

Vergaderjaar 2005–2006

21 501-30

Raad voor Concurrentievermogen

Nr. 137

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 19 april 2006

Inleiding

Tijdens het AO over de dienstenrichtlijn van november 2005 (Kamerstuk 21 501-30, nr. 128) en maart 2006 (Kamerstuk 21 501-30, nr. 134) heb ik toegezegd de Kamer een notitie te doen toekomen over de gevolgen van de dienstenrichtlijn voor de drinkwatersector, als voorbeeld van een dienst van algemeen belang. Over de gevolgen van de dienstenrichtlijn op diensten van algemeen economisch belang bent u reeds geïnformeerd (Kamerbrief 21 501-30, nr. 115).

In de eerdere brief is het onderscheid uitgeschreven tussen diensten van algemeen (niet-economisch) belang (hierna: DAB) en diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB). Dit onderscheid is van belang aangezien de Europese mededingingsregels niet van toepassing zijn op DAB en in beginsel wel van toepassing zijn op DAEB.

De vraag is gesteld in hoeverre Nederland vrij is zelf te bepalen of de drinkwatersector een DAB is. In het verlengde daarvan speelt de vraag of externe factoren, zoals een uitspraak van het Hof van Justitie, deze vrijheid inperkt. Om deze vraag te beantwoorden is het nodig in te gaan op de kaders die het gemeenschapsrecht en de jurisprudentie van het Hof stellen, de organisatie van de drinkwatersector en vervolgens de relatie met de dienstenrichtlijn.

Het EG-verdrag

De lidstaten zijn, op basis van de artikelen 16 en 86 van het EG-Verdrag zoals ingevuld door de jurisprudentie van het Hof van Justitie, vrij om zelf te bepalen welke diensten als DAB en DAEB worden ingericht. De wijze waarop deze diensten worden georganiseerd (publiek/privaat) en de financiering behoren in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaat. Bij DAB geldt bovendien dat deze diensten moeten worden gerekend tot de taken van de overheid.

Het EG-Verdrag verhindert de regulering van DAEB niet, maar voorkomt wel dat de regels van de interne markt omzeild worden door de regulering te toetsen aan eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit. In dat verband bepaalt artikel 86, tweede lid, EG uitdrukkelijk dat ondernemingen belast met beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de regels van het EG-verdrag vallen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Daarbij mag de ontwikkeling van het handelsverkeer tussen de lidstaten niet zodanig worden beïnvloed dat dit strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

Nederland hecht veel waarde aan het behoud van vrijheid voor de lidstaten om zelf te bepalen welke diensten worden aangemerkt als DAB of DAEB en de wijze waarop de diensten worden aangeboden (Kamerstukken 2002/2003, 22 112, nr. 283). Nederland acht een specifieke kaderrichtlijn waarin DA(E)B worden gedefinieerd, ongewenst, aangezien dit de dynamische ontwikkeling van DAB en DAEB door toenemende liberalisering, technologische ontwikkelingen en uitspraken van het Hof van Justitie in de weg staat.

Jurisprudentie van het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie heeft tot taak het gemeenschapsrecht en de eerbiediging daarvan te bewaken en het toepasselijke recht uit te leggen. In deze context heeft het Hof van Justitie in verschillende uitspraken getoetst of de bepaalde activiteiten al dan niet kwalificeren als gewone economische activiteiten, diensten van algemeen economisch belang, dan wel diensten van algemeen belang.¹

Het Hof geeft daarbij geen (politiek) waardeoordeel of een bepaalde dienst tot een bepaalde categorie zou moeten behoren. Het Hof toetst de activiteiten (en de organisaties die deze activiteiten verrichten) aan de hand van de kenmerken van de activiteit, de vorm en structuur van de betrokken organisaties, het toezicht op en de zeggenschap van de overheid over de betrokken organisaties, de doelstellingen en de verrichte activiteiten.

De jurisprudentie van het Hof geeft twee verschillende aanwijzingen waarmee het onderscheid tussen DAB en DAEB kan worden gemaakt.

1. Een eerste aanwijzing om het onderscheid tussen DAB en DAEB te kunnen maken, is de vraag of een bepaalde activiteit tot de taken van de overheid moet worden gerekend en of deze daarmee expliciet wettelijk belast is.² Het gaat daarbij met name om de vraag of de overheid activiteiten verricht om te voldoen aan een publieke taak. Daarbij kan de overheid andere entiteiten inschakelen, zoals bijvoorbeeld in het kader van sociale zekerheid gebeurt. In dergelijke gevallen verrichten deze entiteiten slechts activiteiten ter uitvoering van een publieke taak.³
2. Als tweede aanwijzing moet gewezen worden op de kwalificatie van een organisatie als «onderneming» en in het verlengde daarvan de activiteit van de desbetreffende organisatie als een «economische activiteit.» Het begrip «onderneming» omvat volgens vaste jurisprudentie van het Hof elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.⁴ In het verlengde daarvan heeft het Hof van Justitie aangegeven dat onder het begrip «economische activiteit» in beginsel wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.⁵ Het ontbreken van winstoogmerk is

¹ Zie bijv. het arrest HvJEG van 10 december 1991, Porto di Genova, zaak C-179/90, overwegingen 25–28 of het arrest HvJEG van 22 januari 2002, Cisal, zaak C-218/00, overwegingen 31–44 en het arrest HvJEG van 17 juni 1997, Sodemare SA, zaak C-70/95.

² Zie arrest HvJEG van 19 februari 2002, J. Wouters, zaak C-309/99, overwegingen 57–58; arrest HvJEG van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner, zaak C-475/99, overwegingen 19–20.

³ Zie het arrest HvJEG van 17 februari 1993, Poucet en Pistre, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, overweging 18 en het arrest HvJEG van 16 maart 2004, AOK Bundesverband, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, overwegingen 46–47.

⁴ Arrest HvJEG van 23 april 1991, Höfner en Elser, overwegingen 21–23, zaak C-41/90, arrest van 17 februari 1993, Poucet en Pistre, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, overweging 17; arrest HvJEG van 16 november 1995, zaak Fédération Française des Sociétés Française d'Assurance, overweging 14; arrest HvJEG van 21 september 1999, Drijvende Bokken, zaak C-219/97, overweging 67.

⁵ Zie bijv. het arrest van 12 september 2000, Pavel Pavlov, gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98, overwegingen 74 en 75 en het arrest HvJEG van 22 januari 2002, Cisal, zaak C-218/00, overweging 22.

op zich niet voldoende om een organisatie de hoedanigheid van een onderneming in de zin van het Europese mededingingsrecht te ontnemen.¹

Overigens moet daarbij wel worden opgemerkt dat het enkele feit dat voor een goed of dienst moet worden betaald, niet per definitie betekent dat daarmee ook gegeven is dat er sprake is van een economische activiteit. Het gemeenschapsrecht staat uitdrukkelijk toe dat overheden of entiteiten belast met uitvoeren van bepaalde publieke taken zogeheten retributies heffen om de kosten van verrichte controles, diensten of het verstrekken van bepaalde goederen te dragen.² Een voorbeeld zijn de leges die moeten worden betaald voor het verkrijgen van een paspoort of de kosten die gemoed zijn met keuringen.

3. Voor beide aanwijzingen geldt dat de mate waarin de entiteiten die de activiteiten verrichten vrij zijn in het vaststellen van de te verrichten prestaties, tarieven en de manier waarop deze prestaties worden geleverd, sterke indicaties biedt voor het antwoord op de vraag of er sprake is van de uitvoering van een taak door middel van een economische activiteit of juist een niet-economische activiteit die door de overheid wordt verricht.³ Geringe vrijheid bij de uitvoering van de taak wijst meer op de uitvoering van een DAB. Indien er sprake is van meer vrijheid en discretionaire bevoegdheden bij de uitoefening van een taak dan is eerder sprake van een DAEB of zelfs een economische activiteit.

De Nederlandse drinkwatersector

Het Nederlands drinkwater wordt gereguleerd door de Waterleidingwet. De Nederlandse regering acht de zorg voor de drinkwatervoorziening een kerntaak van de overheid, die voortvloeit uit artikel 22 van de Grondwet. In dit artikel is aan de overheid de opdracht gegeven om in het belang van de bevordering van de volksgezondheid maatregelen te treffen. Daarom is in de Waterleidingwet de zorg voor de openbare drinkwatervoorziening neergelegd bij de overheid.⁴ Ook is in de Waterleidingwet geregeld dat het verboden is drinkwater te produceren en te leveren, behalve voor een bestaand waterleidingbedrijf waarover de zeggenschap uitsluitend wordt uitgeoefend door gekwalificeerde rechtspersonen.⁵ Deze rechtspersonen zijn publiekrechtelijke rechtspersonen, dan wel naamloze of besloten vennootschappen waarvan de aandelen uitsluitend middellijk of onmiddellijk worden gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen.⁶ De zeggenschap over het waterleidingbedrijf mag niet uit de handen van een gekwalificeerde rechtspersoon raken.⁷ Tenslotte zij er op gewezen dat op de eigenaar (en dat zijn de overheden) van het waterleidingbedrijf verschillende wettelijke verplichtingen rusten zoals een aansluit- en leveringsplicht of het verzorgen van deugdelijk leidingwater.⁸ De prestatie van de waterleidingbedrijven is bovendien strikt gereguleerd:

- a) er rust op de eigenaar een aansluitings- en leveringsplicht;⁹
- b) de eigenaar van het waterleidingbedrijf heeft de verplichting redelijke, transparante en niet-discriminerende tarieven te hanteren;¹⁰
- c) de eigenaar is verplicht om zorg te dragen voor een zodanige levering van deugdelijk leidingwater aan verbruikers in zijn distributiegebied, in een zodanige hoeveelheid en onder zodanige druk dat het belang van de volksgezondheid daarmee wordt gediend. De eigenaar is wettelijk gehouden het algemeen belang van de volksgezondheid te dienen;¹¹
- d) de Minister is bevoegd om nadere eisen te stellen met betrekking tot de kwaliteit van drinkwater, het productieproces, hygiënevoorschriften etc.¹²

¹ Arrest van 12 september 2000, Pavel Pavlov, gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98, overweging 117 en arrest van 21 september 1999, Albany, zaak C-67/96, overweging 85.

² Zie bijvoorbeeld arrest HvJEG van 12 juni 1986, Bernardt Schloh, zaak 50/85, overwegingen 20–24.

³ Zie het arrest HvJEG van 16 november 1995, zaak Fédération Française des Sociétés Française d'Assurance, overwegingen 17–18; arrest van 21 september 1999, Albany, zaak C-67/96, overwegingen 80–84; arrest HvJEG van 16 maart 2004, AOK Bundesverband, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, overweging 47.

⁴ Artikel 1a Waterleidingwet.

⁵ Artikel 3i en artikel 3j, lid 1, onderdeel a en lid 2, onderdeel a Waterleidingwet.

⁶ Artikel 1, lid 1, onderdeel f, Waterleidingwet.

⁷ Artikel 3m; zie ook artikel 3l, Waterleidingwet.

⁸ Artikel 3p, eerste lid en artikel 4, eerste lid, Waterleidingwet.

⁹ Artikel 3p, eerste en tweede lid, Waterleidingwet.

¹⁰ Artikel 3p, lid 3, Waterleidingwet.

¹¹ Artikel 4, eerste lid, Waterleidingwet.

¹² Artikel 4, tweede lid, Waterleidingwet; zie ook het Waterleidingbesluit.

De ordening van de verschillende waterleidingbedrijven is strikt ingekaderd door middel van een planprocedure die het kader biedt voor een reorganisatie van de openbare drinkwatervoorziening.¹ Er is geen vrije vestiging in of uitbreiding van het distributiegebied mogelijk. Met dit stelsel, waarin eigendom, infrastructuur voor winning/transport en distributie in publieke handen is, wordt integrale kwaliteitszorg gegarandeerd en wordt beoogd de openbare drinkwatervoorziening duurzaam veilig te stellen. Daarbij wordt gestreefd naar optimale borging van de kwaliteit en de continuïteit van de levering van water binnen de randvoorwaarden van een duurzame ontwikkeling en tegen redelijke kosten.

Gelet op het bovenstaande kan worden geconstateerd dat er in het kader van de drinkwatervoorziening een taak is neergelegd bij de overheid en meer in het bijzonder de (publieke) eigenaren van de waterleidingbedrijven. De eigenaren van de waterleidingbedrijven zijn onderworpen aan verschillende wettelijke verplichtingen die zij via de waterleidingbedrijven moeten uitvoeren. Ook kan worden geconstateerd dat de eigenaren en de waterleidingbedrijven (zeer) weinig ruimte hebben om eigen beleid te bepalen. Het is daarom zeer goed verdedigbaar dat bij de openbare drinkwatervoorziening sprake is van DAB en niet van een economische activiteit en DAEB.

Overigens is de mogelijkheid dat een waterleidingbedrijf economische nevenactiviteiten verricht op zichzelf niet bezwaarlijk: voor zover het die nevenactiviteiten betreft, kwalificeert het waterleidingbedrijf als onderneming en valt het onder het mededingingsrecht. De uitvoering van deze economische activiteiten dient wel te worden gescheiden van de uitvoering van de publieke taak, bijvoorbeeld door aan de transparantievereisten te voldoen. Dit doet evenwel geen afbreuk aan het DAB-karakter van de openbare drinkwatervoorziening.²

Relatie dienstenrichtlijn

Zoals hierboven aangegeven hebben lidstaten de vrijheid zelf te bepalen op welke wijze de drinkwatersector in te richten. Nederland kiest voor de organisatie van deze sector als DAB in de Waterleidingwet. DAB zijn uitgesloten van de dienstenrichtlijn. De dienstenrichtlijn heeft daarom geen effect heeft op de Nederlandse organisatie van de drinkwatersector. Bovendien worden bestaande monopolies niet geliberaliseerd ingevolge de dienstenrichtlijn en heeft de richtlijn evenmin betrekking op staatssteun en financiering.

Slot

Zoals hierboven geschetst is het Nederlandse stelsel van de openbare drinkwatervoorziening zoals geregeld in de Waterleidingwet op goede gronden te kwalificeren als DAB. De vrijheid om zelf te bepalen of de drinkwatersector als DAB of DAEB wordt georganiseerd past binnen de Verdragssystematiek. Uiteindelijk is er evenwel altijd de mogelijkheid dat het Hof van Justitie, op enig moment (met of zonder dienstenrichtlijn) in een concrete rechtszaak een uitspraak doet over de status van de drinkwatersector. Ofschoon niet geheel valt uit te sluiten dat het Hof zou kunnen concluderen dat er sprake is van een DAEB in plaats van een DAB, is er vooralsnog geen aanleiding om afstand te nemen van de kwalificatie DAB voor de openbare drinkwatervoorziening.

Opmerkelijk is wel dat het Europees Parlement in de amendementen op de dienstenrichtlijn en de Commissie in haar nieuwe voorstel voor een dienstenrichtlijn³ de levering en productie van water als een DAEB kwalificeren en uitsluiten van artikel 16 van de richtlijn, dat het land van

¹ Artikelen 16–46 Waterleidingwet.

² Zie in dat kader het arrest HvJEG van 16 maart 2004, AOK Bundesverband, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, overwegingen 57–58.

³ Artikel 17 van het nieuwe Commissievoorstel.

oorsprong vervangt. Nederland zal deze bepaling interpreteren conform artikel 86 van het EG-Verdrag, waarin lidstaten de vrijheid hebben om zelf te bepalen wat een DAB is. De uitzondering geldt voor de landen die deze sectoren als DAEB hebben georganiseerd.

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst