

# Artikel

## Wouters: All in the Family?

Erik Kloosterhuis\*

De laatste tijd is, onder andere in dit tijdschrift, nogal eens de gedachte naar voren gebracht dat mededingingsafspraken met een duurzaamheidsdoel beter op grond van de *Wouters*-jurisprudentie kunnen worden beoordeeld dan via een toets aan lid 3 van het kartelverbod.<sup>1</sup> Hiermee zou tot een ruimhartiger benadering van deze afspraken kunnen worden gekomen. Dit artikel bespreekt de mogelijkheid en de wenselijkheid van een dergelijke benadering. Het analyseert daartoe de jurisprudentie zoals die zich tot nu toe heeft ontwikkeld en beoordeelt deze mede vanuit een economisch gezichtspunt.

### Kenmerken van de Wouters-familie

In het *Wouters*-arrest vinden we drie kenmerken die voor het Hof van Justitie medebepalend lijken te zijn geweest voor de conclusie dat de in het geding zijnde regeling buiten de werking van artikel 101 lid 1 VWEU valt: (1) de regeling biedt een garantie voor een kwalita-

tief goede juridische dienstverlening aan de afnemers (consumentenbelang), (2) de regeling draagt bij aan een goede rechtsbedeling (algemeen belang) en (3) de beroepsvereniging trof haar regeling op basis van een wettelijke opdracht (wettelijke inkadering).<sup>2</sup>

Er zijn tot dusver vier zaken geweest waarin het Hof van Justitie het *Wouters*-kader toepaste: *Meca-Medina*, *OTOC*, *CNG* en *API*.<sup>3</sup> Aan twee hiervan, *OTOC* en *API*, werd toegang tot de *Wouters*-uitzondering ontzegd omdat de mededingingsbeperking verderging dan voor het beoogde doel noodzakelijk was.<sup>4</sup> In *CNG* werd de noodzakelijkheidstoets aan de nationale rechter overgelaten. Na *Wouters* kon dus alleen *Meca-Medina* de door het Hof van Justitie toegepaste noodzakelijkheidstoets doorstaan.<sup>5</sup>

Los van de noodzakelijkseis bezien kunnen we de vijf genoemde arresten beschouwen als een jurisprudentiefamilie waarvan de drie in *Wouters* gedefinieerde kenmerken nader kunnen worden geanalyseerd.<sup>6</sup> *Meca-Medina* vormt hierin naar mijn mening een buitenbeentje waar ik, om die reden, apart op terugkom. De andere vier arresten leveren het volgende beeld op:

\* Drs. E.J. Kloosterhuis is werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. De auteur bedankt enkele collega's en oud-collega's voor hun commentaar op een eerdere versie van het artikel. Over hetzelfde onderwerp zal in *ECLR* verschijnen: Charlotte Janssen en Erik Kloosterhuis, *The Wouters case law, special for a different reason?*

1. E.H. Pijnacker Hordijk, 'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', *M&M* 2013/6, p. 187; J. Mulder, 'Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?', *SEW* 2014, p. 565; J.W. van de Gronden, 'De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van de doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht', *SEW* 2015, p. 522; J. Mulder, 'Een duurzame maatschappij, wat mag dat kosten?', *NJB* 2016, p. 1912, A. Gerbrandy, 'De Kip als symptoom', *M&M* 2015/6, p. 214.

2. HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98, r.o. 97-107. In *Wouters* komen ook enkele vragen aan de orde die, gelet op eerdere jurisprudentie, tot minder opzienbarende antwoorden leiden, zoals de vraag of advocaten ondernemingsactiviteiten uitoefenen en de vraag of de Nederlandse Orde van Advocaten een ondernemersvereniging is. Deze kwesties blijven hier buiten beschouwing.

3. HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-519/04, *Meca-Medina*, ECLI:EU:C:2006:464, HvJ EU 28 februari 2013, zaak C-1/12, *OTOC*, ECLI:EU:C:2013:127, HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-136/12, *CNG*, ECLI:EU:C:2013:489, HvJ EU 4 september 2014, gevoegde zaken C-184/13 tot C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, *API*, ECLI:EU:C:2014:2147.

4. *OTOC*, r.o. 100, *API*, r.o. 55-56. Uiteraard heeft de verwijzende rechter hierin het laatste woord.

5. *Meca-Medina*, r.o. 54.

6. Zie voor een uitleg van de begrippen 'familie' en 'familiekenmerken' L. Wittgenstein, *Filosofische Onderzoekingen*, Amsterdam: Boom uitgeverij 2015, par. 66-67.