

IS ER PLAATS VOOR OVERWEGINGEN VAN ALGEMEEN BELANG IN HET KADER VAN DE MEDEDINGINGSREGELS?

Pierre de Bandt¹

Hoofdstuk I INLEIDING

1. De toepassing van de (Europese en Belgische) mededingingsregels in België is lange tijd braakland gebleven binnen het domein van de economische regulering. De mededingingsregels werden verguisd als een ongewenst *accessorium* van het ongebreidelde kapitalisme, als een vreemde eend in voornamelijk Angelsaksische makelij. Dergelijke regels – zo werd vaak geopperd – hebben hun plaats niet in een maatschappelijk model waar de Staat, de publieke overheid maar ook talrijke beroeps categorieën (zoals o.m. vrije beroepen) een essentiële sociale rol in het economisch leven vervullen. Omdat die activiteiten het algemeen belang dienen, kunnen deze actoren niet aan normale marktwerking worden onderworpen, laat staan dat de mededingingsregels op hen van toepassing zouden kunnen zijn.

Het is een van de vele merites van Ivan Verougstraete dat hij, met het vurige enthousiasme en de diepgaande inzichten die hem eigen zijn, de contradicties en zwaktes van dit standpunt heeft blootgelegd. In zijn hoedanigheid van rechter en nadien voorzitter van het Hof van Cassatie heeft hij, in een lange reeks arresten, een nieuwe impuls aan het mededingingsrecht gegeven, meer bepaald door de toepassing ervan op de beslissingen van de ordes van vrije beroepen te bevestigen en in een aantal gevallen ook een schending van de mededingingsregels vast te stellen.

Nog fundamenteeler is het feit dat er met deze arresten eindelijk ruimte is gekomen voor een serieuze debat over de verhouding tussen de mededingingsregels en het algemeen belang. Waarom zou de toepassing van mededingingsregels, toch wel regels uitgevaardigd door de overheid met het oog op de regulering van economische activiteiten, een bedreiging voor het algemeen belang kunnen zijn? Is er dan geen plaats voor overwegingen van algemeen belang bij de toepassing van de mededingingsregels? De analyse van die relatie is het voorwerp van deze bijdrage.

¹ Advocaat te Brussel. De auteur dankt Jeroen Dewispelaere voor het nalezen van de tekst en de nuttige suggesties.

Hoofdstuk II

VERHOUDING TUSSEN MEDEDINGING EN ALGEMEEN BELANG

2. In tegenstelling tot wat soms wordt voorgehouden², zijn de mededingingsregels en het algemeen belang geen antinomische begrippen. De mededingingsregels zijn veelal een vorm van economische regulering die een bepaalde beleidsvisie uitstraalt. In deze visie wordt de vrije mededinging tussen ondernemingen beschouwd als de beste manier om ervoor te zorgen dat vraag en aanbod van producten en diensten optimaal op elkaar worden afgestemd, zodat consumenten en ondernemingen daar maximaal voordeel uit halen onder de vorm van lagere prijzen en betere producten³.

De mededingingsregels strekken er toe om die vrije marktwerking veilig te stellen. Zij doen dit door alle afspraken tussen marktdeelnemers die de mededinging tussen hen beperken of verhinderen, te verbieden. Ook strekken zij er toe om de ongewenste effecten van het vrije marktmodel (in het bijzonder de inherente neiging tot monopolisering) in te perken door middel van een administratieve controle op overnames en fusies van ondernemingen, enerzijds, en een verbod van misbruik door ondernemingen met marktmacht, anderzijds.

Tot het mededingingsrecht *sensu lato* behoren eveneens een aantal reglementeringen die specifiek tot de overheden zijn gericht. Het doel van die reglementeringen bestaat erin te verzekeren dat de publieke overheden, bij de vervulling van hun taken, de normale marktwerking niet of op zijn minst zo weinig mogelijk verstoren (staatssteunregels en de regels voorzien in 106, lid 1 VWEU bij de toekenning van uitsluitende en exclusieve rechten) of integendeel ten volle benutten (overheidsopdrachtenreglementering).

3. Het opteren voor een bepaald reguleringsmodel van de vrije markteconomie is en blijft een kwestie van beleidsvisie en -keuzes. Het is dus niet zo dat de mededingingsregels het algemeen belang kunnen bedreigen of inperken. Het is veelal zo dat de overheid mededingingsregels zal vaststellen die een uiting zijn van haar (economische) beleidsvisie.

M.a.w. de mededingingsregels strekken er enkel toe om het algemeen (economisch) belang dat de overheid voor ogen heeft, veilig te stellen. Het algemeen belang speelt bovendien ook een belangrijke rol als toetssteen bij de toepassing van de mededingingsregels.

² Zie o.m. L. IDOT, "Concurrence et Services d'intérêt général. Bref bilan des évolutions postérieures au Traité d'Amsterdam" in J.V. LOUIS en S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, Brussel, 2006, p. 41. De auteur verwijst naar de opvatting van de mededingingsregels op openbare diensten in Frankrijk heeft uitgelekt.

³ S. VAN RAEPENBUSEL, "Les services sociaux et droit communautaire ou la recherche d'une juste équilibre entre l'économie et le social" in J.V. LOUIS en S. RODRIGUES, o.c., p. 108.

Hoofdstuk III

HET ALGEMEEN BELANG ALS TOETSSTEEN VOOR DE TOEPASSING VAN DE MEDEDINGINGSGREGELS

4. Het algemeen belang wordt vaak ingeroepen om de toepassing van de mededingingsregels te ontwijken. Er wordt meer bepaald betoogd dat bepaalde activiteiten niet onder het toepassingsgebied van de mededingingsregels kunnen vallen omdat zij het algemeen belang dienen.

Dit was onder meer het geval in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van het Hof van Cassatie van 7 mei 1999⁴. De orde van apothekers had ingeroepen dat de mededingingsregels niet van toepassing waren op een door haar opgelegde tuchtsanctie omdat de wegever haar opdracht heeft gegeven om "te waken over het naleven van de farmaceutische plichten en over de handhaving van de eer, de beschiktheid, de eerbijheid en de waardigheid van de leden van de orde" en dat deze "opdracht geen economisch doel nastreeft".

5. Onder de expertise leiding van Ivan Verougstraete verwerpt het Hof van Cassatie dit verweer.

Het enkele feit dat apothekers geen kooplieden zijn in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel en zij een belangrijke maatschappelijke functie vervullen, heeft volgens het Hof niet tot gevolg dat zij aan de werkingsfeer van de mededingingsregels worden onttrokken. Zij oefenen immers een activiteit uit die gericht is op de uitwisseling van goederen of diensten en moeten dus als ondernemingen worden gekwalificeerd. Het is juist dat de Orde van Apothekers, waar bij alle beoefenaren wettelijk moeten aansluiten, een belangrijke opdracht vervult die haar door de overheid is opgelegd en dat zij in dit kader geen economisch voordeel nastreeft. Volgens het Hof belet dit evenwel niet dat de besluiten van de orde, in de mate zij er toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt of gehinderd, aan de mededingingsregels moeten worden getoetst. Dit is volledig in lijn met de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie die, in diverse arresten, heeft bevestigd dat het publiek karakter van een instelling of het feit dat die taken van algemeen belang waarnaemt niet voor gevolg heeft dat zij niet onder de mededingingsregels valt⁵.

Voor de toepassing van de mededingingsregels, en meer bepaald voor de kwalificatie als "onderneming" is enkel vereist dat de betrokken een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt

⁴ Cass. 7 mei 1999, TBH 1999/7, p. 490; voor een bespreking van dit arrest zie H. NYSSENS, "Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de l'échec comment-elles?", TBH 1999/7, p. 475-489.

⁵ Zie HvJ 12 september 2000, zaak C-180/98 (Pavou), Jur. 2000, I-6451, r.o. 83: "In dit verband kan worden volstaan met eraan te herinneren, dat de publiekrechtelijke status van een beroepsorganisatie niet in de weg staat aan toepassing van artikel 85 van het Verdrag. Deze bepaling is volgens de bevoordelingen ervan van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen. Het juridisch kader waarin de beslissing tot het sluiten van een overeenkomst tussen ondernemingen wordt genomen, alsmede de juridische kwalificatie die in de nationale rechtsorde aan dit kader worden gegeven, zijn niet van invloed voor de toepassing van de communautaire mededingingsregels en inzonderheid van artikel 85 van het Verdrag".

gefinancierd⁶. Dit is het geval wanneer die eenheid producten of diensten aanbiedt op een gegeven markt⁷.

Daarmee is ook een van belangrijkste voorwaarden voor de toepassing van de mededingingsregels gegeven. Die regels zijn enkel van toepassing op economische activiteiten. Is er sprake van niet-economische activiteiten dan is een toepassing van de mededingingsregels uitgesloten.

6. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie valt af te leiden dat activiteiten slechts zelden een niet-economisch karakter zullen hebben. Kort gezegd, zullen activiteiten als niet-economisch worden gekwalificeerd wanneer zij betrekking hebben op de uitvoering van overheidsprerogatieven (politie, rechterlijk toezicht, coördinatie van beleid, milieu-inspecties, e.d.m.)⁸, enerzijds, en wanneer het gaat om activiteiten die op het solidariteitsbeginsel (sociale zekerheid, onderwijs, e.d.m.) in plaats van klassieke marktmechanismen gesteund zijn⁹, anderzijds.

7. Op het beginsel dat het algemeen belang in principe niet relevant is bij de bepaling van het toepassingsgebied van de mededingingsregels bestaat slechts één uitzondering, met name de jurisprudentiële regel die door het Hof van Justitie in het arrest *Wouters* is ontwikkeld¹⁰.

In die zaak ging het om een beslissing van de Nederlandse Orde van Advocaten ("NOVA") die de samenwerking tussen advocaten en accountants verbodt. In het kader van de prejudiciële verwijzing door de Nederlandse Raad van State diende het Hof van Justitie zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een dergelijk verbod met de Europese mededingingsregels. In het arrest komt het Hof vooreerst tot de vaststelling dat alle toepassingsvoorwaarden van artikel 81, lid 1 EG-Verdrag (thans art. 101, lid 1 VWEU) vervuld zijn. De advocaten zijn immers te kwalificeren als ondernemingen en de NOVA als een ondernemingsvereniging.

⁶ Zie met name HvJ 23 april 1991, zaak C-41/90 (*Höfner en Elsen*), *Jur.* 1991, I-1979, r.o. 24; HvJ 17 februari 1993, zaken C-159/91 en C-160/91 (*Poucet en Pistre*), *Jur.* 1993, I-637, r.o. 17; HvJ 16 november 1995, zaak C-244/94 (*Fédération française des sociétés d'assurance*), *Jur.* 1995, I-4013, r.o. 14, almede HvJ 21 september 1999, zaak C-67/96 (*Albany*), *Jur.* 1999, I-5751, r.o. 77; HvJ 21 september 1999, zaken C-115/97 tot C-117/97 (*Brentens*), *Jur.* 1999, I-6025, r.o. 77; HvJ 21 september 1999, zaak C-219/97 (*Drijvende Bokken*), *Jur.* 1999, I-6121, r.o. 67.

⁷ Zie HvJ 16 juni 1987, zaak 118/85 (*Commissione v. Italia*), *Jur.* 1987, 2599, r.o. 7; HvJ 18 juni 1998, zaak C-35/96 (*Commissione v. Italia*), *Jur.* 1998, I-3851, r.o. 36.

⁸ Zie HvJ 18 maart 1997, zaak C-343/95 (*Diego Caffi*), *Jur.* 1997, I-1547.

⁹ Zie HvJ 17 februari 1993, zaken C-159/91 en C-160/91 (*Poucet en Pistre*), *Jur.* 1993, I-637.

¹⁰ HvJ 19 februari 2002, zaak C-309/99 (*Wouters*), *Jur.* 2002, I-1577; dit arrest is veelvuldig becommentarieerd, zie o.m. P. DE BANDT, S. BREDAEL en L. MISSON, "Droit de la concurrence et exercice de pouvoirs réglementaires par les ordres professionnels: quelques réflexions et une tentative de synthèse au vu de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2003 et de la jurisprudence récente de la Cour de justice", *TBH* 2004/1, p. 22-36; L. DE FAUQUE, "L'application des règles de concurrence aux réglementations des ordres professionnels", *JT* 2002, p. 457-460; L. IDOT, *Avocats et droit de la concurrence: la rencontre à et lieu*, Europe 2002/5, p. 5-8; M. KILIAN, "Europäisches Kartellrecht und nationale Satzungsrecht berufsrechtlicher Körperschaften", *Wettbewerbs und Praxis* 2002, p. 802-810; P. SCHLOSSER, "From Freedom of Establishment to European Competition Law", *The European Legal Forum* 2002, p. 94-101; A.-M. VAN DEN BOSSCHE, "Over de kwaliteit van kleine minuzen", *Nederlandsche Tijdschrift voor Europees Recht* 2002, p. 123-125; A. VOSSINSTEIN, *Case C-35/99 Arachno, judgment of 19 February 2000*, *Full Court*, *Case C-309/99, Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, judgment of 19 February 2002*, *Full Court*; *not yet reported*, C.M.I.R. 2002, p. 841-863.

Bovendien had de beslissing van de orde een mededingingsbeperkend effect op de markt voor juridische diensten en was er sprake van een beïnvloeding van de interstatenhandel.

Het revolutionaire van dit arrest ligt in het feit dat, hoewel het Hof vaststelt dat alle toepassingsvoorwaarden van artikel 101, lid 1 VWEU voldaan zijn, het desalniettemin tot het besluit komt dat de bewuste beslissing van de NOVA niet onder het kartelverbod valt.

Te dien einde ontwikkelt het Hof een wel zeer bijzondere regel. Volgens het Hof "valt niet elke overeenkomst tussen ondernemingen of elk besluit van een ondernemersvereniging die de handlingsvrijheid van de partijen of van een van hen beperkt, automatisch onder het kartelverbod. Bij de toepassing van deze bepaling op een concreet geval moet namelijk in de eerste plaats rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit van de ondernemersvereniging is genomen of zijn werking ontloopt, en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan, welke in casu verband houden met de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, die aan de eindgebruikers van juridische diensten de nodige garantie van integriteit en ervaring bieden en een goede rechtsbedeling verzekeren (zie in die zin arrest van 12 december 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, *Jurispr.* p. I-6511, punt 38). Vervolgens moet worden onderzocht, of de vanuit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan deze nagestreefde doeleinden"¹¹.

Bij de toepassing van deze beginselen stelt het Hof vast dat de beslissing van de NOVA in dit geval "redelijkerwijs noodzakelijk [kon] worden geacht ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dat in de betrokken lidstaat is georganiseerd"¹².

Deze nieuwsoortige *rule of reason* laat met andere woorden toe om bepaalde mededingingsbeperkende afspraken, handelingen en beslissingen toch vrij te pleiten van een schending van de mededingingsregels indien zij "redelijkerwijs noodzakelijk" zijn voor de realisatie van doelstellingen van algemeen belang en niet verder gaan dan nodig voor de realisatie van deze doelstellingen.

8. Met het arrest van 25 september 2003 is het Hof van Cassatie, onder het voorzitterschap van Ivan Verougstraete, één van de eerste nationale rechtscolleges die toepassing heeft gemaakt van deze nieuwe jurisprudentiële regel¹³.

9. Het Hof van Cassatie was gevat op vordering van de procureur-generaal die gericht was tegen een reglement van de Orde van Vlaamse Balies inzake beroepsmatige samenwerking met niet-advocaten aangenomen op 22 januari 2003. Dit

¹¹ HvJ 19 februari 2002, zaak C-309/99 (*Wouters*), *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 97.

¹² *Ibid.*, r.o. 107.

¹³ *Case*, 25 september 2003, *TBH* 2004/1, p. 50-54. Voor een bespreking van dit arrest zie P. DE BANDT, S. BREDAEL en L. MISSON, o.c., *TBH* 2004/1, p. 22-36.

reglement verbodt alle vormen van samenwerking tussen advocaten en niet-advocaten met het oog op beroepsmatige samenwerking.

10. Het Hof van Cassatie stelt vooreerst vast dat het reglement als een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 81, lid 1 EG-Verdrag (thans art. 101, lid 1 VWEU) kan worden gekwalificeerd en dat dit reglement een mededingingsverstoring effect heeft en de interstatenhandel beïnvloedt. Met verwijzing naar het arrest *Wouters* stelt het Hof evenwel vast dat niet iedere overeenkomst of besluit automatisch onder het kartelverbod valt, maar dat ook rekening moet worden gehouden met de doelstellingen ervan. Volgens het Hof volgt uit het arrest *Wouters* dat een schending van het kartelverbod die het gevolg is van het feit dat vrije beroepsbeoefenaren zoals advocaten of de Orde van hun balies door middel van zelfregulering bepaalde ethische regels vastleggen slechts kan worden gerechtvaardigd indien deze regels evenredig blijven met het nagestreefde en door de nationale openbare overheid opgelegde doel.

Het Hof stelt echter vast dat in casu het betrokken reglement een algemeen verbod inhoudt van een groeps- of samenwerkingsverband zonder enige precisering van de beroepen met wie een samenwerking wordt verboden. Bovendien is het verbod van toepassing op alle vormen van samenwerking en zonder enige mogelijkheid tot afwijking. Volgens het Hof volgt hieruit dat de beperkingen, in hun samenhang beschouwd, niet aantoonbaar vereist zijn voor de handhaving van de belangen die de overheid aan de Orde heeft toevertrouwd.

11. Voornoemde rechtspraak van het Hof van Justitie en van het Hof van Cassatie geeft aan dat doelstellingen van algemeen belang wel degelijk een cruciale rol kunnen spelen bij de toepassing van de mededingingsregels.

Overeenkomsten of besluiten van ondernemingsverenigingen die alle voorwaarden van de in de artikelen 101 en 102 VWEU neergelegde verboden vervullen, zullen geen aanleiding geven tot een toepassing en *a fortiori* schending van deze bepalingen indien vaststaat dat zij noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van doelstellingen van algemeen belang en evenredig zijn aan deze doelstellingen.

12. Wel moet worden benadrukt dat de jurisprudentiële regel van het *Wouters*-arrest totnogtoe slechts zelden in andere sectoren is toegepast.

Naast het zopas aangehaalde rechtskader van de beroepsregels van de vrije beroepen was dit enkel het geval met betrekking tot regels voor sportbeoefening. In het arrest *Mecca-Medina*¹⁴ kwam het Hof van Justitie tot de bevinding dat een antidopingregeling aangenomen door het Internationaal Olympisch Comité onlosmakelijk verbonden is met de organisatie en het goede verloop van de sportcompetitie en ertoe strekt een gezonde wedijver tussen de sporters te verzekeren. Bovendien gaat deze regeling niet verder dan noodzakelijk voor het bereiken van deze doel-

stelling¹⁵. Het Hof komt dan ook, met verwijzing naar de *Wouters*-jurisprudentie, tot de vaststelling dat die regeling niet onder de mededingingsregels valt.

13. Algemeen kan dus worden gesteld dat het algemeen belang wel degelijk kan worden ingeroepen om de niet-toepassing van de mededingingsregels te bepleiten, maar dat deze exceptie, behoudens een nieuwe wending in de rechtspraak van het Hof van Justitie, voornamelijk kans maakt met betrekking tot regels voor de uitoefening van een professionele activiteit die door een representatieve organisatie worden uitgevaardigd in uitvoering van een door de overheid opgelegde opdracht.

14. Daarnaast speelt het algemeen belang een (veel) belangrijker rol in het kader van de toepassing mededingingsregels en meer bepaald als rechtvaardiging voor bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen of om een mildere toepassing van die regels te verantwoorden.

15. Dit kan gebeuren in het kader van de toekenning van een mogelijke vrijstelling op het verbod van kartelfa spraken of bij de verantwoording van een gedraging die kwalificeert als misbruik van machtspositie. Nog belangrijker lijkt ons evenwel de (Europese-rechtelijke) bepaling die toelaat om de onverkorte toepassing van de mededingingsregels te beperken, wanneer dit noodzakelijk is om de uitvoering van activiteiten van algemeen belang te waarborgen.

Hoofdstuk IV

HET ALGEMEEN BELANG ALS RECHTVAARDIGING VOOR BEPAALDE MEDEDINGINGSBEPERKENDE OVEREENKOMSTEN, BESLISSINGEN EN

GEDRAGINGEN

Afdeling 1

VRUJSTELLINGEN OP HET KARTELVERBOD

16. Artikel 101, lid 3 VWEU voorziet dat het kartelverbod niet van toepassing is indien de aldaar gestelde voorwaarden voldaan zijn. Een gelijkaardige uitzondering is voorzien in artikel 2, lid 1 WBEM.

De vier voorwaarden zijn cumulatief. De betrokken overeenkomst, beslissing of gedraging moet leiden tot een verbetering van de productie of distributie van producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, en moet de consumenten ook tot voordeel strekken. Bovendien mag de overeenkomst, beslissing of gedraging niet tot gevolg hebben dat een wezenlijk deel van de mededinging wordt uitgeschakeld en mogen de beperkingen van de mededinging niet verder gaan dan nodig voor de verwezenlijking van het voorgestelde doel.

¹⁴ Zie HvJ 18 juli 2006, zaak C-519/04 P (*Mecca-Medina*), Jur. 2006, I-6991.

¹⁵ *Ibid.*, ro. 40-56.

17. Het spreekt voor zich dat deze vrij algemeen geformuleerde voorwaarden niet uitsluiten dat ook doelstellingen van algemeen belang kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een mededingingsbeperkende afspraak.

Uit de richtsnoeren van de Europese Commissie met betrekking tot de toepassing van artikel 101, lid 3 VWEU, volgt aldus dat de toepassingsvoorwaarden voor een individuele vrijstelling vervuld kunnen zijn wanneer mededingingsbeperkende afspraken leiden tot de creatie van producten van hogere kwaliteit of met nieuwe kenmerken of een kostenbesparend effect hebben¹⁵. In beide gevallen gaat het om doelstellingen die tot het algemeen (economisch) belang kunnen worden gerekend.

18. Ook de groepsvrijstellingen die de Europese Commissie in uitvoering van verordening 19/65¹⁷ heeft vastgesteld, steunen op een ruime interpretatie van de toepassingsvoorwaarden van artikel 101, lid 3 VWEU, waarbij doelstellingen van algemeen belang in rekening worden gebracht om te bepalen welke afspraken van de veilige haven van de groepsvrijstelling kunnen genieten. Ter illustratie: in de algemene groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten en selectieve afstemde gedragingen worden bepaalde vormen van exclusieve en selectieve distributie onder de toepassing van artikel 101, lid 3 VWEU gebracht omdat zij, ondanks hun mededingingsbeperkende gevolgen, niettemin kunnen bijdragen tot een betere distributie van bepaalde producten¹⁸.

19. Ook al lenen de in artikel 101, lid 3 VWEU gestelde voorwaarden zich tot een vrij ruime interpretatie, toch kan die interpretatie niet zover gaan dat zij het in rekening brengen van doelstellingen van niet-economische aard (milieubeleid, volksgezondheid, e.d.m.) toelaat, tenzij als *accessorium* bij doelstellingen van economische aard. Artikel 101, lid 3 VWEU is en blijft een bepaling die een economische analyse van de betrokken mededingingsbeperking voorstaat, waarbij niet-economische overwegingen niet uitgesloten zijn, maar eerder van perifeer belang zijn.

20. Dit lijkt op het eerste gezicht koren op de molen van zij die de mededingingsregels zien als de uiting van ultraliberaal beleid. En toch is deze benadering niet zo onlogisch. Het getuigt van een beleidsvisie waar niet de ondernemingen maar de overheid sturend optreedt voor het realiseren van niet-economische doelstellingen en bepaalt onder welke voorwaarden een mogelijke beperking van de mededinging noodzakelijk is voor het bereiken van dergelijke doelstellingen.

¹⁵ Zie de mededeling van de Commissie inzake de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag, Pb.C. 2004, 101/97, randnr. 71.

¹⁷ Verordening nr. 19/65/EEG van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassingen van artikel 85, lid 3 van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb.EU 1965, 36/533.

¹⁸ Zie art. 4, onder b), i) en iii) van verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb.L. 2010, 102/1.

Afdeling 2

RECHTVAARDIGING VOOR BEPAALDE GEDRAGEN VAN ONDERNEMINGEN MET MACHTSPOSITIE EN TOEPASSING IN HET KADER VAN CONCENTRATIECONTROLE

21. Ook in het kader van de toetsing van het misbruikbaar karakter van de gedraging van dominante ondernemingen kunnen doelstellingen van algemeen belang een rol spelen. Een onderneming met machtspositie zal immers geen misbruik maken van die positie indien blijft dat haar gedragingen noodzakelijk zijn om bepaalde doelstellingen van algemeen belang te vervullen en zij evenredig zijn aan het bereiken van deze doelstellingen¹⁹.

Naar het voorbeeld van artikel 101, lid 3 VWEU zullen de ingeroepen rechtvaardigingen bijna uitsluitend van economische aard kunnen zijn, al worden die vrij soepel geïnterpreteerd. Ter illustratie: in het arrest *Tetra Pak* heeft het Hof van Justitie het verweer van de dominante onderneming Tetra Pak dat de door haar doorgevoerde verkoopswijziging noodzakelijk was om redenen van volksgezondheid en veiligheid enkel afgewezen omdat die onderneming niet kon aantonen dat dit inderdaad het geval was²⁰. Het Hof heeft het invoeren van een dergelijke rechtvaardiging voor het misbruik daarentegen niet afgewezen.

22. Eenzelfde vaststelling geldt voor wat betreft de concentratiecontrole, die ertoe strekt te vermijden dat, als gevolg van overnames en fusies, de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd. De Concentratieverordening²¹ strekt er, in deze context, toe om doelstellingen van algemeen belang te realiseren, met name het bevorderen van een dynamische mededinging en de versterking van het concurrentievermogen van de Europese industrie, alsmede de verbetering van de voorwaarden voor de groei en verhoging van de levensstandaard²².

De toelaatbaarheid van concentraties wordt door de Europese Commissie echter enkel in het licht van economische parameters (verbetering van de productie, *economies of scale*, e.d.m.) beoordeeld. Niet-economische parameters (zoals de impact op de werkgelegenheid, het milieu, e.d.m.) spelen in dit kader slechts een secundaire rol.

De situatie op nationaal vlak is niet verschillend. De Raad voor de Mededinging steunt zich enkel op economische gegevens om een concentratie al dan niet toe te staan. Wel moet worden gewezen op de vrij uitzonderlijke beroepsmogelijkheid voorzien in artikel 60 WBEM. Krachtens deze bepaling beschikt de ministerraad over de mogelijkheid om, binnen een termijn van dertig dagen te rekenen vanaf

¹⁹ Zie randnr. 28-31 van de mededeling van de Commissie inzake de richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, Pb.C. 2009, 45/77.

²⁰ HvJ 14 november 1996, zaak C-333/94 P (*Tetra Pak*), Jur. 1996, I-5931, ro. 36.

²¹ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de "EG-Concentratieverordening"), Pb.L. 2004, 24/1.

²² Zie considerans nr. 4 van de EG-Concentratieverordening.

de kennisgeving van de beslissing van de Raad, de verwezenlijking van een concentratie toe te staan om redenen van algemeen belang "die zuarder wegen dan het risico van aantasting van de mededinging vastgesteld door de Raad voor de Mededinging". De gronden waarop de ministerraad zijn beslissing moet steunen zijn onder meer het algemeen belang, de veiligheid van het land, de mededingingskracht van de betrokken sectoren gelet op de internationale concurrentie, consumentenbelangen en werkgelegenheid. De ministerraad kan niet alleen de concentratie zonder meer goedkeuren, hij kan ook minder verregaand ingrijpen door bijvoorbeeld de voorwaarden en verplichtingen geheel of gedeeltelijk op te heffen. In de praktijk blijkt deze mogelijkheid evenwel beperkt tot zeer uitzonderlijke gevallen.²³ Tomogioe werd hier geen gebruik van gemaakt.

Afdeling 3

ARTIKEL 106, LID 2 VWEU

23. Dat doelstellingen van niet-economisch algemeen belang slechts een accessoire rol toebedeeld krijgen in het kader van de basismoren van het Europees mededingingsrecht (met name het kartelverbod en verbod van misbruik van machtspositie) wordt o.i. ruimschoots gecompenseerd door de toetsing voorzien in artikel 106, lid 2 VWEU.²⁴

24. Deze bepaling biedt immers de mogelijkheid om de toepassing van de Europese Verdragsregels, inclusief de mededingingsregels, geheel of gedeeltelijk uit te sluiten, in zoverre de toepassing van deze regels de vervulling – in feite of in rechte – van [de bijzondere taak opgedragen aan] een dienst van algemeen economisch belang ("DAEB") zou verhinderen.

Ook het Belgische recht voorziet in een gelijkaardige, doch opmerkelijk ruimer geformuleerde, bepaling. Volgens artikel 87 WBEEM zijn "[d]e openbare ondernemingen en de ondernemingen waaraan de overheid bijzondere of exclusieve rechten verleent [...] onderworpen aan de bepalingen van deze wet voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun door of krachtens de wet toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert".²⁵

²³ J. STUYCK, W. DEVROE, en P. WYNNICK, *De nieuwe Belgische mededingingswet 2006*, Kluwer, 2007, p. 91-92.
²⁴ Over de draagwijdte van deze bepaling zie o.m. P. DE BANT, "Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag en het begrip 'diensten van algemeen economisch belang': meer dan een rechtsbasis voor een genuanceerde toepassing van de interne markt- en mededingingsregels op openbare diensten", *TBH* 2008/3, p. 211-225, J.V. LONIS en S. RODRIGUES, o.c.; W. SALTER, "Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law", *ELR* 2008, p. 167; J. BAQUERO CRUZ, "Beyond Competition: Services of General Economic Interest and European Community Law" in G. DE BURCA, *EU Law and the Welfare State*, Oxford University Press, 2005, p. 169-212.
²⁵ Deze bepaling, die volgens de memorie van toelichting "geïntendeerd [is] door artikel 106, lid 2, [VWEU]", is ongelukkig geformuleerd, mede doordat zij een ruimer toepassingsgebied zou kunnen hebben dan artikel 106, lid 2 VWEU (met name ook toepasselijk op openbare ondernemingen en op ondernemingen waaraan de overheid exclusieve of bijzondere rechten heeft toegekend die niet zijn belast met een taak van algemeen economisch belang). Het lijkt dan ook aangewezen om artikel 87 WBEEM derwijze te interpreteren dat zij niet verder reikt dan de in artikel 106, lid 2 VWEU voorziene vrijstelling. Zie P. DE BANT, *TBH* 2008/3, p. 223-224; D. VAN DER MEERSCH, *De mededingingswet*, Kluwer, 2007, p. 99-103.

§ 1. Toepassingvoorwaarden

25. Om artikel 106, lid 2 VWEU te kunnen invoeren moet de onderneming een DAEB vervullen.

Over de draagwijdte van dit vereiste is er al veel discussie geweest, mede omdat er in de lidstaten zeer uiteenlopende opvattingen zijn over de rol van de overheid in de economische gebeuren en de invulling van het algemeen belang. Er wordt dan ook aangenomen dat – met uitzondering van de sectoren waarvoor een uitgebreide communautaire regelgeving bestaat²⁶ – de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken bij de omschrijving en de organisatie van de DAEB.²⁷

Er bestaat evenwel een zekere eengezindheid over het feit dat een DAEB aan een aantal essentiële vereisten moeten beantwoorden – zoals de universaliteit van de dienstverlening, continuïteit, kwaliteit, betaalbaarheid en bescherming van consument en gebruiker²⁸. Ook heeft het Hof van Justitie reeds een aantal indicaties gegeven over welke belangen al dan niet van algemeen aard kunnen zijn. Aldus werden het beheer van auteursrechten²⁹, het ter beschikking stellen van luchthaveninfrastructuur³⁰ of het lossen in havens³¹ niet als DAEB weerhouden. Talrijke andere activiteiten werden wel als DAEB gekwalificeerd – zoals de ononderbroken levering van gas en elektriciteit³², de brievenpost³³, de afvalverwerking³⁴, de ambulancediensten³⁵ en het vast- en ontmeren van schepen.³⁶

26. Het volstaat evenwel niet dat een onderneming op eigen initiatief een DAEB vervult.

Artikel 106, lid 2 VWEU vereist uitdrukkelijk dat de onderneming door de overheid met de verstreking van deze dienst wordt "belast". Deze toewijzing moet op een formele wijze gebeuren, meer bepaald door middel van een dwingende rechtshandeling³⁷. Het is bovendien essentieel dat de overheid zo duidelijk mogelijk in deze rechtshandeling aangeeft welke DAEB zij precies oplegt³⁸. Deze

²⁶ Uit de rechtspraak volgt immers dat voor de sectoren die volledig zijn geharmoniseerd er geen plaats meer is voor een afzonderlijke toepassing van art. 106, lid 2 VWEU omdat de Europese wetgever, bij het vaststellen van het geharmoniseerde kader, al rekening heeft gehouden met het algemeen belang. Zie in deze zin HvJ 18 mei 2000, zaak C-206/98 (*Commissie v. België*), *Jur.* 2000, I-3509, r.o. 45.
²⁷ Zie Protocol nr. 26 betreffende de dienst "van algemeen belang". Zie ook de mededeling van de Commissie inzake de diensten van algemeen belang in Europa, *Pb.C.* 2001, 17/4 en de mededeling van de Europese Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare ontroeping, *Pb.C.* 2001, C 320/5.
²⁸ Groenboek over de diensten van algemeen belang, COM(2003)270, randnr. 49 e.v.
²⁹ HvJ 2 maart 1983, zaak 7/82 (GVL), *Jur.* 1983, 483, SEW 1995, met noot H. AKYUREK-KREYTS.
³⁰ HvJ 24 oktober 2002, zaak C-82/01 P (*Aéroports de Paris*), *Jur.* 2002, p. I-9297.
³¹ HvJ 10 december 1991, zaak C-179/90 (*Porto di Genova*), *Jur.* 1991, p. I-5889, SEW 1993 met noot E. FJNMCKER-HORDIK.
³² HvJ 27 april 1994, zaak C-393/92 (*Gemeente Almelo*), *Jur.* 1994, I-1477, SEW 1995 met noot H. GILLIAMS.
³³ HvJ 19 mei 1993, zaak C-320/91 (*Corbeau*), *Jur.* 1993, I-2533, SEW 1994 met noot H. GILLIAMS.
³⁴ HvJ 23 oktober 2000, zaak C-209/98 (*Gemeente Kopenhagen*), *Jur.* 2000, I-3743.
³⁵ HvJ 25 oktober 2001, zaak C-475/99 (*Ambulanz Glöckner*), *Jur.* 2001, I-8909.
³⁶ HvJ 18 juni 1998, zaak C-266/96 (*Corisa Ferries*), *Jur.* 1998, I-3949.
³⁷ HvJ 4 mei 1988, zaak 30/87 (*Boedon*), *Jur.* 1988, 2479.
³⁸ Mededeling van de Commissie inzake de diensten van algemeen belang in Europa, *Pb.C.* 2001, 17/4, randnr. 22. Zie ook HvJ 23 oktober 1997, zaak C-159/94 (*EDF*), *Jur.* 1997, I-5815.

strengheid is logisch, aangezien de DAEB doorgaans het beslissende criterium is om aan de betrokken onderneming een exclusief recht te verlenen en/of overheidsfinanciering te verstrekken.

Bovendien moet worden onderlijnd dat het enkele feit dat een onderneming door de overheid belast wordt met het vervullen van een DAEB niet *per se* impliceert dat alle activiteiten van deze onderneming onder deze kwalificatie vallen, noch dat de met een DAEB belaste onderneming geen andere activiteiten zou mogen ontwikkelen. Het is dus mogelijk dat de onderneming – naast de uitoefening van de DAEB – ook zuiver commerciële of niet-economische activiteiten ontwikkelt.

27. Artikel 106, lid 2 VWEU vereist voorts dat de onverkorte toepassing van de mededingingsregels de uitvoering van de taak van algemeen economisch belang onmogelijk maakt of in belangrijke mate hindert. Er moet met name geverifieerd worden of de uitsluiting van de mededingingsregels noodzakelijk is om de met de DAEB belaste ondernemingen in staat te stellen de specifieke belasting en de extra kosten voor de taak die hun is toegewezen, te dragen.³⁹

Het is aan de partij die deze uitzondering inroept om het bewijs te leveren dat deze voorwaarde voldaan is.⁴⁰ Met verwijzing naar artikel 106, lid 2 VWEU zal de overheid of de betrokken onderneming aldus het bewijs moeten leveren dat een bepaalde maatregel die normaliter in strijd zou zijn met de interne marktregels, aan de toepassing van deze bepalingen ontsnapt omdat deze regels de effectieve tenuitvoerlegging van de taak van algemeen economisch belang verhinderen.

Bij deze bewijsvoering dient ook steeds rekening te worden gehouden met de omstandigheid dat artikel 106, lid 2 VWEU op restrictieve wijze moet worden geïnterpreteerd, aangezien het een uitzondering op de algemene regels van het VWEU voorziet.⁴¹

28. Als laatste voorwaarde voor de toepassing van artikel 106, lid 2 VWEU geldt het vereiste dat de ontwikkeling van het handelsverkeer niet mag worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie. De bewijslast rust ook hier op de overheid of de onderneming die de toepassing van artikel 106, lid 2 VWEU inroept, maar uit de rechtspraak van het Hof van Justitie valt af te leiden dat deze bewijslast vrij snel wordt omgekeerd.⁴² In ieder geval zal het niet eenvoudig zijn om uit te maken wanneer de niet-toepassing van de regels van het VWEU in strijd zal zijn met het “belang van de Unie”, temeer daar dit begrip niet in het VWEU wordt gedefinieerd.

§ 2. Relevantie in de praktijk

29. In tegenstelling tot wat soms wordt gesteld, heeft artikel 106, lid 2 VWEU niet tot gevolg dat de toepassing van de mededingingsregels automatisch wordt uitgesloten. Deze uitzonderingsbepaling staat veel eerder voor een genuanceerde toepassing van de mededingingsregels die beperkt is tot de gevallen waarbij de toepassing van deze regels de vervulling van een taak van algemeen economisch belang onmogelijk zou maken of substantieel hinderen.

30. In de praktijk zal de toepassing van artikel 106, lid 2 VWEU meestal aan de orde zijn wanneer overheidsbedrijven of private bedrijven een exclusief recht (b.v. concessie) of een financiële ondersteuning krijgen voor de uitoefening van bepaalde economische activiteiten.

Aldus wordt deze bepaling veelal onderzocht in relatie tot artikel 102 VWEU en de staatssteunregels.

31. Met betrekking tot artikel 102 VWEU, heeft het Hof van Justitie in het arrest *Corbeau* gesteld dat een uitsluiting van de mededingingsregels geoorloofd is, indien de betrokken onderneming anders niet in staat zou zijn om het financieel evenwicht van de DAEB te verzekeren.⁴³ Immers, indien aan particuliere ondernemingen de mogelijkheid wordt gegeven om “de houder van de alleenrechten te concurreren in de aan die rechten beantwoordende sectoren van hun keuze, dan zouden deze immers in staat worden gesteld, zich op de economisch rendabele activiteiten te concentreren en daarbij voordeliger tarieven te hanteren dan door de houders van de alleenrechten worden toegepast, aangezien zij, anders dan deze laatste, niet economisch verplicht zijn de in de onrendabele sectoren geleden verliezen met de in de rendabele sectoren gemaakte winsten te compenseren”.⁴⁴ Hieruit volgt dat artikel 106, lid 2 VWEU kan worden ingeroepen om te vernietigen dat concurrenten aan “cherry-picking” zouden doen, door zich enkel toe te leggen op de meest rendabele activiteiten.

De uitsluiting van de mededinging is echter niet gerechtvaardigd wanneer het gaat om specifieke, van de DAEB dissocierbare diensten die beantwoorden aan bijzondere behoeften van de marktdelnemers en een aantal bijkomende prestaties vergen, voor zover die diensten het economisch evenwicht van de door de houder van het alleenrecht verrichte DAEB niet in gevaar brengen.⁴⁵

In het arrest *Höfner en Elser* heeft het Hof voorts gesteld dat de toepassing van artikel 102 VWEU de vervulling van een DAEB niet kan verhinderen, wanneer de onderneming kennelijk niet in staat is aan de op de markt bestaande vraag te voldoen en in de praktijk een inbreuk op haar monopolie toerekent.⁴⁶ Artikel 106, lid 2 VWEU kan dan ook niet worden aangewend om het bestaan van een alleen-

³⁹ Mededeling van de Commissie inzake de diensten van algemeen belang in Europa, Pb. C. 2001, 17/4, randnr. 23.

⁴⁰ HvJ 23 oktober 1997, zaak C-157/94 (*Commissie v. Nederland*), Jnr. 1997, I-5659, r.o. 58. In dezelfde passage nuanceert het Hof van Justitie echter in belangrijke mate deze bewijslast. Volgens het Hof van Justitie kan “deze bewijslast [...] niet zo zwaar zijn dat deze bestaat, wanneer hij uitvoering uitsluit waarom bij afschaffing van de bestreden maatregelen de vervulling, onder economisch aanvaardbare omstandigheden, van de door hem aan een onderneming toe te vertrouwen taken van algemeen economisch belang in zijn ogen in gevaar zou komen, vervolgens ook nog positief moet aantonen, dat met geen enkele andere voorstelbare, per definitie hypothetische, maatregel de vervulling van die taken onder dezelfde omstandigheden kan worden verzekerd”.

⁴¹ HvJ 27 maart 1974, zaak 127/73 (BRT v. SABAM), Jnr. 1974, p. 313, r.o. 19.

⁴² HvJ 23 oktober 1997, zaak C-159/94 (EDF), Jnr. 1997, I-5815, r.o. 109-116.

⁴³ HvJ 19 mei 1993, zaak C-320/91 (*Corbeau*), Jnr. 1993, I-2533, SEW 1994 met noot H. GILIJMS.

⁴⁴ *Ibid.*, r.o. 18.

⁴⁵ *Ibid.*, r.o. 19.

⁴⁶ HvJ 23 april 1991, zaak C-41/90 (*Höfner en Elser*), Jnr. 1991, I-1979, r.o. 25.

recht te verantwoorden, indien zou blijken dat de DAEB op inefficiënte manier wordt beheerd.

32. De wisselwerking tussen artikel 106, lid 2 VWEU en de staatssteunregels wordt thans nader geregeld in de beschikking betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend ("DAEB-beschikking")⁴⁷ en de communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst ("DAEB-kaderregeling")⁴⁸. Deze regelingen, die momenteel het voorwerp uitmaken van een grondig hervormingsproces⁴⁹, zetten uiteen onder welke voorwaarden de compensatie voor DAEB met de interne markt verenigbaar kan worden verklaard.

De DAEB-beschikking stelt meer bepaald dat staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan de in deze beschikking vastgestelde voorwaarden voldoet, verenigbaar is met de interne markt en vrijgesteld is van de verplichting tot voorafgaande aanmelding als bedoeld in artikel 108, lid 3 VWEU. Voor compensatie voor de openbare dienst die als staatssteun is aan te merken en die niet onder de toepassing van de DAEB-beschikking valt, geldt nog steeds de verplichting tot voorafgaande aanmelding. De Europese Commissie zal de verenigbaarheid van deze compensatie alsdan op grond van de voorwaarden van de DAEB-kaderregeling beoordelen.

De voorwaarden van de DAEB-beschikking en de DAEB-kaderregeling zijn strikt geformuleerd. Aldus moet de verantwoordelijkheid voor het beheer van de DAEB aan de betrokken onderneming worden toevertrouwd door middel van een officieel besluit. Dit besluit moet o.a. de aard van de openbare dienstverplichtingen en van alle uitsluitende of bijzondere rechten aangeven, alsook de parameters voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie. Ook mag het compensatiebedrag in geen geval hoger zijn dan wat nodig is om de kosten van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst.

§ 3. Artikel 106, lid 2 VWEU als hoeksteen voor het in overweging nemen van het algemeen belang

33. Uit bovenstaande lijnen volgt dat artikel 106, lid 2 VWEU een centrale plaats inneemt in de verhouding tussen algemeen belang en de (Europese en Belgische)

⁴⁷ Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, Pb.L. 2005, 31267.

⁴⁸ Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, Pb.C. 2005, 29774.

⁴⁹ Zie o.m. de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's inzake de hervorming van de EU-staatssteunregels voor diensten van algemeen economisch belang, COM(2011) 146.

mededingingsregels. Meer bepaald, laat deze bepaling toe om de ongewenste gevolgen van een onverkorte toepassing van de mededingingsregels op bepaalde beslissingen, gedragingen en handelingen van publieke of private actoren te vermijden, wanneer die noodzakelijk en evenredig zijn voor het bereiken van doelstellingen van algemeen belang.

34. Het zal de lezer niet ontgaan zijn dat artikel 106, lid 2 VWEU veel gelijkenissen vertoont met de jurisprudentiële *rule of reason* die door het Hof van Justitie in het kader van het arrest *Wouters* is ontwikkeld. De toepassing van deze laatste regel vereist immers ook een gedegen onderzoek naar de noodzakelijkheid en de evenredigheid van de mededingingsbeperkende beslissing of handeling. Hun rechtsgevolgen (een gemaatigde toepassing van de mededingingsregels in het ene geval, een niet-toepassing in het andere) treden pas op indien vaststaat dat de betrokken regeling noodzakelijk is om een door de overheid opgelegde doelstelling te bereiken. Zij berusten ook op een zelfde beginsel, met name dat de toepassing van de mededingingsregels moet worden beperkt wanneer de overheid aan een onderneming of ondernemingsvereniging opdraagt om bepaalde handelingen te stellen of beslissingen te nemen met het oog op het bereiken van een doelstelling van algemeen belang (in de ruime zin, m.a.w. niet beperkt tot het economische).

35. In het licht van deze parallellen tussen artikel 106, lid 2 VWEU en de *rule of reason* van het arrest *Wouters* kan men zich overigens de vraag stellen of het Hof van Justitie, als alternatief voor deze laatste regel, in dit arrest geen ruimere lezing van artikel 106, lid 2 VWEU had kunnen geven om ook de activiteiten van de beroepsoordes onder de noemer "*diensten van algemeen economisch belang*" te brengen.

Het gebruik van de term "*economisch*" in artikel 106, lid 2 VWEU sluit o.i. immers niet uit dat ook doelstellingen van niet-economisch belang in overweging kunnen worden genomen om de toepassing van de mededingingsregels te beperken of uit te sluiten. De term "*economisch*" moet o.i. worden geïnterpreteerd als betrekking hebbende op de aard van betrokken diensten en niet op de aard van het belang. Deze interpretatie lijkt ondermeer bevestiging te vinden in het Protocol nr. 26 betreffende diensten van algemeen belang bij het Verdrag van Lissabon waarin uitdrukkelijk wordt bevestigd dat de verdragen "*op generlei wijze afbreuk [doen] aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten of te organiseren*". A contrario kunnen de verdragen dus wel afbreuk doen aan de bevoegdheid van de lidstaten met betrekking tot economische diensten van algemeen belang.

Daarnaast lijkt het feit dat artikel 106, lid 2 VWEU enkel verwijst naar "*ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang*" en niet naar "*ondernemingsverenigingen*" (in tegenstelling tot art. 101, lid 1 VWEU) ons geen voldoende reden om de toepassing van deze bepaling op ondernemingsverenigingen (zoals beroepsoordes) uit te sluiten. Zowel uit artikel 16 VWEU als uit het Protocol nr. 26 betreffende de diensten van algemeen belang

blijkt immers duidelijk dat de bescherming op alle DABE betrekking heeft, zonder onderscheid naargelang van de aard van de organisatie die de dienst aanbiedt.

Hoofdstuk V BESLUIT

36. In het kader van deze bijdrage is benadrukt dat, in tegenstelling tot hetgeen vaak wordt geopperd, het algemeen belang wel degeeljk een voorname rol in het kader van de toepassing van de mededingingsregels speelt. De mededingingsregels zijn niet alleen de uiting zijn van een bepaalde beleidsvisie over de werking van het economisch gebeuren, maar zijn ook een middel of instrument om die beleidsvisie te realiseren.

37. Het in overweging nemen van doelstellingen van algemeen belang kan gebeuren in het kader van de toekenning van een mogelijke vrijstelling op het verbod van kartelsafspraken op grond van artikel 101, lid 3 VWEU of artikel 2, lid 3 WBEM, of bij de verantwoording van een gedraging die kwalificeert als misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU of artikel 3 WBEM. Die doelstellingen van algemeen belang zullen in de eerste plaats van economische aard zijn. Niet-economische overwegingen zijn daarbij niet uitgesloten, maar eerder van accessoir belang.

Dit lijkt op het eerste gezicht koren op de molen van zij die de mededingingsregels zien als de uiting van ultraliberaal beleid. En toch is deze benadering niet zo onlogisch. Het getuigt van een beleidsvisie waar niet de ondernemingen, maar de overheid sturend optreedt voor het realiseren van een algemeen belang, dat verder reikt dan het zuiver economische.

38. Daarnaast kan artikel 106, lid 2 VWEU worden ingeroepen om de toepassing van de mededingingsregels te beperken of uit te sluiten, indien dit noodzakelijk is om de uitvoering van economische diensten van algemeen belang te verzekeren en indien deze beperkingen niet verder gaan dan noodzakelijk om dit te bereiken.

Deze bepaling biedt o.i., meer nog dan de "klassieke" mededingingsregels en de *Wouters*-rechtspraak, een duidelijk rechtskader bij het in overweging nemen van doelstellingen van algemeen belang (in de ruime zin) als rechtvaardiging voor mededingingsbeperkende handelingen en beslissingen⁵⁰. Het is immers de overheid die bepaalt welke opdrachten een onderneming moet realiseren en het is enkel met het oog op de realisatie van die door de overheid opgelegde opdrachten dat een beperkte toepassing van de mededingingsregels kan worden bepleit.

⁵⁰ Niet alle auteurs zijn deze mening toegedaan. Zie i.h.b. G. DAVIES die in zijn bijdrage "Article 86 EC, the EC's economic approach to competition law, and the general interest", *European Competition Journal* 2009, p. 549-584, het met van artikel 106 VWEU in twijfel trekt, voornamelijk omdat deze bepaling volgens hem niets toevoegt aan de andere verdragsbepalingen en bovendien de onterechte indruk zou wekken dat overwegingen van algemeen belang geen rol spelen in het mededingingsrecht.

Artikel 106, lid 2 VWEU speelt dan ook terecht een centrale rol in het zeer actueel debat over de plaats van openbare diensten in het Europees wordingsproces⁵¹.

Ook op Belgisch vlak kan deze bepaling, die rechtstreekse werking geniet, daarnaast haar Belgische tegenhanger (art. 87 WBEM)⁵², een nuttige rol spelen om het delicate evenwicht tussen vrije marktwerving en staatsinterventie te vrijwaren, onder het waakzame oog van vooruitziende juristen, zoals de man die wij met deze bundel willen huldigen en danken.

⁵¹ Zie o.m. de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's inzake de hervorming van de EU-staatssteunregels voor diensten van algemeen economisch belang, COM(2011) 146.

⁵² Zoals reeds benadrukt (zie boven) moet deze bepaling derwijze geïnterpreteerd worden dat haar toepassingsgebied niet verder reikt dan het toepassingsgebied van art. 106, lid 2 VWEU.