

*Conclusie A-G Europees Hof*

# NOvA mag samenwerking tussen advocaten en accountants verbieden

*Op 19 juli jl. concludeerde Advocaat-Generaal Léger van het Europees Hof van Justitie, in de Nederlandse zaak over het verbod van samenwerking tussen advocaten en accountants, dat het verbod verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Het verbod, uit de Samenwerkingsverordening van de Orde, zou dienen om de bijzondere taak van de advocaat te beschermen. De A-G concludeert dat de Raad van State nog dient te onderzoeken of het verbod daadwerkelijk noodzakelijk is om de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim te waarborgen. Een toelichting op de kernpunten uit de zeer lange conclusie.*

**mr. M.M. Slotboom**  
Advocaat te Brussel

Zoals bekend zijn enerzijds de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en anderzijds advocaten Wouters en Savelbergh en de kantoren Arthur Andersen en PriceWaterhouse al jarenlang in een geschil verwickeld over het verbod van de NOvA op geïntegreerde samenwerking tussen advocaten en accountants. Dit verbod is neergelegd in de Samenwerkingsverordening van 1993 (SWV), vastgesteld door het College van afgevaardigden van de NOvA op basis van art. 28 van de Advocatenwet.

De Raad van Toezicht van de NOvA besliste dat de voorgenomen samenwerking tussen enerzijds Wouters en Arthur Andersen en anderzijds Savelbergh en PriceWaterhouse in strijd was met de SWV. Daarop stelden laatstgenoemden administratief beroep in. Na ongegrondverklaring van dit beroep, stelden zij beroep in bij de rechtbank en vervolgens bij de Raad van State. Deze stelde twee jaar geleden aan het Europese Hof van Justitie prejudiciële vragen. Kort gezegd wenst de Raad van State van het Hof te vernemen of het verbod op geïntegreerde samenwerking tussen advocaten en accountants verenigbaar is met het communautaire mededingingsrecht en met de communautaire bepalingen inzake het vrije verkeer van diensten en het recht van vestiging.

Op 10 juli 2001 nam advocaat-generaal Léger zijn (62 pagina's lange) conclusie in de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie.<sup>1</sup> De conclusie van de A-G bindt het Hof van Justitie niet. Het Hof zal nog een zelfstandig oordeel vormen over de pre-



judiciële vraag. Volgens de A-G is de SWV verenigbaar met het communautaire recht en mag de NOvA derhalve samenwerking tussen advocaten en accountants verbieden, indien de maatregel noodzakelijk is te waarborging van de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat. Dit laatste punt dient de Raad van State nog te beoordelen. Hierna worden de overwegingen van A-G Léger samengevat.

## Verordening beperkt mededinging

Art. 81(1) EG verbiedt, kort gezegd, mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen, die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.

Allereerst neemt de A-G aan dat in Nederland ingeschreven advocaten ondernemingen zijn in de zin van art. 81(1) van het EG-Verdrag. Wel vraagt hij zich af of dat ook geldt voor advocaten in loondienst. Vervolgens concludeert hij dat de NOvA een ondernemersvereniging is omdat (i) de bestuursorganen van NOvA uitsluitend uit advocaten zijn samengesteld, die zijn gekozen uit beroepsgenoten, en (ii) de NOvA niet *verplicht* is bij de uitoefening van haar verordenende bevoegdheid rekening te houden met het algemeen belang of met belangen van ondernemingen in andere sectoren en van hen die van de betrokken diensten gebruikmaken. Het enkele feit dat de NOvA bij het uitoefenen van haar verordenende bevoegdheid *kan* handelen in het algemeen belang, is niet relevant.

De A-G concludeert dat het verbod op geïntegreerde samenwerking tussen advocaten en accountants leidt tot een beperking van de mededinging in de zin van art. 81(1), sub b EG. Door samenwerking zouden advocaten en accountants van elkaars ervaring kunnen profiteren en aldus de kwaliteit van hun dienstverlening kunnen verbeteren. Bovendien zouden advocaten en accountants door samen te werken schaalvoordelen kunnen behalen. Het verbod verhindert de totstandkoming van dergelijke samenwerkingsverbanden, waarnaar een potentiële vraag van de zijde van de consument bestaat. De mededingingsbeperking is voorts merkbaar nu (i) de SWV van toepassing is op alle in Nederland ingeschreven advocaten en (ii) advocaten- en accountantskantoren een belangrijke positie innemen op de Nederlandse markt voor juridische dienstverlening.

Ten slotte leidt het verbod op samenwerking tot een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten: het is van toepassing op het gehele Nederlandse grondgebied en heeft dus een versterking van nationale drempelvorming tot gevolg. Bovendien worden met name internationaal opererende kantoren benadeeld, die

ook in de andere lidstaten zijn gevestigd en veelvuldig een rol spelen bij grensoverschrijdende transacties.

## Geen misbruik van machtspositie door verordening

A-G Léger concludeert dat het misbruikverbod van art. 82 EG niet van toepassing is op de NOvA. De NOvA, als beroepsorganisatie van advocaten, is namelijk geen onderneming in de zin van art. 82 EG, omdat het vaststellen van algemeen verbindende maatregelen met betrekking tot het aangaan van geïntegreerde samenwerkingsverbanden geen economische activiteit is. Art. 82 verbiedt misbruik van machtsposities door ondernemingen en ziet niet op ondernemersverenigingen, voorzover de betrokken activiteiten geen ondernemersactiviteiten zijn.

## Volgens de A-G bestaat er een zekere onverenigbaarheid tussen de adviserende activiteit van de advocaat en de controlerende activiteit van de accountant

De A-G laat de vraag open of het verbod op samenwerking een misbruik van een collectieve machtspositie van de in Nederland ingeschreven advocaten vormt. Gezien de bevindingen van de A-G met betrekking tot art. 86(2) EG, die hierna worden samengevat, lijkt het antwoord op deze vraag evenwel niet relevant voor de afloop van het onderhavige geding.

## Verordening toegestaan op basis van uitzondering

Krachtens art. 86(2) EG zijn ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, niet onderworpen aan de EG-Verdragsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak verhindert en de ontwikkeling van het handelsverkeer niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de EG.

Volgens A-G Léger zijn advocaten belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang in de zin van art. 86(2) EG. Een advocaat oefent namelijk krachtens overheidsbesluit (art. 11(1) en 46 van de Advocatenwet) activiteiten uit die van

wezenlijk belang zijn in een rechtsstaat (zoals het behartigen van de belangen van justitiabelen). Anders gezegd, de advocaat garandeert in een rechtsstaat de effectiviteit van het beginsel van toegang van de justitiabelen tot het recht en de rechter.

A-G Léger meent dat de toepassing van de communautaire mededingingsregels de vervulling van deze bijzondere taak van de advocaat zou verhinderen, met name drie verplichtingen die essentieel zijn voor het beroep van advocaat, namelijk de onafhankelijkheid van de advocaat, de inachtneming van het beroepsgeheim en de noodzaak om belangenconflicten te vermijden. De advocaat-generaal is van mening dat het verbod op samenwerking noodzakelijk is voor de vervulling van de bijzondere taak, met name omdat er een zekere onverenigbaarheid is tussen de adviserende activiteit

van de advocaat en de controlerende activiteit van de accountant. Daarnaast kan een geïntegreerde samenwerking tussen advocaten en accountants een belemmering vormen voor het beroepsgeheim van de advocaat.

Vervolgens stelt de A-G vast dat het samenwerkingsverbod de ontwikkeling van het handelsverkeer niet belemmert in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. Het staat advocaten en accountants immers vrij, los van elkaar hun diensten aan te bieden aan cliënten die in andere lidstaten zijn gevestigd. Ten slotte is hij van mening dat het samenwerkingsverbod voldoet aan de evenredigheidstoets van art. 86(2) EG. Enkel het aangaan van een geïntegreerd samenwerkingsverband (samenwerkingsverband met deling van winst, zeggenschap en eindverantwoordelijkheid) wordt verboden. Andere vormen van samenwerking zijn niet verboden. De A-G ziet niet in hoe de waarborging van de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat kunnen worden verzekerd door minder vergaande beperkingen, maar meent dat de Raad van State dit punt verder dient te onderzoeken.

## Bevoegdheid NOvA niet in strijd met EG-verdrag

De A-G beantwoordt nog de vraag van de Raad van State of Nederland in strijd met art. 10 junctis art. 81 en 82 EG handelt, door de NOvA de bevoegdheid te verlenen om algemeen verbindende maatregelen vast te stellen inzake het aangaan van geïntegreerde samenwerkingsverbanden met accountants. Krachtens genoemde bepalingen mag een lidstaat geen maatregelen nemen die het nuttig effect van de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels kunnen tenietdoen.

Volgens de A-G is daarvan *geen* sprake, indien aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moeten de overheidsautoriteiten zich de bevoegdheid voorbehouden om zelf de inhoud van de essentiële regels van het beroep vast te stellen. Ten tweede moeten

onderhavige partijen geïntegreerde diensten willen aanbieden aan cliënten die in andere lidstaten (kunnen) zijn gevestigd.

A-G Léger stelt vast dat de SWV het recht beperkt 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 lidstaten. Nu andere lidstaten, zoals Duitsland, geïntegreerde samenwerkingsverbanden wel toestaan, kan het voorkomen dat met name klanten die in deze lidstaten gevestigd zijn, gebruik willen maken van geïntegreerde diensten van ondernemers die in andere lidstaten zijn gevestigd. Dit wordt in Nederland door de SWV echter verboden. Omdat (i) de SWV geen onderscheid maakt naar nationaliteit van dienstverrichter, (ii) de SWV gerecht-

Advocaten, waarin in concept en ter voorlegging aan de Minister van Justitie tarieven worden vastgesteld, niet in strijd is met art. 81(1) EG. In feite gaat het hier om de uitoefening van het recht van ondernemingen om zich te organiseren met het oog op de indiening van verzoeken bij de regering of de wetgevende organen.

Wel kan volgens de A-G het ministerieel besluit waarin de tarieven verbindend worden verklaard, in strijd met art. 10 juncto art. 81(1) EG de mededinging beperken, ook al is het gedrag van de Italiaanse Orde van Advocaten dat aan het ministerieel besluit ten grondslag ligt, als zodanig niet in strijd met het communautaire mededingingsrecht. De A-G meent dat dit het geval is, tenzij (i) er een doeltreffend toezicht door de Italiaanse overheidsautoriteiten bestaat op de inhoud van het besluit van de Italiaanse Orde van Advocaten, (ii) het ministerieel besluit waarin de door de Orde voorgestelde tarieven verbindend worden verklaard een doelstelling van algemeen belang nastreeft en (iii) het ministerieel besluit evenredig is aan het te bereiken doel. De Italiaanse rechter dient na te gaan of aan deze drie voorwaarden is voldaan.

## Slot volgt

In zijn zeer lange conclusie in de eerste zaak zegt A-G Léger kort samengevat dat het verbod op geïntegreerde samenwerking verenigbaar is met het communautaire recht, tenzij het verbod niet noodzakelijk is om de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van in Nederland ingeschreven advocaten te waarborgen. Volgens de A-G dient de Raad van State dit laatste punt vast te stellen. De A-G zelf concludeert op basis van de hem beschikbare gegevens dat het verbod wel aan het noodzakelijkheidsvereiste voldoet.

De datum waarop het Hof van Justitie arrest zal wijzen in deze zaak staat nog niet vast; het wordt niet voor eind van dit jaar verwacht. Wel staat vast dat dit blad aan het arrest ruim aandacht zal besteden.

n

## Noot

- 1 Conclusie van advocaat-generaal Léger van 10 juli 2001 in de zaak C-309/99 *Wouters, Savelbergh, PriceWaterhouse v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, te vinden op de website van het Hof van Justitie, <http://curia.eu.int>. In de conclusie wordt de oude nummering van de EG-verdragsbepalingen aangehouden. In deze samenvatting is de nieuwe nummering aangehouden.

## De Raad van State dient te onderzoeken of onafhankelijkheid en beroepsgeheim kunnen worden beschermd door minder vergaande beperkingen

de beroepsgenoten het recht hebben om de door de orde vastgestelde verordeningen aan te vechten voor de gewone rechter. Naar de mening van de A-G lijkt in het onderhavige geval aan deze twee voorwaarden te zijn voldaan. Allereerst meent de A-G dat hem beschikbare gegevens doen vermoeden dat de Kroon een reëel toezicht uitoefent op de verordenende activiteit van de NOvA (maar dit moet door de Raad van State worden bevestigd). Ten tweede beschikken de in Nederland ingeschreven advocaten over een effectief rechtsmiddel voor de gewone rechter tegen beslissingen van individuele en algemene aard die door de organen van de NOvA zijn genomen.

## Geen strijd vrij verkeer van diensten

De A-G komt al snel tot de conclusie dat de communautaire bepalingen inzake het recht van vestiging niet van toepassing zijn. Geen van de partijen in het geding is voornemens om zich vanuit een andere lidstaat in Nederland te vestigen. Wel kan het verbod op samenwerking aan de bepalingen inzake het vrije verkeer van diensten worden getoetst: het verbod heeft een invloed op het dienstenverkeer tussen de lidstaten omdat de

vaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang (onafhankelijkheid en de waarborging van het beroepsgeheim van de advocaat), (iii) het verbod op samenwerking geschikt is om de verwezenlijking van dit doel te verzekeren en (iv) de SWV naar de mening van de A-G noodzakelijk is om de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat te beschermen, verzet art. 49 EG zich naar de mening van de A-G niet tegen het verbod op samenwerking. Wel dient de Raad van State – zoals de A-G reeds had opgemerkt in het kader van art. 86(2) EG – nog zelf vast te stellen of het verbod op geïntegreerde samenwerking inderdaad noodzakelijk is om de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van de advocaat te beschermen.

## De zaak Arduino

Ook op 10 juli 2001 nam A-G Léger een conclusie in de zaak C-35/99, *Arduino*. In deze zaak komt dezelfde problematiek aan de orde: centraal staat of een ministerieel decreet tot goedkeuring van een declaratieregeling van de Italiaanse Orde van Advocaten in strijd is met het communautaire recht. De A-G komt tot de conclusie dat het besluit van de Italiaanse Orde van