

**VOOR ECONOMISCHE VRIJHEID EN MEDEDINGINGSRECHT:
HOE VRIJ IS DE PLICHTENLEER IN HET BEPERKEN
VAN DE ECONOMISCHE KEUZEVRJHEID
VAN VRIJE BEROEPERS?**

door

Dr. A.-M. VAN DEN BOSSCHE(*)
Referendaris Hof van Justitie
Docent UIA
Postdoctoraal onderzoeker FWO (Vlaanderen)

INHOUD

1. De gelding van de mededingingsregels voor vrije beroepen (1-14)
2. Prijs-, tarief- of honorariumregelingen (15-33)
3. Publiciteitsvoorschriften (34-54)
4. Overige vraagstukken (55-58)
5. Ter afsluiting: de plichtenleer niet volledig vrij, maar evenmin vogelvrij verklaard
Bijlage: Prejudiciële vragen van de Nederlandse Raad van State in zaak C-309/99 (59-64)

(*) Deze bijdrage is geschreven in strikt persoonlijke naam en kan geen van de hiervoor vermelde instellingen verbinden. Beëindiging manuscript: 21 oktober 1999.

1. De gelding van de mededingingsregels voor vrije beroepen

1. Een van de doelstellingen van de Europese Gemeenschap is de „invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst”(1). Daarnaast voorziet het Verdrag expliciet dat het economisch beleid van de Lid-Staten en de Gemeenschap gevoerd zal worden „met inachtneming van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging”(2). Dit impliceert onder meer dat „wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers”(3).

2. Deze marktdeelnemers, in het mededingingsjargon „ondernemingen” genoemd, hebben zich concreet te houden aan de artikelen 81 en 82 EG(4), „constitutieve elementen van de openbare orde van de EEG”(5). Belgische ondernemingen moeten bijkomend rekening houden met artikel 2 en 3 van de Wet tot bescherming van de economische mededinging (WBEM)(6). Deze bepalingen schrijven voor binnen welke grenzen ondernemingen kunnen samenwerken door middel van overeenkomsten (artikel 81 EG; artikel 2 WBEM) en waaraan ondernemingen met een machtspositie zich te houden hebben (artikel 82 EG; artikel 3 WBEM). Deze gedragsregels gelden ook ten aanzien van besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

3. Binnen de Europese context maakte het Hof van Justitie erg vroeg duidelijk dat het begrip „onderneming” een functionele invulling moest krijgen, en dat het hierbij ging om „elke tot een zelfstandig rechtssubject behorend geheel van persoonlijke, materiële en immateriële factoren waarmede op duurzame wijze een economisch doel wordt nagestreefd”(7). De WBEM sluit hier naadloos bij aan, door in zijn artikel 1

(1) Artikel 3, sub g EG (oud artikel 3, sub g EG-Verdrag).

(2) Artikel 4 EG (oud artikel 3A, EG-Verdrag).

(3) H.v.J. 13 december 1991, *RTT t. GB Inno*, C-18/88, *Jur. H.v.J.* 1991, I-5941, ro 25. Zie hierover ook infra randnummer 25.

(4) Het Verdrag van Amsterdam, dat op 1 mei 1999 in werking trad, voert een hernummering door van de Verdragsartikelen. Artikel 85 EG-Verdrag werd hierdoor artikel 81 EG; Artikel 86 EG-Verdrag, artikel 82 EG. Behalve in citaten, wordt verder de nieuwe nummering gebruikt.

(5) Beschikking 23 december 1977, *Campari*, PB 1978 L 70/69, IV.3. Zo ook H.v.J. 1 juni 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, ro 36-39.

(6) Wet 5 augustus 1991, *B.S.* 10 oktober 1991, 22493, als gewijzigd bij Wetten van 29 april 1999, *B.S.* 27 april 1999, 14118 en 14121.

(7) H.v.J. 13 juli 1962, *Mannesmann t. Hoge Autoriteit*, 19/61, *Jur. H.v.J.* 1962, 675.

te bepalen dat „voor de toepassing van deze wet [onder onderneming] wordt verstaan: alle natuurlijke of rechtspersonen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven”. Naderhand benadrukten zowel de Commissie, als het Gerecht en het Hof telkens opnieuw dat de concrete rechtsvorm of de wijze waarop de betrokken entiteit/economische eenheid wordt gefinancierd of georganiseerd is geen doorslaggevende rol speelt(8). Het hoofddaccent ligt met andere woorden duidelijk op het uitoefenen van een economische activiteit(9).

4. Dat beoefenaars van een vrij beroep een economische activiteit, omschreven als „elke activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt”(10), uitoefenen, wordt door niemand betwist. In België heeft deze beroepsgroep van „onafhankelijke en kwaliteit leverende zelfstandige ondernemers én werkgemers”(11) een groot — en groeiend — economisch en sociaal gewicht en wil zij dan ook erkenning als volwaardige sociaal-economische sector, zodat de vrije beroepers in de toekomst wél „als *volwaardige ondernemers* met een voor de economie belangrijke activiteit worden aanzien”(12). Als „ondernemingen” in de zin van de mededingingsregels vallen zij dan ook binnen de personele reikwijdte van zowel het Europees als het Belgisch mededingingsrecht. Dat zij geen handelaars of kooplieden zijn in de zin van artikel 1 Wetboek van Koophandel, en als zodanig geen winstoogmerk nastreven, doet hieraan niets af(13). Dat voor een eerste beschikking van de Europese Commissie met betrekking tot een vrij beroep tot 1993

(8) Zie hiervoor o.m. H.v.J. 23 april 1991, *Höffner en Elser*, C-41/90, *Jur. H.v.J.* 1991, I-1979, ro 21; Ger. 2 juli 1992, *Dansk Peldyravlerforening*, T-61/89, *Jur. H.v.J.* 1992, II-1935, ro 44; H.v.J. 17 februari 1993, *Poucet en Pistre*, C-159 en 160/91, *Jur. H.v.J.* 1993, I-637, ro 17; H.v.J. 19 januari 1994, *SAT Fluggesellschaft t. Eurocontrol*, C-364/92, *Jur. H.v.J.* 1994, I-55, ro 18.

(9) Zie hiervoor o.m. Beschikking 18 juni 1969, *Christiani Nielsen*, PB 1969 L 165/12; Beschikking 17 december 1980, *Gegoten glas in Italië*, PB 1980 L 383/19, II.A.2., Beschikking 27 oktober 1992, *WK 1990*, PB 1992 L 326/31, punt 43; Beschikking 30 juni 1993, *CNSD*, PB 1993 L 203/27, punt 40; H.v.J. 12 juli 1984, *Hydrotherm t. Andreoli*, 173/83, *Jur. H.v.J.* 1984, 2999, ro 11; H.v.J. 23 april 1991, *Höffner en Elser*, reeds vermeld, ro 21; Ger. 10 maart 1992, *Shell*, T-11/89, *Jur. H.v.J.* 1992, II-757, ro 311; H.v.J. 17 februari 1993, *Poucet en Pistre*, reeds vermeld, ro 17.

(10) Conclusie advocaat-generaal COSMAS van 12 februari 1998 in zaak C-35/96 (Commissie t. Italië), punt 53, onder uitvoerige verwijzing naar de rechtspraak van het Hof terzake, *Jur. H.v.J.* 1998, I-3855, punt 53.

(11) *Prioriteitenprogramma Federatie voor Vrije en Intellectuele Beroepen*, 1999, 2 (verder aangeduid als „Prioriteitenprogramma FVIB).

(12) *Prioriteitenprogramma FVIB*, 12, cursivering toegevoegd..

(13) Zo ook, Cass. 7 mei 1999, *Belde/Orde der Apothekers*, T.B.H. 1999, 490; ook gepubliceerd in *R.W.* 1999-2000, met noot Y. MONTAGNIE (115-118). Tegelijk moet duidelijk zijn dat zij dit ook niet worden door de onderworpenheid aan de mededingingsregels. Zie hierover ook, D. BLOMMAERT, „Na de advocaten, nu de apothekers”, *Juristenkrant* 1999/6, 2.

moest worden gewacht(14), evenmin. Van „een onttrekking van bepaalde sectoren, die onder het toepassingsgebied van het EG-Verdrag vallen, aan de mededingingsregels van dit Verdrag, kan [immers enkel] sprake zijn, [wanneer] het Verdrag terzake in een uitdrukkelijke uitzondering heeft voorzien”(15). Zulke uitzondering is enkel te vinden in artikel 36 EG (oud artikel 42) voor de landbouwsector(16). Wat de personele werkingssfeer van de WBEM betreft, is de situatie nog duidelijker. Hierin komt immers geen enkele sectorale uitsluiting voor(17). Er is dan ook geen enkele geldige rechtsgrond op grond waarvan de Europese en Belgische mededingingsregels niet zouden gelden ten aanzien van individuele beoefenaars van een vrij beroep(18).

5. Pogingen om zulke uitsluiting te rechtvaardigen op grond van de specificiteit van het vrije beroep, die — inderdaad — maakt dat „het zelfstandig ondernemen van een beoefenaar van een vrij beroep niet volledig samenvalt met dat van een ‘gewone’ ondernemer”(19), zijn met andere woorden gedoemd om te falen. Deze specificiteit komt tot uiting in de volgende kenmerken(20): een vertrouwensrelatie tussen de beoefenaar en cliënt; een onafhankelijke positie; deontologische voorschriften; een meer doorgedreven opleiding die permanent wordt bijgehouden en een grote persoonlijke verantwoordelijkheid. Bijko-

(14) Beschikking 30 juni 1993, *CNSD, PB* 1993 L 203/27 (douane-expediteurs). Tegen deze beschikking werd beroep ingesteld bij het Gerecht van Eerste aanleg (zaak T-513/93). De hoorzitting in deze zaak vond plaats op 17 juni 1999. Bij afronding van het manuscript was de zaak nog in behandeling.

(15) W. VAN GERVEN, L. GYSELEN, M. MARESCEAU, J. STUYCK en J. STEENBERGEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. XIII. Handels- en economisch recht, Deel 2, B. Kartelrecht*, Tweede editie, Antwerpen, Story Scientia, 1996, 13-14, randnummer 9, onder verwijzing naar H.v.J. 30 april 1986, *Asjes*, 209-213/84, *Jur. H.v.J.* 1986, 1425. Zie hiervoor ook H.v.J. 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer*, 45/85, *Jur. H.v.J.* 1987, 405.

(16) Een bijzondere situatie gold voor de vervoersector. Deze sector is nooit uitgesloten van de verdragsregels, maar initieel was verordening 17/62 (Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag) hierop niet van toepassing. Zie voor een uitvoerige bespreking van de toepassing van de mededingingsregels in de vervoersector, VAN GERVEN, e.a., hoger reeds aangehaald, randnummers 34-55, blz. 41-66, en M. WAELBROECK en A. FRIGNANI, *Commentaire Megret. 4. Concurrence, 2^e ed.*, Brussel, Ed. ULB, 1997, 58-74, randnummers 50-68.

(17) Zo ook D. VANDERMEERSCH, *De mededingingswet. Een praktisch commentaar bij de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, 55, 6-04.

(18) Voor wat betreft de toepassing van de Europese mededingingsregels, uitdrukkelijk gesteld door de Commissie tijdens de procedure in zaak T-513/93, *CNSD*, Rapport ter terechtzitting, punt 32.

(19) Prioriteitenprogramma FVIB, 9.

(20) Prioriteitenprogramma FVIB, 9.

mend heeft het vrij beroep als finaliteit „een dienstverlening met een zeer hoge kwaliteit en toegevoegde waarde”(21). Het volkomen legitiem streven naar respect voor deze kenmerken en finaliteit(22), kan — tot spijt van wie dit nog altijd(23) benijdt — evenwel nooit leiden tot een systematisch negeren van de Europese en Belgische mededingingsregels. Wanneer beoefenaars van vrije beroepen „hun beroep als zelfstandig ondernemer uitoefenen, zijn zij [zonder meer] ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1. Zij verlenen hun diensten immers op duurzame grondslag en tegen beloning. [Met name] het feit dat zij een vrij beroep uitoefenen dat (...) gereguleerd is, dat de diensten van intellectuele, technische of gespecialiseerde aard zijn en dat zij verricht worden op persoonlijke en directe grondslag, verandert niets aan de aard van de economische activiteit”(24), en „betekent niet dat zij buiten de werkingssfeer van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag vallen”(25).

6. De „voorwaarden voor de toepassing van de mededingingsregels” op het vrije beroep „verschillen” bijgevolg *niet* „uit de aard der zaken

(21) Prioriteitenprogramma FVIB, blz. 9.

(22) Een van de doelstellingen van de FVIB.

(23) Hetgeen toch erg moeilijk houdbaar wordt in het licht van de recente evolutie.

(24) Beschikking 30 januari 1995, *COAPI*, PB 1995 L 122/37, punt 32. Zo ook reeds Beschikking 30 juni 1993, *CNSD*, PB 1993 L 203/27, punt 40, „Het feit dat het beroep van douane-expediteur als een vrij beroep wordt aangemerkt, staat er niet aan in de weg dat douane-expediteurs ondernemingen zijn die economische activiteiten verrichten”. Volledig in dezelfde lijn Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 23, „Dat het om een gereguleerd vrij beroep gaat, dat de diensten een intellectueel, technisch of specialistisch karakter hebben, en dat de dienstverlening persoonlijk en direct is, verandert niets aan de aard van de economische activiteit”, onder verwijzing naar H.v.J. 18 juni 1998, *Commissie t. Italië*, C-35/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I-3851, ro 37 en 38.

(25) H.v.J. 18 juni 1998, *Commissie t. Italië*, C-35/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I-3851, ro 38 (niet-nakomingsprocedure waarin vraag aan de orde in welke mate de Italiaanse wetgeving de werking van het CNSD-douane-expediteurkartel versterkt). Omwille van de duidelijke samenhang, werd de behandeling van het beroep tegen de CNSD-beschikking voor het Gerecht (zaak T-513/93) geschorst in afwachting van het arrest van het Hof in deze zaak C-35/96. De situatie is overigens voor het nationale mededingingsrecht niet anders. De Franse Conseil de la concurrence heeft zijn mededingingsregels meermaals toegepast ten aanzien van vrije beroepen. Concreet ging het in deze Franse beslissingen om zowel apothekers, architecten, tandchirurgen als landmeters (F. IDOT, „Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels”, *J.T.* 1997, (73) 74, randnummer 13). Ook prijsafspraken tussen Nederlandse notarissen (*NRC Handelsblad*, 15 september 1999) en afspraken tussen deze beroepsgroep en onroerende goedmakelaars werden op het verenigbaarheid met het Nederlands mededingingsrecht onderzocht (C.D. EHLERMANN, „Concurrence et professions libérales: antagonisme ou compatibilité?”, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 1993, (136) 140). In Duitsland ontkwamen tariefafspraken van architecten niet aan het Duitse kartelverbod en in Italië traden de mededingingsautoriteiten op ten aanzien van bedrijfsrevisoren (Idem).

van die welke gelden voor de toepassing van die regels op andere ondernemingsvormen”(26).

7. Zoals hoger reeds kort aangegeven, richten de mededingingsregels zich niet uitsluitend tot overeenkomsten en afspraken tussen individuele marktdeelnemers/ondernemers. Het kartelverbod van artikel 81 EG en artikel 2 WBEM treedt evenzeer in werking wanneer de mededinging wordt beperkt, verhinderd of vervalst ten gevolge van „besluiten van ondernemersverenigingen”. In vele gevallen is kartelgedrag immers niet het gevolg van overeenkomsten tussen twee of meer kartelrecht-subjecten, maar wel het resultaat van het — meestal verplicht — opvolgen van besluiten van hun ondernemersverenigingen.

8. Worden hierbij aanzien als *ondernemersverenigingen*, verenigingen „tot behartiging van de economische belangen van de bij haar aangesloten leden”(27). Deze omschrijving doet onmiddellijk denken aan beroepsverenigingen als FEBIAC, Fedetab of de Belgische Vereniging der Banken. Hoewel dikwijls anders bepleit, betekent de verwijzing naar de *economische* belangenbehartiging van de leden *niet* dat vrije beroepen-organisaties, die (ook) andere taken vervullen, geen ondernemersverenigingen (kunnen) zijn in de zin van artikel 81 EG/artikel 2 WBEM(28). Zulke vrije beroepen-organisatie heeft meestal „een doelstelling van openbaar nut, namelijk erover waken dat hun leden zich gedragen overeenkomstig de vereisten die eigen zijn aan de aan het beroep toevertrouwde opdracht”(29). Voor de Belgische context kunnen hier worden vermeld: de Orde (van advo-

(26) Argument oorspronkelijk, doch vruchteloos, aangevoerd voor het Gerecht van eerste aanleg door leden van een coöperatie in zaak T-61/89, *Dansk Peldyravlerforening, Jur. H.v.J.* 1992, II-1935, ro 52.

(27) Beschikking 16 december 1971, *VCH, PB* 1972 L 13/44, punt 15.

(28) Zo expliciet, Cass. 7 mei 1999, *Belde/Orde der Apothekers, T.B.H.* 1999, 490-491, „de omstandigheid dat de Orde der apothekers de wettelijke opdracht heeft toe te zien op het eerbiedigen van de farmaceutische deontologie en over de handhaving van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van zijn leden en bijgevolg geen enkel economisch doel nastreeft, verhindert [niet] dat de Orde moet beschouwd worden als een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2, lid 1 van de Wet van 5 augustus 1991”.

(29) Zo de Orde van Advocaten van de balie van Aarlen in de prejudiciële procedure voor het Arbitragehof in de zaak R. Tambue t. Belgische Nationale Orde van Advocaten en de orden van verschillende balies, Arrest 23/97, 30 april 1997, *B.S.* 25 juni 1997, 17000, 17002, sub A.4.2, ook gepubliceerd in *T.B.H.* 1997, met noot K. PLATTEAU (575-577). Als algemene omschrijving, mutatis mutandis, ook toepasselijk op andere vrije beroepen-organisaties.

caten, apothekers, architecten, dierenartsen en geneesheren), de Kamers (van notarissen) en de (Beroeps)Instituten (van accountants, bedrijfsrevisoren, boekhouders, fiscalisten, vastgoedmakelaars)(30). Hierover is recent gesteld, dat „het belang van een goed functionerende beroepsinstantie niet genoeg kan benadrukt worden. De eerste taak van een beroepsinstantie is [dan meer bepaald] de [hoger vermelde] kenmerken en finaliteit eigen aan het vrij beroep te vrijwaren en te waken over de goede beroepsuitoefening. Een beroepsinstantie moet garant zijn voor de kwaliteit en toegevoegde waarde van de dienstverlening door een bepaalde beroepsgroep. Dit komt niet alleen de cliënt ten goede, maar ook het imago van het beroep, en dus onrechtstreeks de individuele beroepsbeoefenaars. In de toekomst zal bovendien voor beroepsinstanties die vrije en intellectuele beroepen groeperen een belangrijke taak weggelegd zijn, o.m. op het vlak van permanente vorming en externe communicatie”(31).

9. Helemaal in lijn met de hoger besproken functionele invulling van het ondernemingsbegrip, kan aan deze specifieke opdracht evenwel geen uitsluitingsbetekenis worden toegekend, en staan deze vrije beroepen-organisaties niet buiten of boven de mededingingsregels(32). Met name de omstandigheid dat zij een bij of krachtens wet opgedragen taak vervullen, die „hen in staat stellen het beroep te

(30) Zie voor een bespreking van deze verschillende Orden en Instituten, mijn „De Raad voor de Mededinging en de opstand der Orden”, *Gandius Actueel III*, Antwerpen, Kluwer Rechts-wetenschappen België, 1998, 127-158, randnummers 191-199.

(31) Prioriteitenprogramma FVIB, 15.

(32) Hetgeen niet wegneemt dat (nog steeds) pleidooien in die zin voorkomen. Zo de Italiaanse Orde van douane-expediteurs (CNSD) in Beschikking 30 juni 1993, *PB* 1993 L 203/27, en recent opnieuw in zaak T-513/93, Rapport ter terechtzitting, punt 23, waar deze voor het Gerecht van eerste aanleg betoogde dat de aangevochten CNSD-beschikking „tente à saper à la base l'une des créations les plus anciennes et les plus caractéristiques de la civilisation européenne, à savoir, les ordres professionnels, qui, selon des traditions qui remontent jusqu'à l'époque médiévale, organisent et réglementent de manière autonome les activités à caractère intellectuel habituellement qualifiées de professions libérales”, waaruit zou moeten volgen dat de mededingingsregels op hen niet van toepassing zijn. Zo ook de Spaanse orde van octrooigemachtigden, zie hiervoor Beschikking 30 januari 1995, *COAPI*, *PB* 1995 L 122/37, punt 31, b), „De COAPI heeft de plicht rekening te houden met het openbaar belang, dat moet worden onderscheiden van het louter eigenbelang van de aangeslotenen, en de verplichting om de aangeslotenen de verplichtingen die voortvloeien uit de betrokken algemene en bijzondere wetgeving na te doen leven”, hetgeen volgens de COAPI zou impliceren dat zij geen ondernemersvereniging kan zijn in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

reglementeren” is in wezen irrelevant(33), zoals ook de omstandigheid dat hun „rechtsvorm naar [nationaal] recht een publiekrechtelijke corporatie is, niet verhindert deze als ondernemersvereniging[en] te beschouwen”(34).

10. Wanneer deze ondernemersverenigingen besluiten nemen die tot doel of tot gevolg hebben dat de mededinging op merkbare wijze wordt beperkt, verhinderd of vervalst, zijn deze in strijd met het mededingingsrecht. Concreet gaat het hierbij dikwijls om reglementen opgesteld door de daartoe bevoegde organen van de vereniging, met als kenmerk dat zij bindend zijn voor alle leden, of door hun inhoud omdat zij in dwingende bewoordingen zijn opgesteld(35), of op grond van de statuten of de interne regels van de vereniging(36). Anderzijds geldt ook hier geen strikt formalisme. Zo vormt een „aanbeveling, ongeacht hoe zij juridisch precies moet worden gekwalificeerd” een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG, wanneer zij „een getrouwe weergave is van de wil [van de vereniging] om het gedrag van zijn leden op de [betrokken] markt overeenkomstig de aanbeveling te coördineren”(37). Dat een „aanbeveling van een ondernemersvereniging, *zelfs zonder bindende werking*, niet aan de toepassing van artikel 85, lid 1, ontkomt, wanneer de aanvaarding van de aanbeveling door de betrokken on-

(33) En kan er hoogstens toe leiden dat ook de Lid-Staat die zulke wet heeft genomen en gehandhaafd op grond waarvan de betrokken beroepsorganisatie via de hem toegekende beslissingsbevoegdheid verplicht is, als ondernemersvereniging een besluit te nemen dat in strijd is met artikel 81 EG omdat daarbij [i.c.] een voor alle beroepsbeoefenaars bindende tariefregeling wordt vastgesteld, in strijd heeft gehandeld met artikel 81 io. 5 EG. Zie hiervoor m.n. H.v.J. 18 juni 1998, *Commissie t. Italië*, C-35/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I-3581, ro 60 en dictum. De poging tot afwijzing van deze verantwoordelijkheid door de Italiaanse regering op grond dat hierdoor „nationale wettelijke regelingen inzake de vrije beroepen ter discussie worden gesteld, en dat de nationale wetgever bij het vaststellen van regels voor vrije beoefenaars geen regels voor ondernemingen heeft willen uitvaardigen” (aangehaald in conclusie advocaat-generaal COSMAS in deze zaak, punt 89), moet dan ook falen. Zie hiervoor ook Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 26.

(34) Beschikking 30 januari 1995, *COAPI*, PB 1995 L 122/37, punt 33. Zo ook H.v.J. 18 juni 1998, *Commissie t. Italië*, C-35/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I-3851, ro 40. De stelling van Mr. M.B.W. BIESHEUVEL (*N.J.B.* 1999, 295) dat wanneer een Orde „waar zij verordeningen vaststelt, een publiekrechtelijke taak vervult, waar[door] zij aan de Mededingingswet zou ontsnappen”, negeert zowel COAPI als het arrest van het Hof, en is dan ook betwistbaar.

(35) Zo b.v. in de UIC-zaak, Beschikking 25 november 1992, *UIC*, PB 1992 L 366/47, punt 65.

(36) Zie hiervoor o.m. Beschikking 16 december 1971, *VCH*, PB 1972 L 13/44, punt 15; Beschikking 30 januari 1995, *COAPI*, PB 1995 L 122/37, punt 35 en de arresten H.v.J. 19 oktober 1980, *Fedetab e.a. t. Commissie*, 209-212/78, *Jur. H.v.J.* 1980, 3125, ro 88; Ger. 24 maart 1994, *Europay t. Commissie*, T-39-40/93, *Jur. H.v.J.* 1994, II-49, ro 136.

(37) H.v.J. 27 januari 1987, *Sachversicherer t. Commissie*, 45/85, *Jur. H.v.J.* 1987, 405, ro 32.

dernemingen een merkbare invloed uitoefent op de mededinging op de betrokken markt”(38), ligt volledig in dezelfde lijn.

11. Vrije beroepen-ondernemersverenigingen mogen dan ook „geen restrictieve mededingingspraktijken organiseren of bevorderen zonder dat die beperkingen zouden worden verantwoord op grond van de noodzakelijkheid de onafhankelijkheid van [hun leden] te waarborgen, de kwaliteit van hun dienstverlening te verzekeren of hun deontologie in acht te doen nemen”(39).

12. Besluiten van vrije beroepen-ondernemersverenigingen zijn meestal gestoeld op de specificiteit en de hoger vermelde kenmerkende eigenschappen en finaliteit van het vrije beroep. In de regel hebben zij onder meer tot doel te „waken voor de eer, de rechten en de gemeenschappelijke beroepsbelangen” van de leden(40), het vaststellen van „de regels en gebruiken van het beroep” (plichtenleer/deontologie)(41); het handhaven van „de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep ten grondslag liggen en de inbreuken daarop en de tekortkomingen tuchtrechtelijk te beugelen of te straffen”(42)(43). Meer algemeen gesteld hebben hun „handelingen tot doel de kwaliteit van de dienstverlening te verzekeren en de onafhankelijkheid te waarborgen”(44).

13. Los van de al dan niet expliciet geformuleerde rechtvaardigingsgronden en andere „goede bedoelingen”(45), zijn besluiten die tot doel of ten gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt, verhinderd of vervalst, verboden (artikel 81, lid 1 EG(46); artikel 2, lid 1

(38) Beschikking 25 november 1992, *UIC*, *PB* 1992 L 366/47, punt 67; H.v.J. 19 oktober 1980, *Fedetab t. Commissie*, 209-212/78, *Jur. H.v.J.* 1980, 3125, ro 89; H.v.J. 8 november 1983, *IZA t. Commissie*, 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, *Jur. H.v.J.* 1983, 3369, ro 20.

(39) Zo het Arbitragehof in het reeds hoger vermeld arrest *Tambue*, (advocaten) *B.S.* 25 juni 1997, 17000, 17006, B.7.2. Zie evenwel ook infra, voor de afbakening van deze „noodzaak”-verantwoording.

(40) Zo Artikel 493 Ger.W. (Advocaten).

(41) Zo Artikel 494 Ger.W. (Advocaten).

(42) Zo Artikel 456 Ger.W. (Advocaten).

(43) Zie voor een bespreking van de erg vergelijkbare rol van de Orde van Apothekers, Architecten, Dierenartsen en Geneesheren, en de Kamers van Notarissen, opnieuw, mijn „De Raad voor de mededinging en de opstand der Orden”, hoger reeds aangehaald, randnummers 194-198.

(44) Zo Arbitragehof nr. 23/97, 30 april 1997, *B.S.* 25 juni 1997, 17000, 17006, sub B.6. (Advocaten).

(45) Waarover verder meer.

(46) Voor de toepassing van artikel 81 EG is bijkomend vereist dat de handel tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloed wordt.

WBEM). Wanneer niet aangemeld met het oog op ontheffing dan wel deze ontheffing is geweigerd omdat één of meer van de daartoe vereiste voorwaarden niet is vervuld (47), zijn zij *ab initio* nietig. Op grond van de directe werking van de mededingingsregels staat het dan ook „aan de door de wet aangewezen rechtscolleges om de reglementen die een onverantwoorde inbreuk maken op de mededingingsregels te vernietigen of te weigeren toe te passen”(48). De nietigheid impliceert tegelijk ook dat „overtredingen” van deze besluiten door individuele beroepsbeoefenaars eigenlijk niet bestaan, zodat ook iedere tuchtrechtelijke of deontologische betugeling daarvan onmogelijk is(49).

14. Hoewel aan de toepasselijkheid van de mededingingsregels op het vrije beroep intussen niet meer met ernst kan getwijfeld worden, kan evenmin worden ontkend dat de al bij al recente gevallen van daadwerkelijke toepassing van deze regels op, met name, prijs-, tarief- of honorariumregelingen en publiciteitsvoorschriften, de sector niet onberoerd heeft gelaten. Het hierna volgende onderdeel geeft een overzicht van wat hierbij (nog) mag en niet, en wil met andere woorden een aanzet tot houvast bieden voor individuele vrije beroepsbeoefenaars en hun organisaties.

2. Prijs-, tarief- of honorariumregelingen

15. Prijsafspraken behoren tot de meest flagrante inbreuken op zowel artikel 81 EG als artikel 2 WBEM. In 1996 omschreef de Europese

(47) Overeenkomsten kunnen van het kartelverbod van artikel 81, lid 1 EG worden vrijgesteld wanneer ondernemingen deze aanmelden bij de Europese Commissie en aantonen dat zij „bijdragen tot verbetering van de productie of de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans a) aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen”. Artikel 2, lid 3 WBEM is erg gelijklopend, met dit verschil dat de aanmelding (sinds de Wet van 26 april 1999 tot wijziging van de WBEM) moet gebeuren bij de Raad voor de Mededinging en bijkomend ook ruimte is ingeruimd voor overeenkomsten „die de kleine en middelgrote ondernemingen de mogelijkheid bieden om hun concurrentiepositie op de betrokken markt of op de internationale markt te verstevigen”.

(48) Arbitragehof nr. 23/97, 30 april 1997, *B.S.* 25 juni 1997, 17000, 17006, sub B.7.2.

(49) Een stelling als zou daarvoor eerst de vernietiging van het betrokken reglement moeten worden gevorderd overeenkomstig nationaal recht, is dan ook volstrekt onjuist. Zo nochtans m.b.t. het Reglement van de Nationale Orde van Advocaten, J. STEVENS, Verantwoordelijke deontologie van de Vereniging van de Vlaamse Balies, *Juristenkrant* 1999/6, 2. Zie hierover ook infra, randnummers 26, 30, 51 en 52.

Commissie zulke beperkingen, samen met productie- en verkoop-quota, marktverdelingsafspraken en in- en uitvoerverboden, als „de ernstigste beperkingen van de mededinging waarmee [zij] heeft te kampen”(50). Prijsafspraken vormen dan ook „uit de aard der zaak een ernstige beperking van de mededinging”(51). Zelfs wanneer zij zouden worden aangemeld, kunnen zij nooit voldoen aan de voorwaarden voor ontheffing; „in de administratieve praktijk van de Commissie en volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie kan er [immers] geen sprake zijn van een ontheffing wanneer prijzen, met name minimumprijzen, in onderling overleg worden vastgesteld”(52).

16. Tariefafspraken uitgaand van individuele beroepsbeoefenaars vallen dan ook met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid onder het kartelverbod. Door zulke afspraken doen zij immers vrijwillig afstand van hun economische vrijheid zelf hun tarieven te bepalen. Of het hierdoor om minimum- dan wel maximumbedragen gaat, speelt hierbij geen enkele rol.

17. Volkomen in dezelfde lijn zijn tariefregelingen opgelegd door vrije beroepsorganisaties, als besluiten van ondernemersverenigingen, in strijd met het kartelverbod. Beroepsorganisaties zijn met andere woorden in het „kader van de uitoefening van [hun] tariefbepalingsbevoegdheid, ondernemingsverenigingen in de zin van artikel 85. Iedere andere conclusie zou artikel 85 zijn nuttig effect ontnemen, omdat de ondernemingen (i.c. de in geding zijnde vrije beroepsbeoefenaars) alsdan binnen het rechtskader van de vereniging straffeloos tot concurrentiebeperkend gedrag zouden kunnen overgaan”(53). Zulk besluit dat „ertoe strekt de hoogte van de honoraria tegenover cliënten vast te stellen, is *als zodanig* in strijd met artikel 85, lid 1

(50) Mededeling van de Commissie betreffende het niet-opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen, *PB* 1996 C 207/4, punt 1.

(51) Beschikking 21 december 1988, *PVC*, *PB* 1989 L 74/1, punt 52. Volkomen in dezelfde lijn, H.v.J. 30 januari 1985, *BNIC*, 123/83, *Jur. H.v.J.* 1985, 391, ro 22, „... een overeenkomst waarbij een minimumprijs wordt vastgesteld [...] verbindend [...] voor al degenen die op de betrokken markt aan het economisch verkeer deelnemen [...] er *uiteraard* toe de mededinging op die markt te vervalsen” (cursivering toegevoegd). Uitdrukkelijk naar verwezen in Beschikking 30 januari 1995, *COAPI*, *PB* 1995 L 122/37, punt 39.

(52) Beschikking 30 juni 1993, *CNSD*, *PB* 1993 L 203/27, punt 54; Beschikking 30 januari 1995, *COAPI*, *PB* 1995 L 122/37, punt 41. Opvallend hierbij is dat in beide gevallen „bij gebreke van een aanmelding [in feite] niet behoefde te worden onderzocht of het besluit voor een ontheffing in aanmerking kwam”. Deze *obiter dicta* zijn anderzijds zonder meer te aanzien als erg duidelijke waarschuwingen aan vrije beroepen-ondernemersverenigingen.

(53) Conclusie advocaat-generaal COSMAS van 12 februari 1998 in zaak C-35/96 (Commissie t. Italië), punt 70.

onder a) van het Verdrag, [aangezien] de leden [hierdoor] ten opzichte van elkaar afstand [hebben] gedaan van de vrijheid voor de beloning van de diensten die zij aan gebruikers verlenen, individueel eigen tarieven vast te stellen”(54), zoals ook hun „vrijheid met betrekking tot hun interne organisatie” op ontoelaatbare wijze wordt beperkt(55). Bijkomend komen zulke regelingen per definitie niet voor ontheffing in aanmerking, omdat zij altijd beperkingen opleggen die voor het bereiken van de nagestreefde doelstellingen niet onmisbaar zijn(56).

18. Een duidelijk voorbeeld van honorariumregelingen zijn het *pactum de quota litis*, en het zgn. *no cure no pay*-verbod. De Gedragscode voor de Advocaten van de Europese Gemeenschap(57) herneemt het in verschillende Lid-Statens geldende verbod op het *pactum de quota litis* (artikel 3.3). Hiermee is bedoeld „een overeenkomst aangegaan tussen de advocaat en zijn cliënt voor de beëindiging van de zaak, waarbij de cliënt zich verbindt aan de advocaat een bepaald deel van de opbrengst van de zaak te zullen uitkeren hetzij in geld hetzij in enig ander goed of waarde”(58), waaraan nog wordt toegevoegd dat „als een dergelijk pactum niet wordt beschouwd de overeenkomst, waarbij het honorarium wordt bepaald in samenhang met het belang van het geschil met de behandeling waarvan de advocaat is belast, indien dat honorarium in overeenstemming is met een officieel tarief of is toegelaten door de bevoegde autoriteit waaronder de advocaat ressorteert”(59). „No cure no pay” komt hierop neer dat het verschuldigde honorarium rechtstreeks afhankelijk wordt gesteld van het behaalde resultaat.

(54) Beschikking 30 januari 1995, *COAPI*, PB 1995 L 122/37, punt 37, cursivering toegevoegd. Deze uitspraak geldt mutatis mutandis voor artikel 2 WBEM.

(55) Beschikking 30 juni 1993, *CNSD*, PB 1993 L 203/27, punt 46.

(56) Zoals hoger aangegeven, kan slechts ontheffing worden verleend wanneer aan alle daartoe gestelde voorwaarden is voldaan.

(57) Gedragscode voor de Advocaten van de Europese Gemeenschap, bij eenparigheid aangenomen door de vertegenwoordigers van de 12 balies van de Europese Gemeenschap in de plenaire vergadering van de C.C.B.E. te Straatsburg op 28 oktober 1988. Voor België werd deze goedgekeurd door de Algemene Raad van de Nationale Orde van Advocaten op 12 oktober 1989, hierna „CCBE-Code”.

(58) Luidens Regel 25, derde lid van de Nederlandse Gedragsregels voor advocaten, betekent het *quota pars litis* verbod dat „de advocaat niet [mag] overeenkomen dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken gevolg, behoudens wanneer dit geschiedt in overeenstemming met een landelijk of plaatselijk voor bepaalde categorieën zaken door de Orde geadviseerd tarief”.

(59) De regeling vervat in deze toevoeging valt zonder meer onder het kartelverbod door de expliciete verwijzing naar „een officieel tarief ...”.

19. De Nederlandse juridische wereld lijkt nog steeds niet volledig hersteld van de dubbelschok(60), ontstaan door het voorlopig oordeel van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in haar zgn. Punten van Overweging van 21 januari 1999(61), dat deze verboden in strijd zijn met het (Nederlandse) kartelverbod(62)(63). De commotie, en de heftigheid daarvan, verbaast. Uiteindelijk doet de NMa hiermee niets anders dan de hoger geschetste gedachtegang volgen/toepassen, op grond waarvan de NMa oordeelt dat advocaten „ondernemingen” zijn in de zin van het mededingingsrecht, de Nationale Orde van Advocaten (de NovA) een ondernemersvereniging is en de twee betrokken verboden, als autonome gedraging, besluiten van een ondernemersvereniging, waarmee de mededinging wordt beperkt. Zowel het verbod op „no cure no pay” als het verbod op „quota pars litis” stellen immers „direct en indirect beperkingen aan de prijsvoorwaarden waaronder advocaten hun diensten (kunnen) aanbieden; bepaalde wijzen van berekenen van 'honoraria' voor advocaten worden categorisch en collectief uitgesloten. Dit betekent dat de advocaten en de praktijkvennootschappen waarbinnen zij als zodanig werkzaam zijn, worden beperkt in de vrijheid hun commerciële beleid zelf te bepalen ten aanzien van één van de meest essentiële concurrentieparameters, te weten de prijs”. De voorlopige conclusie van de NMa is dan ook,

(60) Zie hiervoor met name de door de redactie van het Nederlands Juristenblad „uitgelokte meningen” onder de hoofding „No cure no pay en quota pars litis in discussie”, in *N.J.B.* 1999, 295-304, met bijdragen met toch wel voor zich sprekende titels als „Vragen ter overweging; Letselschade en regulering van contingency fees; Van ereloon naar hulploon? Driewerf nee; Over de wenselijkheid van Amerikaanse toestanden; No pay no cure, of naar keuze no cure no pay? Op weg naar een nieuwe eistijd?” Het mag duidelijk zijn dat het merendeel van deze meningen vrij afwijzend zijn, zodat het niet echt een „discussie” is geworden. Zie voor een rechtseconomische analyse, N. RICKMAN, „Contigent fees and litigation settlement”, *International Review of Law and Economics* 1999/3, 295-317.

(61) *N.J.B.* 1999, 231-234.

(62) Artikel 6 Mededingingswet verbiedt, in bijna woordelijke aansluiting met artikel 81 EG, „overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst”.

(63) Regel 25, tweede lid van de Gedragsregels voor advocaten luidt: „Het staat de advocaat niet vrij overeen te komen, dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht”. In België verboden door artikel 459 Ger.W. De omstandigheid dat het in België met andere woorden om een wettelijk verbod gaat, volstaat evenwel op zichzelf niet om de toepasselijkheid van de mededingingsregels uit te sluiten, omdat de wetgever hiermee de betrokken beroepsbeoefenaars als het ware verplicht deze regels te schenden, waarvoor hij dan ook verantwoordelijk kan worden gesteld (zie hiervoor ook tekst voetnoot 34). Het is met andere woorden niet uit te sluiten dat België met deze regel artikel 10 (ex-artikel 5) io 81 EG schendt. Een uitputtende bespreking hiervan valt evenwel buiten het bestek van deze bijdrage.

volstrekt logisch, dat de betrokken Gedragsregels van rechtswege nietig zijn(64).

20. Een stelling als zouden tariefregelingen behoren tot de intrinsieke taak en opdracht van vrije beroepsorganisaties, waaraan geen afbreuk mag worden gedaan, omdat dit zou neerkomen „à dénaturer le sens même de l'autonomie des règles de la profession concernée et à compromettre le rôle et la fonction des ordres professionnels”(65), kan dan wel aantrekkelijk lijken voor nogal wat beroepsorganisaties en wellicht op instemming rekenen, maar doet tegelijk ook bijna aandoenlijk/wanhopig aan en heeft niet de minste kans op slagen.

21. Dit is evenzeer het geval voor de erg frequent voorkomende argumentatielijnen als zouden zulke prijsreglementeringen kwaliteitsbevorderend werken, omdat/en hiermee — op zichzelf — lovenswaardige doelstellingen worden nagestreefd.

22. Vormt dus *geen* rechtvaardiging voor zulke flagrante inbreuk op de economische vrijheid van beroepsbeoefenaars, het betoog dat dwingende minimumprijzen „het voordeel hebben dat de concurrentie tussen vrije beroepsbeoefenaars door middel van de kwaliteit van de diensten wordt bevorderd. Wanneer de gebruiker niet op grond van de prijzen kan kiezen, zal hij die dienstverlener kiezen die de beste waarborgen biedt ten aanzien van eerlijkheid, ervaring, toewijding enzovoort, hetgeen tot een betere kwaliteit van de diensten leidt en oneerlijke beroepsbeoefenaars belet de consument te misleiden door hem diensten van onvoldoende kwaliteit te verlenen”(66).

23. De redengeving „alle [beroepsbeoefenaars] in staat te stellen op nauwkeurige wijze de vergoeding te begroten waarop zij voor hun prestaties aanspraak mogen maken en hun kosten berekenen; het publiek beter voor te lichten over de kostprijs van de diensten van de [vrije beroeper] en de kosten die daarmee gepaard gaan en bijge-

(64) In de *EPI-Gedragscode*-Beschikking oordeelde de Europese Commissie ten aanzien van een „no cure no pay”-regel, dat „deze beperking aan de commerciële handelvrijheid van de leden [erkende octrooi-gemachtigden] moe[s]t worden beoordeeld in de context van het gehele systeem van octrooiverlening van het EOB [Europees Octrooibureau]” en oordeelde zij na een analyse van deze context, dat dit verbod buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1 EG viel, Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 35.

(65) Stelling CNSD tijdens procedure in zaak T-513/93, rapport ter terechtzitting, punt 43.

(66) Vruchteloos gebleken argument ter verdediging van dwingende minimumprijzen opgelegd door de ondernemersvereniging „Colegio Oficial de Agentes de la Propriedad Industrial (Orde van octrooi- en merkgemachtigden)” (COAPI), Beschikking 30 januari 1995, *COAPI*, PB 1995 L 122/37, punt 31, sub i.

volg meer rechtszekerheid te scheppen; om openbare diensten, bedrijven, ministeries, verzekeraars, belangengroepen e.a. toe te laten bij hun prijsberekening en begroting nauwkeuriger de uitgaven de bepalen veroorzaakt door de tussenkomst van de [vrije beroeper]; te vermijden dat een bepaald deel van het cliënteel zelf het ereloon en de kosten zou bepalen”(67), biedt evenmin een uitweg voor de toepasselijkheid van de mededingingsregels op — al dan niet dwingende(68) — honoraria-aanbevelingen of richtlijnen.

24. Dit soort redeneringen leidt bij tijden tot een milde vorm van schizofrenie. Zo werd op een bepaald ogenblik de invoering van forfaitaire minimumtarieven bepleit, „in een streven naar transparantie van de markt”, waarmee in feite bedoeld werd, iedere werkelijke keuzevrijheid van potentiële cliënten, op grond van een voorafgaand vergelijkend tariefonderzoek, te vermijden. In ditzelfde verband doet het enigszins vreemd aan eerst aandacht te vragen „voor de ’marktpositie’ van vrije beroepen”, in de zin dat „net zoals voor zelfstandige ondernemers oneerlijke concurrentie uit den boze is”, en bijna onmiddellijk daarop volgend ervoor te pleiten „het principe van prijszetting door een instantie of organisatie van beoefenaars van een vrij beroep [te vrijwaren]”(69). Het is nog maar de vraag of de afwezigheid van iedere vorm van prijsconcurrentie als gevolg van collectieve prijsstelling door de betrokken beroepsorganisatie, die deze daarenboven aanziet als een tuchtregel of deontologische regel, werkelijk de meest aangewezen manier is om vrije beroepers toe te laten hun marktpositie uit te bouwen.

25. Bijkomend moet worden opgemerkt, dat de mededingingsregels, ondanks klaarlijkkelijk erg hardnekkige misverstanden dienaangaande, niet tot doel hebben een „eerlijke” mededinging tot stand te brengen of te vrijwaren, maar ertoe strekken te waarborgen „dat de mededinging niet wordt vervalst”(70). Weliswaar kan zulk stelsel van

(67) D. BLOMMAERT, „Begroting van advocatenhonoraria en aspecten van mededinging”, lezing gehouden te Gent op 19 september 1997 in het kader van de derde Juridische Actualia van de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit Gent. Redenen aangehaald voor de noodzaak aan hanteerbare richtlijnen bij de opmaak van advocatenhonoraria, zoals vervat in de Aanbeveling van de Algemene Raad van de Nationale Orde van 24 juni 1991 inzake ereloon en kosten, die tot eind 1995 van kracht was, en het Reglement van de Antwerpse Orde dat in grote mate op deze Nationale Aanbeveling voortbouwt.

(68) Hetgeen zoals hoger aangegeven is, niet het minste belang heeft voor de al dan niet toepasselijkheid van de mededingingsregels, supra randnummer 10.

(69) Prioriteitenprogramma FVIB, 12 en 13.

(70) Artikel 3, sub g EG.

onvervalste mededinging „slechts worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers”(71), het creëren van zulke gelijke kansen binnen het beroep via prijsafspraken, kan niet de minste vorm van genade vinden. Los nog van de vraag wat precies moet worden begrepen onder „oneerlijke mededinging”, moet duidelijk zijn dat „deelnemers aan een kartel dat erop gericht is de prijzen tot of boven de kostprijs op te trekken, niet ter rechtvaardiging van hun gedrag [kunnen] aanvoeren, dat zij met dit kartel een einde willen maken aan een oneerlijke mededinging”. Het via overeenkomst of besluit bestrijden van bepaalde vormen van oneerlijke mededinging, zal dus enkel buiten het kartelverbod vallen „wanneer [dit] niet zonder meer tot een beperking van de mededinging leidt”(72). Prijsafspraken en -regelingen doen dit duidelijk altijd en vallen dus zonder meer onder het kartelverbod.

26. Zoals hoger reeds aangegeven, volgt hieruit dat iedere prijs-, tarief-, of honorariumregeling *ab initio* nietig is, zodat „overtredingen” daarvan door individuele beroepsbeoefenaars niet (kunnen) bestaan. Een verder gevolg is dan ook dat in deze context geen onbeperkte ruimte is voor tuchtrechtelijk optreden.

27. Voor het aangeven van de grenzen van enig tuchtrechtelijk optreden, wordt teruggegrepen naar de beleidsruimte van vrije beroepsondernemersverenigingen, die erin bestaat dat zij enkel die „restrictieve mededingingspraktijken [mogen] organiseren of bevorderen [die kunnen] worden verantwoord op grond van de noodzakelijkheid de onafhankelijkheid van [hun leden] te waarborgen, de kwaliteit van hun dienstverlening te verzekeren of hun deontologie in acht te doen nemen”(73). De vraag of een prijs-, tarief-, of honorariumregeling aan deze noodzaak-voorwaarden voldoet, kan enkel een ontkennend antwoord krijgen.

28. Voor zover het gaat om de noodzaak van prijsregelingen ter garantie van de onafhankelijkheid van de vrije beroepsbeoefenaar, moet men toch wel heel erg krom gaan denken wil men tot het besluit

(71) H.v.J. 13 december 1991, *RTT t. GB Inmo*, C-18/88, *Jur. H.v.J.* 1991, I-5941, ro 25.

(72) Ger. 10 maart 1992, *Montedipe*, T-14/89, *Jur. H.v.J.* 1992, II-1159, ro 292 en 296.

(73) Zo het Arbitragehof in het reeds hoger vermeld arrest *Tambue*, (advocaten) B.S. 25 juni 1997, 17000, 17006, B.7.2.

komen dat de onafhankelijkheid/vrijheid van de vrije beroepsbeoefenaar ten aanzien van de cliënt, enkel kan gewaarborgd worden door deze te vervangen door een volstreekte afhankelijkheid van zijn beroepsorganisatie en een volstreekte onvrijheid op het gebied van prijsbepaling voor aan de cliënt geleverde diensten.

29. Het waarborgen van de kwaliteit van de dienstverlening vereist evenmin prijsregelingen. Immers, zelfs wanneer „men aanneemt dat de collectieve vaststelling van minimumprijzen tot het verzekeren van een hoge kwaliteit van de diensten strekt, vormt zulks (...) geen geschikt middel. Enerzijds [wordt daardoor] niet belet dat ongestraft diensten van slechte kwaliteit worden geleverd tegen prijzen die hoger zijn dan de minima. Anderzijds wordt de kwaliteit van diensten van de [betrokken beroepsbeoefenaars] reeds in hoge mate gewaarborgd door de voorwaarden van toegang tot het beroep, door het aan hen uitsluitende recht deze activiteiten uit te oefenen, en door het hoge niveau van de morele waarden dat van vrije beroepsbeoefenaars wordt gevergd”(74). Bijkomend is het vermeende voordeel dat gebruikers uit zulke prijsregelingen zouden halen zonder meer onbestaande. Zulke regelingen „beletten de gebruikers [immers] voordelen te halen door deze diensten af te nemen tegen lagere prijzen die betere beroepsbeoefenaars zouden kunnen toepassen en ontmoedigen [de individuele vrije beroeper] te streven naar een andere wijze van uitoefening van hun beroep die hen in staat zou stellen hun kosten te verlagen”(75).

30. Intussen staat evenzeer vast dat prijsregelingen niet verantwoord kunnen worden op grond van de noodzaak de voor het beroep geldende deontologie in acht te doen nemen. Zo kan met name de op grond/bij wet aan de Ordes en Instituten opgedragen tuchtbevoegdheid niet (meer) worden uitgelegd als een verplichting tot optreden tegen „het aanrekenen van bijzonder [als in, te] lage honoraria”, hierbij aanvoerend dat zulke niet-naleving van de voor de sector ingestelde prijsregeling „meestal in samenhang met andere gedragingen, zoals b.v. collusie met [i.c.] een projectontwikkelaar, een factor kan zijn van inbreuk op de eer en waardigheid van het beroep”(76).

(74) Beschikking 30 januari 1995, *COAPI*, PB 1995 L 122/37, punt 41, onder verwijzing naar Beschikking 15 december 1982, *UGAL/BNIC*, PB 1982 L 379/1.

(75) Beschikking 30 januari 1995, *COAPI*, PB 1995 L 122/37, punt 43.

(76) Stelling van de Orde van Architecten, tijdens de behandeling van het verzoek om voorlopige maatregelen in wat bekend raakte als de „Architecten-zaak”, *A.J.T.* 1995-96, 181.

Zulke argumentatie moet falen(77). Voor zover het gaat om de toepassing van de Europese mededingingsregels, kan volgens vaste rechtspraak, „het nationale recht in geen geval afbreuk doen aan de rechtskracht van het communautaire mededingingsrecht en nog minder de toepassing ervan belemmeren of verhinderen”(78). Hieruit volgt concreet dat de plichtenleer niet aan de werking van het mededingingsrecht in de weg mag staan.

31. Toegepast op vrije beroepen-organisaties leidt artikel 81 EG met andere woorden tot „le scission des fonctions [daarvan] entre celles qui visent à régir les comportements de ses affiliés sur le marché des services [concernés] et celles qui ne concernent pas les choix de caractère économique des opérateurs”(79)(80). Voor de eerste categorie(81), waartoe prijs-, tarief- of honorariumregelingen(82) ontegensprekelijk en onbetwistbaar(83) behoren, is dan ook geen ruimte meer voor tuchtrechtelijk optreden. Los nog van de vraag of dit soort regelingen geschikt is voor het waarborgen van de eer en waardigheid, is de gedwongen naleving ervan via tuchtprocedures dus zonder meer onwettig, omdat dit de toepassing van het mededingingsrecht op niet-aanvaardbare wijze verhindert. Een „tuchtorgaan van [een] Orde kan wettelijk [immers] geen concurrentiebeperkende maatregelen (met

(77) Hetgeen dan ook gebeurde, Vz. Raad voor de Mededinging 31 oktober 1995, *A.J.T.* 1995-96, 176, met noot J. BILLIET, *J.L.M.B.* 1996, met noot S. LEONARD en J.-P. VERGAUWE (266-278).

(78) H.v.J. 17 januari 1984, *VBVB en VBBB*, 43/82 en 63/82, *Jur. H.v.J.* 1984, 19 en H.v.J. 30 januari 1985, *BNIC*, 123/83, *Jur. H.v.J.* 1985, 402. Expliciet naar verwezen in Beschikking 30 juni 1993, *CNSD*, *PB* 1993 L 203/27, punt 44.

(79) De CNSD-beschikking is helemaal op dit onderscheid gebaseerd, als toegelicht door de Commissie tijdens de beroepsprocedure in zaak T-513/93, rapport ter terechtzitting, punt 39. Helemaal in dezelfde lijn, Conclusie advocaat-generaal COSMAS van 12 februari 1998 in zaak C-35/96 (Commissie t. Italië), punt 71.

(80) Het zal niet echt verbazing wekken dat de CNSD dit onderscheid betwist, op grond dat dit „onwerkbaar” is, „... estime que la distinction que la Commission prétend imposer entre fonctions du CNSD qui ne concernent pas les choix à caractère économique, en particulier, celle portant sur la fixation du tarif [sic!], et le reste des fonctions, n'est pas praticable, puisque ces activités ne peuvent être décomposées qu'au niveau des concepts, dans la mesure où, d'un point de vue organique et fonctionnel, elles tendent toutes et de la même manière à la réalisation des missions de nature publique dont est chargé cet organisme”, rapport ter terechtzitting, punt 43, cursivering toegevoegd.

(81) In Cassatie-bewoordingen, „een besluit van een orgaan van de Orde dat aan een of meer van zijn leden beperkingen oplegt die niet vereist zijn om de fundamentele regels van het beroep te handhaven maar dat in werkelijkheid ertoe strekt bepaalde materiële belangen van apothekers te begunstigen of een economisch stelsel te installeren of in stand te houden”, Cass. 7 mei 1999, *Belde t. Orde der Apothekers*, *T.B.H.* 1999, 491.

(82) Net zoals publiciteitsvoorschriften, zie voor de behandeling hiervan, infra.

(83) Zo ook advocaat-generaal in zijn conclusie van 12 februari 1998 in zaak C-35/96 (Commissie t. Italië), punt 71. Hoewel klaarblijkelijk niet voor iedereen. Zie hiervoor opnieuw hierboven vermelde stelling CNSD.

een tuchtsanctie) opleggen die niet strikt aan [de] redenen van deontologie ontleend zijn”(84).

32. Het staat buiten kijf dat de reikwijdte van de plichtenleer, én het toezicht op de naleving daarvan door tuchtrechtelijke instanties, hierdoor „begrensd” wordt. Hieruit afleiden dat de deontologie volledig ondermijnd dan wel opgeblazen wordt, gaat voorbij aan de werkelijke draagwijdte en betekenis van de betrokken begrenzing. Deze komt er in wezen op neer dat het deontologisch actieterrein van beroepsorganisaties tot de essentie wordt teruggebracht: het waken over gedragsregels „qui ne concernent pas les choix de caractère économique” door de betrokken beroepsbeoefenaars. Deontologische bevoegdheden worden immers „hierdoor gekenmerkt, dat zij er niet toe strekken regels te geven voor het gedrag [van de betrokken beroepsbeoefenaars] op de markt van diensten [die zij aanbieden]”(85).

33. Nog steeds binnen het noodzaak-kader, moet ook opnieuw worden gewezen op de in het licht van het hierna besproken grote „publiciteitsdebat” toch wel enigszins bevreemdende stelling dat prijs-, tarief- of honorariumafspraken nodig zijn om „het publiek beter voor te lichten over de kostprijs van de diensten van [de vrije beroepsbeoefenaar, i.c. de advocaat] en de kosten die daarmee gepaard gaan en bijgevolg meer rechtszekerheid te scheppen”(86).

3. Publiciteitsvoorschriften

34. Een tweede domein waarin de problematiek van de (toepassing van de) mededingingsregels op de vrije beroepen volop in de belang-

(84) Zo advocaat-generaal DUBRULLE in zijn conclusie in de Apothekerszaak, weergave, *T.B.H.* 1999, 494, onder verwijzing naar Arrest nr. 23/97, 30 april 1997 (Arbitragehof, overheden van de balie). Volkomen in dezelfde lijn besliste het Hof van Beroep te Brussel op 14 november 1996 dat „de exceptie van strijdigheid van een verplichte ereloonstaat met de Mededingingswet moet worden opgeworpen in het kader van de tuchtprocedures. ... een tuchtrechtelijke overheid zal, als ondernemingsvereniging, geen sancties mogen uitspreken die strijdig zijn met de mededingingswet, daar deze van rechtswege nietig zijn”. D. BLOMMAERT, *Juristenkrant* 1999/6, hoger aangehaald. Zie voor het arrest, *J.L.M.B.* 1997, 9-12.

(85) Conclusie advocaat-generaal COSMAS van 12 februari 1998 in zaak C-35/96 (Commissie t. Italië), punt 71.

(86) Reeds aangehaalde motivering voor de noodzaak aan richtlijnen voor de opmaak van advocatenhonoraria.

stelling staat, is de reclame-reglementering. In de Belgische context ontbrandde de reclame-lont langs twee verschillende kanten. Eerst was er de ruim becommentarieerde(87) beleidsnota van de Gentse balie, van op enige afstand gevolgd door de Vereniging van Vlaamse Balies(88), om, in afwijking van het reglement van de Nationale Orde van Advocaten, publiciteit mogelijk te maken. Dan kwam het Apothekers-arrest van het Hof van Cassatie(89) waarin het Hof duidelijk stelde dat de Raad van Beroep van de Orde van Apothekers de mededingingswet schond door een tuchtsanctie op te leggen wegens schending van het publiciteitsverbod, zonder te willen nagaan of deze beslissing verzoenbaar is met de eisen van deze wet. Als klap op de vuurpijl, sprak ook de Europese Commissie zich voor het eerst uit over een publiciteitsverbod opgenomen in gedragsregels van een vrije beroepen-organisatie(90). Bekeken van op enige — veilige — afstand, krijgt men de indruk dat het hieruit voortvloeiende debat het karakter kreeg van een hevige en uitslaande brand. Tegelijk is niet geheel duidelijk waarom. Het hierna volgende beoogt dan ook het debat tot zijn normale en werkelijke proportie te herleiden.

35. Beginnend bij het begin, kan men niet om de vaststelling heen dat de plichtenleer van en voor de meeste vrije beroepen in een of andere publiciteitsreglementering voorziet(91). Velen hebben dan ook „een lange traditie van een vrijwel algeheel verbod van individuele reclame en van het ongevraagd aanbieden van diensten”(92).

(87) Zie hiervoor in het bijzonder, *De Juristenkrant* 1999/1, 1 en 6; 1999/2, 1; 1999/3, 1; 1999/4, 1 en 2; 1999/6, 1 en 2.

(88) Die eerst een „collectieve actie tegen Gent heeft aangevoerd” (*Juristenkrant* 1999/3, 1, berichtgeving over beslissing van Vz.Rb. Gent 24 maart 1999, waarbij vordering van de stafhouders van de Vlaamse balies tot opschorting van de beleidsnota inzake de publiciteit van de Gentse stafhouder niet toelaatbaar verklaard werd), om dan net niet met grote trom een voorstel Reglement inzake Publiciteit uit te werken. Zie hiervoor *Juristenkrant* 1999/6, 1.

(89) Cass. 7 mei 1999, reeds aangehaald, *T.B.H.* 1999, 490-495, met noot; (verkorte weergave), *R.W.* 1999-2000, 115, met noot Y. MONTAGNIE.

(90) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14. Zie voor een eerste bespreking, *De Juristenkrant* 1999/5, 10.

(91) Zo ook N. SWAELENS, „Bekendmaking van diensten zonder rechtstreekse reclamevoering”, in K. DE BOCK & K. DEKETELEAERE, *Vrije Beroepen en klantenwerving. Naar een liberalisering van de regelgeving*, UPV Cahier nr 4, Acco, in druk. Zie hiervoor ook het overzicht van dezelfde auteur in de reeks KMO-Accenten, *De informatiesnelweg: praktijk en juridisch kader*. Komen hierin aan bod de publiciteitsregels voor: accountants; advocaten; apothekers; architecten; bedrijfsrevisoren; boekhouders; dierenartsen; geneesheren; kinesitherapeuten; landmeters; notarissen; tandartsen en verpleegkundigen.

(92) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 46. I.c. over erkende octrooigemachtigden, doch mutatis mutandis van toepassing voor nogal wat vrije beroepen.

36. Verder moet van bij de aanvang worden gewezen op het ruimere Europese wetgevend reclamekader. Bij de — laattijdige(93) — omzetting van Richtlijn 84/450/EEG(94) volgde België een dubbel spoor. In de eerste plaats het opnemen van een afzonderlijk hoofdstuk in de WHPC gewijd aan reclame(95). Hoewel vrije beroepers zonder meer „natuurlijke personen zijn die ... diensten ... aanbied[en] in het kader van een beroepsactiviteit”(96), staat zonder meer vast dat zij geen „verkopers” zijn in de zin van de WHPC(97). Deze wet laat bijgevolg niet toe „misleidende reclame voor de werkzaamheden van de beoefenaars van vrije beroepen te beteugelen”(98). Om Richtlijn 84/450 volledig om te zetten was dan ook afzonderlijke wetgeving nodig. Deze kwam er in 1992 met de uitvaardiging van de Wet betreffende de misleidende reclame inzake de vrije beroepen(99), die erg duidelijk maakt een *lex specialis* te zijn, door het vrij beroep expliciet te definiëren als „elke zelfstandige beroepsactiviteit, die dienstverlening ... omvat welke geen daad van koophandel of ambachtsbedrijvigheid is, zoals bedoeld in de wet op het ambachtsregister, en die niet wordt bedoeld in de wet op de handelspraktijken”(100).

(93) De omzettingstermijn verstreek op 1 oktober 1986, zonder dat België enige uitvoeringsmaatregel nam. In 1989 werd België hiervoor veroordeeld door het Hof van Justitie (arrest H.v.J. 16 november 1989, *Commissie t. België*, C-360/88, *Jur. H.v.J.* 1989, I-3803). Voor het onderwerp onder bespreking is wel bijzonder spijtig dat het hierbij slechts om een summiere publicatie gaat, zodat niet kan worden nagegaan of en hoe België zijn verdediging organiseerde.

(94) Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake misleidende reclame, *PB* 1984 L 250/17. In deze Richtlijn werd vooropgesteld „in een tweede stadium ... zo nodig de vergelijkende reclame [te] regelen”. Deze uitbreiding kwam er met Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen, *PB* 1997 L 290/18. De omzettingstermijn van deze nieuwe Richtlijn verstrijkt op 23 april 2000.

(95) Wet 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.* 29 augustus 1991, err. *B.S.* 10 oktober 1991. Zie met name Hoofdstuk IV, artt. 22-29 WHPC.

(96) Artikel 1, 6, a WHPC.

(97) Zo o.m. P. WIJNCK, *OHRA*, Commentaar ad artikel 1 WHPC.

(98) S. RAES, „De procedures zoals in kortgeding betreffende de misleidende reclame inzake vrije beroepen”, in J. VAN COMPERNOLLE & M. STORME (Eds.), *De ontwikkeling van de procedures „zoals in kort geding”*, Brussel, Bruylant, 1994, (106) 107-108.

(99) Wet 21 oktober 1992, *B.S.* 17 november 1992, 24084. Zie over deze wet ook, A. BRAUN, „Loi relative à la publicité trompeuse en ce qui concerne les professions libérales”, *J.T.* 1993, 144-145. Op het ogenblik van schrijven leek nog geen aanvang gemaakt met de aanpassing van deze wet aan Richtlijn 97/55 ten einde ook voor de vrije beroepen vergelijkende reclame te regelen.

(100) Artikel 1, 1), Wet 21 oktober 1992.

37. In de hertaling naar de vrije beroepen is reclame „iedere vorm van mededeling bij de uitoefening van een vrij beroep die rechtstreeks of onrechtstreeks ten doel heeft de afzet van goederen of diensten te bevorderen, met inbegrip van onroerende goederen, van rechten en verplichtingen en met uitsluiting van de door de wet voorgeschreven mededelingen”(101), terwijl misleidende reclame „elke vorm van reclame [is] die op enigerlei wijze, daaronder begrepen de opmaak ervan, de personen tot wie ze zich richt of die ze aanbelangt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidend karakter hun economisch gedrag kan beïnvloeden, of die daardoor aan een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen”(102). Om concreet uit te maken of reclame misleidend is, worden „alle gegevens ervan, en met name de aanduidingen omtrent de volgende punten in aanmerking genomen: a) de kenmerken van de goederen of diensten, zoals beschikbaarheid, aard, uitvoering, samenstelling, procédé en datum van fabricage of levering, geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële herkomst, van het gebruik ervan te verwachten resultaten, de uitslagen en essentiële eigenschappen van de tests van of controle op de goederen of diensten; b) de prijs of de wijze van prijsberekening, alsmede de voorwaarden waarop de goederen worden geleverd of de diensten worden verleend; c) de hoedanigheid, kwalificaties en rechten van de adverteerder, zoals zijn identiteit en zijn vermogen, zijn bekwaamheden en zijn industriële, commerciële of intellectuele eigendomsrechten of zijn bekroningen en onderscheidingen. Daarenboven wordt rekening gehouden met het weglaten van essentiële inlichtingen over de punten a), b) en c)”(103).

(101) Artikel 1, 2) Wet 21 oktober 1992. Artikel 2, Richtlijn 84/450 heeft het in meer algemene bewoordingen over „iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen”. Vergelijk met de algemeen aanvaarde (algemene) definitie: „door een adverteerder betaalde informatie in massamedia over goederen, diensten, organisaties of ideeën, met als doel kennis, attitudes en mogelijk het gedrag van de doelgroep in een voor de adverteerder gunstige richting te beïnvloeden”, J.M.M. BLOEMER, „Voor- en nadelen van een liberalisering van de reclamewetgeving?”, in DE BOCK & DEKETELAERE, reeds aangehaald.

(102) Artikel 1, 3) Wet 21 oktober 1992 (bijna woordelijke herneming van artikel 2, 2 Richtlijn 84/450). Alleen al de verwijzing in de laatste zinsnede naar „een concurrent” maakt duidelijk dat de Belgische wetgever er in deze specifieke vrije beroepen-wetgeving zonder meer van uitgaat dat vrije beroepers een economische activiteit uitoefenen. Het is dan ook eigenaardig nog steeds te betogen dat vrije beroepers geen „concurrenten” maar „collegae” zijn. Zie voor zulk betoog o.m. S. LEONARD en J.P. VERGAUWE, hoger reeds aangehaald, *J.L.M.B.* 1996, (266) 272, „Les praticiens libéraux ne se sont jamais véritablement considérés comme étant en état de concurrence, les uns par rapport aux autres”, waaraan zij toevoegen dat „une concurrence effrénée ne paraît pas souhaitable pour les professions libérales”.

(103) Artikel 3 Wet 21 oktober 1992.

38. Verder is nog van belang op te merken dat Richtlijn 84/450 het „vrijwillig toezicht op misleidende reclame door zelfreguleringscolleges en het inschakelen van deze colleges door [personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een rechtmatig belang hebben het verbieden van misleidende reclame] niet uitsluit(104), met name omdat vrijwillig toezicht door zulke colleges administratieve of gerechtelijke maatregelen kan voorkomen en dus moet worden aangemoedigd(105). Het is niet helemaal duidelijk of een vrije beroepen-organisatie een zelfreguleringscollege is in de zin van deze bepalingen, dan wel of zij valt onder het begrip „beroepsvereniging met rechtspersoonlijkheid” in de zin van artikel 6(106). Los daarvan krijgt de tuchtrechtelijke autoriteit, „de beroepsorde of het beroepsinstituut dat krachtens de wet bevoegd is om tegenover beoefenaars van een bepaald vrij beroep de tucht te handhaven”(107), binnen acht dagen mededeling van elke uitspraak(108).

39. De enige terugkoppeling naar de mogelijkheid voor de Lid-Staten „voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming van de consument, van de personen die een ... beroepsactiviteit uitoefenen, en van het publiek in het algemeen”(109), is te vinden in artikel 2, dat inzake vrije beroepen elke misleidende reclame verbiedt „onverminderd de toepassing van strengere wetten”. Het is niet helemaal zeker of uit de gecombineerde lectuur van de artikelen 2 en 8, lid 4 inderdaad zonder meer kan worden afgeleid dat „aan de deontologische regelen [waaronder, met name het verbod tot het voeren van publiciteit], en hun handhaving, door de wet [van 21 oktober 1992], geen afbreuk [wordt] gedaan”(110). Zulke regels liggen immers, bijna in de regel, *niet* vast in een wet.

40. Los nog van de vraag, of de Wet van 21 oktober 1992 deontologische regels op het vlak van reclame niet hoe dan ook grotendeels overbodig heeft gemaakt, in de zin dat deze wet op het eerste gezicht

(104) Artikel 4 en 5 Richtlijn 84/450.

(105) 16^e overweging, Richtlijn 84/450.

(106) Op het eerste gezicht moet het antwoord op de eerste vraag ontkennend luiden omdat het toezicht door de Orden/Instituten moeilijk „vrijwillig” te noemen is.

(107) Artikel 1, 4) Wet 21 oktober 1992.

(108) Artikel 8, lid 4 Wet 21 oktober 1992.

(109) Artikel 7 Richtlijn 84/450, „Deze richtlijn belet de Lid-Staten niet ...”.

(110) S. RAES, hoger reeds aangehaald, 110, randnummer 8.

toch erg duidelijke regels en voldoende ruime mogelijkheden biedt om op te treden tegen reclame die van aard is „de consument tot voor hem nadelige beslissingen [te] brengen bij ... de gebruikmaking van diensten”(111) van vrije beroepers, is evenzeer de vraag of en in welke mate zulke reglementering als besluit uitgaand van vrije beroepen-ondernemersverenigingen(112), de vuurproef van het (Belgisch en Europees) mededingingsrecht doorstaat.

41. In dit verband moet immers duidelijk zijn dat de handhaving van een reclameverbod hoe dan ook afhankelijk is van de „inachtneming van de bepalingen van het Verdrag”(113). Met haar beschikking van 7 april 1999(114) verduidelijkte de Europese Commissie de situatie voor wat betreft de Europese mededingingsregels. Met zijn arrest van 7 mei(115) deed het Hof van Cassatie hetzelfde voor de Belgische wet tot bescherming van de economische mededinging.

42. Sinds de *EPI-Gedragscode*-beschikking moet met betrekking tot de toepassing van de mededingingsregels op reclamevoorschriften een onderscheid gemaakt worden, tussen enerzijds voorschriften die nauw verband houden met de deontologie, en anderzijds voorschriften die de vrije beroepsbeoefenaars in hun economische vrijheid beperken(116). Het eerste soort voorschriften is precies omwille van hun

(111) Omschrijving van misleidende reclame als voorkomend in 4^e overweging Richtlijn 84/450. Zie hiervoor ook Richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, *PB* 1998 L 166/51, waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar Richtlijn 84/450 als één van de richtlijnen die „voorschriften [behelzen] inzake de bescherming van de belangen van de consument”.

(112) Zie voor de kwalificatie van vrije beroepen-organisaties als ondernemersvereniging, opnieuw supra, randnummers 8 en 9.

(113) Zo expliciet Richtlijn 97/5. Zie met name de 21e overweging „Overwegende dat indien een lidstaat, met inachtneming van de bepalingen van het Verdrag, reclame voor bepaalde goederen of diensten verbiedt, ongeacht of dat verbod rechtstreeks wordt opgelegd dan wel door een instantie of organisatie die volgens de wetgeving van die lidstaat bevoegd is om de uitoefening van ... een vrij beroep te reguleren, dit verbod kan worden uitgebreid tot vergelijkende reclame”, en Artikel 7, leden 4 en 5.

(114) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, *PB* 1999 L 106/14.

(115) Cass. 7 mei 1999, hoger reeds aangehaald.

(116) Zo ook M.-J. BICHO, „Professions libérales: aspects essentiels de l’action de la Commission en matière d’application des règles de concurrence”, *Competition Policy Newsletter* 1999/2, (24) 25.

werkelijk deontologische aard, toegelaten(117). Op grond hiervan mag worden geëist dat reclame „waarheidsgetrouw, objectief en in overeenstemming [is] met de basisbeginselen van eerlijkheid en eerbiediging van het beroepsgeheim”(118). Past evenzeer binnen de eerste reeks, een voorschrift dat een beroepsbeoefenaar verbiedt „in zijn kantoor, op zijn briefpapier of andere documenten of op andere wijze vermeldingen [aan te] brengen die het publiek kunnen misleiden”(119). De hieruit voortvloeiende beperking is weliswaar reëel, maar toelaatbaar, want noodzakelijk „om misleidende reclame te voorkomen of het beroepsgeheim te beschermen”(120).

43. De situatie is geheel anders voor reclame- of publiciteitsvoorschriften die vrije beroepsbeoefenaars in hun economische vrijheid beperken. Zulke voorschriften beperken immers „de handelingsvrijheid van de leden, en strekken ertoe of hebben ten gevolge dat de mededinging tussen de leden van de beroepsgroep wordt beperkt”(121). In de praktijk gaat het hierbij meestal om de uitsluiting van iedere vorm van reclame (totaalverbod), met inbegrip van vergelijkende reclame(122).

(117) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 32. Zo ook J. STUYCK, „Reclame door vrije beroepen in de Europese Unie: juridische aspecten”, in DE BOCK & DEKETELAERE, reeds aangehaald. Volgens deze auteur „heeft het [apothekerarrest] veel stof doen opwaaien, maar is [het] eigenlijk weinig verrassend. ... Uit het arrest volgt ... niet dat alle reclamebeperkingen bij vrije beroepen zonder meer uit den boze zijn. Reclamebeperkingen die noodzakelijk zijn om fundamentele regels van het beroep te handhaven (bij advocaten is dat bv. de bescherming van de confidentialiteit in de relatie met de cliënt of de regels ter voorkoming van belangenconflicten, bij artsen het medisch beroepsgeheim en bij alle vrije beroepen wellicht ook de regels die het vertrouwen van de cliënten in de ernst van de beroepsbeoefenaars moeten waarborgen) blijven geoorloofd. Ook de Europese rechtspraak en beschikkingenpraktijk leiden niet tot de noodzaak voor de vrije beroepen om alle bestaande reclamebeperkingen op te heffen.”

(118) *EPI-Gedragscode*, artikel 2, onder a). De volledige tekst van de *EPI-Gedragscode* (hierna: Code) is weergegeven in punt 14 van de beschikking.

(119) Code, artikel 3, onder b).

(120) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 32.

(121) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 39, concreet m.b.t. verbod op vergelijkende reclame en de verder besproken (randnummer 56) verregaande klantbindingsregel. De hierbij gevolgde redenering is evenwel mutatis mutandis van toepassing op alle soorten niet werkelijk deontologische reclamevoorschriften.

(122) Als erg frappant voorbeeld van excessief verbod (en overeenkomstige excessieve invulling van de plichtenleer), kan worden vermeld dat „de vermelding van de universitaire licentiaatstitel (in de motorische revalidatie en kinesitherapie) bij vermelding [in telefoon-gidsen] beschouwd [wordt] als een 'tekortkoming in het uitvoeren van het beroep van kinesitherapeut'”, aangehaald door E. LEMMENS & P. RABAU, „Bekendmaking en promotie van de diensten van vrije beroepen. Een situatieschets. Als voorbeeld: de toestand in de sector van de kinesitherapie”, in DE BOCK & DEKETELAERE, reeds aangehaald. Bij zoveel kortzichtigheid staat iemands verstand toch wel stil.

44. Dienaangaande wordt door vrije beroepen-organisaties meestal aangevoerd dat zulke beperkingen „noodzakelijk zijn om de goede naam van het beroep hoog te houden”(123), zodat een inbreuk daarop „van aard is om de eer en de waardigheid van het beroep aan te tasten”, zodat daartegen tuchtrechtelijk moet worden opgetreden(124). Zo zou publiciteit „die rechtstreeks of onrechtstreeks wordt gevoerd, het beroep te verwarren met een handelszaak [en] aanleiding geven dit beroep te verlagen (sic) tot de rang van bedrijven, die hoe achtenswaardig zij ook mogen wezen, geen aanspraak kunnen maken op het moreel en maatschappelijk gezag waarover een beoefenaar van een [i.c.] tak der geneeskunst moet kunnen beschikken”(125).

45. Verder geldt als bezwaar tegen wervende reclame „de aard van de dienstverlening die door de vrije beroepen verstrekt wordt”, in die zin dat „intellectuele prestaties verschillen van louter commerciële activiteiten en [dus] moeilijk vatbaar [zouden zijn] voor publiciteit”(126). Daarnaast zou „de dienstverlening door beoefenaars veel te sterk persoonsgebonden [zijn] en bovendien gebaseerd op een vertrouwensrelatie [zodat] het actief ronselen van cliënteel de kwaliteit van deze dienstverlening [zou] kunnen schaden”(127). Specifiek voor het geval van advocaten wordt hierbij ook aangevoerd dat „[door reclame] verstoorde onderlinge verhoudingen tussen advocaten zouden kunnen leiden tot een nodeloze escalatie van de zaak en afbreuk doen aan de belangen van hun cliënten”(128). Een ander bezwaar

(123) Zo o.m. het Instituut van erkende gemachtigden (EPI), Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragcode*, PB 1999 L 106/14, punt 40. De gelijklopendheid met de argumentatielijn ten aanzien van prijsregelingen en — reglementeringen is opvallend.

(124) Zo de Raad van Beroep van de Orde van Apothekers, met betrekking tot het uitdelen van draagtassen met een publicitair logo van de apotheker, Cass. 7 mei 1999, *R.W.* 1998-1999, 490.

(125) Standpunt van de Nationale Raad van de Orde der Apothekers, weergegeven door E. KROLS, „Het verbod tot publiciteit en reclame in de uitoefening van het beroep van apotheker”, in DE BOCK & DEKETELAERE, hoger reeds aangehaald. Bijkomend zouden bepaalde vormen van publiciteit „minachting [scheppen] aangaande het universitair karakter van het diploma en de ware taak van de apotheker”, *ibidem*. Na lectuur van deze bijdrage wekt het niet de minste verbazing meer dat het eerste „Belgisch” mededingingsarrest precies over apothekers ging.

(126) N. SWAELENS, „Bekendmaking van diensten zonder rechtstreekse reclamevoering”, in DE BOCK & DEKETELAERE, hoger reeds aangehaald, sub 2.

(127) *Idem*. Ook KROLS, hoger aangehaald, heeft het over het feit dat „er nu meer en meer een band van vertrouwen bestaat tussen de apotheker en de zieke” die tot gevolg zou hebben dat „deze laatste dan ook verwacht dat de apotheker vrij van alle reclame of promotiecampagne hem eerlijk en zonder winstbejag de juiste medicatie en de noodzakelijke adviezen zal verstrekken”. Een gehandhaafd publiciteitsverbod zou volgens deze auteur bijkomend voor de patiënt „de geruststelling bieden dat hij van de apotheker een eerlijk antwoord krijgt op zijn vraag: ‘Mijnheer of Mevrouw de apotheker, is dit geneesmiddel of dit product wel de beste en de juiste keuze voor mij?’”

(128) *Idem*.

tegen reclame is dat „wervende reclame de onafhankelijkheid van de beoefenaar van het vrije beroep in het gedrang [zou] brengen, terwijl tot slot ook wordt geargumenteed dat „publiciteit slechts één doel [heeft]: een product of dienst beklemtonen opdat het verbruik ervan zou toenemen”, hetgeen als zodanig publiciteit voor vrije beroepers lijkt uit te sluiten, aangezien „beoefenaars van een vrij beroep niet de maatschappelijke opdracht [hebben] om de vraag naar hun diensten aan te wakkeren”(129), temeer omdat „reclame essentieel een element van verleiding, verlokking [inhoudt] ... belooft ... [en] dus uit den boze is, [omdat] zij inspeelt op verwachtingen die soms niet realistisch, minstens niet te garanderen zijn ... [en dus] de vertrouwensrelatie [kunnen] ondermijnen”(130).

46. Zulke argumentatielijnen kan, net zomin als in het geval van prijstarief- of honorariumafspraken, worden gevolgd. Deze argumenten overtuigen met andere woorden niet „en rechtvaardigen niet dat het de potentiële cliënt moeilijk wordt gemaakt duidelijke en nauwkeurige informatie over de betrokken diensten en de prijzen en voorwaarden ervan te verkrijgen, die de cliënt vrijelijk in staat stelt een [beroepsbeoefenaar] te kiezen”(131).

47. De omstandigheid dat „bij een vrij beroep de vakbekwaamheid van de beroepsbeoefenaar en de kwaliteit van zijn dienstverlening essentiële elementen van de mededinging vormen”(132), doet hieraan niet af, en wordt als zodanig door niemand betwist. De erkenning daarvan neemt evenwel niet weg dat „het begrip mededinging ook andere elementen zoals honoraria en reclame omvat”(133).

48. In dit verband is van belang op te merken dat „het begrip reclame niet alleen juiste informatie voor de gebruiker [omvat], maar ook het bevorderen van diensten, inclusief de vergelijking met een concurrent of met diensten van de concurrenten. Voorts moeten de beoefenaars van een beroep de vrijheid hebben actief cliënten te werven, zonder dat de kwaliteit van de beroepsmatige betrekkingen tussen de dienstverrichters en de cliënten daar rechtstreeks onder lijdt. Het aanbieden van diensten, wanneer daarbij nauwkeurige inlichtingen worden ver-

(129) Idem.

(130) W. VAN ROOST, „Reclame(verbod) en de Orde van geneesheren”, in DE BOCK & DEKETELAERE, hoger reeds aangehaald.

(131) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 40.

(132) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 40.

(133) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 40.

strekt, en vergelijkende reclame, wanneer representatieve en verifieerbare elementen worden vergeleken en de reclame niet misleidend is, zijn middelen om de gebruikers beter te informeren, hetgeen hun ten goede komt, en vormen een belangrijk bestanddeel van het concurrentieproces. De potentiële gebruiker van een dienst wordt hierdoor in staat gesteld de op het moment waarop hij zich de dienst wil verschaffen, beschikbare alternatieven te onderscheiden en op rationele grondslag een dienstverlener uit te kiezen, hetzij in zijn eigen land, hetzij elders in de Gemeenschap. Ook wordt hierdoor de toetreding van nieuwe marktdeelnemers vergemakkelijkt en innovatie in de wijze van dienstverlening gestimuleerd”(134).

49. Met name wat vergelijkende reclame betreft, heeft de hoger besproken Richtlijn 97/55 de „vroegere houding ten aanzien van het verbod van vergelijkende reclame bij vrije beroepen versoept”(135). Tegelijk moet duidelijk zijn dat artikel 7, lid 5 enkel beoogt „de lidstaten niet te beletten, met inachtneming van de bepalingen van het Verdrag, verbodsbepalingen betreffende het gebruik van vergelijkingen in reclame voor beroepsmatige dienstverlening, te handhaven of in te voeren”, ofwel „rechtstreeks door de wet, dan wel door een instantie of organisatie die volgens de wetgeving van een lidstaat verantwoordelijk is voor het reguleren van de uitoefening van een beroepsactiviteit”(136). Deze bepaling voorziet dus „niet in een automatische uitzondering voor door beroepsorganisaties opgestelde regels, maar [enkel] in de mogelijkheid voor de lidstaten dergelijke uitzonderingen in het leven te roepen. Gesteld zelfs dat [een vrije beroepen-organisatie] zich op een dergelijke uitzondering kan beroepen, dan nog houdt dit niet in dat artikel 81 van het Verdrag niet van toepassing is, omdat, wanneer een dergelijke uitzondering in het leven wordt geroepen, dit moet geschieden 'met inachtneming van de bepalingen van het Verdrag'. Onverminderd andere rechtsregels die mogelijkterwijs van toepassing zijn, staat het [dus] vast dat de [recla-

(134) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 41.

(135) Zie hiervoor artikel 7, lid 5 Richtlijn 84/450 als gewijzigd door Richtlijn 97/55. Zoals hoger aangegeven, moet deze richtlijn in nationaal recht worden omgezet tegen 23 april 2000. Het is zeker geen toeval dat de Commissie in de *EPI-Gedragscode*-beschikking een overgangperiode tot precies diezelfde datum toestond voor het verbod op vergelijkende reclame, zie hiervoor Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 48. Dit betekent concreet dat reclamevoorschriften die de economische keuzevrijheid van vrije beroepsbeoefenaars beperken uiterlijk tegen die datum moeten zijn opgeheven.

(136) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 42.

mevoorschriften] aan artikel 81 van het Verdrag dien[en] te worden getoetst”(137).

50. Bij zulke toetsing van publiciteitsregels aan de mededingingsregels blijkt dat een totaal reclameverbod of een publiciteitsregel die leidt tot excessieve klantenbinding(138), „het voor die [beroepsbeoefenaars] welke het efficiëntst werken, moeilijker [maken] hun activiteiten uit te breiden ten nadele van die welke minder efficiënt werken. [Zulke] bepalingen dragen dus bij tot verstarring van de klantenkring van elke [beroepsbeoefenaar] binnen elke nationale [en lokale] markt. De [beroepsbeoefenaar] mag immers zijn diensten niet vergelijken met die van collega’s in binnen- en buitenland en ziet zijn mogelijkheden diensten aan potentiële cliënten (in binnen- en buitenland) aan te bieden die reeds voor een specifieke zaak cliënt van een andere [beroepsbeoefenaar] is geweest, aanzienlijk ingeperkt. Dit heeft tot gevolg dat niet alle gebruikers ... volledig zijn geïnformeerd over de dienstverlening ..., hetgeen noodzakelijk is willen zij zich tot om het even welke [beroepsbeoefenaar] kunnen wenden, ongeacht waar deze is gevestigd”(139).

51. Zulke bepalingen zijn „niet noodzakelijk om de verantwoordelijkheid en onafhankelijkheid te waarborgen, het beroepsgeheim te beschermen of valse en misleidende verklaringen of belangenconflicten te voorkomen” en vallen met andere woorden door hun absolute bewoordingen buiten het toegelaten werkerrein van de deontologische regels(140). Doordat zij door hun aard niet tot de plichtenleer (kunnen) behoren, kan de naleving ervan niet (meer) worden afgedwongen via tuchtrechtelijke procedures. Tuchtrechtelijke instanties die dit toch doen en de regels in hun absoluutheid willen afdwingen,

(137) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 42. Volkomen in dezelfde lijn, N. SWAELENS, hoger reeds aangehaald, „Het enige werkbaar instrument ten aanzien van reclame en andere publiciteitscampagnes bestaat uit een ernstig mededinging- en kartelbeleid. ... Dit brengt met zich mee dat er voor de mededingingsautoriteiten een belangrijke taak is weggelegd bij het toezicht op marktverdelingsafspraken, uitsluitingspraktijken, prijsafspraken en misbruik van machtspositie”.

(138) I.c. een regel die het aanbieden van diensten aan voormalige cliënten van andere beroepsbeoefenaars beperkt of verhindert, zie hiervoor ook infra, randnummer 56.

(139) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 43, met toevoeging van [lokale] omwille van het dikwijls decentraal georganiseerd zijn van Orden en Instituten (Zo berichtte de *Juristenkrant* 1999/2, 1, dat „de stafhouder van Dendermonde een Gents advocaat op het matje [riep], die op een agressieve manier publiciteit zou hebben gevoerd. Zeker in de naburige balies wordt zoiets als oneerlijke concurrentie ervaren” (cursivering toegevoegd)) en met weglating van de uitsluitend voor erkende gemachtigden relevante onderdelen, zoals bv. „dienstverlening in verband met Europese octrooiaanvragen”.

(140) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 43.

stellen zich daardoor zonder meer, en volstrekt ten onrechte, buiten en boven de (Belgische en Europese) mededingingsregels.

52. Het concrete gevolg van dit alles is *niet* dat iedere vorm van toezicht per definitie uitgesloten is, doch wel dat de omvang daarvan begrensd wordt. Deontologisch toezicht is met andere woorden „enkel” onmogelijk ten aanzien van het voeren van publiciteit *als zodanig*. Toezicht op *de wijze waarop* in concrete gevallen publiciteit gevoerd wordt, blijft wel degelijk mogelijk(141), indien en voor zover de betrokken reclame oneerlijk en misleidend zou zijn. Optreden is dus mogelijk wanneer zou blijken dat reclame onjuiste of onnauwkeurige inlichtingen verstrekt, misleidend is, of voor het specifieke geval van vergelijkende reclame, vergelijkingen voorkomen tussen elementen die niet representatief of verifieerbaar zijn.

53. Vrije beroepen-organisaties moeten verder uiterlijk tegen 23 april 2000 reclamevoorschriften die de economische keuzevrijheid van vrije beroepsbeoefenaars beperken uit hun deontologische codes schrappen. Wanneer zij nalaten dit te doen, handelen zij zonder meer in strijd met de Europese mededingingsregels(142). Deze datum is geenszins willekeurig. Enerzijds is dit de uiterlijke datum voor omzetting van Richtlijn 97/55. Anderzijds verstrikt op dat ogenblik de ontheffing die de Commissie bij wijze van overgangsregeling toestond(143).

54. Dat een overgangsperiode geldt, betekent evenwel geenszins dat nog twijfel overblijft over de al dan niet toepasselijkheid van de mededingingsregels op dit soort reclamevoorschriften. De „handhaving van [een] situatie [van met name een vrijwel geheel verbod van individuele reclame en van het ongevraagd aanbieden van diensten] is *zeker* onverenigbaar met het in het Verdrag vervatte vereiste van een daadwerkelijke en onvervalste mededinging”(144). Indien nu de

(141) Dit begrip vereist een strikte invulling. Het is met andere woorden lang niet zeker of alle hierna vermelde „inbreuken” werkelijk als inbreuken zijn aan te merken: „naamborden (aantal, grootte, verlichting, opschrift); bekendmaking van nieuwe praktijk of nieuw praktijkadres; contacten met de media, aanwezigheid in de media; systematisch werken zonder het innen van remgeld én er publiciteit om maken; aanschrijven van patiënten, brochures, advertenties; opendeurdagen; gebruik maken van verkiezingsdrukwerk om reclame te voeren voor de eigen praktijk; briefhoofden; internet-aanwezigheid”, W. VAN ROOST, hoger reeds aangehaald, sub 5. Voorbeelden uit de praktijk.

(142) Waaraan zij zich als ondernemersverenigingen zonder meer te houden hebben.

(143) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 48.

(144) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 46, cursivering toegevoegd.

Commissie geen ontheffing had verleend, met onmiddellijk daaruit voortvloeiend het toestaan van een overgangperiode(145), zou dit „een plotselinge [als in onmiddellijk ingaande] overgang van een vrijwel algeheel verbod van individuele reclame en van het ongevraagd aanbieden van diensten, dat tot heden gold, naar een regime van totale vrijheid”(146), tot gevolg gehad hebben. Dit „vormt [niet alleen] een ingrijpende wijziging van het raam waarbinnen het beroep ... wordt uitgeoefend”, bijkomend, en wellicht belangrijker in het besluitvormingsproces van de Commissie, zou „het publiek in verwarring kunnen worden gebracht”(147). De concreet toegestane overgangperiode dient met andere woorden „om de [beroepsbeoefenaars] in staat te stellen zich geleidelijk aan de nieuwe situatie aan te passen, en om te voorkomen dat bij de gebruikers het risico voor verwarring ontstaat voor het beeld dat de leden van de beroepsgroep geven van de instellingen waarbij zij hun cliënten vertegenwoordigen”(148).

4. Overige vraagstukken

55. In nogal wat vrije beroepen zijn *kortingregelingen* in een of andere vorm niet ongewoon. Voor de advocatuur gaat het hierbij b.v. om de abonnementsregelingen, in de vorm van een overeenkomst tussen advocaat en cliënt waarin het ereloon en de kostenregeling wordt bepaald voor een aantal gelijke of gelijkaardige zaken en diensten. Architecten kennen een vergelijkbare regeling bij de constructie van identieke gebouwen waarbij het bedrag van de erelonen verhoudingsgewijs met het aantal huizen verminderd wordt (de zgn. promotor- of projectontwikkelaarregelingen)(149). Wanneer zulke regeling uitgaat van de vrije beroepsbeoefenaars zelf, en de mededinging hierdoor wordt beperkt, verhinderd of vervalst, is niet helemaal uit te sluiten dat deze zou kunnen aanzien worden als een rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen in de zin van artikel 81, lid 1 EG resp. artikel 2, lid 1 WBEM.

(145) Ontheffingen van het kartelverbod gelden steeds slechts voor een beperkte periode (artikel 6 en 8, Verordening nr. 17). Eens deze periode verstreken, herneemt het verbod zijn volle werking, tenzij de verboden regeling intussen in overeenstemming is gebracht met het mededingingsrecht. In die zin geldt de ontheffingstermijn tegelijk als een overgangperiode.

(146) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 46.

(147) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 46.

(148) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 48.

(149) Omschrijving gegeven door Vz. Raad voor de mededinging 31 oktober 1995, *A.J.T.* 1995-96, 178, sub 4, *in fine*.

56. Een duidelijk verboden vorm van *klantenbinding* ligt voor wanneer beroepsregels vrije beroepsbeoefenaars verbieden zich tot een cliënt van een collega te wenden in verband met een zaak die door deze is behandeld(150). Zulke regel vormt een beperking van de mededinging, „omdat, wanneer [een beroepsbeoefenaar] niet met een potentiële cliënt van gedachten kan wisselen over een specifieke zaak die reeds door een andere [beroepsbeoefenaar] is behandeld, de eerste moeilijk kan aanbieden nieuwe zaken te behandelen die verband houden met de betrokken zaak, en zelfs moeite zal hebben enige vorm van beroepsmatig contact met deze cliënt te leggen. Dit verbod bergt derhalve het risico in zich dat [beroepsbeoefenaars] zich niet kunnen richten tot voormalige cliënten van andere [beroepsbeoefenaars]”(151).

57. In sommige Lid-Statens gelden bijzondere regels in verband met *interprofessionele samenwerking*. Dit soort samenwerking wordt meestal sterk bepleit door de vrije beroepsbeoefenaars zelf. Zo „leeft bij heel wat vrije beroepen de dringende vraag om aangepaste vormen van interprofessionele samenwerking te voorzien en [wordt bijkomend] voor eigentijdse organisatievormen gepleit, [waardoor] bestaande vennootschapsvormen blijven open staan voor alle vrije beroepsbeoefenaars, zonder dat een de facto ontmoediging optreedt langs fiscale of andere weg”(152).

58. Op dit ogenblik blijken hieraan evenwel grenzen te worden gesteld door vrije beroepsorganisaties. Zo laat b.v. in Nederland Samenwerkingsverordening 1993 Nederlandse advocaten slechts toe een samenwerkingsverband aan te gaan of te laten voortbestaan met leden van een andere beroepsgroep, die daartoe door de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten is erkend. De vraag of deze regelgeving in overeenstemming is met het Europees mededingingsrecht kon tot dusver omzeild worden door de Nederlandse Orde van

(150) Aan de orde in de EPI-Gedragscode (erkende octrooigemachtigden). Luidens artikel 5, onder c) moet „een lid elke gedachtewisseling over een concrete zaak waarvan het weet of vermoedt dat deze door een ander lid ... is behandeld, met de betrokken cliënt vermijden, tenzij de cliënt de wens te kennen geeft een onafhankelijk advies in te winnen of van gemachtigde te veranderen. Het lid mag het andere lid hiervan slechts met de instemming van de cliënt in kennis stellen”.

(151) Beschikking 7 juli 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 37. Wel werd deze beperking van de mededinging vrijgesteld „op voorwaarde dat zij het karakter van overgangsbepaling behoudt”. Deze overgangperiode verstrijkt op 23 april 2000. Zie hierover ook opnieuw supra randnummers 53-54.

(152) Prioriteitenprogramma FVIB, 15.

Advocaten buiten het toepassingsbereik van de mededingingsregels te verklaren(153), op — intussen erg vertrouwd klinkende — grond dat deze niet de belangen van zijn leden vertegenwoordigt, maar het algemeen belang, en dus geen ondernemersvereniging is in de zin van artikel 81 EG. De procedure in hoger beroep bij de Raad van State is op dit ogenblik nog hangend, die om uit te maken of deze redenering kan worden gevolgd, het Hof van Justitie een reeks prejudiciële vragen heeft voorgelegd(154). Voor het onderwerp onder behandeling is het merendeel van deze vragen van buitengewoon belang. Niet alleen verzoekt de Raad van State het Hof daarmee de overblijvende ruimte voor de plichtenleer nader te omschrijven, tegelijk zal het Hof, indien en voor zover het antwoordt op alle gestelde vragen, bijna alle nog overblijvende pijnpunten omtrent de toepassing van de mededingingsregels op het vrije beroep hebben opgelost(155).

5. Ter afsluiting: de plichtenleer niet volledig vrij, maar evenmin vogelvrij verklaard

59. Ondanks andersluidende stellingen dienaangaande, mag uit het voorgaande *niet* worden afgeleid dat de toepassing van de mededingingsregels iedere vorm van plichtenleer en tuchtrechtelijk toezicht op de naleving van de deontologie zonder meer onmogelijk maakt. Het is evenmin zo dat het wezen zelf van het vrije beroep in gevaar gebracht wordt door het zich, net als alle overige economische actoren/sectoren, te moeten gedragen in overeenstemming met deze regels.

60. Desalniettemin kan men niet om de vaststelling heen dat de toepassing van deze regels wijzigingen noodzakelijk maakt aan tot nog toe wijd verspreide opvattingen over de plichtenleer. Zoals hoger reeds vermeld, wordt hierdoor de reikwijdte en het toezicht op de naleving daarvan door tuchtrechtelijke instanties wel degelijk begrensd. De werkelijke draagwijdte en betekenis van deze begrenzing komt er in wezen op neer dat het deontologisch actieterrein van vrije beroepen-organisaties tot de essentie wordt teruggebracht: het waken

(153) Arrondissementsrechtbank Amsterdam 7 februari 1997, *J.T.* 1997, 526.

(154) Beslissing 10 augustus 1999, neergelegd bij het Hof van Justitie op 16 augustus 1999 (zaak C-309/99). Zie hiervoor ook *Financial Times*, 13 augustus 1999.

(155) Zie voor de tekst van deze prejudiciële vragen, *PB* 1999 C 299/15. Omwille van hun grote belang, worden zij ook in bijlage opgenomen.

over gedragsregels die geen verband houden met noch raken aan de economische keuzevrijheid van de betrokken beroepsbeoefenaars.

61. Deontologische bevoegdheden worden hierdoor gekenmerkt, dat „zij er niet toe strekken regels te geven te geven voor het gedrag [van de betrokken beroepsbeoefenaars] op de markt van diensten [die zij aanbieden]”(156). In dit verband heeft de Europese Commissie erg duidelijk gesteld dat het Europees mededingingsrecht *niet* toeziet op beroepsregels die rechtstreeks, onmiddellijk (en uitsluitend) verband houden met de plichtenleer van een concreet beroep.

62. Deze omschrijving omvat onder meer: regels die verband houden met beroepsvereisten als onpartijdigheid, bekwaamheid en verantwoordelijkheid(157), dan wel uitsluitend tot doel hebben de verantwoordelijkheid en de bekwaamheid van de leden te waarborgen(158). In dit verband staat buiten kijf dat „de onafhankelijkheid en beroepsbekwaamheid van beoefenaars van vrije beroepen [niet] worden aangetast door de bekendmaking van objectieve gegevens over de dienstverlening. Voorlichting en informatieverstrekking over de samenstelling en de werking van de dienstverstrekker en over de specialiteiten beantwoorden [immers] aan een nood bij de consument die in een steeds complexere context zijn weg moet vinden. Er bestaan dan ook geen bezwaren tegen het verschaffen van objectieve informatie”(159).

63. Vallen evenzeer binnen de plichtenleer in de correcte betekenis van het begrip: regels die publiciteit verbieden waarbij de identiteit van een cliënt wordt vermeld, zonder diens uitdrukkelijke toestemming(160), en regels die niet tot doel of ten gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt, zoals de vrijheid voor de beroepsbeoefenaar om al dan niet „de belangen van een cliënt te behartigen in aangelegenheden die geen verband houden met de beroepswerkzaam-

(156) Conclusie advocaat-generaal COSMAS van 12 februari 1998 in zaak C-35/96 (Commissie t. Italië), punt 71.

(157) Zie voor de concrete inhoud van de betrokken regels, Code, artikel 1, onder c), d) en e).

(158) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 29. Zie voor de concrete inhoud van de betrokken regels, Code artikel 3, a) d) en e), artikel 4, onder a) en artikel 6.

(159) N. SWAELENS, reeds aangehaald, die hieraan toevoegt dat „alle deontologische codes deze mogelijkheid [voorzien]”, hetgeen toch enigszins betwistbaar lijkt. Wat doet immers een logo op een draagtas meer dan objectieve informatie verstrekken?

(160) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 29, verboden in Code, artikel 2, onder b) 2).

heden die hem door die cliënt zijn toevertrouwd” of het recht een cliënt voorschotten te vragen(161). Kunnen evenzeer, omdat zij „er niet toe strekken dat de mededinging tussen de leden van de beroepsgroep wordt beperkt of vervalst, indien zij op objectieve wijze en zonder discriminatie worden toegepast”, regels over de betrekkingen met andere leden van de beroepsgroep (collegialiteit, non-discriminatie)(162). In dezelfde lijn zijn regels inzake de verplichtingen van de leden bij overdracht van dossiers toegelaten, omdat zij de mededinging bevorderen ten gunste van de gebruikers(163). Zoals hoger reeds aangegeven, kunnen beperkingen worden gesteld aan het voeren van reclamevoorschriften, indien en voor zover deze noodzakelijk zijn „om misleidende reclame te voorkomen of het beroepsgeheim te beschermen”(164). Horen evenzeer, wegens noodzakelijk, thuis in de plichtenleer: regels ter voorkoming van belangenconflicten(165), het verbod ongevraagd diensten aan te bieden voor zaken die (nog) door een andere beroepsbeoefenaar worden behandeld(166).

64. Samenvattend en afsluitend, hebben regels in de zoëven genoemde domeinen niet tot doel de mededinging te beperken, en zijn zij „noodzakelijk om de onpartijdigheid, de bekwaamheid, de integriteit en de verantwoordelijkheid van de [beroepsbeoefenaars] te waarborgen, om belangenconflicten en misleidende reclame te vermijden [en] om het beroepsgeheim te beschermen”(167). Het gevolg is dan ook dat de plichtenleer binnen alle hierboven vermelde domeinen (gedrags)regels (van niet-economische aard) kan/mag blijven voorschrijven en op de naleving daarvan toezicht kan/mag blijven uitoefenen. Anders dan een bedreiging, vormt de uitsluiting van het domein van de plichtenleer van gedragsregels die rechtstreeks verband houden met de economische keuzevrijheid van vrije beroeps-

(161) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 29. Code, artikel 4, onder b) en c).

(162) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 30. Code, artikel 5, onder a) en b).

(163) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 31. Code, artikel 5, onder d)

(164) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 32. Code, artikel 2, onder a) en artikel 3, onder b). Zie hiervoor ook opnieuw supra randnummer 42.

(165) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 33 en 36. Code, artikel 2, onder b), punt 4, artikel 4, onder d), de eerste volzin van artikel 4, onder e) en artikel 4, onder f).

(166) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 37. Code, artikel 5, onder c), eerste situatie.

(167) Beschikking 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, PB 1999 L 106/14, punt 38. Deze omschrijving lijkt zonder meer toepasselijk voor elke plichtenleer.

beoefenaars dan ook veeleer een uitnodiging aan alle vrije beroepenorganisaties zich te herbronnen en terug te keren naar hun kerntaak: het waken over gedragsregels die verband houden met de eer en waardigheid van het beroep.

Bijlage: Prejudiciële vragen van de Nederlandse Raad van State in zaak C-309/99

1a. Dient de term ondernemersvereniging in artikel 85 (thans: 81), eerste lid van het EG-Verdrag aldus te worden uitgelegd, dat daarvan slechts sprake is indien en voor zover 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?

1b. Indien het antwoord op vraag 1a luidt dat alleen sprake is van een ondernemersvereniging indien en voor zover 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?

1c. Indien het antwoord op vraag 1b luidt dat het communautair recht hier een rol speelt, kan dan het door een instelling als de Orde 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 aange-merkt 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 Verordening [Samenwerkingsverordening 1993] als een besluit van een

ondernemersvereniging in de zin van artikel 85 (thans: 81), eerste lid van het EG-Verdrag moet worden aangemerkt, moet dan van een dergelijk besluit, voor zover 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 (thans: 82) van het EG-Verdrag 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 (thans: 86), tweede lid van het EG-Verdrag 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 (thans: 3 sub g, 10, 81 en 82) van het EG-Verdrag 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 beroepsgroepen, 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?