toch van oordeel dat het hof niet over de nodige gegevens beschikt om de vraag naar het evenredige karakter van de Samenwerkingsverordening zelf te kunnen beantwoorden. Daarvoor is volgens de A-G een onderzoek, en zelfs een ‘diepgaand onderzoek’, nodig van de feiten van het hoofdgeding.⁷



De A-G vindt meer concreet dat de Raad van State nader onderzoek moet verrichten naar de vraag of er objectieve redenen zijn om in Nederland ingeschreven advocaten toe te staan een geïntegreerde samenwerking aan te gaan met notarissen, belastingadviseurs en octrooigemachtigden, doch hun te verbieden een geïntegreerde samenwerking aan te gaan met accountants.⁸ In dat verband noemt de A-G met zoveel woorden het in 1999 door een interdepartementale werkgroep van het Ministerie van Justitie en het Ministerie van Economische Zaken uitgebrachte rapport. De Raad van State moet, zo vindt de A-G, ook status en draagwijdte van dat rapport onderzoeken.⁹

In genoemd rapport, van juli 1999, wordt principieel 'ja' gezegd tegen interdisciplinaire samenwerking van advocaten,

De NOvA en de Nederlandse regering hebben het rapport in hun schriftelijke opmerkingen die zij bij het hof hebben ingediend, volkomen genegeerd. Toen hun op de zitting van het hof van 12 december vorig jaar door de rechter-rapporteur Wathelet gevraagd werd wat de betekenis was van het rapport, deden zij het rapport tot mijn verbijstering af als een intern stuk van een aantal ambtenaren, dat verder geen betekenis had.

Het rapport is echter de uitvoering van een motie van 14 april 1998 van de Tweede Kamer, waarin de regering werd verzocht aan de Kamer voorstellen te doen ter zake van de interdisciplinaire samenwerking door notarissen.¹⁰ Het rapport is door de staatssecretaris van Justitie (toen Job Cohen) bij brief van 1 oktober 1999 ook

De betekenis en de status van het regeringsrapport dat interdisciplinaire samenwerking toeliet, zullen nog moeten worden onderzocht

accountants, belastingadviseurs en notarissen. Dat mag toch wel een doorbraak genoemd worden. Niet onbelangrijk is dat het rapport tot dat standpunt komt mede op grond van de conclusie (p. 27):

- dat gelijkheid van behandeling van samenwerkingsverbanden tussen juridische dienstverleners enerzijds en juridische en financiële dienstverleners anderzijds vergt dat de motivering van een verbod op de laatste vorm van samenwerking en het toelaten van de eerste vorm van samenwerking, is gegrond op wezenlijke verschillen tussen de beide soorten van dienstverlening, en
- dat niet kan worden verdedigd dat de juridische en financiële dienstverlening zodanig van elkaar verschillen dat het verbieden van samenwerking tussen juridische en financiële dienstverlening gerechtvaardigd is, terwijl een samenwerkingsverbod niet nodig zou zijn ten aanzien van de verschillende soorten van juridische dienstverlening.

aan de Tweede Kamer aangeboden.¹¹ Uit het persbericht van het Ministerie van Justitie van die datum naar aanleiding van die aanbieding blijkt dat de staatssecretaris geen principiële bezwaren heeft tegen samenwerking tussen notarissen en accountants en dat hij, anders dan de NOvA, ook geen principieel onderscheid ziet tussen samenwerking van juridische beroepsbeoefenaars enerzijds en juridische en niet-juridische beroepsbeoefenaars anderzijds.

Veel uit te leggen

Tegen de achtergrond van dit alles zal de NOvA nog heel wat hebben uit te leggen aan de Raad van State, als het hof de A-G volgt. Wat mij betreft wordt dan het oog zichtbaar van een nieuwe naald waar de NOvA doorheen moet.

Ook is er naar mijn mening reden om de Nederlandse regering te vragen waarom zij bij haar interventie voor het hof, ondanks het rapport van juli 1999, toch het Nederlandse verbod van samenwerking tussen advocaten en accountants heeft verdedigd. Bij deze dan. n

Noten

1 § 75 van de conclusie.

2 § 87.

3 § 168.

4 § 171.

5 § 172.

6 § 190.

7 § 196.

8 § 198 en § 200.

9 § 199 en § 200.

10 Kamerstukken II, 1997-1998, 23 706, nr. 29.

11 Kamerstukken II, 1999-2000, 23 706, nr. 39.

De Orde verklaarde desgevraagd over de inhoud van de lopende procedure en dus ook over de inhoud van de conclusie van de Advocaat-Generaal geen openbare discussie te willen voeren. Ze meldt overigens dat ze evenals de Nederlandse regering wel heeft gewezen op de brief van de Staatssecretaris van Justitie van 1 oktober 1999 (red.).